

תורת המשפט

השופט כפרשן: מהלכה למעשה¹

מאת

ליאת פרידגוט-נצר*

המאמר עוסק בשאלות בתחום תורת המשפט והפרשנות השיפוטית – מהי הזיקה בין תורת המשפט בכלל ותורת הפרשנות בפרט, לבין הטקסט השיפוטי? וכיצד הטקסט השיפוטי, בזיקתו לתיאוריות אלו, מעצב את השופט כדמות? במוקד המאמר עומד הליך קבלת ההחלטות השיפוטיות. ההחלטה השיפוטית ניתנת על רקע של תפיסות עולם שונות, ובמרכזן תפיסת השופט את המשפט ואת פועלו בתוך המשפט. תפיסות אלו הן החלק הסמוי בהחלטה השיפוטית, אך הן המשרטטות את האופק השיפוטי עוד בטרם נשמע הדיון המשפטי.

בכדי לדון בשאלות אלו המאמר מציג תחילה שתי תיאוריות משפטיות מנוגדות: פורמליזם וריאליזם, ושתי תיאוריות הרמנויטיות מנוגדות: התיאוריה של הירש והתיאוריה של גדאמר. המאמר מצביע על זיקה בין התיאוריות המשפטיות לתיאוריות ההרמנויטיות.

החלק השני של המאמר עובר מהלכה למעשה – מדיון תיאורטי לניתוח טקסטואלי. בחלק זה מנתח המאמר שני פסקי דין העוסקים בשאלות פרשניות. פסק-דין סרוסי ופסק דין אפרופים. ניתוח פסקי הדין מתמקד בשאלה האם ובאיזה אופן משפיעות התיאוריות שהוצגו בחלק הראשון על הליך הפרשנות בטקסט השיפוטי? כאן גם מתגלה היחס שבין תפיסתו התיאורטית של השופט ובין דמותו השיפוטית. המאמר מראה כי

* ד"ר פרידגוט-נצר ליאת מהאוניברסיטה הפתוחה, אוניברסיטת בר-אילן. תחומי המחקר: משפט וספרות, משפט ורטרוריקה ומשפט ותרבות.

¹ עבודה זו מבוססת על פרק מתוך עבודת דוקטורט שנעשתה בהדרכתם של פרופ' ידידיה שטרן ופרופ' פרידלנדר מאוניברסיטת בר-אילן. תודתי להם על תרומתם זו למאמר. תודתי לחברי מערכת קרית המשפט על הערותיהם המועילות. תודתי לאחיינועם מרגלית ועדי שטרלר על עבודת הגהה יסודית ורצינית. במיוחד נתונה תודתי לד"ר עמיחי כהן על שהשקיע מזמנו וממצאו לשיפור המאמר, שיחותינו הובילו אותי לחדד ולזקק חלק מהטיעונים המוצגים במאמר. כמו כן תודה לפרוספור מנחם מאוטנר על הערותיו בקריאת טיוטה ראשונית של מאמר זה ועל עידודו להוציא לאור.

השאלות הפרשניות "במובן הצר" נגזרות משאלות פרשניות "במובן הרחב".
 ה"פרשנות במובן הרחב" נובעת מתפיסתו התיאורטית של השופט לגבי
 השאלה, מהו משפט? היחס בין השופט (העושה) לקו הפרשני שהוא נוקט
 (העשייה) נבחן בשתי רמות של המעשה השיפוטי: ברמה התיאורית –
 האם ישנה הלימה בין השניים? וברמה הערכית – האם ראוי שתהיה
 הלימה בין השניים? בתוך כך, המאמר בוחן כיצד פועלים השופטים בתוך
 תהליך קבלת ההחלטות השיפוטיות. המאמר מוצא כי בטקסט שיפוטי
 אחד נוקטים שופטים שונים גישות פרשניות שונות ומבטאים תפיסות
 שונות באשר למשפט ולפעילות הפרשנית והשיפוטית הנוצקת בתוכו. עם
 זאת המאמר מראה, כי השופטים אינם בהכרח עקביים באשר לגישה
 התיאורטית שהם עצמם נוקטים. הפער מתגלה בין הדרך הפרשנית שהם
 נוקטים כחלק מגישתם השיפוטית, ובין האופן שבו הם ממצבים את עצמם
 כדמויות שופטות בטקסט.

לבסוף, המאמר דן במשמעותם של הממצאים מתוך הזיקה של הטקסט
 השיפוטי לשדה החברתי והתרבותי. כמו כן, המאמר ממשמע את הממצאים
 והטענות שהועלו לעיל לגבי פעולתו השיפוטית של השופט כפרשן.

א. מבוא

ב. ההרמנויטיקה הפילוסופית של גדאמר

1. כללי

2. נשוא הפרשנות

3. הפרשן

4. הטקסט

ג. תורת הפרשנות של הירש

1. כללי

2. נשוא הפרשנות

3. הפרשן

4. הטקסט

ד. הצגת התאוריות המשפטיות

ה. פורמליזם משפטי

1. כללי

2. מבנה המשפט

3. היחס בין הטקסט המשפטי למציאות ה"חוץ-משפטית"

4. מעמדו של השופט בהליך השיפוטי

5. מטרת המשפט

6. בין פורמליזם משפטי להרמנויטיקה של הירש

ו. ריאליזם שיפוטי

1. כללי

2. מבנה המשפט

3. היחס בין המשפט למציאות ה"חוץ-משפטית"
4. מעמדו של השופט בהליך השיפוט
5. מטרת המשפט והאינטרסים המשפטיים
6. בין הריאליזם המשפטי להרמנויטיקה של גדאמר
7. הריאליזם והפורמליזם המשפטי בפריזמה תרבותית
- ז. סרוסי נ' ביה"ד הארצי
 1. ניתוח פסק הדין
 2. השופט שטרסברג-כהן
 3. השופט חשין
 4. הנשיא ברק
 5. מכתבה על השופט לכתיבה את השופט
 6. עניין אפרופים
- ח. סיכום: מהלכה למעשה ומהמעשה להלכה

"באוניית המלחמה הטורקית, שחצתה את קווי הצי של נפוליאון, התחולל הגהינום עצמו, ור' שמעון, מלווהו של ר' נחמן, איבד את הזיכרון עד ששכח את קריאת שמע עצמה, ור' נחמן גילה שמרוב פחד כאן אף ממנו נשתכחו רוב התורה והתפילה, ור' שמעון אמר, חזור באוזני על המעט שאתה זוכר, שאם לא כן אני מת, ור' נחמן אמר לו הכל טוב ויפה, אבל מה שווים הדברים שאני זוכר, אם אני לא זוכר את הפירושים שלהם, שהרי שום דבר לא עומד בלי הפירוש שלו" (מתוך סיפורי הבעש"ט כפי שמצא אדם ברוך בספרו "בתום לב")².

"Our judges rarely consider whether they should follow the law once they have settled what is really is, and the public debate is actually an example, though a heavily disguised one' of theoretical disagreement about law."³

א. מבוא

"סרוסי הוא גיבור סיפורנו. י' סרוסי היה חבר מועצה מקומית בירוחם. י' סרוסי סיים את כהונתו במועצה בטרם נסתיימה. י' סרוסי נותר מובטל. י' סרוסי ביקש דמי אבטלה. י' סרוסי נדחה על ידי המוסד לביטוח לאומי. י' סרוסי לא אמר נואש. י' סרוסי פנה לבית הדין האזורי לעבודה. י' סרוסי נדחה.⁴ י' סרוסי לא אמר נואש. י' סרוסי ערער לבית הדין הארצי לעבודה. י' סרוסי נדחה.⁵ י' סרוסי לא אמר נואש.

2 אדם ברוך בתום לב 218 (2001).

3 RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 5-6 (1986).

4 דיון ראשון בביה"ד לעבודה תב"ע נג 02-15 סרוסי נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם).

5 דיון (ארצי) נד/02-30 סרוסי נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כו 472 (1994).

" סרוסי פנה לבג"ץ. " סרוסי נדחה.⁶ " סרוסי ביקש וקיבל רשות לקיים דיון נוסף.⁷ השאלה המשפטית נשוא פסק הדין היא, האם " סרוסי, חבר מועצה מקומית, הנושא בתפקידו מכוח חוק, זכאי לדמי אבטלה לפי חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995.⁸ חוק הביטוח הלאומי קובע בין השאר, כי אחד התנאים לקבלת דמי אבטלה היא היותו של המבקש "עובד", אלא שבחוק אין הגדרה למונח "עובד". לפיכך הדיון התרכז בפרשנותו של מונח סטטוטורי זה. בית המשפט קבע בדעת רוב של הנשיא ברק כי גם מי שמועסק מכוח החוק, כגון " סרוסי, שאיבד את מקור עיסוקו, זכאי לדמי אבטלה. תוצאה זו הסתמכה על הפרשנות התכליתית של המונח "עובד" בחוק הביטוח הלאומי. לפסק דין זה הצטרפו המשנה לנשיא לוינ' והשופטים זמיר, חשין ומצא.⁹ עם זאת, השופטים חשין ודורנר הוסיפו הערות משלהם הנוגעות בעיקר לדרך הפרשנית. בדעת מיעוט היתה השופטת שטרסברג-כהן, שסברה כי נושאי תפקיד מכוח חוק אינם נכללים במונח "עובד", והדרתם מהזכות לדמי אבטלה היתה מכוונתו של המחוקק שאין בית המשפט יכול להתערב בה. כמו כן סברה השופטת שטרסברג-כהן, כי התכלית של ביטוח האבטלה אינה מחייבת את התוצאה שאליה הגיעו שאר השופטים בהרכב.¹⁰

" סרוסי הוא דמות מתחלפת, וכמוהו גם סיפורו. לעתים הוא נקרא דוד פרץ, לעתים הוא חנה כהן ולעתים הוא תאגיד כדוגמאת אפרופים או ארגון מגדלי הירקות, ובסיפורים אחרים הוא מופיע בשם העצם הכללי "אלמוני". " סרוסי הוא גיבור סיפורנו, זאת אפשר ללמוד כבר מכותרת פסק הדין אשר ינותח בהרחבה בהמשך: דנג"ץ 4601/95 סרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה והמוסד לביטוח לאומי. אך במאמר זה " סרוסי אינו אלא פתיחה להצגתו של הגיבור המרכזי — השופט. השופט מופיע בסיפורו של " סרוסי וכן בסיפור של דוד פרץ או של חברת אפרופים, ואפילו נוכח בשמו המפורש בסיפורו של "אלמוני". השופט הוא דמות בטקסט השיפוטי. השופט הוא דמות טקסטואלית בטקסט פסק הדין. השופט הוא דמות בשר ודם הפועלת בהווה המשפטית, הפוליטית והחברתית. מה בין דמותו של השופט בטקסט פסק הדין ובין הכתיבה השיפוטית שלו? כיצד מעצבת הדמות את הטקסט וכיצד מעצב הטקסט את הדמות? שאלה זו, העוסקת ביחסים שבין הדמות הטקסטואלית

6 בג"ץ 1583/94 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט (3) 469 (1995).

7 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב (4) 817 (1998) (להלן: עניין סרוסי).

8 חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995, ס"ח 1522 (להלן: חוק הביטוח הלאומי).

9 בעניין אפרופים לא הסכים השופט מצא ל"פרשנות התכליתית" המנמקת את פסק דינו של השופט ברק. בעניין סרוסי שנדון כשלוש שנים מאוחר יותר, הוא כנראה שוכנע ואמץ את גישתו של השופט ברק. עניין זה יכול להצביע על השפעתו הרבה של עניין אפרופים וחלוחלו במשפט. ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט (2) 265 (1995) (להלן: עניין אפרופים).

10 עניין סרוסי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 841.

של השופט ובין ההלכה המשפטית המתעצבת בטקסט, היא מושא דיונו.¹¹ הטקסט השיפוטי הוא טקסט פרשני. הוא מפרש מציאות ומפרש טקסטים שעליהם הוא נסמך. פרשנות הטקסט נעשית על ידי דמות מפתח בטקסט השיפוטי, על ידי השופט, כחלק מהמהלך השיפוטי. בתוך כך נטמע השופט במהלך הפרשני שהוא עצמו מייצר והופך אף הוא, כחלק מהטקסט, למושא פרשנות. במאמר זה אבקש לבחון את היחס בין דמותו של השופט כפרשן ובין המעשה השיפוטי כאקט פרשני.

מהלך הטיעון:

- א. אבקש להראות כי קיימת זיקה,¹² במובן של דמיון תיאורטי, בין תיאוריות משפטיות לתיאוריות הרמנויטיות.
- ב. אטען, כי זיקה זו מאפשרת לבחון ולנתח תהליכים פרשניים על רקע תפיסות משפטיות תיאורטיות, ולהיפך. התרומה של ניתוח כזה היא הן בצד הביקורתי הן בצד היישומי. בצד הביקורתי מצטרף איזמל נוסף לארגון הכלים המשפטי, שבעזרתו אפשר לחשוף פנים נסתרות של המשפט וכן לדון בחלקים הגלויים שבו. התרומה היישומית תתאפשר באימוץ גלוי של כלים ותיאוריות הרמנויטיות כחלק מהעשייה השיפוטית.
- ג. אטען, כי הואיל והשופט מבצע את האקט הפרשני כחלק מההלך השיפוטי, הואיל והפרשן והאקט הפרשני הם מושאי התייחסות גם של התיאוריות המשפטיות¹³ והואיל וישנה זיקה בין תיאוריות משפטיות

11 חשיבותו של השופט בהבנת המשפט היא תפיסה מוכרת שנבחנה מנקודות מוצא שונות. ראו, למשל, ספרו של Dworkin, לעיל ה"ש 3 (ההקשר שבו דבורקין בוחן את השופט הוא הקשר פוליטי, ואילו הניתוח שאציע כאן הוא ניתוח ספרותי צמוד טקסט). החידוש של הניתוח שיוצע להלן הוא בתפיסת השופט כחלק מהטקסט השיפוטי, בניגוד לתפיסה המקובלת הרואה את השופט כניצב "מחוץ" ואפילו "מעל" לטקסט השיפוטי.

12 ניתן להגדיר את הזיקה המתוארת במאמר במונחים של "זיקת פרספקטיבה". לעניין זה ראה מאמרו של ז'אן וייסגרבר "שיפוט הערך בספרות השוואתית" הספרות 17, 38–43 (1974). וייסגרבר מצביע על שתי אפשרויות זיקה של טקסטים מושווים; האחת "זיקת השפעה" והשנייה "זיקת פרספקטיבה": "...הנוסחה הבינארית X ו- Y ו- X ו- Y , מציינים כאן שתי יצירות, שני טקסטים, ואילו מילת החיבור "ו" עניינה לעיתים השפעה, ולעיתים פשוט פרספקטיבה. במקרה הראשון המניח קשר עובדתי, המונח Y שאליו אנו משווים מופיע כמקורו של המונח המשווה (X) ... המקרה השני נראה ראוי יותר להתעניינות משום שהוא פחות מקובל. הפעם X אינו נובע מ- Y שכן Y משמש כקו מנחה, כעמדת תצפית או כמכשיר גילוי וחשיבה המסוגל להחליט ולקבוע מהי הסטרקטורה של X ".

13 לעניין הקשר בין תיאוריה משפטית לפרקטיקות שיפוטיות פרשניות ראו להלן פרק ה: פורמליזם משפטי. התגלגלות גישות שונות בדבר תפקידו של השופט כפרשן, בתוך המחלוקת בין ריאליזם לפורמאליזם ראו (1993) 90 Robin West, Narrative, Authority and Law. וכן ראו פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית (1999). בספר זה, מראה להב כיצד פועלו וכתבתו של השופט אגרנט הושפעו מתורות משפט שרווחו בזמנו; וכן ראו מאמרם של מיכאל דן בירנהק ודוד גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופלורליזם שיפוטי" עיוני משפט כב

לתיאוריות הרמנויטיות, אזי היחס שבין השופט לאקט הפרשני שהוא מייצר בטקסט מבטא את האופן שבו מתרחשת ההחלטה השיפוטית, תוך חשיפת היחס שבין הנושא למושא, בין העושה לעשייה. יחס זה עומד במרכז הדיון.

ד. היחס בין השופט (העושה) לקו הפרשני שהוא נוקט (העשייה) ייבחן בשתי רמות של המעשה השיפוטי: ברמה התיאורית – האם ישנה הלימה בין השניים? וברמה הערכית – האם ראוי שתהיה הלימה בין השניים?

להלן האופן שבו יוצגו טיעונים אלו: חלקו הראשון של המאמר יעסוק בהלכה, בתאוריות. בחלק זה אציג שתי תאוריות הרמנויטיות¹⁴ ושתי תאוריות משפטיות בשלב השני אצביע על הזיקה שבין תאוריות משפטיות ובין תאוריות הרמנויטיות כלליות. אטען, כי זיקה זו היא זיקה תרבותית החורגת מעבר לשדה המשפטי. מטרתה של השוואה כפולה זו היא מיקום הפעילות הפרשנית בתוך הפעילות השיפוטית, ולהיפך – מיקום הפעילות השיפוטית בתוך הליך פרשני רחב.

בחלק השני אעבור מהלכה למעשה – מדיון תאורטי לניתוח טקסטואלי. בחלק זה אבחן, האם ובאיזה אופן משפיעות התאוריות שהוצגו בחלק הראשון על הליך הפרשנות השיפוטי כפי שהוא מתבטא בטקסט השיפוטי. כאן אבחן את היחס שבין תפיסתו התאורטית של השופט ובין דמותו השיפוטית. בשלב השני אבקש לדון במשמעותו של יחס זה מתוך הזיקה של הטקסט השיפוטי לשדה החברתי והתרבותי. בשלב השלישי אבקש למשמע את הממצאים והטיעונים שהועלו בפרק זה לגבי פעולתו השיפוטית של השופט כפרשן.

במוקד המאמר עומד הליך קבלת ההחלטות השיפוטיות. ההחלטה השיפוטית מורכבת מהתוצאה המשפטית שאליה הגיע השופט ומההנמקה השיפוטית. עד כאן החלק הגלוי של ההחלטה. אולם התוצאה וההחלטה אינן יחידות סגורות העומדות בפני עצמן. הן ניתנות על רקע של תפיסות עולם שונות, ובמרכזן תפיסת השופט את המשפט ואת פועלו בתוך המשפט. תפיסות אלו הן החלק הסמוי בהחלטה השיפוטית, אך הן המשרטטות את האופק השיפוטי עוד בטרם נשמע הדיון המשפטי. מכיוון שפרשנות שיפוטית ניצבת במרכזו של כל הליך שיפוטי, אפשר להשקיף דרכה על ההליך השיפוטי כולו. תרומת המאמר אפוא היא בתחום המשפט הביקורתי, החושף

499, 510 (1999). לטענת המחברים תפיסת השופט את תפקידו נגזרת מתורות משפט הרווחות בשיטה המשפטית. המחברים מציגים את התפיסה המכניסטית של התפקיד השיפוטי מול התפיסה הריאליסטית. כמו כן, על חשיבותם הרבה של תיאוריות פילוסופיות לעשייה השיפוטית ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 173 (2004).

14 הרמנויטיקה הוא המדע והאמנות של פירוש טקסטים. מקורו בפרשנות טקסטים תאולוגיים, אולם הוא התרחב להבנה ולפרשנות של טקסטים אחרים. ראו פול אוליבר 101 מושגי יסוד בפילוסופיה 52 (ישראל יפתח מתרגם, 2000).

דפוסים קוגניטיביים ואחרים שבאמצעותם פועל המשפט, תופס את העולם ואת תכניו ומציע את פתרונו.

אגב דיון זה יש למאמר תרומה צנועה נוספת והיא במימד הסיכומי. דיון זה זימן לפנינו את הצורך לתאר ולסכם תאוריות משפטיות בצד תאוריות הרמנויטיות בפריזמה תרבותית רחבה. הן הפריזמה הן החתכים, שלפיהם אני מציעה לארגן תאוריות אלו ולהשקיף עליהן, לא נעשו עד כה.

כל ניסיון להבין מערכת משפטית ספציפית או להבין את החוק באופן כללי הוא פעולה פרשנית.¹⁵ אחד מתפקידיו העיקריים של השופט, בעיקר בשיטה האדוורסרית,¹⁶ הוא לפרש.¹⁷ טקסט פסק הדין, כאובייקט מוגמר ונגיש, יוצר אובייקטיביות של המעשה הפרשני ומאפשר מפגש עם המעשה הפרשני תוך שהוא עצמו הופך למושא פרשנות.¹⁸ מאמר זה ישתמש בטקסט כמושא כדי לגעת במעשה הפרשני כאובייקט. מהי "פרשנות שיפוטית"? המונח "פרשנות" משמש במובנים שונים. מובנים אלו נגזרים ממושא הפרשנות השיפוטית. בהתאם למובנים אלו מתפתחים ומוחלים כלי הפרשנות השיפוטית. מובן אחד הוא הסברת מילים קשות ו/או מונחים משפטיים.¹⁹

15 ראו Dworkin, "Law As Interpretation" A Matter of Principle, 119, 146 (1985). על המשפט כמערכת המבקשת למשמע את המציאות ראו מנחם מאוטנר "גדאמר והמשפט" עיוני משפט כג 367 (התש"ס). בחיבור זה נתמקד בפעולתו השיפוטית של השופט.

16 בשיטה האדוורסרית, היא השיטה הנהוגה במדינת ישראל, השופט הוא דמות פסיבית במהלך המשפט, וקולו נשמע דרך פסק הדין, בניגוד לשיטה האינקוויזיטורית, שבה השופט נוטל חלק פעיל במהלך המשפט ובחקירת העדים. לעניין זה ראו גם Susan U. Philips, *The Judges as Third Party in American Trial Court Conflict Talk in CONFLICT TALK: SOCIOLINGUISTIC INVESTIGATION OF ARGUMENTS IN CONVERSATIONS* 197 (Allend D. Grimshaw ed., 1990). לטענת פיליפס, למרות התפקיד הפסיבי שבו ממקמת השיטה האדוורסרית את השופט בהליך השיפוט, הופך השופט לצד שלישי בקונפליקט ובכך מעורר סימני שאלה לגבי מעורבותו הפעילה בסכסוך וכן לחריגה מתפקידו (המחברת עוסקת באופן ניהול המשפט ואינה מצמצמת את דיונה לטקסט השיפוט עצמו, כפי שאנו עושים).

17 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 159 (1992): "לשפוט, משמעו לפרש".

18 כמו כן הוא מזמין מחקר אמפירי, המשמש בעיקר את מדעי החברה. לעניין זה ראו יגאל אריא נשיאי בית המשפט העליון: שלושה מנשיאי בית המשפט העליון: אגרנט, זוסמן, לנדוי – דיוקן השוואתי (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, 1988); וכן בירנהק וגוסרסקי, לעיל ה"ש 13. הטקסט השיפוט הוא גם כלי ליצירת תאוריות משפטיות המתבססות באופן אינדוקטיבי על פסקי דין. לעניין זה ראו James Boyd White, *Justice as Translation – An Essay in Cultural and Legal Criticism* (1990). בפרק הרביעי בספרו פורש ווייט את משנתו בדבר הביקורת השיפוטית. בניגוד לביקורת השיפוטית התאורטית הדדוקטיבית מציע ווייט מודל תאורטי המבוסס על הטקסטים השיפוטיים עצמם. מושא מחקרו של ווייט הוא עשייתו השיפוטית של השופט, וזאת הוא עושה תוך ניתוח רפלקסיבי של פסקי דין.

19 ישנם המסתייגים מהכנסת מובן זה לסוגיית הפרשנות. ראו אנדריי מרמור "כוונת המחוקק וסמכות

כך, למשל, קיים חוק הפרשנות, התשמ"א-1981²⁰ המסביר ומבאר מילים, מונחים טכניים ומשפטיים. מובן אחר הוא הכרעה בין פירושים שונים לגבי טקסט משפטי.²¹ במצב זה הטקסט המשפטי²² הוא עמום או אמביוולנטי, ובית-המשפט יידרש לשימוש ו/או ליצירה של כללים משפטיים אשר במסגרתם תינתן ההכרעה השיפוטית. כללים אלו נעים מפרשנות לשונית ועד פרשנות תכליתית.²³ מובן נוסף הוא קביעה/יצירה של נורמה משפטית אשר אין עליה תשובה בחוק החרוט.²⁴ פעילות פרשנית זו יוצרת למעשה "חקיקה שיפוטית".²⁵

העיסוק בפרשנות אינו נחלתו של המשפט. תחום הדעת המתמקד בפרשנות נקרא הרמנויטיקה. ההרמנויטיקה עוסקת בהסבר ובפרשנות של טקסטים. הבנת המגמות והמתודות ההרמנויטיות עשויה לתרום לקביעת אופי הפרשנות השיפוטית וגבולותיה, מחד גיסא, ולהעשרת ארגז הכלים הפרשני, מאידך גיסא. במאמר זה אגייס את התאוריות ההרמנויטיות להבנת התהליך הפרשני הנעשה בטקסט השיפוט.

- החוק "עיוני משפט טז 593, 604 (התשנ"ב). בעניין זה מפנה מרמור לדיון מורחב בספרו Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (1992). פרשנות, לדעת מרמור, אינה כוללת הבהרת ביטויים או מילים לא ברורות, אלא היא נדרשת רק למקרים שבהם אין הסדר משפטי ברור.
- 20 חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 1030; וכן פקודת הפרשנות [נוסח חדש], התשי"ד-1954, נ"ח 2. עניינו של החוק פרשנות לשונית של טקסט חקוק, והוא נשאב גם לפרשנות חזונית דרך סעיף 25(ד) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 694 (להלן: חוק החוזים).
- 21 חלוקה שונה במקצת מוצעת על ידי משה אור "פרשנות פרגמטית של טקסטים משפטיים" בלשונות עברית: כתב עת לבלשנות עברית תיאורית, חישובית וישומית 7-25, 50-51 (2002). אור מבחין בין אי-מוגדרות לשונית – פרגמטית – מחלוקת שמקורה באי-מוגדרות של המושג עצמו. בעוד שאי-מוגדרות מהסוג הראשון מורה על מצב שבו ביטוי אחד מעלה כמה משמעויות שכל אחת מהן ברורה, אולם איננו יודעים במה לבחור בהקשר הנתון, הרי אי-מוגדרות מהסוג השני מורה על מצב שבו הביטוי חסר משמעות ברורה כלשהי.
- 22 טקסט משפטי: טקסט חקוק (חוקה, חוק, תקנה), טקסט הלכתי; ומסמך מהמשפט הפרטי: חוזה וצוואה. לתפיסה פרשנית אחידה (להבדיל מכללי פרשנות) על טקסט חקוק ומסמך מהמשפט הפרטי ראו ספרו של ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 42.
- 23 על שיטות פרשניות אלה ראו ספרו של ברק, שם, בעמ' 319, וביחוד בעמ' 327, 383-385. על שיטות אלו בפרשנות צוואה ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט* – פרשנות הצוואה 131-133, 157-164 (2001). על שיטות אלו בחוזה ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט* – פרשנות חוזה 269-314, 315-382 (2001). הבחנה ברוח זו נעשית בידי רז. ראו Joseph Raz, *Interpretation Without Retrieval*, in *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* 155 (Andrei Marmor ed., 1995). רז משתמש במונח "basic" לתיאור פרשנות במובן הראשון, ובמונח "deep" לתיאור פרשנות במובן השני.
- 24 ברק טוען כי מקורות כללי הפרשנות הם הן בחקיקה הן בפסיקה. עם זאת לדעתו, אופיה המיוחד של הפעילות הפרשנית מתאימה יותר להתפתחותה ולעיצובה מתוך הפסיקה. ראו ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 59-65.
- 25 לדיון ולהבחנה בין "השלמת חסר" במשפט ובין "פיתוח המשפט" ראו ספרו של ברק, שם, בעמ' 427-634. ברק מסייג את מלאכת השלמת החסר מכלל מלאכת הפרשנות. לדעת ברק, חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, ס"ח 978 אינו עוסק בפרשנות, אלא בהשלמה בלבד. ראו שם, בעמ' 491-492.

ב. ההרמנויטיקה הפילוסופית של גדאמר

1. כללי

הפרשנות המשפטית שייכת להרמנויטיקה הכללית של מדעי הרוח.²⁶ עם זאת, אין דיספלינה אחידה של הרמנויטיקה ותחת זאת קיימות תאוריות ומגמות הרמנויטיות שונות.²⁷ כבסיס לדיוננו אסתמך על שתי תאוריות הרמנויטיות אשר יצרו מגמות דיכוטומיות בתורת הפרשנות – מגמה אובייקטיבית ומגמה סובייקטיבית.²⁸ המגמה הראשונה תוצג על ידי התיאוריה של הירש, המשתייכת להרמנויטיקה הביקורתית.²⁹ המגמה השנייה תוצג על ידי התיאוריה של גדאמר, והיא משתייכת להרמנויטיקה הפילוסופית.³⁰

גדאמר פיתח את משנתו ההרמנויטית בספרו המרכזי *Truth and Method*, שפורסם בגרמנית ב-1960.³¹ את ההרמנויטיקה של גדאמר אפשר למקם כהרמנויטיקה פילוסופית,³² אשר בהמשך להיידגר, התופס את האדם כיצור מפרש, יוצאת מתוך שאלת המשמעות של הוויית האדם בעולם. ההרמנויטיקה שלו אינה דנה במתודולוגיה פרשנית ואינה מבקשת להציע כללים לפרשנות טקסטואלית, אלא מתעסקת בעצם ההליך הפרשני – הליך הפקת המשמעות.³³ אליבא דגדאמר, מטרתה של ההרמנויטיקה

26 HANS-GEORG GADAMER, *TRUTH AND METHOD* 299–305 (Sheed & Ward eds., Joel ראו 26 Wiesenheimer & Donald G. Marshall Translator, 1975). לאימץ תיאוריות פרשניות מתחום הספרות לתחום המשפט ראו YALE J. L. & HUMAN, 1, 42 (1988). Mark Kingwell, *Let's ask again: is law like literature?*, 6 L. & HUMAN, 317 (1994); YALE J. L. & HUMAN, 1, 42 (1988). West של ש"ס, לעיל ה"ש 13.

27 ראו זאב לוי הרמנויטיקה 13 (1986). לוי בונה את ספרו בהתאם לשלוש מגמות הרמנויטיות תוך שהוא מדגיש את היבטיהן המתודולוגיים והפילוסופיים השונים.

28 על ההבחנה בין שתי מגמות אלו כמגמות שולטות בתורת הפרשנות, כמו גם הניסיון להציג מגמה שלישית, מגמה מעורבת, ראו מאמרו של פיש, — Stanly Fish, *Working on the Chain Gang* — Interpretation in the Law and in Literary Criticism in THE POLITICS OF INTERPRETATION 271, 271–272 (W.J.T. Mitchell ed., 1983).

29 ERIC DONALD HIRSCH, *VALIDITY IN INTERPRETATION* 135–136 (1967). המגמה הביקורתית מאופיינת בהנחה שתפקידו של ההרמנויטיקן אינו מצטמצם רק לפעילות פרשנית, אלא מוטל עליו גם התפקיד של שיפוט ונקיטת עמדה.

30 על שיוכו של גדאמר לפילוסופיה ההרמנויטית ראו ROUTLEDGE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward Cruig ed., 3th ed., 1998) 827–830; וכן לוי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 106.

31 משנתו יונקת מהמורשת ההרמנויטית של שליירמאכר ודילתיי, אך היא הושפעה בעיקר מהפילוסופיה האקסיסטנציאליסטית של היידגר ומההרמנויטיקה התאולוגית של בולטמאן. ראו שם, בעמ' 106, 116. על השפעתם של הוסרל, דילתיי והיידגר דן גדאמר במפורש בהקדמה לספרו. ראו GADAMER, לעיל ה"ש 26, בעמ' XV. על השפעותיהם של היידגר ובולטמאן על תורתו של גדאמר ראו HIRSCH, לעיל ה"ש 29, בעמ' 245–247 וכן בעמ' 256–258.

32 ראו ROUTLEDGE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, לעיל ה"ש 30.

33 ראו GADAMER, לעיל ה"ש 26, בהקדמה לספרו בעמ' II–XI וכן לוי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 106. מאוטנר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 396.

אינה לשמש מתודה מדעית להבנת טקסטים, אלא להתחקות אחר עצם תהליך ההבנה כדי להתקרב אל משמעות הטקסט.³⁴ ההרמנויטיקה על פי גדאמר כוללת שלושה ענפים: הבנה, פרשנות ויישום.³⁵ כל הליך פרשני מחייב מעבר דרך שלושה ענפים אלו. גדאמר נדרש אל המשפט באופן מפורש רק במעט.³⁶ עם זאת, נקודת המוצא שלו אינה מבחינה בין אירועים וטקסטים שונים בתחום מדעי הרוח והחברה.³⁷ לפיכך התהליך הפרשני שהוא מציג מותאם לכל האירועים והפרקטיקות מתחום מדעי הרוח והחברה. למותר לציין, כי בחיבור זה אינני מתיימרת להקיף את כל משנתו של גדאמר או לנתח באופן מעמיק סוגיות מרכזיות בה. בכוונתי לתת חתך רוחבי אשר יתאר עקרונות מרכזיים במשנתו, המתחברים למסגרת תאורטית של גישתו ההרמנויטית. לצורך הבניית הדיון בתאוריה של גדאמר והתוויית הזיקה בין התיאוריה המשפטית ובין התיאוריה שלו אחלק את הדיון לשלושה סעיפים: הסעיף הראשון יעסוק בנושא הפרשנות; הסעיף השני יעסוק בנושא הפרשנות – בפרשן; והסעיף השלישי יעסוק במושג הפרשנות – בטקסט.³⁸

34 ראו Gadamer, שם, בהקדמה לספרו בעמ' XIX–XXII.

35 שם, בעמ' 274–278.

36 ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 37, שם הוא מזכיר את השופט בהקשר לדיון ב"שיפוט" וב"טעם"; וכן שם, בעמ' 275 מצביע גדאמר על כמה ענפים הרמנויטיים – הספרות, ההיסטוריה, התאולוגיה והמשפט. לדבריו, אופיים השונה והדומה של ענפים אלו הוא שמרכיב יחדיו את מושג ההרמנויטיקה. בהקשר להרמנויטיקה התאולוגית והמשפטית מציין גדאמר את המתח בין הפן הטקסטואלי ובין הפן היישומי, תוך שהוא מדגיש את חשיבותו של הפן היישומי בהליך הפרשני. עיסוק נרחב יותר בסוגיה זו מצויה בעמ' 289–305, שם ממקם גדאמר במפורש את ההרמנויטיקה המשפטית בתוך ההרמנויטיקה של מדעי הרוח. בעמ' 292 הוא משווה בין המשפטן להיסטוריון באשר לעניין אי-נגישותם הישירה לאובייקט המחקר. המשפטן, לטענתו, בוחן את העבר דרך התמשכותו להווה. על הרלבנטיות המיוחדת של משנתו של גדאמר לפרשנות החקיקה ראו, William N. Eskridge Jr., *Gdamer/Statutory Interpretation*, 90 COLUM. L. REV. 608, (1990) 633–637. לטענת אסקירדג', דווקא הפן היישומי של המשפט, שהוא הפן המבדיל בין טקסט משפטי לטקסט אחר, מחדד את התאמתה של התאוריה הגדאמריינית לטקסט המשפטי; שכן, לטענתו, הפער שבין ההיסטוריה של הטקסט עובר לחקיקתו ובין מטרת-יישומו במציאות בטווח זמן ארוך מחייבת את הדיאלוג ההיסטורי שהוא ממהותו של הפרשנות הגדאמריינית. ראו שם, בעמ' 636.

37 גדאמר יוצא כנגד דגם התבונה של ההשכלה אשר השליט בין השאר דפוס חשיבה של מדעי הטבע בתחומים של מדעי הרוח והחברה. לטענת גדאמר, יש להבחין בין מדעי הטבע למדעי הרוח והחברה ולהפעיל על האחרונים דפוסי פעולה ייחודיים, המבוססים על חומרים תרבותיים, ולא על התבוננות אובייקטיבית ממרחק. על שליטת מדעי הטבע במאה הי"ט ואי-התאמתם כמודל חקירה למדעי הרוח ראו Gadamer, שם, בעמ' 5–10. על מעמדה של התרבות בחקירה ההרמנויטית ראו שם, בעמ' 10–19.

38 חלוקה זו היא מלאכותית, שכן כל החלקים שזורים זה בזה. כך, לדוגמה, קיים יחס דיאלוגי בין הפרשן ובין מושא הפרשנות אשר התהוותו מתווה את האקט הפרשני.

2. נשוא הפרשנות

לדעת גדאמר, מטרת הפרשנות היא בעצם ההליך הפרשני שעיקרו הליך דיאלוגי המתמזה ב"מיזוג אופקים". הדיאלוג הגדאמרייני הוא מפגש בין קטגוריות תודעתיות של הפרשן ובין האובייקטים נושאי המשמעות.³⁹ לדוגמה: טלו את המונח התמים "בן זוג".⁴⁰ "מיזוג אופקים" שעניינו מושג זה נגזר מהמפגש בין הטקסט שבו הוא נטוע ובין התודעה של הפרשן. כך מושג זה שהופיע בהסכם קיבוצי בין אל על לעובדיה קיבל משמעות אחת במיזוגו עם תודעת השופט ברק והשופטת דורנר ומשמעות הפוכה במפגשו עם תודעת השופט קדמי. אל המפגש התודעתי בין "בן זוג" בהסכם הקיבוצי ובין תודעת השופט ברק נכנסו מטענים נורמטיביים – כגון חוק החוזים,⁴¹ חוק שוויון הזדמנויות בעבודה התשמ"ח–1988,⁴² השוויון כערך חוקתי – והתמזגו עם תפיסותיו החברתיות באשר למוסריותם של יחסים הומוסקסואליים, מקובלות חברתיות של יחסים חד-מיניים וכיוצא בזאת. באופן כזה התמזג ההסכם הקיבוצי עם המטענים דלעיל והפיק את משמעותו של המונח "בן זוג" ככוללת גם בן זוג בן אותו מין. לעומת זאת, השופט קדמי הביא למפגשו עם טקסט ההסכם הקיבוצי מטען תודעתי שונה. כפי שמפורט בפסק הדין, בתודעתו של השופט קדמי כרוך "בן זוג" עם משפחה ורבייה ולפיכך הוא לא יכול להכיל משמעות שאינה מתיישבת עם מטענים אלו. במיזוג האופקים בין השופט קדמי כפרשן להסכם הקיבוצי דלעיל, המונח "בן זוג" כולל רק בני זוג שאינם בני אותו מין. הדיאלוג מתאפיין בזרימה דו-כיוונית, היינו: מהפרשן למושא פרשנותו וממושא הפרשנות לפרשן. הדיאלוג נעשה בין שני בני אדם או בין אדם לטקסט. מטרתו של הדיאלוג אינה ניצחון או התנצחות, אלא שיתוף מתוך הרצון להבין את האחר והמוכנות לקלוט אותו.⁴³ באופן כזה נוצר מיזוג בין השניים המכונה "מיזוג אופקים". נקודת המוצא הדיאלוגית המסמנת את המסלול הפרשני נעה בטווח הפרספקטיבה התודעתית שבו מצוי הפרשן. טווח זה מכונה על

39 אובייקטים אלו יכולים להיות טקסטים, מוצגים פלסטיים או טיעונים של סובייקטים אחרים.
40 הדוגמה שלהלן מבוססת על הדין בבג"ץ 72/94 אל על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).
פסק הדין סב אחר פרשנותו של המונח "בן זוג" כפי שהוא מופיע בהסכם הקיבוצי בין אל על לעובדיה לצורך קבלת כרטיס טיסה בלא תשלום. מה פירושו של מונח זה? האם הוא מתאר מערכת יחסים זוגית המבוססת על קשרי נישואין? או קשרים אינטימיים שלא בהכרח קיבלו גושפנקה ממסדית מסוג זה? האם הוא מתאר מערכת זוגית בין שני אנשים ממין שונה? או שהוא כולל גם בני זוג בני אותו מין?

41 ראו חוק החוזים.

42 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988, ס"ח 1240.

43 הדיאלוג מבוסס על פתיחות. הפתיחות שעליה מבסס גדאמר את הדיאלוג בנויה על מודל חקירה המושתת על שאלתיות. מודל זה מבוסס על הדיאלוג האפלטוני. ההנחה העומדת בבסיס הדיאלוג האפלטוני היא הידיעה של חוסר-הידיעה, היינו: השאלתיות. נקודת מוצא זו מבססת את הדיאלוג על הרצון לדעת ולא על הרצון להוכיח את ידיעותיך שלך. ראו Gadamer, לעיל ה"ש 26, בעמ' 325–341. לעניין הרחבת אופיו של הדיאלוג האפלטוני לטקסטים ראו שם, בעמ' 331, 340.

ידי גדאמר "אופק".⁴⁴ בתהליך "מיזוג אופקים" מתגבש המטען התרבותי וההיסטורי של הטקסט אשר יועבר לדורות הבאים.⁴⁵ הפרשנות הגדאמרית אינה חותרת לכוונתו המקורית של הטקסט⁴⁶ וגם לא למסקנה אחת נכונה. עצם היותו של ההליך הפרשני תוצר של הפרשן בתוך נסיבות משתנות עשוי להוביל לכמה אפשרויות פרשניות.⁴⁷ ההליך הפרשני אינו מסתכם בהפקת המשמעות, אלא מוביל ליישום, היינו: להחלת הפרשנות על המציאות. עיקרו של רכיב זה הוא השינוי שהוא מחולל במציאות הן במציאות הסובייקטיבית של הפרשן הן במציאות המוחשית שבה פועל הפרשן.

3. הפרשן

גדאמר מציב במרכז ההליך הפרשני את הפרשן. הפרשן מביא לטקסט את כללי המטענים התרבותיים הקיימים בתודעתו ומתווך בין החומרים ההיסטוריים ובין נסיבות ההווה המשתנות.⁴⁸ עולה מכאן, כי נוסף על המסורת המשפטית השופט כפרשן מביא אל הטקסט המשפטי גם חומרי תרבות אחרים שהוא נושא וכך הופכים חומרים תרבותיים שונים בצד הקשרים משתנים כחלק מהפרשנות. הפרשן פועל אפוא בשני ממדים: במימד ההיסטורי ממזג הפרשן בין העבר להווה, ובמימד התרבותי – בין חומרי תרבות שונים.⁴⁹

44 ראו שם, בעמ' 269. לסימונו של ה"אופק" כמגביל את המרחב הדיאלוגי ראו שם, בעמ' 327, 333.
 45 ראו שם, בעמ' 273. המיזוג אינו הטמעה, אלא דווקא נוצר מתוך מודעות לפערים ולשוני. מיזוג האופקים אינו התכה של אופקים שונים לאופק אחד, אלא תהליך מתמשך של התהוות תמידית.
 46 כך, למשל, מסלק גדאמר את המחבר מתחום פרשנותו של הטקסט. ראו שם, בעמ' 260–266. משמעות הטקסט, אליבא דגדאמר, אינה התחקות אחרי כוונתו המקורית של המחבר, אלא מה שמצוי מעבר לו. ראו שם, בעמ' 264, 277, 298–300. גדאמר מתנגד לגישות פרשניות המתחקות אחר כוונת המחבר ומעביר את מוקד הפרשנות לתחום אחריותו של הקורא-פרשן.
 47 על היקף אפשרויות אלו ראו להלן סעיף 3 לפרק זה, הדן בחופש הפעולה של השופט.
 48 לעניין תפקידו של השופט בהקשר זה ראו Gadamer, לעיל ה"ש 26, בעמ' 292–293: "Here we have the model for the relationship between past and present that we are seeking. The judge who adapts the transmitted law to the needs of the present is undoubtedly seeking to perform a practical task, but his interpretation of the law is by no means on that account an arbitrary re-interpretation. Here again, to understand and to interpret means to discover and recognise a valid meaning. He seeks to discover the 'legal idea' of a law by linking it with the present". אסקרידג' מדגיש את היותו של השופט מעין "פרשן-על". בטקסט בעל משמעות משפטית עדיפות נורמטיבית, שמשמעותה היררכית, ל"שופט-הפרשן" על פני פרשנים אחרים. בשל מעמדו של השופט מדגיש אסקרידג' את האחריות המוסרית המיוחדת שיש לשופט הפרשן. ראו Eskridge, לעיל ה"ש 36, בעמ' 637. עם זאת, יש לשים לב כי גם לגבי טקסטים לא-נורמטיביים ישנה היררכיה פרשנית הנובעת ממעמדו ומכוחו של הפרשן. לדוגמה: איש האקדמיה או המומחה הפרשן, הפרשן התקשורתי והפרשן ההדיוט.

49 בספרו מדגיש גדאמר את המימד ההיסטורי, ראו Gadamer, שם.

הפרשן נהנה מחופש פעולה נרחב. חופש זה מתבטא בין השאר ברכי-קוליות רחבה, הנובעת מנקודות תצפית שונות הפזורות לאורך ההיסטוריה.⁵⁰ עם זאת, חופש זה אינו בלתי-מוגבל ואינו יוצר סובייקטיביזם מוחלט. חופש פעולתו של הפרשן מוגבל על ידי שני משתנים – האחד פנימי והאחר חיצוני. הפרמטר הפנימי נגזר מתודעתו המוגבלת של הפרשן.⁵¹ הפרמטר החיצוני מוטל על הפרשן מתוך אופיו של הטקסט ונקודות התצפית הטבועות בו. עולה מכאן, כי חופש הפעולה של הפרשן הופך את האקט הפרשני לאקט של פיתוח ויצירה, ולא רק של חשיפה וגילוי.⁵² הגישות האובייקטיביות המדעיות הרחיקו ונטרלו את הפרשן ממושג פרשנותו כדי ליצור התבוננות אובייקטיבית נטולת השפעות סובייקטיביות משתנות. בניגוד לכך גדאמר מדגיש את השפעתו של הפרשן על מושא פרשנותו.⁵³ הפרשן הוא בה בעת משפיע ומושפע ממושג פרשנותו.⁵⁴ הפרשן הוא תוצר של נסיבות היסטוריות ופועל בתוך קונטקסט היסטורי. ככזה הוא שבוי בהכרח בדעות קדומות. אלו מתמזגות בתהליך הפרשני המוטבע במושג פרשנותו. עם זאת, אופיו המיוחד של הטקסט והמטען ההיסטורי והתרבותי שהוא נושא עמו מטביעים את חותמם על הפרשן. התהליך הדיאלוגי מדגיש את היחס הבין-אישי המחזק את הפתיחות וההבנה לזולת.⁵⁵

50 ראו Gadamer, שם, בעמ' 252: "We accept the fact that the subject presents itself historically under **different aspects at different times or from a different standpoint.**"

... Our historical consciousness is always filled with a variety of voices in which the echo of the past is heard" (ההדגשות אינן במקור).

51 ההגבלה הפנימית נובעת מכך, שמעצם הווייתו כיצור היסטורי תלוי זמן ומקום ממוקם הפרשן באופן פרשני מסוים. הגבלה זו של מרחב התמרון הפרשני מתמודדת עם בעיית ה"רלטביזם" על ידי הגדרה מצמצמת של הפרשן. התמודדות ברוח דומה מצויה אצל סטנלי פיש וגלומה במונח "קהילה פרשנית". ראו Stanley Eugene Fish, Is There a Text in This Class? – The Authority of Interpretive Communities 14–16 (1980). פיש, כמו גדאמר, שייך לאסכולה הרוואה בקורא-פרשן את מוקד משמעותו של הטקסט. על אסכולה זו וכן על זיקתם של פיש וגדאמר לאסכולה זו ראו Selden Raman & P. Widdowson "Reader-oriented theories" A Reader's Guide to Contemporary Literature Theory 46–49 (3rd ed., 1993).

52 על השופט כיוצר דן גדאמר בתחילת ספרו, בדיונו על מושג ה"שיפוט" וה"טעם". ראו Gadamer, לעיל ה"ש 26, בעמ' 37.

53 גדאמר טוען, כי חוסר האפשרות לנקוט עמדה אובייקטיבית הוא חוסר אפשרות עקרוני הנובע מהמצב האונטולוגי של סיטואציה, בכלל, וסיטואציה הרמנויטית בכללה. שם, בעמ' 269.

54 לעניין זה וכן להשפעת האתיקה האריסטוטלית על תפיסתו זו ראו שם, בעמ' 278–289, 293. תפיסה זו משתלבת עם המגמה הרווחת במאה העשרים בכל תחומי הדעת, המערערת את האובייקטיביות המדעית ומדגישה את חשיבותו של המתבונן-החוקר על מושא התבוננותו. לדוגמה: בפסיכולוגיה זרם ה-"Gestalt" בספרות תיאוריות ה-"Reader oriented". לעניין זה ראו Raman & Widdowson, לעיל ה"ש 51. מבחינה זו אני רואה בתאוריה של גדאמר כחלק מהתאוריות המשויות לאסכולת ה-"Reader oriented".

55 במונח "זולת" כוונתי הן ל"בר שיח" הן ל"טקסט". עם זאת, יש לזכור כי הדיאלוג הפרשני נעשה על ידי פרשנים הממוקמים באותו אופן פרשני. מבחינה זו גדאמר אינו עוסק בדיאלוג בין

4. הטקסט

הטקסט: הטקסט על פי גדאמר הוא טקסט דינמי המשתנה ומתעצב על ידי הפרשן.⁵⁶ היות שהקטגוריות התרבותיות מתפתחות על ציר הזמן, הרי שפרשנים החיים בזמנים שונים ייצרו פרשנויות שונות על אותו הטקסט וכך ישנה הטקסט אפוא את משמעותו לאורך ההיסטוריה.⁵⁷ נוסף על כך גם באותה נקודת זמן היסטורית ייתכנו פרשנויות שונות לאותו טקסט הנובעות מקטגוריות תודעתיות שונות של הפרשן. מכאן שאין לטקסט משמעות קבועה וסופית שיכולה להגדירו, אלא הוא שרוי בתנועה מתמדת של השתנות. ההשתנות, כאמור, היא תוצר של היקש היסטורי ותרבותי המשתנה מפרשן לפרשן ומעת לעת.

לסיכום: במרכז המעשה הפרשני, אליבא דגדאמר, עומד הפרשן שדרכו מתבצע ההליך הפרשני. ההליך הפרשני מתרחש דרך "מיזוג אופקים" בין הפרשן למושא הפרשנות, והוא מתמקד בכירור נושא הפרשנות. הפרשן נהנה מחופש פעולה נרחב, אם כי לא בלתי-מוגבל. מספר הפרשנים הפוטנציאליים משפיע על מספר הפרשנויות האפשריות וכך נוצר טקסט דינמי המתעצב מחדש.

ג. תורת הפרשנות של הירש

1. כללי

התיאוריה של הירש עומדת כאנטי-תיזה לתיאוריה של גדאמר.⁵⁸ לפיכך אפשר להעמידן כתיאוריות דיכוטומיות אשר ההשוואה ביניהן תציג תמונה מעניינת על אודות תפיסות הפרשנויות. הירש שייך למסורת ההרמנויטית האנגלו-סאקסית.⁵⁹ התיאוריה של הירש יונקת מתיאוריות ומתובנות בלשניות.⁶⁰ לטענת הירש, אפשר וצריך להגיע לפירוש תקף.⁶¹ הירש טוען, כי העיקרון הנורמטיבי היחיד שלפיו אפשר

פרשנים הממוקמים באופק תרבותי שונה כמו, למשל, תרבות המזרח מול תרבות המערב. על הזיקה בין משנתו של גדאמר לתפיסות של פלורליזם וסובלנות ראו זאב לוי "על דקונסטרוקציה ועל משמעותם של טקסטים" דפים למחקר בספרות 5-7, 385-387 (התשמ"ט).

56 לאופיו של הטקסט כטקסט דינמי ראו לוי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 130; מאמרו של מאוטנר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 379; וכן מאמרו של Eskridge, לעיל ה"ש 36, בעמ' 622.

57 ראו Gadamer, לעיל ה"ש 26, בעמ' 336.

58 הירש קדם לגדאמר, אולם כיוון שאין אנו עוסקים בניתוחים היסטוריים ובהשפעות היסטוריות, אין חשיבות לסדר הבאת התיאוריות השונות.

59 ראו לוי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 139-140.

60 שם. עוד על הפן הלינגוויסטי בתורתו של הירש ועל יישומה בספרות ראו Hazard M. Adams, Critical Theory Since Plato, 1099-1115 (1971).

61 ראו Hirsch, לעיל ה"ש 29, בעמ' 163: "This book has concerned itself hitherto with

לבחון תקפות פרשנית, הוא כוונת המחבר.⁶² עיקרון זה אינו משקף השקפה על מהות המעשה הפרשני בלבד, כדוגמת גדאמר, אלא מייצר נורמה פרשנית מעשית, מתודה הרמנויטית.

2. נשוא הפרשנות

מטרת הפרשנות, אליבא דהירש, היא להגיע לפרשנות תקפה.⁶³ תקפות זו נשענת על מודל פילוסופי לוגי.⁶⁴ מודל לוגי מושתת על מבנה הקובע כי בהינתן הנחות אמיתיות וטיעון לוגי תקף, הרי שהמסקנה תהיה תקפה. תקפותה של הפרשנות נעוצה, לדעת הירש, בהתחקות אחר "כוונת המחבר". לטענת הירש, כל טקסט הוא תוצר של מודעות והיא הקובעת את משמעותו ומטרת הפרשנות, היא שחזור מודעות מכוונת זו.⁶⁵ לטענת הירש, קיימים מתודות וכלים פרשניים שונים המותאמים לטקסטים שונים על פי שיוכם הז'אנרי.⁶⁶ עם זאת, יש עיקרון נורמטיבי אחד המשותף לפרשנות כל הטקסטים — יהיה שיוכם הז'אנרי אשר יהיה, והוא עקרון ההתחקות אחר כוונתו של המחבר.

establishing that interpretation does at least have a determinate object of knowledge — the author's verbal meaning — and it has shown that such knowledge is in principle attainable. validation is the process which shows that in a particular case such knowledge has probably been achieved. Without validation no interpretation could be shown to be more probable than another, and no interpreter could hope to achieve knowledge in any objective sense. The practical and theoretical exigencies of validation, knotty as they are, must finally be faced"

62 על טענה יסודית זו חוזר הירש לאורך ספרו. ראו שם, פרק 1; וכן פרק 2 בעמ' 25, פרק 3 בעמ' 126 ואילך.

63 ראו שם, בהקדמה לספרו, שם הוא מצהיר על מגמות הספר.

64 על אופיו של המודל הפרשני של הירש כמודל לוגי ראו שם, בעמ' 26–27.

65 שם, בעמ' 4, וכן בעמ' 37. הירש דן בביקורת הנשמעת כנגד גישתו, המכונה "כשל הכוונה" ("The intentional fallacy"). "כשל הכוונה" מבטא מסכת טיעונים שעניינם להראות, כי המגמה של התחקות אחר כוונת המחבר היא מגמה שגויה הן מבחינה עקרונית הן מבחינה מתודית. מבחינה עקרונית, משמעותו של טקסט אינה נעוצה בכוונת מחברו. על פי גישה זו, לטקסט מעמד אוטונומי ולפיכך יש לבקרו על פי אמות מידה פנים-טקסטואליות. המחבר הוא רכיב השייך לתחום של ביקורת הטקסט. זאת ועוד: למחבר אין שליטה על המילים הפורצות ממנו ועל כן אין לייחס לו כוונה פרשנית. מבחינה מתודית, כוונת המחבר אינה נגישה. לעניין זה ראו שם, בעמ' 10–23. להרחבה בעניין "כשל הכוונה" ראו WILLIAM K. WIMSATT & MONROE C. BEARDSLEY, "THE INTENTIONAL FALLACY" THE VERBAL ICON — STUDIES IN MEANING OF POETRY (1954). הירש מצביע על המגמות החיוביות שנבעו משחרור הטקסט מהמחבר. עם זאת הוא טוען, כי אין להסיק מכך שיש לזנוח את המחבר. הירש מתמודד אחת לאחת עם הטענות היוצאות כנגד כוונת המחבר ודוחה אותן.

66 על הדיון בסוגיית הז'אנר ראו HIRSCH, שם, בפרק 3, בעמ' 126–1168; וכן להלן סעיף 4 לפרק זה.

הגם שעיקר עיסוקו של הירש אינו בטכניקות פרשניות אלא במהותו של המעשה הפרשני, תאוריה מסוג זה מכוונת לטכניקות כאלה. הירש מרבה אף להיעזר ולאזכר מתודות פרשניות, בעיקר מתודות בלשניות.⁶⁷

התהליך הפרשני מורכב משני שלבים: השלב הראשון הוא הבנת משמעותו של הטקסט. הבנה זו נוצרת על ידי התחקות אחר כוונת המחבר בעת הכתיבה. השלב השני הוא שלב ביקורתי, הבוחן את ההשלכות של השלב הראשון. לעניין זה מבחין הירש בין שני מושגים: "Meaning" (משמעות) ו"Significance" (הוראה).⁶⁸ "משמעות" היא כל מה שמובע בטקסט על ידי רצף סימנים לשוניים.⁶⁹ משמעות של טקסט היא קבועה, בלתי-משתנה וניתנת לבחינה אובייקטיבית. ההוראה של הטקסט מבטאת את היחס שבין משמעות הטקסט ובין קורא מסוים.⁷⁰ היות שהיא נעוצה בפרמטר סובייקטיבי, הרי שהיא משתנה מקורא לקורא ואפשרויותיה הן אינן-סופיות.⁷¹ לדעת הירש, להבדיל מגדאמר, מושא הפרשנות ההרמנויטית הוא משמעות הטקסט ואינו כולל את ה"הוראה" וה"יישום". הוראתו של הטקסט שייכת, לדעת הירש, לתחום הביקורת ולא לתחום הפרשנות. היישום מוגבל לסוג טיפוס שממנו נגזרת המשמעות.⁷² לפי התאוריה של הירש, תיתכנה כמה תוצאות פרשניות ויש צורך להכריע ביניהן.⁷³ התוצאות הפרשניות מוגבלות הן על ידי לשון הטקסט⁷⁴ הן על ידי שיוכו הז'אנרי.⁷⁵ ההכרעה בדבר הפרשנות היותר תקפה תהיה הכרעה אובייקטיבית. בהכרעה זו מונחים

67 המשותף למתודות אלו הוא מקורם הטקסטואלי. כך כלים לינגוויסטיים הנשענים על לשון הטקסט תופסים מקום נכבד בתורתו של הירש. ראו שם, בעמ' 3, 27–31. הירש מצדד בשימוש בכלים לינגוויסטיים, תוך שהוא סוקר את הטענות המתנגדות לפרשנות מסוג זה. הוא עוסק בשני סוגי התנגדויות: התנגדות על בסיס פסיכולוגי, שעיקרה השתנותם של בני האדם; והתנגדות על בסיס היסטורי, שעיקרה בטיעון כי המרחק ההיסטורי יוצר פערים המונעים מאתנו להבין טקסטים בני זמן היסטורי שונה. ראו שם, בעמ' 33–44. הירש מרחיב את המושג של "משמעות מילולית" וכולל בתוכו גם את מושג הכוונה הסובייקטיבית. ראו שם, בעמ' 31.

68 ראו שם, בעמ' 6–10. בהקשר זה מבחין הירש בין שני מושגים נוספים: "Meaning in" ובין משמעות לטקסט "Meaning to". ראו שם, בעמ' 63–67. בעוד המשמעות הראשונה היא משמעות הטקסט, המשמעות השנייה נוגעת להוראה.

69 ראו שם, בעמ' 31.

70 שם, בעמ' 63.

71 שם, שם.

72 שם, בעמ' 63–67.

73 לדעת הירש, האפשרויות ההיפותטיות לעולם אינן נשארות בגדר אפשרויות מופשטות ויש צורך בהכרעה מעשית, שכן זו דרך קליטתו של המוח האנושי. ראו שם, בעמ' 45.

74 ראו שם, בעמ' 44–51. הירש מעיר, כי כוונתו של המחבר לעולם מכילה יותר ממה שהוא מפרש בלשונו. לפיכך מגדיר הירש את המשמעות הלשונית ("verbal meaning") כ-"willed type". כלומר: אותו סוג של כוונה המועברת על ידי הסימנים הלינגוויסטים שמצליחים להעביר תכנים ממשיים של כוונה.

75 על סיווגה של המשמעות המילולית ראו שם, בעמ' 49–50; וכן ראו הדיון בסוגיית הג'אנר שם, בעמ' 126–128.

שיקולים הסתברותיים. הכרעה זו לגבי פרשנות תקפה משתלבת בלוגיקה של החקירה המדעית.⁷⁶

בניגוד לגדאמר, לדעת הירש, אין התאמה בין טקסט למציאות. הוא מציין כי בניגוד לגישות הרואות בטקסט הספרותי "מציאות שנייה", הוא אינו רואה בו טקסט המעביר מציאות. ההשלכה הפרשנית להנחה זו היא, שגם הפרשנות הספרותית אינה צריכה לשקף מציאות.⁷⁷

3. הפרשן

בניגוד לגדאמר, המאדיר ומרומם את מעמדו של הפרשן בתהליך הפרשנות, מכפיף הירש את הפרשן למחבר.⁷⁸ לפיכך אין ביטוי לאישיותו הסובייקטיבית של הפרשן. אין חשיבות למטען התודעתי שנושא עמו הפרשן. עם זאת, מעמדו כדמות סובייקטיבית וכן חומרי התודעה שהוא נושא עמו מתבטאים בשלב השני, הוא השלב ההסברתי והביקורתי. בשלב הביקורתי מבטא הפרשן את הוראתו של הטקסט נוכח הסיטואציה ההיסטורית והקונטקסטואלית שבה הוא מצוי ואף מיישם אותה. היישום הוא מעין מוסר השכל לגבי התנהגות מוסרית, דתית וכיוצא בזאת. ההוראה נוגעת לתודעתו של הפרשן כבן אדם ולפיכך משמעות מילולית של טקסט, שהיא אחת ובלתי-משתנה, מולידה הוראות שונות אצל בני אדם שונים.

היחס בין הפרשן למושא פרשנותו מאופיין בקריטריונים כמעט מדעיים, המושתתים על תקפות השואפת לאובייקטיביות. תפקידו של הפרשן, אליבא דהירש, הוא חשיפה וגילוי ולא יצירה. הפרשנות, אליבא דהירש, מבוססת על מודל חקירה לוגי של התחקות, בניגוד לפרשנות של גדאמר, המבוססת על מודל דיאלוגי של התחברות. לפיכך אין היא מקרינה על המישור הבין-סובייקטיבי. ההתחקות אחר כוונת המחבר לא נועדה ליצור זיקה בין-סובייקטיבית בין המחבר לפרשן, אלא להעביר לפרשן את משמעות הטקסט.

4. הטקסט

הטקסט, אליבא דהירש, הוא מסכת סימנים לשוניים שאינה משתנה. הגם שהירש

76 לעניין עקרונות הפרשנות ותורת ההסתברות ראו לוי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 152–153. על הפעלת שיקולים הסתברותיים ככלי פרשני בהליך השיפוטי ראו רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות. חלק ב: הלוגיקה ההכרתית" עיוני משפט כ 141 (תשנ"ו).

77 ראו HIRSCH, לעיל ה"ש 29, בעמ' IX.

78 ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 142: "when we construe another's meaning we are not free agents : So long as the meaning of his utterance is our object, **we are completely subservient to his will**, because the meaning of his utterance is the meaning he will to convey" (ההדגשות אינן במקור); וכן שם, בעמ' 155–161.

מציג תפיסה פרשנית התקפה לכל הטקסטים השייכים למדעי הרוח, מדגיש הירש את אופיו המיוחד של כל תחום ואת הצורך לפרש טקסט על הבסיס הז'אנרי שאליו הוא משתייך. הירש מדגיש את אופיו המיוחד של כל ז'אנר, אשר אינו מאפשר העברת כלים פרשניים אף באותה דיסציפלינה. כך, למשל, טוען הירש כי לא רק שקטגוריות ספרותיות אינן יכולות להיות מוחלטות על טקסטים לא-ספרותיים, אלא שאינן יכולות להיות מוחלטות אפילו על טקסטים ספרותיים בעלי אופי ז'אנרי שונה.⁷⁹ בהקשר זה עומד הירש על ההבדל העקרוני בינו ובין גדאמר. בניגוד לגדאמר, אשר אינו מבחין בין טקסטים שונים במדעי הרוח – ספרות, משפט ודת – דן הירש בהבדלים ביניהם.⁸⁰ תחילתה של מלאכת הפרשנות היא בסיווגו של טקסט לז'אנר מסוים.⁸¹ הז'אנר מוגדר על ידי הירש כאלמנטים משותפים לקבוצת טקסטים מצומצמת בעלת יחסים היסטוריים.⁸² מיון מתודולוגי זה⁸³ תוחם את טווח הפרשנות. עם זאת, הז'אנר אינו מכריע את הפרשנות כי אם ממקם אותה.⁸⁴ מתפיסה זו עולה השאלה, האם טקסט מסוים יכול להתפרש רק על פי פירושים מסוג מסוים או שאפשר לפרשו גם על פי פירושים מסוגים אחרים?⁸⁵ הירש מדגיש את חשיבותו של הטקסט באשר הוא זה שמשקף את כוונת מחברו.

הצגתי לעיל שתי תאוריות הרמנויטיות המבטאות תפיסות דיכוטומיות⁸⁶ באשר

- 79 שם, בעמ' 120; וכן ראו סעיף 2 לפרק זה לעיל, בעמ' 16, בייחוד ה"ש 66.
- 80 בשל הבדלים עקרוניים אלו, הנגזרים ממהותו של הטקסט, אי-אפשר, לשיטתו, לייחס לשקספיר פרשנות פרודיאנית שהתפתחה לאחר זמנו, משום שהיא לא יכולה להיות חלק מה-"Author's willd type". לעומת זאת, אפשר לייחס למחוקק האוסר נסיעת כלי רכב ממונעים באור אדום, נסיעת כלי רכב חדשני שאינו ממונע באור אדום, הגם שזה הומצא לאחר זמנו של המחוקק, שכן כוונה כזו אכן אפשר לייחס ל-"Willed type of the author" ראו שם, בעמ' 122–126.
- 81 שם, בעמ' 76–77: "All understanding of verbal meaning is necessarily genre-bound".
- 82 שם, בעמ' 110.
- 83 שם, בעמ' 111 "methodological level" או שם, בעמ' 110 "Useful propaedeutic tool".
- 84 לעניין הסתייגותו של הירש מפרשנות המוכרעת על בסיס ז'אנרי ראו שם, בעמ' 110–111. עיקר חשיבותו היא ברמה המתודולוגית.
- 85 הירש דן בסוגיה זו. ראו שם, בעמ' 111–126. וכן ראו דעתו של לוי בסוגיה, לוי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 146–148, לדעת לוי, הירש אינו נותן לשאלה זו תשובה ברורה ואחת המסקנות מתורת "טיפוסי הפרשנות" של הירש היא, שאין בנמצא שום מתודה הרמנויטית המסוגלת להניב תוצאות נכונות לגבי "מחלקה" שלמה של טקסטים הנמנים עם טיפוס אחד. עם זאת, הירש אומר כי קיים עיקרון נורמטיבי התקף לגבי פרשנותו של טקסט בעל כל השתייכות ז'אנרית, הוא העיקרון של כוונת המחבר: "The author's willd meaning", ראו HIRSCH, שם, בעמ' 125–126.
- 86 על היותן תפיסות מנוגדות ראו HIRSCH, שם, בעמ' 245. בנספח זה דן הירש בספרו של גדאמר "אמת ומתודה", תוך שהוא מבקר את תפיסתו ומצביע על כשליו. מתוך דבריו עולה בבהירות, כי גדאמר והוא מציעים תפיסות הרמנויטיות מנוגדות. במרכז תורתו של גדאמר עומדת הטענה, שאי-אפשר להגיע אל האמת ולכן אין לחתור לחיפוש מתודה לפרשנות טקסטים. יתר על כן: המגוון הפרשני הוא אין-סופי ומוכרע על ידי אופקיו ההיסטוריים של הפרשן. לעומת זאת, במרכז תורתו של הירש עומד החיפוש אחר קריטריון נורמטיבי לפרשנות תקפה. הירש מציב את כוונת המחבר כקריטריון זה. ראו להלן סעיף 3, לפרק ה.

למהותו של ההליך הפרשני. להלן אציג שתי תאוריות משפטיות המשקפות אף הן תפיסות דיכוטומיות – התאוריה הריאליסטית והתאוריה הפורמליסטית. אטען, כי ישנה זיקה בין התאוריה הפורמליסטית לזו ההרמנויטית של הירש ובין התאוריה הריאליסטית לזו ההרמנויטית של גדאמר.

ד. הצגת התאוריות המשפטיות

להלן יידונו שתי תאוריות משפטיות, המגלמות תפיסות הרמנויטיות שונות – התאוריה הריאליסטית והתאוריה הפורמליסטית. הבחירה בשתי תאוריות אלה היא בחירה מתודית שנועדה ליצור העמדה דיכוטומית⁸⁷ בין תפיסות שונות שצמחו מתוך המשפט לגבי השאלה מהו משפט, בכלל? ומהו תפקידו של השופט בתוך מערכת המשפט, בפרט?⁸⁸ זאת ועוד, בחירה זו יוצרת בסיס השוואתי בין העמדות ההרמנויטיות שהוצגו לעיל ובין העמדות המשתמעות מהתאוריות המשפטיות לעניין פרשנות משפטית. ההנחה העומדת ביסוד הזיקה שבין תאוריה משפטית לפרקטיקה פרשנית משפטית היא, שהשופט פועל בתוך מסורת משפטית המושפעת מתורות משפט רווחות.⁸⁹ אראה, כי ישנה זיקה בין המסורת הריאליסטית לתפיסה ההרמנויטית של גדאמר ובין המסורת הפורמליסטית ובין התפיסה ההרמנויטית של הירש. התאוריות המשפטיות לא התפתחו כתאוריות הרמנויטיות, אלא כהשקפות באשר למשפט ולמיקומו ובאשר לתפקידה של הרשות השופטת בהפעלת המשפט ויצירתו.⁹⁰

87 מבחינת ההתפתחות התאורטית בין הריאליזם לפורמליזם ישנן תפיסות ביניים, שהמרכזית ביניהם היא "ההליך המשפטי", שהתפתחה מתוך הוויכוח בין הריאליזם לפורמליזם (אם כי ישנם הרואים את "ההליך המשפטי" כ"פורמליזם חדש"). לעניין זה ראו מיכל אלברשטין "מרינר ועד ברדה, והמצב האפורטי: עיון בסגנונות פרשנות משתנים בפסיקתו של בית המשפט העליון" מחקרי משפט יט 633 (2003). הבחירה במאמר זה פונה דווקא לקצוות התאורטיות, כפי שמוסבר לעיל.

88 על הניגוד הבינארי שבין תפיסות תאורטיות אלה ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 513–516 (התשנ"ג).

89 לעניין הזיקה בין הפרקטיקה הפרשנית לתפיסות תאורטיות באשר למה הוא משפט ראו ספרו של ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 57: "השוני בין שיטות הפרשנות הנוהגות במדינות שונות נובע ממסורת שונה, מתרבות משפטית שונה, כלומר, מתפיסות שונות באשר למהות המשפט... למידת המהותיות או הפורמליזם המאפיין שיטת משפט ולעמדתה של השיטה אל היצירות השיפוטיות". כן ראו לעיל הסיפא לה"ש 13 במאמרו של בירנהק וגוסרסקי (לעיל ה"ש 13) וכן ספרו של ברק. ידידיה צ' שטרן במאמרו "בין שופט לשיפוט" משפט וממשל ט 189 (התשס"ו), טוען, כי ספרו של ברק שופט בחברה דמוקרטית (ראו ברק, לעיל ה"ש 13), נועד להדגיש את עמדתו האישית של ברק ואת פעולתו השיפוטית בשטח ואינו בבחינת מסה תיאורית או תאורטית.

90 עם זאת, ב-5th ed., 506–510 (Edward Cnig ed., 1998) Routledge Encyclopedia of Philosophy. כמו כן אהרון ברק רואה בפרשנות חלק מתורת המשפט, ראו ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוזה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 97. בהקשר זה אומר ברק: "הפניית הניתוח העיוני לשאלות אלה עשויה להדגיש היבטים שאינם

עם זאת, בכלל עיסוק זה ניצבת שאלת הפרשנות השיפוטית ובה נתמקד תוך דיון בתפיסה הכוללת של המשפט.

ריאליזם ופורמליזם אינן תאוריות העשויות מקשה אחת ויש בהן גוונים ודעות שונות. עם זאת, לצורך הדיון נגדיר תפיסות אלו מתוך עקרונות-יסוד המכוננים אותן, כפי שמצויים בספרות המלומדים. זאת ועוד בדיונינו אין אנו עוסקים במצע התאורטי הכולל ובבחינת תקפותו התאורטית מבחינה אנליטית ומשפטית, אלא ככל שהוא מאיר את פעולתו הפרשנית של השופט לפי תפיסת השופט את תפקידו.

ה. פורמליזם משפטי

1. כללי

כאמור, תאוריה זו אינה הומוגנית. עם זאת, אפשר לסכם את עיקריה שהם על פי רוב מצע משותף להוגים השונים.⁹¹ הפורמליזם משמש מושג בתחומים שונים של המשפט, ובעניין זה אדון בתאוריה הפורמליסטית כפי שהתפתחה במשפט האמריקאי מסוף המאה הקודמת ועד ימינו.⁹² דיוני בתאוריה זו, כפי שהתפתחה במשפט האמריקאי, נובעת מהשפעתה הרבה של תורת המשפט האמריקאית על זו המתפתחת בארץ.⁹³ אציע להגדיר את התפיסה הפורמליסטית בקשר לארבעה עיקרים שעניינם ממדים שונים של המשפט ואשר מהם נגזרים יסודות נוספים.⁹⁴

במרכז התעניינותם של בעלי התורות השונות. אין בכך ולא כלום. זה גורלה של תורה עיונית, שהיא משמשת למתן תשובות על שאלות שהיא לא שאלה. זה כוחה של תורה עיונית טובה, שהיא מצליחה לתת לשאלות אלו תשובות ראויות" (שם, בעמ' 97). בהמשך מביע ברק צער על דלות המחקר ביחס שבין תורת החוזה לתורת הפרשנות.

⁹¹ לעניין זה ראו Frederick Schauer, *Formalism* 97 YALE L. J. 509 (1988). מאמר זה מתאר את עיקרי התאוריה הפורמליסטית באופן ביקורתי. כן ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 88.

⁹² מושג זה משמש בעוד שני תחומים עיקריים: בסוציולוגיה של המשפט וב"מדע המשפט" ששלט בתורת המשפט בגרמניה. לעניין זה, ובעיקר לעניין מושג הפורמאליזם במשנתו של מקס וובר, ראו מאוטנר, שם, בעמ' 507–508, 512–515. הפורמליזם ממשיך את המסורת המשפטית הפוזיטיביסטית. כמו כן לא אחת נטען, כי תפיסת העולם הפורמליסטית עולה בקנה אחד עם הניתוח הכלכלי של המשפט, משום שהיא מתמקדת במימוש היעיל של ערכים. מקובל לראות את תחילת המתקפה על הפורמליזם המשפטי במשפט האמריקאי, בספרו של OLIVER WENDEL HOLMES, *THE COMMON LAW* (1881), שראה אור בשנת 1881. ספרו של הולמס שימש קרקע לצמיחתן של תנועות אנטי-פורמליסטיות שהמשותף לכולן הוא גישתן האינסטרומנטלית, כגון תורת המשפט הסוציולוגית והריאליזם המשפטי.

⁹³ ראו מאמרו של מאוטנר, שם, בעמ' 586.

⁹⁴ חלק מהיסודות שיימנו כאן יכולים לאפיין גם גישות ותאוריות נוספות במשפט, אלא שקיבוצם משרטט את התפיסה הפורמליסטית; וכן הופעת רוב המאפיינים בטקסט אחד (טקסט שיפוטי/מאמר ביקורתי וכיו"ב) יגדירו את הטקסט כפורמליסטי. הערה זו נדרשת גם לתיאור היסודות הריאליסטיים.

2. מבנה המשפט

המשפט הוא מדע המושתת על מערכת סגורה של כללים משפטיים בעלת היגיון פנימי.⁹⁵ המבנה הפנימי של המשפט מושתת על מערכת יחסים לוגית שאפשר לנתח ולפרשה בדרך האינדוקציה והדדקוציה.⁹⁶ התוצאה המשפטית נוצרת אפוא מכוח המבנה הפנימי של החוק, בבחינת תוצאה מתבקשת, כמעט במוכן של כורח. הכלל המשפטי הוא גם הדרך גם הנימוק (ההצדקה) להחלטה השיפוטית.⁹⁷ תפיסה משפטית זו מדגישה את המבנה המשפטי המכתיב את אופן קבלת ההחלטות השיפוטיות, ולא את התוצאה השיפוטית.⁹⁸

הכללים המשפטיים הם כללים לשוניים אוטונומיים שקיומם אובייקטיבי ולפיכך

- 95 הדגשת הפן המדעי של המשפט המאפשר לנתחו בכלים מדעיים אפיין את גישתו של לנגדל, דיקאן הפקולטה למשפטים בהרווארד בסוף המאה הי"ט (1870), מייסד הגישה לחינוך משפטי פורמליסטי, שנשתרשה במוסד זה ועל ברכיה נתחנכו דורות רבים של משפטנים. ראו WILLIAM TWINING, KARL LLWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT 10–25 (1985). לביקורת השיטה הפורמליסטית כשיטת חינוך משפטי ראו Duncan Kennedy, *Legal Education as Train for Hierarchy in THE POLITICS OF LAW* 54 (David Kairys ed., 1998). מחבר המאמר הוא פרופסור למשפטים בהרווארד, המבקר את המודל החינוכי של מקצוענות משפטית ברוח הפורמליזם. בביקורתו ברוח הריאליזם המשפטי מבקש המחבר להעביר את הדגש הלימודי על ההתנסות. ווינריב במאמרו, Einarib Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of law*, 97 YALE L. J. 949 (1988), משווה את הבנת המשפט להבנת הגיאומטריה (שם). בהמשך דבריו טוען ווינריב, כי תפיסת המשפט כמדע בנוסח מדעי הטבע אינה מתיישבת באופן עמוק עם התפיסה הפורמליסטית, שכן ההסבר הניתן לתופעות טבעיות אינו נובע מתוכן, היינו: באופן אימננטי אין הן ניתנות להבנה (שם, 964). וכן ראו רון שפירא "המקצוענות של החינוך המשפטי" מחקרי משפט יז 263, 279–289 (2001). שפירא דן בקשר שבין התפיסה הפורמליסטית של המשפט כמדע ובין המקצוענות הבולטת במיוחד בתחום החינוך המשפטי. בהקשר זה מציג שפירא את הרפורמה הלימודית שהנהיג לנגדל ואת התפיסה המדעית המונחת ביסודה.
- 96 היחסים הלוגיים נובעים ומנביעים מבנה קוהרנטי שאפשר לנתחו ולהבינו מתוכו על בסיס המצע האחיד של הסתעפויותיו. על חשיבותה של הקוהרנטיות המשפטית להבנת המשפט ראו שם, בעמ' 968–971. על הפעלת פילוסופיה לוגית במשפט בכלל ובדיני הראיות בפרט ראו מאמריו של שפירא, לעיל ה"ש 76; וכן רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני ראיות – חלק א: ביקורות מסורתיות" עיוני משפט יט 205, 208–210 (התשנ"ד). כן ראו יוסף הורוביץ בעיית ייחודו הלוגי של הטיעון המשפטי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור של האוניברסיטה העברית ירושלים, 1966). החיבור עוסק בבעיית זיקתם של הטיעונים המשפטיים ללוגיקה הצורנית.
- 97 ראו Schauer, לעיל ה"ש 91, בעמ' 537; וכן Duncan Kennedy, *Legal Formality*, 2 J. OF LEGAL STUDIES 351, 386 (1973). ההנמקה הפורמליסטית מתאפיינת בכך שאם שיטת החשיבה המקשרת בין הנחות היסוד והמסקנה הופעלה נכון, חייבת ההנמקה, כדבר שבהכרח, להוביל למסקנה אחת בלבד היכולה להיחשב כנכונה. לעניין זה ראו מאמרו של מאוטנר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 523–524; וכן ראו שם, שם, על ההבחנה בין "הוכחה" ל"שכנוע" והופעתן המשתנה במסגרת תהליכים רחבים המתחוללים בתרבות המערב במאות השנים האחרונות.
- 98 ראו Kennedy, שם, בעמ' 359–360, 377. לעניין הביקורת שמציג קנדי על כך ראו שם, בעמ' 378.

אפשר לפרשם באופן אחד ומוסכם, מתוך המערכת שבנתה אותם, היינו: מתוך הלשון.⁹⁹ ה"פרשנות המילולית" הנסמכת על כללים לשוניים¹⁰⁰ מבטאת השקפה פרשנית העולה בקנה אחד עם התיאוריה של הפורמליזם המשפטי.¹⁰¹ השפה המשפטית היא שפה סגורה ואחידה. סגורה באשר למשמעויות הלשוניות של המילה כפי שהן מתפרשות בשדות אחרים.¹⁰² אחידה, בנוגע לפרשנות מילה בתוך

99 ראו שם, בעמ' 363–365, המבחין בין "עובדות" ל"ערכים". הבחנה זו לקוחה מהתיאוריה הליברליסטית. על פי תיאוריה זו, לעובדות קיום אובייקטיבי בעולם ולפיכך אפשר להגיע להסכמה לגביהם. לעומת זאת, ערכים הם אותם שאיפות ורצונות הקיימים במישור הסובייקטיבי. טבעם של ערכים שהם מבוססים על נסיונות שונים של בני אדם ולפיכך אי-אפשר להגיע להסכמה לגביהם. קנדי משליך תיאוריה זו על פעולתו השיפוטית של השופט. בעוד עיסוק בערכים דורש שיקול דעת מהותי, העיסוק בעובדות מתמצה בפעולת היישום. המשפטן הפורמליסטי מתמקד ב"יש" ("is") ומתעלם מ"הרצוי" ("ought"). במקרה של היעדר פתרון המצריך שיקולים ערכיים, מציג הפורמליזם את ההכרעות כהכרעות עובדתיות הנסמכות על ה"יש". היינו: הפורמליזם דבק בהכרעה בהתאם לכללי הנוף הלשוני והקונספטואלי הרלבנטי לשאלה. לעניין זה ראו מאמרו של מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ג 1, 13 (פרופ' אריאל רוזן-צבי עורך, 1994). על ההבחנה בין "is" ל-"ought" כהבחנה מלאכותית ראו מאמרו של ללאולין Karl N. Llewellyn, *Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound*, 44 HARV. L. REV. 1222, 1225, Lon. L. Fuller, *American Legal Realism*, 82 PENN. L. REV. 429, וכן 1233–1237 (1930) 461–462 (1934).

100 על הפרשנות המילולית" ראו ספרו של ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 145–147, 327. ברק מבחין בין גישה אובייקטיבית מילולית לגישה סובייקטיבית מילולית. המשותף לשתיהן הוא הבסיס הטקסטואלי. שתיהן מתאפיינות בכלי חקירה לשוניים. אמנם, ברק אינו משייך מפורשות את הפרשנות המילולית לתפיסה הפורמליסטית (ואכן מאפיין זה אינו ייחודי רק לגישה הפורמליסטית), אך הוא מאפיין גישה פרשנית זו במאפיינים פורמליסטיים.

101 על פרשנות מילולית כמאפיין פורמליסטי ועל השלכתה בתפיסת השופט את תפקידו ראו חיים פרלמן הלוגיקה המשפטית 27–45 (אורה גרינגרד מתרגמת, 1984). פרלמן מזהה את אסכולת הפרשנות המילולית עם עקרון הפרדת הרשויות; וכן מאמרו של מאוטנר, לעיל ה"ש 88. על הזיקה בין הפורמליזם לבין הפרשנות המילולית הדווקנית וכן על הקשר בין הביקורת השיפוטית לליברליזם ראו פנינה להב "גיוני הגישות לביקורת שיפוטית בארה"ב" עיוני משפט י 491, 501–504 (1984). כל החוקרים, החל באלה הדוגלים בפרשנות דווקנית וכלה באלה הדוגלים בערכים בסיסיים, מעוגנים בתפיסות הליברליות בדבר מהותו של הקשר בין האדם לחברה. ביקורת על הפרשנות המילולית ראו ספרו של White, לעיל ה"ש 18, בעיקר בעמ' 148. לטענתו, גישה זו (שהוא מכנה "plain meaning") מבטאת את סמכותו של הטקסט המשפטי כאוטוריטה בלא עוררין — עובדה שלה השפעות חברתיות ופוליטיות. קבלת סמכות זו כמובנת מאליה עלולה לגרום סכנה לדמוקרטיה.

102 על היחס בין השפה המשפטית ה"אובייקטיבית" ובין משמעויותיה האקטואליות בעולם שמחוץ לתודעה ראו שפירא, לעיל ה"ש 96. באופן דומה מתאר פוזנר את השפה ה"טהורה" — שפה הבנויה ממונחים מקצועיים ומופנית לקהילה המקצועית. פוזנר מזהה סגנון כתיבה זה עם התפיסה הפורמליסטית. ראו Richard Posner, *Law and Literature* 282–294 (Revised ed., 1998). פוזנר מדגיש את הזיקה בין סגנון הכתיבה השיפוטי ובין תפיסת השופט את תפקידו. כן ראו פרק ב, סעיף 3.

הקונטקסט המשפטי. היינו: אותה מילה המופיעה במקומות שונים במערכת הכללים המשפטית תתפרש באופן זהה.¹⁰³

3. היחס בין הטקסט המשפטי למציאות ה"חוץ-משפטית"

מכיוון שהמשפט הוא מערכת אוטונומית סגורה ושלמה, אין הוא מושפע משינויים במציאות ה"חוץ-משפטית".¹⁰⁴ המשפט אינו מבקש לשנות מציאות חברתית או פוליטית ולפיכך אין הוא משקלל את ההשלכות החברתיות והפוליטיות של החלטותיו.¹⁰⁵

השתמעות נוספת מיחס זה בין משפט למציאות היא ניתוק המשפט מהמימד הערכי.¹⁰⁶ המשפט אינו נמדד על פי קנה מידה מוסרי, אלא על פי קנה מידה אוטונומי הנגזר מהמכניזם הפנימי שלו.¹⁰⁷

¹⁰³ בנקודה זו נשמעה ביקורת על הפורמליזם בהקשר הלשוני, שכן ישנן מילים שאין להן משמעות קבועה, אלא מעצם הגדרתן משמעותן משתנה. מבחינה זו, המילה "פשוט" והמילה "חופש" אינן יכולות להתפנח באותה דרך ובאותה חדר-ממדיות. קנדי, המדגיש את הקשר בין התפיסה הפורמליסטית לתפיסה הליברלית גם בעניין זה, מציג את התפיסה הליברלית שלפיה קיימות כמה אפשרויות לשוניות ועל השופט לבחור ביניהן. ראו מאמרו של Kennedy, לעיל ה"ש 97, בעמ' 359. ביקורת מכיוון אחר נשמעת כלפי עיוות התוצאה המשפטית הנובעת מפרשנות צרה זו. לעניין זה ראו Kennedy, שם, בעמ' 360; וכן מאמרו של Schauer, לעיל ה"ש 91, בעמ' 516–518. על פי ביקורת זו, הסתמכות בלעדית על לשון החוק מסתירה מעיני השופט גורמים אחרים הנדרשים לקבלת החלטה שיפוטית. ביקורת זו מופנית לפן הערכי וכן לשלב התוצאתי שהפורמליזם, כפי שנראה להלן בסעיף 4 לפרק זה מתנער ממנו.

¹⁰⁴ ראו Schauer, שם. שאוור מבחין בין מושג של "סגירות" למושג של "שלמות". בעוד מושג ה"סגירות" עניינו ייכולתה של מערכת סגורה להתמודד עם בעיות הקשורות למערכת עצמה, בלא קשר למערכות אחרות, מושג ה"שלמות" בודק את תפקודה של המערכת מתוך ראייה כוללת של היחסים האינטגרטיביים בינה ובין מערכות אחרות. מצויד בתובנה זו של "שלמות", מצביע שאוור על כשליה של התפיסה הפורמליסטית.

¹⁰⁵ בנקודה זו נשמעה ביקורת נוקבת על הפורמליזם מכיוון שהוא מנתק את המשפט מתוך השדה האמיתי שבתוכו הוא פועל – השדה הפוליטי והחברתי. לעניין המשפט כפורום פוליטי ראו West, לעיל ה"ש 13. להדגשת המימד האתי של המשפט ראו White, לעיל ה"ש 18. זאת ועוד: שאוור מציג ביקורת על הפורמליזם שלפיו הנימוק הפורמליסטי אינו אלא הסוואה של שיקולים פוליטיים של השופט עצמו, אשר אינם יכולים להיעדר מהמשפט; אלא שמבנה הטקסט השיפוטי הפורמליסטי מקשה על חשיפת שיקולים אלו. ראו Schauer, שם, בעמ' 516–517.

¹⁰⁶ ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 99. ניתוק זה אינו מנוסח באופן פוזיטיבי על ידי הוגים פורמליסטים, אך הוא פועל יוצא של השקפתם כפי שהוא מנוסח בעיקר על ידי מתנגדי השיטה.

¹⁰⁷ מכאן שההליך השיפוטי אינו מוטרד מההשלכות הערכיות, הכלכליות והחברתיות של תוצאותיו. אין הוא עוסק בשאלות, אילו ערכים ואיזו חלוקת משאבים ישררו בעולם בשל אימוץ נורמה משפטית זו או אחרת? לעומת זאת הוא עוסק בשאלה, איזו נורמה יש לאמץ על פי הגיונה הפנימי של המערכת הנורמטיבית הקיימת, בהתחשב במרכיבים המושגיים והלשוניים שלה? לעניין זה ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 509–511. נעיר, כי מאוטנר אינו מייחס את ניתוק המשפט מהמימד הערכי ליחס בין משפט למציאות. ראו מאמרו של Weinrib, לעיל ה"ש 95,

4. מעמדו של השופט בהליך השיפוטי

לפי המסורת הפורמליסטית, נתפס השופט כמקצוען שעליו להפעיל את מערכת הכללים המשפטית הנתונה, ובהתאם לה לגזור את התוצאה השיפוטית. הכישורים המקצועיים העיקריים הנדרשים מהשופט הם מידת בקיאותו בכללי המשפט הקיימים וכושרו האנליטי, היינו: יכולתו למיין את הסיפור העובדתי לקטגוריה המשפטית הרלבנטית.¹⁰⁸ המקצוענות הפורמליסטית היא "מקצוענות טהורה", דהיינו: השופט בפעילותו השיפוטית צריך לנטרל כשירות הנובעות מזהותו האישית ועליו להפעיל ולפעול רק על פי קריטריונים אובייקטיביים¹⁰⁹ המצויים בתוך המערכת המשפטית. מודל זה הוא מודל אחיד המתעלם מכישורים שיפוטיים חשובים.¹¹⁰ לאורך השנים

בעמ' 950-952, 962, 972-975. ווינריב במאמרו טוען, כי הפורמליזם מדגיש את האחדות של המבנה המשפטי ולא מדיניות ערכית או אחרת. הפורמליזם, אליבא דווינריב, מדגיש את האוטונומיות של המשפט והבנתו מתוכו ולא מתוך יחסיו עם תחומים אחרים. ווינריב פורש את הביקורת שנמתחה כנגד עמדה זו שהוקצנה בתפיסה הפורמליסטית ומסביר את הרציונל שמאחורי עמדה זו. רציונל זה חושף, לדעתו, הבנה עמוקה יותר של המשפט ותואם את מבנה המשפט ואת תפקודו בתחום הבנת המשפט מתוכו. ראו Kennedy, לעיל ה"ש 97, בעמ' 369-377: "There is no basis for the judge to refuse to enforce a rule he think unjust because there is no requirement that particular rules be just" (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 370).

108 ראו מאמרו של מאוטנר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 8-13.
109 הדרישה הפורמליסטית ל"אובייקטיביות" של השופט דומה לדרישה המודרנית הריאליסטית בספרות לאובייקטיביות של המחבר. שטרנברג מפרק את מושג ה"אובייקטיביות" לשלושה מושגים-משנה: נייטרליות לגבי כל הערכים; אי משוא פנים כלפי הדמויות; וחוסר רגש כלפי הדמויות והאירועים מושא סיפורו. ראו מאיר שטרנברג "הרטוריקה של הספרות לפי ו.ס. בות" הספרות א 1, 130-139 (1968). הדרישה הפורמליסטית ל"אובייקטיביות" שיפוטית מכילה את שלוש התכונות הללו.

110 ראו Twining, לעיל ה"ש 95, בעמ' 14-16. עוד על "מקצוענות טהורה" ומודלים מקצועניים אלטרנטיביים, ראו David B. Wilkins, *Fragmenting professionalism racial identity and the Ideology of bleached*, 5 INTERNATIONAL J. OF LEGAL PROFESSION 141 (1998). מאמר זה עוסק בשאלת עיצוב זהותו המקצועית של עורך הדין תוך התמודדות עם שני מודלים – המודל המקצועני, העולה בקנה אחד עם המודל הפורמליסטי, מול המודל העולה בקנה אחד עם זה הריאליסטי, ומציג את פעילותו המקצועית של עורך הדין כחלק בלתי-נפרד מזהותו האישית. דברים אלו ישימים גם לגבי שופטים. בין השיקולים שמונה ווילקין לטובת "מקצוענות טהורה" נמנים איכותיות מקצועיות, שוויון, אחדות ווודאות משפטית. מכיוון הפרקטיקה המשפטית נשמעת אמירה בעלת גוון שיש בה ביקורת מוסרית על היעלמות השופט מן ההליך השיפוטי כישות בעלת ביוגרפיה. לעניין זה ראו אביגדור פלדמן "שירת הסירנות: שיח וחלל בבית המשפט" תיאוריה וביקורת 143 (1991); וכן ראו שפירא, לעיל ה"ש 95, בעמ' 279-289. שפירא דן בקשר שבין התפיסה הפורמליסטית של המשפט כמדע ובין המקצוענות הבולטת במיוחד בתחום החינוך המשפטי. כן ראו מאמרו של מאוטנר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 11. מאוטנר עוסק בהיעדר כושר סינתטי וכושר להבין את המשמעות הערכית והחברתית של החלטתו.

נשמעו קולות שונים בין שופטי בית המשפט העליון לעניין השפעת זהותו האישית של השופט על הליך שיפוטו.¹¹¹

המכניזם המשפטי מציב את השופט בעמדה של מפעיל המכונה השיפוטית. בתוך המערכת המשפטית מוסדרות ומוקמות הנורמות המשפטיות, ותפקידו של השופט יסתכם בהתאמת הנורמה ובהחלטה על המקרה העובדתי הנידון. מכאן, שאין לשופט חופש בחירה¹¹² ומרחב שיקול דעת.¹¹³ בהיעדר נורמה משפטית המספקת פתרון ישיר לבעיה יש למצוא אותה בתוך המערכת המשפטית על פי תכנים של נורמות משפטיות רלבנטיות או מתוך העקרונות והכללים הרחבים הרלבנטיים לאותה בעיה.¹¹⁴ בכתבים

111 אפשר לחלק קולות אלו לשתי קבוצות: הקבוצה האחת נוקטת את המסורת הפורמליסטית, והאחרת – את המסורת הריאליסטית. בין השופטים שמתאפיינים בנקיטת גישה פורמליסטית המבקשת לנטרל את העשייה השיפוטית מהשפעות אישיות וחברתיות ולחתור למשפט אובייקטיבי היו זוסמן ואגרנט. ראו, לדוגמה, התבטאותו של השופט זוסמן בע"א 116/66 חלקה 62 גוש 6946 בע"מ נ' זמל, פ"ד כ(4) 226, 235 (1966); וכן מחקרו של אריא, לעיל ה"ש 18, בעמ' 120.

112 ראייה זו של התוצאה המשפטית ככורח ולא כבחירה יצרה אנטגוניזם עז כנגד הגישה הפורמליסטית. ראו Schauer, לעיל ה"ש 91, בעמ' 511–517. שאוור מציב שתי שאלות לגבי חופש הבחירה של השופט וניתוק הזהות האישית מההחלטה השיפוטית – האחת במישור המצוי והאחרת במישור הרצוי. האם ייתכן מצב שבו השופט משולל בחירה והאם מצב זה הוא מצב רצוי (שם, בעמ' 530–532, 536, 543). שאוור עונה על השאלה הראשונה בחיוב. לגבי המצב הרצוי, מביע שאוור את הסתייגותו וטוען כי היעדר חופש הבחירה ונטרול הזהות האישית חוסם ביקורת משפטית רלבנטית ואף מסיר מהשופט אחריות אישית (שם, בעמ' 536, 543). כן ראו מאמרו של Kennedy, לעיל ה"ש 97, בעמ' 391; מאמרו של Fuller, לעיל ה"ש 99, בעמ' 437. פולר מדמה את השופט הפורמליסט לחיה בכלוב צר שהסבירות שתנסה לברוח גבוהה למדי. לעומת זאת, מועד הבריחה אינו צפוי. ככל שהכלוב צר יותר – היינו: המערכת המשפטית מגבילה יותר את שיקול הדעת השיפוט – הסבירות שהחיה תברח מהכלוב, כלומר: שהשופט ישבור את הכלל המשפטי, גדולה יותר. ככל שהכלוב רחב יותר – היינו: מרחב שיקול הדעת השיפוט גדול יותר – הסיכוי שהחיה תרגיש בנוח ותישאר בכלוב המוגן גדול יותר. זאת ועוד: דימויו של פולר יוצר רדוקציה של הפן האנושי בדמות השופט, משל היה השופט חיה מאולפת.

113 לעניין המתח בין ההלכה לשיקול הדעת ראו משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292 (תשכ"ח). השופט לנדוי עצמו נוקט את הגישה המצמצמת. המונחים שיקול דעת "רחב" ו"מצומצם" מופיעים אצל Dworkin, לעיל ה"ש 15, בעמ' 31–39. דבורקין מבחין בין שני סוגים של שיקול דעת: שיקול דעת במובן הצר ("weak") ושיקול דעת במובן הרחב ("stronger"). בעוד ששיקול דעת במובן הצר מתמקד בבחירה בין אופציות חוקיות קיימות, שיקול דעת במובן הרחב נמצא במקום שבו אין סטנדרטים משפטיים מחייבים שעל פיהם יוכל השופט לשפוט. עניין זה משתקף במשפט הישראלי בדיון על המתח בין ה"הלכה" ל"שיקול הדעת". השופטים הטוענים כי שיקול הדעת השיפוט הוא מצומצם ואילו ההלכה הכובלת היא הדומיננטית, מתאפיינים בגישה פרשנית פורמליסטית.

114 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 510–511. לביקורת על הצגת פעולתו השיפוטית של השופט כהליך מכני המשמש מיתוס מטשטש ומטעה ראו שם, בעמ' 572–575 וכן בעמ' 593–595. מאוטנר טוען, כי הצנעת המימד הערכי של ההחלטות השיפוטיות תוך הצגתו כהליך מכני שימש כסות לבית המשפט העליון הישראלי בשנות החמישים למלא תפקיד ערכי של סוכן

הפורמליסטיים מתואר השופט במונחים של "Mechanical rule applier", תוך שהוא מובחן מהמחוקק ומוצג כמיישם את דברו.¹¹⁵ התפיסה הפורמליסטית מרחיקה את השופט מהמעשה השיפוטי, תוך שהיא מציגה בחזית המשפט את המכניזם השיפוטי. כפי שצינתי לעיל, השופט נתפס כעושה דברו של המחוקק. מעמדו זה נובע מתפיסת מקור סמכותו של החוק. החוק תקף מכוח פעולה או החלטה אנושית של הריבון (בדרך כלל ריבון בעל כוח פוליטי).¹¹⁶ תפיסה זו עולה בד בבד עם תפיסת המדינה הליברלית.¹¹⁷ המחוקק אפוא הוא הריבון הלגיטימי, באשר הוא זה שנבחר על ידי העם. השופט, אשר אינו נמנה עם הרשות הנבחרת, אלא על הרשות הממונה,¹¹⁸ אינו יכול ליהנות ממעמד זה. לו שמור תפקיד משני, פסיבי יחסית, ליישם את דבר המחוקק.¹¹⁹ זאת ועוד: רק יישום יבש של החוק יבטיח את השאת הרווחה הכללית של המדינה וכן את היציבות המשפטית.

תרבותי. לעניין האופי המכניסטי של ההחלטה השיפוטית ראו Kennedy, לעיל ה"ש 97, בעמ' 355, 359, 364–370. קנדי עצמו מבחין בין שני סוגים של החלטות שיפוטיות: היישום הפועל מכוח המערכת המכנית, והחלטה המונעת מתוך מערכת רציונלית הכוללת שקילה והערכה. קנדי טוען, כי ההליך הפורמליסטי מתאפיין בהחלטה מהסוג הראשון. בהקשר זה מדגיש קנדי את אי-התערבותו של השופט בתפקידו של המחוקק. כמו כן ראו חיים פרלמן על הצדק 63–64 (1962). בתארו את השופט הפורמליסט משתמש פרלמן בתיאורים "מכונה" "אוטומט" "וכסות סודר".

115 ראו לדוגמה, Kennedy, שם, בעמ' 351–352.

116 ראו Dworkin, לעיל ה"ש 15, בעמ' 131–132.

117 על פי התפיסה הליברלית, המדינה היא תוצר של הסכמת העם שהכפיף את עצמו לריבון נבחר כדי שזה ידאג להשאת האינטרסים המצרפיים של אזרחיה. ראו Kennedy, לעיל ה"ש 97, בעמ' 351–352, 361–377, 383–384, קנדי דן בזיקה שבין התיאוריה הפורמליסטית לתיאוריה הליברלית. על פי התיאוריה הליברלית, המדינה מושתתת על האמנה החברתית, שמשמעותה היא כי בני האדם, שכל אחד מהם הוא יצור אוטונומי, התקבצו יחדיו והחליטו לקיים שיטת משטר למטרות מוגדרות: כדי למנוע מצב של כאוס ומלחמת אזרחים על המדינה לשמור על האוטונומיות של הפרט. על פי תפיסה זו, החוק מבטא פשרה בין אינטרסים נוגדים כדי שבני אדם יוכלו לחיות אלו עם אלו. המבקרים את הליברליזם בחוגי המשפטנים עושים זאת הן כלפי תפיסת המשפט שהצמיח הליברליזם הן כלפי התיאוריות הדמוקרטיות שהצמיח הליברליזם, וממילא הם מבקרים גם את התפיסות של הביקורת השיפוטית, המעוגנת בתפיסת המשפט ובתפיסת הדמוקרטיה היונקת מן הליברליזם.

118 הנושא של מינוי שופטים מעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78. שופט מתמנה בידי וועדה שבה מכהנים שופטים, שרים, חברי כנסת ונציגים של לשכת עורכי הדין. לעניין ההוראות המסדירות את מינוי השופטים ותקופת כהונתם ראו פרק א סעיפים 2–24 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד–1984, ס"ח 1123. על תפיסה זו בארה"ב ועל המתח שבינה ובין הפרשנות הגדאמרית ראו Eskridge, לעיל ה"ש 36, בעמ' 667–671.

119 לעניין מהותה של הפרדת הרשויות וההשלכה שלה על פעולתו הפרשנית של השופט ראו ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 279–290. לעניין היחסים בין המחוקק לשופט מאמץ ברק את מטפורת "היין החקיקתי", שלפיה המחוקק הוא נוסך היין לתוך החוק, והשופט קובע את טעמו בפרשנותו. לעניין הפרדת הרשויות בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת כמאפיין את הפסיקה הפורמליסטית ראו מאמרו של מאוטנר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 527–529. לעניין ההפרדה המהותית

5. מטרת המשפט

האינטרס המשפטי הבולט בתיאוריה הפורמליסטית הוא הוודאות והיציבות המשפטית. מכיוון שהמערכת הפורמליסטית מציבה כללים ברורים וחד-משמעיים המופעלים בדרך של גזירה לוגית, שלפיה ישנה תוצאה משפטית אחת נכונה, הרי שתוצאה זו צפויה. צפיותה של תוצאה משפטית יוצרת מצע של יציבות והאחדה, המבטיח היעדר פניות ומאפשר תכנון יעדים מרכזיים של המשפט.¹²⁰ אפשר למקם אינטרס זה בתוך המכניזם המשפטי, כיוון שאף הוא נגזר מתוך המערכת הנורמטיבית ונועד לשמרה במתכונתה המתוארת לעיל.¹²¹

6. בין פורמליזם משפטי להרמוניטיקה של הירש

אבקש להצביע על נקודות הדמיון בין תורתו של הירש לתפיסה הפורמליסטית. אתאר זיקה זו מתוך הידרשות לסעיפים שנידונו לעיל. הן הירש הן הפורמליזם מבססים את תורתם על גישה אובייקטיבית-לוגית. הפורמליזם מזהיר מפורשות כי יש לבחון ולהפעיל את המשפט כמדע. הירש אינו מזהיר על כך במפורש, אולם הוא משתמש בכלים ובמינוחים המקנים לתורתו מימד מדעי. כך אפוא מושג ה"תקפות", הניצב במרכז תורתו, הוא פרי לוגיקה מדעית. יתר על כן: כמו הפורמליזם מרבה הירש להסתייע בתורות ובכלים בלשניים ולהסתמך עליהם. הירש, באופן דומה לפורמליזם, בוחן את פרשנותו של הטקסט בתוך שדה מצומצם. הוא רואה חשיבות במיון ובסיווג של טקסט לסוגים ולז'אנרים ספציפיים שבמסגרתם תיבחן פרשנותם. אשר למעמדו של הפרשן, כמו הפורמליזם, הפרשן של הירש נטול מאפיינים סובייקטיביים ורכיבי זהות אישיים. שיקול הדעת שלו ומרחב פעולתו מצומצמים. על פי גישות אלו, השופט כפרשן הוא דמות אנמית שקולה נבלע בגלי קולו של מושא פרשנותו. מהאמור לעיל עולה, כי קיימת זיקה מחשבתית בין התיאוריה של הירש לפורמליזם המשפטי.¹²² זיקה זו מאפשרת למקם את הגישה הפורמליסטית בתוך גישה הרמוניטית רחבה יותר.

בין פוליטיקה למשפט ראו Weinrib, לעיל ה"ש 95, בעמ' 985–989. לטענת ווינריב, האופי הפוליטי עומד בניגוד לאופיו של המשפט. ווינריב קושר זאת למבנה הצורני הקוהרנטי של המשפט החיוני כל כך להבנתו. השופט ניגש למלאכתו על בסיס הכלים שהקנה לו המחקר.
 120 ראו Schauer, לעיל ה"ש 91, בעמ' 539; Kennedy, לעיל ה"ש 97, בעמ' 383–384, 389–387; מאוטנר, שם, בעמ' 511. מאוטנר מציין, כי בנקודה זו טמון הקשר בין ליברליזם לפורמליזם: כיוון שתכלית הליברליזם היא לאפשר לפרט חופש מרבי לקביעת התכנים של חייו ולמימושם, נטען כי הגשמתו המרבית של הליברליזם מחייבת משטר של פורמליזם.
 121 ראו Weinrib, שם, בעמ' 964. לדעת ווינריב, הפורמליזם המשפטי אינו מכוון למטרה ראויה כלשהי, אלא עקרונותיו נגזרים מתוך המבנה הפנימי שלו, ומטרתו נגזרת מהשתלבות ומשמירה על מבנה זה.
 122 זאת כפי שהדגשנו קודם, מבלי לדון בטיב הזיקה.

כמו כן היא יוצרת יסודות תיאורטיים המאפשרים לתאר, לנתח ולבקר את הפורמליזם המשפטי במונחי התפיסה של הירש.

1. ריאליזם שיפוטי

1. כללי

הריאליזם השיפוטי צמח כריאקציה וכאנטי-תיזה לפורמליזם השיפוטי.¹²³ התאוריה של הריאליזם השיפוטי אינה עשויה מקשה אחת,¹²⁴ והיא בנויה ממשנתם של אנשי אקדמיה שניסו לבנות תאוריה צרופה על אודות המשפט ואנשי אקדמיה אשר התעניינו באופן הקניית החינוך המשפטי באוניברסיטאות, בצד שופטים שבאו מתוך הפרקטיקה השיפוטית.¹²⁵ עם זאת, ברוח דבריו של ללאולין אני מבקשת לקחת את אוסף היחידים ולנסות לשרטט מתוכם דרך. דרך זו תוכל על ידי אחד מגדולי ההוגים הריאליסטים — קארל ללאולין.¹²⁶

123 לעניין זה ראו דבריו של גוורין בדבר הקדמתו לספרו של ללאולין KARL N. LLEWELLYN, THE TWINING, לעיל ה"ש 95, בעמ' 8-9, ובעמ' 10-23 שבהם מתוארת משנתו של לנגדל בהרוארד מול משנתם של הולמס, גריי ופאונד; וכן ROUTLEDGE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, לעיל ה"ש 90, בעמ' 506-510. הריאליזם המשפטי הוא תאוריה השייכת למסורת משפטית של תיאוריות אינסטרומנטליות וביניהן הפרגמטיזם, פונקציונאליזם וסוציאליזם. ראו חיים כהן המשפט 3-763 (מהדורה שנייה, תש"ס). על הזיקה בין ריאליזם לסוציאליזם ראו RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977).

124 על שיוכם של הוגים שונים לאותו זרם מחשבתי ראו TWINING, שם, בעמ' 73-74. טווינינג מונה קריטריונים שונים לשיוכם של הוגים שונים לאותו זרם מחשבתי. טווינינג עצמו בוחר בללאולין כמייצג התנועה הריאליסטית, הגם שהוא מדגיש את זרמיה השונים. ראו מאמרו של Fuller, לעיל ה"ש 99, בעמ' 429-431; וכן הקדמתו של פאול גוורין לספרו של LLEWELLYN, שם, בעמ' xv. גוורין מדגיש את ההטרונגיות שבקבוצה הריאליסטית: מריאליזם ספקני ועד ריאליזם אמפירי. וכן ראו מאמרו של Llewellyn, לעיל ה"ש 99. ללאולין טוען, כי התנועה הריאליסטית מורכבת מאוסף של יחידים החושבים ומייצרים תובנות על המשפט ומקומו בחברה. פולר מדגיש את היעדר תיאורטיזציה בתפיסה הריאליסטית וכן את היעדר של "קו רשמי" של אסכולה כעניין שבעיקרון.

125 ראו כהן, לעיל ה"ש 123, בעמ' 73. השופט כהן מדגיש את מקומם של השופטים בתיאוריה הריאליסטית.

126 לעניין מעמדו של ללאולין כגדול ההוגים הריאליסטים ותרומתו לתנועת הריאליזם השיפוטי ראו ספרו של TWINING, לעיל ה"ש 95, בייחוד בעמ' 70-83; וכן הקדמתו של פאול גוורין לספרו של LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123; וראו מאמרו של Fuller, לעיל ה"ש 99, בעמ' 430. פולר מכחיר את ספרו זה של ללאולין כספר הראשון אשר תיאר באופן שיטתי את התפיסה הריאליסטית.

2. מבנה המשפט

הריאליזם השיפוטי הדגיש את הדינמיות של מערכת המשפט ואת האינטראקציה שלה עם מערכות חברתיות ופוליטיות. כמו כן הוא הדגיש את היותו של המשפט מבוסס על הניסיון.¹²⁷ המערכת המשפטית יוצאת ממסגרת של כללים משפטיים הפועלים בתוך מסורת משפטית תקדימית, המבוססת על פיתוח המשפט על ידי התמודדות עם מקרים קונקרטיים "case law rules". מבנה זה הוא מבנה רחב המאפשר שינוי בתוך גבולותיו. מעצם טיבה, מערכת המשפט אינה מערכת סגורה ושלמה והיא מתעצבת באופן תמידי בהתאם לצורכי החיים והצדק.¹²⁸ הכללים המשפטיים פועלים בתוך מסורת משפטית המושתתת על הפרקטיקה השיפוטית יותר מאשר על תיאוריה משפטית.¹²⁹ לחוקים עצמם אין מעמד שווה, אלא משקל היררכי יחסי הנגזר ממשמעותם.¹³⁰

הריאליזם המשפטי מבקש לעסוק בקונקרטי, במוחשי, באנשים. מגמה זו ניכרת הן לגבי השפה ואופן הפרשנות השיפוטית הן לגבי התוצאה המשפטית. הריאליזם המשפטי נוקט יחס חשדני כלפי הלשון, בכלל, וכלפי הכלל המשפטי, בפרט.¹³¹ יחס זה נובע ממגבלתה של הלשון, מחד גיסא, ומהמניפולציות הרטוריות

¹²⁷ כאמרתו המפורסמת של השופט הולמס: "The life of the law has not been logic but experience". ראו TWINING, שם, בעמ' 16. טווינינג מנסה להציע הגדרה רחבה לריאליזם המשפטי על פי ללאולין (אף כי ללאולין לא סיפק הגדרה חד-משמעית למושג זה): "Llewellyn used the term fairly consistently, if not very precisely. Although he did not provide a complete definition, the following formulation would seem to be consistent with his normal usage: 'A realist is one who, no matter what his ideological or philosophical views, believes that it is important regularly to focus attention on the law in action at any given time and to try to describe as honestly and clearly as possible what is to be seen' (שם, בעמ' 74)." ¹²⁸ ראו LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 62–64.

¹²⁹ הפרקטיקה השיפוטית מבוססת על גורמים סובייקטיביים המתוארים על ידי ללאולין באמצעות שלושה מושגים: ניסיון ("experience"), הרגשה ("feel") ואינטואיציה (שם, בעמ' 66–70, 73, 78–81). להדגשת הפרקטיקה והניסיון ראו מאמרו של Llewellyn, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1245.

¹³⁰ ראו Llewellyn, שם, בעמ' 1239.

¹³¹ Fuller, לעיל ה"ש 99, בעמ' 461: "Life laughs at our rules, and even our rules betray us; by refusing to reveal their nature to us". וכן בעמ' 443. היטיב לבטא זאת השופט חשין, שבדרכו הספרותית המיוחדת צייר את המתח שבין התפיסה הפורמליסטית לתפיסה הריאליסטית לגבי היקף מתחם האפשרויות הפרשניות של מונח משפטי. השופט חשין דן במשמעות המונח "תום לב" – מונח סתום בדיני חוזים ובמבחנים שהוצגו לקביעת משמעותו. השופט חשין, יוצא כנגד המבחן האובייקטיבי הרווח וטוען, כי יש לנקוט את המבחן הסובייקטיבי. בתפיסתו נוטה השופט חשין לתפיסה הריאליסטית: "בבואנו אל חוק הכנסת, אין אנו באים בידיים ריקות. אנו ובציקלוננו מטען של שפה ולשון, הגדרות לשון ומשמעויות, מנהגות חברה ומוסר, מוסכמות ומושכלות ראשוניים, צדק ויושר, עקרונות ועיקרים. מוחנו וליבנו הוכשרו למעשה פרשנות ביודעין ובלא יודעין. בבואנו אל מלאכת הפרשנות, לא ציידנו עצמנו אך במילון. גם

שהיא מאפשרת, מאידך גיסא.¹³² במובן זה הטקסט השיפוטי הוא מעין כתב הגנה של השופט על החלטתו השיפוטית. השפה המשפטית אינה מערכת סגורה ובלתי-משתנה, אלא מערכת רפרנציאלית שמעצם טיבה היא דינמית ומתרחבת לגבי הרפנט.¹³³ השפה המשפטית פועלת בתוך שדה חברתי ולפיכך יש להסתכל אל מעבר לתוכן המילולי של הטקסט – אל הקונטקסט הקונקרטי והחברתי.¹³⁴ הריאליזם המשפטי רואה בשפה, ובכללה הלשון המשפטית, כלי המייצג מציאות. לפיכך מוקד הפרשנות המשפטית הוסט מהלשון עצמה אל הדבר ה"אמיתי", ה"מוחשי" המסתתר מאחוריה. עולה מכאן, שמושג משפטי מוגדר מתוך הקשריו המשפטיים וה"חוקי-משפטיים" כאחד.

הריאליזם המשפטי הדגיש את מקומו של "סיפור העובדות" במבנה המשפט.¹³⁵ העובדות נבחנות כחלק מהקונטקסט שבתוכו ניתנת ההחלטה המשפטית ולפיו יש לפרשה. לפיכך הגישה הפרשנית האופיינית לריאליזם המשפטי היא השיטה התכליתית. שיטת הפרשנות התכליתית גורסת, כי לטקסט משפטי יש לתת פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט.¹³⁶ גם פסיקה ריאליסטית תעשה שימוש נרחב ב"ערכי היסוד", ב"מטריה נורמטיבית", במבחני הסבירות ובשיקולים מהותיים במקום בשיקולים פרוצדורליים.¹³⁷ לפי התיאוריה הריאליסטית, ישנן כמה אופציות לקביעת סיפור העובדות¹³⁸ וכמה דרכים לניתוח משפטי ולפיכך מקרה אחד מוביל לכמה תוצאות משפטיות אפשריות.¹³⁹ ללאולין מדגיש את חשיבות דעת המיעוט הן לצורך התפתחות המשפט הן מהבחינה החברתית והפוליטית. תפיסה זו שימשה מצע להתפתחות הגישה הנרטיבית במשפט.

התנ"ך ומורשתנו בנו, גם אהבת האדם, גם הצורך המובנה בנו להיות בני חורין. כך באים אנו אל חוק הכנסת, מצויידים בכל אותם כלי מלאכה, ועושים אנו כמיטבנו לפירושו של הטקסט" (רע"א 6339/97 רוקח נ' סלומון ואח', פ"ד נה(1), 199, 265 (1999)).

¹³² לעניין הלשון ככסות רטורית ראו מאמרו של Llewellyn, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1238–1239.
¹³³ ראו ספרו של LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 73–78. לדעת ללאולין, יכולת התרחבותה של השפה אינה בלתי-מוגבלת, וגבולותיה מסמנים את היציבות המשפטית.
¹³⁴ הריאליזם המשפטי הרבה להשתמש בטרמינולוגיה המבטאת את תפיסת השפה ככיסוי למשהו אמיתי, מוחשי, המסתתר מאחוריה: "as men they have background. Beyond rules, again, lie effect: beyond decisions stand people whom rules, and decisions directly or indirectly same realiam about realism" (ההדגשות אינן במקור). ראו מאמרו של Llewellyn, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1222 וכן בעמ' 1238–1239.

¹³⁵ ראו שם, בעמ' 1240, 1252: הסתכלות על סיפור העובדות במובן הרחב.
¹³⁶ לדיון בשיטה התכליתית ראו בספרו של ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 373–423.
¹³⁷ על הדוקטרינות הללו במסגרת ההנמקות החדשות, האנטי-פורמליסטיות, שאפיינו את בית המשפט העליון משנות השמונים ראו מאמרו של מאוטנר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 19.
¹³⁸ ללאולין בספרו מדגיש את קביעת העובדות כקביעה פרשנית המשפיעה על ההליך השיפוטי כולו. ראו LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 52–62.
¹³⁹ שם, שם.

הגישה הנרטיבית במשפט רואה באפשרויות אלו "נרטיבים מתחרים".¹⁴⁰ הריאליזם המשפטי התמקד בתוצאה השיפוטית ולא במכניזם כשלעצמו.¹⁴¹ כך מוקמו האדם ההדיוט הבא בפני בית משפט והקהילה החברתית במרכז התעניינותו של המשפט.¹⁴²

3. היחס בין המשפט למציאות ה"חוק-משפטית"

הריאליזם היא תנועה שצמחה מתוך החיים עצמם וקוראת לזרימה עם החיים.¹⁴³ על פי הגישה הריאליסטית, המשפט והמציאות ה"לא-משפטית" מצויים בזרימה בלתי-פוסקת, כאשר המשפט מושפע מהמציאות החברתית והפוליטית ומתאים את עצמו אליה.¹⁴⁴ המציאות החברתית היא חלק מהעקרונות המשפטיים הפועלים במסגרת משפטית כוללת המשמשת כלי חברתי שיוכי במקום שהחברה לא מצליחה להתמודד עם בעיות חברתיות בכלים חברתיים.¹⁴⁵ לדעת פולר, החברה והמשפט (לדיו, ה"חברה" מקבילה ל"מציאות") הם שני צדדים של אותו מכשיר שאי-אפשר להבין את פעולת האחד בלי חברו.¹⁴⁶ ללאולין בוחן את מערכת המשפט האמריקנית

140 לעניין זה ראו ספרה של West, לעיל ה"ש 13, בעיקר בעמ' 419–439; וכן שולמית אלמוג "עיני המערער חשכו" – בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו 295 (תשס"ט). כמו כן ראו Carol M. Rose, *Property as Storytelling – Perspectives From Game Theory Narrative Theory's Feminist Theory*, 2 YALE L. J. & HUMAN 37, 37–57 (1990).

141 ראו Llewellyn, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1240, 1246.

142 לעניין התמקדותו של המשפט באדם ההדיוט ראו שם, בעמ' 1248–1249. לסקירה ביקורתית של מסורת הריאליזם המשפטי, בכלל, ולעניין זה, בפרט, ראו WHITE, לעיל ה"ש 18, בעמ' 94–97. וויט טוען, כי הריאליזם המשפטי, שמתמקד דווקא בתוצאה השיפוטית, אינו חושף את המציאות, אלא משמש מעין פסדה הבאה לחפות על המציאות האמיתית הטמונה מאחוריה – היא המציאות החברתית והפוליטית.

143 ראו מאמרו של Llewellyn, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1222–1224; וכן Fuller, לעיל ה"ש 99, בעמ' 447; Twining, לעיל ה"ש 95. טווינג מבטא בספרו מגמה זו גם במבנה הספר. הוא מתאר את התנועה הריאליסטית לא מתוך פרספקטיבה תיאורטית סינכרונית, אלא מתוך פרספקטיבה דיאכרונית של מרחב גיאוגרפי ותנועת זמן לינארי, שביניהם נעים האישים אשר יצרה את התיאוריה הריאליסטית.

144 ראו ספרו של LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 62–64. ללאולין מציין, כי על אף התאמתו של המשפט למציאות, עליו לשמור על המבנה המשפטי האינהרנטי שלו. המבנה המשפטי בנוי בצורה די רחבה שתאפשר שינוי בתוך גבולותיו ועם זאת הוא ישמור על גבולות יציבים. על המשפט כמכשיר דינמי ראו מאמרו של Llewellyn, שם, בעמ' 1236–1238. על המגמה של "משפט וחברה" כחלק מהמגמה הריאליסטית ראו Austin Sarat & Jonathan Simon, *Beyond Realism? Cultural Analysis, Cultural Studies, and Situation of Legal Scholarship*, 13 YALE J.L. & HUMAN. 3, 9–12 (2001).

145 ראו Fuller, לעיל ה"ש 99, בעמ' 450–452, 460. פולר מבחין בין המשפט כמעצב חברה ובין החברה כעיקרון משפטי. את תפיסתו של ללאולין הוא ממקם בקוטב השני.

146 פולר משתמש בדימוי פלסטי של מספרים. בהתבוננות בצד אחד אי-אפשר להסיק על יכולת החיתוך של המספרים, אלא רק התבוננות בשני הצדדים נותנת תמונה של מספרים שלמים ורומזת על יכולת החיתוך שלהם (שם, בעמ' 452).

המבוססת על ה-"Case law" לעניין התאמתה למציאות החברתית והכלכלית.¹⁴⁷ ללאולין טוען, כי צורכי הפרקטיקה מדביקים פער זה ועל כן נשמרת התאמה בין המשפט למציאות. בנקודה זו מבקר פולר את ללאולין ומפקפק ביכולתה של המציאות המשפטית להדביק את המציאות הממשית בדרך של ה-"Case law".¹⁴⁸ תפיסה כזו מכניסה את השדה החברתי לתוך השדה המשפטי באופן שהוא הופך לחלק מהשיקול המשפטי הלגיטימי, והאפקט החברתי של התוצאה המשפטית הופך לחלק ממטרות המשפט.¹⁴⁹ מתוך תפיסה זו נגזר אופק הפרשנות בתוך השדה המשפטי. השדה המשפטי כולל חומרי מציאות שנחשבו לחומרים "חוץ-משפטיים", כגון נושאים חברתיים ופוליטיים.¹⁵⁰ תפיסה זו של היחס בין משפט ומציאות מקרינה גם על תפיסת מעמדו של השופט, פעילותו השיפוטית והאינטרסים המשפטיים המוגנים על ידי המערכת, כפי שיוצג להלן.

4. מעמדו של השופט בהליך השיפוטי

הריאליזם המשפטי הוא מעל לכול סדרה של אמונות על האופן שבו פועלים השופטים בבית המשפט.¹⁵¹ על פי התיאוריה הריאליסטית, ההחלטות השיפוטיות מושפעות מזהותו של השופט ומן המרחב הקונטקסטואלי שבו הוא פועל. הכללים המשפטיים והמסורת התקדימית מסמנים את מרחב התמרון המשפטי שבתוכו פועל השופט.¹⁵² השאלה העיקרית שבה מתמקדת התיאוריה הריאליסטית היא, כיצד פועל השופט?

¹⁴⁷ ראו בספרו של LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 40-74; וכן פולר, בעיון ביקורתי על ללאולין (Fuller, שם, בעמ' 438-443). במבנה מערכת משפטית זו, בניגוד למערכות משפט קודפיקטביות, המשפט מתפתח על בסיס מקרים המובאים לדיון, מה שעשוי ליצור פער בין בעיות החיים עצמם, אשר אינן מובאות מסיבות שונות לדיון משפטי, ובין מערכת המשפט התיאורטית שאינה נדרשת אליהן.

¹⁴⁸ ראו Fuller, שם, בעמ' 439-442.

¹⁴⁹ לעניין תפיסת המשפט כ"שדה" ראו הדיון בפרדיגמה הבורדיינית לעיל סעיף 1 לפרק זה. "שדה" הינו מרחב אוטונומי המתרכז סביב ה"הון" הנמצא בתחומו.

¹⁵⁰ גישה זו פתחה את הדיון המשפטי בפני סוגיות פוליטיות וחברתיות שהוכרעו במערכות פוליטיות וחברתיות. כמו כן גישה זו פתחה את ארגז כלי השיפוט הפרשני בפני כלים שעוצבו בתחומי דעת אחרים. טווינינג רואה בפתחה זו של התחום המשפטי לתחומים אחרים מתחום החברה ודיון בתחום המשפטי מתוך תחומים שמחוץ לו, כמו גם את יישומו המעשי של דיון זה במציאות היומיומית, את עיקר תרומתה של החשיבה הריאליסטית. ראו TWINING, לעיל, ה"ש 95, בעמ' 382-387.

¹⁵¹ ראו הקדמתו של גדוויץ לספרו של LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123, וכיחוד בעמ' 3. דבורקין דן בתיאוריות שיפוטיות העוסקות בשאלה כיצד דן השופט במקרים קשים. בתארו את הגישה הריאליסטית הוא אומר, כי היא מתמקדת בפעולות השיפוטיות המובילות להחלטה יותר מאשר בתוכן הטקסטואלי של ההחלטה השיפוטית.

¹⁵² התפיסה הריאליסטית רואה בכללים המשפטיים ובמכניזם המפעיל אותם חלק מהעמדת פנים המכסה על בורותם של שופטים ועל חוסר-יכולתם האמיתית להתמודד באופן ענייני עם מגוון הבעיות המשפטיות המוצגות לפניהם. ראו Fuller, לעיל ה"ש 99, בעמ' 437.

מה משפיע על החלטותיו השיפוטיות וכיצד בוצע. כדי להבין החלטות שיפוטיות יש להתבונן מעבר לתוכן המילולי של הטקסט – אל הקונטקסט החברתי שבו ניתנו החלטות אלה. לפי המסורת הריאליסטית, השופט הוא בראש ובראשונה יצור בשר ודם, הפועל בתוך קונטקסט חברתי נתון ומתוכו הוא מבצע את פעילותו השיפוטית.¹⁵³ כיצור בשר ודם יש לשופט שם ופנים, זהות מינית וזהות לאומית וכל אלו הם גורמים המשפיעים על פעילותו השיפוטית. זאת ועוד: השופט אינו יושב ב"מגדל השן" המנותק מהחיים, אלא פועל בתוך הקשר של מציאות ובתוכה מעמדות חברתיות, דעות פוליטיות ואמונות דתיות, ואלו משפיעים על החלטותיו השיפוטיות ועל פרשנותו המשפטית.¹⁵⁴ כך מוצב השופט כדמות אנושית מלאה בספקטרום חברתי ופוליטי, בחזית ההליך השיפוטי. השפעתה של הדמות השופטת על ההליך המשפטי הפרשני היא כבדת משקל.¹⁵⁵

הריאליזם המשפטי הדגיש את הפרקטיקה המשפטית כמעצבת ההתנהגות השיפוטית.¹⁵⁶ התפיסה הריאליסטית מדגישה את חשיבות היצירתיות השיפוטית. הִיצִרְתִּיּוֹת מתבטאת

¹⁵³ על הדגשת הפן הפרסונלי בזהותו המקצועית של השופט ראו מאמרו של Llewellyn, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1243. לדיון בשאלת זהותו המקצועית של השופט ראו מאמרו של Wilkins, לעיל ה"ש 110. אחד השיקולים שמונה ווילקינס בעד המודל המקצועני הריאליסטי הוא היותו של אי-השוויון נתון חברתי. הכנסת אלמנטים הקשורים לזהות אישית עשויה, לדעתו, לתקן מצב של אי-שוויון. נוסף על כך טוען ווילקינס, כי מלאכותיותה של ההפרדה בין הזהות האישית לזו המקצועית גוררת החלטות הניתנות במסווה של מקצוענות המכסות על נטיות אישיות.

¹⁵⁴ ראו ספרו של LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 71–73, 76–78, 101–104. ללאולין עצמו התנגד לוורסיה של הריאליזם הקיצוני, שביטלה כליל את תפקידם של הכללים המשפטיים והתעקשה על כך שהחלטות שיפוטיות מתקבלות על רקע של העדפת מדיניות אישית של השופטים. ללאולין הדגיש את מרחב התמרון השיפוטי במסגרת הכללים המשפטיים ותקדימי הפסיקה, היינו: במסגרת המסורת המשפטית. לשיטתו, אלו יוצרים הרמוניה והאחדה של המסגרת המשפטית. להדגשת השפעתן של הדעות הפוליטיות והמוסריות של השופטים על החלטותיהם השיפוטיות ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3.

¹⁵⁵ לעניין זה ישנה השפעה גם על מקורות המשפט שאליהם פונה השופט וכן על מילוי התוכן של מושגי המשפט. כך אנו מוצאים שופטים שהתחנכו על ברכי הדת, דוגמת השופטים אנגלרד ואלון, המעגנים ומעבים את דבריהם במקורות המשפט העברי. לעומת זאת, שופטים שהתחנכו על התרבות הגרמנית מביאים מובאות מהמשפט הגרמני, ושופטים שבאו מרקע אנגלו-סקסי מרבים להשתמש במשפט האנגלי. זאת ועוד: העניין התרבותי עולה במלוא עוצמתו בפירוש מונחי סתום המתעצבים על ידי הפסיקה דוגמת "תקנת הציבור". בעניין זה ראו, לדוגמה, המחלוקת בין השופט אלון לשופט ברק בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).

¹⁵⁶ היו מן הריאליסטים המשפטיים שניתחו את הליך קבלת ההחלטות השיפוטיות על פי התיאוריה המוסדית, שלפיה יש דפוס של התנהגות מוסדית השורר בקהילה, והשופט הממוקם באותה קהילה מושפע מדפוס זה. לעניין התיאוריה המוסדית של מור והתיאוריה הפסיכולוגיסטית-ביהביוריסטית וכן הביקורת על תיאוריות אלה ראו Fuller, לעיל ה"ש 99, בעמ' 453–460. פולר עצמו מציע לנקוט גישה אינטלקטואלית המלווה ומדריכה את אופן ההתנהגות. אך על פי רוב רוחה הגישה האינדיבידואליסטית, שהדגישה את מאפייני הזהות האישיים כמשפיעים על ההחלטה השיפוטית. בין מאפיינים אלו מצויה גם הזיקה אל הקהילה.

הן ביישום החוק הן ביצירתו: שינוי תקדימים או פרשנות שונה של תקדים.¹⁵⁷ השופט לא רק מיישם את החוק אלא מפרש, מרחיב או משנה אותו לפי המקרה הנדון. השופט לא רק מתאר את מצב העולם שבו הוא עוסק, אלא בעיקר נותן משמעות למציאות שבה הוא מצוי. השופט אפוא הוא שופט יוצר, והטכניקה השיפוטית היא טכניקה דינמית.¹⁵⁸ לדעת ללאולין, יצירתיות זו אינה בלתי-מוגבלת והיא פועלת במסגרת הכללים המשפטיים והתקדימים המשפטיים, כמו גם על פי עקרונות על-משפטיים בעלי אופי אידיאולוגי. כל אלו יוצרים, לדעת ללאולין, "מסורת משפטית" ומסמנים את "מרחב התמרון" של שיקול הדעת השיפוטי. בתיאור הפעילות השיפוטית מדגיש הריאליזם השיפוטי כמה אלמנטים, אשר המשותף להם הוא היותם אלמנטים סובייקטיביים, התלויים באישיותו של כל שופט ובעולמו החברתי והתרבותי ומשתנים משופט לשופט. אלמנטים אלו הם הניסיון, ההרגשה, האינטואיציה והרגישות.¹⁵⁹ על בסיס ניסיון זה ישנה לגיטימציה להפעלת כלים נוספים: הרגשה, רגישות ואינטואיציה. כלים אלו, הנחשבים "לא-מדעיים" ולא אובייקטיביים, הוצאו אל מחוץ לתחום המשפט על ידי הגישה הפורמליסטית ומוקמו במרכזו על ידי התפיסה הריאליסטית.

5. מטרת המשפט והאינטרסים המשפטיים

הריאליזם המשפטי רואה במשפט כלי להשגת מטרות חברתיות, ובדוקטרינות המשפטיות — כלי לאיזון אינטרסים חברתיים.¹⁶⁰ באופן עקרוני, בניגוד לתפיסה הפורמליסטית שמתמקדת בדרכים המובילות לפתרונות משפטיים, התפיסה הריאליסטית מתמקדת ביעדים שהמשפט עשוי לקדם. ללאולין מצדד ב"יציבות המשפטית" כאינטרס משפטי חשוב וראוי להגנה, אלא שהגדרתו את ה"יציבות המשפטית" שונה מהגדרתה הפורמליסטית.¹⁶¹ היציבות המשפטית, כפי שהוא רואה לנכון, היא התאמה בין כללים משפטיים קבועים ובין דינמיקת החיים המשתנה.

¹⁵⁷ בניגוד למשפטן הפורמליסט, הרואה בתקדים רכיב מהמציאות המשפטית העובדתית ומתעלם מהתנאים התרבותיים והחברתיים אשר שימשו רקע להיווצרותו. ראו מאמרו של מאוטנר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 12.

¹⁵⁸ ספרו של LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 73–78, 93–94. בנקודה זו נשמעה ביקורת על מעמדו של שופט — פרשן, שנהנה משיקול דעת כה רחב, מה שנוגד את רעיון הדמוקרטיה. ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737 (2002).

¹⁵⁹ ראו לעיל ה"ש 121. הניסיון מכיל הן את הניסיון המשפטי שרוכש השופט במהלך עבודתו הן את ניסיון החיים הרחב שלו.

¹⁶⁰ LLEWELLYN, לעיל ה"ש 123, בעמ' 101. על היחס שבין המגמה החברתית ובין הפרשנות התכליתית ראו מאמרו של קידר, לעיל ה"ש 158, בעיקר בעמ' 780.

¹⁶¹ לתיאור ולניתוח ביקורתי של הגדרת ללאולין את "הוודאות המשפטית" ראו Fuller, לעיל ה"ש 99, בעמ' 431–438.

ללאולין בוחן את משמעות האינטרס של "יציבות משפטית" עבור האדם ההדיוט, כלומר: עבור הקהילה הלא-משפטית. לדידם, טוען ללאולין, הוודאות המשפטית אינה נוצרת על ידי כללים משפטיים, שכן על פי רוב אין הם מכירים אותם. עבור האדם ההדיוט ודאות משפטית נוצרת על בסיס ההתאמה בין הכלל המשפטי ובין דרך חייו. מכאן טוען ללאולין, שהתאמת החוק למציאות — היינו: השתנותו המתמדת של החוק — היא המבטיחה עבור הקהילה הלא-משפטית את היציבות המשפטית. עם זאת, חוסר-ודאות ברמה מסוימת הוא תופעה בלתי-נמנעת בכל חברה, שכן המציאות עצמה היא תהליך דינמי המצוי בשינוי מתמיד.¹⁶² ללאולין רואה בחוסר-הוודאות תוצר של עימות בין נורמות חברתיות. הנורמות החברתיות הן תוצר של חברה הטרוגנית, והן הכוח המכתיב את השינוי המשפטי. לטענתו, השופט אינו מיישם חוק אלא מרחיב ו/או משנה אותו לפי המקרה הנידון, שכן יישום של חוק מותנה בהישנות סטואציות עובדתיות שיאפשרו שכפול המהלך המשפטי. אלא שהסיטואציות העובדתיות לעולם משתנות. באופן עקרוני עובדה זו אינה מאפשרת יציבות משפטית במובן של צפייה ודאית לגבי התוצאה המשפטית.

6. בין הריאליזם המשפטי להרמנויטיקה של גדאמר

לדעתי, קיימת זיקה בין הריאליזם המשפטי ובין ההרמנויטיקה של גדאמר. בסעיף זה יוצגו באופן תיאורי נקודות הדמיון בין שתי הגישות. יש להדגיש, כי אין כוונתי לרדת לחקר הקשרים הסיבתיים ו/או האחרים — דבר העלול לחרוג ממסגרת דיונית זו. זאת ועוד: בדיון זה אין רלבנטיות לטיב הזיקה. עם זאת יש להדגיש, כי מבחינה היסטורית הריאליזם המשפטי קדם לתיאוריה הגדאמרית. כמו כן אדגיש אף את הבדלי התרבות והתחום הגיאוגרפי שבהם פעלו שתי המסורות. בעוד אנו עוסקים בריאליזם האמריקני, פעל גדאמר על פי המסורת הפילוסופית הגרמנית. הבדלים אלו אינם מחלישים את הזיקה בין שתי המסורות, אלא דווקא הופכים אותה למעניינת יותר.¹⁶³ אסכם אפוא את ההשוואה בין שתי התפיסות מתוך עיסוק בסעיפי הסוגיות שנידונו לעיל. ראשית, שתיהן פונות כנגד מסורת שקדמה להן, המתאפיינת בניסיון להתמודד עם תופעות שונות באופן מדעי ואובייקטיבי: הריאליזם המשפטי כריאקציה

162 Fuller, שם, בעמ' 81–88.

163 על ההשוואה בין השניים ראו מאמרו של מאוטנר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 37–39. השוואתו של מאוטנר מתעניינת במימד התרבותי ועל כן יוצרת הדגשים שונים מאלו שנציג. עם זאת, מוקד ההשוואה דומה. עוד על הקשר בין הפילוסופיה של גדאמר לפרגמטיזם כגון זה של רורטי ראו Routledge Encyclopedia of Philosophy, לעיל ה"ש 30, בעמ' 827–830. כן ראו ספרו של Hirsch, לעיל ה"ש 29, בעמ' 250. הירש מקביל בין התפיסה הגדאמרית ובין התפיסה הפרגמטיסטית המשפטית, הקרובה לתפיסה הריאליסטית ומציבה את השופט-הפרשן במרכז ההליך הפרשני.

לפורמליזם המשפטי, וההרמוניזציה של גדאמר כמתנגדת להשכלה.¹⁶⁴ שנית, שתיהן מציעות גישה המעמידה במרכז המעשה הפרשני את הסובייקט המפרש. בהקשר זה אצל שתיהן מודגש אופיו הפעיל של הפרשן והשפעתו על מושא פרשנותו וכן היותו יצור בשר ודם הפועל בתוך קונטקסט היסטורי, תרבותי וחברתי.¹⁶⁵ שתיהן מבליטות את ה"ניסיון" כרכיב דומיננטי בתודעה.¹⁶⁶ הן הריאליזם המתון נוסח ללאולין הן גדאמר היו מודעים לסכנת הסובייקטיביזם שעלולה היתה להיווצר מהענקת חופש פעולה כה נרחב לפרשן. ההתמודדות של שניהם עם סכנה זו דומה. פתרונו של ללאולין הוא "מרחב תמרון משפטי", המורכב מהכללים המשפטיים ומתקדימי הפסיקה החוברים ל"מסורת משפטית", שבמסגרתה פועל השופט והיא המגבילה את חופש פעולתו. פתרונו של גדאמר הוא "האופק התרבותי", המגלם את טווח האפשרויות הפרשניות. שלישית, על פי שתי התפיסות, ה"מציאות" נוכחת במעשה הפרשני. גם גדאמר גם הריאליזם המשפטי אינם מזהים את "הנראה" עם ה"יש" האמיתי.¹⁶⁷ אלא שגדאמר תופס את המציאות במימד ההיסטורי, היינו: כמכילה את מסורת העבר ואת אפשרויות ההשתנות בעתיד; ואילו הריאליזם המשפטי אינו מדגיש את המימד ההיסטורי. עם זאת, בבסיס תפיסת המציאות הריאליסטית עומדת ההכרה כי המציאות היא דינמית ומשתנה ובמובן זה היא למעשה היסטורית. רביעית, שניהם רואים במעשה הפרשני תהליך דינמי המשתנה לאורך הזמן בהתאם לפרשנים השונים. חמישית, שניהם מדגישים את המימד היישומי, תוך שהם מצביעים על הזיקה ההכרחית שבין פרשנות הטקסט ובין המציאות ה"חוף-טקסטואלית".

השוואה זו בין גדאמר לריאליזם המשפטי מציגה את הפעילות הפרשנית המשפטית בפרספקטיבה תרבותית רחבה, תוך שהיא מעניקה לשופט ממדי עומק חדשים. זאת ועוד: הזיקה המהותית בין שתי התיאוריות מבססת קרקע תיאורטית לניתוח הריאליזם השיפוטי במונחים גדאמריניים. פעולתו הפרשנית של השופט, על פי התפיסה של גדאמר, חורגת מגבול השדה המשפטי ומתמזגת במטען התרבותי וההיסטורי הכללי. לכך ישנה השפעה הן לגבי מעמדו של השופט כפרשן הן לגבי מעמדו של חומרי הפרשנות המשפטית. תפיסה ברוח זו מפקיעה את הטקסט המשפטי כטקסט פרשני מהשדה המשפטי המצומצם ומצרפת אותו למאגר התרבותי הכללי. כך הופך

164 התנגדותם למודל המדעי עניינה אי-התאמתו של מודל זה לתיאור ולניתוח של הדיספלינות נשוא עיסוקם.

165 גדאמר מדגיש את הפן התרבותי וההיסטורי, ואילו הריאליזם המשפטי שם דגש חזק יותר על הפן החברתי, אך שניהם מדגישים את המצע ההקשרי.

166 ה"ניסיון" הריאליסטי שונה מה"ניסיון" של גדאמר בכך שאין הוא מכיל את המימד ההיסטורי. הניסיון הגדאמריני מושתת על המימד ההיסטורי ומכיל שלושה אלמנטים: גילוי וחידוש, פתיחות והשתנות.

167 שניהם מרבים להשתמש בביטויים של ראייה "מעבר" ("beyond") ושליטת ה-"immediate appearance". לדוגמה ראו Gadamer, לעיל ה"ש 26, בעמ' 267–274.

הטקסט המשפטי לחלק מהקטגוריות התודעתיות של הסובייקט המפרש, לאו דווקא זה המשפטי.¹⁶⁸ בתפיסה כזו של הטקסט השיפוטי מקבלת ההשוואה בין פרשנות טקסטים בעלי אופי ז'אנרי שונה לא רק לגיטימציה, כי אם פעולה תרבותית הכרחית המתבצעת, אף בתת-ההכרה, כחלק ממיווג האופקים. אשר למעמדו של השופט, השופט כפרשן אינו עוסק רק בחומרים משפטיים, אלא מביא עמו למלאכת הפרשנות חומרים תרבותיים וחברתיים המתמזגים בטקסט. לתיאור זה של מלאכת הפרשנות המשפטית, כפי שהוצג על ידי גדאמר ועל ידי התפיסה הריאליסטית, השלכות משפטיות וחברתיות הן במישור התיאורטי הן במישור המעשי. במרכז השלכות אלו נטועה התובנה, כי אפשר לתאר ולנתח את פעילותו הפרשנית של השופט לא רק במונחים משפטיים מקצועיים, אלא במונחים ובכלים תרבותיים.¹⁶⁹ מתוך הבנה זו מקבל השופט מעמד של פרשן במונח הרחב, לא רק פרשן משפטי אלא "פרשן החיים", כפי שהדבר מוצא את ביטוי במאמרו של אריאל רוזן-צבי:

"סופר ומשורר ... מלאכתם וייעודם פרשנות לחיים — חיים של פרט וחיים של כלל — פרשנות של יוצרים. כמותם — וגם שלא כמותם — הוא השופט — אף הוא פרשן החיים פרשן יוצר."¹⁷⁰

7. הריאליזם והפורמליזם המשפטי בפריזמה תרבותית

מכיוון שהדיון במאמר זה חורג מהתחום המשפטי אל המארג החברתי-תרבותי, אבקש להשקיף על מיקומן של התיאוריות המשפטיות הנידונות בתוך מארג זה. לשם כך אפנה לתובנות ולטרמינולוגיה הבורדיינית.¹⁷¹ בורדייה נדרש למשפט כאל "שדה" בתוך כלל השדות החברתיים.

על פי בורדייה, המאבק על ה"שליטה בטקסט השיפוטי הוא מאבק על פרשנותו".¹⁷²

¹⁶⁸ היות שעל פי גדאמר, כל בני האדם פועלים בדרך של הענקת משמעות. ותחום הענקת המשמעות נפרש על כל פעולות החיים ולא רק על טקסטים ומכיוון שרכיב היישום הוא חלק אינהנטי מפעולת הפרשנות, הרי שטקסט משפטי עשוי להשפיע על כל אדם במהלך חייו.

¹⁶⁹ בכלל האופקים התרבותיים מצויים טקסטים מסוגים שונים, המשתייכים לדיסציפלינות שונות כגון ספרות, חברה, מדעי המדינה ואפילו טקסטים עיתונאיים ופרסומות שיווקיות.

¹⁷⁰ ראו אריאל רוזן-צבי "תרבות של משפט: על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים" עיוני משפט יז 689, 706–708 (1993) על השופט כפרשן החיים.

¹⁷¹ הבחירה בבורדייה נובעת ממעמדו כחוקר תרבות, מחד גיסא, ומהתייחסותו למשפט, מאידך גיסא, כפי שהדבר מוצא את ביטוי במאמרו: Pierre Bourdieu, *The Force Of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L. J. 805 (1987). בורדייה בוחן את המשפט ככלל ואת הפעילות המשפטית בפרט בפריזמה תרבותית.

¹⁷² ראו שם, בעמ' 818: "Thus' as with religious, philosophical, or literary texts, control of the legal text is the prize to be won in interpretive struggles". לדעתו, יש לחפש את שורשי פרשנותו של הטקסט השיפוטי בשדות חברתיים.

לשיטתו, הוויכוח בין הריאליזם לפורמליזם הוא מאבק בתוך השדה המשפטי המכונן את המשפט. תפיסתו של בורדייה את המשפט היא מתוך הבנת הפוזיציות שתופסים שחקניו ובחינת מערכות היחסים ביניהם ובין שדות אחרים של כוח. תפיסה יסודית זו עולה בקנה אחד עם התפיסה הריאליסטית המתייחסת למשפט מתוך רקע חברתי. השדה המשפטי, לדעת בורדייה, מתעצב מתוך המאבק בין שחקני השדה לקבוע מהו משפט. בראייה זו מתפקדים התיאורטיקנים הפורמליסטים, כמו גם הריאליסטים, כשחקנים בשדה המשפטי, והוויכוח העקרוני ביניהם מבטא ויכוח על קביעת אופיו והגדרתו של השדה המשפטי. לפי בורדייה, המשפט אינו מוגדר על פי אחת מהעמדות המוצעות על ידי שחקני השדה, אלא מתוך עצם המאבק ביניהם על השליטה בשדה. העברת הטרמינולוגיה הבורדיינית לתיאור התיאוריות המשפטיות שיוצגו להלן תשרטט את התמונה הבאה: על פי התפיסה הריאליסטית, לשדה המשפטי רמת אוטונומיות קטנה, כך שרמת האינטראקציה בינו ובין שדות תרבותיים וחברתיים סמוכים היא גדולה. כך, לדוגמה, נכנסים למשפט שיקולים כלכליים, חברתיים ופוליטיים. כמו כן אין אחדות בין השחקנים בשדה וכך גם קיימת הבחנה בין קבוצות השחקנים השונות: עורכי דין, שופטים ואנשי האקדמיה. קיימת הבחנה בתוך הקבוצות השונות המרכיבות את שחקני השדה. כך השופטים אינם פועלים בדפוס אחד, אלא ישנה משמעות לזהות האישית של כל אחד ואחד מהם במסגרת פעילותו המקצועית.

על פי התפיסה הפורמליסטית, לשדה המשפטי רמת אוטונומיות גבוהה, היינו: מידת האינטראקציה בין השדה המשפטי לשדות חברתיים סמוכים היא מצומצמת. השדה הוא מרחב אוטונומי המתרכז סביב ההון הנמצא בתחומו. שחקני השדה המשפטי מרכזים סביבם את כל סוגי ההון בשדה.¹⁷³ שחקני השדה המשפטי פועלים בתוך השדה באופן דומה מתוך צורת חשיבה זהה: פתירת בעיות משפטיות בדרך הניתוח והסיווג הלוגי מתוך עקרונות שיטת המשפט. פעילות זו מבחינה אותם משחקנים בשדות אחרים, ובכללה הבדלה בין פעילותם של אנשי האקדמיה המשפטית לאנשי האקדמיה בתחומי הדעת הלא-משפטיים.¹⁷⁴ באופן כזה נוצר ואף נשמר פער בין המשפט ובין המסגרת התרבותית שבתוכה הוא פועל. השדה המשפטי נשלט על ידי קבוצת שחקנים הומוגנית, היא הקהילה המשפטית המחזקת את שליטתה בשדה בעזרת בידודו והרחקתו משדות אחרים. על פי החשיבה הבורדיינית, פעילותו הפרשנית של השופט נגזרת הן מתוך הגדרתו כשחקן בתוך השדה המשפטי האוטונומי הן מתוך

¹⁷³ ה"הון" מגלם את האופן שבו בני האדם פועלים בתוך השדה, בדרך של "מקסום רווחים". ההון מחולק לארבעה סוגים: "הון כלכלי"; "הון תרבותי", הכולל ידע מקצועי והכנה בתרבות; "הון חברתי", הכולל יוקרה וקשרים חברתיים; ו"הון סימבולי" המגלם את מערך היחסים בין סוגי ההון השונים.

¹⁷⁴ לעניין הבחנה זו בין האקדמיה המשפטית לתחומי דעת אחרים ראו מאוטר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 568–569.

הגדרת ההון הקיים בתוך השדה. היות שעל פי התפיסה הפורמליסטית, פעילותו בתוך השדה זהה להגדרת ההון התרבותי בשדה – היינו: הידע המשפטי המקצועי המבוסס על מערכת הכללים המשפטיים ומופעל באופן לוגי – הרי שפעילותו הפרשנית מצטמצמת למרחב זה ומתרכזת בעמידה על הבנת הטקסט מתוך לשונו. זוהי גישה שאינה מותירה שיקול דעת נרחב לפרשן.

לתפיסת המשפט בפריזמה הבורדיינית משמעות תרבותית בשתי רמות: בעיסוק האקדמי של התחום המשפטי ובעיסוק הפרקטי של המשפט. ברמה האקדמית נפתח פתח להתקרבות בין האקדמיה המשפטית ובין האקדמיה הלא-משפטית, שמתבטאת בהדגשת האינטראקציה בין זה לזה. העיסוק המשפטי מאבד מאופיו האוטונומי ומדגיש את אופיו הבין-תחומי, היינו: הדגשת המשמעויות הערכיות והחברתיות של המשפט והארתו מתחומי דעת חוץ-משפטיים כגון פילוסופיה, סוציולוגיה וספרות, שהם חלק ממדעי הרוח והחברה. ברמה השנייה בפרקטיקה השיפוטית ניתנת לגיטימציה להחלטות שיפוטיות הממזגות את זהותם ומטענם האישי של השופטים בתוך עשייתם השיפוטית. באופן זה פעילותו הפרשנית של השופט שוב אינה מצומצמת לחומרי השדה המשפטי, אלא מגייסת תובנות, מתודות ורגשות משדות אחרים לפעילות הפרשנית השיפוטית.¹⁷⁵

ז. סרוסי נ' ביה"ד הארצי¹⁷⁶

1. ניתוח פסק הדין

מתוך הפרספקטיבה הרחבה שעוצבה בחלק הקודם אבקש לעיין בטקסט השיפוט המוזכר לעיל¹⁷⁷ ולבחון בעזרת הכלים והתובנות שהשגנו עד כה מהו היחס בין השיטה הפרשנית שנוקט השופט ובין התנהגותו ברובד הטקסטואלי. אנסה לבודד מתוך הטקסט את המרכיבים המבנים את ההליך הפרשני. לאחר מכן "אבודד" את

¹⁷⁵ לדעת מאוטנר, השימוש בהארות "חוץ-משפטיות" כאלה יוכל להיעשות רק על ידי אנשי האקדמיה המשפטית, אך לא על ידי אנשי הפרקטיקה המשפטית אשר ימשיכו לפעול באופן המסורתי. ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 568–569.

¹⁷⁶ עניין סרוסי, לעיל ה"ש 7.

¹⁷⁷ הבחירה בפסק הדין המוצע היא במובן מסוים שרירותית ונועדה להדגים קריאה פרשנית לפי התיאוריות שנידונו לעיל. אין בכך כדי להכפוף טקסטים שיפוטיים אחרים לקריאה זו ו/או לפסול קריאות פרשניות אחרות של הטקסט המוצע. מטרתו של ניתוח זה היא הדגמה ויישום של הסימנים הקודמים מבלי לקבוע מעמד היררכי של הפרשנות המוצעת לגבי פרשנויות אחרות ובוודאי מבלי לפסול פרשנויות אלו. זאת ועוד: הניתוח הטקסטואלי המוצע אינו יוצר אמירה כללית על דרכי התנהגותם של שופטים, בכלל, ושל השופטים הנידונים, בפרט, מחוץ לטקסטים הנידונים. עם זאת, הוא מאפשר הצצה על דפוס קיים של התנהגות שיפוטית. עיקר ענייננו הוא ביחס שבין ההתנהגות השיפוטית למצע התיאורטי העולה מהטקסט.

השופט מתוך הטקסט בעזרת רכיב ה"סיפר", הלא הוא רכיב פנימי של הטקסט והוא זה שדרכו יוצא החומר הלשוני בטקסט.¹⁷⁸ מכיוון שכך, הטקסט כולו כונה את אישיותו ומעיד עליו על יחסו למסופר, על השקפת עולמו הגלויה או הנסתרת ולפעמים גם על אופיו. בשלב השלישי אשווה בין השיטה הפרשנית שנוקט השופט ובין התנהלותו כשופט-מספר, כעולה מהטקסט.

פסק הדין סב אחר שאלת פירושו של המונח "עובד" בחוק הביטוח הלאומי לעניין זכאותו לדמי אבטלה מכוח חוק זה. הזכאות לדמי אבטלה מותנית בין השאר בכך שהזכאי יהיה "עובד". אלא שאין בחוק הביטוח הלאומי הגדרה למונח "עובד". מנקודה זו מתחיל מאבק משפטי-פרשני, המתחבט הן בשאלת פירושו של המונח הן במתודה הפרשנית שיש לנקוט. לעניין פרשנות המונח "עובד" במקרה הנידון התפלגו דעותיהם של השופטים בין שתי התוצאות האפשריות: דעת הרוב בפסק דינו של השופט ברק קבעה, כי סרוסי נכלל בקטגוריה המשפטית של "עובד". דעת המיעוט בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן סברה, כי סרוסי אינו נכלל בהגדרת "עובד". בין הדעות שהושמעו בדעת הרוב הסתמנו שתי גישות פרשניות שונות. דעת המיעוט מבטאת דרך פרשנית נוספת.

אבקש לבחון את הטקסט השיפוטי בשתי רמות: ברמה הראשונה מצוי התוכן המשפטי של פסק הדין. ברמה זו אתמקד לא רק בתוכן הפרשני של המונח "עובד", אלא בעיקר בדרך הפרשנית שנקטו השופטים. ברובד זה אבחן את זיקתם של הדרכים הפרשניות שבחרו השופטים לתיאוריות המשפטיות שתיארתי בפרקים ה-10. ברמה השנייה מצוי השופט. כאן אדון ביחס שבין הדרך הפרשנית שנקטו השופטים ובין הופעתם כדמויות בטקסט נשוא כתיבתם.

אטען, כי המאבק הפרשני-משפטי המתנהל בטקסט מבטא מחלוקת החורגת ממחלוקת פרשנית צרה ונוגעת בעצבי המשפט. מחלוקת זו נוגעת לתפיסת המשפט ולתפיסת הפרשנות השיפוטית כפי שהצגנו בפרקים העוסקים בתיאוריות משפטיות ובתיאוריות הרמנויטיות. ההתחבטות בין שתי דרכים פרשניות מבטאת התחבטות בין גישות משפטיות בינאריות – הגישה הפורמליסטית מול הגישה הריאליסטית – ובהעברה לשאלה הקונקרטית נשוא הדיון, כפי שהיא מוצגת על ידי השופטים: האם לפרש את המונח "עובד" מתוך קטגוריות משפטיות נבדלות, המדגישות את הגווני המבחינים של מושג זה כמושג משפטי (כגישת המשפט הפורמליסטית)? – כלומר: על פי פירושו המקובל בדיני עבודה (מבחן ההשתלבות הנמדד באמצעות קשר חוזי). – שאז אין סרוסי בגדר "עובד", אף שהוא ממלא חלק מתנאי המבחן; או האם יש לבחון מתוך קטגוריות תכליתיות רחבות יותר, הנגזרות ממטרת ביטוח האבטלה (כגישת המשפט הריאליסטי), שאז נכלל סרוסי בגדר המונח "עובד". הדרך הראשונה מובילה לתוצאה המעשית של אדם אשר בפועל אינו שונה ממועסק אחר המתאים

178 ראו שולמית רמון קינן הפואטיקה של הסיפורת בימינו 86 (חנה הרציג מתרגמת, 1984).

להגדרת "עובד", אולם מבחינה משפטית אין הוא קרוי "עובד" ולפיכך אינו מבוטח בביטוח אבטלה. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק האמור. הדרך השנייה תואמת את הסיטואציה החברתית וכן את תכלית החוק, אולם היא עלולה ליצור דיסהרמוניה בתוך השדה המשפטי; שכן אז ייווצר פער בין פרשנותו של המונח "עובד" בחוק אחד ובין פירושו בחוק אחר, ונמצאנו מדברים בשפה אחת ובדברים אחרים.

אם כן, מה נעדיף? האם את האיש סרוסי כמסומן חברתי או את סרוסי האיש כסימן משפטי? מאחורי דילמות פרשניות אלו ואחרות, מאחורי המונח "עובד", ניצב האיש, יוסף סרוסי, אשר איבד את מקור פרנסתו ואת מטה לחמו, והוא תלוי בפירוש המונח המשפטי שאליו סווג. מה היחס בין המאבק הפרשני, המילולי או התכליתי ובין מאבקו של סרוסי על פרנסתו? מהי הדרך הפרשנית שבה ילך השופט? מהו היקף שיקול הדעת השיפוטי בשאלה זו? התשובות לשאלות אלו טמונות בתפיסת השופט את המשפט ואת תפקידו השיפוטי. אבקש אפוא לדון בהן מתוך המסורות המשפטיות המגלמות תפיסות הרמנויטיות שונות, כפי שהצגתי בחלק הקודם. בהתאם לכך אנתח שלושה פסקי דין: את פסק דינם של השופטת שטרסברג כהן, השופט חשין והנשיא ברק. ניתוח טקסט פסק הדין ייעשה בקריאה צמודה מתוך דברי השופטים. סיווג הטקסט לגישות השונות ייעשה על בסיס ההנחה, כי טקסט המתאים לרוב הקריטריונים המאפיינים גישה מסוימת יאופיין כטקסט הנוקט אותה גישה.¹⁷⁹ הציפייה העולה על בסיס הנחה זו היא, כי שופט הנוקט גישה פרשנית אחת יהיה עקיב בגישתו זו לאורך כל הטקסט.¹⁸⁰ בהמשך לציפיה זו, בטקסט שרוב היסודות המופיעים בו הם פורמליסטים לא נצפה לראות יסודות אנטי-פורמליסטים, ולהיפך.

179 אפיון טקסט על בסיס כמותי מצוי במחקר גם בתחום מדעי הרוח. כך, למשל, הקביעה אם מספר הוא מספר בגוף ראשון או בגוף שלישי, המאפיינת את הטיפולוגיה המסורתית של המספר, נעשית על בסיס כמותי. ראו נילי דינגוט הפואטיקה של הסיפורת 6, 135–137 (התש"ן).

180 ציפייה זו מבוססת על קריטריון של "אחדות" האובייקט. ציפייה זו נובעת מהעובדה שהטקסט נכתב בידי מחבר אחד. חוסר-אחדות נתפס כ"הפרעה" ברובד הגלוי. הפרשן מבקש להציל את האחדות על ידי סילוק ה"הפרעה" בעזרת הפרשנות. בעניין זה ראו רות לורנד "פרשנות של ספרות וספרות כפרשנות" דפים למחקר בספרות 7, 317, 318–319 (1990). חשוב לציין כי הניתוח המוצע הוא ניתוח רפלקסיבי, היינו: השופט אינו מצהיר בטקסט על השתייכותו לגישה תיאורטית זו או אחרת. השופט עוסק במלאכת הפרשנות, ואנו כחוקרים ממשיגים את הטקסט במונחים ביקורתיים ותיאורטיים. זאת ועוד: השופט אינו כפוף על פי דין לגישות התיאורטיות שהוצגו ועל כן אין הוא מחויב לאף לא אחת מהגישות הללו. הגישות התיאורטיות שהוצגו הן בעיקרן גישות מתאורות (דסקריפטיביות) ואין להן מעמד נורמטיבי. השופט כותב את הטקסט, ואילו החוקר/המבקר כותב על הטקסט. עם זאת, עקיבותו של הטקסט המשפטי היא ציפייה לגיטימית המבוססת על תפיסת המעשה השיפוטי כאקט לכיד ורציף. זאת ועוד: התיאוריות שהוצגו הן קו התייחסות מתודי, כך שיתכן כי יהיו טקסטים שאינם מאופיינים על פי אף לא אחת מהגישות הללו, אך בדיוננו הם ייאופיינו מתוך התייחסות לגישות אלו (לדוגמה: מאפיין אינו ריאליסטי ואינו פורמליסטי או יותר פורמליסטי מאשר ריאליסטי וכיו"ב).

2. השופטת שטרסברג-כהן

השופטת שטרסברג-כהן, בדעת מיעוט, דחתה את העתירה. לדעתה, הפרשנות הניתנה למונח "עובד" בפסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה היא אפשרית וסבירה ולפיכך אין מקום להתערב בה. זאת ועוד, היא אף לא שוכנעה כי הפרשנות התכליתית של חוק הביטוח הלאומי, עולה בקנה אחד עם הכללתו של נושא משרה מכוח חוק בגדר "עובד". פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן מתאפיין בהנמקתו הפורמליסטית. השופטת מתבססת על נימוקים פרוצדורליים: היות שפרשנותו של בית הדין את המונח "עובד" אפשרית וסבירה, הרי שאין מקום להתערב בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, הגם שאין זו האפשרות היחידה. השופטת שטרסברג-כהן אינה נדרשת לבחינת החלטתו של בית הדין מבחינה ערכית ואינה מבקשת לעיין במהותה של הסוגיה בשלמותה, תוך מיקומה במערך המשפטי העיוני ובמערך החברתי, כפי שמנסים לעשות חבריה להרכב. פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בערעור נוקט קו פרשני המאפיין את התפיסה הפורמליסטית – בחינת המושג בתוך הקטגוריה הצרה שבה הוא ממוקם.¹⁸¹

בהמשך לקו הפורמליסטי שנוקטת השופטת שטרסברג-כהן היא מבצעת מהלך הירשיאני קלסי. לאחר מלאכת הפרשנות היא עוברת לשלב שני – השלב הביקורתי הבוחן את ההשלכות של השלב הראשון.¹⁸² בשלב הביקורת השופטת שטרסברג-כהן אינה מסתירה את אי-הנחת האישית שלה מהתוצאה המשפטית שאליה הגיעה, כלומר: התנהגות מקצועית לחוד ודעות אישיות לחוד.¹⁸³

מחד גיסא, יש בדבריה אלו הפרדת רשויות ברורה בין המחוקק לשופט – הפרדה הממשיכה את קו ההנמקה הפורמליסטי שבו היא פותחת. מאידך גיסא, עולה מכאן ביקורת סמויה על המחוקק שראוי לו כי יחשוב מחדש על הסוגיה. ביקורת זו נעשית בשלב השני לאחר ביצוע מלאכת הפרשנות השיפוטית, והוא אינו משפיע על התוצאה המשפטית.

¹⁸¹ "פסק דיני התמקד בבדיקת חלותו של ביטוח האבטלה על נושא תפקיד מכוח החוק, שהוא סגן ראש מועצה מקומית. בדיקה ספציפית של חוק הביטוח הלאומי וסעיפיו הרלוונטים לאותו עניין, נחוצה בכל מקרה, גם אם במישור העקרוני אין לראות הבדל לעניין המונח "עובד", בין עובד מכוח חוק, לבין עובד מכוח חוזה" (עניין סרוסי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 840).

¹⁸² ראו לעיל, הדיון בהירש פרק ד, סעיף 2.

¹⁸³ "הוספתי, שגם אם לא נחה דעתנו מאי הענקת דמי אבטלה לנושאי תפקיד מכוח החוק עקב אי הכללתם בגדר הגדרת 'עובד' למטרה זו, לא די בכך על מנת שאנו נעניק להם זכות זו, כאשר המחוקק נמנע מעשות כן מטעמים ומשיקולים שלא ברור כלל כי בידינו הכלים לבדוק אותם. הוספתי ואמרתי: 'אם יש כאן מקום להתערבות, על המחוקק לומר דברו וראוי שייתן דעתו לסוגיה'" (ההדגשות אינן במקור) (עניין סרוסי, שם, בעמ' 841). וכן "אינני באה לקבוע אם מוצדק מטעם זה או אחר להוציא קבוצה זו או אחרת ממסגרת ביטוח סוציאלי כלשהו..." (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 841).

"אם לא נחה דעתנו": השופט שטרסברג-כהן מביעה את דעתה האישית שאינה עולה בקנה אחד עם התוצאה המשפטית ובכך מכוננת עצמה השופטת כדמות בעלת דעות ורגשות הפועלים מחוץ לעולם המשפט, ובה בעת מגדירה את תפקודה כשופט מקצועי בתוך השדה המשפטי המצומצם. כלומר: כשופט-פרשן אין בידי ברירה אלא לנהוג על פי הדרך שהותוותה לי על ידי החוק. כשופטת איני מעצבת את הדרך, אלא זהו תפקידו של המחוקק. כשופטת אני הולכת בדרך הסלולה של המשפט. אין לי לגיטימציה לשלב בעשייתי המשפטית את תחושותי ודעותי האישיות, אין בידי החופש לבחור את הדרך ולא את החירות ליצור אותה. אני כבולה לדרך שנסללה עבורי – דרך המחייבת אותי להיצמד לעובדות המקרה הצר ולפרשנות טקסטואלית מדויקת של פסיקה קודמת. בכך ממשיכה השופטת את קו ההנמקה הפורמליסטי. במסגרת הקו הפורמליסטי פונה השופטת שטרסברג-כהן למהלך מחשבתי רחב יותר, המעוגן בתפיסה של הירש.¹⁸⁴ במסגרת זו היא נוקטת ומצביעה על קיומה לא רק כשופטת, אלא כאדם מחוץ לטקסט. כאדם היא מסתייגת מהדרך המשפטית המוכתבת לה, מבלי שהסתייגותה זו תשפיע על התוצאה השיפוטית שאליה היא מגיעה.

3. השופט חשין

השופט חשין מגיע למסקנה כי סרוסי הוא בגדר "עובד", על אף שאינו מתאים לקריטריונים המקובלים בדיני העבודה. השופט חשין מצטרף לדעת הרוב כפי שנכתבה על ידי השופט ברק, אך מוסיף הערות מספר משלו. להלן נדון בהערותיו, המרכיבות את פסק דינו. הוא מדגיש, כי המונח "עובד" הוא אקלקטי, ומובנו משתנה בהקשרים של החוקים השונים ואף בהקשרים שונים באותו חוק. בהתאם לפרשנות התכליתית אף הוא קובע, כי המונח "עובד" בחוק ביטוח לאומי לצורך קבלת דמי אבטלה כולל בתוכו גם עובד שלא מכוח חוזה. מתוך הערותיו משתקפת פסיעתו הזהירה בתוך הדרך הריאליסטית. כריאליסט הוא מדגיש את התוצאה הרצויה מבחינתו, מבלי לזנוח את המסורת המשפטית הנטועה בלשון ומכירה בערכה של היציבות המשפטית. יש להתבונן כיצד נע השופט חשין בתוך הדרך הריאליסטית, כיצד הוא מפנה מדי פעם את עיניו ומביט לתוך עיניו של סרוסי, כמו גם לעיניו של הקורא. מבט זה, היוצר את חשין האיש ומפגישו עם סרוסי האיש, הוא ייחודי לכתיבתו של השופט חשין. המפגש בין מבטו של השופט, המצוי באופק תרבותי אחד, ובין מבטו של סרוסי, המצוי באופק תרבותי אחר, הוא נקודת התחלה חיונית להתהוות דיאלוג גדאמרייני. בניגוד לשופט ברק, המטביע בטקסט עקבות מקצועיים בלבד ומטשטש את דמותו האישית ה"חוץ-משפטית", השופט חשין אינו חושש

184 על הזיקה התיאורטית שבין הירש לתפיסה הפורמליסטית ראו לעיל פרק ג סעיף 5.

להישיר מבט מתוך הטקסט — מבט של אדם לאדם.¹⁸⁵ ברמה השנייה השופט חשין אינו חושש לערב את אישיותו ה"חוץ-משפטית" לתוך התלכטותו הפרשנית של הטקסט השיפוטי ובכך הוא משתקף בתוך הטקסט כדמות בשר ודם. דמות בשר ודם אינה צריכה ליצור מסכת הדוקה והרמטית של שלמות תיאורית, כפי שעושה השופט ברק. כדמות בשר ודם קיימת לגיטימציה לפסיעה הססנית בין השורות, תוך הפניית המבט לכיוונים שונים — שתי פסיעות קדימה ומבט לאחור, פסיעה לאחור ומבט לפנים. זוהי התנהגות אנושית, ריאליסטית. זוהי התנהגות של אדם — אדם שהוא גם פרשן, אדם שהוא גם דרשן, אדם-אדם, אדם-שופט.

ברמה הראשונה אבקש לנתח את הטקסט של השופט חשין באופן שיצביע על התלכטותו כשופט המחויב לטקסט החקוק, אולם בה בעת מחויב למערכת ערכים חברתיים רחבה יותר.

השופט חשין מצביע על שלושה מעגלי חשיבה פרשניים, ומתוכם הוא נצמד למעגל הקורפוס המשפטי.¹⁸⁶ בתוך מעגל זה מעניק חשין משקל גם לתכלית וגם להיסטוריה, אך אלו נוגעים לטקסט עצמו ולא למעגלי החיים הרחבים המכוננים אותו. עם זאת, שפתו של השופט חשין אינה שפה משפטית.¹⁸⁷ הוא מתאר את המשפט באמצעים ספרותיים, המעצבים אותו כיחידה סיפורית אורגנית אנושית אשר בה "גיבורינו הראשי" וכן "משפחה", "נסיכויות" "ממלכה".¹⁸⁸ כך גם תיאור היחסים בין רכיבי המשפט מובנה באופן דרמטי "עקרונות משפט המתגושים ביניהם".¹⁸⁹ מתח זה, המתגלה בין התוכן הפורמליסטי לרטוריקה האנטי-פורמליסטית, מיתרגם למאבק

185 בהקשר זה יש להזכיר את המימד האתי של הפניית המבט הן כחובה אנושית של אדם לאדם הן כחובה מקצועית של שופט-ומתדיין. לעניין זה ראו יותם בנזימן עד שתגיע למקומו: אתיקה, אי משוא פנים ויחסים אישיים (התשס"ה). יש לציין, כי קיימות גם גישות אתיות אחרות הרואות דווקא את חובתו האתית של השופט בדמותה של תמיס, אלת הצדק היוונית מכוסת העיניים.

186 הסעיף הספציפי בחוק, החוק שבו נכתב הסעיף וחוקים אחרים בני אותה משפחה. מעניין להשוות מעגל פרשני זה לתפיסת הו'אנר אצל הירש.

187 הרטוריקה של פסק הדין בניתוח זה אינה כלי פרשני וגם אין היא מוזכרת כקריטריון עצמאי התומך בדרך פרשנית זו או אחרת. במקרה של השופט חשין מסמנת הרטוריקה את המתח האינהרנטי שבתוך הצהרותיו התיאורטיות — רטוריקה אשר, מחד גיסא, מבקשת להיצמד לגישה הפורמליסטית, ומאידך גיסא, מבקשת לפרוץ אותה.

188 השוו ל"אינטרסים מתנגשים" של השופט ברק; וכן לרטוריקה התיאורטית מקצועית של השופט ברק הנצמד ל"מושג", ל"תורת משפט", ל"הלכה", ל"מושגיות", ל"מושג תיאורטי". פער זה מתחזק עוד יותר בשל הצהרתו של השופט ברק, כי "עלינו להיות מוכנים, בכל מקרה, לסטות ממושגיות קיימת, לשנותה או לבנות מושגיות חדשה. איננו חיים עוד בעולם של מושגים" (עניין סרוסי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 827), מול הצהרתו של השופט חשין, כי "הצורך ביצירתם של 'מושגים' הינו צורך מובנה במשפט" (שם, בעמ' 837). האמצעי הספרותי שבו משתמש השופט חשין הוא המטפורה. הכלי הספרותי הוא הדמיון, שהוא כלי ספרותי ראשון במעלה. לעניין תרומתו של ה"דמיון" לטקסט השיפוטי ראו: MARTHA C. NUSSBAUM, POETIC JUSTICE: THE LITERARY IMAGINATION AND PUBLIC LIFE (1995).

189 ראו עניין סרוסי, שם, בעמ' 835; והשווה לרטוריקה של השופט ברק "אינטרסים מתנגשים".

המטפורי שמתאר השופט חשין בלשון ציורית. השופט חשין מתאר את העקרונות המשפטיים המוגנים בגישה הפורמליסטית מול אלו המוגנים בגישה הריאליסטית כמצויים במאבק מתמיד כאשר בתוכם מצוי השופט-הפרשן.¹⁹⁰ כך הופך השופט לדמות אגדית המצויה במרכז מאבק בין נסיכויות, אשר כל אחת מהן טוענת לכתר המשפט.

השופט חשין פוסע בין ה"וודאות המשפטית", הנצמדת לפרשנות אחידה גם בהקשרים שונים, ובין "תכלית החוק", המאפשרת פרשנויות שונות לאותו מושג. עם זאת, הוא בוחר בפרשנות התכליתית, מתוך הכרה במטרה החברתית והערכית של המשפט.¹⁹¹ בכך הוא נוקט עמדה פרשנית המשתלבת עם התפיסה הריאליסטית. המאבק המתואר לעיל כמאבק בין פורמליזם לריאליזם אינו מסתיים בנצחונם של אחד מהם, אלא ממשיך לתפקד כמאבק מכונן — זהו מאבקו של השופט הריאליסט. מצד אחד, הרטוריקה של השופט חשין מבטאת את השפה הריאליסטית במיטבה — דינמיות, זרימה עם החיים, מטרות חברתיות, איזון ערכים, יצירתיות. מצד אחר, משובץ בה מבנה קונספטואלי הבנוי רכיבים רכיבים שיש להתאים ביניהם ובין מושג קונקרטי.

דבריו של השופט חשין אינם מסתירים את דוברם: שופט בשר ודם. כך מספר לנו השופט חשין באופן רפלקטיבי על הפעילות האנושית ה"לא-מודעת" של השופטים ועל תחושותיו האישיות בנוגע לעניין נשוא הדיון.¹⁹² אין הוא נמנע מלפנות אל עצמו ולהזהיר מפני מהמורות משפטיות כגון מושגיות מופרזת.¹⁹³ הוא חושף את הססנותו, את חוסר-בטחונו, את הקושי האישי שיש לו עם הדרך המשפטית אשר בה הוא הולך.¹⁹⁴ כך מציץ מבטו המתלבט של השופט חשין ומטיל ספק במשפט ובעצמו. הטלת הספק היא אחד המאפיינים המעצבים אותו כאדם.

¹⁹⁰ "ואלה הם עקרונות-משפט המתגושים ביניהם: מימין, עקרון-על המורה אותנו לקיים תכליתו של חוק העומד לפנינו לפירוש, ומשמאל, עיקרון עילאי אף-הוא, המורה אותנו כי נעשה כמיטבנו שלא נפורר את שיטת המשפט לפירושים ושלא נפרש כל חוק כמו היה נסיכות עצמאית שאך קשרים רופפים בינה לבין שכנותיה. כל חוקים שבמדינה בני אותם אב ואם הם, ושומה עלינו לעשות את המרב והמיטב כדי שכל הארץ תהא שפה אחת ודברים אחדים" (שם, בעמ' 835).

¹⁹¹ "המשפט אין בו תכלית לעצמו. כלי הוא להשגתן של מטרות ותכליות לבר-משפטיות: גילוי האמת, עשיית צדק, הגשמתן של תכליות חברה ומשק. ... שהרי כולנו ידענו כי מושגים במשפט נועדו לשרת לא את עצמם אלא את זולתם, כי תכליתם לא תמצא בהם-עצמם, כי כלי הם ביד יצרניהם" (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 836).

¹⁹² "דרך אגב: כך עושים אנו — אינטואיטיבית ובלא יודעים — פעמים רבות, ובדברינו לא באנו אלא לפרש את הדברים" (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 836).

¹⁹³ "... עלינו להזהיר עצמנו..." (שם, בעמ' 837). "יישמר איש המשפט לנפשו מההתנשאות ומיורה" (שם, בעמ' 836).

¹⁹⁴ "... ולא שוכנעתי ... אינני בטוח ... אני מתקשה לראות ... כן אתקשה לפרש ... ואינני בטוח ... לא נתברר לי ... לא זיהיתי ... אני מתקשה ..." (שם, בעמ' 838).

חשין אינו מסלק את איש המשפט מהמעשה השיפוטי, אלא דווקא מנכיח אותו ואת תכונותיו האנושיות כחלק מאותו מעשה. כך מזהיר חשין את השופט-הפרשן כמזהיר את עצמו מהחטא הקדמון – החטא המאפיין את הדמויות הטרגיות במחזות הקלסיים, חטא הגאווה:

”שניים הם חטאים הרובצים לפתחו של איש-המשפט (ולפתחם של אנשי מקצוע אחרים אף הם): חטא אחד הוא חטא ההתנשאות והגאווה, ... חטא שני – חטא שחובר בפתיל לחטא הראשון – הוא חטא המושגיות המופרזת.”¹⁹⁵

השופט חשין נוכח כדמות בשר ודם בעלת חולשות אנושיות, בעלת מוטיבציות פסיכולוגיות, בעלת היכולת לטעות ולדמיין, בעלת הזכות להסס ולהטיל ספק ובעלת הכושר לחטוא.

השופט-הפרשן, כפרשן הגדאמרייני, מוצב אפוא במרכז ההתגוששות הפרשנית, ומלאכתו הפרשנית אינה בחזקת קביעה אסטרטגית, אלא מעצבת את הדרך שבה יפסע הפרשן.

4. הנשיא ברק

השופט ברק פותח בהנחת תשתית תיאורטית, שבתוכה הוא פועל. תחילתה בהתפתחות ההיסטורית של המונח ”עובד” ובגישות הפרשניות אשר ננקטו לגביו.¹⁹⁶ השופט ברק מדגיש את השינוי ההיסטורי בתפיסה הפרשנית ורואה בשינוי זה מעבר מתורת משפט של מושגים לתורת משפט של ערכים;¹⁹⁷ מתורת משפט הכפופה לקטגוריות מושגיות לתורת משפט פרגמטיסטית, ריאליסטית, הצומחת עם החיים ומתוכם. השופט ברק מברך על השינוי שחל בפסיקה. בכך גישתו עולה בקנה אחד עם המטרה שהציב הריאליזם השיפוטי. לאחר פרישת התשתית התיאורטית מפעיל השופט ברק את עקרונותיה על המקרה הנידון. השופט ברק מאמץ את הפרשנות התכליתית ובהתאם לה מפרש את המונח ”עובד” בחוק ביטוח לאומי. בהתאם לפרשנות זו הוא קובע,

¹⁹⁵ (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 836).

¹⁹⁶ שתי הגישות הפרשניות נובעות מתוך מערכת המושגים המשפטית. הדרך האחת פונה להגדרה הכללית של המונח ”עובד” במשפט העבודה. הדרך השנייה עניינה מעגל צר יותר של המושג המשפטי, שמצטמצם לחוק הביטוח הלאומי. בעוד שבתקופה הראשונה נקט בית הדין הארצי לעבודה את הגישה הראשונה העניק למונח ”עובד” משמעות אוניברסלית, הרי במשך השנים רוככה גישה זו והיתה נכונות להכיר במובנים שונים של המונח ”עובד”.

¹⁹⁷ ”שינויים אלה בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה משקפים את המעבר מתורת משפט של מושגים לתורת משפט של אינטרסים ומשני אלה לתורת משפט של ערכים” (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 825–826). ומהכלל לפרט: ”כגישתו של בית הדין הארצי לעבודה בסוגיה זו נפלה, איפוא, טעות מהותית, אשר הצדק דורש את תיקונה. ...” (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 831).

כי סרוסי הוא עובד לשם קבלת ביטוח אבטלה. לדידו, בעניין הנידון אין רלבנטיות לעובדה שהמשרה היא מכוח חוק ולא מכוח חוזה.

אפשר לתאר את המהלך הפרשני שנוקט השופט ברק במונח "דיאלוג" של גדאמר. במובן זה שהוא יוצר דיאלוג בתוך אופק היסטורי.¹⁹⁸ כפי שנראה להלן, במהלך זה, וכחלק ממנו, נוקט השופט ברק את הגישה הריאליסטית, כלומר: המסגרת הפרשנית הרחבה שנוקט השופט ברק היא המסגרת של מיוזג האופקים הגדאמרייני. בתהליך המיוזג נפגש הטקסט המקורי עם המטען הדינמי של השופט-הפרשן, הניצב על הציר ההיסטורי של החיים המפגישים אינטרסים וערכים עם מושגים מילוליים. המתודה הפרשנית והמהלך השיפוטי הנלווה לו הם ריאליסטיים. קביעה זו, כפי שאראה להלן, מבוססת על ניתוח פרדיגמטי של דברי השופט ברק, לפי הקריטריונים שתארת בפרק ו לעיל, לגבי התפיסה הריאליסטית. צורה זו של ניתוח נועדה להדגיש את העקיבות וההתאמה של הטקסט השיפוטי לכל אורכו לתפיסה הריאליסטית, כפי שהוצגה לעיל.

השופט ברק ממעיט בחשיבותן של הבחנות קטגוריות ומבכר תחתן את בירור העקרונות החולשים על הסוגיות הנידונות.¹⁹⁹ הוא תופס את השפה המשפטית כשפה שאינה אחידה ואינה הרמטית, אלא מתרחבת על פי הקשריה.²⁰⁰ בהמשך לתפיסה זו, הוא מבטא יחס חשדני כלפי הכלל המשפטי.²⁰¹ השופט ברק מדגיש את הפרקטיקה

198 מבחינה רטורית, השופט ברק מנסה ליצור דיאלוג. הוא מפגיש בין טקסטים עם אופק היסטורי שונה. אולם האם הטקסט שלו מגלם דיאלוג אמיתי? האם בחירת הטקסטים שעמם הוא מבקש להתמזג אינם אלא שכפול של הטקסט שלו? האם זהו דיאלוג אמיתי או מונולוג במסווה של דיאלוג? האם הוא מצליח ליצור דיאלוג עם סרוסי האיש והטקסט? האם הטקסט שלו מגלם יחס בין-סובייקטיבי של הבנה לזולת במובן הגדאמרייני? במאמר של רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי בהתהוות" עיוני משפט כא 81 (התשנ"ח), רומז המחבר, כי השופט ברק אינו מצליח ליצור דיאלוג אמיתי, והרטוריקה שלו יוצרת שפה המכוננת את עצמה.

199 ראו, לדוגמה, הדיבור "עובד" ו"מעביד" המוזכרים בחוק הביטוח הלאומי. הללו צריכים להתפרש על רקע היעדים הסוציאליים שביקש חוק הביטוח הלאומי להגשים (עניין סרוסי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 829).

200 "מבחינה עקרונית, כל ביטוי יש לו משמעות מיוחדת בהקשר מסוים, לפי אותו הקשר. לפיכך, המשמעות של אותו ביטוי עצמו עשויה להשתנות מהקשר להקשר, לפי הסביבה בה חי הביטוי, לפי התכלית של החוק בו הוא משובץ ולפי שיקולים פרשניים אחרים" (שם, בעמ' 827, מובאה מדבריו של השופט זמיר). ומהכלל לפרט: מובנו של הדיבור "עובד" ו"מעביד" משתנה על פי הקשרו, והקשרו נקבע על פי תכליתו (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 828).

201 "...איננו חיים עוד בעולם של מושגים. העיקר הוא המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים, ולא המושגים שבהם עוטה המשפט" (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 827). "המסגרת החברתית-כלכלית שבה מתקיימים היחסים שאת מהותם באים להגדיר, מהות העבודה מבחינת תהליכי הייצור ודרכי השירות, האמצעים שלהם מזדקקים, יחסה של החברה לעבודה ול'עובד' ומטרת החוק או מערכת החוקים שבהקשר ליישומם באים לקבוע את המבחן – כל אלה גורמים משתנים הם, ועם השינוי, ישתנה המבחן" (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 832).

ואת העיסוק במוחשי, באנשים החיים עצמם, באיש סרוסי.²⁰² בהמשך לכך הוא מדגיש, כי המשפט פועל באינטראקציה עם המציאות ה"חוץ-משפטית".²⁰³ המהלך הפרשני שמבצע השופט ברק מעיד על יצירתיות רחבה ומרחב שיקול דעת גדול.²⁰⁴ בהמשך לכך השופט ברק אינו חוסך את שבטו מהמחוקק. בהערת אגב הוא מעלה את סוגיית המדיניות המשפטית הראויה, תוך ערעור על קביעת המחוקק כי יש לבסס יחסי עובד-מעביד על קשר חוזי.²⁰⁵ האינטרס המשפטי המשמש נר לרגליו הוא האינטרס החברתי.²⁰⁶ האינטרס המשפטי מושג בדרך של איזון בין ערכים מתנגשים.²⁰⁷ מטרתו של הביטוח הלאומי היא הגנה על רמת חייו של המובטל, ומגמה חברתית זו נכונה לגבי כל מועסק, גם לגבי סרוסי, אפילו אם על פי הדין הכללי נדרש קיומו של חוזה לשם ההכרה בו כעובד. כל אלו מובילים אותו באופן טבעי לנקוט את שיטת "הפרשנות התכליתית". בהתאם לה, קטן משקלה של הלשון וגדל משקלה של התכלית.²⁰⁸

202 "התיאוריה צריכה לשרת את הפרקטיקה" (שם, בעמ' 826). "העותר שלפנינו – איבד את מקור מחייתו לאחר שנאלץ לעזוב את עיסוקו; גם על רמת חייו שלו יש להגן; גם על קיומו שלו בכבוד יש לשמור" (שם, בעמ' 831).

203 "...ההלכה צומחת מתוך המעשה" (שם, בעמ' 826). השוו לאמרתו של ללאולין: "Law in action".

204 כך אין הוא נבהל משינוי, מהסטייה מהקיים ומהבנייה המחודשת, "אך עלינו להיות מוכנים, בכל מקרה, לסטות ממושגיות קיימת, לשנותה או לבנות מושגיות חדשה" (ההדגשות אינן במקור) (עניין סרוסי, שם, בעמ' 827).

205 "...שאלה הדורשת בחינה מחודשת היא אם ראוי הוא לקבוע, כתנאי חיוני לקיומם של יחסי עובד-מעביד, כי יחסים אלה יתבססו על קשר חוזי. ... איני משוכנע כלל ועיקר כי יש להעמיד את קיומו של קשר זה כתנאי חיוני, בלעדיו אין, לקיומם של יחסים אלה" (שם, בעמ' 832). בניגוד לשופט שטרסברג-כהן, הפונה אל המחוקק מחוץ למהלך הפרשני שהיא מבצעת, הרי אצל השופט ברק ביקורת המחוקק היא חלק מהמהלך הפרשני שהוא מבצע.

206 "אכן, הגישה המקובלת עלינו הינה, כי המשפט הוא מכשיר חברתי. מושגי המשפט נועדו להגשים מטרות חברתיות" (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 826).

207 "הם [מושגי המשפט] כלי שרת להשגת יעדים חברתיים. הם ביטוי לאיזונים הראויים בין ערכים ואינטרסים מתנגשים" (שם, בעמ' 826). "... עם זאת, מושגי המשפט אינם אדונים. אין הם אלא עוזרים מסייעים. הם פרי שקילה והאיזון בין שיקולים מתנגשים. הם תוצאה של התנגשות בין ערכים נוגדים. אין הם הערכים עצמם" (שם, בעמ' 826–827). לאיזון בין ערכים מתנגשים כמאפיין ריאליסטי ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 527–535, 592.

208 על הפרשנות התכליתית ראו ספרו של ברק לעיל ה"ש 17, בעמ' 374. "מכאן שבפרשנותו של דבר חקיקה, אנו שואלים את עצמנו מהי המטרה המונחת ביסודו. מובנו של החוק לא ייקבע אך על פי מובנה המילוני של הלשון. ללשון יינתן אותו מובן אשר מגשים את המטרה המונחת ביסוד החקיקה. ... מבין המובנים הלשוניים יבחר אותו מובן לשוני אשר מגשים את התכלית שהחוק נועד להגשים. ... זו הפרשנות התכליתית המקובלת עלינו, והנגזרת מהתפיסה הכללית שהמשפט אינו גן עדן של מושגים אלא חיי יומיום של צרכים, אינטרסים וערכים, אותם מבקשת חברה נתונה להגשים בזמן נתון. על כן לביטויים זהים המופיעים בחוקים שונים עשויים להינתן מובנים שונים. אכן, מובנו של ביטוי נקבע על פי תכליתו, והתכלית המונחת ביסוד חוקים שונים היא שונה" (ההדגשות אינן במקור) (עניין סרוסי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 827).

מהאמור לעיל עולה, כי הדרך הפרשנית שנוקט השופט ברק עולה בקנה אחד עם התיאוריה הריאליסטית. הגם שהשופט ברק אינו מצהיר על מחויבותו לדרך תיאורטית מסוימת, הרי שאפשר לזהותה מתוך הטקסט, מהדרך הפרשנית שהוא נוקט ומהנמקותיו התיאורטיות לדרכו זו. הטקסט של ברק מתאים לרוב היסודות המקיפים את כל ארבעת הקטגוריות שמניתי בפרק ו לעיל. עם זאת, באופן מפתיע, בניגוד לציפיותינו, ובסטייה מהקו הריאליסטי המאפיין את הטקסט, מצויים בו שני יסודות פורמליסטיים. שני יסודות אלו משתייכים לקטגוריה של "מעמד השופט בהליך השיפוטי" ועניינם הופעתו של "השופט כדמות בשר ודם". לשון אחר: טביעות הרגליים תואמות לאלו שסללו את דרך הריאליזם המשפטי. במסלול עקיב וברור זה נעדרת טביעת רגל אחת – טביעת רגלו של מוביל הדרך, טביעת רגלו של השופט ברק. השופט ברק מופיע בראש פסק דינו כסמכות המייצרת אותו. עם זאת, נוכחותו בטקסט אינה מורגשת, וקיומו המוחשי נותר סמוי.²⁰⁹ איננו יודעים דבר על יחסו לדמויות נשוא כתיבתו ואין הוא מבטא באופן גלוי את השקפותיו האישיות, את תחושותיו ומחשבותיו וכיוצא בזה. לאורך הטקסט מסתתר השופט ברק מאחורי "לשון רבים", כאילו מהם הוא שואב את הלגיטימציה לדבריו. הפעם הראשונה שהשופט ברק מציין בלשון נוכח היא בהערת אגב. פרט לה הוא משתמש בלשון זו פעמיים נוספות בלבד (וזאת בהשוואה ליותר מ-23 פעמים שבהן הוא מדבר בלשון רבים, ובפעמים רבות נוספות – בלשון סתמי). היעלמותו מתוך הטקסט נשוא כתיבתו היא התנהגות שיפוטית שאינה עולה בקנה אחד עם הדרך הפרשנית שנקט.²¹⁰ היעלמות זו אינה בבחינת היעדר נקיטת עמדה לגבי מעמדו כפרשן, אלא בבחינת

209 הבחנה זו נכונה כנראה לכתיבתו של השופט ברק בכלל ומבטאת את עמדתו השיפוטית לעניין זה. ראה מאמרו של שטרן, לעיל ה"ש 89. שטרן תמחה על כך, שספרו של ברק הנושא את הכותרת "שופט בחברה דמוקרטית" כלל אינו עוסק בשופט, ודמותו הביוגרפית של ברק שאמורה היתה לעמוד במרכז הספר, נעדרת ממנו.

210 עם זאת, זוהי התנהגות המאפיינת את השופט ברק בטקסטים השיפוטיים שלו. לעניין זה ראו מאמרו של עמית, לעיל ה"ש 198, בעמ' 99, 109–110. זאת ועוד: התנהגות זו עולה בקנה אחד עם משנתו התיאורטית כפי שהוא מציגה בספריו השונים שהוזכרו לעיל. השופט ברק חוזר, מארגן ומוסיף על משנה זו בספרו "שופט בחברה דמוקרטית", לעיל ה"ש 13, שבו הוא מציג את תפיסתו לגבי התפקיד השיפוטי, האמצעים להגשמתו והיחס בין השופט למחוקק. השופט ברק מדגיש את חשיבותן הרבה של תורות פילוסופיות, ובכללן תורות משפט, לגיבוש ולהגשמה של התפקיד השיפוטי. עם זאת הוא מצהיר, כי פילוסופיית המשפט שלו היא אקלקטית. כמו כן הוא מוסיף, כי ראוי שכל שופט ייגבש לעצמו את הפילוסופיה השיפוטית שלו לגבי התמודדותו עם "המקרים הקשים" (ראו שם, בעמ' 173–175). אדגיש, כי במסגרת מאמר זה אין מקום לדיון בשאלת היחס בין ברק התיאורטיקן לברק השופט. המאמר מנתח את דמות השופט ואת משנתו התיאורטית כפי שאלו מתבטאים בטקסט השיפוטי בלבד. יתר על כן: מאמר זה אינו עוסק בדמותו הביוגרפית של שופט זה או אחר. כמו כן בהתאם לתפיסה הנרטולוגית המנחה מאמר זה, יש להפריד בין הדמות הטקסטואלית לדמות הביוגרפית החוץ-טקסטואלית. עם זאת אציין, כי לתפיסתי אין פרשנותו של מחבר על יצירותיו עדיפה על פרשנות מבקר אחר של יצירותיו.

נקיטת עמדה שיפוטית פוזיטיבית. השופט ברק, הנוקט גישה פרשנית העולה בקנה אחד עם התפיסה הריאליסטית, מכונן את עצמו כדמות של שופט שאינה עולה בקנה אחד עם תפיסה זו. הוא מתרחק מנשוא כתיבתו ומצמצם את נוכחותו בטקסט. הוא מתאר, מנתח ופוסק מתוך עמדה נייטרלית של אי-מעורבות רגשית ו/או אישית – עמדתו של החוקר הצופה מן הצד. כלומר: מבחינה פרשנית קיימת אי-התאמה בין הרובד הגלוי של הטקסט ובין הציפיות שייחסנו לו.²¹¹

5. מכתובה על השופט לכתובה את השופט

פסק הדין סרוסי הוא טקסט רפלקסיבי, כיוון שהוא מבצע לא רק פעולה פרשנית, אלא מעמיד את שאלת הפרשנות כתימה מרכזית של הטקסט. כפי שראינו לעיל, ברמה האחת מתמודד השופט עם סוגיית הפרשנות השיפוטית: מה פירוש המונח "עובד"? ובאיזו דרך יש לפרשה? ברמה שמעליה אנו, כקוראים, משקיפים על השופט כדמות ובוחנים את התנהגותו ברובד הטקסטואלי. קריאה רב-רבדית זו מגלה תופעה מעניינת: השופט שטסברג-כהן פועלת כשופטת פורמליסטית ומתנהגת כפרשנית בנוסח הירש. השופט חשין, אף הוא נאמן לדרכו, מצטייר כשופט ריאליסט במתכונת גדאמריינית. לעומת זאת, אצל השופט ברק יש פער בין ערכיו הנורמטיבים של הטקסט השיפוטי ובין ערכיו הנורמטיבים של השופט כדמות. השופט ברק נוקט גישה פרשנית ריאליסטית בצורה בולטת, אולם מצטייר מתוך הטקסט כדמות שאינה ריאליסטית – דמות המסווה כל סימן לקיום אנושי "חוץ-משפטי" ומכוננת את עצמה מתוך ההיבט המקצועי המשפטי בלבד. ברק, השופט הנוקט את הגישה הפרשנית הריאליסטית המובהקת ביותר, נעדר מהטקסט כדמות ריאליסטית בשר ודם. כלומר יש פער בין העמדה הפרשנית התיאורטית שנוקט השופט ברק ובין התנהגותו כדמות טקסטואלית בטקסט.

מהי המשמעות המשפטית של פער זה? מבחינה משפטית השופט אינו מצהיר על השתייכותו לזרם תיאורטי כלשהו²¹² ואינו מחויב לתיאוריות משפטיות, אלא לכללי המשפט.²¹³ מבחינה זו אין בפער התיאורטי המתגלה בטקסט בכדי לפגום במהלך

211 ראו לעיל ה"ש 172. אשר על כן נידרש להשלמה, לתיקון, להסבר, אשר יסיר "הפרעה" פרשנית זו.

212 השופט ברק, הבקי בתורות המשפט השונות, טען בטקסט תיאורטי אקדמי פרי עטו, כי הוא נוקט גישה אקלקטית, המביאה בחשבון את כל התורות כולן, תוך מתן משקל ראוי לכל אחת מהן. ראו ברק, לעיל ה"ש 23, כרך חמישי, בעמ' 106. יתר על כן: גישה עקרונית זו מעידה, כי הגישה התיאורטית תשתנה ממקרה למקרה ומטקסט לטקסט בהתאם לאופיה של סוגיה הנידונה.

213 ישנם הסוברים כשיטת השופט ברק, כי כללי הפרשנות עצמם הם נורמות משפטיות ככל הדינים. ראו, למשל, ספרו של ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 55–58, 66. עם זאת, גם השופט ברק דן באופיים המיוחד ועל עמידתם בחפר שבין התיאוריה לפרקטיקה.

המשפטי המובל בו. עם זאת, לפער זה משמעות במישור הביקורתי והתיאורי. במישור הביקורתי, אחד הקריטריונים הלגיטימיים לבחינת טקסט היא מידת הקוהרנטיות שלו.²¹⁴ אי-קוהרנטיות תיאורית מעוררת סימני שאלה ומעוררת קריאות ביקורתיות וחתרניות כלפי הטקסט ואף עלולה לערער את תקפותו של פסק הדין במישור הציבורי.²¹⁵ במישור התיאורי משמשת התיאוריה, כמו גם הסדקים המתגלים בה, לבחינת השאלה: כיצד השופטים פועלים בתוך תהליך קבלת ההחלטות השיפוטיות? שאלה זו מקרינה על היחס והמעמד של החלטותיהם במישור הציבורי.²¹⁶ לשופטים יכולת לייצר דרך הסיפור המשפטי שתי אמירות נפרדות: מצד אחד, להידרש לבעיה הקונקרטית של הצדדים ולהביאה לידי פתרון משפטי, ומצד אחר, להתוות דרך שיפוטית. הרטוריקה השיפוטית בצירוף חשיפת המבנה הנרטיבי הניצב מאחוריו מבטאות שתי פנים שונות של המשפט – פן גלוי ופן סמוי. הפן הגלוי עניינו המקרה הנידון וסופו בתוצאה השיפוטית. הפן הסמוי נוגע לאקט השיפוט ולתהליך קבלת ההחלטות השיפוטיות. ראינו, כי אין אחדות בין השופטים בדרך הפרשנות השיפוטית ובאופן קבלת ההחלטות השיפוטיות. אולם החידוש המפתיע בקריאה דו-רבדית זו הוא, שאין הלימה בין הפן הגלוי לזה הסמוי בפסק דינו של אותו שופט. האם ראוי כי הפרקטיקה הפרשנית תמוסד בתוך מסגרת תיאורית? האם המסגרת התיאורית

214 הקוהרנטיות של הטקסט היא מאפיין לוגי ואסתטי כאחד. דבורקין, למשל, רואה את הקוהרנטיות כחלק מרצף פרשני אסתטי אשר לפיו אפשר להעריך את הטקסט. ראו Ronald Dworkin, A Matter of Principle, 146 (1985). לטענת דבורקין, הקריטריון האסתטי מספק רכיב חשוב לתקפות הפרשנות המשפטית שהוא מכנה "Integrity" ואשר מעניק תקפות מוסרית. מרמור רואה ברמה הלוגית רק אחת משלוש הרמות שלפיהן יש להעריך פרשנות. הרמות האחרות הן הרמה המטפיסית והרמה הסמנטית. ראו Andrei Marmor, Three Concept of Objectivity, in Law and Interpretation 177 (Andrei Marmor ed., 1995). עוד על הקוהרנטיות כחלק מהלוגיקה המשפטית ראו פרלמן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 152–153. וראו לעיל ה"ש 172. מעניין לציין, כי פרופסור ברק מדגיש את הצורך בשמירה על "הרמוניה נורמטיבית" בשיטה הפרשנית. ראו לעיל ה"ש 17, בעמ' 297. בדבריו שם הוא עוסק במבנה השיטתי והחוקתי, בכלל השיטה, בתיאוריות המכוננות או המבהירות אותה.

215 כוונתי היא ל"אמון הציבור" שעליו מושתת הלגיטימציה של המערכת השיפוטית. על חשיבותו של אמון הציבור למערכת המשפט ראו אהרן ברק "בית המשפט העליון ואמון הציבור" מבחר כתבים כרך א 965, 970 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, התש"ס); אהרן ברק שיקול דעת שיפוט 261, 291–292 (1987); וראו ספרו של אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 424–425 (1993). מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט: תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי כפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט 4, 15 (התשס"ג); וראו ספרו של ברק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 49–50. על הקשר שבין "אמון הציבור" להרמוניה בכתיבה השיפוטית ראו מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 616–622 (2003). לטענת המחבר, לשופטים ישנה כמיהה להציג את העולם כהרמוני, שכן הרמוניה מגבירה את תחושת הוודאות והיציבות המשפטית וכן את אמון הציבור במערכת המשפטית.

216 על חשיבות הדין במישורים אלו וכן את הבחנתם מהמישור הפרקטי ראו מאמרו של Kingwell, לעיל ה"ש 26, בעמ' 343.

צריכה להיות מסגרת משפטית? או יכולה להיות מסגרת תיאורטית חוץ-משפטית? מחד גיסא, הבחירה בתיאוריה עלולה להסיט אותנו מהמטרה הפרקטית של המשפט. כמו כן התיאוריה הפרשנית עלולה להסוות אלמנטים ריטוריים, מוסדיים ופוליטיים. מנגד, פרקטיקה נטולת עמוד שדרה תיאורטי עלולה ליצור מעשה פרשני שאינו עומד בסטנדרטים אובייקטיביים של אמת, תקפות וצדק.²¹⁷ או אולי יש להדגיש את הממדים המסוכסכים במשפט כדי להבליט את מידת הפוליפוניה והפלורליזם הקיימים במשפט.²¹⁸

שאלות אלו נותרות פתוחות, וברוח המעגל ההרמנויטי הן שוב מחזירות אותנו לשאלה, "מהו משפט?" וכל אחד יענה עליהן מתוך התפיסה המשפטית שהוא אחז. זאת ועוד: לקריאה כזו של פסק דין השלכה גם על הדיון התיאורטי בתורת המשפט. בעוד שהתפיסה הפורמליסטית מזוהה עם תפיסה קונספטואלית של המשפט, המבקשת להתחקות אחר קטגוריות משפטיות, מבקשת התפיסה הריאליסטית לבחון את המשפט מזווית אחרת מתוך השטח ולהעמיד את השאלה, מה באמת מתרחש במוסדות המשפטיים? כיצד פועלים שופטים שונים? ומה משפיע עליהם? הניתוח המוצג לעיל מערער על הבחנה זו כהבחנה דיכוטומית ומראה, כי בתופעה המכונה "משפט" פועלים זה בצד זה רכיבים המזוהים עם קונספטואליזם משפטי יחד עם רכיבים לשוניים ואסתטיים. קיומם של רכיבים "מעורבים" בתוך פעולתו השיפוטית של שופט אחד מייצרת תפיסה מורכבת יותר לגבי השאלה, "מהו משפט?" המערערת על קטגוריות הומוגניות ומדגישה את מופעיו ההטרוגניים של המשפט. מופעים אלו נוצרים מכוחו ויוצרים אותו כמוסד בעל השפעה ברבדים עמוקים של התרבות והחברה.²¹⁹

6. עניין אפרופים

ניתוח התנהגות שיפוטית על סמך טקסט אחד היא בעלת תוקף לאותו טקסט ובבחינת השערה לגבי טקסטים נוספים. ניתוח מסוג זה פותח אשנב הצצה להתנהגות שיפוטית, תוך השארת מרווחים משוערים לתצורות נוספות. כך מתגבש ארגון כלים ביקורתי

²¹⁷ ראו שם, בעמ' 347–350. קינגוול מציע לראות את הגישה הפרקטית כגישה תיאורטית המגדירה את מטרת המשפט באופן שונה. בעוד הגישה הפרקטית רואה את יישוב הסכסוך החברתי כמטרה משפטית, הגישה התיאורטית נושאת את עיניה למציאת אמת אובייקטיבית לשאלות פרקטיות הנוגעות לזכויות ולחובות משפטיות שונות. התיאוריה היא זו הקובעת את כללי המשחק השיפוטי, והפרקטיקה היא המשחק עצמו. האם אפשר לשחק בללא כללים? ומה הצורך בכללים כשאף אחד אינו משחק?.

²¹⁸ להדגשת המימד הפלוריסטי תוך קריעת המסווה המוניסטי ראו בירנהק, לעיל ה"ש 215.

²¹⁹ ממצאים אלו מכוונים לתפיסה אקלקטית. שאלה נפרדת היא הסוגיה הביקורתית: האם התפיסה האקלקטית היא תפיסה ראויה? אציין רק, כי התשובה לשאלה זו נגזרת אף היא ברוח המעגל ההרמנויטי מתפיסת המשיב לגבי השאלה, "מהו משפט?".

לניתוח טקסטים ולהבנה רחבה יותר של התהליך השיפוטי ומופעיו השונים. שימוש חוזר במתודות המוצגות לעיל ככלי לניתוח טקסטים שיפויים נוספים ירחיב את האשנב שנפתח במאמר זה ואפשר שיגלה פרצופים נוספים של התהליך השיפוטי. כדי לסבר את האוזן אבקש להטעים מפסק דין נוסף, פסק דין אפרופים, אשר אף בו ניצבת הסוגיה הפרשנית כתימה המרכזית של הטקסט.

הפרשה בעניין עניין אפרופים²²⁰ זימנה לבית המשפט סוגיה פרשנית שמיצתה את הדיון בסוגית "הפרשנות השיפוטית" ברבדיה השונים. הרובד הראשון, הוא הרובד המעשי, עוסק בפרשנות טקסט של נורמה פרטית: מה מובנו של סעיף 6(ח)(3) ל"חוקה פוגרמה 1999" שבין מדינת ישראל לחברת אפרופים? אלא שכדי לענות על שאלה פרשנית זו יש לברר תחילה מהם כללי הפרשנות החוזיים? אולם שאלה זו פותחת בפנינו שאלה פרשנית ברמה נוספת: כיצד מבינים את כללי הפרשנות החוזיים הקבועים בסעיף 25(א) לחוק החוזים? נמצא, כי שאלה פרשנית במובן הצר פותחת מעגלים נוספים של שאלות פרשניות במובן הרחב.²²¹ בית המשפט בפרשת אפרופים שינה את ההלכה שהיתה נהוגה עד אז, וההלכה שינתה את המעשה. פסק דין זה יצר מהפכה בהלכת הפרשנות החוזית²²² — מעיקרון פרשני היררכי, דר-שלבי, העובר מהלשון לנסיבות, לעיקרון פרשני סינכרוני הנע מהלשון לנסיבות בו זמנית.²²³ סיומו של דיון משפטי אינו סותם את הגולל על הדיון האקדמי. כדרך שנהגנו בעניין סרוסי, אבקש גם כאן לחזור ולהביט על ההלכות שנקבעו הרחק מסיפור המעשה שהוליד אותן. אציע להשקיף עליהן במבט-על, כחלק מוויכוח תיאורטי לגבי

220 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 9. על חשיבותו והשפעתו הרבה של פסק הדין בפרשנות חוזים ראו גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 30 (1999); מיגל דויטש "דיני חוזים: סקירה והתפתחות" ספר השנה של המשפט בישראל 167 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997).

221 במונח "פרשנות במובן הצר" אני מתכוונת לפרשנות בשתי הרמות הראשונות שהזכרתי: מהו מובנו של הטקסט ומהם כללי הפרשנות שבעזרתם ניתן מובן לטקסט? הגדרה זו נאמנה לרוח הגדרתו של ברק. ראו ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 39. במונח "פרשנות במובן הרחב" אני מתכוונת לתפיסת התהליך הפרשני ברוח ההגדרה של גדאמר. השופט ברק מסווג את הפרשנות במובן הרחב כפעולה לבר-משפטית.

222 ראו שלו, לעיל ה"ש 220, בעמ' 35. שלו טוענת, כי תוצאת פסק הדין אינה רצויה במישור הפרקטי באשר היא יוצרת תמריץ שלילי לניסוח כושל של חוזים וכן פוגעת בערכי משפט חשובים כמו יציבות הדין ויכולת הצפייה של המשפטן-הפרשן. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 245–249 (2003); דניאל פרידמן "לפרשנות המונח פרשנות" המשפט 14, 21 (2002). גם פרידמן מבקר את תוצאות פסק הדין, אף שהוא מסכים עם ההלכה העקרונית שנפסקה שם. ראו דויטש, לעיל ה"ש 220, בעמ' 176–179. דויטש מסכים באופן עקרוני להלכת אפרופים, אולם טוען כי יש לצמצמה למקרים קיצוניים בלבד. מהפכה זו אף חרגה מעבר לדיון האקדמי והגיע לדיון ציבורי מעל דפי העיתון. הד לכך אפשר למצוא בכתבתה של מירב בטיט-פריד "רעם" סופשבוע מעריב 9.9.05, 16–24. בכתבה זו מסכמת הכותבת עשר שנות כהונה של אהרון ברק כנשיא בית המשפט העליון.

223 להרחבה על הלכה זו ומשמעויותיה ראו ברק פרשנות במשפט — פרשנות חוזה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 488–529.

"מהו משפט?" להשקפה זו המחלוקת הפרשנית איננה נובעת מהמתודה הפרשנית, אלא מתוך תפיסה תיאורטית המכוננת את המתודה. כאמור, מחלוקות הנוגעות לפרשנות שיפוטית נובעות פעמים הרבה מתפיסות תיאורטיות של השופט-הפרשן באשר לשאלה התיאורטית "מהו משפט?".²²⁴

בעניין אפרופים, כמו בעניין סרוסי, ניצבת הסוגיה הפרשנית באופן רפלקסיבי דרך שתי מראות הניצבות זו מול זו: "פרשנות במובן הצר" ו"פרשנות במובן הרחב". השאלה המרכזית העומדת בבסיס פסק הדין היא שאלה פרשנית במובן הצר: מהו פירושו של סעיף 6(ח)(3) ל"חוזה הפרוגרמה 1999" בין מדינת ישראל לחברת אפרופים? אלא ששאלה זו נפתחת לשאלות פרשניות במובן הרחב, ואלו ניצבות כמראה כפולה אל מול השאלה הראשונה. החוזה האמור נוסח במסגרת מאמצי הממשלה לעודד בנייה מהירה של דירות לעולים חדשים. הסעיף החוזי השנוי במחלוקת עסק במקרה שבו תיגרע זכות הקבלן לקבל מהמדינה את מלוא המחיר המחושב עבור הדירות. חברת אפרופים טענה, כי הסנקציה המוטלת בסעיף עניינה המקרה שבו הקבלן איחר להציג למדינה את דרישת הרכישה. פרשנות זו התיישבה עם לשון החוזה. המדינה טענה לעומתו, כי הסנקציה עניינה האיחור בהשלמת ביצוע הבנייה. פרשנות זו אינה מתיישבת עם לשון החוזה, אך מתיישבת עם תכליתו. השופטים בהרכב התחלקו לשתי קבוצות: השופט מצא (בדעת מיעוט) סבר כי הסעיף עוסק באיחור בדרישה. השופטים דב לוין והמשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק קבעו, כי הסעיף עוסק באיחור בביצוע. דעות אלו מבטאות שתי מתודות פרשניות, שתי גישות פרשניות.

השופט מצא דבק בפרשנות לשונית של הסעיף,²²⁵ הנסמכת על הפרשנות הלשונית של סעיף 25(א) לחוק החוזים, שלפיה לשון החוזה קודמת לנסיבותיו.²²⁶ עמדה זו מבטאת את אמונו של השופט בלשון, במילה הכתובה ובכוחה.²²⁷ גישתו הפורמליסטית

224 כך, למשל, טוען DWORKIN, לעיל בה"ש 3, בעמ' 5, 7–44. לשון אחר: מקור המחלוקת הפרקטית אינה בפרקטיקה עצמה או ביישומה, אלא נובעת מרמה גבוהה יותר של הפשטה – מתפיסת המעשה השיפוטי בתוך תפיסת המשפט.

225 ראו לדוגמה, בעניין אפרופים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 282: "לפרשנות המוצעת ע"י המדינה, כפי שכבר ציין השופט המלומד, אין כל אחיזה בלשונו של סעיף 6(ח)(3), שהביטוי 'איחור בביצוע' (או ביטוי הדומה לזה) כלל אינו מופיע בו". מעניין לציין, כי למרות תפיסתו זו בעניין אפרופים, בעניין סרוסי המנותח לעיל ה"ש 7, בעמ' 838, נסוג השופט מצא מתפיסה זו ומאמץ את החיזה של ברק כך: "אני מסכים לפסק דינו של חברי הנשיא וכן להערותיו של חברי השופט חשין". בעניין סרוסי, שנידון כשלוש שנים לאחר מכן, הוא כנראה שוכנע ואימץ את גישתו של השופט ברק. עניין זה יכול להצביע על השפעתו הרבה של עניין אפרופים וחלחולו במשפט.

226 ראו, לדוגמה, בעניין אפרופים, שם, בעמ' 282–283: "בעניין זה חל הכלל המוכתב בסעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973, המורה כי ... והלכה מיוסדת היטב היא, כי חוזה שלשונו ברורה במידה שכלל אינה מותירה מקום לספק בדבר כוונתו, יש לאמור את דעת הצדדים מתוכו, ואין להיזקק לשם כך לנסיבות כריתתו".

227 ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 285: "ככלל נכון לדעתי להניח, כי דרך בני האדם היא להקפיד ולדקדק בניסוח הסכמותיהם החוזיות. והמילה הכתובה, מקום שמשמעותה ברורה וכוונתה המסתברת

של השופט מצא ממשיכה גם באחיותו בנימוקים פרוצדורליים כגון דחיית טעמים משפטיים מהטעם כי אלו לא הועלו על ידי הצדדים, ומה שלא הועלה על ידם נחשב כמוסכם עליהם.²²⁸ פסק דינו של השופט מצא מתאפיין כולו בקו פורמליסטי. בהתאם לקו זה, מעוצבת השאלה הפרשנית, נבחר הכלי הפרשני לניתוח השאלה ונגזרת התוצאה המשפטית. הדמות השופטת נעדרת מהטקסט, ובמקומה מוצג ההליך השיפוטי-פרשני, שכביכול פועל הוא בעצמו.

לעומת זאת, פסק דינם של השופטים ד' לוי וברק מתאפיינים בקו הנמקה ריאליסטי. השופט ד' לוי מנתח בהרחבה את הנסיבות²²⁹ שהניבו את החוזה הנידון ואת תכליתו²³⁰ באופן עקיב לתפיסה זו ונוקט את שיטת הפרשנות המרחיבה, החורגת מעבר למובן הלשוני הצר של המילים.²³¹

השופט ברק נוקט את הגישה הריאליסטית באופן המלא והברור ביותר. הוא פותח את פסק דינו בעיצוב הסוגיה הפרשנית בלבד, אנושי, כמעט מיסטי – היחס בין הגוף לנשמה.²³² הגיבור המרכזי הניצב במרכז הדיון המשפטי הוא השופט-הפרשן. וכך ממצב אותו השופט ברק בראשית דבריו:

"בעיה זו מתעוררת בערעור שלפנינו ... בשני הקשרים: האחד, כוחו של השופט-הפרשן לצאת מדל"ת אמות הטקסט כדי לעמוד על תכליתו. השני, כוחו של השופט-הפרשן לתת ללשון הטקסט משמעות שהיא אינה סובלת, על מנת להגשים את תכליתו"²³³ (ההדגשות אינן במקור).

כלומר: השופט-הפרשן ניצב במרכז ההליך הפרשני, והוא, אם נשתמש במונחים גאדמריניים, הקובע את האופק הפרשני. לא בכדי השתמשתי במונחים גאדמריניים לתיאור מעמדו של השופט-הפרשן כפי שמעצב וממצב אותו השופט ברק. הגישה

עולה בקנה אחד עם נושא ההתקשרות, עודנה, כמדומה, המקור האמין ביותר לאומד דעתם של המתקשרים...". בהמשך לתפיסה זו מביע השופט מצא את דעתו בדבר האחדת הלשון, היינו: הקניית פרשנות זהה לביטויים זהים. ראו שם, בעמ' 286.

228 נימוק זה הועלה לגבי סעיף 6(ח) לחוק החוזים, שלכאורה לא היה שריו במחלוקת.
229 ראו, לדוגמה, מה שנכתב בפסק הדין בעניין אפרופים: "במקרה שלפנינו קיימת חשיבות רבה לנסיבות כריתתו של חוזה הפרוגרמה ולרקע אשר הביא לניסוחו" (שם, בעמ' 288).

230 ראו, לדוגמה, ניתוח מערכת התמריצים והסנקציות (שם, בעמ' 289–290, וכן בעמ' 294).

231 ראו לדוגמה: "ואולם כבר פסקנו לא אחת כי בבוא בית המשפט לפרש תניה בחוזה, אל לו להיות כבול למובן המילולי הצר של המילים, שעה שראיית החוזה כמכלול, על רקע תכליתו ונסיבות כריתתו, מלמדת על כוונה אחרת מזו העולה מן הפירוש המילולי הרגיל של הדברים" (שם, בעמ' 291); וכן שם, בעמ' 295: "נראה לי כי המקרה שלפנינו הינו מסוג אותם מקרים שבהם מותר וגם ראוי לתת לכתב פירוש ליברלי, אפילו הוא עומד, לכאורה, בניגוד למילים מפורשות, וזאת על מנת להגיע לאותה משמעות הגיונית ואמיתית שאליה נתכוונו הצדדים".

232 "ערעור זה מעורר בעיה פרשנית קלאסית. עניינה הוא היחס הראוי בין גוף הטקסט (ה-*verba*) לבין הנשמה (ה-*voluntas*) האופפת אותו" (ההדגשות אינן במקור) (שם, בעמ' 296).

233 שם, שם.

הפרשנית של השופט ברק מבטאת את הגישה הגדאמררית של "מיוזג אופקים". התהליך הפרשני שמציע השופט ברק בשם "פרשנות תכליתית" ממזג בין המטען התודעתי של מחבר/מחברי הטקסט ובין זה של הפרשן. כדרכו של מפגש תודעות, תוצאותיו הן דינמיות ממש כמו התנועה המכוונת אותן.²³⁴ התהוותו של הדיאלוג הפרשני המאפיין את השופט ברק מלווה בדיאלוג פנימי עם עברו תוך שינוי והשתנות. כך, לדוגמה, הוא מרבה לצטט את עצמו מפסקי דין מהעבר תוך הסכמה, הסתייגות ופרשנות מחודשת לדבריו הוא.²³⁵

הפרשנות שנוקט השופט ברק היא אפוא "פרשנות במובן הרחב", על אף שהשאלה המשפטית נשוא הדיון מוגדרת כשאלה פרשנית "במובן הצר". בהקשר של פרשנות במובן הצר מסכים השופט ברק עם התוצאה המשפטית שאליה הגיע השופט מצא.²³⁶ אלא שהשופט ברק תופס את הפרשנות השיפוטית כפרשנות במובן הרחב. מעשה זה של "פרשנות במובן הרחב" מציב לפעמים את השופט בעימות חזיתי עם המחוקק. בעימות זה, מסביר השופט ברק כמיטב המסורת הריאליסטית, אין השופט מצוי בעמדה נחותה מזו של המחוקק. לשון אחר השופט מקבל על עצמו תפקיד מעין חקיקתי.²³⁷ במעמד זה יוצר השופט נורמה חדשה. כך מכין השופט ברק את הקרקע התיאורטית לעיקרון פרשני חדש מבית היוצר שלו עצמו: "פרשנות מכוח עקרון תום הלב".²³⁸

השופט ברק נוקט אפוא תפיסה פרשנית ריאליסטית, העולה בקנה אחד עם התפיסה הגדאמררית. מכוח תפיסה זו מפתח השופט ברק את "הפרשנות התכליתית". תפיסה זו מציבה את הפרשן בחזית ההליך הפרשני. עם זאת, באופן מפתיע, על אף נוכחותו החזקה בתוך הטקסט, הוא נעדר ממנו כדמות בשר ודם. השופט הפרשן המוביל את ההליך הפרשני ואת ההליך של שינוי והשתנות, המחזיק בכוח יוצר, נותר כענן ערטילאי המרחף מעל, כאותה נוכחות מיסטית הנותנת את התורה, אך אינה מגלה את דמותה לעם.²³⁹ היעדרו של השופט כדמות אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה הריאליסטית. וכאן שוב נשאל את עצמנו: מהי המשמעות של פער זה בין התפיסה

234 והשוו לתיאורו של ברק את ה"תנועה בלתי פוסקת מלשון החוזה לנסיבותיו החיצוניות" (שם, בעמ' 314).

235 ראו, לדוגמה, שם, שם.

236 ראו שם, בעמ' 318: "אכן, אילו הצטמצמה הפעילות השיפוטית אך לפרשנות במובנה הצר, היה מקום להסכים עם חברי כי דין הערעור להידחות. אך הפעילות השיפוטית בהקשרו של טקסט משפטי אינה מוגבלת לפרשנות במובן הצר".

237 "אכן, כאשר המחוקק מחטיא את המטרה, רשאי השופט לדאוג לכך שהמטרה תושג" (שם, בעמ' 320). נציין, כי ייתכן שהלכה פסוקה זו תיקבע כמעשה חקיקה, אם אכן יתקבל חוק לדיני הממונות. סעיף 188(א) לתזכיר חוק דיני ממונות (תשס"ו-2006) מאמץ את הלכת אפרופים ומבטל את ההיררכיה הפנימית בין לשון החוזה לנסיבותיו לעניין פרשנות החוזה.

238 ראו עניין אפרופים, שם, בעמ' 327.

239 השוו לפתיחת פסק דינו, כפי שהצגנו לעיל ה"ש 232, המפרידה בין "הגוף" ל"נשמה". ובהמשך לאותה מטבע מטפורית, הפרשנות התכליתית נאמנה לנשמת הטקסט גם במחיר הבגידה בגוף, כך השופט ברק כפרשן מותיר חותם של נשמתו, אולם מסתיר את גופו האנושי.

שמוכיל השופט ברק ובין השפעתה על מימושו כדמות? האם העובדה כי בשני הטקסטים השיפוטיים שניתחנו לעיל הוא נוקט אותה גישה פרשנית, אולם מסרב להתאימה לעצמו כדמות, מעידה על דמותו ה"חוץ-טקסטואלית"? או אולי על תפיסה ערכית לגבי דמותו של שופט? האם זוהי ענווה? או שמא הסוואה? והאם בכלל ישנה כאן כוונה?

ח. סיכום: מהלכה למעשה ומהמעשה להלכה

ראינו כי השאלות הפרשניות "במובן הצר" נגזרות משאלות פרשניות "במובן הרחב". הפרשנות במובן הרחב נובעת מתפיסתו התיאורטית של השופט לגבי השאלה, מהו משפט? עסקנו בשתי גישות פרשניות "במובן הרחב" ובזיקה ביניהן לגישות תיאורטיות המתמודדות עם השאלה, מהו משפט? זיקה זו מאפשרת לתאר, לנתח ולבקר את התיאוריות המשפטיות מתוך פריזמה הרמנויטית.

הצגנו קריאה אפשרית של טקסטים שיפוטיים באמצעות זיקתם לתיאוריות משפטיות ובכשירותם לתיאוריות הרמנויטיות המתפרשות בכלים נרטולוגיים. כל זאת תחת מטרייה תרבותית רחבה שנועדה להעשיר את הטקסט השיפוטי מפרספקטיבה ייחודית, מחד גיסא, ולמקמו במסגרת חברתית-תרבותית רחבה, מאידך גיסא. קריאה זו חשפה תהליכים פנימיים המתרחשים בשדה המשפטי ומשתקפים בטקסט השיפוטי. מצאנו, כי בטקסט שיפוטי אחד נוקטים שופטים שונים גישות פרשניות שונות ומבטאים תפיסות שונות באשר למשפט ולפעילות הפרשנית והשיפוטית הנוצקת בתוכו. עם זאת ראינו, כי השופטים אינם בהכרח עקיבים באשר לגישה התיאורטית שהם עצמם נוקטים. הפער מתגלה בין הדרך הפרשנית שהם נוקטים כחלק מגישתם השיפוטית, ובין האופן שבו הם ממצבים את עצמם כדמויות שופטות בטקסט. על אף היעדר כפיפות נורמטיבית של פרקטיקה פרשנית לתיאוריות פרשניות, היעדר ההלימה בין השניים מעלה תהיות הן במישור התיאורטי והביקורתי והן במישור התקבלותו הציבורית של הטקסט.

חזרנו אפוא למקום שבו פתחנו: "לשפוט משמעו לפרש". אלא שבעוד השיפוט והפירוש בעמדת הפתיחה יוחסו לשופט, בעמדת הסיום הם מיוחסים לקורא. נכנסנו למעגל הרמנויטי, שבו הבנת הטקסט תלויה בהבנת חלקיו, והבנת החלקים תלויה בהבנת השלם. תחילתו של החיבור בסדק שבין החלקים, רובדי הטקסט השונים, וסופו מתוך יחסם אל השלם — חיבור הרמות הטקסטואליות דרך הקורא. אלא שהקורא עצמו אינו אלא רכיב במעגל הפרשני, ואילו אנו הסתובבנו סחור מעגלים מעגלים.

