

הכוונה היא הכול: ניתוח ביקורתי לספרו של אהרן ברק "הפרשנות התכליתית במשפט"

מאת

סטנלי פיש*

Stanley Fish, *Intention is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law*, 29 CARDOZO LAW REVIEW 1109-1146 (2008)

הקדמה

במאמר שלפניכם אתאר את טענותיו של אהרן ברק בספרו פרשנות תכליתית במשפט ואנתח אותן.¹ העניין שלי בספרו טפל לעניין רחב יותר שאני מוצא בגישה שנהוג לכנות, בין השאר, אוריג'ינליזם, כוונה מקורית, התפנתיות, או התפנתיות סובייקטיבית. קיימת דעה רווחת מזה זמן מה, כי אין להתייחס ברצינות לגישה זו, יהיה שמה אשר יהיה. היא זכתה לכינוי "סוס מת"; רעיון שהופרך זה מכבר; אבסורד ברור; ואף ניסיון מוטעה לכבול אותנו אל "ידו המתה של העבר".²

* כל הזכויות שמורות. התרגום והפרסום באישור. תרגום מאנגלית: תמי ושמעון נטף. סטנלי פיש הוא תיאורטיקן ספרות, חוקר משפט, סופר ואינטלקטואל אמריקאי. הוא פרופסור אורח בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת קרדוזו בניו יורק. הוא שימש בעבר כפרופסור למדעי הרוח של אוניברסיטת דייווידסון קאהן ופרופסור למשפטים באוניברסיטת פלורידה הבינלאומית. דיקן אמריטוס של המכללה לאמנויות ומדעים ליברליים באוניברסיטת אילינוי בשיקגו.

AHARON BARAK, PURPOSIVE INTERPRETATION IN LAW (Sari Bashi¹ trans., Princeton University Press, 2005)

Randy E. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted"*² H. J. Powell, *The Originalism*, 75 U. CIN. L. REV. 7, 8 (2006)

מה יש בגישה הזו המעורר התנגדות רבה כל כך? הנה ההגדרה שרוברט בורק נתן לאוריג'ינליזם, במסגרת מאמר דעה שבו הצר על כך שכל מי שאינו חבר ארגון האגודה הפדרליסטית (Federalist Society) סולד מהזדהות כאוריג'ינליסט: "אוריג'ינליזם הוא בפשטות הרעיון שעל השופט לחלץ מתוך החומרים הרלבנטיים – ויכוחים בוועדת החוקה [...] תיאורים בעיתונות, הדיונים בוועדות שאשררו את החוקה במדינות, וכדומה – את העקרונות שמאשררי החוקה חשבו שהם יוצרים. יתר המשימה השיפוטית היא יישום של אותם עקרונות לנסיבות שלא היו צפויות מראש [...]"³.

אם אדחק לפינה, ייתכן שאתוכח על אחת או שתיים מהגדרותיו של בורק, אולם נדמה לי כי התיאור שהוא נותן לאוריג'ינליזם מדויק. כמו כן, אני מסכים עם ההנגדה שבורק עורך בין אוריג'ינליזם ובין פרויקט "ההגעה לתוצאות הפוליטיות הרצויות", ועם מסקנתו שלפיה נאמנות ל"משמעות המקורית" היא התרופה להפיכתה של "החוקה לכלי השעשוע בידיהם של שופטים דעתנים"⁴. אולם הביטוי "משמעות מקורית" הוא עמום. הוא עשוי להתייחס למשמעות שהייתה בראשם של הכותב או הכותבים המקוריים; למשמעות שאליה התכוונו; או לאופן שבו המילים היו מובנות ליודעי קרוא וכתוב במועד אמירתם או פרסומם. הבדל זה מסמן את ההבחנה בין שני סוגי האוריג'ינליזם, אוריג'ינליזם טקסטואלי ואוריג'ינליזם התכנוני. התומך הבולט ביותר באוריג'ינליזם הטקסטואלי הוא השופט סקאליה, שדחה בתוקף כל פניה לכוונה בפרשנות משפטית: הוא התעקש על כך שהמטרה שאותה מחפשים היא הדבר שנאמר בפועל, ולא הדבר שאותו הייתה כוונה לומר. "התכוונו האנשים לאשר התכוונו, רק החוק שחוקקו בפועל הוא שמחייב אותנו"⁵. המילים, כך לשיטת סקאליה ואחרים, נמצאות שם לפנינו על הדף. או שהכוונה גלומה בהם, או שהיא מוסתרת מאיתנו באיזה שהוא חור שחור פסיכולוגי. משכך, או שהכוונה מיותרת או שהיא מסוכנת, מאחר שהיא מרחיקה את הפרשן מן הטקסט הממשי לכיוונה של השערה חסרת גבולות. "תחת מעטה של [...] התחקות אחר כוונות משפטיות שלא נכתבו [...] שופטים יתחקו בפועל אחר מטרותיהם ורצונותיהם שלהם עצמם"⁶.

Original Understanding of Original Intent, 98 HARV. L. REV. 885
Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original*; (1985)
Powell. *Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204 (1980)
היו אוריג'ינליסטים. אך השאלה אינה באיזו השקפת פרשנות החזיקו במקרה המייסדים אלא איזו השקפת פרשנות היא נכונה. אם ההשקפה הנכונה היא אוריג'ינליזם, באחת הגרסאות שלו, העובדה שהמייסדים חשבו אחרת היא בעלת עניין ביוגרפי, לא פרשני. אם פרשנות עובדת בצורה מסוימת, אך אתה סבור שהיא עובדת בצורה אחרת, פרשנות המילים שלך תפעל על פי ההגדרה הנכונה של הפרשנות, לא לפי ההגדרה שלך.

Robert Bork, *Slouching Toward Miers*, WALL ST. J., Oct. 19, 2005

³ שם.

⁴ שם.

Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 16, 17 (Amy Gutmann ed., 1997).

⁶ שם בעמ' 18-17.

בבסיסו של הטקסטואליזם האוריג'ינליסטי מן הסוג שסקאליה קידם, קיימת זהות בין משמעות למוסכמה.⁷ לגישתו אם ברצוננו לעמוד על משמעותו של ביטוי, עלינו לעיין במילון, ובמקרה של טקסט ישן יותר לחקור את האופן שבו המילים הובנו על ידי אדם סביר ומשכיל במועד כתיבתן. הטקסטואליזם האוריג'ינליסטי מוסיף וקובע כי מאחר שקיימת קורלציה מוסכמת בין מילים וסמלים (כלים למסירת משמעות אינם בהכרח מילוליים) ובין משמעויות, הרי שהמשמעויות שהמילים נושאות יובנו בדרך כלל גם מבלי להתייחס למישהו שהתכוון או לכוונה בכלל. סקאליה מציין נקודה זו בסקירה שכתב על ספרו של סטיבן סמית, 'LAW'S QUANDARY'. סקאליה דחה את טענת סמית' שלפיה רק "בני-אדם, לא אובייקטים, מתאפיינים ביכולת להתכוון לדבר מה", והכריז כי "אם בבניין מסוים הוחלט שהצלצול בפעמון הוא אות אזעקה, משמעות זו תובן על ידי אחרים אף אם את הפעמון יפעיל קוף".⁸

זהו טיעון מוחץ של האוריג'ינליזם אנטי-התפונותי. אולם אוריג'ינליסט התפונותי – והגיע הזמן לצאת מאחורי הפרגוד; אני נמנה על חבורה קטנה ועקשנית זו⁹ – ישיב לכך כי הפעמון לא מעביר כל מסר אם מי ששומע את הצלצול מודע לכך שהיה זה קוף שהפעיל אותו, כמו במקרה שלא מועבר מסר כזה אם הפעמון הופעל על ידי תמונה שנפלה מן הקיר. מצב זה ישתנה אם האדם ששומע את הפעמון ומודע לכך שהיה זה קוף שהפעיל אותו, גם יודע שמישהו אימץ את הקוף ללחוץ על כפתור ההפעלה במקרה של הימצאות עשן; במצב כזה הקוף, כמו גם הפעמון, ייתפסו כנושאי המסר שהמאמן התכוון לו. אולם אם הקוף לחץ על הכפתור רק בגין העובדה שצבעו מצא חן בעיניו, הקול שהופק מכך לא נושא כל מסר; הוא התוצאה של תאונה, לא כוונה. אומנם, מי שנמצא בבניין ולא יודע שקוף הוא זה שהפעיל את האזעקה עשוי להאמין שמשמעות הפעמון היא "שימו לב לסכנה", אולם טעות תהיה בידו, וכשטעות זו תתברר לו, הוא לא יוסיף עוד להאמין שקיבל מסר. סמית' צודק; רק בני אדם (או סוגים אחרים של סוכנים התפונותיים כמו רוח האל) מסוגלים ליצור משמעות.

מה שנכון עבור לחיצת כפתור פעמון נכון גם עבור הפקת מילה או משפט. לארי אלכסנדר [Larry Alexander] וסלקרישנה פרקש [Salkrishna Prakash] מעלים תרחיש היפותטי שבו "בני אדם מוצאים סימנים על הקרקע בצורות של 'ק', 'ו', ר'ף', ומתחילים להתדיין על משמעות הסימנים".¹⁰ אולם, הם מגלים כי "הסימנים נוצרו על ידי מים המטפטפים מן הבניין הסמוך".¹¹ הדיון שלהם, כך אומרים אלכסנדר ופרקש "צריך כעת להיפסק",¹² מאחר שכתוצר מקרי אין לסימנים הללו

⁷ ראו למשל Joseph Raz, *Intention in Interpretation*, in THE AUTONOMY OF LAW: ESSAYS ON LEGAL POSITIVISM 269 (R. George, Ed., 1996). ("במחזור של מוסכמה וכוונה, המוסכמה קודמת [...] במובן זה שהתוכן של כל כוונה הוא זה אשר היה לה כשהיא מתפרשת על ידי התייחסות למוסכמות של פרשנות פעולות ביטוי כאלה באותו זמן"). אוריג'ינליסט התכוונתי יאמר, בעקבות H. P. Grice, שההיפך הוא הנכון.

⁸ Antonin Scalia, *Law & Language*, FIRST THINGS: J. RELIGION, CULTURE & PUB. LIFE, Nov. 2005, at 37 (2005).

⁹ Steven Knapp, Walter Michaels, Steven Smith, Paul Campos, Salkrishna Prakash ו Larry Alexander,

¹⁰ Larry Alexander & Salkrishna Prakash, "Is that English You're Speaking?" *Why Intention Free Interpretation is an Impossibility*, 41 SAN DIEGO L. REV. 967, 977 (2004).

¹¹ שם.

¹² שם.

כל משמעות. הם מרחיבים את המסקנה הזו גם לחוקה. "ללא כותב [...] שמתכוון להעביר מסר דרך הסימנים הללו, החוקה שלנו, הנאדרת לכאורה, היא בסך הכול מסה של צורות דיו הדומות לטקסט".¹³ מי שקורא את החוקה, בניגוד למי שמציין את עובדת קיומם של הסימנים, "עושה זאת במישרין או בעקיפין מתוך מחשבה על כותב, ואין לו ברירה אלא לעשות כן".¹⁴

הקביעה המודגשת מצביעה על הנקודה שהמתנגדים להתכוונות בדרך כלל מפספסים. ההתמקדות בכוונה היא לא גישה פרשנית – שיטה אפשרית אחת המתחרה עם שיטות אחרות – היא הפרשנות. ללא ההנחה שהצורות שבהן אנו נתקלים – אותם סימני ק, ו, רף שחור על גבי לבן – נוצרו בכוונה תחילה, אין מה לעשות איתן בכל הקשור למשמעות.¹⁵ אם ננהג בהן משל הייתה להן משמעות,

¹³ שם, בעמ' 976.

¹⁴ שם. (דגש שלי).

¹⁵ הרעיון של טקסטואליזם אורגינליסטי לא מתחיל בכלל, בגלל העובדה שמשמעות, במובן של משהו שהופק בכוונה תחילה, לא יכולה להתרחש בהיעדר כוונה, ולא ניתן להבין אותה באופן שנפרד מפירוט של אותה כוונה. אי אפשר להתחיל עם טקסט שאינו נמצא – שלא נעשה עדיין טקסט והוא בבחינת סימנים וצורות בלבד עד שהוא מובן כאמצעי של כוונה כותב כלשהו. בשנים האחרונות, מספר משפטנים הכריזו על עצמם כאורגינליסטים, אך טענותיהם מזהים אותם כטקסטואליסטים אורגינליים ועל כן כאורגינליסטים השקועים בבלבול. כך, למשל, Jack Balkin דוחק בנו "שנשאל [...] מה מנסחי הטקסט ניסו להשיג בבחירת המילים בהן בחרו". *Jack Balkin, Abortion and Original Meaning* 15 (Yale Law School Research Paper No. 128, 2006).

נשמע מבטיח, אך תוך מספר עמודים, בלקין אומר שלפחות בחלק מהזמן, נוכל ללמוד את התשובה מהטקסט עצמו, ללא כל פנייה לכוונה או ל"עקרונות יסודיים": "כשהטקסט קונקרטי וספציפי, דומה באופן יחסי לכלל, העיקרון שביסודו אינו יכול לגבור על הצו הטקסטואלי". שם, בעמ' 17. אך אין צו טקסטואלי, כי אין טקסט עד שהנחה או ייחוס של כוונה הופכים אותו ממסה של צורות לדבר מה בעל משמעות. וכשהוא נעשה טקסט דרך הכוח המחיה של הכוונה, אפשר לערער על פרטי הכוונה.

פרשן יכול לומר, אני חושב שאתה טועה בכוונתם. בלקין מבסס את הטקסטואליזם שלו על הכוח שלכאורה מפרש את עצמו של סעיפים המחייבים (מצויים) שהנשיא יהיה בן 35 שנים. שם בעמ' 18. אך 35, כמו כל מילה או סימן אחרים, הוא מוסכמה; כלומר, הוא תחליף למשהו, לא באופן טבעי אלא כעניין של קורלציה בין סימן למשמעות שנבחר על ידי סוכן בעל כוונה. על כן תמיד אפשר לשאול, אף על פי שהשאלה נדמית בתחילה משונה, למה הכוונה 35; כלומר, כשהמייסדים קבעו 35, מה עבר בראשם? אם ניתן לקבוע שמה שחשבו עליו הוא רמה מסוימת של בגרות ביחס לאורך החיים הממוצע ולגורמים היסטוריים ספציפיים אחרים, יהיה ניתן לטעון, ולטעון ללא גיחוך, שכאשר הם כתבו 35 הם התכוונו ל-50, על בסיס זה שמה שהם חיפשו הייתה רמת בגרות, לא מספר שנים (למרות שהמספר היה התחליף לזה). אני לא טוען כך, או אפילו אומר שטענה זו תצליח, אך העובדה שאפשר לטעון אותה, ותוכל, בנסיבות כלשהן, להצליח, מספיקה כדי לחזק את הטענה שלי שאין רכיב שפה כלשהו, גם מה שנראה ה"קונקרטי" ביותר, המכריז על עצמו; אלא, הוא מכריז בתוך מסגרת וכתוצר של כוונה, וכשהשתכנענו בתיאור חדש של כוונה, "היא" תכריז באופן שונה ותעשה זאת באותה קונקרטיות ומיידיות ברורה.

המטרה העיקרית של בלקין במאמר שלו היא לאשר "נאמנות למשמעות המקורית של החוקה" בניגוד ל"נאמנות ליישום המצופה המקורי". שם, בעמ' 3. אך בגלל ש"משמעות מקורית" היא אצלו "משמעות טקסטואלית מקורית" (אותה הוא מנגיד בהדגשה לכוונה מקורית) "גישתו" – המילה לא נכונה; אין גישות לפרשנות, וכוונה מקורית אינה אחת מהן; היא רק הפירוט הנכון שהיא תמיד בהכרח – נשענת על גוף שאינו קיים, ועל כן המסקנות הפרשניות (לגבי הפלות וסוגיות אחרות) שהוא מגיע אליהן לא מתבקשות בצורה לוגית או נורמטיבית (אין פירוש הדבר שהמסקנות עצמן מוטעות; רק שנכונותן או חוסר נכונותן לא יכולות להתקשר אל ה"גישה" הפרשנית של בלקין).

הדבר נובע מכך שאנו מניחים את קיומה של כוונה, באופן מודע או שלא מודע. כלומר, אין לנו ברירה אלא לעשות כן.¹⁶ בדיוק כפי שהתכוונות היא לא שיטה המתחרה עם שיטות אחרות, היא גם לא תיאוריה המתחרה עם תיאוריות אחרות. היא התשובה לשאלה התיאורטית – מהי משמעותו של טקסט? (כל טקסט, לא טקסט ספציפי) – אולם התשובה היא לא תאוריה מצד עצמה; היא רק התשובה הנכונה לשאלה, ועל כן גם ההגדרה הנכונה של מהי בהכרח פרשנות: הניסיון לפרט למה התכוון סוכן תכליתי כלשהו באמצעות המילים, הסימנים, הקולות, הציוורים תנועות היד וכו' שבהם עשה

אותה ביקורת ניתן להפנות לאחרים המכנים עצמם אוריגינליסטים, שהם למעשה טקסטואליסטים, תומכים של גישה, או שיטה או תיאוריה (כולן מילים גרועות) של פרשנות, המתחילה מהנחת מרכזיות של משהו שלא קיים. ראו למשל, Barnett, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9 ("העובדה שיש לשפה משמעות ציבורית נגישה היא מה שמאפשר תקשורת בין אישית. אם למילים אין משמעות אובייקטיבית מעבר לכוונה הסובייקטיבית של הדוברים והכותבים, לא היינו יכולים להבין האחד את השני לעולם"). פירושו של זה הוא לבלבל בין משמעות, שאינה יכולה להתרחש או להתגלות ללא כוונה, ובין תקשורת, שהיא סוגיה אמפירית ותלויה. כפי שאטען בהמשך, משמעויות ציבוריות הם משאב של סוכני כוונה, לא מגבלה על מה שהם יכולים או לא יכולים לעשות. ראו: Keith E. Whittington, Address at the AALS & American Political Science Association Conference on Constitutional Law: The New Originalism 117 (June 8, 2002). ("מה שבמוקד הפרשנות על החוקה הוא המשמעות הטקסטואלית של המסמך, לא הכוונות הפרטיות והסובייקטיביות [...] של הכותבים"). שוב, למסמך אין משמעות שנפרדת מכוונות אלה ("סובייקטיביות" כפי שאפרט בהמשך, היא הסחת דעת). Whittington אומר ש"התגלית של מכתב חבוי של גיימס מדיסון המגלה את "המשמעות האמיתית והסודית של סעיף חוקתי לא יהיה מכריע לאוריגינליזם, העוסק בעיקר במשמעות הטקסט בעיני מי שאימצו אותו". שם, בעמ' 117. כן ולא. היינו צריכים לשאול באשר לכוונה של המכתב. האם זו בדיחה? האם מדיסון חמד לצון? אם יוחלט שהוא כתב ברצינות ודיווח על ההבנה שלו ושל עמיתיו את כוונותיהם, אזי בעוד שהמכתב אולי לא יהיה מכריע, הוא וודאי יהיה כבד משקל וייתכן שיגבר על "מה משמעות הטקסט בעיני מי שאימצו אותו". שם. אין פירוש הדבר שנרוץ מיד לשנות את כל החוקים וההכרעות שהתגלו כעת כתלויות בהבנה מוטעית של משמעות סעיף חוקתי. תמיד אפשר להחליט, מסיבות של זהירות והסדר הטוב להניח למשמעות האמיתית (שזה עתה התגלתה) של טקסט, לטובת משמעות המשרתת טוב יותר את הציבור. רק אל תטענו שהחלטה כזו היא סוג של פרשנות; היא נטישת הפרשנות. באופן כללי, בלקין, ברנט, וויטינגטון מציעים את עצמם כאוריגינליסטים טקסטואליים טובים יותר מסקאליה. זו תחרות שאף אחד אינו צריך לרצות לנצח.

¹⁶ יוצא מכך שההבחנה בין משמעות הדובר ו"משמעות המסר", אותה מעלים לעתים קרובות מבקריה של ההתכוונות, לא מחזיקה מים. מתנגדי ההתכוונות טוענים שעצם קיומה של "משמעות המשפט" – משמעות שניתן להבין בלי קשר לפירוט כוונה – מוכיחה שהמשמעות מתקיימת יפה לבדה. טענת הנגד של ההתכוונותיים היא ש"משמעות המשפט", במובן שנטען, אינה בעצם, קיימת. זה נכון, כמובן, שניתן לחוות משפטים מיד, בלא כל חשיבה על כוונות, אך פירוש הדבר הוא רק שהייתה הנחה של כוונה (שבמסגרתה נפתחת המשמעות). כשמבקשים ממישהו להבהיר את כוונתו – האם נתת הזמנה או רק ציינת עובדה? – זה מפני שלא היינו בטוחים לגבי הכוונה, לה שימשו המילים אמצעי, שהמילים עצמן לא מספרות לנו. וכשמועדים משפט במובן אחד, אך לאחר מכן עומדים על טעותנו – רק פירטתי אלטרנטיבות, לא הבטחתי דבר – העמימות הייתה לא במילים אלא בכוונה שמאחוריהם. להרחבה של נקודה זו, ראו Stanley Fish, *There Is No Textualist Position*, 42 SAN DIEGO L. REV. 629, 629-635 (2005) כמו גם Steven Knapp & Walter Bern Michaels, *Not a Matter of Interpretation*, 42 SAN DIEGO L. REV. 651, 664-668 (2005). להשקפה מנוגדת ראו David Hoy, *Intentions and the Law: Defending Hermeneutics*, in LEGAL HERMENEUTICS 174-179 (Gregory Leyh ed., 1992).

שימוש. זו לא תשובה שניתן ליישם; היא לא דורשת גישה. התכוונותיות לא מכריעה בשאלות של פרשנות, היא רק מספרת לנו מהן אותן שאלות – שאלות באשר לכוונה – ועל כן מספרת לנו מהו הדבר שאותו אנו תמיד עושים כאשר אנו מפרשים.¹⁷ אולם התכוונותיות לא מספרת לנו כיצד לעשות זאת. אחת ההשלכות המצערות של תפיסת ההתכוונותיות כשיטה ותיאוריה, היא שמעמיסים עליה ציפיות שהיא לא יכולה לעמוד בהן ושאינן לדרוש ממנה; הציפיה, למשל, שהתזה ההתכוונותית – משמעות הטקסט היא מה שהתכוונו אליו הכותב או הכותבים – תוביל למציאת משמעות הטקסט, או תצליח לפסוק אלו ראיות קבילות ואלו לא, או תספק סדרת הוראות להגשמת ציווייה. אין לה ציוויים; היא לא מובילה לשום מקום; היא רק מפרטת היכן אנו עומדים בעת שאנו מנסים לגלות לאן להתקדם. אנו כבר פועלים מתוך ההנחה שמהו מתוכנן (בעל כוונה) מאחר שאילולי כן – אם נראה בדבר שלפנינו אובייקט ולא מסר – לא תהיה סיבה לייחס לו משמעות, או במובן זה לא תהיה כל סיבה לדחות משמעות שמישהו יחפוץ לייחס לו. הדבר היה משמש כמבחן רורשך.

נקודה אחרונה זו חיונית בהחלט, שכן היא נוגעת לדאגה המושמעת על ידי כל מי ששוחה במים אלו, הדאגה שלפיה חייבת להיות מגבלה כלשהי, דבר מה המאפשר לנו לומר שיש פרשנויות שגויות ויש נכונות. הפרשנות לא יכולה להיות מעשה רציונלי בהעדר מגבלה כזו. אם הפרשנות היא רציונלית ולא שרירותית, מוכרח להיות דבר שאותו מפרשים, דבר שקודם למאמצי הפרשן, דבר שהפרשן מנסה לעשות נכון, דבר שביחס אליו ניתן לדחות פרשנות.

מה יכול להיות הדבר הזה? ישנן רק שתי אפשרויות: הטקסט, או כוונת הכותב. אלא שהטקסט אינו באמת אפשרות כי הטקסט לא נעשה טקסט – כלי של מסר – בלי שיש הנחה בדבר תכנון תכליתי, של כוונה; אם נסיר את ההנחה הזו, הטקסט מתמוסס לכדי מסה של צורות חסרות משמעות (זכרו את ק, ו, ה) ומאחר שהן חסרות משמעות, לא ניתן לייחס להן משמעות.

יש מי שמוצאים מועמד שלישי למגבלה הנדרשת האמורה, בדמות הצרכים ונקודת המבט של דור הפרשנים הנוכחי. הם טוענים שבגלל שחוקה "נקראת בהכרח באופנים משתנים ככל שהזמן עובר והנסיבות משתנות",¹⁸ הרי שיש להתייחס לטקסט "לא כדבר שמכיל הצהרה בדבר רצונם וכוונותיהם של אנשים שהלכו לעולמם זה מכבר [...] אלא הצהרה בדבר רצונם וכוונותיהם של היורשים הנוכחיים המחזיקים בסמכות הריבונית".¹⁹

אך אם זו ה"שיטה" שלנו, מדוע שנזדקק לטקסט של החוקה (או לכל טקסט) מלכתחילה? למה שלא נלך בדרך הקצרה יותר ונחוקק את החוקים המשקפים את רצוננו ונסתפק בכך? תומכי "החוקה החיה" או "החוקה הדינמית" או "החוקה

¹⁷ ראו לגבי נקודה זו, Steven Knapp & Walter Benn Michaels, *Intention, Identity, and the Constitution*, in LEGAL HERMENEUTICS 196 ("התכוונותיות, כפי שאנו מבינים אותה, היא חסרת תועלת מבחינה מתודולוגית. למעשה, השלכה אחת של גרסת ההתכוונותיות שלנו היא שלא יכולה להיות שיטה פרשנית מועילה. כי אם הפרשנות היא רק עניין של גילוי הכוונה של כותב או כותבים באירוע היסטורי כלשהו, אזי הפרשנות היא לא יותר מאשר גילוי, בכל דרך אפשרית, של מה הכותבים הנידונים כנראה התכוונו"). בקצרה, כשמחפשים ראיות לכוונה, הולכים לאן שנדמה שהן נמצאות. על כן ודאי שאתה עושה משהו, אולם הוא לא שיטתי במובן הרגיל.

¹⁸ Justice Michael Kirby, *Constitutional Interpretation and Original Intent: A Form of Ancestor Worship*, 24 MELB. U. L. REV. 1, 14 (2000)

¹⁹ A. INGLIS CLARK, STUDIES IN AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW 248 (1997).

הטובה ביותר²⁰ אינם מקדמים סוג אחר של פרשנות; הם מקדמים נטישה של הפרשנות על ידי הסרת כל מגבלה אפשרית. במקום להגן על עצמם מפני אישום מבחן הרורשך הם מאמצים אותו והופכים אותו לעיקרון, עיקרון היעדר העיקרון. לומר שאיננו רוצים להיות כבולים לידה המתה של העבר הוא לומר שאיננו רוצים בחוקה, או לפחות לא חוקה שנלקחת ברצינות.

משכך, בסופו של דבר המגבלה האפשרית היחידה לריסון פרשנים זדוניים היא כוונת הכותב. אולם ניתן לשאול, כיצד יכולה הכוונה להיות מגבלה אם במקום להיות נטועה בטקסט (שממנו ניתן לחלץ אותה), היא שוכנת במקום אחר – בראשו של הכותב; או גרוע מכך, בראשו של קולקטיב; או גרוע אף מאלה, בראשו של קולקטיב שהחברים בו אינם בין החיים זה מאתיים שנה? איזה סוג של מגבלה היא זו, שאינה חושפת את עצמה אלא שיש לחפש אחריה ושייתכן שלעולם לא תימצא? אלה שאלות אמיתיות הנוגעות לקשיים אמיתיים, אולם קשיים אלה כלל לא מערערים את התזה שלפיה משמעות של טקסט היא מה שהתכוונו אליו הכותב או הכותבים. אם זו התזה היחידה שהגיונית מבחינה רציונלית (כי היא לבדה מצילה את הפרשנות מן האישום בדבר שרירותיות) הרי שהקשיים ביישומה לא מפריכים אותה; הם רק מגדירים את תחום עבודתו של הפרשן, שבדומה לכל תחום אחר כולל מכשולים, סכנות ומרווח שגיאה מסוים.²¹ (קחו לדוגמה את מושג צידוק הדין: המאמין אינו חדל מן הניסיון להבין את רצון האל רק בגלל שניתן להבחין בו "דרך המראה ובחידות"^{*} בלבד ומאחר שלעתים קרובות טועים בהבנתו). רק אם התכוונות היא שיטה ניתן לצפות ממנה לעשות את העבודה, ולגנות אותה אם היא לא עובדת. כשמבינים שהתזה ההתכוונותית היא לא יותר (ולא פחות) מאשר התשובה הנכונה לשאלה ותיקה – מהי משמעותו של טקסט – כל ההתנגדויות אליה קורסות וכל הדרישות ממנה עוברות אל המאמץ האמפירי לגילוי הדבר שאותו סוכן תכליתי כלשהו התכוון אליו על ידי אותם סימנים – זהותו, זהותה, או זהותם היא סוגיה אמפירית גם היא. זוהי כל התורה כולה. אין עוד מה לומר, ובוודאי שאין עוד מה לומר מבחינה תיאורטית, שכן הפרשנות אינה מעשה תיאורטי. ואם היא לא מעשה תיאורטי, לא יכולה להיות לה תיאוריה.

I. סקירת טענתו של ברק

אהרן ברק לא יסכים, שכן הוא כתב ספר ארוך המבטיח לספק לנו תיאוריה כזו בדיוק. למעשה, רובו של הספר הוא מענה לעובדה, כפי שהוא רואה אותה, שלמרות נהרות הדיו שנשפכו על הנושא, "אין תיאוריות פרשניות ברורות"²² של המשפט. התזה שלי, כפי שכבר ציינתי, היא שקודם כול לא יכולה להיות תאוריה

²⁰ ראו: RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 348 (1986). משמעותו של חוק, אומר דבורקין, אינה "קבועה לעד; אלא, היא חלק מסיפור מתמשך (של היסטוריית המאמצים הפרשניים)"; "פרשנות [החוק] משתנה ככל שהסיפור מתפתח". דבורקין מבלבל בין יכולת ההשתנות של הפרשנות ובין יכולת ההשתנות של מטרת הפרשנות. אם אין אובייקט יציב – אם משמעות הטקסט משתנה תמיד, לעומת התיאורים שלו שמשתנים – את מה מפרשים הפרשניות?

²¹ ראו Fish, לעיל ה"ש 16, בעמ' 636-648.

^{*} הערת מתרגמים: ציטוט ידוע מהברית החדשה, First Corinthians 13: 12.

²² BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 44.

כזו (מאחר שהפרשנות היא לא מעשה תיאורטי); ושנית, שאין לנו צורך בתאוריה כזו (מאותה הסיבה).

המפעל של ברק, בדומה לשלי, הוא הניסיון לענות על השאלה מהי משמעותו של טקסט? ובמהלך האקספוזיציה שלו הוא מהלך בין שלוש התשובות שזיהיתי בהקדמתי: (1) המשמעות של טקסט, משפטי או אחר, הוא מה שהתכוונו אליו הכותב או הכותבים; (2) הטקסט עצמו, אלא אם נוסח ברישול, מכיל רמזים מספיקים למשמעותו שלו עצמו ועל כן עליו להיות תחילתה וסופה של החקירה (כשהיסטוריה חקיקתית ומקורות "חיצוניים" אחרים מתפקדים כשלב ביניים אם יש בכך צורך); (3) משמעות הטקסט היא הדבר שמי שמאשר או מפרש אותו מבינים במועד הפרשנות. רוב חוקרי תיאוריית הפרשנות (קטגוריה שאני מאמין שלא אמורים להיות בה חברים) טוענים כי אחת מהתשובות הללו נכונה ושוללים את האחרות. ברק, לעומת זאת, טוען לכל השלוש.

למעשה, הוא בהכרח נדרש לטעון בעד כל השלוש בעת שהכריז, כפי שעשה בתחילת דבריו, כי "כל משמעות שנותן פרשן לטקסט משפטי חייב שתהיה לה אחיזה ארכימדית בלשון הטקסט".²³ הוא איננו מתכוון בכך לומר שהטקסט קובע באופן מלא את משמעותו שלו, אלא שבעוד לפרשן יש שיקול דעת באשר למה שהוא או שהיא מחליטים (ולשיקול דעת יש פרק משלו בספר), שיקול הדעת הזה מוגבל למשמעויות שיש למילים כעניין של עובדה מילונית. זאת ועוד, מוסיף ברק, הענקת משמעות לטקסט "מעבר למשמעותה הסמנטית" בפשטות אינה "מעשה פרשני, ועליה לסמוך על דוקטרינות שאינן פרשניות".²⁴ מעשה הוא פרשני רק "אם הוא מעניק לטקסט משמעות שעולה בקנה אחד עם אחת ממשמעויותיו (הישירות או העקיפות) בשפה (הציבורית או הפרטית) של הטקסט".²⁵

אם כן, למילה, לגישתו של ברק, יכולה להיות יותר ממשמעות אחת (הוא מצטט בהערכה את הולמס שכתב כי מילה "עשויה להשתנות מאוד בצבעה ובתוכנה נוכח נסיבות שונות") אולם לא יכולות להיות לה אינסוף משמעויות: "השפה איננה [...] גמישה עד אינסוף".²⁶ טווח המשמעויות שאפשר לייחס לשפה בהקשרים שונים מבסס את המסגרת המגבילה שבתוכה פרשנים אחראיים פועלים. ייתכן שניתוח השפה של הטקסט איננו כל הסיפור של הפרשנות – "אני מתחיל עם השפה אך אינני מסיים בה" – אולם "עם כל זאת, סופו של כל תהליך פרשני חייב להישאר בגבולותיה של השפה".²⁷

רעיון זה בדבר גמישות מוגבלת – שפת הטקסט מגבילה, אולם לא לגמרי – הוא שפותח פתח לשתי התשובות האחרות לשאלה "מהי משמעותו של טקסט משפטי". מה יכול לייצב את ריבוי המשמעויות האפשריות שיכול שיהיו למילים ולמשפטים באופן סביר? התשובה של ברק היא ה"תכלית", מילה שכוללת הן את רעיון הכוונה, והן רעיון רחב יותר מכוונה כפי שמבינים אותה, בעת ובעונה אחת. תכלית, אומר לנו ברק, היא מה שמחייבה את הטקסט ומה שהפרשן מנסה לפרט. הפרשן חפץ לדעת מה היה לוסכן התכליתי בראש בעת שהפיק מילים אלה. המילים לבדן לא יספרו לנו זאת, בין היתר מאחר שנוכח הרב־קוליות (המוגבל) של השפה, הן תספרנה לנו דברים רבים מדי. אולם אם נאחז את התכלית שבמסגרתה הופק הטקסט, הרב־קוליות יצומצם, ונהיה קרובים יותר להתמקדות במשמעות. הטקסט

²³ שם, בעמ' 19.

²⁴ שם, בעמ' 18.

²⁵ שם.

²⁶ שם, בעמ' 24.

²⁷ שם, בעמ' 19.

בתורו, בגלל שטווח משמעויותיו סופי, יסייע להוביל אותנו אל הפירוט של התכלית שבבסיסו. טקסט ותכלית עובדים יחד במעגל הרמנויטי נחמד (ולא של קסמים):

"הפרשן מבין את שפת הטקסט כנגד הרקע של כוונתו 'האמיתית' של הכותב, לא מה שהוא או היא מסיקים שהיא התכלית רק מקריאת הטקסט.²⁸
 [...]

אנו פונים אל שפת הטקסט, טקסטים אחרים, ההיסטוריה של הטקסט [...] על מנת ללמוד על תכליתו של הטקסט.²⁹
 [...]

על כן אנחנו מניחים ששפת הטקסט מספקת מידע לגבי התכלית הסובייקטיבית שלו.³⁰

אולם בעוד ש"התכלית היא המהות שנותנת משמעות לצורה",³¹ ברק טוען כי לעתים קרובות יש יותר מתכלית אפשרית אחת שניתן לחלץ מטקסט משפטי, וכאן נכנס לתמונה שיקול הדעת.³² יש "מצבים שבהם פרשן הטקסט המשפטי [...] נתקל במספר תכליות פוטנציאליות [...]"³³. במצבים אלה, "על הפרשן להשתמש בשיקול דעתו על מנת לנסח באובייקטיביות המרבית האפשרית את התכלית שבבסיס הטקסט המשפטי".³⁴ אולם שיקול דעת זה, על פי תיאורו של ברק, הוא מוגבל וכבול באותו האופן שריבוי המשמעויות בשפה הוא מוגבל וכבול. יש להפעיל אותו ביחס למנעד צר של "תוצאות סבירות",³⁵ כלומר, תוצאות שיש בהן היגיון לאור המערכת המשפטית ועקרונותיה. ביחס לתכליות, כמו גם ביחס למשמעויות המילים, "לשופטים לעולם אין בחירה חופשית מוחלטת. היקף חירותם משתנה מסוגיה לסוגיה אך היא מוגבלת תמיד".³⁶ למעשה, "שיקול דעת משפטי מלווה את הפרשן לכל אורך התהליך הפרשני".³⁷ כאשר האדם עובר מן המילים לחיפוש אחר התכלית המחייבה אותן ובחזרה אליהן "שיקול הדעת הלשוני נעשה שיקול דעת משפטי".³⁸ אין מנוס ממנו. "לא נוכל להימנע משימוש בשיקול דעת משפטי".³⁹

לפי טענתו של ברק, גם ההיקף וגם הצורך בשיקול הדעת גדלים ככל שמתרחקים מנקודת הזמן שבה נוצר הטקסט, ובהתאם (או שכך הוא מניח), מתרחקים יותר ויותר משליטתו של הכותב המקורי:

"ככל שהטקסט מזדקן, המשפט, באופן טבעי, מחליש את אחיזתו של הכותב בטקסט שהוא או היא [או הם] יצרו, ומחזק את השליטה של מערכת

²⁸ שם, בעמ' 29.

²⁹ שם, בעמ' 111.

³⁰ שם, בעמ' 135.

³¹ שם, בעמ' 93.

³² יש כאן דמיון משפחתי לרעיון של ה. ל. א. הארט על הגרעין והמעטפת. ראו H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW (1961).

³³ BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 207.

³⁴ שם.

³⁵ שם, בעמ' 209.

³⁶ שם, בעמ' 211.

³⁷ שם, בעמ' 214.

³⁸ שם.

³⁹ שם, בעמ' 210.

המשפט – שמנסה לגשר על הפער שבין החוק לצרכיה המשתנים של החברה – בצורה של תכלית אובייקטיבית".⁴⁰ בכיטוי "תכלית אובייקטיבית", ברק מתכוון לתכלית או לכוונה של מערכת המשפט במובן המופשט ביותר שלה, כלומר "הערכים, המטרות האינטרסים [...] שהטקסט נועד להגשים בדמוקרטיה".⁴¹ לטענתו, ככל שעובר הזמן ערכים, מטרות ואינטרסים אלה גוברים על הערכים, המטרות והאינטרסים המקומיים והפרטיקולריים של הכותבים הפרטיים. כשדבר זה מתרחש, "תוכן התכלית האובייקטיבית" עצמו משתנה בהתאם ל"ערכים, מטרות ועקרונות במועד פרשנותו".⁴² "התכלית האובייקטיבית", כך מכריז ברק, "משתנה עם הזמן", ולא "קופאת בזמן".⁴³

ניתן להבין את הדברים בשני אופנים. או שברק טוען שלערכים המופשטים שהחוק נועד להגשים יהיו מופעים שונים בזמנים שונים בגלל שההבנה בדבר מה שעקרונות אלו דורשים משתנה (למשל, הגענו למסקנה שעיקרון השוויון דורש שוויון זכויות, לרבות זכות בחירה, עבור נשים); או שהוא טוען שערכים עכשוויים גוברים על הערכים שאליהם התכוון הכותב המקורי, וכי יש להוציא ישן מפני חדש, שאילולי כן "השקפות חברתיות שזמנן עבר [...] יחזיקו את החברה שבהווה כבת ערובה".⁴⁴ ההבדל אולי נדמה קטן, אולם הוא משמעותי. זהו הבדל של נקודת המוצא. האם נקודת המוצא היא צורכי החברה וערכיה בהווה ורק לאחר מכן סוקרים את הטקסט הקדום עד שמצליחים להתאים אותו אליהם? או שמא פותחים בטקסט הקדום והתכלית שהוא מגלם, ונענים בחיוב לצורכי החברה וערכיה בהווה רק כשהם מתאימים לתכליות אלה? האם מניחים שיש רמה בלתי משתנה של משמעות ותכלית שאותה ניתן להטות לכאן ולכאן מבלי לגרוע משלמותם הנצחית; או שמניחים כי תחת לחצי צו השעה יהיה צורך להפר ולשנות גם את אותה רמה בסיסית של משמעות וערך?

לעיתים נדמה כי ברק עומד בצד אחד של שאלות אלה, כמו למשל כשהוא מכריז על כך שהפרשנות נדרשת "להיות דינמית [...] על מנת שתקדם מציאות מודרנית",⁴⁵ או שאיננו "מחפשים את כוונת כותב הטקסט [...] במקום זאת אנו מעניקים משמעות אובייקטיבית, עכשווית ליצירה".⁴⁶ ולעיתים נדמה כי הוא בצד השני, הנורמטיבי יותר, כשהוא מגדיר טקסט משפטי ככזה ש"מתכוון להסדיר יחסים בין בני אדם בעתיד" באמצעות "כללים שיחולו שנים ארוכות".⁴⁷ שוב, ההבדל הוא אמיתי וחיוני. דבר אחד הוא לשאול איך היו פוסקים המייסדים אם הייתה באה בפניהם הסוגיה המסוימת הזו, שלא עלתה בדעתם במקור (רגולציה לאינטרנט, נישואים חד-מיניים); ודבר אחר לגמרי הוא לשאול כיצד נוכל למתוח ולכופף את שפתם כך שתיראה מתאימה (מילה שברק משתמש בה כמה פעמים) לצורכנו הדחופים בהווה? אם נשאל את השאלה הראשונה, התשובה שנמצא עשויה לעתים תכופות להיראות כמנוגדת לרצונותינו (וייתכן שנחליט שהגיע הזמן לחקיקה או תיקון חוקים); אם נשאל את השנייה, רוב הסיכויים שרצונותינו יתמלאו תמיד, על כל פנים לאחר שנטרח מעט. ככלל, נראה כי ברק מכריע לטובת

⁴⁰ שם, בעמ' 191-192.

⁴¹ שם, בעמ' 148.

⁴² שם, בעמ' 154.

⁴³ שם, בעמ' 154.

⁴⁴ שם, בעמ' 192.

⁴⁵ שם, בעמ' 155.

⁴⁶ שם, בעמ' 157.

⁴⁷ שם, בעמ' 191.

מה שנהוג לכנות היום "פרזנטיזם", שכן הוא מברך על הענקת משמעות ליצירה "שמנותקת מכוונת הכותב ויכולה אף לעמוד בסתירה אליה"⁴⁸. אם כן, זהו, בקווים כלליים, מודל הפרשנות של ברק. זהו מודל המאופיין במשחק בין מגבלות שכבר קיימות – המשמעויות שעשויות להיות למילים, התכליות שמוכרות כלגיטימיות על ידי המערכת – וגמישות בתוך מגבלות אלה, שמשאירה מקום רחב כל כך לשיקול דעת עד שלעתים נראה נכון לקרוא לפרשנות מעשה של "בריאה"⁴⁹. הטקסט מגביל, אך לא לגמרי; התכליות מגבילות, אך במקרים רבים יש כמה תכליות סבירות שמהן ניתן לבחור; ועל ידי הרפיון הזה במסגרת הפרמטרים המוגדרים, אנחנו יכולים, ולמעשה מחויבים, לקרוא את הטקסט כך שמשמעותו תהיה מה שאנחנו צריכים שהיא תהיה היום. כך שבעקבות ברק, נוכל לומר בעת ובעונה אחת וללא סתירה נראית לעין כי משמעות הטקסט היא מה שהכותב התכוון וגם מה שהמבנה הסמנטי שלו מאפשר לו להיות (מפני שעל פי ברק המבנה הסמנטי הוא מגבלה על מה שכותבים יכולים להתכוון אליו), וגם איך שפרשנים בהווה, הערים לצורכי החברה בעבר ובהווה, מבינים אותו (כל עוד הם מכבדים תכליות דיסציפלינריות סטנדרטיות והגדרות מילוניות סטנדרטיות). נראה שברק מצא דרך לעקוף ולפרוק מנשקם את שלוש התשובות המנוגדות לשאלה "מהי משמעותו של טקסט משפטי?" על ידי ריכוך קצותיהן הקשים עד שהן זולגות אחת לתוך השנייה בניצחון האקלקטיות. כאשר הוא כותב "הגישה שלי היא אקלקטית"⁵⁰ הוא איננו מתבדח.

II. הטקסט כמגבלה

אולם, האם ה"גישה" הזו – מילה שבה אתמקד בהמשך – עובדת? האם היא קוהרנטית? האם חלקיה תואמים זה לזה? לדעתי לא. למעשה, אני מוצא שגיאה בכל אחת מטענותיו המרכזיות של ברק, והשגיאות הללו קשורות זו לזו. נתחיל בנקודה שהוא מתחיל בה, בתפיסה של השפה כמשהו שלא קובע את המשמעות לחלוטין, אולם קובע מספיק כדי לשלול פרשנות מרדנית או שרירותית. הדוגמה שהוא עושה בה שימוש מחזירה אותנו לתחום המוכר (עד כדי שיעמום) של כלי רכב ובעלי חיים בפארק ציבורי:⁵¹ "כאשר חוק אוסר על הכנסת כלבים לפארק עירוני, הקביעה שלפיה האיסור כולל גם אריות היא מעשה לא פרשני"⁵². לא ממש. נניח שהחוק נכתב במענה לסדרת מקרים שבהם היה מעורב כלב. במועד הניסוח וההצבעה על החוק לא היו על הפרק אריות שמהם יש לחשוש; רק כלבים נחשבו להפרעה ולסכנה. אולם מאוחר יותר, אנשים מסוימים בתחומי העיר החלו לגדל אריות כחיות בית (נניח לצורך הדוגמה שאין חוק שאוסר זאת) והם מבקשים להוליך אותם בגן. בעל האריה מצביע על החוק וטוען: "הוא מציין רק כלבים, לא אריות". אולם עורך הדין המייצג את העירייה ישיב (בציטוט מתוך רשומות דיוני המועצה, תיאורים בעיתונות וכו') כי מנסחי החוק ביקשו לאסור על בעלי חיים שמהווים סכנה לבריאות וביטחון הציבור. הם כתבו "כלבים" אולם התכוונו במילה "כלבים" גם ל"צורים שאינם בניאדם, אשר ביכולתם ליצור פסולת ולסכן את

⁴⁸ שם, בעמ' 157.

⁴⁹ שם, בעמ' 218.

⁵⁰ שם, בעמ' 222.

⁵¹ המקור הקלאסי של סוג הדוגמה הזו הוא HART, לעיל ה"ש 32.

⁵² BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17.

מבקרי הגן". על כן כוונתם הייתה לכלול גם אריות (או פנתרים או חזירים או נחשים). בין אם טיעון זה יהיה משכנע ובין אם לאו, הוא יהיה בכל אופן טיעון פרשני, טיעון שנועד לקבוע מה חשבו המנסחים כשהם יצרו את המילים הללו.⁵³ המקרה ההיפותטי הזה נכנס בהגדרה של מה שברק מכנה "כוונה מוסתרת", כוונה שלא נגזרת באופן ברור מן המילים כפי שהן מובנות באופן רגיל. "השאלה האמיתית באשר לכוונה מוסתרת" אומר ברק, "היא זו: באלו נסיבות רשאי פרשן להביא בחשבון כוונה שנלמדת ממקורות החיצוניים מהטקסט, כשהוא מפענח את כוונת כותב הטקסט?".⁵⁴ אני הייתי מנסח מחדש שאלה זו כך: "באלו נסיבות רשאי פרשן לקחת בחשבון מידע הנוגע למה שהתקיים בראשו של הכותב בעת שכתב את המילים הללו?" ניסוח מחודש זה מעניק למתכוון את הסמכות לומר מה כוונת מילותיו, וזאת במקום להניח (כפי שהניסוח המקורי של ברק מניח) שלטקסט יש שלמות מצד עצמו, ושביחס אליו מידע על כוונות מוסתרות או מיוחדות או פרטיות הוא "חיצוני". אם משמעות המילים מוענקת לטקסט על ידי הכותב ולא על ידי הטקסט (שלא יכול להעניק דבר, שכן בהעדר כוונה הוא איננו טקסט אלא רק צורה), הרי שהמידע באשר למה שהיה בראשו של הכותב לא יהיה חיצוני לטקסט; הוא מגדיר את הטקסט ועושה אותו למה שהוא. כשהמעבר הזה נעשה, שאלתו של ברק נעשית מעגלית: "באלו נסיבות ניתן להביא בחשבון מידע הנוגע למשמעות הטקסט כשמנסים לפענח את משמעות הטקסט?" והתשובה הברורה היא: בכל הנסיבות.

מבחינתו של ברק, הקושי עם דבריי הוא שהם לא חולקים כל כבוד ליכולתה של השפה להגביל, ולו באופן חלקי, את מעשה הפרשנות. אולם יהיה מדויק יותר לומר שאני מעתיק את מקומה של ההגבלה אל כוונת הכותב. ברק חוזר שוב ושוב על כך ש"השפה לא מסוגלת לקבל כל משמעות שחפץ בה הפרשן".⁵⁵ בדיוק כך. אולם השפה יכולה גם יכולה לקבל כל משמעות שיחפוץ בה המתכוון. אין פירוש הדבר מצב בלתי מוגבל, אלא מצב שבו המגבלה על הפרשנות היא כוונת הכותב. אין באפשרותו של הפרשן להתעלם מכוונה זו ועדיין לכנות עצמו פרשן – הכוונה ולא מבנה השפה היא ששומרת על המשחק הוגן – ולמעשה, מאמציו של הפרשן לפענח מהי כוונה זו הם שמגדירים את משימתו.

אולם, האם אין למתכוון קשר כלשהו של אחריות למשמעויות שיש למילים על פי רוב, כפי שהן מפורטות באמצעות הגדרות מילון סטנדרטי? תלוי. ברק עומד על קרקע יציבה כשהוא מתעקש על כך שהחקיקה "חייבת לדבר בשפה שקהל היעד שלה מבין, כלומר בשפה הציבורית",⁵⁶ וכי על כן שופטים המפרשים חקיקה מוכרחים "לצאת מנקודת הנחה שנעשה שימוש בשפה המקובלת והטבעית כאמצעי תקשורת בין בני אדם".⁵⁷ אולם יש כאן אחיזת עיניים בחיבור שתי המילים "טבעית" ו"מקובלת" משל היו אותו הדבר. הן אינן כאלה. "טבעית", משמעה "שייכת לסדר הכללי של העולם". שימוש טבעי בשפה נדרש מעצם טבעה של השפה ותכונותיה הבלתי תלויות (המשוערות). "שימוש מקובל", לעומת זאת, הוא שימוש בהתאם למוסכמות, ומוסכמות הן בהגדרתן מלאכותיות. המוסכמות נוצרות על ידי בני-אדם, לעתים כתוצאה מתנאים מסוימים (מי שירים יד במכירה הפומבית יקנה את הפיל הוורוד) ולעיתים כתוצאה מהרגלים ש"תפסו" בקרב אוכלוסיות

⁵³ ראו Fish, לעיל ה"ש 16 בעמ' 638.

⁵⁴ BARAK, לעיל ה"ש 11, בעמ' 122.

⁵⁵ שם בעמ' 24.

⁵⁶ שם, בעמ' 103.

⁵⁷ שם, בעמ' 138.

מסוימות (עבור חלק מן האמריקנים, גם אם לא כולם, המילה "קול" משמעה בעל ערך ומדויק). למוסכמות, אם כן, יש חיים היסטוריים (שעשויים להיות ארוכים מאוד) ואפשר להתכחש להן או להתעלם מהן, לאפשר להן לחלוף מן העולם או אפילו לבטל אותן. כשהן בתוקף, תוקפן נוגע למקומות ולזמנים מסוימים. אני מציין נקודה זו כדי להצביע על נקודה נוספת: מה שברק מכנה "שפה ציבורית", שפה שמופקת ומובנת בהתאם להגדרות מילון סטנדרטיות, היא שפה של מוסכמה; היא סך ההסכמים והמנהגים, לא סך הנורמות ההיסטוריות הבלתי מתכלות. המילון לא מספר לנו אלו משמעויות שייכות באופן טבעי לאלו צלילים (זוהי הפנטזיה שאפלטון משתעשע בה בספרו "קראטילוס"); המילון מספר לנו אלו משמעויות מתקשרות לעתים קרובות עם אלו צלילים (או סימנים) יותר מאשר לא. מילון הוא דו"ח סטטיסטי, לא נורמטיבי; הוא מספר לנו על השימוש של מרבית הציבור (במצבים רגילים), לא על השימוש הנדרש על ידי מהות לשונית כלשהי. ברק בדיוק בכך טועה כשהוא אומר ש"המילון קובע איזו משמעות טקסט מסוגל לקבל".⁵⁸ המילון לא קובע דבר. הוא רשומה היסטורית של השימושים המכוונים של מילים בעבר. אין דבר המונע תוספת לרשומה הזו; היא לא מגבלה, אלא משאב, והסוכן המתכוון חופשי להתעלם ממנו. כלומר, כותבת המבקשת להתכוון למשהו מסוים אינה חייבת לכבול את עצמה לקורלציות של מילים ומשמעויות הנמצאות בשפה הציבורית הנתונה, למרות שהיא רשאית לבחור לעשות כן מסיבות פוליטיות או סוציולוגיות. באפשרותה לומר "כלב" ולהתכוון גם ל"כלבים, אריות, חזירים ונחשים"; באפשרותה לומר "כלבים" ולהתכוון לחוק השלישי של ניוטון; באפשרותה לומר (או לכתוב) "כלבים" ולהתכוון לכל מה שתרצה. אולם האם אין משמעות הדבר שהתכלית המרכזית של השפה – היכולת להעביר מחשבות לאחרים – תסוכל? לא בהכרח. אם הקורלציה בין משמעות למילה שהמתכוונת/הכותבת השתמשה בה מוכרת לעוד אדם אחד, תתרחש תקשורת. אנו רגילים לומר שיש לשניים צופן, שעולה לכדי שפה פרטית; אך השפה פרטית רק במובן שבו הדוברים אותה מהווים קבוצה קטנה, קטנה הרבה יותר מאשר הקבוצה שחבריה דוברים את הצופן של השפה הציבורית ומסתמכים עליו. מאחר שגם השפה הציבורית היא צופן (זוהי המשמעות של מוסכמה).

ההבדל בינה לשפה פרטית היא הבדל של גודל, לא של סוג. זהו רק עניין של מוסכמות (צפנים) המתקיימות עבור מעטים לעומת מוסכמות (צפנים) המתקיימות עבור רבים. זהו בוודאי הבדל, אולם הוא איננו הבדל תיאורטי, והשאלה באיזה צופן או מערכת של מוסכמות משתמשים הדוברת או הכותבת אינה שאלה תיאורטית; זו שאלה של המצב האמפירי שבתוכו מעשה ההצפנה מתרחש. ברק צודק בהצהרתו שאם מדובר בניסוח חקיקה, קיימת ציפייה (שעולה לכדי חובה כמעט, אולם חובה אמפירית ולא תיאורטית) שהמחוקקים ידבקו במשמעויות של מילים המתאימות לשימוש המקובל (שהוא, כזכור, מושג סטטיסטי). זהו קאנון הפרשנות שלפיו "אלא אם כן הוגדר אחרת, המילים יתפרשו על פי משמעותן הרגילה, המקובלת באותו זמן".⁵⁹ אולם הציפייה היא ציפייה שמנסחים ומחוקקים עלולים לאכזב לגביה, ובעוד שיתכן מאוד שהדבר יוביל לתוצאות מרות (מי שחל עליו החוק לא ידע מה הוא כולל) וכתוצאה מכך, ייתכן שאזרחים ממורמרים יצביעו לסלק את המחוקקים ממשרתם, הם יסולקו מפני שהם ביצעו עבודה גרועה, ולא בגלל שהם העניקו למילים משמעות שהן אינן יכולות לשאת (ביטוי חביב על ברק).

⁵⁸ שם, בעמ' 107.

⁵⁹ Perrin v. United States, 444 U.S. 37, 42 (1979).

המילים, שהן לגמרי בבחינת מוסכמה, יכולות לשאת כל משמעות, אף שבהקשר זה או אחר של המציאות – חקיקה, מתן הוראות, הזמנת פיצה – כדאי מאוד (וזהו עצה, לא חוק הנובע מהסדר האמיתי של העולם) להתכוון במילותינו למה שמרבית הציבור יניח שהתכוונו (זוהי הנחה המבוססת על ציפיות והרגל ולא על מגבלותיה הטבעיות של השפה).⁶⁰

משמעות (קשה להתחמק מהמילה הזו) כל האמור, היא שבעוד שדובר או כותב עשויים להחליט לכבד את משמעויותיהן של המילים המוסכמות בשימושן הרגיל, החלטה כזו היא חלק מהכוונה שלהם, ולא מגבלה עליה. "השפה הציבורית" – קורלציות מילה-משמעות ידועות ומקובלות בקרב מספר רב של אנשים ברוב הזמן – היא משאב לדוברים ולכותבים (היא מאפשרת להם לנבא את התגובה של אוכלוסייה אחת גדולה מאוד), ולא מגבלה על מה שהם מסוגלים להתכוון לו – באמצעות המילים שהם עושים בהן שימוש. נובע מכך שמה שמגביל את הפרשן היא החלטה של הדובר לעשות שימוש במוסכמות של השפה הציבורית ולא באחרות הזמינות לו (לרבות אלה שהמציא באותו הרגע), ולא עובדה טבעית ובלתי משתנה כלשהי של "השפה". משימתה העיקרית של הפרשנות היא לקבוע (אם ניתן לקבוע; פרשנות עלולה תמיד להיכשל) באיזה סט של שימושי משמעות – באיזה צופן – משתמש הדובר או הכותב; שכן אם הפרשן לא יזהה נכון את הצופן – ויש לזכור ששפה ציבורית רגילה גם היא צופן – כוונת הכותב והמשמעות גם יחד יאופיינו באופן שגוי. בקצרה, ובחזרה על הנקודה – משמעותו של סט מילים נמצאת לחלוטין בידי הכותב.

נדמה כי ברק מכיר בכך כשהוא דן בשפה של חוזים וצוואות:

"טקסט מתחום המשפט האזרחי מבטא את האוטונומיה של הרצון האישי. הצדדים בחוזה יכולים לנסח את תנאי החוזה בהתאם לרצונם. הם יכולים להשתמש בקוד פרטי. הם יכולים להחליט, בחוזה ביניהם, שסוס הוא חמור, ושחמור הוא סוס. באופן דומה, מורישים יכולים לנסח את צוואותיהם בצופן אישי משלהם. הם יכולים לקרוא למרתף יין "ספרייה" ולבקבוקים "ספרים". במקרה זה, טווח האפשרויות הסמנטיות כולל את המשמעות הפרטית כמו גם את המשמעות המקובלת בשפה נתונה [...] כמובן, הצופן או השפה האישיים לא יכולים להישאר פרטיים לגמרי. מי שמשמש בצופן

⁶⁰ Lawrence B. Solum מצביע על נקודה דומה, אך בצורה שמגישה את "משמעות המשפט", המשמעות שיש כביכול למילים ללא תלות בייעוד של הכוונה. Solum כותב: "כשהכותב יודע שהקורא לא ידע הרבה על כוונת הכותב, עדיף לו לבחור ב"משמעות המשפט" אם ירצה להעביר מסר. כלומר, עדיף לו לבחור את המשמעות שייחסו למילים הקוראים שלהם המידע המועט ביותר לגבי כוונתו הסמנטיות". Lawrence B. Solum, *Constitutional Texting*, 44 SAN DIEGO L. REV. 123, 148 (2007). על ידי השימוש בביטוי "משמעות המשפט" במקום משמעות מילונית סטנדרטית, Solum רומז שאפשר לקרוא את "משמעות המשפט" בנפרד מן הכוונה. אך מה שהוא באמת מציע הוא שכותבים במצבים מוסדיים מסוימים יקבלו על עצמם להשתמש במילים בדרכים שמתאימים לשימוש סטנדרטי. במצבים רבים זו תהיה הנחת ברירת המחדל של הקוראים והשומעים, שהכותב או הדובר אשר את מילותיו הם מעבדים, משתמש בשפה בדרכים מילוניות סטנדרטיות. זוהי הנחה לגבי כוונה ובמסגרת כוונה זו, לא בנפרד ממנה, מתגלה מה Solum מכנה "משמעות המשפט" ואני מכנה "משמעויות המתאימות לשימוש סטנדרטי". בקצרה, אין דבר כזה קטגוריה נפרדת של "משמעות המשפט" שהיא חסרת כוונה, העומדת בפני עצמה. כש Solum אומר "יש סיבות נורמטיביות מוצקות לעשות שימוש ב"משמעות המשפט", הוא מעניק ל"משמעות המשפט" עצמאות שאין לה ולא יכולה להיות לה. שם. מה שהיה צריך לומר הוא שיש סיבות מוצקות, לא נורמטיביות אלא מצביות, לדבוק בקורלציות משמעות-סימן סטנדרטיות הידועות לקהל היעד.

אישי חייב לתת לפרשן מפתח להבנתו. כשהוא עושה זאת, על הפרשן להשתמש במפתח על מנת לפרש את הטקסט על פי כוונת הכותב [...]”⁶¹.
 מה שברק לא כל כך מבחין בו הוא ששפה ציבורית – שפת המשמעויות המקובלות – גם היא דורשת מפתח. העניין הוא שמפתח כזה כבר נמצא בידי כמעט כולם (מלבד, אולי, אלו שאינם דוברים את השפה, ילדים ובעלי נכות מנטלית) ואין צורך לחפש אותו באופן אקטיבי. בסופו של יום, ההבחנה בין שפה ציבורית ופרטית לא תשרוד ניתוח אנליטי או עיון רציני (מעבר לגודל האוכלוסייה שדוברת את השפה). קחו למשל שפה “גוססת” שמדברים בה רק שני בני-אדם או אפילו אדם אחד. האם היא פרטית או ציבורית? על פי ההגדרה הסטנדרטית של שפה – מערך של כללים סמנטיים ותחביריים המיושמים באופן שיטתי על מנת לאפשר את היצירה וההבנה של הבחנות בינריות הנדרשות לתקשורת (יחיד/רבים, עבר/הווה, פועל/נפעל, נושא/נשוא וכו') – מדובר בשפה ציבורית בדומה לכל אחת אחרת. העניין הוא רק שהציבור הוא קטן. מנגד, אם במילה “פרטי” הכוונה היא לדיאלקט הידוע למספר מועט של אנשים אך לא מוכר לרוב רובם של דוברי השפות בעולם, הרי שכל שפה שאינה שפת האלוהים או שפת העולם – כלומר, כל שפה – היא פרטית.⁶² ברגע

⁶¹ BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 103.

⁶² דרך אחרת לומר זאת הוא שמה שנקרא ז'רגון מקצועי אינו מקרה מיוחד הנוגע לסט של משמעויות משפט נורמטיביות; מה שתיאורטיקנים אחדים מכנים “משמעות המשפט” הנורמטיבית או משמעות “אובייקטיבית” הוא רק הז'רגון של מקצוע רחב ביותר, המקצוע של השפה הרגילה, שהיא כאמור מושג סטטיסטי ולא נורמטיבי. ג'ון פ. מנינג, John F. Manning] שבאופן כללי תיאר בצורה מורכבת את הסוגיות הללו, צודק כשהוא אומר, “הרחף הראשוני, גם של התכליתן התקיף ביותר, הוא לנסות לקרוא את החוק לאור המשמעות הסמנטית של הטקסט”. John F. Manning, *What Divides Textualists from Purposivists*, 106 COLUM. L. REV. 70, 88 (2006).

אולם, מנינג טועה את הטעות הרגילה של ההנחה שתכליתנות – קריאה לאור הכוונה – היא גישה או שיטה של פרשנות. כפי שחזרתי שוב ושוב, זוהי הצורה שהפרשנות מתבטאת בה בהכרח; אין זו אופציה שאפשר לבחור בה או לדחותה. לעתים קרובות נכון שפרשנים (שוב, פרשנים תכליתנים בהכרח אם הם מפרשים ולא עושים פעולה אחרת) יקראו חוקים או כל טקסט אחר במסגרת ההנחה שהכותבים משתמשים בשימושים סטנדרטיים, כלומר, בהנחה שהכותבים התכוונו להשתמש בשימוש סטנדרטי. במקרים רבים תהיה זו הנחת יסוד של ברירת מחדל שתיוותר בעינה עד שתתגלה כבעייתית או חסרת תוחלת. בקצרה, כשמחפשים ראיות לכוונה, המשמעות הסטנדרטית של המילים היא מקום טוב להתחיל ממנו. מנינג טוען שמה שמבחין בין טקסטואליסטים ובין תכליתנים הוא שהראשונים נותנים קדימות ל“שימוש סמנטי” ש“מצביע בהחלטיות לכיוון אחד” מעבר ל“ראיות הנוגעות לשאלות של מדיניות”. אך טענה זו מניחה שמהו שנקרא שימוש סמנטי יכול להצביע למקום כלשהו באופן שנפרד מהנחה כלשהי לגבי מדיניות, כלומר, הנחה כלשהי לגבי מה שמשמש השפה מנסה לעשות. שם, בעמ' 93. רק כאשר ההנחה בדבר תכלית נמצאת במקומה השימוש הסמנטי יצביע לכיוון כלשהו, אם בהחלטיות אם לאו. בהעדר ההנחה הזו, שימוש סמנטי לא יצביע לאף מקום ואף לא יתחיל להיות שימוש סמנטי; הוא יהיה רק צורות או סימנים. באותו סעיף מנינג מתחיל משפט כך: “אף שקיימות ראיות הקשר ברורות לשימוש סמנטי [...]” שם.

שוב, נראה שמנינג מאמין כי ראיות כאלו קיימות בנפרד מכל פירוט קודם לגבי מהן הראיות לכוונה מסוימת. לא נראה שהוא תמיד מחזיק בדעה זו. לעתים, הוא מודה שהוא כולל בקטגוריית ה“הקשר” שלו את כוונת הכותב. שם בעמ' 93-94. אך הוא מתחמק מהודאה זו וחוזר ומגשים את השימוש הסמנטי או משמעות “אובייקטיבית”. יש לו אפילו ניתוח של הקצרות שמובילה אותו להתחמקות. “למרות שההקשר החברתי והלשוני חיוניים למסקנה שתקנת “איסור הכנסת כלבים לגן” לא יחול באופן רגיל על חזיר מבוי, אפשר לסלוח לאינטואיציה (אף כי טכנית היא לא מדויקת) של הקביעה שהחלת התקנה על חזיר מקריבה את המשמעות הפשוטה של טקסט החקיקה”. שם, בעמ' 80. מנינג אומר כאן שאפילו

שאנו מודים בכך ששפה ציבורית היא מוסכמה בדיוק כמו כל המנהגים הלשוניים שאליהם ניתן להשוות אותה, נעלם לו מעמדה המיוחס של השפה הציבורית – להוציא הקשרים פוליטיים וסוציולוגיים הדורשים את השימוש בה למטרות אמפיריות שאינן תיאורטיות. פעמים שניתן לבחור לכבול את עצמנו אליה; פעמים שלא. הבחירה היא בידי הפרט, ובכך אין כדי לומר שלא תהיינה לבחירה זו השלכות, אלא שההשלכות ככל שתבואנה תגענה מעולם ההרגל ומנימוסים חברתיים או דיסציפלינריים, ולא מעולם הנורמות המופשטות.

מה שמביא אותי שוב לנקודה העיקרית שאני מבקש לטעון (עד כה): מאחר שהשפה הציבורית – שימוש רגיל, משמעות מקובלת על פי רוב, משמעות מילונית – היא לא מגבלה על מה שהכותב יכול להתכוון אליו במילה זו או אחרת או בסדרת מילים, הרי שאין מגבלה כזו כלל, לפחות לא כזו שאינהרנטית לשפה, לרבות המגבלה שברק מתעקש עליה שלפיה "קטע חקיקה אינו חידה לשונית או לוגית. הוא נועד למסור מסר".⁶³ מאחר שהחקיקה נועדה להעביר מסר שמספר לאזרחים אלו התנהגויות הן חוקיות, מפרשי החקיקה יוצאים מנקודת הנחה שהמשמעות שנעשות בהן שימוש הן המשמעות הסטנדרטיות הידועות לרוב האזרחים. כך מתקבל קאנון הפרשנות שהובא לעיל: "אלא אם כן נאמר אחרת, מילים יתפרשו על פי משמעותן הרגילה, המקובלת באותה העת".

אולם מדובר בכלל אצבע, לא בכלל במובנו הקשיח והפורמלי. הוא מורה להניח היפותזה שכותבי הטקסט התכוונו שלמילים שבהן השתמשו תהיינה המשמעות הרגילות באותה העת ולבחון עד היכן ניתן להגיע באמצעותה (זוהי הנחת ברירת מחדל, לא בגלל שיש חובה לעשות כך ולא אחרת). רק אם ההיפותזה לא מקדמת אותנו יותר מדי – אנו אומרים לעצמנו שזה פשוט לא הגיוני – אז משנים אותה ומנסים משהו אחר. אולי נשקיע במחקר היסטורי קל ונגלה שחלק ממילות המפתח תלויות בהקשר מיוחד של ידע – תיאוריה מדעית, ז'רגון מקצועי, קצרנות פוליטית – שלא נגלית מיד לעין (במילים אחרות, נגיע לאותו חלק של "הוגדר אחרת" מקאנון הפרשנות שנקבע בפסק דין פריין). האם יש להחליט במקרה כזה: חבל אך הם היו צריכים להיות ברורים יותר; אני אפעל על פי המשמעות הסטנדרטיות אפילו אם הן אינן שלהם? ניתן לפעול כך, אם יש קאנון פרשנות בתחום המסוים של המשפט שמצווה עלינו לעשות זאת; אולם אם נעשה זאת – אם נניח בצד משמעות שאנו יודעים כעת שהכותבים התכוונו אליהן, לטובת המשמעות שהיו אם הכותבים היו מתכוונים לכבול את עצמם לשימוש המקובל באותו זמן – כנראה שנעשה דבר מה, אולם זו לא תהיה פרשנות. הפרשנות היא מעשה של ניסיון להבין מה הכותב התכוון באמצעות מילותיו, לא המילון.⁶⁴

ש"המשמעות הפשוטה" או המשמעות המכריזה על עצמה לא באמת קיימת והיא בגדר פיקציה – מפני שכפי שהוא בעצמו אומר, "ההקשר הוא כמובן חיוני על מנת לקבוע את צורת השימוש במילים בשיח יומיומי" – היא עדיין תתקבל, "אם כי לא מדויק טכנית להשתמש בביטוי". שם, בעמ' 80. לא כן, כי מי שנותן לעצמו את מרחב הפעולה הזה שוכח במהרה שכאשר מתייחסים למשמעות הפשוטה מתייחסים לסיפורת נוחה.

במקום זאת, בדומה למנינג, מתחילים לדבר על משמעות "אובייקטיבית" או משמעות פשוטה ומעניקים לישות הלא קיימת סטטוס של קו בסיס העומד בזכות עצמו, אשר ביחס אליו ניתן לאפשר או שלא לאפשר שיקולים של כוונה. זה קורה לרעיון של המשמעות הפשוטה במאמר של מנינג עצמו. ייתכן שהוא יודע שזה רעיון שאינו עומד בעיון יסודי אך אף על פי כן, הוא נותן לו לעמוד על רגליו ולהיות משהו שוב ושוב.

⁶³ BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 103.

⁶⁴ ראו, על נקודה זו (2004) STEVEN SMITH, LAW'S QUANDARY 106-107.

III. התער של אוקהם או כוונות רבות מדי

אולם ברק, כפי שראינו, למעשה מחלק את האחריות למשמעות בין הכותב ובין המילון (בשם השימוש הרגיל) ולאחר מכן גם מוסיף וזורק אל תוך התערובת ליתר ביטחון גם את "כוונת האדם הסביר" או "כוונת השיטה" – הבניות פיקטיביות שלא מסוגלות לכתוב או להתכוון לשום דבר. כתוצאה מכך, הוא מתיר לפרשנים לבחור בין כל מקורות המשמעות המשוערות הללו לפי הצורך, וכפי שצייתי קודם, הוא גם לא חושש מן האפשרות לתת לטקסט "משמעות המנותקת מכוונת הכותב ואף

סמית' מניח מקרה שבו מתכון מבקש את הרכיב "סוכר" אך יש סיבה טובה "להאמין ש[...] לטבח שכתב את המתכון היה שימוש ייחודי ו[...] הוא התכוון באמת למה שרוב הציבור היה קורא לו "מלח". האם היה נכון לומר, שואל סמית', שבעוד שהוא התכוון להתייחס לחומר אחד הוא השתמש במילה שרוב האנשים משתמשים בה להתייחס לחומר אחר ועל כן נוסף סוכר? "רחמו על הסועדים המסכנים, קורבנותיו של השף בעל הגישה הטקסטואלית הזו לקריאת מתכונים". מי שמתעקש על ההבחנה בין המשמעות, או "משמעות המשפט", של הדובר היה מתאר את הדוגמה כך: המשפט שלו אמר 'סוכר' אבל הוא התכוון למלח. לא, המשפט שלו (לא של המילון) אמר "החומר שרוב האנשים מכנים סוכר ואני מכנה מלח". המשפט יאמר סוכר אם משהו אחר היה אמר אותו אך לא אם הוא אמר אותו. בכל מקרה, ההבחנה המשוערת בין משמעות הדובר למשמעות המשפט היא באמת הבחנה בין משפט שנאמר על ידי אדם אחד ומשפט שנאמר על ידי אדם אחר. זוהי נקודה שלורנץ סולום מפספס, המציע ביקורת על דוגמת המתכון של סמית'. סולום, לעיל ה"ש 60, בעמ' 136. סולום מדמיין אישה הכותבת מתכון, שבו היא מתכוונת להכניס רכיב של המשקה שידוע על פי המוסכמה כרום. אולם, היא סבורה בטעות שהליקר שהיא מתכוונת להכניס למתכון נושא את השם המוסכם 'וויסקי'. בעקבות כך, כשהיא לומדת שמה שהיא קוראת לו וויסקי נקרא בפי רוב הציבור רום, היא מחליטה לנסות את המתכון עם וויסקי (כפי שהוא נודע על פי המוסכמה) ולא רום (שהיא הייתה סבורה ששמו וויסקי). היא מוצאת שהיא אוהבת את התוצאה כשהמתכון מוכן עם מה שכולם מלבדה מכנים וויסקי ולא רום (הספקתם להתבלבל?). על פי סולום היא תאמר כעת "המתכון שנתתי הוא לא זה שאליו התכוונתי אך הוא למעשה מתכון טוב" ובכך אומרת ש"המתכון שהיא רשמה אינו המתכון שהיא התכוונה לרשום". שם. אך המתכון שהיא התכוונה לכתוב הוא אכן המתכון שהיא התכוונה לכתוב. היא התכוונה לחומר שנקרא על פי המוסכמה 'רום' אך לא השתמשה בשם המוסכם שלו. מי שקרא את המתכון הניח – וכפי שאמרתיו זו הנחת ברירת מחדל טובה מאוד – שהיא השתמשה במילים בהתאם לשימוש מוסכם ולא שימוש מיוחד. בקצרה, הם שמעו את המילה כאילו נבעה מכוונה שונה ממה שלמעשה הייתה לה.

הבלבול אינו קשור למילים ולמשמעות המשוערות שלהן, אלא כולו לכוונות, שחייבות להיות קיימות לפני שהמילים תוכלנה כלל להיות מילים. סולום ממשיך לטעון שאם ישאלו אותה האם מי שמשמש בוויסקי במקום רום "טועה לגבי משמעות המתכון, ייתכן שתאמר "לא, אני עשיתי את הטעות. הם רק עקבו אחר הוראות המתכון". שם. לא, הם לא זיהו נכון את כוונתה, שהייתה להשתמש בקורלציית סימך-משמעות שאינה נמצאת במילונים סטנדרטיים או ברשימות משקאות. הם לא עקבו אחר המתכון שלה; הם עקבו אחר מתכון של מתכון שאינו היא. הטעות היא שלהם, לא שלה. היא יכולה לומר, אני מבינה למה הם לא זיהו את כוונתי; הם הניחו שהתכוונתי לדבוק בשימוש סטנדרטי, אבל לא כך התכוונתי. סולום מגיע למסקנה שבסופו של דבר היא תכחיש ש"משמעות המתכון שלה זהה לכוונות הסמנטיות שלה" אלא שמשמעות המתכון כן זהה לכוונות הסמנטיות שלה. שם. המתכון שלה לא נחלק לשניים, כפי שהדבקים בהבחנה בין משמעות המשפט ובין משמעות הדובר יטענו. המתכון שלה אומר בדיוק את מה שהיא מתכוונת שיאמר; בתור המתכוונת, היא זו שיכולה לפרט מה משמעות המילים בהן בחרה. כמוכן שאם היא בוחרת משמעות שאינה סטנדרטיות, היא מסתכנת בכך שלא תעביר את המסר אליו התכוונה; אך בין אם הוא נמסר או לא, המשמעות עדיין תהיה שלה והיא אינה משתנה על ידי חוסר הבנה כלשהו, אפילו אחד שניתן לזקוף לחובתה.

עומדת בסתירה אליה".⁶⁵ אולם, אם בוחרים לפסוע בדרך זו מדוע שנעצור בשימוש רגיל ובכוונותיהן של ישויות היפותטיות שונות? בסופו של דבר, הקטגוריה של 'מנותק מכוונת הכותב ומנוגד לה' כוללת מספר אינסופי של איברים, ובהתאם לכך גם סט אינטרסים אינסופי שאליהם הפרשן רשאי לפנות כשהוא מנסה להגיע למסקנה בדבר משמעותו של דבר מה. אלא שקשה להבין מדוע הניתוק מן החובה כלפי כותב הטקסט, בשם השיטה, או ההאנשה מופשטת, או ערכים בני הזמן, או מה היו אומרים ישו או אלביס, נחשב כהיגד באשר למשמעות הטקסט. במקום זאת, מדובר באמירה מסוג מה "האדם הסביר" היה מתכוון; או מה הרמה הגבוהה ביותר של תכליות שבגינן השיטה הייתה חפצה במשמעות מסוימת; או מה מקבץ המילון הסטנדרטי (המודרני או ההיסטורי) היה מבין ממנה; או מה אנו, העומדים היום בפני סוגיות השנויות במחלוקת ובעיתות נפיצות, צריכים שתהיה.

כל אחת מהקביעות הללו מעניינת, וניתן בהחלט לסבור כי על מערכת המשפט להתייחס אליהן ברצינות. אולם אף לא אחד מן הסוכנים והישויות הללו שאליהם נתייחס ברצינות – בני אדם סבירים, שפה ציבורית, שיטת משפט וכו' – כתבו את הטקסט הנדון, ואם נבחר להתרחק ממי שכתב את הטקסט בפועל, איננו מחדדים או מעשירים או מגבירים את מעשה הפרשנות, אלא נוטשים אותו ועוסקים בסוג של כתיבה או עיצוב מחדש. ברק מודה בכך כשהוא מצהיר שבעוד גישתו "מכירה בצורך לתת ביטוי לכוונה האמיתית של הכותב [...] כשאין מידע אמין לגבי כוונה זו [...] הפרשן נוטש את הכוונה החקיקתית לטובת ערכי היסוד של השיטה".⁶⁶ כשלעצמי, הייתי מגדיר זאת אחרת: כשאין מידע אמין לגבי הכוונה של הכותב, יש לנטוש את הפרשנות, שהיא הניסיון להבין מה הייתה כוונה זו, ולנסות משהו אחר. הניסיון לעשות משהו אחר, כגון החדרת כוונה פיקטיבית במקום זה שלא הצלחנו לחלק, עשוי להיות בדיוק מה שנדרש בנסיבות אלה – יש לעשות משהו – אולם אל תתנו לכך את השם פרשנות.⁶⁷

הסיבה לכך שברק מכנה דבר זה לעתים "פרשנות", היא שתיאור הפרשנות שלו מתבסס על מגבלה לשונית מתכלה, וכשהיא מגיעה לסיומה, נכנס לתמונה שיקול הדעת, והפרשנות "היצירתית" או "הדינמית" משתלטת, פרשנות (לא באמת המילה המתאימה) שמתרחקת יותר ויותר ממשמעות הטקסט עבור מי שהפיק אותו ומתקרבת יותר ויותר אל המשמעות שהפרשן סבור שראוי שתהיה לו היום. כשמפרידים בכוח את המשמעות מן הכותב ומעניקים אותה, אפילו באופן חלקי, לישות מופשטת כגון "שפה ציבורית", אין סיבה שלא לתת חלקים אחרים ממנה לישויות אחרות – השיטה, ערכי יסוד, שאיפות בהווה – עד שבנקודה מסוימת היא צפה, מנותקת במלואה מכל מה שהיה בדעתו של הכותב. אומנם, ברק שב ומכריז על כך שהכותב וכוונתו הוא המרכז האבסולוטי של הפרשנות התכליתית – "לעולם לא נעמוד בפני מצב של העדר תכלית";⁶⁸ "חקיקה חסרת תכלית היא גיבוב הבלים";⁶⁹ "הסוגיה אינה התכלית שמתגלה מקריאת הטקסט אלא המסר שכותב הטקסט [...] התכוון להעביר דרך הטקסט"⁷⁰ – אולם בסופו של דבר, הכוונה כמוקד המשמעות, ובהתאם לכך כמגבלה על חילוץ המשמעות, באה לידי ביטוי בעיקר כשהכלל הזה בעצמו מופר.

⁶⁵ BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157.

⁶⁶ שם, בעמ' 303.

⁶⁷ ראו Fish, לעיל ה"ש 16, בעמ' 636-640.

⁶⁸ BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 119.

⁶⁹ שם, בעמ' 223.

⁷⁰ שם, בעמ' 29.

אחת הסיבות לכך שברק לא מסתפק בכוונה כמוקד המשמעות היא שהוא סבור שיש יותר מאחת כזו. יש, על פי תיאורו, שתיים או אולי שלוש כאלה. את הסוג הראשון של הכוונות השונות הוא מכנה כוונה "סובייקטיבית" או "אמיתית". הכוונה הסובייקטיבית או האמיתית היא "הכוונה האמיתית של הכותב במועד שהטקסט נוצר".⁷¹ זוהי לדבריו "עובדה פיזית-ביולוגית-פסיכולוגית-היסטורית".⁷² את סוג הכוונות השני ברק מכנה כוונה או תכלית "אובייקטיביים". כוונה אובייקטיבית היא הכוונה לא של הכותב "בפועל" אלא של "הכותב הסביר". "ברמת הפשטה גבוהה אף יותר", זוהי "כוונת השיטה" כפי שהיא באה לידי ביטוי ב"ערכים, מטרות, אינטרסים, מדיניות ותפקיד"⁷³ של השיטה. בשני האופנים, הכוונה האובייקטיבית אינה "עובדה פיזית-ביולוגית-פסיכולוגית" אלא "הבניה משפטית שמשקפת את צורכי החברה".⁷⁴ (כאן בדיוק ניתן להבחין כיצד הטקסט מנותק מחבל הטבור של כוונת הכותב ונמסר לצורכי החברה שיהיו במועד הפרשנות).

הנחה זו בדבר ריבוי כוונות בטקסט היא שמייצרת את מפעל הפרשנות התכליתית ומאפשרת לו לפעול. מאחר ש"פרשנות תכליתית מניחה שלכל טקסט משפטי יש ריבוי תכליות אובייקטיביות וסובייקטיביות"⁷⁵ יש להביא ל"סינתזה והרמוניה"⁷⁶ בין תכליות אלה, על מנת שיהיה אפשר להחליט על משמעות יחידה ולבצע את מלאכת המשפט. כאן עושה הפרשנות התכליתית את עבודתה: "השאלה המרכזית שעליה עונה הפרשנות התכליתית היא היחס שבין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית".⁷⁷

אולם, נניח שאין "יחס" בין תכלית אובייקטיבית לסובייקטיבית; נניח שיש זהות ביניהן, או הפרדה מלאה. נניח שהתכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית לא נפרדות, כפי שהטענה והמפעל של ברק מבקשים מהן להיות, או שהן נפרדות ושייכות לתחומי חקירה שונים לגמרי. משני הכיוונים, הפרשנות התכליתית הייתה אז חסרה משימת ביצוע, שכן לא היה מה להחליט. זו הטענה שאני מבקש לפתח, ואפתח בערעור על הרלבנטיות של אותה "כוונה סובייקטיבית", כפי שברק מתאר אותה, לכל מחקר לבירור משמעות.

הדבר הראשון שיש לומר הוא שאם הכוונה (או התכלית) הסובייקטיבית היא ישות הראויה למחקר נפרד, הרי שהיא שייכת לפסיכולוגיה יותר מאשר לתיאור של פרשנות. חקירת "עובדה פיזית-ביולוגית-פסיכולוגית"⁷⁸ דורשת, בין היתר, תיאוריה של השכל, תיאור הפיזיולוגיה והיחס שבינה ובין תהליכים קוגניטיביים, תוכנית של ניסויים מבוקרים שנועדו להסיק על מצבים מנטליים מתצפיות וכדומה. מעשה הפרשנות, משפטית או אחרת, אינו דורש דבר מכל אלה. במקום זאת, הוא דורש הבנה (ופירוט) של איזה תפקיד נושא הפועל או הכותב במסגרת מוסדית מסוימת. כפרשן, מה שאתה מעוניין בו אינו מה שקורה בראשו של הסוכן המתכוון מבחינה פיזיולוגית או פסיכולוגית – אילו תאים נורו בסינפסות במוחו ובאיזה צד, ואלו טינות או שאיפות התגשמו – אלא מה היה לו בראש בהינתן הטווח המוגבל ביותר

⁷¹ שם בעמ' 120.

⁷² שם.

⁷³ שם, בעמ' 148.

⁷⁴ שם.

⁷⁵ שם, בעמ' 113.

⁷⁶ שם, בעמ' 118.

⁷⁷ שם.

⁷⁸ שם, בעמ' 120.

של תכליות שיכולות להיות למי שמתעסק בתחום זה או אחר של מעשה משפטי. חלק גדול מן הביקורת על התכוונותיות נובע מן הרעיון המוטעה שלפיו היא דורשת עיון בראשם של אנשים. אולם התכוונותיות לא דורשת שום דבר כזה. ייתכן שזה יישמע מוזר, אולם להתכוונותיות אין כל קשר לפסיכולוגיה.⁷⁹ דמיינו למשל קבוצה של מחוקקים, שעליהם הוטלה המשימה לנסח חוקים. דמיינו עוד שהם שוקלים להטיל רגולציה על מימון בחירות. הם יוצרים טקסט ואנו רוצים לדעת מה הטקסט הזה אומר. אנו קוראים אותו באמצעות המשקפיים של מערך הכוונות – המוסדיות, לא הפסיכולוגיות – שהיו יכולות להיות להם לאור ההיסטוריה המשפטית של הסוגיה ולאור מקומם במערכת, הכוונות (או התכליות) של הידוק או שחרור של הרגולציה על מימון בחירות, או שינויים, או ביטולם או כל האמור לעיל גם יחד. (ייתכן שחקיקה מורכבת מפנייה לציבורים שונים של בוחרים, וכן להעדפות רבות, במהלך התפתחותה).

הכותב "בפועל", אם כן, הוא עצמו הכותב כגורם-מוסדי, על כל פנים למטרות משפטיות; המובן האחר של המילה "בפועל" – הקשור לפסיכולוגיה ולפיזיולוגיה – אינו רלבנטי, לא לנקודה המשפטית.⁸⁰ מה בנוגע ל"כותב הסביר"? האם נוכל להיפטר גם מקטגוריה זו? אכן כן, אם נבין, כפי שברק כמעט מבין, ש"הכותב הסביר", במקום להיות אמצעי לפרשנות, הוא אמצעי שעושים בו שימוש כשהפרשנות נכשלת. ברק מעלה באופן היפותטי "בעלת עיזבון שהכינה צוואה המחלקת את נכסיה בין ילדיה בלי לפרט מה יקבל כל אחד מהם".⁸¹ מה ניתן לעשות? ראשית, אומר ברק, יש לגלות "האם יש מספיק מידע שיצביע על מה הייתה אומרת המורשה, במועד כתיבת הצוואה, אם היו שואלים אותה כמה יקבל כל יורש".⁸² אולם נניח שאין מידע כזה. מה אז? ברק ממשיך ואומר כי "שופטים יפנו אל רמת הפשטה גבוהה יותר בסדר עולה – כיצד היה עונה מוריש סביר".⁸³ רצף המשפטים של ברק מרמז על כך שהצעד השני המתואר אינו שונה במהותו מהצעד הראשון של הניסיון לפענח מה המורשה הייתה עושה אם היו מציגים בפניה את השאלה "כמה יש לתת לכל אחד?", אולם למעשה הוא שונה לחלוטין. הניסיון לפענח מה המורשה הייתה עושה הוא תרגיל שנותר נאמן לכוונותיה,

⁷⁹ ראו Fish, לעיל ה"ש 16, בעמ' 626-647. סטיבן סמית' (Law's Quandary) דואג (136-137) שאין לנו תיאוריה שמסבירה את המודעות האנושית, שלא לדבר על המודעות הקולקטיבית, אותה נראה שהפרשנות המשפטית דורשת. SMITH, לעיל ה"ש 64, בעמ' 136-137. אין צורך לדאוג. איננו זקוקים לה.

⁸⁰ ג'ון מנינג במאמרו *What Divides Textualists from Purposivists*, טוען שהשופט סקאליה וטקסטואליסטים אחרים מנסים "ללכוד את ההבנה של מחוקק אידיאלי ולא אמיתי". לעיל ה"ש 60, בעמ' 83. בביטוי "מחוקק אמיתי" מנינג וטקסטואליסטים אחרים מתכוונים למחוקק שאולי חצי ישן, רעב, או שמוחו ריק ועל כן מיישהו שאין לו כוונות מסוימות כלל; הם היו מוסיפים שקשה עד בלתי אפשרי לפתוח את ראשו ולחלץ אותן ממנו. אך התכוונותיות, כפי שציינתי לעיל, אינה דורשת כניסה לראשם של מחוקקים "בפועל" או מחוקקים "סובייקטיביים". התכוונותיות דורשת רק את ההנחה של משהו שקיבל על עצמו תפקיד מוסדי ואשר אפשר להבין את מעשיו באופן רציונלי ביחס לאותו תפקיד. אין צורך לבחון או אפילו להעלות השערות לגבי העולם המנטלי שלו. אם יש מחוקק אמיתי שכוונותיו חיוניות, הוא או היא אינם פרטיקולריים באופן שנפרד מהתפקיד המוסדי והם גם אינם אידיאליים במובן זה שהם פיקטיביים. הוא או היא הם מחוקקים או שהם נמצאים בהקשר מוסדי אחר, הורה או מורה או שוטר תנועה או קופאי. בנוגע לכל בני האדם האמיתיים האלה, אנחנו קוראים את כוונותיהם ביחס לתפקיד שהם מבצעים; ואלה הן כוונות אמיתיות גם אם לא התגלו על ידי ניתוחי מוח או פסיכואנליזה.

⁸¹ BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 186.

⁸² שם, בעמ' 186-187.

⁸³ שם, בעמ' 187.

מאחר שהוא הרחבה של הרצון להבין אותן. אומנם הכוונה הפרשנית עלולה להיות כוונה שמעולם לא הייתה לה, אולם תהיה זו פרשנות שבנויה על מה שנוכחנו לדעת לגבי ההרגלים שלה (האם השאירה תמיד את אותו התשר במסעדות, או ששינתה את הסכום בהתאם לשרות?); לגבי יחסה למשפחה (האם סברה שקרבת דם היא מעל לכל, לרבות קיומן או אי קיומן של חובות כיבוד אם?); לגבי טבע קשריה עם ילדיה (האם היא התלהבה, התמקדה ופינקה ילד אחד והתעלמה או זלזלה באחרים?); וכדומה.

אולם, כוונתו של "המוריש הסביר" היא פרשנות במוכן אחר לגמרי: היא לא מבוססת על הדמות וההיסטוריה של המוריש האמיתי אלא על פיקציה אידיאלית. כלומר, למרות שהמאמץ לגלות כוונה שאולי הייתה למוריש היא הבניה, מדובר בהבניה שונה ממה שאנו מתייחסים אליה במונח "מוריש סביר". ההבדל הוא בין הדמיה של מה באופן סביר ייתכן שהיא התכוונה לו, ולהדמיה של מה אדם סביר מדומיין היה עשוי להתכוון לו. זהו הבדל שברק לא מכיר בו, כפי שניתן להבחין כשהוא שואל: כיצד מוריש סביר היה עונה? ומשיב: "בחברה דמוקרטית המבוססת על שוויון, התשובה תהיה שכל ילד מקבל חלק שווה".⁸⁴ בהתאם, בידנו כעת צוואה שנכתבה על ידי מאמין בשוויון מדומיין שלגבי כוונותיו ניתן להתחיל לשאול שאלות. אולם ייתכן שהמוריש האמיתי לא האמינה בשוויון כלל, וכשמסלקים אותה לטובת הפשטה הנובעת מתיאוריה פוליטית, מאבדים כל קשר עם מה שהיא אולי התכוונה ועל כן מה שייתכן שהיא ביקשה לומר. ברגע שעושים זאת, כבר לא מדובר בפרשנות; מדובר בכתיבה מחדש. ייתכן שיש כאן כלל – כשהמאמץ לגלות למה התכוון הכותב נכשל, יש להמציא כותב ולשאול מה הוא או היא היו מתכוונים – ואולי זהו כלל טוב, כי בסופו של דבר יש להוציא לפועל את הצוואה, אולם לא יהיה זה כלל מתחום הפרשנות. למעשה לא יהיה לו דבר עם פרשנות.

בדבריי אלה אני בסך הכול מאשש את המימרה של ברק שהפרשנות היא מעשה רציונלי. "אני מגדיר פרשנות משפטית כך: פרשנות משפטית היא מעשה רציונלי המעניק משמעות לטקסט משפטי".⁸⁵ כלומר, פרשנות משפטית אינה פרי תחושת בטן או שרירותית: "זריקת מטבע אינה מעשה פרשני".⁸⁶ הנחת כותב פיקטיבי במקום כותב אמיתי ובירור הכוונות (הבלתיקיימות) שלו או שלה, דומה לכך. ייתכן שזה מעשה רציונלי במוכן שניתן להסביר מדוע הוא נעשה: יש לבצע את מלאכת המשפט; טוב היה אילו היה לנו מידע מספק על מנת לקבוע מה היה למוריש בראש, אולם מאחר שלא הצלחנו בכך, הטוב ביותר כעת הוא להניח שהיא רצתה להיות הוגנת ושוויונית וסבירה ולהמשיך משם. מעשה שכזה הוא רציונלי, ודאי שיותר מאשר הטלת מטבע (שהיא רציונלית בתחילת משחק פוטבול), אולם הוא אינו מעשה פרשני.

בנקודה זו מתעוררת תמיד ההתנגדות – למה לא? ומי אתה שתקבע מהי פרשנות ומה לא? האם אינך בפשטות כופה (או מנסה לכפות) עלינו הגדרה מותנית? אין ספק שאם משהו ירצה לכנות משהו (כגון הטלת מטבע למשל) בשם פרשנות, לא נוכל לעצור בידו. למעשה, אין לי עניין מיוחד במילה "פרשנות"; אני מעוניין ברציונליות של המעשה, בכל שם שנבחר עבורו, כך שאנסח מחדש: אם מה שמנסים לעשות הוא לפענח למה התכוון מאן דהוא במה שאמר, הרי שהשאלה מה אדם אחר היה אומר על כך לא תביא אותנו לשם (אם כי היא תביא אותנו למקום

⁸⁴ ש.ם.

⁸⁵ ש.ם, בעמ' 3.

⁸⁶ ש.ם.

כלשהו). כפי שברק בעצמו מציין: "לא ברור מדוע עלינו לשקול את כוונת המוריש הסביר, ולא את כוונת המוריש בפועל שצוואתו היא נושא הפרשנות".⁸⁷ בדיוק כך. כמוכן, כפי שהודיתי, קיימות נסיבות שבהן ניתן להחליט לנהוג כך, אולם אלה יהיו נסיבות שיובילו למסקנה שהחיפוש אחר כוונת המוריש בפועל לא יצליח ונמשך זמן מספיק. שימושי ככל שיהיה מושג "הכותב הסביר", הוא לא מושג פרשני; הוא לא מקרב אותנו למשמעות שאליה התכוון הכותב. במקום זאת, העלאתו היא סימן לכך שהמאמץ להתקרב לכוונת הכותב ננטש; ייתכן שמסיבות מוסדיות טובות ביותר, אולם אף על פי כן הוא ננטש.

לכך כוונתי כשאני טוען שהאמצעי בדבר "כותב סביר" אינו קשור לפרשנות (אם נוכל להסכים להמשיך להשתמש במילה זו). אם כן נפטרנו משניים: הכותב "האמיתי-פסיכולוגי-פיזיולוגי" לא קשור לתהליך הפרשנות מאחר שהוא או היא הם ישויות פיזירפואיות, לא מוסדיות. לכותב הסביר (או האובייקטיבי) אין קשר לתהליך הפרשנות שכן הוא או היא לא כתבו את הטקסט שיש לפרש. נותרה לנו רק "כוונת השיטה", כלומר סט "הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות והתפקיד"⁸⁸ שמניחים מראש (אך לאו דווקא מזכירים באופן מפורש) בתור הרקע הכללי של כל מעשה משפטי. ברק מסביר כי לא ניתן לקרוא אף טקסט משפטי בנפרד מערכים, מטרות ואינטרסים אלה – "קיימת תמיד תכלית שתכוון את הפרשן בחילוץ המשמעות המשפטית של הטקסט"⁸⁹ – למרות שהתכלית או הכוונה הכוללת של השיטה יקבלו מובנים שונים בתחומים שונים של החוק. בעוד שצוואות, חוזים וחוקים "יוצאו לפועל על רקע הערכים ועקרונות היסוד הללו"⁹⁰, צורת ההוצאה לפועל תשתנה בהתאם לתכלית המסוימת של אותו ענף משפט: האם המטרה הרצויה, או שמא מה שמנסים להשיג הוא כיבוד רצונותיו של המוריש, או הגנה על זכויות הצדדים בחוזה תקף, או השגת טובות חברתיות מסוימות? לכל אחת מהתכליות המסוימות פחות או יותר יהיה מקום, וכל אחת מהן תתרום ולבסוף תוגדר על ידי תכלית השיטה, על ידי אותן מטרות כלליות מאוד אשר לדברי ברק "מהוות סוג של 'מטריה נורמטיבית' הפרוסה מעל [כל טקסט משפטי]".⁹¹

אם כן, האם נצליח להסתדר בלי קטגוריית "כוונת השיטה", בדומה לגישתי שלפיה ניתן להסתדר בלי קטגוריית הכותב הסביר והכותב הביולוגי-פסיכולוגי? התשובה לכך היא כן ולא. לאף מעשה במשפט לא יהיה היגיון משפטי ללא השיטה, כוונתיה או מטרותיה. עבור המנסחים והפרשנים של טקסטים משפטיים גם יחד, הפעולה בתוך מסגרת כוונת השיטה היא מובנת מאליה. אולם זו בדיוק הסיבה לכך שאין מה לומר לגביה ומדוע הפנייה אליה לא יכולה להיות מהלך במשחק שאותו היא מנהלת. לפעול בתוך מסגרת כוונת השיטה הוא לא משהו שניתן להחליט שלא לעשות, וגם לא משהו שמחליטים לעשות באופן מודע. כמו האוויר שאנו נושמים, כוונת השיטה נמצאת סביבנו ואין כל צורך לחשוב עליה, אלא אם כן מסיבה כלשהי היא נמנעת מאתנו. בדיוק מן הטעם ש"כוונת השיטה" היא מכוננת כל כך עבור המעשה המשפטי – מעצבת אותו, הופכת אותו למוכן – אין לגורמים המשפטיים חובה פוזיטיבית להביא אותה בחשבון. הם כבר מביאים אותה בחשבון בזכות העובדה שהם יודעים היכן הם נמצאים – משרד משפטי, בית משפט – ולא חושבים לרגע שהם במקום אחר. עורכי דין או שופטים לא נכנסים לבית המשפט ושואלים

⁸⁷ שם, בעמ' 123.

⁸⁸ שם, בעמ' 148.

⁸⁹ שם, בעמ' 148.

⁹⁰ שם, בעמ' 152.

⁹¹ שם, בעמ' 142.

"מתי מתחיל הסרט?" או "האם יש לך פסטי טרי?" הם גם לא שואלים (מלבד באופן רטורי בהקשר של אסטרטגיה משפטית מסוימת) "בואו נראה, מה בעצם אנחנו עושים כאן?" הידיעה היכן הגורם המשפטי נמצא ומה הוא או היא אמורים לעשות שם אינה תוספת לנוכחותו המוסדית; היא לא מידע שצריך להיזכר בו או ללמוד אותו מחדש; היא ידע מופנם שמגיע במהלך לימוד מערך הנהלים. אין צורך להזכיר ידע שהוא בגדר רקע, והזכרתו לא מוסיפה לך דבר, אתה כבר שם. מעשים שספציפיים למערכת נעשים בתוך גבולות מידע הרקע על ידי בעלי מקצוע שיודעים את מלאכתם. כלומר, בעלי מקצוע שראשם מלא ומעוצב בשיעורים שאין צורך להזכיר לאיש.

כך שכשברק אומר שעל הפרשן "להניח" את "המשגות היסוד של התרבות המשפטית" בתור "בסיס" לקביעת "משמעות הטקסט",⁹² מתעוררת השאלה מה תהיה המשמעות אם לא נניח זאת? כיצד יכול אדם אשר עבורו המשגות היסוד של התרבות המשפטית הן מסתוריות להתנהל בתרבות הזו מבלי להיתקל ברהיטים ובציוד שהוא לא מודע למשמעותם? וכשברק מצהיר כי ביחס לפרשנות "אין צורך להתחיל תמיד עם לוח חלק", הייתי עונה שלא נוכל כלל להתחיל עם לוח חלק ועדיין להיות מישוהו שמסוגל להתחיל. כך שאין היגיון בקביעה ש"פרשן מתייחס לערכי היסוד של השיטה"⁹³ או ששופטים "צריכים לפעול במסגרת המיוסדת המרכזית של החברה"⁹⁴ משל מעשים אלו היו חובות פוזיטיביות ששופטים עשויים שלא לקיים, אלא מדובר במחויבות שהם חתמו עליה זה מכבר מעצם הסכמתם להזדהות כשופטים. מילים כגון "מתייחס" או "צריכים" מרמזים שיכול להיות מרחק בין הזהות המוסדית לערכים שאותם הם מהדהדים כך שיש צורך לאמץ בחיוב את ערכי השיטה.

אין מרחק כזה. פרשן שלא מתקדם מלכתחילה בתוך מסגרת ההנחה של ערכי היסוד וכוונות השיטה, לא היה יכול לעשות אפילו את הצעד הראשון בביצוע המשימה הפרשנית. ולא יכול להיות מרחק או מתח בין תכליות הסוכן ובין תכליות השיטה. תכליות השיטה הן תכליות הסוכן ברגע שהוא או היא מצטרפים למערכת בתום לב, ואם לסוכן יש תכליות אחרות, חיצוניות, והוא מעדיף אותן לאלה של המערכת, אנו לא אומרים שיש להתאים בין תכליות המערכת לתכליות החיצוניות; אנו אומרים שיש לנטוש את התכליות החיצוניות (לפחות למשך התרגיל המשפטי) על מנת שהסוכן יוכל להיות בעל מקצוע משולב כראוי ולא מי שפועל מחוץ לחוק. ברק משתמש באופן תדיר בדימוי של סדק אשר בכוחה של שיטתו לרפא. הוא מצהיר על כך שמשימתה של הפרשנות התכליתית היא לחשל "סינתזה בין המטרה של הנורמה ובין המטרות הסובייקטיביות":

מצד אחד, הפרשן מניח שמטרת הנורמה היא להגשים את כוונת הכותב.
מצד שני, הוא מניח שתכלית הנורמה היא להגשים את הכוונה של השיטה המשפטית.⁹⁵

אולם אין צורך בסינתזה מאחר ששתי התכליות כבר כרוכות יחדיו: הכותב שמפיק שפה כשבכוונתו לכוון מטרה משפטית – חלוקת רכוש, התקשרות בחוזה, ניסוח חקיקה – הוא כבר הנושא והנציג של כוונות ונורמות השיטה.

⁹² שם, בעמ' 162.

⁹³ שם, בעמ' 164 (דגש שלי).

⁹⁴ שם, בעמ' 167 (דגש שלי).

⁹⁵ שם, בעמ' 91.

פירושו של דבר הוא שהתמריץ עבור גורמים משפטיים להתאים את עצמם לכוונת השיטה הוא עצה מיותרת; הם כבר שם בהכרח. מה שגם אומר שבעוד ש"כוונת השיטה" היא קטגוריה דסקריפטיבית טובה – היא מזהה ערכים, מטרות שאיפות וכדומה אשר בהכרח כל מי ששותף למפעל פועל בתוכם – היא לא קטגוריה פרשנית ולא מבצעת פעולה פרשנית. כלומר, אי אפשר לציין אותה (מלבד כתזכורת טקסית: "כאן נעשה צדק"); ושוב, אי אפשר להתייחס אליה מלבד באופן טקסי (ההתייחסות אליה כבר נמצאת בה עצמה), לא תוכל לבחור בה (שכן היא כבר בחרה אותך) ולא תוכל לבחור נגדה (שכן אז לא היית שחקן משפטי כלל); והכי חשוב, לא תוכל להציע אותה כסיבה להגיע למסקנה X ולא למסקנה Y. אם X ו-Y הם חלופות לגיטימיות בתוך מסגרת השיטה, השיטה תתמוך בשתייהן; הניסיון לקבוע איזה מהן נכונה יצטרך להיעשות באמצעות משהו שהוא לא הכוונה הכללית, כלומר זו המשפיעה על הכול.

IV. פרשנות תכליתית כשיטה ותיאוריה

"כוונת השיטה" אם כן, מצטרפת ל"כוונה הפיזית-ביולוגית-פסיכולוגית" ולכוונת "הכותב הסביר" בתור צורות של כוונה שלא מסייעות לתהליך הפרשנות. האחת מאחר שהיא פיסת מידע פיזית שאין לה משמעות מוסדית (לעומת משמעות רפואית או נוירולוגית); האחרת מן הטעם שהיא כוונה של ישות פיקטיבית שלא יצרה את הטקסט שאותו מנסים לפרש; והשלישית, שכן מדובר בכוונה גלובלית שאין מנוס ממנה עבור כל הגורמים. מה נותר לנו אם כן? נותרנו עם כוונתו של הכותב האמיתי, לא הכותב האמיתי במובן הפסיכולוגי-ביולוגי-פיזיולוגי (אם כי היא או הוא יהיו בוודאי גם זאת), ולא הכותב הסביר המדומיין (הגם שאחת השאלות שיש לחקור היא האם הכותב האמיתי הוא סביר), אלא הכותב כגורם מוסדי שבהכרח יהיה כותב הפועל במסגרת כוונת השיטה. המשימה הפרשנית היא לא יותר (ולא פחות) מפענוח מה הכותב הזה – מוריש, מחוקק, מנסח או עורך חוזה – התכוון במילים הללו, והשאלה שמכלול הספר של ברק אמור לענות עליה היא איך עושים את זה? מה יסייע בידינו?

עד כאן, הניתוח שלנו התמצה בקטלוג של כל מה שלא יסייע בידינו. רעיונות "השפה הציבורית" או "השימוש המקובל" לא יסייעו בידינו שכן הרלבנטיות הפרשנית שלהם תלויה בכוונת הכותב לעשות בהם שימוש, ומילות הטקסט לא יכולות להעביר את המידע (החיוני) הזה. (להזכירכם – תחילה יש כוונה, ורק לאחר מכן מילים עם משמעות). קטגוריית "שיקול הדעת" לא תסייע בידינו שכן במקום לקדם את החיפוש אחר משמעות הכותב, שיקול הדעת מתיר לסטות ממנה בשם היצירתיות, הגמישות או ערכי הזמן. הביטויים "בפועל", "סביר", "אובייקטיבי" וכוונות כלל שיטתיות לא יסייעו בידינו שכן הם אדישים לתכלית, פיקטיביים, או קיימים תמיד ומובנים מאליהם. החץ היחיד שנותר באשפתו של ברק הוא "הפרשנות התכליתית" בעצמה, הרעיון שלפיו "התכלית של כל הטקסטים המשפטיים היא להגשים את כוונת הכותב",⁹⁶ רעיון ששולח את הפרשן לתור אחר תכלית הטקסט: "פרשנות תכליתית רואה את התכלית כהקשר שלאורו יש להעניק משמעות לטקסט".⁹⁷ יחד, הצהרות אלה (ורבות הדומות להן) נדמות כמגיעות

⁹⁶ שם, בעמ' 146.

⁹⁷ שם, בעמ' 93.

לסיכום של המלצה מתודולוגית שניתן לפעול על פיה: כשמפרשים, יש קודם לקבוע תכלית; כלומר, בצעו פרשנות תכליתית, ולא סוג אחר. אולם אין סוג אחר. חרף העובדה שברק משתמש במילה זו, פרשנות תכליתית היא לא "גישה" בכלל. היא לא שיטה של פרשנות; היא הגדרת הפרשנות עצמה. היא מספרת לנו שאם אנו עוסקים בפרשנות הרי שאנו מחפשים תכלית או כוונה שמאפיינת (ומעצבת) את הטקסט; אנו מחפשים את כוונת הכותב. היא לא מספרת לנו דבר מעבר לכך. וכשהיא מספרת לנו זאת, אין לה עוד הרבה מה לספר, אם כי עדיין נותר הרבה מה לעשות.⁹⁸ ברק סבור כי יש עוד הרבה מה לספר (בספרו כמעט 400 עמודים), מאחר שהוא חושב, בראש ובראשונה, כי פרשנות תכליתית היא שיטה או גישה; ושנית, שהיא מתחרה בשיטות וגישות אחרות ועל כן יש לחזק אותה בטיעונים: "המטרה שלי היא לשכנע את הקורא שפרשנות תכליתית [...] עדיפה על שיטות אחרות של פרשנות [...]".⁹⁹ הוא מקדיש פרק שלם לשקילת טיעוני הנגד ולביקורת על יריביה לכאורה של הפרשנות התכליתית, אולם במהלך הפרק נעשה ברור יותר ויותר (אם כי ייתכן שלא כך עבור ברק) שפרשנות ללא תכלית (כוונה) במרכזה לא רק שחסרה ובלתי יעילה אלא שהיא לא פרשנות כלל. כך נדחה "הטקסטואליזם הישן" מאחר שלמרות מחאות [תומכיו] "הוא לא מתייחס ברצינות לכוונת הכותב".¹⁰⁰ "טקסטואליזם חדש", טקסטואליזם מן הסוג שהשופט סקאליה טוען שהוא נוהג בו, נדחה מהטעם שהוא "מתעלם לחלוטין מהכוונה החקיקתית ומתמקד בהבנה של הקורא הסביר" וכי על כן, כפי שברק מציין נכונה, מבוסס על הבנת השופט: "ומיהו הקורא הסביר הזה, אם לא השופט?"¹⁰¹ הפרגמטיזם נדחה כי "בפרשנות פרגמטית [...] ההדרכה של פרשנות תכליתית, המדריכה את הפרשן לחפש ולהשיג את מטרת הטקסט, לא קיימת [...]".¹⁰² "פרשנות חופשית" (הכיניו שלו לתורת משפט של כוח מבית היוצר של לימודי

⁹⁸ הרשו לי שוב לענות מראש להתנגדות שבאמירה זו אני רק מציע הגדרה מותנית. לא נכון. אני מציע הגדרה רציונלית לעובדה שבאופן מסורתי, ניתנו שלוש תשובות לשאלה: "מהי משמעותו של הטקסט?": המשמעות של טקסט היא מה שהתכוון הכותב; משמעות הטקסט היא מה שהשפה שלו, המובנת באופן סביר על פי השימוש המקובל, אומרת שכך הוא אומר; משמעות טקסט הוא מה שהפרשנים שלו מבינים ממנו. הטענה שלי לאורך המאמר היא שהתשובות השנייה והשלישית לא עובדות; השנייה בגלל ששימוש מקובל, במקום להגביל את כוונת הכותב (ובכך להגביל את מעשה הפרשנות), היא משאב שהכותב יכול לבחור לעשות בו שימוש או לא; השלישית בגלל שמסירת האחריות למשמעות הטקסט לאנשים או פיקציות שלא קיימות – שופטים מודרניים המפעילים "שיקול דעת", הכותב הסביר או הכותב האידיאלי – היא מתן היתר לשכתוב (אם לא אהבת את המשמעות אליה התכוון הכותב, או אם לא אכפת לך מה הכותב התכוון, פעל כיד הדמיון הטובה עליך). על מנת שהפרשנות תהיה מעשה רציונלי ולא סוג של מה שהארט מכנה "שיקול דעת של מחלק ציונים", חייבת להיות מטרה קודמת ונפרדת מפעולות הפרשן, מטרה שביחס אליה ניתן לקבץ ולהעריך ראיות ולמדוד התקדמות. ראו באופן כללי HART, לעיל ה"ש 32. הטקסט לא יכול להיות המטרה הזו מכיוון שעד שלא הנחנו כוונה עבורו, הוא לא יציב באופן קיצוני, הוא אינו עומד במקומו. רצונו של הפרשן לא יכולה להיות המטרה מכיוון שגם היא יעד משתנה בתנועה; הוא אינו עומד במקומו. מטרת הפרשנות היחידה שהופכת אותה למעשה רציונלי ולא "מה שבא ליד" היא כוונת הכותב. וזה לא אומר שכוונת הכותב נגישה באופן מידי ונהיר; אלא שזה מה שמחפש הפרשן. היא כוכב הצפון שמדריך את מאמצי הפרשן ומטרתו. היא שומרת על הוגנות המשחק.

⁹⁹ BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' xi.

¹⁰⁰ שם, בעמ' 271.

¹⁰¹ שם, בעמ' 282.

¹⁰² שם, בעמ' 288.

משפט פוסטמודרניוּת־הִקְוֵנְסִטְרוֹקְטִיבִיּוּת־בִּיקוּרִיתִיּוּת) נדחית מהטעם שהיא "מבטלת את הכוח המדריך של כללי פרשנות" וכי היא "במהותה [...] לא פרשנית כלל"¹⁰³ אלא סוג של פוליטיקה. הביקורת בכל אחד מן המקרים זהה: השיטה שבביקורת חסרה אמצעי ריסון והריסון החסר הוא כוונת הכותב; בהעדר "ההדרכה של פרשנות תכליתית"¹⁰⁴ הפרשן/השופט עשוי ללכת לכל כיוון שבו יבחר. כשמסלקים את הכוונה, הכול מתפרק. פרשנות תכליתית – פרשנות שמעוגנת במעשה של סוכן תכליתי – אינה אופציה שניתן לבחור בה או לדחות אותה; היא הדבר בעצמו.

מסקנה זו מרומזת בכמעט כל מה שברק כותב, אולם בכל זאת עדיין הוא כותב משפטים כגון זה: "אם מטרת הפרשנות הייתה הענקת המשמעות האסתטית הנעימה ביותר לטקסט, ייתכן שהיינו בוחרים שיטת פרשנות אחרת מאשר זו שמטרתה להגשים את כוונת כותב הטקסט"¹⁰⁵. אולם מתן המשמעות האסתטית הנעימה ביותר אינה מטרה פרשנית, אלא אם כן אנו סבורים כי יש אסכולת פרשנות של ניתוח פלסטי שעל פיה אומרים דברים מסוג: "בסדר, זו המשמעות, אך היא קצת אפרורית ומדכאת, נכון? אז בואו נבהיר אותה קצת" או "אני יודע שהתמות בספר לא מתגבשות יחד, אבל בואו נעמיד פנים שכן, כדי שנוכל להציג אותו כנעים אסתטי". אלה כמובן דברים שאפשר לומר (ולעשות) אולם הם אינם דוגמאות לפרשנות, אלא של פרויקט אחר (כגון הפיכת הטקסט ל"טוב ביותר" האפשרי), שבכוונה תחילה זונח את הפרשנות. אין בחירה בין שיטות פרשנות. למעשה, אין שיטות פרשנות. יש רק פרשנות, באופן פשוט ושלם (שהיא היא הניסיון להגשים את כוונת כותב הטקסט) והיא אינה שיטה.

בזה כוונתי (כפי שציינתי בהקדמה) שהיא אינה שיטה. כשמבינים, כפי שברק מבין לעיתים, שפרשנות היא פענוח כוונת הכותב, ההבנה לא מגיעה לכדי מתכון או תוכנית פעולה. הידיעה של מהי פרשנות (ומה היא לא) לא מורה כיצד לבצע אותה. "צא ועשה פרשנות תכליתית" היא הוראה בעלת כפילות מיותרת – זה מה שאתה עושה כשאתה מפרש – והיא לא מספרת לך איך להתקדם. כל השאלות נותרות בעינן, לרבות השאלה של מי או מה הם המתכוונים. כך שאני יודע שאני מחפש את הכוונה של סוכן תכליתי, של כותב, אך מיהו, היא, הם או זה והיכן אמצא ראיות לכוונתם? התשובות לשאלות הללו לא נמצאות בתיאוריית פרשנות כלשהי מאחר שפרשנות אינה מעשה תיאורטי; היא מעשה אמפירי. בנוגע לפרשנות, יש רק שאלה אחת: מה משמעות הטקסט? השאלה תיאורטית שכן היא כללית; היא לא שואלת מה המשמעות של טקסט זה או אחר, אלא מה המשמעות של כל טקסט? והתשובה לשאלה התיאורטית הזו כללית גם היא ולא כוללת את שלב הבהרת הפרטים. התשובה התיאורטית הנכונה לשאלה התיאורטית היחידה היא שמשמעות הטקסט היא כוונת הכותב. וכאשר ניתנה התשובה, היא דוממת ונותנת לפרשנים לבצע את יתר המלאכה.

ברק מאמין שהמלאכה תיאורטית ושההישג של ספרו הוא בהצגת תורה שתממש אותה:

חוקרים מעטים ניסו ליצור תיאוריה פרשנית כללית שחלה על כל סוגי הטקסטים המשפטיים. הפרשנות התכליתית שואפת למטרה זו.¹⁰⁶

¹⁰³ שם, בעמ' 297.

¹⁰⁴ שם, בעמ' 288.

¹⁰⁵ שם, בעמ' 220.

¹⁰⁶ שם, בעמ' 94.

שאיפה זו כללית ומקיפה בעת ובעונה אחת: "ספר זה [...] מציג פרשנות תכליתית כשיטה כללית של פרשנות לשימוש בכל הטקסטים המשפטיים".¹⁰⁷ ברק מסביר כי זו "גישה כללית, אחידה לפרשנות [...]".¹⁰⁸ לא כך. זהו תיאור כללי או הגדרה של פרשנות, וכהגדרה היא אכן חלה על כל הטקסטים המשפטיים (והלא משפטיים). לא משנה מה הטקסט או התחום המשפטי, פרשנות תכליתית היא מה שתעשה אם באמת תפרש. איך תעשה אותה הוא משהו שההגדרה – משמעות הטקסט היא מה שהתכוון הכותב – לא תלמד אותך. השיעור המתודולוגי היחיד שהפרשנות התכליתית מוסרת הוא שלילי: חפשו תכלית וכוונה ולא משהו אחר (כגון מה הכותב האידיאלי היה מתכוון על ידי הטקסט או מה מחוקקים היום היו רוצים שהוא יאמר). שאלות כגון "התכלית של מי?" או "היכן מוצאים לה ראיות?" עדיין נדרשות להישאל, וניתן למצוא להן תשובות, כפי שברק מודה, בכל מקום. כיצד נוכל לקבוע את תכליתו של טקסט? "נפנה אל לשון הטקסט, אל טקסטים אחרים, אל היסטוריית הטקסט ואל ערכי השיטה הכלליים".¹⁰⁹ מה נעשה כשיש יותר ממועמדת אחת סבירה לתכלית הטקסט? "לפרשנות התכליתית אין תשובה פשוטה לשאלות מורכבות אלה" שכן "באמתחתי אין כלל עליון או 'כלל הכרעה' ברור ומוגדר".¹¹⁰ איך מאזנים את הערכים המתחרים הנמצאים בשיטה המשפטית? "אין 'נוסחת איזון' יחידה מכיוון ש'מגוון המצבים מצריך מגוון של נוסחאות מאזנות'".¹¹¹ האם נוכל לפנות אל הנסיבות הרחוקות, מבחינת זמן ומקום, מן ההתגבשות ההיסטורית של הטקסט? האם נוכל לפנות לביוגרפיות, להיסטוריית חקיקה, לקטעי עיתונות, או לרשומות הקונגרס? "הפרשן מחפש את הכוונה בכל המקומות הללו".¹¹² בקצרה – לא גישה, לא שיטה ולא תיאוריה, אלא רק מחקר אמפירי ישן וטוב שבמהלכו תרים אחר ראיות, מצרפים יחד את אשר מוצאים ובונים תיאור של כוונת הכותב, ועל כן של משמעות הטקסט שהוא יצר. אומנם, טבעו של המחקר האמפירי הוא שחוקרים יגיעו למסקנות שונות כתוצאה מפעולות שיפוטיות (בשאלה אם זו פיסת מידע רלבנטית, או אם יש להדגיש ערך מוסדי מסוים) ופעולות שיפוטיות הן בהגדרתן שנויות במחלוקת. ברק צודק כשהוא טוען כי "שני שופטים עשויים להגיע לתוצאות סבירות הפוכות",¹¹³ אולם הוא טועה כשהוא רואה בעובדה יומיומית זו ראיה לכך ש"קיים שיקול דעת שיפוטי".¹¹⁴ לא, זו ראיה (כמעט חסרת ערך) לכך ששני פרשנים בעלי מידה שווה של יכולת ותעודות, יהיו לעתים קרובות במחלוקת באשר למה שקשור ומה לא קשור למשימה המתבצעת. אין כאן שיקול דעת, אם הכוונה בשיקול דעת היא תחום שבו הפרשן/שופט רשאי להתקדם בחופשיות לכיוון זה או אחר. וכך מגדיר זאת ברק:

משול הדבר לכך שהחוק עוצר בצומת, ועל השופט להחליט – ללא אמת מידה ברורה ומדויקת – לאיזה כיוון לפנות. שיקול דעת הוא החופש לבחור בין פתרונות משפטיים שונים.¹¹⁵

¹⁰⁷ שם, בעמ' xi.

¹⁰⁸ שם.

¹⁰⁹ שם, בעמ' 111.

¹¹⁰ שם, בעמ' 183.

¹¹¹ שם, בעמ' 180 (ציטוטים הושמטו).

¹¹² שם, בעמ' 143.

¹¹³ שם, בעמ' 209.

¹¹⁴ שם.

¹¹⁵ שם, בעמ' 208 (ציטוטים הושמטו).

אולם, רעיונות בדבר "בחירה" ו"חופש" אינם קשורים כלל לפרשנות. הפרשנים אינם בוחרים את המסקנות שאליהן הם מגיעים והם בוודאי לא בוחרים אותן באופן חופשי. הם **משתכנעים** בהן. כלומר, במהלך הסקירה וההערכה של הראיות שבפניהם הם משתכנעים שהעניין הוא זה ולא אחר. אמונה או שכנוע לגבי אמיתות הסוגיה היא בדיוק מה שהם לא בוחרים. הם לא אומרים: "אני בוחר להאמין שהשטן הוא הגיבור באפוס 'גן העדן האבוד' של מילטון" או "אני בוחר להאמין שסעיף הדת בתיקון הראשון לחוקה מתיר תפילה בבתי ספר". במקום זאת, הם קובעים כי "מהסיבות שאפרט להלן, על בסיס הראיות שסקרתי, השתכנעתי שהשטן הוא הגיבור ב'גן העדן האבוד'" או "לאור הנסיבות של כתיבת התיקון הראשון לחוקה, אני משוכנע שהמייסדים לא היו רואים בתפילה בבתי ספר ייסוד של דת". בשני המקרים לא קיימת בחירה (או בכל מקרה אחר שניתן להעלות על הדעת). אין גם הפעלת שיקול דעת. הולכים בעקבות המחקר עד למסקנה שאליה הוא מוביל, והמסקנה תהיה במקום שבו נעצור (לפחות כל עוד לא שינינו את עמדתנו בגין ראיות חדשות משכנעות), לא במקום שבחרנו להיות בו.

ברק עובר מהערה נכונה לגבי טענה מסוימת – שהיא עשויה להנפיק אמונות סבירות הפוכות – לתיאור מוטעה של פרשנות – שהיא מתירה ואפילו מכריחה שיקול דעת, או כפי שהוא מגדיר לעיתים, "יצירה".¹¹⁶ אולם מה שהוא תופס כשיקול דעת הוא למעשה לא יותר מאשר אי-הסכמה סתמי. הצדדים לאי-הסכמה לא חושבים על עצמם כסוכנים של שיקול דעת או יצירתיות; הם תופסים את עצמם בתור סוכנים של אמת, וכל אחד רואה בשני מי שמפיץ שקר. אולם לשיפוט של אמת ושקר (לפחות ביחס לפרשנות) אין מקום בטענה של ברק. למעשה, טענות כאלה הופכות לבלתי-זמינות כשהוא מציע לבנות את השיטה שלו על יסוד הבסיס הרעוע של המגבלות הלשוניות המחוררות – מגבלת השפה הציבורית או השימוש הרגיל – שמאפשרות משמעויות מסוימות אולם לא כל משמעות אפשרית. נוכח המגבלה הזו, הפרשן חסום (על פי טענת ברק) לפחות מהגעה למסקנה ש"כלבים" עשויים להיות "אריות", אך במקרים רבים עדיין נותר "טווח של אפשרויות סמנטיות",¹¹⁷ ובמרחב שנפתח באמצעות הטווח הזה נכנס שיקול הדעת. יתירה מכך, מאחר ששיקול הדעת הוא "בלתי נמנע",¹¹⁸ (אני עדיין מתאמן על הטענה של ברק שלא מקבלת אותו), יהיה תמיד רגע שבו יש לבחור, וכל שנותר לבקש הוא שהבחירה תהיה סבירה. לא ניתן לבקש שהיא תהיה נכונה או צודקת באופן אבסולוטי שכן השיטה ושיקול הדעת שהיא כוללת ברמותיה השונות, לא מוגדרת במלואה. על כן – וזו המסקנה שממתנה לברק למן ההתחלה – "אין פרשנות 'אמיתית'"¹¹⁹ כפי ש"אין משמעות 'אמיתית'".¹²⁰

אולם מסקנה זו מושגת רק אם מקבלים את התמונה של ברק, המציירת תהליך פרשני שמוגבל על ידי שפה שהיא גמישה במידת מה בקצותיה, ומהודקת מאוד במרכזה. טענתי מוקדם יותר (ואני מצהיר שוב) שאין מגבלה כזו, ושהכותב חופשי להתכוון לכל דבר שירצה באמצעות המילים שהוא עושה בהן שימוש. אולם, בניגוד למה שהיה ניתן לחשוב, הרחקת המגבלה של השפה לא משחררת את הפרשנים אלא כובלת אותם חזק יותר ממה שהיו כבולים אילו השפה הייתה מגבילה אותם בצורה הרפויה שברק מתאר. מה שהם כבולים אליו הוא הכוונה של

¹¹⁶ שם, בעמ' 218.

¹¹⁷ שם, בעמ' 98.

¹¹⁸ שם, בעמ' 114.

¹¹⁹ שם, בעמ' 218.

¹²⁰ שם, בעמ' 9.

הכותב – הכוונה שהופכת סימנים לטקסטים – וזו נקודת מפתח במשימתם לפענח באיזו מערכת לשונית השתמש הכותב – ציבורית, פרטית, ז'רגון מקצועי, אלגורית, סמלית, מיסטית או כל דבר אחר. פרדוקסלי ככל שייראה, סילוק מגבלת השפה משיב את האמת לתהליך הפרשני, מאחר שיש כעת משהו (כוונת הכותב) שלגביו יש נכון ולא נכון, בעוד שבתמונתו של ברק, המצייר חוסר הגדרה מוגבל, קיים רק נכון "בערך". על ידי החלפת המגבלה הלשונית במגבלה התכוונתית אנו משיבים לעצמנו את האפשרות לפרשנות אמיתית ומשמעות אמיתית בדמות תיאור נכון של מה שהכותב התכוון אליו.

אומנם, אין מנגנון המאפשר לנו לקבוע איזה מבין שני תיאורים (או יותר) הטוענים לאמת הוא הנכון, ועל כן לעתים קרובות יעמדו בפנינו תיאורים מנוגדים סבירים. ברק מציין את התדירות של המחלוקת ומסיק ממנה כי "אין פתרון יחיד וחד פעמי"¹²¹ לסוגיה משפטית. לא. התדירות של המחלוקת – העדר האפשרות למגר אותה – מדגימה שאין פתרון החסין בפני ערעור או תיקון. העובדה שהפרשנים יתווכחו יותר מאשר יסכימו מהי זהותה של הפרשנות האמיתית לא אומרת שאין זהות כזו. למעשה, רק אם כל הצדדים משוכנעים שיש פרשנות אמיתית אזי היסטוריית הניסיונות והטיעונים שלהם הגיוניים. כך ש"הניסיון לפענח את המשמעות המשפטית האמיתית של טקסט" אינו, כפי שטוען ברק, "חסר תוחלת"¹²². הוא הכרחי ומכוון. בלעדיו הפרשנות נעשית העיסוק חסר המשקל וחסר האחריות שברק מנסה תמיד להישמר מפניו.

סיכום

מכל האמור עולה שכוונת הכותב היא התשובה לכול. היא מספקת לפרשנות מטרה. היא משיבה על כנה את קטגוריית האמת. היא מסירה שיקול דעת ויצירתיות מן התהליך, והיא מסלקת את הצורך בריבוי מנגנונים. מה יש לברק נגדה? מדוע היא לא מספיקה עבורו? מדוע היא טורח לבנות את הבניין המורכב הזה? ברק מפרט את סיבותיו בפרק האחד-עשר בספרו. הסיבה הראשונה שהוא נותן היא שהתכוונתיות, או כפי שהוא מכנה אותה "התכוונתיות הסובייקטיבית", היא על פי רוב לא מוקד הפרשנות ממילא: "רוב השיטות הסובייקטיביות אינן למעשה 'סובייקטיביות' כלל, כי הן לא חוקרות את רצונו האמיתי של הכותב"¹²³. בביטוי "רצונו האמיתי של הכותב", הוא מתכוון לרצון הפיזיולוגי-פסיכולוגי, הרצון כפי שניתן אולי לפענח באמצעות מדידת גלי מוח, חקר של מצבים מנטליים, ביצוע ניסויים מבוקרים וכדומה. אולם כפי שכבר טענתי, אותם רצון או כוונה אינם רלבנטיים לתהליך הפרשנות, המעוניין רק בכוונתו של הכותב כסוכן מוסדי, מישהו שמנסה לעשות משהו בתוך הנחות היסוד והצווים של שיטה תכליתית. איסוף מידע פסיכולוגי או נוירולוגי אינו חלק מעיסוקה של הפרשנות. כך שהעובדה שהתכוונתיות לא מתייחסת לכוונה ה"סובייקטיבית" פועלת לזכותה בלבד, ולא משמשת נקודה לחובתה. הסיבה השנייה לכך שברק מסרב להסתפק בהתכוונתיות בצורתה הפשוטה וחסרת העיטורים היא ש"התכוונתיות [...] לא מספקת פתרון לכל הבעיות הפרשניות העומדות בפני השופטים"¹²⁴ וכן כי לעתים בלתי אפשרי אפילו

¹²¹ שם, בעמ' 209.

¹²² שם, בעמ' 9.

¹²³ שם, בעמ' 265.

¹²⁴ שם, בעמ' 266.

"לדעת מה הייתה כוונת הכותב(ים)"¹²⁵ אולם זהו "פגם"¹²⁶ רק אם התכוונתיות היא שיטה ולא התשובה הנכונה לשאלה. התכוונתיות, אם לחזור שוב על הנקודה, מספרת לנו מה אנחנו עושים כשאנחנו מפרשים; אנחנו מחפשים את כוונת הכותב. היא לא מספרת לנו איך למצוא אותה והיא לא מבטיחה שנמצא. חוסר הצלחה במציאת "מה הייתה כוונת הכותב" הוא לא כישלון של התכוונתיות אלא כישלון המחקר האמפירי, וכפי שאנו יודעים, מחקרים אמפיריים נכשלים כל הזמן. מבואות סתומים אמפיריים (ויש רבים יותר ממה שברק מונה) לא גורעים מכוונת התזה ההתכוונתית, הנחלשת רק אם ניתן להדגים שיש תשובה טובה יותר לשאלה (שוב, שאלה הגדרתית ולא מתדולוגית) "מהי משמעותו של טקסט?".

ברק מאמין שפרשנות תכליתית היא התשובה הטובה יותר מכיוון שהיקפה ושאיפותיה גדולות יותר מהמטרה הצרה של פירוט כוונת הכותב. פרשנות תכליתית, הוא טוען, "מסייעת בהבנת הטקסט כחלק מכללותה של השיטה כולה ומסייעת לטקסט ולפרשן למלא את תפקידם בדמוקרטיה"¹²⁷. בקיצור, פרשנות תכליתית עונה על שאלות רבות יותר מאשר התכוונתיות בלבד (שלעיתים קרובות לא יכולה לענות אפילו על השאלה שלה עצמה). אכן כך, אולם השאלות שעליהן היא משיבה אינן שאלות פרשניות, אלא שאלות שנשאלות לאחר שהפרשנות – החיפוש אחר כוונת הכותב – נכשלה, או ננטשה לטובת מפעל אחר. או אז שואלים, מה היה אומר המוריש הסביר, או איזו דרך יישוב מתאימה ביותר לערכי השיטה, או איזו הכרעה תקדם את שגשוג הדמוקרטיה, או איזו אלטרנטיבה תשמור בצורה הטובה ביותר על זכויות אדם בסיסיות?

כל אלה שאלות טובות, וניתן להבחין בנקל כיצד העלאתן ומתן התשובות להן עשויים לעזור למי שהפקדה בידיו החובה להכריע כאשר לא התגלו ראיות ברורות לגבי כוונת הכותב, או כאשר מחויבות אחרת – שימור הסדר החברתי, שמירה על יכולת ההיענות והיעילות של המערכת – נתפסת כמה שמתגבר על גילוי משמעות הטקסט. כפי שברק חוזר ואומר, משימות מערכת המשפט מורכבות ומגוונות, ולא יהיה זה ריאלי להניח שניתן לבצע את כולן באמצעות חילוף הכוונה של כותב כלשהו, או שבהעדר מידע על כוונת הכותב אין לבצע אותן. אולם אין זה אומר שיש לחקור דרכים פרשניות מלבד חיפוש הכוונה; אלא זה אומר שהפרשנות אינה תמיד הפעולה אותה אתה רוצה לעשות בניסיון ליישב בעיה משפטית. כל שאני אומר (בפעם המיליון) הוא שאם מה שאנו עושים הוא פרשנות, ולא ניסיון להשיג תוצאה חברתית רצויה, יש רק דרך אחת לבצע אותה. הניסיון להשיג תוצאה חברתית רצויה שייכת לתחום המסוכן של עיצוב החוק כך שיתאים למטרות בהווה, וזה מביא אותי לסיבה השלישית של ברק לדחיית התכוונתיות: "היא לא מצליחה לראות בטקסט המתפרש יציר של סביבה משתנה"¹²⁸, ועל כן "מקפיאה את משמעות הטקסט בנקודה היסטורית של זמן יצירתו, והופכת אותו בלתי רלבנטי למשמעות הטקסט בדמוקרטיה מודרנית"¹²⁹. אני מאמין שלא יפתיע איש אם אשיב לכך בטענה שקביעת המשמעות (לא הקפאתה; זהו מינוח מוטא) בנקודת הזמן שבו נוצרה היא מה שפרשנות נועדה לעשות מלכתחילה,¹³⁰ והחלפת משמעות זו במשמעות שמסבירה פנים לדמוקרטיה מודרנית אינה פרשנות כי אם שכתוב. צורכי הדמוקרטיה המודרנית לא כתבו את הטקסט וכשהופכים את צורכי הדמוקרטיה

¹²⁵ שם, בעמ' 266-267.

¹²⁶ שם, בעמ' 266.

¹²⁷ שם, בעמ' 268.

¹²⁸ שם, בעמ' 267.

¹²⁹ שם, בעמ' 268.

¹³⁰ ראו Scalia, לעיל ה"ש 8.

המודרנית לכותב הטקסט משתחררים מכל המגבלות על מה שניתן להכריזו עליו שהוא החוק. ברק מתלונן על כך שבמסגרת התכונותיות "הפרשן נעשה כפוף לכותב ההיסטורי".¹³¹ אכן, וזה בדיוק מה שראוי להיות אם המשחק רציני. התנגדותה של התכונותיות ללחצי רצונות עכשוויים אינה "פגם", כמו עמדת ברק, אלא אות כבוד. אך טבעי הוא שאזרחי המאה העשרים ואחת רוצים חוקים וחוקות המתאימים לערכיהם ולצורכיהם הדחופים. עליהם לכתוב ולהעביר חוקים מסוג כזה, ואם נראה להם שהחוקה מונעת בעדם, עליהם לתקן אותה.

לאחר ניתוח ביקורתי רחב כל כך, ייתכן שייראה משונה שאני מסכם בכך שיש הרבה מה להעריך בספר של ברק. הוא מקיף, סמכותי, נדיב בהודאותיו לעבודתם של אחרים, מקפיד לשקול אף את הטענות שהוא דוחה. מעל לכל, בנקודה העיקרית, ברק צודק לחלוטין. אין תפיסה קוהרנטית של פרשנות מבלי שבמוקדה תימצא תכלית. הוא גם צודק בנקודות נלוות חשובות, כגון בדחייה עקבית של העמדה שלפיה "אין כוונה, או שלא ניתן לזהות אותה וכי החיפוש אחריה הוא פיקציה".¹³² לדבריו, אם חוק עבר, ברור שזו "הכוונה המשותפת שהביאה להעברתו".¹³³ ייתכנו קשיים בזיהוי כוונה זו, אולם קשיים אלה "רחוקים מאוד מהמסקנה הדוגמטית שלפיה בלתי אפשרי לדעת מה [...] הכוונה של כל קטע חקיקה".¹³⁴

זהו ניסוח מושלם, ויש עוד קביעות רבות שעומן אני מסכים. אולם אני יורד מהרכבת כשברק מתעקש להפוך את התכליתנות לשיטה במקום להגדרה של פרשנות, ואז מוצא שלב ליבה של התכליתנות – כוונת הכותב – לא מספיק כדי למלא את המשימה המתודולוגית ועל כן זקוק לאמצעי עזר הממלאים את דפיו. אמצעי העזר אינם חסרי משמעות. לעתים קרובות דיונים על "הנחות יסוד תכליתיות" (הנחות יסוד המשקפות את המטרות הבסיסיות ואת הערכים של השיטה המשפטית) והתפקיד שהן משחקות בתחומים שונים של המשפט (צוואות, חוזים, חוקים, חוקות), כמו גם אסטרטגיות לשיקול ואיזון במצבים מסוימים, הם מעוררי השראה ומספקים יוריסטיקה שפרשן עשוי למצוא לעזר.

אולם מה שהם לא מספקים הוא תיאוריה; רק כללי אצבע או עצות שלאחר מעשה: כשנתקלים בבעיה או במורכבות הזו, יש לנסות את הדבר המסוים הזה, ואם זה לא עובד, אפשר לנסות את הדבר ההוא שם. כשהספר מצליח, הוא מצליח בגלל הניסיון הפרקטי העצום של הסופר בכל מה שכוללת המשימה השיפוטית. כשהוא נכשל, הוא נכשל בגלל השאיפה התיאורטית של הסופר, שאיפה שמבקשת מהתכונותיות יותר ממה שתוכל אי פעם לתת. מה שהתכונותיות יכולה לתת (אומר בפעם האחרונה) היא התשובה הנכונה לשאלה "מהי משמעותו של טקסט"? לאחר שהיא השיבה על השאלה, התכונותיות סיימה את עבודתה ולא תוכל לעשות אחרת. כל שיש לה להציע – וזה די עבורי אם לא עבור השופט ברק – הוא הקמצנות הנהדרת שלה.

ציטוט מוצע: תרגום מאמרו של סטנלי פיש "הכוונה היא הכול: ניתוח ביקורתי לספרו של אהרן ברק "הפרשנות התכליתית במשפט" בלוג רשות הרבים (20.6.2023).

¹³¹ BARAK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 268.

¹³² שם, בעמ' 260.

¹³³ שם, בעמ' 133.

¹³⁴ שם.