

דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים

כרך ראשון • חוברת 4

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

מאת

גד טדסקי

ירושלים תשכ"ד

יוצא לאור בשביל האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים
ע"י הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים

כל הזכויות שמורות לאקדמיה הלאומית הישראלית למדעים

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

מאת

גד טדסקי

IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO (כללים ברורים אינם טעונים פירוש): אימרה זו אמנם אינה רומאית קלאסית, אך היא מקודשת בשל מסורתה הארוכה, והיא מפורסמת אצל כל משפטני העולם. אבל חכמי הדורות האחרונים מכירים במידה גוברת בעובדה כי ההשקפה הגלומה בה, כאילו עשוי הכלל – ולוא הכלל ה"ברור" – "לדבר בעדו", תמימה מדי. מחשבת הזולת אינה יכולה לפעול בנו אלא אם היא נקלטת על ידינו, אם בא מצידנו אותו שיתוף-פעולה המהווה דווקא את התהליך הפרשני; בין אם הפירוש קשה ומייגע, ובין אם הוא נעשה על נקלה ואף ללא-משים. והנה, גם במקרה האחרון, בוא יבוא הפירוש, ודווקא הקלות והביטחון בהם הוא נעשה מתירים לנו להסיק המסקנה כי אכן הטכסט או ההתנהגות הנדונים – ברורים הם.

קביעתה של האימרה הלאטינית שהזכרנו אינה נכונה יותר – אם תותר לנו השוואה כזו – מדברי האומר שמזון קל אינו דורש עיכול. שכן, גם כאן, קלות העיכול ומהירותו הן הן המוכיחות את היות המזון קל. אחרת, אין לייחס לקביעה מעין זו מובן כלשהו.

אך הפירוש אינו תהליך מיכאני ואף לא פיסיוולוגי. הוא שיחזור מחשבת הזולת – מחשבה נורמאטיבית, אם בפרשנות משפטית עסקינן – ואין להשוותו כלל וכלל לשפיכת חומר מכלי אל כלי, ואף לא להשתקפות דמות במראה או לצילום. פירוש הינו העתקת מחשבת הזולת לחוג חיינו הרוחניים, ואין הוא ניתן לביצוע אלא על-ידי פעולת החשיבה שלנו.

זאת – ועוד: הפרשנות המשפטית, מכל מקום – היא הרבה יותר מאשר ניתן ללמוד מכינוייה האנצילארי. שהרי מן הנמנע הוא שהפרשן יפיק ממקורות-המשפט שלו את כל היסודות הדרושים לתפקידו, שהוא הקביעה באילו מקרים יחול כלל זה או אחר, מבין המקרים הקונקרטיים אשר מעמידה המציאות; כלומר, עריכת סובסו-מאציה של מקרים אלה מתחת לכלל משפטי מסויים. ה"טכסט" – אם המדובר במשפט כתוב – או ה"התנהגות" – אם לפנינו משפט לא-כתוב – אינם מספיקים והם קצרי-

1 ראה גם סעיף 14 למג'לה, אשר הופר מתרגמו: Where the text is clear there is no room for interpretation. HOOPER, *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, I, London, 1938, p. 18.

גד טדסקי

יד, אף כאשר הם קיימים (דהיינו, כאשר אין "ליקוי" (lacuna) אמיתי; כלומר שההבדל בין קיום "ליקוי" להיעדרו – הבדל-דרגה הוא בלבד). הפרשן ייקרא איפוא לשיתוף-פעולה עם המקורות, כדי להשלים את החסר בהם. יהא עליו להפעיל את הערכותיו (אף אם הן צריכות להיות מתאימות לשיטה הנדונה), כאשר הכוונה היא לפרשנות לצורך החלת הכללים לכל מקרה שיבוא, ולכן אסור לפרשן להימנע מלפסוק את פסקו בנימוק ש-*non liquet* (המצב המשפטי אינו ברור). מה גם שאין, למעשה, אפשרות שתהא חדגוניות מוחלטת בין הרעיונות אשר הישרו את הכללים השונים, או שיהא לפנינו רעיון יחיד השולט בשיטה כולה, ואשר על המפרש להביא לידי תוצאותיו ההגיוניות, פשוטו כמשמעו; כך שלעתים קרובות יהא עליו גם ליישב ניגודים, בולטים פחות או יותר.

גם ללא דיון נוסף, אפשר לנו לקבל כבר עתה את שני המשפטים הנ"ל, לאמור כי אין לכפור במומנט הפרשני, כל אימת שמחילים את הכללי, וכי הפרשנות אינה מצמצמת בהעמקה אלא היא גם יוצרת, לפי טיבה. תודעת המשפטנים בזמננו סיגלה לעצמה, במידה רבה, שני משפטים אלה. קביעתם התדירה של הדורות הקודמים, שכללי המשפט די בהם לכל מקרה אפשרי, ה"תקיפות הדוגמאטית" בה הצטיינו או החכמים, ו"שגועון הגדלות" אשר אפיין את הפנדקטיסטיקה – כל אלה מעוררים ביקורת ואף יחס של אירוניה, בעיני משפטנים אחרונים אלה. בינתיים עלו השקפות חדשות על טיב הלשון בכלל, וגברה הנטייה לכפור במשמעות אוניקטיבית כלשהי של המלים, כלומר באיזו משמעות הנועדת להן, כביכול, בלא קשר עם עולמו הרוחני של האדם אליו פונים. כן צצו ועלו זרמים פילוסופיים חדשים, הנותנים בימינו אותותיהם בהשקפת-החיים, במדע ואף באמנות. בין היתר, מתנגדים זרמים אלה לאפלאטוניסם המשפטי ולאריסטוטליסם המשפטי, והם כופרים באפשרות שבכלל היורדי עשויה להיות גלומה ומיוצגת כל ספציפיקאציה אפשרית, אף מעבר לספציפיקאציות שבצל הכלל הנדון עשוי היה להעלותן על דעתו. זהו מקור התגובה – ההכרחית וגם רצויה – על ההשקפות שהזכרנו.

עם זאת, יש מקום לשאלה האם אין תגובה זו מרחיקה-לכת, לעתים, יתר על המידה. לעומת שלילה מוחלטת של המומנט הפרשני, לפחות *in claris*, ולעומת הכפירה בטיבה היוצר של הפרשנות (לפחות בתחומים האחרים, פרט לתחומי-ה"ליקויים") מצטיינים הוגי-דעות בימינו בקיצוניות ההפוכה. לא סגי להם בקביעה שהכללים קצרי-יד הם, ואין די בהם לפיתרון כלשהו, אלא שהם הגיעו עד כדי שלילת הכלל כהנחייה יעילה לפרשן. במקום העלאתו על נס של הכלל המופשט, בתורת כלי-יכול, מטעימים היום את אינאוונתו המוחלטת, ונראה כאילו מתענגים על הטעמת חוסר-יכולת זה. ועל העלאת הדעה כי הכיטחון הנובע מקיום הנורמות אינו אלא אשליית-שווא².

עוד בטרם גברה ביבשת אירופה תנועת "המשפט החופשי", השמיע השופט הומז (Oliver Wendell Holmes, Jr.) בארצות-הברית שני פסוקים שהיו עתידים להביא להתפתחויות עצומות. הראשון בהם היה קביעתו כי *The life of law has not been logic: it has been experience*³. והשני – "אימרת-האגב" שלו, כי

1 ברי לנו שהבעייה היסודית אינה שונה משעסקין בתקדים, ולא בחוק; אף שבאנגליה נוהגים להתייחס ל-*judicial reasoning*, ולא ל"פרשנות", כאשר המדובר בתקדים.

2 Cfr., e.g., KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934, p. 96, 99 sq.

3 Cfr. *The Common Law*, Boston, 1881, p. 1.

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

¹propositions do not decide concrete cases. בהמשך הזמן מצאו משפטים אלה אוזן קשבת אצל רבים, והפירוש שניתן להם היה שלא מן הדינים מפיקים השופטים את החלטותיהם. ה"ריאליסטים" האמריקניים הרחיקו לכת עד לנקיטת העמדה שאין הדינים בעיניהם יותר מאשר בבחינת אגדה, בחיי המשפט, ושוב אין הם מציגים את השאלה עד כמה עשויים פסקי-הדין להיות נאמנים לדינים אלה. לכל היותר מודים הם, ברוב חסדם, כי הכללים עשויים להיות אחד מביין גורמי ההווי המשפטי. אין ברצוננו לעמוד כאן על נטיות אלה שמגלים הריאליסטים האמריקניים, אלא להתעכב על מחשבתו של טוליו זוכראלי² (T. Ascarelli) המנוח, משפטן יהודי-איטלקי גדול שהיה מפורסם בשדה המשפט המסחרי והמשפט ההשוואתי, אשר הקדיש מסות מרובות לבעיית הפרשנות.

כדאי לחזור ולהדגיש: השאלה כבר אינה אם יש להכיר במעשה-היוצר שעושה הפרשן, אלא להיפך, האם – ובאיזו מידה – מוצב גבול ליצירה זו, משום קיום הכללים; האם – ובאיזו מידה – נשאר הפרשן כפוף לשיטת המשפט החיובית³ – כמובן, אותו פרשן נאמן המוכן לסור למשמעת הכללים (כל כמה שמשמעת זאת אפשרית, למעשה, מבחינה הגיונית).

הכלל המשפטי נוהג לקשור תוצאות יורידיות מסויימות בהנחה מסויימת. הנחה זו מוגדרת לפי יסודות אחדים, אך ברוב רובם של המקרים נשארת היא בבחינת הגדרה מופשטת, ומשום כך – הגדרה בלתי-מספקת. אף כאשר המחוקק (או בעל-כלל אחר) נראה כמפנה את הפרשן ללשון המדוברת או לאיזה מדע אחר, לשם קביעת משמעות דבריו, או כאשר מרבה הוא ביסודות ההגדרה, אין בכך כדי פתרון מוחלט של השאלה, אלא רק העברת הקושי מתחום לתחום. נניח, למשל, כי המחוקק, בקבעו שהחובה בטל במקרה של אונס, אומר להגדיר בפירוט למה כוונתו באונס. הוא יגדיר את האונס כאיום לחיים, לשלמות הגופנית, לחופש, או איום לאיזה נזק ניכר אחר, בנסיבות העשויות להרשים אדם מן היישוב. לנוכח הגדרה כזאת יהא עלינו לקבוע מהו איום, מהי שלמות גופנית, מהו נזק ניכר אחר, מהן נסיבות כנ"ל, מהו אדם מן היישוב, וכו'. הפרשן לא ימצא את הדרוש לו – לא בחוק עצמו ואף לא במילונים או אצל מדעים אחרים (כגון מדע הרפואה לגבי "שלמות גופנית", או מדע הכלכלה לגבי המושג "נזק"). שהרי השאלה המשפטית אינה זהה לשאלות העומדות בפני מדעים אחרים, ועל הפרשן להתחשב בכוונתו המיוחדת של הכלל הנדון. משום כך אין מילונים, או אמת-מידה המושאלת ממדע מסויים, עשויים לאמר את המלה האחרונה. כן ברור שהפרשן לא ימצא לעולם אישור נסיוני כלשהו לפירוש זה או אחר. יהא על הפרשן, איפוא, לסמוך על הערכות שלו-עצמו לצורכי הקביעה מה נכלל בנורמה, ומה אינו נכלל בה.

מכוח שיקולים כאלה סבור זוכראלי כי שום טכסט משפטי לא יוכל לבטל את חופש הפרשן, ולפי דקדוקי-ההגיון – אף לא להגבילו (כך הוא אומר), משום שלא תיתכן כאן הזדקקות לאמות-מידה כמותיות⁴. אילו היה זה נכון, אפשר לקבוע כבר עתה

1 Cfr. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 76.

2 כתיב זה מבוסס על שם המשפחה העברי, זוכאריאל (ר') Encyclopaedia Judaica, iii, s.v. (Ascarelli) ואולם איוו משקף בדיוק את מבטא השם האיטלקי Ascarelli (אסקרלי).

3 על שאלה זו, באנגליה, ר' לאחרונה A.G. Guest, "Logic in the Law", in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A.G. Guest, Oxford, 1961, p. 176.

4 Cfr. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, 1959, p. 208.

שהן המושג "כלל משפטי", הן המושג "פרשנות", היו עוברים מן העולם: הכלל המשפטי – משום שיעילותו היתה מתאפסת, והפרשנות – משום שהיתה חדלה מלהיות פרשנות.

"משום נזכותותן התמידית של הערכות הפרשן" – מוסיף ואומר עזכראלי – "מתגלות כבעיות-שווא שאלות מסורתיות מסויימות, כגון בעיית פסק-הדין הלא-צודק, או בעיית הליקויים בשיטת המשפט". קל להבין את דרך-מחשבתו. פסק-הדין לעולם לא יוכל להיות "צודק" – במשמעות "מתאים לשיטת המשפט" – שכן אין בכוח הדינים לספק לפרשן הוראות יעילות. ושאלת הליקויים נעלמת, היות והמשפט כולו בבחינת ליקוי הוא.

בכל זאת, מוסיף עזכראלי להתייחס למערכת-הכללים החיובית, הקבועה-מראש. אלא שבסופו של דבר בא הוא לידי המסקנה שאין לכנות צווים אלה כ"כללים" ("נורמות"). אין הם אלא "טכסט" גרידא, לפי דעתו, כל עוד אין הם מתפרשים על-ידי פרשן בקשר למקרה מסויים. רק אז הופכים הם ל"כללים". אך אותו הפירוש עצמו חוזר ונעשה "טכסט" ביחס למקרים עתידיים אחרים.²

לפיכך, אם "כלל" – במובדל מ"טכסט" – הוא רק אותו כלל שלגביו אין קיימת שאלת הפרשנות, הרי יש לחשוש שהכלל היה נעשה למיטיאור, או אולי אף לפאטה מורגאנה! מה גם שפסק-הדין, שהוא דוגמה לפירוש בקשר למקרה מוחשי (וכן צוו בחקיקה הנוגעת לפרשה יחידה מסויימת), ניתן אף הוא לפרשנות. ולא רק לפרשנות כמומנט פורמאלי, כפי שאמרנו, אלא לעתים לצורך פתרון שאלות הנראות לנו מפוקפקות. עזכראלי עצמו עומד במקום אחר על העובדה שספיקות-פירוש מתעוררים אצל הפרשן אף לנוכח צווים פשוטים ביותר, כגון הצוו "פתח את הדלת!"³ האם הכוונה היא לפתיחת הדלת לרווחה, או שמא די יהא לפתחה כדי סדק בלבד? האם דרושה פתיחה מיידית, אם לא? ואם לאו, מה הם גבולות הזמן המותרים? וכו' וכו'. ברור שפסק-הדין עשוי לכלול צווים כאלה. אף כאשר פסק-הדין (או איזו מצווה מוחשית אחרת או פירוש מוחשי של כלל מופשט) אינו מתייחס לעתיד, אלא רק קובע תוצאות משפטיות שכבר נתחוללו, גם אז יש צורך לפרשם. סיכומו של דבר: ניתן לאמר כי שאלת הפירוש נעשית חמורה יותר משום אופיים המופשט של הכללים, וכן משום שינוי המציאות שיבוא בין ציווי הכלל לבין זמן-פירושו, אך אין היא נעלמת כליל כאשר הצוו אינו מופשט⁴ ואינו מתייחס לעתיד.

השקפת עזכראלי מביאה לידי הוצאתו מעולם המשפט של כל אשר אינו צוו אקטואלי מוחשי, שהיה הופך לדעתו לאחר מכן ל"טכסט" לגבי כל פרשן אחר (ובהתאם לשיטתו, גם לגבי בעל-הצוו עצמו, בכל עת שהיא לאחר שעת הציווי). וקיום "טכסט" אינו מצמצם לדעתו במאומה את חופש-הפרשן – שלאמיתו של דבר, היה חדל מלהיות פרשן ונעשה יוצר חופשי, ולוא גם של יצירות ארעיות או אולי המתנדפות מייד.

איש לא יכחד את חומרת המסקנות הללו. עם היעלמם של הכללים המופשטים – או אף לא של אלה בלבד, כפי שראינו לעיל – היה נעלם המשפט עצמו, לפחות המשפט

1 שם, וגם ע' 847.

2 Cfr. *Problemi giuridici*, cit., p. 145.

3 שם, ע' 144.

4 עזכראלי עצמו דן בשאלת הפרשנות בקשר לדמות פורציה (במחזהו של שייקספיר "הסוחר מוונציה"), ומעיר שאין משמעות לעובדה כי שם המדובר בחוזה ולא בחוק. ר' שם, ע' 11.

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

בהתאם לתפיסה שהיתה קיימת מאז שחר ההיסטוריה. היה עלינו לאמר, במקרה מעין זה, שבמשך אלפי שנים השתעשעה האנושות באשלייה שניתן להסדיר באמצעות המשפט את התנהגותם העתידה של בני האדם. כן ברור שבכוחן של ההשקפות הנ"ל לסלק לא את המשפט בלבד מעולם-התרבות ומתודעתנו. לפיהן, היה מגדל בבל סמל ההיסטוריה, המשפטית והלא-משפטית כאחת.

הסופיסטים של עזכראלי בא להעמיד בשורה אחת הנחיות בלתי-מספיקות, כפי שמוצא כרגיל המחיל כללים של שיטת-משפט מסויימת, וחוסר הנחיות לחלוטין; כאילו אי-שליטה גמורה שקולה כנגד חוסר-אונים גמור, שקולה כנגד אפס.

לפאראדוקס כזה מתנגד השכל הבריאי, עוד קודם הארגומנטאציה ההגיונית; אותו שכל ישר עצמו המתנגד לסוליפסיסם, או תורת ה"אני ואפסי עוד", כפי שהיא מתכנה בעברית. עליה נאמר פעם שלא כדאי להתחשב בה, אף אם קשה ביותר לסתרה בנימוקים הגיוניים; שהיא דומה למבצר שאין לכבשו אך גם אין הוא מסוכן לצבא הפולש, כי הוא נטול כוח תוקפני, ומשום כך כדאי לכובש לזנחו ולהשאירו מאחוריו, ללא דאגה. זאת אמר פילוסוף – פילוסוף דגול; על אחת כמה וכמה פטור מי שאינו פילוסוף לחלוטין – כמונו – מחובת ההפרכה הפילוסופית של הפאראדוקס הנ"ל. די לנו אם נמנה שורת סימנים המוכיחים כי במשגה יסודו, בהפיקנו אותם, בחלקם, ממחשבת עזכראלי עצמה.

דעות עזכראלי בהן פתחנו מביאות, לדעתנו, לפי שורת ההגיון, למות המשפט בתורת כלל הקבוע לפני הדיון, ולמות תורת המשפט. מן הראוי לחדול מן החקיקה, כיוון שזו פעילות-שווא, ולהפסיק את הפרשנות העיונית – אשר אף היא ריקה מתוכן, לצורכי כל תחולה עתידה; כלומר, אין טעם בכל פעולה מדעית בשדה המשפט (פרט למחקר ההיסטורי גרידא). שהרי עזכראלי מזהה את כל תורת המשפט עם הפרשנות, בהוראתו הרחבה של המונח. משמעות רבה לעובדה שלמסקנות כאלה אין כל זכר בכתבי עזכראלי, המתנגד לאסכולה של "המשפט החופשי" – וממליץ על ניסוח-חוקים מדוייק ופיקחי? – והוסיף לעסוק בהתמדה במחקריו, עד למותו בטרם-עת. מצד שני, מהוות דעות אלה עמדה קיצונית בהתפתחות מחשבתו, ואינן משתקפות בכל חיבוריו; סותרות אותן דעות אחרות, אף בעבודותיו המאוחרות, או אלה שחזר וערכן במועד מאוחר.

הודאה במיגבלה מסויימת לחופש הפרשן נכללת מסתמא בקביעתו כי לעתים, בתהליך ההגיוני המכונה פירוש, מספר המעברים מחוליה לחוליה הנעשים ללא צורך בהערכות חדשות של הפרשן עצמו – קטן הוא באורח יחסי (ההדגשה – שלנו); או באמרו כי השיחזור הטיפולוגי של המציאות, הנקבע על-ידי הפרשן בהתאם לכלל, אינו יכול להינתן לחלוטין על-ידי הכלל עצמו (ההדגשות – שלנו). ועוד יותר מכך כאשר

1 Cfr. SCHOPENHAUER, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Leipzig, 1873, §19, p. 125.

2 Cfr., e.g., *Studi di dir. compar. e in tema di interpretaz.*, Milano, 1952, p. xliii; *Problemi giur.*, cit., p. 189-190.

3 Cfr. *Studi di dir. compar.*, etc., cit., p. xxii.

4 Cfr. *Problemi giur.*, cit., p. 232; *ibid.*, p. 855: תלוי בהערכות [של הפרשן]... יש ערך מיוחד לנסיגו של המשפטן לנקוט באובייקטיביות, בחקרו מהו הפתרון הנכון על פי שיטת משפט מסויימת; שם, עמ' 854: "הקריי-טריון לפי המקרה"... אינו... הקריטריון של המשפט, כי המשפט הוא כלל תמידי, אף על פי שהוא מתפתח לעולם" (ההדגשות – שלנו). Cfr. *Saggi di dir. commerc.*, Milano, 1955, p. 470.

הוא משווה את היחס שבין כלל לפירוש – ליחס שבין זרע לצמח¹; כי על כן מזרע מסויים לא יצמח צמח כלשהו אלא צמח מסויים בלבד, מאותו המין עצמו. או כאשר הוא מצביע וממליץ על המחקר המכוון לגלות מהו הכלל שנוסח על-פי משמעותו ההיסטורית, ומה היתה תחולתו למעשה, וציון הפער שבין השניים².

אילו היה הכלל בלתי מתאים להשתקף בתחולתו (המדומה), היה הדבר צריך להתארע אף כאשר הפרשן מקבל את מרות הכללים והנחיותיהם בתום-לבב וללא הסתייגות; כי נאמנותו זו לא היתה אלא אשלייה. אך עזכראלי מודה שבנסיבות היסטוריות מסוימות (בצרפת וברוסיה, למשל, לאחר המהפכה הצרפתית ולאחר המהפכה הרוסית), הצטיינה הפרשנות בצמידותה לחוקים, בניגוד לאשר אירע בעבר וקורה בהווה בנסיבות אחרות. וכאשר כך הדבר, מסווה הפרשנות את אי-צמידותה לחוקים בתחבולות מתחבולות שונות. אך, אילו היו הנורמות צללים ללא ממש, למה כל מאמץ ההסוואה וההערמה? בלהטים אלה יש משום הודאה, בדומה לתוכן אימתו המפורסמת של לה-רושפוקו (La Rochefoucauld), כי בצביעות יש משום כבוד שהחטא חולק למוסריות.

בדרך כלל, סבור עזכראלי שבבחירה בין זרמי-פרשנות שונים יש לקבוע תפקיד מכריע לדעת המשפטנים, כך שדעה משותפת זו של אנשי המקצוע יש לה מעין מעמד מחוקק. בהתעלמנו מכל שיקול אחר, יש להעיר לעניננו כאן כי בשיטתו של עזכראלי אי-אפשר שדעת המשפטנים תהא מסוגלת לשמש רסן ולמנוע את האנארכיה המחור-ייבת על-ידי הכרות הכלל בקצרי-יד. שהרי גם דעת המשפטנים מופשטת היא, כמותה כחוק, והסומך על זו יסומך על משענת קנה כאותו הסומך על הכללים. ואם, לעומת זאת, סבורים שאדנות ה-*communis opinio* עשוייה להיות לא אשלייה אלא משהו מציאותי, אזי סימן הדבר שגם אדנות הכללים עשוייה להיות מציאותית. כאשר מציבים זה לעומת זה את "המשפט החיובי" ואת העמדות החדשות הקשורות ביחס דיאלקטי לקודמות, "בקשר רציפות... שהוא אף התחדשות"³, ברור שמתייחסים בכך ל"משפט החיובי" ול"עמדות החדשות" גם יחד כאל כוחות המסוגלים לשלוט בהווי המשפטי, ובלבד שיסורו למשמעת זה או זה.

עזכראלי אומר שאין להעמיד ריאליות נורמטיבית מדומה כנגד הפרשנות, שכן, מחוץ לפרשנות, אין היא בעלת-תוקף, ואינה יכולה איפוא לשמש ביקורת לפרשנות עצמה⁴. כאן שואלים אנו: האם הכוונה היא לפרשנות בכלל, או לפירוש מסויים? כלום לא ייתכן להעמיד פירוש מבוסס כנגד פירוש מוטעה?

אשר למידת הכוח ההגיוני שיש להכיר בכלל המשפטי, התנהל לא מכבר פולמוס בין שני חכמי-משפט נודעים, הפרופיסור ה.ל.א. הארט, מאוכספורד, והפרופיסור ל. פולר, מאוניברסיטת הארווארד. הראשון הבחין בין מה שהוא מכנה ה-*core* של הכלל, כלומר הגרעין הפנימי שלו, לבין ה-*penumbra* (איזור האפלולית היחסית) המקיף אותו. בניח, אומר הוא, שכלל מסויים יאסור להכניס כלי-רכב בגן ציבורי. כרי לנו שהאיסור חל על מכוניות, אך מהו הדין לגבי אופניים, מחליקים או מכוניות-

1 Cfr., e.g., *Problemi giur.*, cit., p. 845.

2 *Ibid.*, p. 326.

3 Cfr. Ascarelli, *Studi di dir. compar.*, etc., cit., p. xxiii.

4 Cfr. *Problemi giur.*, cit., p. 74.

5 Cfr. H.L.A. HART, "Positivism and the Separation of Law and Morals", in 71 (1957-8) *Harvard Law Rev.*, p. 593 sqq. (cfr. p. 606 sqq.).

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

צעצוע? ומה בדבר מטוסים? היש לכנותם כלי-רכב, על פי כלל זה? למילות הלשון הרגילה, וגם למונחי הלשון החקיקתית – כגון כלי-רכב, בדוגמה שלפנינו – יש "core", גרעין של משמעות נהוגה, המקובלת לכל הדעות, ולא יתכן לגביו ספק כלשהו. אלא שיחד עמו יש penumbra של מקרים מפוקפקים, אשר לגביהם אין לומר בבירור שהמונח יחול עליהם, ואף לא שלא יחול עליהם. גם הארט – כעזראלי – מעיר שמן הנמנע כאן להזדקק להוכחה נסיונית בדבר נכונות פירוש זה או אחר, לגבי כל המקרים החסרים אחת המידות של "המקרה האופייני", והמהווים איפוא את "בעיות ה-penumbra"; כן אין להזדקק, לגביהם, לשיטה הידוקטיבית. הגיוניות ההחלטה לא תעמוד כאן על יחס הגיוני להנחות מסוימות – כלומר לכללים – אלא, אליבא דהארט, על רעיון הפרשן בדבר המשפט הרצוי.

בתשובתו, מעיר פולר כי בעית הפירוש אינה מתרכזת כרגיל במשמעות מונח בודד, כך שיש רק לקבוע משמעות זו (לפחות, בדוגמה האופיינית) כדבר אובייקטיבי. אפילו ביחס לדוגמתו של הארט, הקלות היחסית בה ניתן לזהות מקרים מספר, שעליהם יחול הכלל ללא כל ספק, תלויה בתפיסה הברורה של המטרה אליה חותר אותו כלל, יותר מאשר באיזה "גרעין" בדבר משמעותה האובייקטיבית של המלה "כלי-רכב". "מה היה אומר הפרופסור הארט" – מוסיף פולר בהריפות – "אילו היו פאטריוטים מקומיים יוזמים העמדתה, על דוכן בגן הציבורי הנדון, של משאית בה השתמשו במלחמת העולם השנייה, ואילו אזרחים אחרים שכוונה זו אינה לרוחם היו טוענים כי היא עומדת בניגוד לכלל האוסר הכנסת כלי-רכב לגן? אותה משאית, שנניח כי היא במצב תקין ויעיל, האם היתה נכללת ב-core או ב-penumbra של המונח 'כלי-רכב'?"

כהוכחה נוספת לטיעונו, מביא פולר דוגמות אחרות בהן מותנית משמעות מלה בודדת בהקשר הדברים ובתכלית הכלל, ללא עזרת יסודות אלה, תכופות אין אף אפשרות לפרש מלה פירוש כלשהו. והנה, אומר פולר, נניח שאנו מוצאים פסוק בלתי-מושלם כגון: "על כל שיפור יש להודיע מייד ל...". בלעדי השלמת הפסוק, אין להבחין אף ב-core של המושג "שיפור", והוא נשאר נטול-משמעות, ממש כמו הסמל X. אותו מונח יקבל מייד מובן אם הפסוק יושלם על-ידי המלים "האחות הראשית" או "הרשות המוסמכת לבניית ערים"; ובשני המקרים תהא המשמעות שונה כמובן לחלוטין.

במחשבת הארט ניתן לנו להכיר את המסורת המשפטית האנגלית, המעדיפה את הפרשנות המילולית לגבי החוק הכתוב, והבאה להתקרב ל"תורת המשפט של מו-שגים" (Begriffsjurisprudenz); ואילו עמדתו של פולר היא עמדת הפרשנות התכליתית, אשר נובעת מתורתו של יירינג (Jhering). ואשר טופחה בגרמניה, באסכולת ה-Interessenjurisprudenz ואחר כך פרחת באוניברסיטת הארווארד, באסכולה של ר. פאונד (Roscoe Pound). לא זה המקום לגלות את נטייתנו להעדיף זרם אחד משני זרמים אלה; ועל כל פנים אין הפרשן בן-חורין בבחירתו, כאשר קיימות בשיטתו המשפטית הוראות בעניין זה.

ברצוננו רק להעיר שהן הארט הן פולר דואגים לנאמנות הפרשן לכללים, וכל אחד

1 Cfr. LON L. FULLER, "Positivism and Fidelity to Law—A reply to Prof. Hart", *ibid.*, p. 630 sqq. (cfr. praecipue p. 661 sqq.). R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision*, Stanford (Calif.), 1961, p. 180 בעניין הארט בעניין כאן המעניין אותנו כאן

גד טדסקי

מהם – אמנם, כל אחד לפי דרכו – רואה נאמנות זו כאפשרית, בגבולות מסויימים. הארט, לגבי ה-core של הכלל, שולל בעצם כל יצירה של הפרשן. משום שלדעתו אין תפקיד הפרשן אלא להחיל את החוק "כמות שהוא".

פולר אינו שותף להנחה זו, אך אינו טבור כי דחייתה שקולה כנגד חוסר-האפשרות להגיע להחלה נאמנה של הכלל. לפי דעתו, דאגתו המרכזית של הפרשן חייבת להיות מכוונת לא למלים אלא לתכלית ולמיבנה, בהתאם לנטיותיהם של מלומדי תורת ההגיון והסימאנטיקה בני-זמננו, השוללים ייחוס משמעות אובייקטיבית למלים, ללא קשר להקשר הדברים ולכוונת הדובר. ההתחשבות בתכלית אמנם דורשת פעולה יוצרת של הפרשן, אבל אין היא משום כך שרירותית בהכרח; אדרבא ואדרבא. אף לפרשנות התכליתית יש בוודאי בעיות penumbra משלה, אך היא לא אף core של ביטחון.

בסיכום, מכירים שני בעלי-הפלוגה, בכללים, core של קביעות המניחה את הדעת ו-penumbra של קביעות הפוחתת והולכת, אף שהם מזהים באורח שונה שני יסודות אלה.

הבעייה אשר עליה עמדנו עד כה היא: האם הפרשנות מסוגלת להיות נאמנה? כלומר, האם יש להכיר – לפחות בגבולות מסויימים – לכלל המופשט את הכוח ההגיוני להטביע את חותמו בהחלטה המיוחדת, למעשה ולא לאחיזת-עניינים בלבד. אמנם, מבחינה היסטורית, היתה הפרשנות לעתים קרובות סוררת לעומת הכללים (ולוא, לפעמים, "לטובה"). אך ברי לנו כי בעובדה זו אין כדי להוכיח שהתשובה על הבעייה הנ"ל שלילית היא.

אין ספק כי אכן עשויה הפרשנות להיות בלתי-נאמנה, למעשה; כלומר שאותו הפתרון המוצג כפירוש הכללים – אפשר שאינו משקפם. הפרשן עלול לשנות, ככל אדם, ונוסף על כך אפשר ואפשר כי, בפרשו פירוש ההולם את האינטרסים שלו או את שאיפותיו האידיאליות. מכיר הוא במניעיו אלה וידועה לו המשמעות השונה שיש לכללים כשלעצמם.

גם זה הוא "מאבק למשפט" (כביטוי המפורסם של יירינג), כלומר מאבק למשפט הרצוי לבעל-המאבק. אך יחד עם זאת זהו מאבק נגד המשפט, כלומר נגד המשפט החיובי הנוהג, שעורכים הפרשנים, בנסיבות מסוימות.

לאמיתו של דבר, עצם הקביעה שבמשך הדורות טטו הפרשנים, לעתים קרובות, מהוראתם הנכונה של הכללים מניחה כי – מבחינה הגיונית – אותה הוראה נכונה עשויה להיות יסוד לפירוש נאמן ומדוייק; וכבר רמזנו, בעניין זה, על הודאותיו – מסתמא – של עזכראלי.

כמה אמירות, של עזכראלי ושל אחרים, אינן בעלות הוראה ברורה וחד-משמעית (כאילו אף הן באות לסייע, לוא גם לא במתכוון, לטענה בדבר אי-ודאות הפרשנות), וספק אם המחבר מיהסן למציאות ההיסטורית או לכוח ההגיוני¹.

1 מוריס ר. כהן (Cohen), במאמרו "The Process of Judicial Legislation" (אשר פורסם לראשונה ב-1914 ואשר נכלל לאחר מכן בספרו הנודע *Law and the Social Order*, York, 1933, p. 112 sqq.) דן ארוכות ב-interpretation as a mode of judicial legislation, אלא שגם כאן מערב הוא שיקולים בדבר אי-האפשרות להפיק מן הכללים את כל הדרוש לצורכי החלטה – ולצורכי כל החלטה שהיא – בקביעה היסטורית בדבר התפקיד החקיקתי שבת-המשפט ממלאים למעשה, וכן בשיקולים בדבר כללי הפרשנות המאומצים (אשר לדעת כהן אינם המסוגלים ביותר; כך שמתבקשת המסקנה שקריטריונים אחרים היו

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

זאת ניתן לאמר לגבי פסוק אחד משל Montaigne, הנזכר גם אצל עזכראלי: "איין מוצאת-חן בעיני כלל וכלל דעתו של הלה [הכוונה ליוסטיניאנוס קיסר] אשר דימה בלבו לרסן, על-ידי ריבוי החוקים, את כוחם של השופטים, בהוציאו מהם את חלקם; לא השגיח הוא בכך qu'il y a autant de liberté et d'estendue à l'interprétation des Loix, qu'à leur façon¹: "קיימת מידה שווה של חופש... בתורת כוח הגיוני? חוזרים אנו ושואלים, או כשימוש-לרעה אפשרי ומסתבר, כהסגת-גבול שיש לחשוש מפניה? במידה שקובעים כי קיימים שימוש-לרעה והסגת-גבול, מחייבים בכך, מסתמא, את כוחו ההגיוני של הכלל, לגבי פרשן הנחשב כנאמן, ולא כמשתדל להתחמק מעול החוקים.

הכלל, מצהיר עזכראלי מצידו, יהא תמיד כפי שהוא מפורש, ובפירוש זה אפשר שבסופו של דבר יגברו מגמות או השקפות המנוגדות לאלה של המחוקק, שהרי המלה האחרונה מגיעה תמיד, בהכרח, לפרשן². אם כך הדבר, אם אמנם עלולות להשפיע על הפרשנות מגמות או השקפות המנוגדות לאלה של המחוקק, סימן הוא שמגמותיו והשקפותיו של המחוקק היו מסוגלות גם הן להשתקף בה, ובלבד שהפרשן ירצה בכך; סימן הוא שהכלל מסוגל להגביל – לכל הפחות – את חופש הפרשן: וזהו ההיפך מטענתו של עזכראלי שנוכרה לעיל.

זאת יש לאמר גם על הערתו הבאה של עזכראלי: אימרתו הידועה של קירכמן (Kirchmann): "די במלה אחת של המחוקק, וכל הספריה המשפטית תהא ראויה להשמדה" – צריכה היא היפוך. על פי רוב, אומר עזכראלי, דווקא חכמי-המשפט גורמים לתחוקה שתושם לאל³. אם כך הדבר, נאמר אנו, סימן שלתחוקה הנ"ל היו הנחיות מסוימות שאפשר היה להחילן⁴.

ברי לנו כי, מבחינה דוגמאטית, *sensus non est inferendus sed efferendus*⁵: את המשמעות יש להסיק מן הכללים עצמם, ולא להכניסה בם, באורח מלאכותי, באמצעות הפרשן. על הפרשן להיות נאמן לכללים במלוא המידה שבה הדבר אפשרי, כלומר במלוא המידה שבה מוצא הוא בהם הנחיות לפעולתו. "מכיוון שהוא יכול, חב": לכל הפחות, זה ודאי; אף אם אין שיטת המשפט מרחיקה-לכת בהכרזיה "מכיוון שהוא חב, יכול", שבכך היתה כופה פיקציה ורואה כפירוש, כהצהרה, פעולה-יוצרת דרושה. ואם יבוא פירוש מוטעה, לא ישנה זה את הכלל עצמו יותר מאשר מעשה-עוול יבטל את המשפט. הקביעה המנוגדת, שהכלל נוהג כפי שהוא מפורש ומוחל, צריכה להידחות מבחינה דוגמאטית, בהסתייגויות מסוימות. אם שיטת המשפט מייחסת לתקדים, או לצורת פרשנות אותוריטטיבית אחרת, כוח משפטי, הרי אותו פירוש אשר קודם היה צריך להיחשב כמוטעה יהיה לאמיתו של דבר לכלל, כשהוא מופק על-ידי אורגאנים מסוימים ובצורה מסוימת, כך שישנה מלמפרע את שיטת המשפט. במיקשור זה יש להעיר שבאותן ארצות – כגון

מצליחים יותר מאלה בגילוי כוחו של הטכסט). נמצא שמשמעותה וגבולותיה של קביעתו החוזרת ונשנית "the courts do and must make law" נותרים סתומים.

1 Cfr. Montaigne, *Essais*, iii, cap. xiii (קצת אחרי תחילת הפרק).

2 Cfr. *Studi di dir. compar.*, etc., cit., p. xliii.

3 Cfr., e.g., *Problemi giur.*, cit., p. 124.

4 ר' 103: *Ascarelli, ibidem*: "לעתים קרובות, הפתרון הפרשני הוא תגובה על פתרון חקיקתי לא רצוי [כלומר, לא רצוי לפרשן]".

5 Cfr. Betti, *Teoria generale dell' interpretazione*, Milano, 1955, p. 305.

ישראל – בהן התקדים מחייב, זולת את בית המשפט העליון, מצוייה התופעה המוזרה ששיטת־המשפט העומדת לפני בית־המשפט העליון לובשת צורה אחרת מאשר השיטה העומדת לפני בתי־המשפט הנותרים; ועל האזרחים להתחשב בשתייהן. בהסתייגויות אלה, מוסיפה שיטת המשפט – גם לאחר פירוש מוטעה – להיות אותה שיטה שהיתה קודם לכן. נותרת רק האפשרות לראות ליד השיטה א' בה התחשבנו עד כה – שיטה ב', כלומר את השיטה א' הנ"ל כפי ששונתה, דהיינו סולפה, על־ידי פירוש מדומה מסויים, ולציין את זאת האחרונה כמקבלת כוח חיובי, למעשה. כך יש לאמר גם על שיטה ג' הנובעת מסילוף שיטה ב', וכו' וכו'. מבחינה היסטורית אפשר ואפשר שתבוא "מהפכה משפטית מתמדת", אשר בכוחה יזהו, למעשה, את הכלל עם פירושו המקובלים – אף אם הם מוטעים – הבאים זה אחרי זה; כך שיהא מעבר תכופ משיטה אחת לשנייה, שבין מקורותיה של האחרונה מצוי פירושה המוטעה של הקודמת. ברי לנו שאין זה המקרה היחידי שבו אפשרית מהפכה משפטית כזאת. די לחשוב, למשל, על שימוש־לרעה על־ידי רשות מרשויות המדינה, כאשר בסופו של דבר הוא נסבל ומוכר.

אף שבחיבור קודם חייב עזכראלי את הניגוד בין הבחינה הדוגמאית לבחינה ההיסטורית¹, נראה שהוא דוחה לאחר מכן כל "אמת כפולה" כזאת². אך התעלמות מהניגוד האפשרי בין הדרישה הדוגמאית לבין המציאות ההיסטורית פירושה הוא אחת מן השתיים: כפירה מוחלטת במשפט – שהרי המשפט היה מאבד עצמו לדעת אילו היה אומר "אמן" אחר כל עובדה שהיא, רק משום שהיא אירעה; – או ראיית המציאות ההיסטורית המנוגדת לשיטת־משפט מסויימת – כהפרת שיטה זאת בלבד, כעוול גרידא, שאינה ראויה כשלעצמה לתשומת־לב ולהתעניינות, אף לא מבחינה סוציולוגית היסטורית, וכו'.

ברור הדבר שלא נוכל להסכים, לא לזה ולא לזה. הידיעה כי פירוש מסויים – אף אם אינו הולם את הכללים – מקובל ונהוג בבית־המשפט חשובה היא ללא ספק מבחינה מעשית, ואף מבחינה מדעית, כאחת הבחינות של ההווי המשפטי. תולדות הפירוש הניתן למעשה לחוקים מעניינות את ההיסטוריה בכלל, ואת תולדות המשפט והמחשבה המשפטית בפרט³. בין היתר, רוצה ההיסטוריון לקבוע מתי שררה אווירה של צמידות לכללים, ומתי – לעומת זאת – נטתה הפרשנות להתרחק מהם, בין משום שכללים אלה נושנים כבר, ובין משום שלפרשנים השקפות, דאגות ואינטרסים שונים מאלה של יוצרי הכללים הללו.

מבחינה ביקורתית, יש לדון את פריקת־העול של הפרשנות בהתחשב במקרים ובנסיבות. אפשר ואפשר שיתקיימו תנאים אשר בהם פריקת־עול זו תיראה לנו כרע במיעוטו, ביחס לפתרון מקרה מסויים, ואף כדרך היחידה להתקדמות משפטית. ב"סוחר מונצציה" לשייקספיר, נתונה כמוכן אהדתנו לפורציה (אשר עזכראלי

1 Cfr. "Il problema delle lacune, etc." in *Arch. Giur.*, xciv (1925) et in *Studi dir. compar.*, etc., cit., p. 209; cfr. praecipue p. 217 sqq.

2 ר' שם, ע' 419 ועוד *Saggi dir. commerc.*, Milano, 1955 p. 564

3 ואולם לא נאמר כי, אף מבחינה זו, הכלל בא בחשבון רק כפי שפורש והוחל למעשה, כפי שסבור עזכראלי. לנו נראה כי אף הכלל המופשט, כפי שהוצא מפי המחוקק, מהווה היסטוריה, וראוי גם הוא איפוא למחקר, בתורת היסטוריה, אף אם לא התגשם, כולו או בחלקו, או לא התגשם ככוונת המחוקק.

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

מציגה בפנינו כגיבורת הפרשנות המשפטית), אם עלינו להניח כי, אלמלי הערימה על הכללים, היה מבוצע מעין רצח חוקי.

כך נתונה אהדתנו – להבדיל – לחכמינו ז"ל, על שידעו להמתיק את העקרון שאין המשפט האלוהי ניתן לשינוי, באמצעות הקריטריון שלפיו הפירוש המקובל על הרוב הוא המכריע. כוונתנו נתונה במיוחד למאמר מפורסם בתלמוד, הנזכר פעמים מספר בחיבורי עזכראלי¹, ומהווה, למעשה, דוגמה לפרשנות נועזת שקשה לעלות עליה. נראה כאילו החכמים מתחרים בהעזתם עם אברהם אבינו, אשר העז להתווכח עם הקב"ה עד אשר השם חזר בו מגזירתו.

זהו הסיפור המפורסם על תנור העכנאי², שבו מגלה ר' אליעזר בן הורקנוס את יתר החכמים מאוחדים נגדו. לאחר ששני הצדדים קראו לסימנים שונים מן השמים, כראייה לדעתם, ואלה התחוללו לכאן ולכאן ולכן לא הכריעו את הסוגיה, לא לטובת ר' אליעזר ולא לטובת מתנגדיו. "חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי, מן השמים יוכיחו! יצתה בת־קול ואמרה: מה לכם אצל ר"א, שהלכה כמותו בכ"מ? עמד רבי יהושע על רגליו ואמר: "לא בשמים היא"³. מאי לא בשמים היא? מאי לא בשמים היא, אמר רבי ירמיה, שכבר ניתנה תורה מהר סיני! אין אנו משגיחין בבת־קול, שכבר כתבת בהר סיני בתורה: "אחרי רבים להטות"⁴. אשכחיה רבי נתן לאליהו. א"ל: מאי עביד קוב"ה בהיא שעתא? א"ל: קא חיך ואמר: נצחוני בני, נצחוני בני!" (הפסוק – שלנו).

ללא ספק, אם אמר עזכראלי להיבנות מפסוק זה לסיוע לטענתו בדבר היות הכלל בלתי־מסויים, לא נראה שהכתוב מתאים לכך, כי במקרה המדובר, על שום נסיבות שאין ספק כי אין הן תדירות, נתקבל דווקא אישור אותנטי לכוונתו המדוייקת של המחוקק. לעומת זאת, יכול היה הקטע להוות דוגמה לאונס המופעל על־ידי הפרשן כלפי החוק, כשהוא מוכן לפי כוונת המחוקק. שכן מעמידים זה כנגד זה את כוונת המחוקק ואת הפירוש המקובל על־ידי הרוב, ומעדיפים את האחרון. אך פתרון זה נתמך, מבחינה דוגמאטית, על ידי המושכל שהמחוקק עצמו הסמיך את הפרשנים לכך; וזאת – בהתאם להשקפת היהדות הגורסת שכבר בשעת מתן התורה על הר" סיני חזה הקב"ה ואישר פירושים רבים לכתוב, אשר אליהם יגיעו הפרשנים במשך הדורות. נמצא שבסמוך לכוונתו המסויימת של המחוקק ביחס לכלל הנדון קיימת אצלו כוונה כללית להתפתחות הדרגתית, והסכמה מצידו שהפרשן יסטה מכוונתו הראשונה. אלא שהיינו אומרים כי מורשה הוא בסטייה ממנה רק בגבולות המותרים על־ידי הטכסט. שהרי אין להתעלם מן המושכל שכל הפרשנים מאמינים בטכסט כבנוסח מחייב וקדוש. בהתאם לכך, לא רצונו החופשי של הרוב צריך להכריע⁵, אלא הכרת הרוב בפירושה הנאמן של התורה.

אף אם נעלים עין מצידוק דוגמאטי זה ומן הסייגים הנובעים ממנו לכוח ההלכה הנדונה; אף אם נראה, מבחינה היסטורית, את המגמות הפרשניות הנ"ל כשינוי

1 Cfr. *Problemi giur.*, cit., p. 14, 157–8, 190.

2 בבא מציעא, נ"ט.

3 דברים, ל', 12.

4 שמות, כ"ג, 2.

5 כל שרירות לבו של המפרש נשללת גם על ידי הרמז שבפסוק הנזכר לעיל מספר דברים, ל' 11–14, שאפשר לכוונתו רמז בכיוון "משפט הטבע".

מוסתר לכללים – מה משמעות הדבר ביחס לבעיותינו של היום, במדינה דימוקראטית?

בעמדו על דוגמות אלה ובהציגו אותן בפנינו, בהתייחס לבעיות אקטואליות, עלול עזכראלי לטעות ולהטעות; להמיר את אשר צריך להיחשב כטכסיס שחוייב על-ידי נסיבות העבר כרעיון או כאידיאל שראוי כי יהיו שוררים גם בתנאים שונים לגמרי. תכופות יקרה שמעריצי ההיסטוריה, כגון עזכראלי, נוטים לזהות את העבר עם אידיאל נצחי, ולכן רוצים הם להנציחו – וזוהי מגמה אנטי-היסטורית לחלוטין. אמת היא שקיים גם בזמננו ניגוד מסויים, למעשה, בין כללים (ויהיו אלה חוקים או תקדימים) לבין פרשנים, ויחד עמו לא נעלמה התופעה של פרשנות *contra legem*. בין הגורמים לכך יש למנות את הזדקנותם המהירה של הכללים בזמן תהפוכות גדולות, הן טכניות והן חברתיות; התעניינותם הרופפת של הפרלאמנטים בבעיות משפט נטולות חשיבות פוליטית מיוחדת; והשתייכותם של המשפטנים למעמד שמרני יותר מאשר רוב האוכלוסים.

התופעה שחכמי המשפט יוסיפו למלא תפקיד חקיקתי, בניגוד לחקיקת המחוקק, אפשר לראותה באהדה פחותה או רבה, כפי הנסיבות. אך ברור שהסגת-גבול אינה עשויה להוות אידיאל, אף כאשר היא נסבלת למעשה, עד כדי כך שאנשי המשפט והציבור גם יחד הסכימו לה ולבם נעשה גס בה.

מכל מקום, כנגד קביעותיהם הפסקניות של כמה "ריאליסטים" מדומים, אין זה מדעי לאמץ את ההנחה שלפיה יהיה תמיד פער בין הדינים לבין תחולתם; וכן אין לאמץ את ההנחה ההפוכה. ברי לנו שההזדהות תהא פחותה או רבה, הכל בהתאם לתקופות, למקומות, לענפי-המשפט השונים ולכללים המיוחדים. אין להניח הזדהות מוחלטת וכללית, ממש כשם שכרגיל אין מסתבר ריחוק ביניהם כרחוק מזרח ממערב.

דווקא משום שפריקת-העול לא תיתכן כאידיאל, לא תמיד יילך הפרשן אחר השקפתו האישיות, כשהוא נוכח בניגוד שביניהן לבין הכללים. על פי רוב יראה את עצמו מחוייב דווקא לקבל את מרות החוקים ויתר הכללים, ולהקריב את דעותיו ואת ענייניו הפרטיים; ולא המשפטן בלבד כך, אלא כל אזרח טוב (על דעת מי אינה עולה דמותו הגדולה של סוקראטס, שנכנע לדינים – *vómoi* – אפילו לא היו צודקים כלפיו, ושעל מזבחם הקריב את חייו?). חכמי המשפט החיובי נחשבו תמיד אלה אשר "e vinculis sermocinantur" (מדברים כשהם כבולים), כלשונו של בייקן (Bacon), ובתורת שכאלה ראו גם הם את עצמם, עקרונית.

אך אילו היו משתכנעים – על פי טענת עזכראלי – שהכללים אינם אלא הבל-פה, ושהפרשנים עצמם הם היוצרי-המשפט היחידים, שוב לא היה להם מניע להקרבת דעותיהם האישיות, ואף לא להסתרת החדרתן לדיון המשפטי. התוצאה היתה מרחיקת-לכת; בחינת העמדת "מימשל משפטנים", בדומה לאותו "מימשל שופטים" אשר שימש בארצות הברית, לפני כיוכל שנים, נושא לפולמוס, אך בעל אופי הרבה יותר מוחלט מזה שניתן היה לחזות בו שם.²

מחשבתו של עזכראלי (המתפתחת תוך כדי כמה סתירות, כפי שצינינו) מגיעה על כן בסופו של דבר לתוצאות שאינן נבדלות בהרבה מהאסכולה של Savigny, וכיחוד

1 Cfr. J. Stone, *The Province and Function of Law*, 2nd Printing, Cambridge (Mass.), 1950, p. 742 sqq.

2 השווה 91, p. 36 sq., R. Pound, *Justice According to Law*, New Haven, 1951, (בדבר תוצאותיהן המעשיות של השקפות ה"ריאליסטים" האמריקניים, אילו נתקבלו).

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

מדעות בני-זמננו הנוטים לכעין "חזרה ל-Savigny", כגון ואסאלי (Vassalli):¹ כנגד מאמצים אלה, לסלק את המחוקק מכס-המלכות, ולהעמיד במקומו את "דעת המשפט-טנים", נמתחה הביקורת שעמדה זו שמרנית היא (או, ביתר-דייק, ריאקציונרית) ואנטי-דימוקרטית, ושהיא נוגדת את מגמת זמננו לפיה מרכז-הכובד בשיטת המשפט הוא המשפט הכתוב דווקא.² מוזר הדבר כי אף עזכראלי עצמו נטה להסכים להשגות אלה, בשעתו.³ בכל זאת בא לידי אידיאליזציה של השימוש-לרעה בתפקיד.

בעבר היה זה, תכופות, שימוש-לרעה מחוייב-הנסיבות. אך הוא מוצדק פחות במדינה דימוקרטית מאשר במשטר אוטוקראטי. מכל מקום, אינו חדל מלהיות שימוש-לרעה, אף אם אינו צפוי לשום סאנקציה משפטית, כפי שקורה באשר קיימת הפרדת הרשויות. תורה זו דורשת, כידוע, אי-תלותה של הרשות השופטת, במילוי תפקידה השופטי, ברשות המוציאה-לפועל וגם ברשות המחוקקת. עם כל הכבוד שיש להתייחס בו לרעיון זה, לא נראה לנו שהוא גטול-תקלות. שכן הסכנה שהשופט יסטה מדרך-הדין אינה נובעת מלחץ אפשרי של הרשות המבצעת, או מלחץ חיצוני אחר בלבד. אין כוונתנו כאן לשרירותו של השופט היחיד, שהרי במידת האפשר אצל בני האדם פועלים למניעתה, כפי הצורך, העקרון הקיבוצי בכמה בתי-משפט, וריבוי דרגי-השיפוט. אך משמתגלה ניגוד-מגמות בין מחוקק לבין השפוטה בכללה (או, לעתים קרובות, לבין מעמד המשפטנים בכללו), הרי לסמוך אז אך ורק על נאמנות השופטים לדיני המולדת (אפילו הובטחה בשבועה), בלא סאנקציה אפשרית, אין בכך כלל כדי להניח את הדעת.

בהתייחסו לבעיית ההערמה על החוק העיר יירינג – בחריפותו הרגילה – שעל אף כל חוכמת המחוקק לשמירה על הכלל, יקשה עליו לעמוד בפני התחבולות שהחיים נוקטים בהן לחתור תחתיו, לקברו, להכותו עד חרמה. מוסיף הוא ואומר: להשגת התכלית המבוקשת על-ידי, לא תמיד די לו למחוקק לצוות ולאסור, לא די שחברו תהא מלוטשת על-מנת שהמהלומה תהא ניצחת: שהרי אף הנחתת החרב הנוראה ביותר הופכת להיות מכת-שווא אם מחטיאה היא את מטרתה.⁴ אך חמורה עוד יותר מאשר לגבי התושבים היא השאלה לגבי אלה שעליהם מוטלת החובה לפרש את הכללים ולהפעילם הלכה למעשה, כלומר פקידי המינהל הציבורי, ובייחוד השופטים. קושייתו של יירינג תוכל להיפתר על-ידי פיקחות המחוקק והשופטים גם יחד, אם ישקדו על כך שבעל-העוול לא יינקה, בחמקו מנחיתת זרוע-הדין; וכוחם של דברים אלה יפה, במידה מסויימת, אף לגבי המינהל הציבורי. אך איווהי

1 Cfr. Vassalli, "Estrastatalità del diritto civile" (in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, p. 479 sqq., et in *Scritti giuridici*, iii, 2, Milano, 1960, p. 753).

2 ר' מאמרנו "משפט פרטי ותחוקה בזמננו", ב"מחקרים במשפט ארצנו", מהדורה שניה, *Atti del primo convegno nazionale di studi giuridico-com-* ב" (וקודם – ב" – 22 parativi, Istituto italiano di studi legislativi, Roma, 1953, p. 657).

3 ר' ב" – 23, 46, *Atti*, etc., cit., p. 23, 46.

4 Cfr. Jhering, *Geist d. röm. Rechts*, 4. Aufl., Leipzig, 1888, iii, 1, §57, p. 264.

5 השאלה נדונה חלקית על-ידי המחברים המתחשבים בעמדת המינהל הציבורי כשהוא נקרא לשותף-פעולה להגשמת החוקים, אך עושה זאת למעשה ללא רצון, או אינו עושה זאת כלל. ר' RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, n. 154, p. 372 sqq.; MONTANE DE LA ROCQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, thèse, Toulouse, 1950; CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*.

הדרך להבטיח כי אלה אשר חרבה המשפט נתונה בידם, והם בלתי-תלויים בכל רשות אחרת של המדינה, כגון השופטים, ישתמשו בה לפי הנחיות המחוקק?
 משום אי-הרצון לוותר על העקרון של אי-תלות הרשות השופטת, לא נראה לנו שיש פתרון אמיתי וישיר לבעיה זו, מבחינה מוסדתית. לא נוכל להעלות על דעתנו את האפשרות של העמדת הרשות השופטת – כלומר, החזרתה והעמדתה, כבעבר – כך שתהא נתונה לשליטת הרשות המבצעת. ויש פסול המור ביותר גם ביקורת של הרשות המחוקקת בדבר ההלתם הנכונה של הדינים, שכן היא היתה מרשה הכנסתם של גורמים פוליטיים בפעולת השופטים. ובסופו של דבר, אף לא היתה מבטיחה שהנאמנות לחוקים גרידא, נאמנות לחוקים כפי שאושרו בזמנם, תשמש נר לרגלי המבקר.²

אפשר שחכמי חלם – אילו היו עוד בחיים – היו מעלים עצה מחוכמת: הקמת גוף שיפוטי חדש, שיבקר את פעולת שאר השופטים וישקוד על נאמנותם. אך מי ישמור על השומר?

דומה איפוא שאין אלא להשלים עם קיום מצב המאופיין על-ידי מעין "יחס פידור-ציארי", כלומר מצב בו משהו יכול לעשות, למעשה, יותר מאשר מותר לו; להשלים עם האפשרות של שימוש-לרעה, כפי שהמשפט לעולם נאלץ הוא להשלים עם אפשרות העוול.

בהתאם לעמדתו בדבר היחסים בין הכללים לבין הפרשן, טבעי היה אילו נראה עזראלי כחסיד אסכולת "המשפט החפשי" (ודווקא באורח קיצוני, לעומת רבים מאלה שהשתייכו, בעבר, לאותה אסכולה).

אמנם ראינו שאין הוא מציג את מסקנותיו כתוצאה של בחירה שנעשתה לפי טעמו ומגמותיו – כך שהכינוי "חסיד" יהלום אותו – אלא כתוצאת כורח הגיוני. אבל נתברר לנו, כמו-כן, שבסופו של דבר הוא מודה, ולוא מסתמא, כי הפרשן יכול היה לסור למשמעת הכללים, אף כאשר אינו סר למעשה למשמעת זו. ומצידו מוותר הוא על כל ביקורת עקרונית כלפי מרד כזה, הן ביקורת מנקודת-ראות דוגמאטית והן ביקורת מכל בחינה אחרת.

עם כל זאת אין עזראלי אוהד את אסכולת המשפט החפשי, את שרירות הפרשן, ואת הרגש האקוויטטיבי גרידאי. כנגד אלה מעמיד הוא את עקרון הרציפות. הגבול המוצב לחופש הפרשן, סבור הוא, נקבע על-ידי קריטריון הרציפות. הפרשן מחוייב לכבדו, כך שמסקנותיו תהיינה תואמות, פחות או יותר, את אלה של שיטת המשפט

1 אין זאת אומרת שאין קיימים כללים ומוסדות העשויים לקדם – מטיבעם או בנסיבות מסויי-מות – את נאמנות השופטים לדינים או – להיפך – את התנגדות השפוטה לרצון המחוקק. דינו לחשוב, למשל, על הכללים בדבר מינוי השופטים (כלומר שיטת גיוסם), על כללי הקאריירה השופטית, על ההייררכיה בין שופטים, על תורת התקדים, על מוסדות כגון ה-Ministère Public הצרפתי, וכו'. כאשר המגמות השמרניות – בניגוד לתחוקה פרוגרסיבית – הן ביחוד מגמות של השפוטה הגבוהה, ברי לנו שיפעלו לטובת הכיוון האחרון כל הכללים והמוסדות המעודדים את הקונפורמיסם של השופטים הנמוכים.

2 השווה את הערותיו הבקורתיות הנרחבות של ר. פאונד לגבי ענין מקורב, מילוי התפקיד השופטי ע"י המחוקק (R. POUND, *Justice According to Law*, New Haven, 1951, p. 65 sqq.).

3 Cfr. *Problemi giur.*, cit., p. 853 sq.; *Studi di dir. compar.*, etc., cit., p. xxiii.

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

הקבועה-מראשי. דברים אלה אומר הוא בשם הבטחון המשפטי, בטחון שבראש וראשונה דרוש הוא למשפט מבחינה מוסרית.²

ניתן לציין שיש בשיטתו של עזכראלי non sequitur הגיוני: אם החוק קצרי-יד לצמצם את חופש הפרשן, חסר-אונים יהיה גם רסן הרציפות כלפי הכללים הנוהגים. לאמיתו של דבר, נראה לעתים שעזכראלי אינו מציב דרישה לכיבוד "רציפות" אמיתית, דהיינו הקשורה בעצם הדברים, אלא למראית-העין בלבד. "הרציפות" אומר עזכראלי במקום אחר³ – מטילה על הפרשן להציג את כללו כגלום, מסתמא, בכלל הנתון לפירושו". אם המדובר הוא בייצוג הדברים, הרי מעמידים את העניין על הסוואת החידושים, ואלה האחרונים – אף הקיצוניים ביותר – אינם אסורים. אך אפילו אין מדובר, במחשבתו של עזכראלי, במראית עין בלבד, הרי קשה להשתכנע שעל סמך הנחותיו ניתן להגיע לבטחון – ולוא גם יחסי – ולרציפות אמיתית.

הוודאות המשפטית נשללת לחלוטין על-ידי עזכראלי, אף כאשר אין בכוונת הפרשן לחדש, אלא להחיל את הכלל, פשוטו כמשמעו; משום שהתערבות התמידית וההכרחית של הערכות הפרשן שקולה כנגד ייתור הזיקה. מכל שכן יחסר הבטחון המשפטי, על אחת כמה וכמה, כאשר הפרשן מתכוון דווקא לחדש, ולוא לזדזש תוך "רציפות". הבטחון הנובע מהנחותיו של עזכראלי היה בטחון יחסי עד כדי כך שהוא דומה יותר להיפוכו. הרי זה מעין *lucus a non lucendo* – או בטחון בלשון סגי נהור. מה גם שה"רציפות" היא מושג סתום ביותר. למשל: האם קיימת "רציפות" בפירוש חזוהו של שיינלוק, הניתן על-ידי אותה פורציה עליה מצביע עזכראלי כעל דוגמה וסמל לפרשן נאור? כנראה שאכן היא קיימת, לפי דעתו של עזכראלי, משום שפורציה מקבלת את הקטגוריות של המשפט אשר מניחים שהיה נוהג⁴, ולפיהן היא פועלת. אבל איזה בטחון משפטי מכובד כאן, כאשר עד לזמן הפירוש הנדון צריך היה החוזה להיחשב כשריר וקיים, ולפתע-פתאום מבוטל הוא, למעשה, על-ידי הפרשנות, או – יתירה מזו – הוא נהפך על ידה למלכודת מסוכנת לבעל-החוב? ועזכראלי קובע במפורש, ובדרך כלל, כי הרציפות שלו מהווה התפתחות של המשפט, התפתחות המחוללת לעתים קרובות הפיכת ההנחות שנתקבלו לראשונה.⁵

אשר לבחינה דוגמאית, מהווה ה"רציפות" הגבלה בלתי-מספקת, על-פירווב; אף שלעתים תהא – במובן מסוים – להיפך: הגבלה מוגזמת. שיטת המשפט – כמותה ככל שיטה או מחשבה אחרת – מניחה ודורשת נאמנות ממי שנקרא, או המתיצב, לפרשה; נאמנות, ולא "רציפות" בלבד. שהרי מושג הרציפות נושא בחובו רעיון של הפרדה, ולוא גם הפרדה הדרגתית. אבל אפשר גם כן שהשיטה עצמה תרשה פרשנות אבולוטיבית, תוך כדי התרחקות החלטית מהקריטריונים שהיו נוהגים קודם לכן; ואז יהא לפנינו חידוש מבחינה תומרית, אך לא בבחינת אי-חוקיות, מבחינת שיטת המשפט.

מן הבחינה הדוגמאית נעבור לעיון כבעייה מבחינת ההתפתחות המשפטית בכללה. כאן יש להודות שהרציפות לתועלת היא, *caeteris paribus* (כאשר שאר התנאים שווים הם). אך אין היא מועילה עד כדי כך שנידרש להקריב לה כל עניין אחר.

1 Cfr. *loc. ult. cit.*

2 *ibid.*

3 Cfr. *Studi di dir. compar.*, etc., cit., p. xxix.

4 Cfr. *Studi di dir. compar.*, etc., cit., p. xxiv.

5 Cfr. *Saggi di dir. comm.*, Milano, 1955, p. 491.

כשהמחדש הוא המחוקק, הרי לעתים קרובות מוטב להחליף את הכלל הישן, באורח ראדיקאלי, בהסדר שונה לגמרי – אם הוחלט לשנות מן הדין הקודם. והנה, לא בכדי מעמיד עזכראלי את דרישת הרציפות, לא ביחס לכל ריפורמה משפטית, אלא ביחס לאותה ההתחדשות הנערכת בידי הפרשן.

הרציפות היא, למעשה, רק כעין הכרח פראגמטי, כאשר המחחד נטול סמכות חוקית לכך. משום שאין הוא חופשי – כפי שטוען עזכראלי – אלא כפוף לדינים, נאלץ הוא להסוות את הסגת-הגבול שלו בהנהיגו את חידושו בגניבה. ומשום שאינו יכול להכריז על חידושו בתורת שכזה, אינו יכול גם כן – על פי הרוב – להודיע על-כך מראש לציבור, ולכן כל ריפורמה יסודית תיראה כבלתי-צודקת בהחלט (בוסף על היותה בלתי-חוקית).

קל להבין שעזכראלי עומד על קריטריון הרציפות, שהרי לאמיתו של דבר הוא מטיל את תפקיד הפיתוח המשפטי על אותם שאינם מוסמכים לכך, מבחינה חוקתית, כלומר על ה-*communis opinio* של המשפטנים.

נראה שגם כאן קיימת איזו סתירה פנימית במחשבתו. אילו היתה אדנות הכללים אשליה גרידא, כפי שטוען עזכראלי, לא היה צידוק לדרישתו המוחלטת לרציפות בחידושי הפרשנים. הדרישה להמשכיות מובנת (וכבר אמרנו זאת), כאשר מודים הן בריפורמה באמצעות החקיקה והן בחידוש באמצעות השפיטה: אזי מוצדקת ההפלייה בין השתיים, כלומר הטלת הרציפות על חידושי השפיטה. על שום שכאן החידוש הוא ריטוראקטיבי (במובדל מהחקיקה). אבל, במסגרת ההשקפה לפיה אין הכלל בא למעשה אלא בזמן "פירושו" המוחשי – כפי שטוען עזכראלי – כל כלל תמיד ריטוראקטיבי הוא, ולכן לא היה מקום להפלייה כלשהי, כי היתה נעלמת כל אלטרנאטיבה, והשפיטה לא היתה צריכה עוד לדאוג ולהסתיר את יצירותיה *contra legem*.

מכיוון שעזכראלי כופר בכפיפות הפרשן לכללים, בתווה ובוהו הנגרם על-ידי כך, אין דרך אחת אלא להמליץ לפרשן על ה"רציפות" ולסמוך על "החכמתו". ה"רציפות" היתה מאיטה את קצב הילוכו, ה"חכמה" היתה משמשת נר לרגליו ומדריכתו לקראת נקיטה בהחלטה נאורה. ניתן לאמר כי במחשבתו של עזכראלי שתי מלים אלה הן מילות-קסם, העשויות לבטל את הסכנה מאותה שרירות ומאותו "רגש אקוויטטיבי" אשר מפניהם אף הוא חושש.

הדן ללא משענה השריר של מערכת-דינים, דוגמת "מלך הפוסק תחת עץ אלון", אין ספק שהוא זקוק לחכמה מרובה.

אך אליבא דאלה החולקים על עזכראלי, ורואים הטלת משמעת נורמטיבית כדבר אפשרי – בגבולות מסויימים – מבחינה גיונית, ואף רצוי, בתנאים הרגילים, הרי המידה הראוייה לפרשן – עוד לפני החכמה – תהא הנאמנות. זאת היא הדרישה המוקדמת לגבי כל הנוטל על עצמו את התפקיד לפרש את דעת הזולת, ומשום כך עליו לגשת למלאכתו ברוח "זולתיות" או "כפיפות". נאמר אולי כי למתייצב כפרשן פונים *in limine* (על הסף) הדינים, ה-*vóμοι* של סוקראטס, בשאלה: "הלנו אתה אם לצרינו?".

לא ייתכן כמובן שהנאמנות תהיה המידה היחידה הנאה לפרשן. הבנת הכלל במלואו, כך שאפשר יהא להפיק ממנו את האימפליקאציות הנכונות, והבנתה המשפטית של הפרשה המיוחדת הנידונה, אפשר שהן דורשות תרבות רחבה ותבונה חריפה. אף תכופות לא די בזה; שכן, כפי שהודינו, הכללים לעולם יהיו בלתי-מספיקים, כמקור

קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן

יחיד להכרעה לה נקרא הפרשן. משום כך, צריך שיהא ניהן גם בחכמה – עליה עומד עזכראלי תכופות – חכמה אשר לדידנו אינה שונה מן הצדק, כאשר הכוונה לצדק אמיתי, מודע העובדות והתוצאות; דהיינו, המתחשב בכל היסודות העובדתיים, בכל האינטרסים הנוגעים לשאלה הנדונה, בכל התוצאות העשויות לנבוע מההחלטה לגבי הצדדים ולגבי הציבורי. הלא ציין כבר אולפיאנוס² את ה-*iuris prudentia* בתור *iusti divinarum atque humarum rerum notitia*, בו בזמן שציין אותה בתור *atque iniusti scientia*.

ואולם מבחינה דוגמאטית, לפחות, יש להבין חכמה זו בהתאם לשיטת המשפט החיובית, ולעולם לא כסותרת אותה. יש להבינה כבאה רק להשלמת הכללים באשר הם חסרים, או אינם מספיקים. לא ייתכן איפוא להעמידה כנגד נאמנות הפרשן; שכן הנאמנות מהווה דווקא, לכל הפחות, את ראשיתה: "יראת הדינים" – נאמר, אם מותר לנו לשנות כ"ח את הפסוק הידוע³ – "תחילת חכמה".

הרצאה ביום כ"ח באדר ב' תשכ"ב (3.4.1962)

1 את דמות הצדק מציגים לעתים קרובות כשהיא חבושת-עיניים. ברי לנו שהכוונה היא לשלילת כל משוא-פנים אישי, ולא לכפירה בהתחשבות בכל היסודות עליהם רמזנו לעיל. אין לכחד, עם זאת, כי במחשבה היוונית ובמסורת האסכולסטית שוררת השקפה של צדק שהיא כמעט מתימאטית, והמתגלית כבלתי-מתאימה בכך שהצדק דורש הערכות, ולעתים קרובות דווקא הערכות של בחינות שונות, כך שהן עלולות לנגוד זו את זו, ולכן צריך להגיע לידי מעין איוון ביניהן. נניח, למשל, שלפנינו השאלה כיצד לחלק עובון בין הירשים. הפתרון המתאים להשקפה הנ"ל היא שכל אחד מהבנים יקבל מטלטלין ומקרקעין בפרור פורציה שווה, ולכן, – בין היתר – שנחלק בין בני המנוח את השדה היחיד הקיים – ויהיה זה קטן ביותר, כך שחלוקתו אנטי-כלכלית היא. אך השיקולים שאפשר להעמיד כנגד פתרון זה – ביחס לנוק הכלכלי, ביחס לכשרונו של אחד הירשים לעבד את הקרקע, וחוסר כשרונם או רצונם של האחרים לעסוק בחקלאות, וכו' וכו' – אף הם שיקולים שראוי להתחשב בהם לצורכי פתרון צודק. במקרה הנדון, איפוא, לא נוכל לראות את השוויון המושלם כצדק מושלם, פשוטו כמשמעו. כן כשתעריף דואר משווה, לגבי דמי-הדואר, משלוח קרוב ורחוק, אין לומר שהוא תמיד בלתי-צודק, בהתעלם משיקולים מעשיים הממייבים שוויון בשכר שירות קטן וגדול. – גם הפתרונות אשר חכמי המשפט הרומאים נהגו לאמר שהם מתקבלים *utilitatis causa*, מתאימים, על פי רוב, לצדק אמיתי כנ"ל.

2 *Dig.*, I, 1, 10, §2.

3 משלי, ט', 10.

