

חוק, פרשנות וסמכות

מאת

ברכיהו ליפשיץ*

ההפיכה החוקתית, שהחלה בשנות השמונים ואשר הביאה תחת סמכותה של הרשות השופטת הן את הרשות המבצעת, על שלוחותיה, הן את הרשות המחוקקת והן את הרשות המכוננת, וכעת מתנגדת רשות מספחת זו בתוקף רב לצמצומה של הסמכות שנטלה לעצמה, איננה המהפכה היחידה שהתרחשה בשנים הללו.¹ לצידה, ותוך סיוע לה, התרחשה לה גם הפיכה פרשנית שיש לה השלכות על כל תחומי החקיקה ולא רק על התחום החוקתי. זו הפיכה שקטה הרבה יותר והציבור אינו מודע לה, אך השלכותיה רחבות יותר, וגם היא מביאה לידי כך שסמכותה של הרשות המחוקקת תצומצם עד מאוד ומרכז המעשה המשפטי יהיה בבית המשפט. ההפיכה הפרשנית קשה וחמורה לא פחות מן ההפיכה המשטרית הנוהגת בארץ למעלה מארבעים שנה. שתי ההפיכות הללו צעדו יד ביד במקביל, בדרכים לא דרכים ובשיתוף פעולה ביניהן לתכלית אחת: הצבתה של הרשות השופטת מעל כל רשות אחרת. במופע מיוחד התאחדו שתי ההפיכות, כשבפסק הדין שבו הוכרו על המהפכה המשפטית נעשה הדבר בשימוש בדרך הפרשנות. המקבילים נפגשו. קשה מאוד להתעלם מן התמונה הרחבה על שלל פרטיה המתגלה לעינינו ולא להסיק ממנה את המסקנות המתבקשות.

בדברים שלהלן אדון במספר סוגיות הקשורות, מכיוונים שונים, לשאלת הסמכות לפרש חוק ואת לשונו של החוק.

* ברכיהו ליפשיץ הוא פרופסור (אמריטוס), בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית לשעבר. המאמר מבוסס על [הרצאה שהושמעה בכנס](#) בשם "ולשונו תדבר משפט" באוניברסיטת בר-אילן בשיתוף עם האקדמיה ללשון העברית ביום ט באלול תשע"ט (9.9.2019). כמוכן, הדברים לא היו יכולים להיות נידונים בהרחבה הראויה להם, והם באים כאן בלשונם כהרצאה, עם הערות והפניות, ועם כמה הוספות וכמה שינויים שהזמן גרמם.

¹ על הדרכים השונות ועל השלבים השונים שבהם הושגה שליטה זו ראו: ברכיהו ליפשיץ ["הן, תמימות לא קדושה!" רשות הרבים](#) (23.2.2023).

א. מות המחוקק ועליית הטקסט

דבר פשוט וברור הוא שלעיתים אנו נדרשים לפרש ולברר הוראה, או בקשה, שניתנו לנו, וזאת משום שהן אינן ברורות בעינינו, ומסיבה כלשהי איננו יכולים לקבל הבהרה מנותן ההוראה או ממבקש הבקשה. אם אנו חשים כלפיו מחויבות, או שאנו חוששים מפניו אם נפר את הוראתו, וחשוב בעינינו למלא אחר רצונו, דומה שלא נאמר לעצמנו, שהואיל והדברים נאמרו בצורה עמומה נתונה בידינו הסמכות לעשות כרצוננו שלנו ולהבין, כביכול, בכל דרך שהיא, כולל מה שנוח בעינינו, את ההוראה ולפעול באופן זה. אדרבה, נרצה מאוד לכוון דווקא לכוונתו של המצווה כדי לרצות אותו. נוכל, כמובן, לטעות, והדבר יעמוד לזכותנו בעת שיבואו עימנו חשבון, שהרי לא הרי העושה במזיד כהרי העושה בשוגג. אך, משום מה, שונה הדבר באשר להוראתו של המחוקק; משום מה, מקובל כיום שלא הרי הוראתו של החוק כהוראתו של פסק דין של בית המשפט.

אומר פרופ' משה אזר:

"הנחת היסוד שלנו היא שקיימת זהות גמורה בין משמעות הטקסט לכוונת מחברו. טקסט בלא מחבר, או בהתעלמות ממחברו, אינו טקסט. הקורא 'טקסט' שאין לו מחבר, או בהתעלמות ממחברו, אינו 'מבין' אותו במשמעות האמיתית של המושג הזה, אלא רק מכניס בו תכנים שיתאימו פחות או יותר למוסכמות הלשוניות, אך אין בין זה לבין פרשנות ולא כלום. זו יצירה של טקסט חדש בתחפושת של הבנת טקסט ישן".

והוא מעיר בסרקזם כי:

"פלורליסטים הדוגלים באימוגדרות הטקסט, כגון דרידה, נוהרים מאוד להסביר את הטקסטים שלהם בצטטם מדבריהם. דרידה מצטט את דרידה, ולא נאום של טוני בלייר".²

וכך גם אהרן ברק מצטט את אהרן ברק ולא את מרגרט תאצ'ר. ובאמת, מדוע ידבר בלייר בקולו של דרידה כשעדיף שדרידה עצמו ידבר? הרי כך, למרות קשיי ההבנה, הוא יובן טוב יותר!

² משה אזר "פרשנות החותרת להבין את הנקרא" לשוננו ע 553-572 (2008). ראו גם Stanley Fish, *Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law*, CARDOZO L.R. 29 1109-1146 (2008). המאמר תורגם לאחרונה לעברית: סטנלי פיש "הכוונה היא הכול: ניתוח ביקורתי לספרו של אהרן ברק הפרשנות התכליתית במשפט" רשות הרבים (20.6.2023). ראו שם, בעמ' 3-4: "כתוצר מקרי אין לסימנים הללו כל משמעות [...] 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' [...] ההתמקדות בכוונה היא לא גישה פרשנית – שיטה אפשרית אחת המתחרה עם שיטות אחרות – היא היא הפרשנות". וכן שם, בעמ' 6: "הטקסט לא נעשה טקסט – כלי של מסר – בלי שיש הנחה בדבר תכנון תכליתי של כוונה; אם נסיר את ההנחה הזאת, הטקסט מתמוסס לכדי מסה של צורות חסרות משמעות [...] ומאחר שהן חסרות משמעות לא ניתן לייחס להן משמעות". לעניין המונח 'טקסט' נשוב להלן. גם בית המשפט מצטט, כמובן, את עצמו בהרחבה: "כבר פסקנו", "כבר כתבנו" "כבר עמדנו על כך בעניין אחר". מעניין הוא, שמשום מה הטקסט של מחבר פסק הדין אינו הופך תמיד לנושא לדקונסטרוקציה. אומנם האמת היא, שפסקי דין של שופטים קודמים "מתפרשים" כיום גם הם בדרך זו כשהם מובאים כאסמכתא, כביכול, לשופט מן הדור הבא. וראו גם המצוטט בה"ש 36 להלן.

לביקורת נוספת, חריפה מאוד ומכיוונית נוספים על ספר זה של אהרן ברק ראו גם ריצ'ארד פוזנר, "רודן נאור", באתר הספרייה – יסודות המשפט שבאתר הפורום הישראלי למשפט וחירות, בתרגומו של ג'וני גרין, ואת הערותיו של המתרגם.

"פרשנות" אחרת מתעללת בטקסט, והיא איננה פרשנות בתוס'לב, שהוא הנורמה המלכותית שהכול חייבים לבוא תחתיה בכל דבר ועניין.

רולאן בארת קבע את "מות המחבר"³, כי ממילא אין דעתו נחשבת יותר מזו של כל קורא אחר, העושה שימוש בקבוצת הסימנים שכתב המחבר כדי להביע את דעתו של. כל זה נחמד מאוד ובלתי מזיק, אם כי כבר נאמר שאם רצונך להעליב משורר – הסבר לו את שירתו, אבל למי אכפת; האוהבים את בארת, או את פוקו, או את דרידה, אלה יקראו כל מה שיצא מתחת ידיהם, ודבריהם שלהם ומחשבותיהם שלהם, שעלו בדעתם בעת קריאת ה"טקסט" שכתב משהו אחר, יהיו "מעניינים" ללא כל ספק.⁴ אך אין אלה מחשבותיו של המחבר!⁵ בספרות אפשר, אולי, להתעלם מן המחבר, אבל האם אפשר להמית גם את המחוקק, שהוא מקור הסמכות של החוק ושל השופט בלי לכרות את ענף הסמכות שעליו הוא יושב? האם רשאי שופט להתעלם מן המחוקק? הרי בית המשפט לא נולד מן האין, אלא מחוק בתי המשפט שחוקקה הכנסת.⁶ והאם באמת רשאי השופט להפוך ולהיות למחוקק האמיתי תחת החסות של "מידת הפרשנות", כביכול?⁷

מסתבר שכן הוא. ואכן, בזמנו כתב השופט יואל זוסמן כך:

מהי אפוא "משמעותה הנכונה" של האמרה החוזרת ונשנית בפסקי דין: "בית המשפט אינו מחוקק, אלא רק פוסק על פי הלכת המחוקק"? משמעותה היא כי בפרשו את דבר המחוקק לא יתן השופט לדיבור המחוקק את המשמעות הרצויה לו, לשופט, ולא ישאף להשיג את המטרה הנראית בעיניו: פרשנות כזאת כמוה כחבלה במלאכת החקיקה, ולא ראוי לשופט לעשותה. אלא השופט חייב לגלות מתוך החיקוק את מטרת החוק, ועל פיה חייב הוא ליתן לדיברת המחוקק את פירושה. רצונך, קרא למלאכה זו גילוי "כוונת המחוקק", שאז תוכל לומר, כי השופט חייב לפרש את החוק ככוונת המחוקק ולא ככוונתו הוא. אלא דא עקא שבדרך כלל אין למחוקק "כוונה", ואנו משתמשים רק בשם ציורי ומדברים על "כוונת המחוקק" כשאנו מתכוונים אל מטרת החקיקה.⁸

³ רולאן בארת מות המחבר, מישל פוקו מהו מחבר (רסלינג, 2005). ראו לאחרונה נילי כהן משפטים ומילים 33 ואילך (2022). אכן, יש להבחין בין קביעת העובדות בידי השופט, שבכך הוא יוצר מציאות חלקית, ובין ההיבט הפרשני של החוק, שאז החוק הוא הטקסט המתפרש ולא עובדות המעשה.

⁴ סטנלי פיש, סבור שעל ידי הדקונסטרוקציה נפטרים מן ההכרח להיות צודק, ודי ל"פרשן" הזה שיהיה מעניין. אך מי שחירותו, ממונו או כל זכות אחרת ניטלים ממנו על ידי השופט "המעניין" איננו מתעניין בכך. עניינו היחיד, ואשר בו הוא מעוניין, הוא שהוא רוצה להיות בטוח שעניינו נדון לפי החוק ובדין צדק, ולא בידי מי שטוען שפסק הדין הוא "מה שמעניין" ולא מה שאפילו אין הוא צודק ונכון.

⁵ המתאבדים בעקבות קריאת חיבורו של גתה ייסורי ורטור הצעיר בוודאי הושפעו מן הדברים.

⁶ ראו נילי כהן "נאמנות הפרשן" עיוני משפט לה 587, 590 (2013).

⁷ רבי שלמה אבן גבירול שורר "אני השר והשיר לי לעבד", ועל הפרשן של החוק יש לקרוא "אני העבד והחוק לי לשר". המחוקק בחר את מילותיו כדי שיביעו בדיוק את רעיונותיו והוא אדוניו של החוק. ל"פרשן" לא ניתנה הסמכות לשנות זאת. התנשאותו של הפרשן מעל החוק מלמדת אפוא על גישתו המזלזלת בחוק. מספר חודשים אחרי שהרצאה זו הושמעה התבטא באופן דומה גם השופט נעם סולברג בהרצאה שנשא ביום 19.12.6, ואשר פורסמה לאחר מכן במאמרו "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח גיליון 18, 54 (התש"ף), באומרו: "דבר חוק של כנסת ישראל איננו 'ספרות יפה'. הקורא אינו רשאי לפרשו כפי אמונתו והבנתו בניגוד מוחלט לכוונת המחבר. 'מות המחבר' יכול להנחות אולי את מבקר הספרות, אך שופט אינו מבקר ספרות: פרשנותו מכוונת משפט ויש לה חשיבות רבה בעולם המעשה". ויש להוסיף: ולכן אין הוא מוסמך לשנות מכוונת המחוקק.

⁸ יואל זוסמן "מקצת מטעמי פרשנות" ספר יובל לפנחס רוזן 156 (התשכ"ב). ההדגשה הוספה.

המשפט האחרון טעון הדגשה, כי ממנו עולה שעלינו לדעת מתי, בכל זאת, יש למחוקק "כוונה"? ולמי ולמה תיוחס, "באופן ציורי", "מטרת החקיקה"? וכיצד באורח פלא עלו על הכתב סימנים, אותיות, מילים ומשפטים כלשהם שיש להם משמעות ויש להם "מטרה"?⁹

השוו עם דבריו של השופט Marshal:

The judicial department has no will in any case [...] Judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the judge; always for the purpose of giving effect to the will of the legislature; or in other words, to the will of the law.¹⁰

נחזור לדבריו של השופט זוסמן ונשוב ונשאל: למה אין למחוקק כוונה? ואם כוונה אין לו, כיצד יש מטרה לחקיקה שנחקקה על ידיו בלא כוונה? איך נגלה מטרה זו של מחוקק ערטילאי, שרק במקרה טרחו לפניו יועצים משפטיים ונסחים למיניהם ובעלי עניין לסוגיהם, ואף הוא טרח והסביר בהרחבה את כוונתו בדברי ההסבר ובנאומים בכנסת ובדיוני הוועדות, ובאופן מוזר זה נוצרה קבוצת ישויות המשמשות כסימנים שנבחרו וסודרו בלא כוונת המחבר? ומה הוא, למעשה, ההבדל בין "כוונה" ובין "מטרה"?¹¹ והאם לא הייתה למחוקק לפחות הכוונה שהחוק שנחקק יעשה את פעולתו וינהגו לפיו בנאמנות?

בכתיבה מאוחרת יותר – שכפי שנראה להלן כבר איננה חוששת מלסכל את מלאכת החקיקה ולחבל בה, וכבר סבורים שלשופט בישראל יש לא רק סמכות לפרש חוק אלא גם ליצור חוק ("שופט בישראל מוסמך ליצור משפט מעבר לפירושם של חוקה, חוק") – שמו לב לשאלה הזאת ואמרו:

"[תכלית החקיקה] זוהי פונקציה אשר הטקסט נועד להגשים. תכלית הטקסט היא מושג נורמטיבי. זהו 'מוסד משפטי' – בדומה לזכות או לאישיות משפטית – אשר הפרשן מעצב אותו. זוהי קונסטרוקציה משפטית [...] זו אינה עובדה. זהו דין. יוצר הטקסט עיצב את הטקסט. את תכלית

⁹ בעבר השופט ברק הסכים אף הוא לכך שחשוב לגלות את כוונת המחוקק בשל היותה משקפת היגיון בריא, עולה בקנה אחד עם העיקרון של הפרדת הרשויות, מדגישה את האובייקטיביות והניטרליות של השופט ואת הביטחון המשפטי, ראו אהרן ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון", הפרקליט לו 165 (1985). לא עוד?

¹⁰ כפי שהובאו במאמר Benjamin N. Cardozo, *Law and Literature*, 14 YALE LAW REVIEW, 699 (1925). ראו גם בספרו שפורסם בשם זה, בשנת 1931, בעמ' 11. השופט מארשל היה ידוע בפסיקותיו החדשניות, והוא משתמש היטב ברטוריקה היפה שלו כדי להסיט ממנו את הביקורת שנשלחה כלפיו. אחד ממבקרי קונן: "All wrong, all wrong, but no man in the US can tell why or wherein".

¹¹ ראו פיש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25 ואילך, המזהה את תכלית החקיקה עם כוונת המחוקק: "פרשנות ללא תכלית (כוונה) במרכזה לא רק שחסרה ובלתי יעילה אלא שהיא לא פרשנות כלל". ושם, בה"ש 98: "מסירת 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)". (וראו דוגמה לכך במה במצוין להלן בה"ש 42 בעניין כנען). פיש מציין בסוף ההערה שאם הפרשן אינו מחפש את כוונת הכותב הוא איננו שומר בהגינות על כללי המשחק. ראו גם דבריו, שם, בעמ' 12, 27, ועל שכתוב ראו בעמ' 30. מטעם זה הצעתי לקבוע כללי פרשנות השונים מאלה הנהוגים כיום, ראו ברכיהו ליפשיץ "הצעת מתווה לרפורמה משפטית" רשות הרבים (27.4.23). בוודאי תושמע הטענה שהפרשנות יוחדה לשופט ולא למחוקק. גם אילו היה מעלה טענה זו פרשן הוגן, גם אז טענתו זו רחוקה: לשופט נמסרה הסמכות לפרש, אך לא קביעתה של דרך הפרשנות. ומטעם זה חשובה גם דרך בחירת השופטים, ראו שם.

הטקסט עיצב הפרשן.¹²

הנה כי כן, המחוקק הוא אומנם יוצר הטקסט והמעצב שלו ושימו לב לריחוק שיוצר המונח 'טקסט', הלקוח מעולם הספרות, כאמור לעיל], אך מיד לאחר מכן הוא הוכרז כמת ולכן אין עוד טעם לקרוא את דברי הכנסת שבהם באו דברי המחוקקים שהומתו ואת שאר המסמכים שקדמו ל"טקסט"; ה"טקסט" התרומם מכל שפה ולשון והכול נותר בידי הפרשן, כחומר ביד היוצר, ברצותו מאריך וברצותו מקצר. הואיל ו"הפרשן" מוסמך ליצור דין, הרי שהוא מוסמך לקבוע, פְּדִין, גם את מטרת החקיקה. מעתה, אפילו יקומו ויעלו מקברם כל המחוקקים וכל המנסחים ויעידו שלא זו הייתה מטרת החקיקה – אין עדותם מתקבלת. הרי "זו אינה עובדה" שאפשר להוכיחה אלא "דין" (שלא נקבע בידי המחוקק), שאותו אי אפשר לסתור.¹³

אגב, מעתה אין זה נכון עוד להשתמש בכללי הפרשנות הישנים, כגון זה האומר שהמחוקק אינו משחת את מילותיו לריק. הנחה זו משמיעה שיש למחוקק כוונה, והרי לא כך הוא הדבר.

באחת הפרשיות דווקא הכיר בית המשפט בקיומה של כוונת המחוקק, אך בית המשפט הבחין בין כוונה זו, שאותה הוא כינה "כוונה סובייקטיבית", ובין "הכוונה האובייקטיבית", העולה מנוסח החוק. בכך הוא נענה לדרישה הבסיסית שתהיה לכותב הטקסט כוונה, שבלעדיה הרי איננו טקסט כלל, כאמור לעיל. אך באותו מקרה בית המשפט הוא שקבע את הכוונה האובייקטיבית, והוא מי שהעדיף אותה על פני כוונתו הברורה של המחוקק.¹⁴ על מהלך זה אמר בלשון עדינה השופט סולברג, כי "זו אינה פרשנות. זו ביקורת חוקתית".¹⁵ ויש להוסיף ביתר בירור: זו הפיכה חוקתית.¹⁶

¹² אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 133 (התשס"ג). אך המחוקק לא "עיצב את הטקסט" כאותיות בעלמא, אלא טמונה בו כוונתו. זהו הכוח המחיה של הטקסט. וראו פיש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4, ה"ש 15: "אין טקסט עד שהנחה או ייחוס של כוונה הופכים אותו ממסה של צורות לדבר מה בעל משמעות, כשהוא נעשה טקסט דרך בכוח המחיה של הכוונה". וכן שם, בעמ' 6: "אם הפרשנות היא רצינונית ולא שרירותית, מוכרח להיות דבר שאותו מפרשים, דבר שקודם למאמצי הפרשן, דבר שהפרשן מנסה לעשות נכון, דבר שביחס אליו ניתן לדחות פרשנות". לפי דברי פרופ' ברק, הפרשן הוא הנותן לטקסט את הכוח הזה, ובכך הוא מסיר את המחוקק מדוכנו. מעשה כזה הוא אפוא איננו בגדר "פרשנות". ראו גם לעיל, בה"ש 2.

¹³ כמוכן, זהו שימוש לא נכון במונחים: האם אין גם "מטרת החקיקה", הגם שנחקקה באופן פלאי, בגדר עובדה שאפשר להוכיחה? תכליתו של משחק לשון זה הרי גלויה לעין: להעביר את הסמכות מן המחוקק אל השופט. בין כך ובין כך יש בכך ניסיון להשתחרר מידם המתה של יוצרי החוק ההיסטוריים (ראו פיש, שם, בעמ' 31) ואף יותר מכך: להמית את המחוקק החי, המעיד במו פיו ובכתביו.

¹⁴ ע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, פ"ד נג(5) 769 (1995).

¹⁵ סולברג, במאמרו לעיל בה"ש 7.

¹⁶ וראו פיש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 6-7: "יש מי [...] [שלדעתם] יש להתייחס לטקסט 'לא כדבר שמכיל הצהרה בדבר רצונם וכוונותיהם של האנשים שהלכו לעולמם זה מכבר [...] אלא הצהרה בדבר רצונם וכוונותיהם של היורשים הנוכחיים המחזיקים בסמכות הריבונית'". לדעתו פיש, אלה "אינם מקדמים סוג אחר של פרשנות; הם מקדמים נטישה של הפרשנות על ידי הסרת כל מגבלה אפשרית [...] לומר שאיננו רוצים להיות כבולים לידו המתה של העבר הוא לומר שאיננו רוצים בחוקה, או לפחות בחוקה שנלקחת ברצינות". ובענייננו – דרך זו היא לומר שאיננו רוצים בחוק, או לפחות בחוק שנלקח ברצינות. על כפל העמדות הניכר בכתבתו של אהרן ברק ראו פיש, בעמ' 10: "דבר אחד הוא לשאול איך היו פוסקים המייסדים... ודבר אחר לגמרי הוא לשאול כיצד נוכל למתוח ולכופף את שפתם כך שתיראה מתאימה לצרכינו הדחופים בהווה? אם נשאל את השנייה, רוב הסיכויים שרצונותינו יתמלאו תמיד, על כל פנים לאחר שנטרח מעט, ככלל, נראה שברק מכריע לטובת מה שנהוג לכנות היום 'פרזנטיזם', שכן הוא מברך על הענקת משמעות ליצירה 'שמנותקת

והנה, המשפט אפילו כבר איננו זקוק ל"טקסט" שמאן דהו עיצב, שכן ההלכה 'מנוסחת לרוב במילים, אך כוחה הנורמטיבי אינו יונק מהמלים. על כן יש ותתקיים הלכה אף שלא נוסחה כלל במלים'. והרי זה משפט שלא יאומן כי ינוסח, ומאיוז נורמה נובע "כוחה הנורמטיבי של ההלכה"? זו בוודאי ישות ערטילאית שבית המשפט ייתן לה ממשות כשיברא אותה מתוך עולם הנשמות של החוק.

גם הטיעון הנשמע, שסמכותו של השופט מסתיימת ברגע שאי אפשר עוד לתת משמעות מסוימת, אפילו רחוקה עד מאוד, למילים של החוק ובכך תתאים לצרכיו של השופט ב"פרשנותו", כי גבולות הטקסט הם גבולות הסמכות, טיעון זה מאבד אפוא לחלוטין את כושר השכנוע שלו, אם היה לו כזה אי פעם. אף שבית המשפט אמר בעניין אחד שהוא פרשן ולא בלשן, וכי חוק אינו מבצר שיש לכובשו באמצעות מילונים. אבל כדי לגלות משמעויות רחוקות ונידחות שהטקסט (של המחוקק אינו) יכול לסובלן כדי לשמר את הסמכות היתרה של השופט כ"פרשן" – כאן עליו דווקא להיות בלשן וחופר עתיקות, ולעיין במילון ההיסטורי של האקדמיה ללשון העברית.¹⁷ מה עוד, שזו נראית דרך מוזרה מאוד ובלתי סבירה לחלוטין לשימור הסמכות ו"לפרש" את החוק בדרך המתאימה לצרכיו של השופט, אלא אם כן הטקסט הוא כעין כבל חשמלי הטעון בסמכות בלבד ולא במשמעות. אבל, אדרבה, מכללא משמיע לנו טיעון זה שיש משמעות מסוימת כלשהי לטקסט, אבל הדבר רק תלוי ברצונו של השופט אם יבחר בה. מכל מקום ברור, שמשמעות רחוקה ונידחת כזאת איננה שפת ה"טקסט", והמחוקק לא כתב את הטקסט הזה. את הטקסט הזה כתב "הפרשן"; בכך הוא כבש את החוק בביתו שהוא מבצרו.

אך, כאמור, הנה יש גם הלכות שהן "ללא מילים", וכך באים ועולים להם גם עקרונות בלתי כתובים, והשופטים, המומחים במומחים, גם יודעים את רצונו

מכוונת הכותב ויכולה אף לעמוד בסתירה אליה". זו איננה "פרשנות" אלא בריאה (שם, עמ' 11). וראו גם שם, בעמ' 26: "[אם] אומרים דברים מסוג: 'בסדר, זו המשמעות, אך היא קצת אפרורית ומדכאת, נכון? אז בואו נבהיר אותה קצת'... אלה כמוכן 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".

כאן עולה, כמוכן, שאלת מקור הסמכות לעשות זאת; על הניסיונות למצוא בסיס לסמכות זו ראו ברכיהו ליפשיץ "מעמדו של השופט במשפט הישראלי" עלי משפט ו 75-107 (התשס"ו). אפילו יש ביד השופט דרך (או תיאוריה) באשר לפרשנות הראויה – סמכותו לנקוט דרך זו איננה מוחלטת, ובאופן מוחלט אין לו סמכות לנקוט אותה אם בכך הוא שולל את סמכותו של המחוקק ולבוא תחתיו. סמכות אינה ניטלת מסברה נאה. זו יכולה לשמש רק כטעם להעניקה בידי הרשות המוסמכת לכך. זה דינה של "הפרשנות התכליתית".

בעניין אפרופים הידועה, ואחרי כל מה שנכתב עליה וסביבה, יש קווים של נטייה ל"פרשנות אובייקטיבית" גם של הסכם בין שני צדדים חופשיים לחוזה, לפי דעתו של בית המשפט בדבר מה שהיה ראוי שיוסכם ביניהם. כלומר, סילוקה של כוונת הצדדים והמרתה בכללים אידיאליים לפי הבנתו של השופט. וראו גם פיש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19: "ברק מכנה כוונה או תכלית 'אובייקטיביים' [...] [שהם] 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' של השיטה". כל הדברים המופלאים הללו, שאותם קובע השופט הם "הבניה משפטית שמשקפת את צורכי החברה", "וכאן בדיוק ניתן להבחין כיצד הטקסט מנותק מחבל הטבור של כוונת הכותב ונמסר לצורכי החברה שיהיו במועד הפרשנות".

¹⁷ על השימוש במילון במשנתו של פרופ' ברק ועל היחס בין הדיווח המילוני ובין כוונת הכותב ראו גם פיש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13 ואילך, ומשם גם על משמעות הטקסט אליבא דמי שכתב אותו. ושם, בעמ' 16: "אם נניח בצד משמעויות שאנו יודעים כעת שהכותבים התכוונו אליהן לטובת המשמעויות 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 הניסיון להבין מה הכותב התכוון באמצעות מילותיו, לא המילון".

המשוער "של העם בתנועתו על פני ההיסטוריה"¹⁸, ומביאים גם אותו תחת שיפוטם, בזלזול כלפי המחוקק שעיניו, כביכול, רק בהווה, והשופטים – הם, ורק הם, ברוחב דעתם וידיעותיהם, הרי הם היודעים והרואים את התמונה במלוא היקפה, מעולם ועד העולם, ועוד כהנה וכהנה.¹⁹

וכך, השופט חיים כהן סבור שאומנם בראש ובראשונה חב השופט נאמנות למילותיו של החוק, לכוונתו ולרוחו, אך יש לו חובת נאמנות גם לדין הבלתי-יחוקק, גם לעקרונות המונחים ביסוד השלטון הדמוקרטי וגם ליושר, לצדק ולמוסר. "כדרך העולם, כשמתחלקת נאמנות בין זכאים שונים, עשויות הנאמנויות להתנגש זו בזו, ומן הראוי הוא לקבוע סולם עדיפויות ביניהן"²⁰. אכן, בדרך כלל הנאמנות היא בראש ובראשונה לחוק, אך כשיש מחוקק רע – אזי הנאמנויות האחרות, לא לחוק – הן שיגברו.

שאלת הסמכות לקבוע חובות ונאמנויות אלה ואת היחס ביניהן איננה עולה כלל בדבריו. תפיסות נשגבות אלה מובנות לו, כביכול, מעצמן, והריהו כפילון האלכסנדרוני המדבר על המשפט הבלתי כתוב (אגרפוס נומוס), שאיננו כתוב על הקלף אלא על ליבות האנשים, המקיימים אותו מרצונם.

אך מי שאינו מרגיש חובת נאמנות לחוק, איננו חייב לשאול את עצמו מה אומר החוק, ולשיטתו הוא אינו שואל את עצמו אלא מה יכול היה החוק לומר, ומתוך כל האפשרויות של מה שיכול החוק לומר תיבחר המשמעות הרצויה לשופט על פי "שיקול דעתו השיפוטי". אך, כאמור, "פרשנות כזאת כמוה כחבלה במלאכת החקיקה, ולא ראוי לשופט לעשותה"²¹. וברוב המקרים "מלאכה" זו של המחוקק חוכמה היא, מלאכת מחשבת.²²

¹⁸ לניסוח דומה, לפי עניינו, ראו ג'יימס ברנהם התאבדות המערב 116 (יובל סימן טוב תירגם, 2022), לניסוח של האידיאולוגיה הקומוניסטית: "מה שהמפלגה הקומוניסטית מייצגת הוא לא 'התודעה הנוכחית' של הפועלים, שבורות ואשליה מעוורות אותה, אלא 'האינטרס ההיסטורי האובייקטיבי' שלהם". ומן הסתם יימצאו כאלה עוד כהנה וכהנה.

¹⁹ על כך ראו את ביקורתו החריפה של השופט חיים כהן "פרשנות נאמנה – תלחת משמע" משפטים ז 5-14 (התשל"ז): "אקדים ואומר שהנאמנות לעצם המלה החקוקה דווקא, אף היא נובעת מעקרונות שלטון החוק. ראשית, המלה הכתובה היא הנותנת לדין את וודאותו: אינם דומים דינים בלתי-כתובים הנמסרים מפה לאוזן, לחוק כתוב שכל רואיו יכולים לדעתו ולעמוד על טיבו. ונאמנות השופט למלה כפי שהיא כתובה, מביאה את וודאות החוק לידי התגשמותה. שנית, המלה הכתובה היא הנותנת לחוק את פומביותו, ואין בצע בפרסום החוק ברבים אם אין השופט מבצעו נאמנה. שלישי, אין ערובה לשויון הכל בפני החוק, לחוק אחד ואחיד לכל, אלא אם כולם יכולים לסמוך לא רק עליו כי אם גם על השופטים שיבצעוהו באופן שווה לכל. ורביעית, אין לך כמלה הכתובה של החוק ערובה לחירות האדם". הדברים מופיעים גם בתוך: חיים כהן – מבחר כתבים 289-299 (אהרן ברק ורות גביוון, עורכים, 2000). רולו מיי הזעקה למיתוס 54 (2001), ציטט איש חכם שאמר: "לא אכפת לי מי הם הקובעים את החוקים של החברה, כל עוד אני יכול לקבע את המיתוסים שלהם". בית המשפט שלנו ממציא מיתוסים, ומחשיב אותם כמציאות. הוא גם יודע מה החברה צריכה ולפי זה הוא ישפוט ולא לפי מה שהחברה רוצה, כלומר לפי מה שהיא מביעה בחוקיה, ובכך הוא מבטל את ערכיה ואת תקותיה ואת רצונותיה מפני רצונו. לאחרונה השמיעו לנו, שהרוב אינו יכול לכפות על המיעוט את ערכיו. אלא שבדרך כלל כך כופה המיעוט את ערכיו על הרוב. ואילו שלושה שופטים, ובדעת רוב, יכולים לכפות את ערכיהם על הרוב ואף לקבע ערכים אלה בפסקדין.

²⁰ כהן, שם.

²¹ ראו גם אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25, 43 (1983).

²² אין בכל אלה כדי להכחיש את קביעתו של הארט בספרו H.L.A HART, THE CONCEPT OF LAW, 120-156 (1970), בדבר קיומם של ליבתו של החוק (core) ושל היקפו (penumbra). ככל שהמונחים שבאים בחוק רחבים וכלליים יותר יש בהם ספק באשר להגדרתם. גם כשהמחוקק נותן דוגמאות להגדרתו, יש ספק אם הן באות לצמצם ולהגביל או אם יש היתר להקיש מהן על

וכך כותב סטנלי פיש:

"ברק, כפי שראינו, למעשה מחלק את האחריות למשמעות בין הכותב ובין המילון, 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 [...] קשה להבין מדוע הניתוק מן החובה כלפי כותב הטקסט בשם השיטה, או האנשה מופשטת, או ערכים בני הזמן, או מהיו אומרים ישוע או אלביס, נחשב כהיגד באשר למשמעות הטקסט. במקום זאת מדובר באמירה מסוג מה "האדם הסביר" היה מתכוון [...] או מה אנו, העומדים היום בפני סוגיות השנויות במחלוקת ובעיתות נפיצות, צריכים שתהיה [...] אולם אף לא אחד מן הסוכנים והישויות הללו שאליהם נתייחס ברצינות [...] כתבו את הטקסט הנדון. ואם נבחר להתרחק ממי שכתב את הטקסט בפועל, איננו מחדרים את או מעשירים או מגבירים את מעשה הפרשנות אלא נוטשים אותו ועוסקים בסוג של כתיבה ועיצוב מחדש".²³

מעשה זה של נטישת הפרשנות שקול כנגד נטישת החוק. כל הניסיונות המאולצים כל כך לתלות את הכול בחוק ובלשונו באים, כמובן, מתוך ההכרה שבסוף כל הסופות שמכותו של בית המשפט באה לו מן החוק ולכן באה "פרשנותו" כדי להיתלות באילן הגדול הזה, אך עצם ה"פרשנות" הזאת גודעת את הענף שעליו יושב בית המשפט, ונראה שאין הוא חושש לכך כלל וטוב לו בכך. גישתו המזלזלת כלפי החוק והמתחוקק נראה שהיא מביאה אותו לקבוע שהוא מוסמך לפסול חוקים גם באופן מפורש, אך אין כאן המקום להאריך בכך.

ב. חשיבה, פירוש ובהירות הלשון

לרוב, כאשר נדרש להבהיר את ההוראה לא נצטרך כלל לפרש את הלשון שבה ניתנה אלא את תנאיה של ההוראה; לשון ההוראה עצמה תהיה ברורה לנו לחלוטין, אך לא כן היקפה ופרטי משמעותה. לכן נוסף ללשון נתונים, נעמיד אוקימתות שבהן ההוראה מתקיימת וכדומה. בכל אלה הלשון עצמה איננה משתנה, אלא סביבתה. במקרים רבים אנו ננחש, אפילו ניחוש מושכל, שעדיין ניחוש הוא, את האופן שבו התכוון נתן ההוראה שנפעל לפיו. גם זה איננו פירוש הלשון, אלא פירושה של ההוראה כמכלול התנאים שבהן היא ניתנה.

לעיתים גם הוראה קצרה בת מילה אחת תהיה מובנת לחלוטין, כמובן שדיברתי עליו, מתוך הקשר המיידני או בשל היותה חוזרת ונשנית וכבר הובהרו תנאיה בהיקרות קודמת שלה. מתוך אלה, שהם אומנם בגדר "תורה שבעל פה", אנו יודעים את הדרך הנכונה לשבץ את ההוראה בהקשרה, שאיננו מצוי בלשון שנאמרו בה הדברים, ובכך הלשון החסרה של ההוראה נשלמת, אך אין זו פרשנות. יודגש: ההקשר, המתוות הנלוות, טון הדברים, הנסיבות וכדומה הם חלק מן הטקסט. במסגרת זו אכן תיתכן משמעת שונה לאותה המילה, והיא המשמעות שאליה מתכוון האומר אותה מילה או קבוצת מילים.

נסיבות או עצמים אחרים. מאז ומעולם נחלקו בכך הדעות. נראה, שהרחבת תחומה של לשון החוק איננה בגדר "פרשנות" כמובן המצומצם והיא יכולה להיעשות מתוך הסמכה כלשהי של השופט לעשות זאת. מכל מקום, דעתו של הארט עצמו היא שיש להיצמד ככל האפשר ללשון החוק ולא לכלול בה הרבה מן התחום העמום. דעתו של פרופ' ברק בספרו **שיקול דעת שיפוטי** 674 ואילך (1987), שהשופט מוגבל על ידי עקרונות היסוד של המדינה ושל המדינה, איננה מטילה הגבלה של ממש: הרי לשיטתו השופט הוא עצמו הוא מי שקובע עקרונות אלו.

²³ פיש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18.

אכן, יש שפעולת ההשלמה טעונה חשיבה ויש השלמה כזאת שאין היא טעונה חשיבה. נראה שכדאי לאמץ לענייננו את הגדרתו של פרדריק בארטלט למונח "חשיבה": חשיבה משמעותה יצירת דבר מה חדש. אם פותרים בעיה רק משום שאנו זוכרים את הדרך לפתרונה – זו אינה חשיבה. ההבחנה היא בין שינון או שליפת מידע מן הזיכרון לפעולות בתנאי אי וודאות שבעקבותיהן נוסף מידע חדש למה שקיים.²⁴ אם אין הפעולה בקשר עם ההוראה טעונה חשיבה, והיא איננה מוסיפה מידע חדש למה שקיים – בוודאי שגם פרשנות אין כאן, כי פרשנות טעונה חשיבה. אך גם אם ההוספה על ההוראה טעונה חשיבה, ונוסף לנו מידע חדש שלא היה מצוי מלכתחילה, עדיין, כאמור, אין כאן פרשנות אלא פעולה אחרת.

בין כך ובין כך, בכל הקשור להבהרת הלשון המחייבת, או להבהרת ההוראה המחייבת כמכלול – יש צורך בהסמכה לעשות כן, בין במפורש ובין מכללא, בשל עצם מתן ההוראה לנמען והציפייה ממנו למלא אחריה.

גם אם נניח שלשונה של הוראה מסוימת טעונה פרשנות, משום שאין היא ברורה מעצמה, הרי שאם לנמען של ההוראה היא ברורה בלא צורך בחשיבה נוספת משום שהפירוט לה שמור בזיכרון, אין זו פרשנות שהרי, כאמור, אין כאן חשיבה כפי שהיא הוגדרה לעיל.

טענה זו משמיעה לנו, שיש מבעים שלשונם – והם כמכלול – מובנים מעצמם, ולכן אין הם טעונים פרשנות. וכך הביא פרופ' דניאל פרידמן במאמרו:

"בעבר נאמר לא אחת שטקסט ברור איננו זקוק לפרשנות. ביטוי לרעיון זה ניתן למצוא בדברי השופט ח' כהן: "במה הכתוב שבסעיף 25 לחוק החוזים מדבר? בחוזה הטעון פירוש, וכל עוד לא פורש, משתמע הוא לשתי פנים; מה שאין כן בחוזה שלשונו ברורה ואינה משאירה מקום לא לספיקות ולא לפירושים. דברים אלה, שהיו מקובלים בעבר, נתמכים לא רק בפסיקה ענפה אלא גם בביטוי לטיני נאה: "הברור איננו טעון פירוש".²⁵

מוסיף פרופ' פרידמן ואומר:

"על דברים אלה חלק בשעתו פרופ' טדסקי באומרו ש"מחשבת הזולת אינה יכולה לפעול בנו אלא אם היא נקלטת על ידינו "באמצעות תהליך פרשני", בין אם הפירוש קשה ומייגע, ובין אם הוא נעשה על נקלה ואף ללא-משים. לדעתו של פרופ' טדסקי גם האמרה שאזכרה לעיל איננה נכונה".

דעתו של פרופ' פרידמן נראית בעיניי. אף כי פרופ' טדסקי סבר, כי:

"הפירוש אינו תהליך מיכאני ואף לא פיסיולוגי. הוא שחזור מחשבת הזולת [...] פירוש הינו העתקת מחשבת הזולת לחוג חיינו הרוחניים, ואין הוא ניתן לביצוע אלא על ידי פעולת החשיבה שלנו".²⁶

דא עקא, שפירוש מבלי משים, כאמור, איננו טעון פעולת חשיבה. פירוש הנעשה ללא משים איננו פירוש; הוא איננו מעשה תודעתי כלל, וכאמור לעיל – לכן איננו בגדר חשיבה כלל. הוא איננו "משחזר" את מחשבת הזולת; מחשבתו נראית לעינינו מעצמה. יתר על כן: אם מבקשים לקבל את דעתו של פרופ' טדסקי יש לקבל אותה לפי תנאיה: "שחזור מחשבת הזולת". אך אם לזולת הזה אין קיום, שהרי הוכרו על דבר מותו, או שאין לו מחשבה וכוונה כלל, הרי אין כאן כל פרשנות אלא יצירה

²⁴ FREDERIK CHARLES BARTLETT, REMEMBERING (1932).

²⁵ דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק-דין אפרופים" המשפט ח 483 (2003).

²⁶ גד טדסקי "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן" דברי האקדמיה הישראלית למדעים א 1 (התשכ"ד).

חדשה, והיא בוודא טעונה חשיבה, אך היא בלתי רלוונטית לחוק.
הפעולה מבלי משים היא פעולתה של מערכת 1, כפי שכינה אותה פרופ' דניאל כהנמן:

"הפעילות המנטלית המפיקה רשמים, אינטואיציות והחלטות רבות מתנהלת לה בשקט במוחנו".²⁷

"מערכת 1 פועלת באופן אוטומטי ובמהירות, תוך השקעת מאמץ מועט וללא תחושה של שליטה רצונית. מערכת 2 מקצה קשב לפעילויות מנטליות מאומצות הדורשות זאת, ובכללן חישובים מורכבים".²⁸

"רוב הזמן, מערכת 2 מאמצת את הצעותיה של מערכת 1 בשינויים קלים או ללא שינויים. לרוב אתה מאמין לרשמים שלך ופועל על פי רצונותיך, וזה בסדר – בדרך כלל. כאשר מערכת 1 נתקלת בקשיים, היא מזעיקה את מערכת 2 כדי שזו תסייע בעיבוד מפורט וספציפי יותר".²⁹

"ספק מודע אינו קיים ברפרטואר של מערכת 1 [...] חוסר ודאות וספק הם התחום של מערכת 2".³⁰

פרופ' כהנמן הוא איש המדעים המדויקים, והוא קובע עובדות לגבי דרך פעולתו של מוחנו. הבלשן פרופ' משה אזר משמיע טיעון דומה מבחינת נקודת המבט של תחומו. הוא מזכיר את "עיקרון הפרשנות המינימלית" שהוא:

"עיקרון של דירוג, ולפיו התיאוריה המסבירה את הנתונים הרבים ביותר באמצעות האפארט התיאורטי הקטן ביותר מדורגת מעל לחלופות [...] יש לבחור בפרשנות שהיא החסכנית ביותר מבחינה קוגניטיבית, כלומר מבחינת ההשקעה החשיבתית. זו דרכה של הלוגיקה ושל ההיגיון היום יומי, לדבוק ככל שרק ניתן בפשוט". "ברירת המחדל היא היסק המעלה את החלופה הבלתי מאתגרת הראשונה. האפשרות הראשונה העולה על הדעת כשאין מיד אחריה חשיבה המנמקת את דחייתה או המעלה חלופה כנגדה".³¹

מסתבר, לפי דבריו של פרופ' כהנמן, שכך אנו פועלים ממילא ובאופן אוטומטי. מה שצריך לעשות הוא מה שכבר נעשה, ויש סוף מעשה שהוא בלי מחשבה תחילה. "אינך יכול להימנע מהבנת משפטים פשוטים בשפתך",³² אומר פרופ' כהנמן. גם אם יטען הטוען ששפת המשפט איננה כוללת משפטים פשוטים, ולכן צריך להפעיל את מערכת 2 כדי להבינם והיא נקראת לעזרה בידי מערכת 1 המיואשת והמתוסכלת, הרי שהואיל ואנו עוסקים במומחים במשפט על פי השכלתם ואימונם, יפים לכאן בדרך כלל דבריו של פרופ' הרברט סימון:

"הסיטואציה סיפקה רמז: רמז זה אפשר למומחה גישה למידע המאוחסן בזיכרון, והמידע נותן את התשובה. אינטואיציה היא לא יותר ולא פחות מאשר זיהוי".³³

²⁷ דניאל כהנמן לחשוב מהר, לחשוב לאט 10 (2013) ההדגשות הוספו.

²⁸ שם, בעמ' 26.

²⁹ שם, בעמ' 30.

³⁰ שם, בעמ' 94.

³¹ שם.

³² שם, בעמ' 28.

³³ שם, בעמ' 18.

זהו השימוש הראוי במונח השגור בפיהם של המשפטנים בדבר "חוש המומחיות של המשפטן".

זיהוי איננו טעון חשיבה, אלא התאמה טכנית בלבד. הדוגמה שהביא השופט זוסמן בראש מאמרו הנזכר "מקצת מטעמי פרשנות"³⁴ על המספר 15 הרשום גם על תמרור עגול, גם על חזית של בית וגם על גגו של אוטובוס, שבכל פעם משמעותו שונה, איננה דוגמה לפרשנות. למספר 15 אין כל משמעות כשלעצמו. הוא חלק ממשפט חסר שעליך להשלימו. רשות התמרור קבעה סימן באופן שרירותי, ויש להשוות את הסימן הזה לאמור בפקודת התעבורה. דוור שימסור מכתב רשום לנהג בקו 15 יפוטרי מיד וייתכן שישלח להסתכלות. אין בכך כל מעשה של חשיבה. אם אין לך כל ידיעה מוקדמת מהי משמעותם של המספרים האחרים, לא תוכל לדעת מה משמעותם. כל מה שביכולתך לעשות הוא לנחש. אך גם ניחוש איננו פרשנות. שמו של הגמד עוץ לי גוץ לי [רומפלשטיצקן] איננו "מתפרש" לנערה אלא מתגלה לה בדרך מקרה. כך אפילו גם כאשר לפתרונה של חידה אמיתית, אף שהוא כרוך כמובן במחשבה, הוא איננו פרשנות אלא השוואת נתונים.

בפסק דין בעניין אפרופים³⁵ טען הנשיא ברק, שכדי לדעת מהי משמעותו של החוזה עלינו לדעת את נסיבות כריתתו ונתונים נוספים. נניח, הוא אומר, שחוזה מסויים מדבר על מכירתו של סוס. נניח עוד, שבין הצדדים "סוס" היא מילת קוד ומשמעותה היא "טילי S400". האם נלך אחר הלשון כפשוטה, או לפי משמעותה שעל פי הקוד המיוחד של הצדדים? כמו כל טיעון אדאבסורדום, גם טיעון זה הוא שובה לב אך הוא גם מוטעה. נוכל לומר שהצדדים נטלו על עצמם את הסיכון שבית המשפט לא ישעה להסבריהם שבעל-פה, כפי שקובע סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העת'מאנית,³⁶ ולדעתי כך הוא לפי סעיף 25 הישן ובוודאי שכך הוא לפי נוסחו החדש, למרות דברי כל המשיגים על כך.³⁷ אפילו נאמר שנוכל להשתמש בידיעה שמחוץ לכתוב, הרי שהצבת המילה "S400" תחת המילה "סוס" איננה מעשה פרשנות כלל, כי היא איננה דורשת חשיבה כלשהי והיא מעשה אוטומט גרידא, ולכן אין היא מוכיחה את הטענה בדבר ההיתר לפרש, כביכול, את החוזה שכתבו עורכי הדין של הצדדים בשקידה ובהקפדה רבות כל כך.³⁸

הטיעון האחר – שאין דבר פשוט, וכי הכול טעון פירוש – משמיע, למעשה (אף כי בהסתרה), טענה לסמכות, וזהו מהלכה של הטענה: הואיל ולשופט מסורה הסמכות לפרש, ועל כך אין חולק, והואיל והכול טעון פירוש – הרי שגם הדבר הפשוט טעון פירוש, ובית המשפט יעשה זאת על פי "שיקול דעתו השיפוטי". וכך, לדוגמה, אם אומר החוק בעניין הסמכות לאישור דיון נוסף בבית המשפט העליון שהיא נתונה בעניין שבית המשפט דן בו בשלושה, אפשר לפרש זאת גם כחמישה וגם כל מספר אחר ועוד. אך הואיל ולא הכול הוא בגדר "פרשנות", הרי שכרטיס הכניסה של

³⁴ ספר יובל לפנחס רוזן 142-161 (התשכ"ב) (גם פרופ' דניאל פרידמן הביא אותה במאמרו שהוזכר קודם לכן). להבחנה החשובה לענייננו בין "הבנה" ובין "פרשנות" ראו רות לורנד על פרשנות והבנה (2010). דיון מפורט בסוגיה זו הוא מעבר ליכולת במאמר קצר זה ומעבר לתכליתו.

³⁵ ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2), 265 (1995) (להלן: עניין אפרופים או הלכת אפרופים).

³⁶ "טענה או תביעה נגד מסמך בכתב [...] צריך להוכיח במסמך בכתב או על ידי הודאתו או פנקסו של הנתבע".

³⁷ ראו גם כהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 537-638.

³⁸ יתר על כל אלה, אני סבור שבמקרה המתואר החוזה הכתוב הוא חוזה למראית עין, והוא בטל לפי הוראת סעיף 13 לחוק החוזים, ותחתיו יבוא החוזה האחר. גם בכל אלה אין משום פרשנות. אכן, עצם ההוראה בדבר קיומו של חוזה למראית עין מלמדת על היתר כלשהו להיזקק לראיות שמחוץ לחוזה הכתוב בדבר תוכנו. היקפו של היתר זה טעון עדיין עיון לאור סעיף 25 לחוק ויחסו לסעיף 13 הנ"ל.

"הפרשן", כביכול, אינו מקנה לו את זכות הכניסה האוטומטית לאזור זה; אזור זה נתון לשליטתה של מערכת 1, ולשופט הנאמן אין בו דריסת רגל. אם ייכנס לאזור זה הריהו מסיג גבול.³⁹

גם הקדמונים סברו שהוראות החוק הן בהירות בדרך כלל. אפלטון סבר, שיש לוותר על החוק כי הוא איננו טוב בשל היותו כללי ולעולם אין הוא יכול לכלול הוראות לגבי כל עניין ובכך הוא פוגע בצדק במקרה הפרטי הבא לפני השופט, ולכן שלל התבססות עליו וסבר שיש להטיל על השופט את המלאכה. מכך ברור, שאנו יודעים היטב מה הן תוצאותיה של הפעלת החוק, ולכן אנו יכולים לקבוע שתוצאותיה יהיו בלתי צודקות.

כך סבר גם אריסטו, אבל לדעתו הפתרון איננו שלילת החוק, כדעתו של אפלטון, אלא המתקנת במידת הצדק (אפיקיאה), כביכול חתירה חתרו לו לבעל הדין מתחת לכסא המשפט כדי להימנע מתוצאותיו הקשות של הדין.

כך סברו גם חלק מבעלי ההלכה, שהבינו שהפשרה באה למתק את הדינים כשהדין כבר מדי על אחד הצדדים.⁴⁰ למשה רבנו ייחסו את הדעה ש"יקוב הדין את ההוראה". לדעתו, מה שנראה בעינינו כבלתי צודק הרי הוא, למעשה, הצדק האלוקי הכול יודע. כך סבור גם הרמב"ם (מורה הנבוכים ח"ג פל"ד). לדעתו, חוקי התורה הם כחוקי הטבע החלים על הכול אף שיש הסובלים בהיותם הולכי דרכים מירידת הגשמים בעת שהכול נצרכים להם, והתורה לא תיתן משפטיה לפי החריג והיוצא מן הכלל.⁴¹

אחרים, כמו שופטי אנגליה, נטו לדעתו של אריסטו ויצרו את שיטת האקוויטי להמתיק את התוצאות הקשות של ה-Common Law. אחרים הודו ואמרו ש-hard cases make bad law. באמירה זו יש כבוד לדין והתנצלות על שהוציאוהו ממשוטו בשל המקרה הקשה. גם כאן ברורה להם משמעותו של הדין ושל תוצאותיו הקשות, אם יופעל, ולכן יש לשנות אותו.

³⁹ ייתכן, כמובן, שהאשם אינו בשופט אלא בטבעו. ראו ROBERT STERNBERG, THINKING STYLES (1997) שקבע בספרו שהטיפוס השופט מתייחס בביקורתיות למידע שבפניו. הוא מבקר, מעריך ונותן ציון. לכן הוא יבקר גם את נוסח החוק וגם את נוסח החוזה (ע"ע ענייני אפרופים). אך על השופט הנאמן להיות מודע לאפשרות זו ולהתגבר על טבעו ולא "לפרש" את מה שאיננו און כלל "פירוש". וראו בהרחבה אומברטו אוקו פרשנות ופרשנות יתר (ניב פרקש תירגם, 2007). אין כאן המקום להאריך בתגובות לדברים אלה, ומכל מקום – כאן מודגש ש"פרשנות יתר" איננה בגדר "פרשנות" כלל.

⁴⁰ כשלעצמי, אני אינני סבור שזו דרכה של התורה, האוסרת על הרחמים בדין וקובעת ש"דל לא תהדר בריבו", וכי המשמעות הנוהגת של המונח "פשרה" היא מוטציה פרשנית מוטעית שלו, שאירעה גם במשפט האנגלי, כפירוש מוטעה של המילה 'compromisso'. ראו, לפי שעה, ברכיהו ליפשיץ "פשרה" המסורת הפוליטית היהודית לדורותיה – ספר זיכרון לדניאל י' אלעזר 83-104 (משה הלינגר עורך, 2000). עניין זה מעורר, אגב, שאלה חמורה בדבר מעמדה המחייב של טעות פרשנית שהשתרשה במשפט וכעת היא מוכחת כטעות. יש רשימה לא קטנה של מונחים כאלה, והדבר מציק למדי, בעיקר בשאלת ההסתמכות על המסורת, אבל גם בשאלת הסמכות הפרשנית ופעולתה. המשפט אומנם "יודע" לגשר על פני פערי ידע כאלה וליצור בפלפולו מערכת עורקים עוקפת מלאה תובנות נאות, אף שאין להן כל בסיס.

⁴¹ ראו קובץ המאמרים שכוונס בספר דין ויושר במשפט העברי (חנינה בן-מנחם וברכיהו ליפשיץ עורכים, 2004). ראו גם גרעון ליבון "הרמב"ם והתיאולוג המוסלמי מחמד אלעזאלי על כלליות החוק ודוקטרינת ההבחנות" תרביץ פז 369-438 (2020). אגב, התעלמותו של הרמב"ם מן הדברים האלה במקרים מסוימים בפסיקתו בתשובותיו נובעת, כנראה, מראייתן של הלכות מסוימות כבלתי נכונות לאור ידיעותינו המאוחרות, או מכך שסבר שהן הלכות מדרבנן, ואז אין הן כחוקי הטבע, שהרי לא בורא עולם הוא שנתן אותן. להבחנה זו יש השלכות גם בתחומי הלכה אחרים, ואכמ"ל בזה. לפירוש המונח "צדק" במקורות ההלכה ראו ברכיהו ליפשיץ "צדק וזכות" ספר אביגדור לבונטין – מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 375-418 (2013).

בישראל הביע בית המשפט עמדה אחרת:

"כשלעצמי סבור אני כי האמרה [האנגלית הנ"ל] צריכה להיות כי דין רע מביא למקרים קשים. תפקידנו כשופטים הינו לגרום לכך כי במסגרת האפשרויות החלקיות העומדות לרשותנו מקרה קשה יביא לדין טוב [...] נקודת המוצא שלי – כמו גם נקודת הסיום שלי – הייתה השאיפה לפתרון צודק [...] אני סבור כי הצדק דורש [...] כך גם הדין. המקרה הקשה הופך לדין הקל".⁴²

אבל לפי דברים אלה, הדין הוא רע אם הוא אינו מתיישב עם תפיסתו של השופט, ולכן הוא הופך את הדין להיות דין קל.

אך באמת הדין הזה כשלעצמו איננו רע, ורק בשל כלליותו מטיבם של דברים הוא שייווצרו מקרים קשים. אין לעוות את לשונו של הדין רק בשל תפיסת צדק פרטית וערטילאית, שאולי היה החוק מהנהן ומסכים לה, אך המעשה של עיוות הלשון והכוונה אינו בסמכותו של בית המשפט. אפילו השאיפה לפתרון צודק איננה מקנה סמכות לעשות כן בניגוד לחוק. אכן, באופן תדיר מדי, ובקלות רבה מדי, הופך בית המשפט העליון את הרצוי למצוי, והדבר מטריד למדי.

אל נא נבטל סימנים אלה כזוטות. הם רבים מדי מכדי לבטלם, והם משקפים את עמדתו של השופט באשר לתפקידו ולסמכותו. הוא מעדיף את הערכים, ערכיו, על פני ההיררכיה ועל פני השלטון הדמוקרטי.

בפרשה אחת אמר בית המשפט במפורש כך:

"בית המשפט יכול, ולעיתים ראוי שילך בדרך נועזת של חקיקה שיפוטית הנותקת לחלוטין מלשון החוק, ואולי אף מנוגדת ללשון החוק, כדי להשיג את תכלית החוק או להגן על ערכי יסוד".⁴³

כיום אין זו "דרך נועזת" עוד אלא דרך המלך. אדרבה, על ידי הודאה בהפיכה היא מתקבלת בברכה. פרופ' פלר זעק מרה נגד המגמה הזאת:

"אם משמעות הפרשנות התכליתית היא זניחה של מילות החוק והעדפה של תכליות ומטרות מעורפלות אז אני מייד אומר שאני נגד פרשנות שכזאת. יש לפרש את החוק מתוך מילותיו".⁴⁴

אך קולו היה כקול קורא במדבר.

גם יתרו, גם הצדוקים וגם חז"ל ידעו את ההבדל בין הפשט, שאיננו טעון כל פרשנות אלא הוא עולה ובוקע מאליו מן הכתוב או מן הנאמר, ובין הדרש, המגלה, כביכול, את הטמון בתוך הטקסט. אכן, הפעילות הדרשנית של חז"ל הייתה, למעשה, שלילת סמכותו של האל הדובר מן הטקסט, שכעס מאוד על כך שהודיעו לו שהתורה כבר "לא בשמים היא" וכי הסמכות לחדש הלכה או לפרש אותה היא מעתה בידי חכמים.⁴⁵ אך מיד לאחר מכן התברר שחכמים קנאים מאוד לסמכותם,

⁴² דנ"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארה"ב**, פ"ד נז(2) 632, 693 (2003) (לעיל: עניין כנען). וראו על כך הערתו החריפה של שופט אחר שישב בדין באותה פרשה. אכן, בג"ץ עוקף חוק.

⁴³ ע"א 3798/94 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד נו(3), 133, 187 (1996).

⁴⁴ "ראיון עם פרופ' ש"ז פלר" **עלי משפט** ג 363, 367 (2004).

⁴⁵ ראו דניאל רביב "מדע החשיבה ופרשנות המקרא: מקום הלכידות כפעולת חשיבה במסגרת היווצרות הפרשנות" **בד"ך – כתביעת לענייני תורה ומדע** 30 85 (תשע"ה): "הפרשנות מהווה כלי או אמצעי לטובת הכתוב ולא להיפך – כבמסגרת דרשנית בה הכתוב משרת את המידע הפרשני, כאשר הדרשן דורש לא את טובת הכתוב באמצעות הדרשה אלא את טובת הדרשה באמצעות הכתוב". ושם, בעמ' 87: "הדרשן דורש את טובת הדרשה שהיא פרי חידושו, כאשר הכתוב

וכל הלכה שאיננה ידועה כבר צריכה להתחדש אך ורק בבית הדין הגדול שבירושלים, וכל המחדש הלכה שלא כראוי – הרי הוא זקן ממרא שבתורה ועונשו גדול למען ישמעו וייראו.⁴⁶

המהפכה הפרשנית היא אפוא המהפכה החוקתית האמיתית, ואשר רק מכוחה יכול היה בית המשפט להכריז, באמרת אגב, על המהפכה החוקתית המשנית, דהיינו הפיכת החוק לחוקה וכך את נטילת הכוח לבטל את חוקי הכנסת.

ג. כוחו של הפרשן

במאמרו הנזכר, שיש לקוראו עד סופו כדי לגלות זאת, הזהיר פרופ' טדסקי, בדרכו המינורית, מפני כוחו הרב של הפרשן והתנהלותו. על רקע זה שקורה כיום יש להביא את הדברים באריכות, וכך הוא כותב:

"בנסיבות היסטוריות מסוימות הצטיינה הפרשנות בצמידותה לחוקים, בניגוד לאשר אירע בעבר וקורה בהווה [...] וכאשר כך הדבר, מסווה הפרשנות את איצמידותה לחוקים בתחבולות מתחבולות שונות. אך אילו היו הנורמות צללים ללא ממש, למה כל מאמץ ההסוואה וההערמה? בלהטים אלה יש משום הודאה, בדומה לתוכן אמרתו המפורסמת של לה-רושפוקו, כי בצביעות יש משום כבוד שהחטא חולק למוסריות (6) [...] אין ספק כי אכן עשויה הפרשנות להיות בלתינאמנה [...] הפרשן עלול לשגות [...] 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 עצמם. גם זה "מאבק למשפט", כלומר מאבק למשפט הרצוי לבעל-המאבק, אך יחד עם זאת זהו מאבק נגד המשפט, כלומר נגד המשפט החיובי הנוהג, שעורכים הפרשנים, בנסיבות מסוימות.⁴⁷

על פי רוב (אומר עזכראלי), דווקא חכמי המשפט גורמים לתחוקה שתושם לאל. אם כך הדבר (אומר טדסקי), נאמר אנו, סימן שלתחוקה יש הנחיות מסוימות שאפשר היה להחילן. [כאמור, השיטה הנוכחית כבר כופרת בקיומן של הנחיות מצד התחוקה].⁴⁸

ברי לנו כי מבחינה דוגמאטית את המשמעות יש להסיק מן הכללים עצמם ולא להכניסה בהם באורח מלאכותי באמצעות הפרשן. 'מכיוון שהוא יכול – חב'! [...] הקביעה שהכלל נוהג כפי שהוא מפורש ומוחל צריכה להידחות מבחינה דוגמאטית.⁴⁹

ברור שהסגת גבול אינה עשויה להוות אידיאל, אף כאשר היא נסבלת למעשה, עד כדי כך שאנשי המשפט והציבור גם יחד הסכימו לה וליבם נעשה גם בה.⁵⁰

בעבר היה זה, תכופות, שימוש לרעה מחוייב הנסיבות, אך הוא מוצדק פחות

משמש אמצעי לדרשה לטובת ביסוסה ואינו מהווה מטרה". וראו הפניותיו של המחבר לחיבוריו של פרופ' קניאל. וראו גם לעיל, בסמוך לה"ש 2, בדברי פרופ' אזר.

⁴⁶ ראו ברכיהו ליפשיץ **ההלכה – על דעת המקום או על דעת הקהל** (התשע"ט).

⁴⁷ טדסקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 8.

⁴⁸ שם.

⁴⁹ שם, בעמ' 9.

⁵⁰ שם, בעמ' 12.

במדינה דמוקרטית [...] מכל מקום, אינו חדל מלהוות שימוש לרעה, אף אם אינו צפוי לשום סאנקציה משפטית (עמ' 13) [...] משמתגלה ניגוד מגמות בין המחוקק לבין השפוטה בכללה [...] הרי לסמוך אז אך ורק על נאמנות השופטים לחוקי המולדת (אפילו הובטחה בשבועה)⁵¹ בלא סאנקציה אפשרית, אין בכך כלל כדי להניח את הדעת".⁵²

המילים חריפות מאוד: תחבולנות, עורמה, הסוואה, צביעות, מאבק נגד החוק, הסגת גבול, שימוש לרעה, והכול, כמובן, בשינויים המחויבים.

אכן, פרופ' טדסקי מפקפק ביכולת להגיע לפתרון אמיתי וישיר לבעיה זו מבחינה מוסדית (עמ' 14), וכי אין אלא להשלים עם האפשרות של שימוש לרעה בכוח הפרשנות. ואכן, כבר אמר שופט אחד שבכל מקום שבו ניסתה הרשות המחוקקת להגביל את דרכי שפיטה היא נחלה כישלון כי השופטים לא שיתפו פעולה ולכן מומלץ גם לנו לא לעשות זאת אלא במקרים נדירים.⁵³ דוגמה מרהיבה לכך ראינו בפסק דין אחד, עניין סהר, שבו לאחר תהליך פרשני מתרים ושמרני לעילא, תוך סטייה מכל הנורמות הפרשניות החדשות השוללות עיון בהיסטוריה של החקיקה ובכוונת המחוקק, הוא מגיע למסקנה שאף שהוספה לסעיף 25 לחוק החוזים תוספת שתכליתה הייתה לשנות את הלכת אפרופים הנוכחת, הנה בעצם לא קרה דבר, לחינם חנטו החונטים ולחינם ספרו הסופדים והלכת אפרופים לא מתה.⁵⁴ בין כך ובין כך, פסק הדין בעניין אפרופים מסמן השתלטות של האידיאל הנראה בעיני השופט גם על חופש החוזים של הפרט.⁵⁵ גם כאן הצדדים "כתבו טקסט", אבל את משמעותו ייתן לו השופט "הפרשן".⁵⁶

⁵¹ כידוע, בארץ נשבעים השופטים לשמור אמונים לארץ ולחוקיה. כאמור, השאלה היא, כמובן, מי הם אלה הקובעים את חוקיה של הארץ הזאת? והשוו עם דברי לואיס קרול **עליסה בארץ המראות**: "כשאני משתמש במילה", אמר המפטי דמפטי בנימה של בוז ניכר, "מובנה הוא בדיוק המובן שבו אני בוחר בשבילה – לא פחות ולא יותר". "השאלה היא", אמרה אליס, "אם אתה יכול לכפות על מילים מובנים כל כך רבים ושונים". "השאלה היא", אמר המפטי דמפטי, "מי יהיה האדון – זה הכול".

וכן כתב נתן אלתרמן "מחברות עמנואל" **עיר היונה** 263 (התשי"ז):
 "עוד אמרו מחברות הרומי: עקומו/ של כתוב, משחקו של כתוב הופך-עור/ זה אחד משחקינו ואין טעמו/ כמליצת אחרונים ההולכת סחור-סחור, / כי פסוקי המקרא בתוכנו כמו/ פרשים ההופכים סוסיהם אחר/ ועטים, על פי צו, איש נשקו עמו/ אל תכלית חדשה, התעופף וחזור/ התעופף ופגוע איש ממקומו/ בנושא המיועד. ופעמים עשור/ יהפכו כמצוה, איש טיבו וצלמו/ משחור ללבן, מלבן לשחור/ לאשר ישלחם המחבר בקומו/ שם ילכו, כי חצים הם ביד גבור". וראו גם מנחם אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" **שנתון המשפט העברי** יג 227, 230 (התשמ"ז). קריאה קשובה תגלה את המלים המדריכות והמתאימות ואת משמעותם של הדברים היפה לענייננו.

⁵² טדסקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 13

⁵³ אכן, זה היה גם גורל הניסיון של יוסטיניאן קיסר רומי, שקבע הוראות פרשנות בקודקס המפורסם שלו, אך המשפטנים התעלמו ממנו. ראו כהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 627, וליפשיץ, לעיל ה"ש 46, בעמ' 420 (ראו שם גם דיון רחב בענייני פרשנות לפי הפשט והדרש ובמעשיהם של חז"ל בתחום הפרשנות. חז"ל, לפחות, טענו להסמכה אלוהית לפרש ולקביעת הלכה, אך הדברים סבוכים). וראו דברי פרופ' טדסקי הנ"ל, שבלא סנקציה משפטית אין לסמוך על נאמנותם של השופטים, אפילו הובטחה בשבועה.

⁵⁴ ראו רע"א 10/3961 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ בשם מגדל חברה לביטוח בע"מ**, דינים עליון 572 (2011). וראו נילי כהן, לעיל ה"ש 6. גם כאן מתגלה נטייתו של השופט לבטל את רצונו של בעל החוזה מפני מה שהוא צריך היה לבטא בחוזה שעשה על פי חופש החוזים.

⁵⁵ ראו גם כהן, שם, בעמ' 616.

⁵⁶ לפי פרסומים שונים, רבים מאנשי העסקים כוללים בחוזים שהם עושים סעיף הקובע את מקום ההתדיינות מחוץ לישראל כדי להבטיח שהחובה יפורש לפי כוונתם שלהם ולא לפי רצונם המקרי

אינני סבור שאין למצב תקנה. יש לקבוע במפורש שדרך הפרשנות התכליתית בטלה, ולהחזיר את המצב לזה שנהגו לפיו בתי המשפט קודם לכן.⁵⁷ יש לקבוע במפורש שהאמור בפסק הדין **אפרופים** ובממשיכיו – בטל ומבוטל, ושעל הפרשן לפרש בנאמנות את הוראות החוק לפי מילותיו וכי הטיעון הבארתיאני אינו תקף בפירוש חוק. רוב השופטים, כך סביר להניח, ישמחו לעשות כן. הרי גם בלא הצורך לפרש מחדש את החוק הם כורעים תחת הנטל, וכך לא נצטרך להתלבט בדבר האפשרות להטלת סנקציה על מי שיפרו את ההוראה.

לסיכום יובאו דבריו הנחרצים של השופט חשין:

"ראשית לכול, נזכור את עקרון התבונה והשכל הישר, והוא עקרון-יסוד בתורת המשפט ובתורת הפרשנות. עיקרון זה ראוי לו שיחול על פירוש, החוק: הן על דרכי החלתו בידי בתי-המשפט והן על דרכי החלתו בידי בית-הדין להגבלים עסקיים, בידי הממונה ובידי התביעה הכללית – והכול, להחלת החוק במידתו הראויה: שלא להרחיב את שראוי להצר, ושלא להצר את שראוי להרחיב; לגמול לאיש חסד כמפעלו וליתן לרשע רע כרשעתו. אכן, עיקרון התבונה והשכל הישר אינו אלא בנו של קול התבונה, וקול התבונה, ידענו כולנו, תורת-חיים הוא. ראוי הוא קול התבונה שיהא יסוד למעשי-אנוש, בהם מעשי-משפט ושיפוט אף-הם [...]."⁵⁸

אכן, אני מתקשה להבין כיצד לא נישמע לטענת האי-חוקיות, והרי כמורדים במלכות ניחשב. משגזר המחוקק על הסכם פלוני כי הסכם בלתי חוקי הוא, כיצד זה שנתעלם מדברו כמו-לא-היה? והרי אם נעבור על פני החוק ולא נשגיח בו, בעצם מחדלנו זה נרוקן את החוק מתוכו. כזאת לא הותרנו לעשות [...] ואולם עיקרון אחד חסרתי בדברי חברי, והוא עיקרון המשמש אותנו, השופטים, יומם ולילה, כעמוד הענן יום וכעמוד האש לילה. העיקרון הוא עיקרון שלטון החוק, ולא אך שלטון החוק על-דרך הסתם אלא שלטון החוק ברשות השופטת. והרי אם לא נקיים את דבר החוק, כמורדים במלכות ניחשב, ולסוף ייאמר וייקרא איש לאוהליך ישראל."⁵⁹

נבואה נזרקה מפיו. בית המשפט פרק את עולו של החוק מעל צווארו ועשה דין לעצמו שלא במשפט. אין זה צודק ואין זה הוגן, אבל זה בוודאי מעניין.

מדינת ישראל של היום כבר איננה דמוקרטיה. רשות אחת יודעת כול השתלטה שלא כדין על הרשויות האחרות.⁶⁰ לרשות זו יש עכשיו גייסות עתירי כוח ותפוחי

של השופטים בארץ. אגב, כעת הם אומרים לנו שאסור לגרוע מסמכותם של בתי המשפט מכיוון שהיא המבטיחה את יציבותה של השיטה.

⁵⁷ ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** כו 772-737 (תשס"ג). הרי לנו מהפכה נוספת. לעניין זה ראו גם פיש, לעיל ה"ש 2.

⁵⁸ דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56, 86 (2001).

⁵⁹ שם. ביום 2.8.23 נערך דיון בביהמ"ש העליון בעניין חוק האימוץ וההגבלה שהוא מטיל על אימוץ בידי בני זוג מאותו המין. בתקשורת דווח שהדבר לא נראה ליועמ"ש ולביהמ"ש, ומכיוון שהתברר להם ש"אין אופק לחקיקה" לשינוי החוק בכנסת, שהיא דרך המלך, הרי "שאינן פתרון". בפני בית המשפט ניצבת "סוגיה פרשנית" ולא ניתן להתעלם מכך. בחוק האימוץ נקבע כי רק "איש ואשתו" יכולים לאמץ. העתירה שהוגשה דורשת כי בג"ץ ייתן "פרשנות" למילים הללו כך שזוגות חד מיניים יכללו גם כן במילים "איש ואשתו". "לעמדת היועמ"שית במידה ואין אופק לחקיקה שתסדיר אימוץ ילדים על ידי זוגות חד מיניים יש לתת את הפרשנות המתבקשת". מ.ש.ל.

⁶⁰ כעת מסבירים לנו שאומנם כך הוא, וכי הכנסת והממשלה חד הן ועל כן הכרח הוא להגביר את

ארנק, השועטים ברחובות בקולות וברקים כשרוממות הדמוקרטיה – כפי שהם הגדירוה לצורכיהם⁶¹ – בגרונם וחרב פיפיות בידם.⁶²

אנו מהלכים בעולמות של דמיון; עם עליסה בארץ הפלאות ובארץ המראות, עם דורותי ואיש הפח וחרביהם בארצו של הקוסם מארץ עוץ, כשמאחורי מסך הבערות אין דבר, ועם הילד הקטן הצועק שהמלך הוא עירום בארץ שכל מי שאינו רואה את הבגדים החדשים הרי הוא דיקטטור. הכול הם חזיונות שווא ומדוחים.

כידוע, ספרות הילדים הרי נועדה בעצם למבוגרים. לכן, התפכחו מן ההזיה, הקשיבו לילד הקטן! היו בני חורין!

ציטוט מוצע: ברכיהו ליפשיץ "חוק, פרשנות וסמכות" רשות הרבים (17.8.2023)

כוחו של בית המשפט. גם בלי לדון בנכונותה של הנחה זו הוראה בכול יש כאן, ולא רק הוראה במקצת.

⁶¹ ירו תחילה ולאחר מכן סימנו עיגול מסביב למקום הפגיעה. מעתה כל פריט בהגדרה זו הוא הכרחי; ביטולו יביא לקריסת הדמוקרטיה. אין לך בעולם דמוקרטיה אמיתית אלא זו שלנו. וראו והשוו, בשינויים המתאימים, את דברי הרב אליעזר י' וולדנברג, שנכתבו לפני כשבעים שנה: "כל דמוקרטיה שאינה נכרכת בתיאוקרטיה, במילים אחרות 'שלטון אבסולוטי (בלעדית) של התורה בחיים המדיניים של המדינה', סופה של הדמוקרטיה כזאת להביא בכנפיה במקדם או במאוחר לידי פריצת כל גדרי הקדושה ולהדרדר עד הגיע לידי מצב של אנרכיה (הפקרות והתפרצות וחוסר משטר וסדר), ברצות כל אחד ואחד להטביע בסובייקטיביות את חותמו הוא על הדמוקרטיה, ומתוך כך להקריב על מזבחה של הדמוקרטיה המזויפת את כל ערכי העם והמדינה המקודשים מדור דור. כי באין חזון יפרע עם". הרב אליעזר י' וולדנברג הלכות מדינה ג, פרק ב, עמ' לז (1955) (ההדגשה במקור).

⁶² שפתיו של לורד אקטון בוודאי דובבות בקברו: אמרתי לכם! וראו שרה ב' אלפגרן ומאטס סטרמברג **המפתח** 13-16 (ירון פריד תרגם, 2015): "כשהשדים מגיעים לעולמות אחרים ומגלים את צורות החיים שם, הם מצויבים לעצמם משימה: לעצב מחדש את העולם הזה בדמותם. השדים בונים לרגשות, לחוסר סדר, ליוצאי דופן. הם רואים בעצמם ישויות אלמותיות ונטולות פגמים. מבחינתם אין עוד יצורים ביקום שיכולים לעמוד בדרישותיהם הנעלות ובאידיאלים שלהם. כשהשדים נכשלים בהתאמת אחד העולמות לכוונות שלהם, הם משמידים שם הכול. הם משחיתים והורסים כל חלקה טובה, עד הסנטימטר האחרון... השדים אינם יכולים לפעול בחופשיות בתוך העולם שלנו, ולכן הם ישכנעו מכשפים ומכשפות לבצע את המשימות עבורם. הם משתמשים בקסם של שדים כדי לברך כל מכשף או מכשפה שנענים להם. אחרי קבלת הברכה, למכשף או למכשפה יש מטרה אחת בלבד: להרוג את הנבחרת, לקחת ממנה את נשמתה ולהשתלט על כוחותיה כדי לפתוח את השער ולאפשר לשדים להיכנס פנימה".