

אין לו לדיין אלא מה שעניו רוצות

מאת

ברכיהו ליפשיץ*

פתח דבר

בביקורתו על דרכו של השופט אהרן ברק במשפט,¹ שהפכה להיות לדרך המלך של "המשפט הישראלי", סבר ריצ'ארד פוזנר שהמשפט הישראלי איננו שיטת משפט – לפיכך אין לעסוק בה ואין לצטט אותה. זו איננה שיטת משפט אלא שיטת שלטון שיצר לו בית המשפט שהפך את עצמו להיות הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת כאחד, ואין מי יאמר לו מה תעשה.² זהו שלטון מוחלט, וכל הטוען נגדו נתפס בידי השופטים ובידי חסידיהם כמחלל את הקודש ממש וכחסר הבנה בדמוקרטיה.

אם כך, אין טעם חשוב לדון במה שיוצא מתחת ידי של בית המשפט, שהרי

* פרופסור (אמריטוס), בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית לשעבר.

1 ריצ'ארד פוזנר "משמעותו של ריסון עצמי שיפוטי" רשות הרבים (10.12.20). ראו גם סטנלי פיש "הכוונה היא הכול: ניתוח ספרו של אהרן ברק" רשות הרבים (20.6.2023), וכן Robert H. Bork, *Barak's Rule*, 27 *Azure* 125-132 (2007). ראו תשובותיו של ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטי" דין ודברים ג 399-426 (2008). ובכן, כעת ברור לרבים שאין אלה מיתוסים, אלא עובדות שרוצים להכחישן על ידי יצירת מיתוס.

2 ברכיהו ליפשיץ "הו, תמימות לא קדושה" רשות הרבים (23.2.23).

אין הוא בית משפט עוד, אבל כדאי מדי פעם לעיין בדבריו רק כדי לגלות שלמעשה הוא עסוק במחזה. תכליתה של רשימה קצרה זו היא להדגים משהו משיטת הפרשנות הנוהגת בבית המשפט, ושיש בה כדי להנהיר עוד את הטענה שהועלתה בראשית הדברים.

א. רקע

הכלל הידוע שקבע המחזאי אנטון צ'כוב לכותבי מחזות הוא, שאם אקדח מוצג על הבמה במערכה הראשונה של המחזה, צריך שהוא יירה לפחות עד סוף המערכה האחרונה. כלל זה נשמר היטב במחזה הנקרא בג"ץ 5158/21 גורטלר נגד שר הרווחה;³ במערכה הראשונה – הדיון בפני בית המשפט – האקדח הוצג לראווה ומיד ירה, ובמערכה השנייה – בפסק־הדין – הראה בית המשפט כיצד פגע במטרה. קלקלן – האקדח הוצב כך שיפגע בוודאות במטרה שסומנה.

וזו עלילת המחזה:

חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, קובע בסעיף 3, ש"אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד".⁴ כפי שתיאר בית המשפט, עד כה הכול הבינו את פשוטו של הכתוב כמדבר באיש ואשתו, דהיינו – זכר ונקבה, ולא כבני זוג בני אותו המין, ולכן נדרשו לפתרונות אחרים המצויים בחוק במקרים שבהם בני זוג שאינם עונים על הדרישה הזאת ביקשו לאמץ ילד. אלא שזוגות חד־מיניים טענו בשל כך לאפליה ולפגיעה בזכויותיהם, כפי שמפורט בפסק הדין, ולכן נדרש בית המשפט לשאלה, האם המילים ("התיבה", בלשוננו של בית המשפט) "איש ואשתו" יכולות להתפרש ככוללות גם בני זוג מאותו המין.

כבר בעת הדיון נאמר על ידי נציגי היועצת המשפטית לממשלה, שאף שדרך המלך לשינוי המצב היא על ידי חקיקה שתביא לשינוי נוסח החוק כך שהנוסח החדש יכלול גם זוגות חד־מיניים, הרי שאין היתכנות פוליטית לכך ועל כן

3 בג"ץ גורטלר נגד שר הרווחה (אר"ש 28.12.2023) (להלן: בג"ץ גורטלר).

4 גם בחוק אימוץ ילדים, התש"ך-1960, היה נוסח הסעיף וזה לזה שבחוק הנוכחי. בית המשפט מציין זאת בפסק הדין.

אין ברירה אלא לפנות ל"דרך הפרשנות"⁵. מן הדברים עולה, שהפרשנות היא דרך עקיפין להגיע אל המטרה. כפי שנמסר, בית המשפט הסכים עם עמדה זו, והאקדח הוצג וְיָרָה.

בית המשפט ראה את מה שלפניו כך: "השאלה הפרשנית שלפנינו היא האם יש (!) לפרש את התיבה 'איש ואשתו יחד' באופן שכולל גם בני זוג מאותו מין".⁶ אכן, "שאלה פרשנית" היא בראש ובראשונה שאלה של אפשרות – is – ולא של "יש לפרש" – ought. נראה שכאן יצא קצה המרצע מן השק, והואיל ובית המשפט סבר שיש הכרח בפרשנות כזאת הוא גם מצא את האפשרות לעשות כן.

ענייננו כאן איננו בשאלה האם ראוי שהחוק לא יפלה עוד בין זוגות שונים, אלא במצוי בחוק כפי שהוא בפנינו, והאם הראוי בעיני בית המשפט הוא באמת גם המצוי (לשיטתו) בחוק הקיים, ושמה התקלקלה השורה והראוי הפך מיד גם למצוי.

ב. הלשון המצויה

הכול הבינו בפשטות שהמילים "איש ואשתו" אינן כוללות זוגות מאותו המין. כאמור, כך סבר המחוקק בעת שניסח את חוק האימוץ בשני גלגוליו. כך נהג השירות למען הילד, כך בפשטות הניחו מכללא חלק משופטי בית המשפט העליון שהתייחסו לכך בשנת 2005,⁷ היועץ המשפטי בשנת 2008,⁸ וכך גם באשר לייעוץ המשפטי לממשלה בשנת 2017 וכן בימינו אלה.⁹ גם העותרים הבינו כך, אלא שהם מתחו ביקורת על החוק ולכן הם הזמינו את

5 רות לורנד על פרשנות והבנה 215 (תל אביב, תשע"א): "הפרשנות מניחה שהמושא שלה שלם ואחדותי, ומגלה שכך הוא למרות ההפרעה הנראית על פני השטח. היא מכוונת לשינוי בהבנת האובייקט בלי לשנות את ניסוחו עצמו". ראו שם, עמ' 196, על "פרשנות תחליף", שבה התחליף והמושא המקורי אינם זהים.

6 בג"ץ גורטלר, לעיל ה"ש 3, סוף פסקה 1 לפסק־דינו של השופט פוגלמן.

7 ע"א 10280/01 ירוסי־חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).

8 ראו בג"ץ גורטלר, לעיל ה"ש 3, פסקה 3 בפסק־דינו של השופט פוגלמן. היועץ המשפטי דאז סבר, שהפרשנות המוצעת "מעלה קשיים משמעותיים".

9 שם, פסקה 7.

בית המשפט "ליתן משמעות עדכנית ללשון בהתאם למציאות המשתנה".¹⁰ כלומר, דווקא ההבנה המיידית, הבלתי־אמצעית והאינטואיטיבית היא זו שעוררה את רגשותיהם של העותרים, ולכן הבקשה הייתה לשנות, באופן מודע ומכוון, את פשוטה של הלשון.¹¹ הדגש הושם כאן בלשון, וכך עולה מכל הדיון כולו.

בית המשפט מודה, ש"קיים קושי לשוני באימוץ הפרשנות האמורה", וכן כי:

"אין לחדד כי מבחינה לשונית, הפרשנות שמתיישבת באופן פשוט יותר עם המובן המקובל של התיבה "איש ואשתו" היא שביטוי זה מתייחס לבני זוג שהם זכר ונקבה".¹²

למרות זאת:

"לשון החוק יכולה לשאת פרשנות זו שכן לשונו של הסעיף מכוונת ליצור הבחנה בין אימוץ על ידי תא משפחתי זוגי לבין אימוץ על ידי מאמץ יחיד".¹³

לכירור עניין זה מגיע השופט פוגלמן על ידי שתחילה הוא בוחן:

"את לשון החקיקה, אשר תוחמת את גדר הפרשנויות שהחוק יכול לשאת. בשלב זה יש לחלץ ממילות החוק את המשמעויות אשר נמצאות במתחם האפשרויות הלשוניות, ולהסיר ממתחם האפשרויות את אלו שהלשון איננה יכולה לסבול".¹⁴

10 שם, פסקה 10.

11 ראו לורנד, לעיל ה"ש 5, עמ' 29, 86, 155: "פרשנות איננה מעבר ממצב של אי־הבנה למצב של הבנה, אלא מעבר מהבנה אחת להבנה אחרת". שם, בעמ' 150, המחברת מסבירה שזו מניפולציה של הפרשן כדי לאשר את ערכיו שלו. ראו גם Susan Sontag, *Against Interpretation, in Against Interpretation and Other Essays*, 1, 3 (1966). זונטאג מסכימה שהפרשנות היא פעולה של ההכרה הכפופה ל"חוקים" מסוימים של פרשנות, וכי הפרשן מתרגם ואומר: "Look, don't you see...? that x is really...?"

12 בג"ץ גורטלר, לעיל ה"ש 3, פסקה 20 בפסק־דינו של השופט פוגלמן.

13 שם, פסקה 13, וכן: "יש לקבוע כי פרשנות לשונית אפשרית היא כי בני זוג מאותו מין באים בגדר הסעיף, אף כי פרשנות זו מתיישבת בצורה טבעית פחות עם תחושת הלשון". שם, פסקה 22.

14 שם, פסקה 18.

וכן:

"אף שלשונו של סעיף 3 מתיישבת יותר, על פני הדברים, עם הפרשנות שלפיה תיבה זו מתייחסת לבני זוג הטרוסקסואליים, הפרשנות שלפיה סעיף זה כולל גם בני זוג מאותו המין אינה חורגת ממתחם הפרשנויות הלשוניות האפשריות. אכן, אפשרות לשונית זו מחייבת מאמץ פרשני מסוים".¹⁵

וכן הוא מדגיש "כי לשון החוק סובלת כמה פירושים"¹⁶.

ג. סילוק בעיית הלשון

מכל אלה עולה אפוא באופן ברור, שהמכשול שהיה על בית המשפט לסלק תחילה מעל דרכו ל"פרשנותו" שלו הוא הלשון. דרכו היא להטעין את המילים "איש ואשתו" במשמעות אחרת, שנמצאת, לדבריו, בתוך המילים הללו גופן. כך עולה מן האפשרות שהועלתה להשתמש בלשונו של סעיף 6 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 שקובע כי "האמור בלשון זכר – אף לשון נקבה במשמע, וכן להיפך",¹⁷ וכך להחדיר אל תוך לשונו של סעיף 3 לחוק האימוץ גם לשון נקבה.¹⁸

אומנם לגופו של טיעון זה יש לומר, ש"לשון נקבה" היכולה להחליף את לשון הזכר שבהוראה הנוכחית היא "אישה ובעלה" תחת "איש ואשתו", אך בכך אין המשמעות משתנה כלל ואין בכך, כמובן, כל תועלת למהלך שמוביל אליו בית המשפט. בדיקה קלה תראה שאין דרך פשוטה להחליף את הלשון בדרך אחרת. כפי שצוין, סעיף 6 כפוף להוראה הכללית שבסעיף 1 לחוק הפרשנות, שהוראותיו לא יחולו "אם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה". ההקשר הלשוני כאן הוא בביטוי עצמו – "איש ואשתו", והוא איננו מתיישב עם קריאה אחרת לפי הנחייתו של סעיף 6 הנ"ל.¹⁹

15 שם, פסקה 24.

16 שם, פסקה 40.

17 הכוונה היא גם לשמות וגם לפעלים. וראו קידושין ב ע"ב.

18 בג"ץ גורטלר, לעיל ה"ש 3, פסקה 23 בפסק־דינו של השופט פוגלמן, ופסקה 4 לפסק־דינו של השופט שטיין.

19 השווו עם האמור שם, פסקה 4 בפסק־דינו של השופט שטיין.

בין כך ובין כך ברור שעיקר ה"מאמץ הפרשני" שעשה בית המשפט נועד כדי להבין שהמילים "איש ואשתו" משמעותן הלשונית היא גם בני זוג חד-מיניים. האומנם?

בית המשפט איננו בלשן (למרות שהוא בעל מלאכות הרבה), והוא רואה עצמו רק בתור "פרשן",²⁰ אבל גבולות הלשון אינם באים, למרות הכול, בתחמו של בית המשפט. הלשון עומדת לעצמה, והיא איננה כפופה לרצונו של בית המשפט. בעל כורחך חייב אתה להסתייע במילונים ובמאמרים המבהירים את משמעותן של המילים כדי שתוכל להיבחר מבניהן אחת המצויה במתחם המשמעויות, כפי שנאמר בהצהרותיו של בית המשפט עצמו. זו איננה אפילו תחילתה של בלשנות, אלא בירור פשוט למדיי שחובה על בית המשפט לעשותו קודם שהוא בא להכריע, לפי דרכו, בשאלת פרשנותו של סעיף כלשהו. התהליך מצריך מאמץ אבל אי אפשר להיפטר ממנו בטענה הדחוקה ש"השופט איננו בלשן אלא פרשן". יצוין, שבמקרים אחרים פנה בית המשפט לבחינה של מונח בלשון האנגלית והסתייע בספרות מתאימה. משום מה, נגרע כוחה של הלשון העברית. בכל מקרה, טענה זו סותרת את הצהרת הפתיחה שהובאה לעיל, שלפיה תחילה יש לפנות אל "לשון החקיקה" וממנה "לחלץ" את הפירוש.²¹ יש לקבוע בנחרצות שמשמעותן של המילים איננה יכולה לסבול את המשמעות הלשונית שבית המשפט מבקש להעניק לה.

יתר על כן: לא ברור מהי "המשמעות הלשונית" הזאת. בית המשפט מבקש לומר שבלעגי לשון ובשפה אחרת מדבר המחוקק אל העם הזה. עלגות לשון זו במסווה של "פרשנות משפטית" איננה אלא מומו של בית המשפט. פרשנות כזו איננה מכבדת לא את הלשון, לא את החוק ולא את המחוקק. היא מעוותת את השפה ואת השימוש בה. אין מוסד אחר, או אדם אחר, שיורשה לפרש כך טקסט כלשהו.

20 שם, פסקה 20 פסק דינו של השופט פוגלמן.

21 שם, פסקה 18. אין לקבל את האמירה שאפילו ימצא השופט הבלשן במילון ההיסטורי של האקדמיה ללשון העברית משמעות לשונית רחוקה ויחידאית העונה לצרכיו (!) שהוא יוכל להשתמש בה בפירושו לחיקוק (או למסמך כלשהו). זו תהא פרשנות לא נאמנה מפני שאין זו לשון בני אדם. פייטן אשכנזי מימי הביניים, שבגלל אילוצי תרום ומשקל עיוות את משמעותה של מילה מסוימת, אינו יכול לשמש כראיה לכך שהלשון יכולה לסבול משמעות זו. היא איננה יכולה לסבול לשון זו, ובוודאי שלא במשמעות כזאת היא באה בחיקוק בן ימינו.

אכן, "פרשנות אינה אך בלשנות"²², אך היא מוכרחה להתחיל או מן ההבנה הפשוטה והמיידיית של הטקסט - שהיא איננה פרשנות, למרות הניסיונות לטעון כן - או ממתחם האפשרויות שחכמי הלשון קבעו ולא חכמי בית המשפט, אפילו יעשו בלהטיה של ה"פרשנות התכליתית".

ד. פשוטה של הלשון

אין לך אדם סביר, שאיננו משפטן, והמכיר את השפה העברית, שהבנתו את המילים "איש ואשתו" תהיה שונה מן ההבנה השגורה בפי כל. וכך כבר במקרא: ה' מודיע לנח מי ומי יבואו לתיבה, והוא אומר לו "מכל החי, מכל בשר, שנים מכל הביא אל התיבה להחיות אֶתְךָ, זָכָר וּנְקֵבָה יהיו" (בראשית ו, יט), ולהלן הוא אומר (שם, ז, ב): "מכל הבהמה הטהורה תקח לך שבעה, שבעה, איש ואשתו". הוא משתמש בשני הביטויים באופן מתחלף בהיותם שווי משמעות. כך היה לעולמים וכך הוא גם בימינו.

כדי לחלץ משמעות אחרת למילים "איש ואשתו" מזו הפשוטה והנהוגת חורג בית המשפט ממה שהצהיר כמה פעמים, שכוונתם ודבריהם של חברי הכנסת אינם רלוונטיים בהיותם מורכבים משיקולים שונים, ואין לו לשופט אלא לשונו של החוק כפי שיצאה בסופו של דבר מתחת ידי המחוקק ועוד ועוד, והוא פונה לדברי הכנסת כדי לרדת לסוף כוונתם של חברי הכנסת בשנות השישים בעת שחוקקו את החוק.

אין צורך להיכנס כרגע לכל הנימוקים הללו, שאינם משכנעים - סוף סוף, וגם אם הם יתקבלו על דעתנו, אין הם יכולים לשנות את משמעותה של הלשון. ולא עוד אלא שהרי גלוי וידוע לבית המשפט, שגם המחוקק דהיום אינו חפץ בשינוי החוק וגם לא במתן "פרשנות" אחרת ללשונו; נימוקיו וערכיו של המחוקק דאז ודהיום אינם נראים בעיני בית המשפט דהיום ולכן הוא ממחר לדחותם, ובכך אין כל חדש, אבל יש טעם לפגם בדקדוק (מגמתי) במילים המדויקות של מה שאמרה חברת כנסת אחת לפני שישים שנה שנטלה חלק בחקיקתו של החוק, מצד אחד, ומצד אחר - דחייתן של אמירות מפורשות וברורות של המחוקק, הנוגדות את תכליתו של בית המשפט. כאמור, הפנייה

22 בג"ץ 846/93 ברק נ' ביתהדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(1) 3, 10 (1994).

לדרך הפרשנות הייתה לא בשל קושי לשוני או קושי בהבנת הדברים – לשונו של הסעיף בהירה לחלוטין – אלא בשל כך שערכיו של המחוקק כבר אינם ערכיו של השופט.²³

ה. כיבוש הלשון

בהמשך פסק הדין מוסיף בית המשפט ומנמק את החלטתו בכך, שעל בית המשפט לפרש חוק שנחקק בעבר לפי הנסיבות החדשות הנהוגות בזמן שהוא דן בו. הדרך לכך היא במתן פרשנות תכליתית, המתאימה את החוק למציאות החדשה. כפי שמחודד בית המשפט:

“מכאן האמרה שלפיה “החוק חכם מהמחוקק” – להבדיל מהמחוקק, הפועל ברגע מסוים בזמן, פועלו של החוק הוא על-זמני, במובן זה שהוא נותר על כנו ומפורש גם שנים לאחר חקיקתו לרקע מציאות החיים המשתנה.”²⁴

כלומר, אנו נוטשים את המחוקק החכם־פחות, ודנים בחוק פְּחִי העומד לעצמו והוא על-זמני; “לעולם אל תאמין בְּמִסְפֵּר, בטח בסיפור”, אמר צ’ארלס דיקנס.

נימוק זה הוא בניגוד להידרשות הנוכרת לכוונתו של המחוקק בעת שהוא חוקק את החוק המתפרש, והוא משחרר את הפרשן לגמרי מן הצורך לעגן את הפרשנות בכוונת המחוקק. הנימוק הוא אולי נאצל, אבל אין בו כבוד רב לא למחוקק ואף לא לחוק. החוק יכול להיות חכם מן המחוקק בשל המילים שנוסחו באופן כזה שהן יכולות לשאת, בלא כוונה מודעת, גם

23 ראו לורנד, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 119, 150, שזוהי “פרשנות מתקנת”, הבאה לבטא על ידי מניפולציה את מה שדעתו של הפרשן רואה כראוי. האובייקט נעשה אמצעי לרעיון שהפרשן מאמין בו ולא המחבר. ראו גם זונטאג, לעיל ה”ש 11, בעמ’ 3: “The interpreter was summoned to reconcile the ancient texts to ‘modern’ demands [...] Interpretation thus presupposes a discrepancy between the clear meaning of the text and the demands of (later) readers.” ראו גם שם, בעמ’ 6: “It is always the case that interpreter of this type indicates a dissatisfaction (conscious or unconscious) with the work, a wish to replace it by something else.”

24 בג”ץ גורטלר, לעיל ה”ש 3, פסקה 5 בפסק־דינה של השופטת כנפיי־שטייניץ.

משמעות שונה שאותה אפשר לאפשר את הצורך המתחדש. אבל אין זה ראוי "לפרש" את החוק החכם בדרך שאיננה עולה ממנו עצמו. בית המשפט הוא ההופך לחכם.

כאמור, דרך הילוכו של בית המשפט בפרשנות חוק האימוץ שעוצבה ושהוצבה בפתח פסק הדין היא, שתחילה יש לפנות אל לשונו של החוק המתפרש, וכך, כמובן, ראוי. אך במהלך הדרך חל שינוי המתבטא בפסקה הבאה:

"הנה כי כן, השאלה שלפנינו אינה מה משמעות הביטוי "איש ואשתו" בשפה העברית, קרי, מהי המשמעות המילולית של הביטוי כשלעצמה; עלינו לשאול מהו המסר הנורמטיבי הטמון בביטוי זה, בשים לב להקשר הלשוני הפנימי שלו בחוק האימוץ – זו המשמעות המשפטית העולה מן החוק [...] סבורני כי בחינת הביטוי בהקשרו מלמדת כי במובן הנורמטיבי – להבדיל מהמובן הלשוני גרידא – התזה הפרשנית שלפיה גם בני זוג מאותו מין באים בגדרי הסעיף היא פרשנות לשונית אפשרית [...] מרכז הכובד הלשוני שטמון בו הוא שמדובר באימוץ שאינו על ידי היחיד לבדו. הדגש הוא על מערכת זוגית יציבה [...]".²⁵

אך אין לתאר זאת כ"מרכז הכובד הלשוני" כלל וכלל. המרכז הנורמטיבי והמשפטי הפך למשמעות לשונית, למרות שבית המשפט עצמו אומר שהמובן הנורמטיבי נבדל ושונה מן המובן הלשוני.²⁶ ואם כך צריך גם לשאול, למה חש בית המשפט שלא בנוח בעניין לשונו של החוק, כפי שהובא לעיל? והרי הפרשנות המילולית של "איש ואשתו" אינה מעלה או מורידה, אלא המסר הנורמטיבי, הטמון במילים הללו, הוא החשוב, ומה עניינה של "תחושת הלשון" לכאן? הקושי עולה מהנחתו – החיצונית, הנורמטיבית והמוקדמת

25 שם, פסקה 22 בפסק־דינו של השופט פוגלמן. דגשים אינם במקור.

26 פשיטא שאפשר היה לומר, שהעיקר הוא "איש ואשתו", וה"יחד" לא בא אלא להדגיש את ההבדל בין זוג הורים לבין יחיד, כי מה היינו חסרים אילו לא היה נאמר "יחד"? וסוף סוף – הרי האיש ואשתו לא נעלמו בשל כך מן הטקסט והם הם העיקר, ובלבד שיהיו "ביחד". אך נראה, שה"יחד" בא לומר שאף איש המבקש לאמץ לו ילד, והוא נשוי לאישה והם מקיימים משק בית משותף ככל זוג נשוי, ואשתו איננה רוצה לאמץ את המועמד לאימוץ בעצמה (השיקולים לכך יכולים להיות שונים, אך ראויים), והיא איננה מתנגדת לאימוץ בידי הבעל בלבד – אין היא יכול לעשות זאת; על שניהם לאמץ.

- של בית המשפט שנקיטת המילים "איש ואשתו" באה לצמצם, ושאותה הוא מבקש לשלול.

בית המשפט מסתמך על פסיקות קודמות שלו, שבהן הוצאו מילים ממשמעותן השגורה והן "התפרשו" אחרת. אך אין כל טעם בהסתמכות על שיטה פגומה, ובוודאי אין מקום להתנאות ולהתגאות בכך, כדברי השופט חשין המצוטטים בפסק הדין: "לא היה עולה על דעתנו [...] והנה בימינו אמרנו כך [...] גם מי שאימצו את דמיונם [...] לא היה עולה בדעתם [...] ובימינו אירע הדבר".²⁷ בסופו של דבר, פסיקה איננה הופכת לנכונה ולראויה רק בשל כך שזו הייתה גם פסיקתו של בית המשפט במקרים אחרים.

על כך יפה להביא את הסיפור התלמודי הבא:

"אמר רבי יהושע בן חנניה: פעם אחת הייתי מהלך בדרך, והייתה דרך עוברת בשדה והייתי מהלך בה. אמרה לי תינוקת אחת: רבי, לא שדה היא זו? אמרתי לה: לא דרך כבושה היא? אמרה לי: ליסטים כמותך כבושה!"²⁸

ו. לשון הפוכה

כדוגמה לכוחו של בית המשפט לפרש פירוש בלתי רגיל מובאת בפסיקה שבה הוא פירש את המונח "רשאי" במובן של "חייב".²⁹ שם הדגיש בית המשפט, כפי שכבר נפסק בעבר, שאף שפרשנות חדשה לחוק שנחקק לפני שנת 1992 יכולה לתת לו מובן שונה, היא צריכה להתיישב עם לשונו.³⁰ בקשר לביטוי "רשאי" מצוטטים בהסכמה דבריו הבאים של פרופ' אהרן ברק:

הדיבור 'רשאי' בלשון העברית משמעותו הרגילה הינה היתר (- רשאי לעלות על קרקע) או הסמכה (- רשאי להפקיע)

27 בג"ץ גורטלר, לעיל ה"ש 3, פסקה 41 בפסק־דינה של השופטת כנפי־שטייניץ.

28 עירובין נג ע"א ומקבילות.

29 ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (אר"ש 14.5.2012) (להלן: עניין רוטמן).

30 שם, בפסקאות 36 ו-39. ראו גם בבג"ץ גורטלר, לעיל ה"ש 3, פסקה 35 בפסק־דינו של השופט פוגלמן, בה הדרישה להתאמה ללשון אינה נזכרת.

הכרוכים בשיקול דעת. הדיבור 'חייב' בלשון העברית משמעותו הרגילה הינה חיוב לבצע פעולה (פיזית או משפטית) ללא שיקול דעת. עם זאת, ההקשר הפנימי עשוי לעתים להביא לידי כך כי לדיבור 'רשאי' תינתן משמעות של חובה ולדיבור 'חייב' תינתן משמעות מרשה או מסמיכה. שני מובנים עשויים איפוא ליפול לגדר מגוון האפשרויות הלשוניות. דבר זה יהא לרוב נדיר, שכן 'רשאי' אינו 'חייב' ו'חייב' אינו 'רשאי'. עם זאת, יש לציין כי הבחירה ביניהן תעשה על-פי תכלית החקיקה.³¹

אבל אם, לשיטתו של הכותב, "רשאי" אינו 'חייב' ו'חייב' אינו 'רשאי', הכיצד זה יכול לבוא, ואפילו רק באופן נדיר, "ההקשר הפנימי" ולגרום למונח "רשאי" להביע לפתע גם את המשמעות של חובה ולמונח "חייב" לתת גם משמעות מרשה או מסמיכה? והכיצד יבואו שני המובנים הללו "לגדר מגוון האפשרויות הלשוניות"? זהו ניסוח מעגלי ובלתי מספק, שבסופו של דבר מעניק סמכות ל"פרשן" ליצור משמעות חדשה – שונה והפוכה – למילים, שלא הייתה קיימת בלשון באופן עצמאי ובלתי תלוי ברצונו של בית המשפט. גם "תכלית החקיקה", שגם אותה הלוא קובע בית המשפט, איננה יכולה לפרוץ את המעגל הזה. במקרה זה אין אלא לומר, שהתחנה הראשונה במסלול הפרשנות, היא הלשון, איננה נפקדת והפרשן מדלג עליה כליל בדרכו. זו איננה בלשנות, אף לא פרשנות, אלא חקיקה המבטלת את החוק הקיים ומקימה תחתיו חוק שונה.³²

אגב דברים אלה ייאמר, שהבעיה הלשונית שעלתה באשר לביטוי "רשאי" הייתה יכולה להיות מיושבת מעט, ורק מעט, אילו בית המשפט לא היה תר אחרי משמעותה של מילה רק באנגלית אלא גם בעברית (כפי שעשה במקרה אחר, וכראוי עשה שם) ואז היה מגיע אולי למאמרו של פרופ' שאול ליברמן, מגדולי חוקרי התלמוד בדורות האחרונים, וממנו היה למד כי "בארץ-ישראל

31 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 120 (1993). מצוטט בעניין רוטמן, שם, פסקה 48 בפסק-דינו של השופט פוגלמן.

32 האם מותר להעלות על הדעת שבפרשו את "רשאי" כ"חייב" קיבע בית המשפט את ערכו וכפה אותם על הממונה על כך מטעם החוק? ובפרשו את "חייב" כחובה התלויה בשיקול הדעת הביא בית המשפט את העניין תחת ביקורת?

השתמשו במלה 'רשות' במונח 'חיוב'." ³³ אומנם זהו שימוש חריג בלשונונו, אבל בית המשפט הלוא סבור שחריגות איננה סיבה להוציא משמעות מסוימת ממתחם "האפשרויות הלשוניות".

כך הוא גם באשר לדוגמה הנוספת שהביא בית המשפט לכוח הפירוש שלו, והיא באשר לפירושן של "ו" ו"או" במשמעים הפוכים מן המשמעות הרגילה בשפה העברית שנתן להן בית המשפט, וכי "ניתן לפרש ביטויים אלה כדו-משמעיים". ³⁴ עיון בספרו של מהרי"ן אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, היה מלמד, למצער, על כך ש"אף במשנה רגיל כמו במקרא וי"ו במקום 'או'". ³⁵ אומנם "או" תחת "ו" לא מצאנו, ³⁶ אבל מן הראוי אפוא להודות שיש ב"בלשנות" תועלת כלשהי, ולו במקרים מסוימים, ואין זה כדאי לדחות את העיון במקורם של הדברים רק מן הטעם שהשופט איננו בלשן.

האם יהיה זה רחוק מן הדעת להניח, שאילו נחקק חוק האימוץ כיום ככתבו וכלשונו הנוכחיים, שהוא היה נפסל בידי בית המשפט מאותם הנימוקים הלא-לשוניים שהובאו בפסק הדין, כולל כתביהם של מלומדים שונים, שאינם מקור משפטי מחייב (בהיותו נוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו)? "דרך הפרשנות" שננקטה כאן, שהונעה על ידי אותם נימוקים איננה אלא אותה הגברת בשינוי אדרת.

33 שאול ליברמן "תיקוני ירושלמי ו" תרביץ ה' 97-99 (התרצ"ד). מופיע גם במחקרים בתורת ארץ ישראל 200-202 (דוד רוזנטל עורך, ירושלים התשנ"א). ראו גם חיים כהן "רשאי שהוא 'חייב'" מחקרים בלשון ב-ג 173 (התשמ"ז). ראו גם מה שהבאתי בספרי, ברכיהו ליפשיץ משפט ופעולה 130, ה"ש 5 (ירושלים התשס"ג), בערך "ירש". על כך שרשאי הכוונה זכאי, ראו שאול ליברמן תוספתא כפשוטו לברכות 1 (1936-1954). ראו גם שבת קנ ע"א, רש"י ד"ה "כל שאני זכאי באמירתו": "כל שאני רשאי לאומרו לחברי או לנכרי בשבת לעשות למוצאי שבת, רשאי אני להחשיך עליו".

34 בג"ץ גורטלר, לעיל ה"ש 3, פסקה 21 בפסק-דינו של השופט פוגלמן. בית המשפט מפנה לבר"ם 9231/20 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רמלה נ' הכנסייה האוונגלית האפיסקופלית בירושלים, פסקאות 50-51 (אר"ש 13.8.2023). אין שם כל מחקר לשוני, אלא הסתמכות על פסקי דין קודמים של בית המשפט.

35 יעקב נ' אפשטיין מבוא לנוסח המשנה עמ' 1062 ואילך (ירושלים, התש"ח).

36 אף שיש "או" במונח אם, כמו בפסוק "או נודע כי שור נגח הוא" (שמות כא, לו) ועוד.

ז. כיבוד הלשון

בנסיבות העניין, החוק נעשה לבלתי אפשרי, אבל, למרות זאת, אי אפשר להתעלם ממנו. וכפי שסוזאן זונטאג מציגה זאת:

"Interpretation is a radical strategy for conserving an old text, which is thought too precious to repudiate, by revamping it. The interpreter, without actually erasing or rewriting the text, is altering it. But he can't admit to doing this. He claims to be only making it intelligible, by disclosing its true meaning".³⁷

ראוי להציע הבחנה נוספת שעושה זונטאג במאמרה הנזכר. לדעתה, שיש לה תימוכין רבים, הסגנון הישן של הפרשנות היה סגנון מכבד והוא הוסיף ובנה משמעות נוספת על גבי המשמעות המילולית של הטקסט. כך הוא באשר לאלגוריסטים לדורותיהם, כגון פילון האלכסנדרוני שפירש את התורה ואת מצוותיה ואת תיאוריה על דרך האלגוריה, אך לא הסיק מכך שיש לבטל את קיום המצוות כפשוטו של מקרא או כפירושן. הפרשנות המודרנית, לעומת זאת, חותרת תחת הטקסט ומאחוריו כדי למצוא סביטקסט שהוא הטקסט האמיתי, שהוסתר, כביכול, בידי המחבר.³⁸ הפרשנות הישנה כיבדה את הטקסט וסברה שהוא רב שכבתי ויכול לשאת ריבוי משמעויות בשל היותו נכתב בידי האל או בהשראה אלוהית.³⁹ הפרשנות החדשה, לעומת זאת, רואה בטקסט אובייקט להבעת רעיונותיו של הפרשן.

ייתכן שבית המשפט היה יכול להגיע ביתר קלות לתוצאה שאליה ביקש להגיע אילו היה מנצל את מידת הפרשנות המצויה במקורות ההלכה היהודית, והיא מידת "דיבר הכתוב בהווה". דוגמה לכך היא המשנה שזו לשונה:

"אחד השור ואחד כל בהמה לנפילת הבור, ולהפרשת הר סיני,
ולתשלומי כפל, ולהשבת אבידה, לפריקה, לחסימה, לכלאיים,

37 זונטאג, לעיל ה"ש 11, בעמ' 3. וראו שם דוגמאות לכך.

38 שם, עמ' 4.

39 ראו גם לורנד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 149.

ולשבת; וכן חיה ועוף כיוצא בהן. אם כן, למה נאמר שור או
 חמור? אלא שדבר הכתוב בהווה".⁴⁰

המשנה קובעת שבכל הדינים הנזכרים בה, למרות שהכתובים העוסקים
 בהלכות אלה מדברים בשור ובחמור ובבהמות מסוימות,⁴¹ הרי שדינים אלה
 חלים על כל הבהמות, החיות והעופות – והכתוב שפירט בדבריו את השור
 והחמור בלבד "לא דיבר אלא בהווה".

תחילה יש לפרש ולומר שה"הווה" אינו מתכוון לזמן שבו ניתנה התורה, כי אין
 כל מקום לומר שרק שוורים וחמורים נופלים בבור שברשות הרבים ובהמות
 אחרות נחלצות מכך. אלא הכוונה היא שכך הווה-קורה לרוב, ונקטו את הדוגמה
 השכיחה; אבל לא הייתה כוונת הכתוב להגביל את ההלכה לבהמות אלה
 דווקא. באשר להיקפו ולתוקפו של כלל זה יש כנראה מחלוקת בין המקורות
 בשאלה, האם הכלל הזה ש"דיבר הכתוב בהווה" הוא כלל היוצר את הדין שכול
 הבהמות, החיות והעופות באים בכלל ההלכות הללו, או שמא ריבוי זה נלמד
 מדרשות אחרות של הכתובים, והכלל האמור בא רק כדי להבהיר את הסגנון
 המגביל.⁴² אומנם לא תמיד כך הוא. במשנה נאמר:

"השולח סבלונות לבית חמיו שלח שם מאה מנה ואכל שם
 סעודת חתן אפילו בדינר - אינן נגבין. [...] [ועל כך] אמר
 רבא: דוקא דינר, אבל פחות מדינר - לא! פשיטא, דינר תנן!
 מהו דתימא: הוא הדין דאפילו פחות מדינר, והאי דקתני דינר
 - אורחא דמילתא קתני, קא משמע לך".⁴³

השימוש במידת פרשנות זו הוא אפוא יחסי ואין הוא יפה בכל המקרים. יש
 בכך תמיכה בדעה הנוקטת שהרחבת תחולתה של ההוראה באה לא מכוחה
 של מידה זו אלא ממקורות אחרים.⁴⁴

40 בבא קמא, פרק ה משנה ז.

41 המשנה מתחילה בעניין נפילת שור או חמור לבור שפָּרָה אדם, ולכן היא מביאה רק את
 הפסוק שבעניין זה, אך כך הוא גם באשר לשאר המקרים והמשנה קיצרה בדבריה.

42 ראו על כך בפירוט ובהרחבה אסף בראון "דבר הכתוב בהווה" - מנגנון הרחבה או
 הצדקה רטרוספקטיבית? 181 עלון שבות 69-88 (התשפ"ג).

43 בבא בתרא, קמו ע"ב.

44 ייתכן שיש להבדיל בין דרישת המקרא לבין דרישת המקור התנאי. כפי שהוצע במקום
 אחר, חכמים נבדלו מן הצדוקים בכך שהאחרונים סברו שאין לסטות מלשון הכתוב

לפי מידת פרשנות זו אין לנו עסק בפירוש המילולי של המילים "שור או חמור", לפי שהן ברורות לחלוטין, ממש כמו המילים "איש ואשתו", ואומנם אין "מפרשים" אותן אלא את ההוראה בכללותה: האם כוונתה להגביל את עצמה למקרים המנויים בה במפורש בלבד, או שמא אין הן אלא דוגמה בעלמא והכול בא בכלל.⁴⁵

אם נאמר שהכלל הזה יכול להיות ישים גם במשפט הישראלי,⁴⁶ ואפשר להחילו גם על הוראת סעיף 3 של חוק האימוץ,⁴⁷ הרי שהכול היה בא על מקומו בשלום. כל המעיין בפסק הדין ובנימוקיו יראה, שלכך כוונתו למרות כל הסיבוכים והפיתולים שיש בהנמקותיו השונות, אלא שעניין ה"משמעות הלשונית", שאליה הדריכוהו לפנות תחילה, קלקלה לו את השורה.

הדווקאנית, שהיא לשונו של האל נותן התורה, וכל גריעה או הוספה עליה אסורה בהיותה באה מדעתם של בני האדם המפרשים את הטקסט האלוהי (לפי הכתוב "את כל הדבר אשר אנכי מצווה אתכם, אתו תשמרו לעשות, לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו", דברים יג, א). לעומתם, חכמים סברו שיש להם הסמכות לעשות זאת, והמקורות העוסקים בכך הם בעלי ניחוח פולמוסי. כך, למשל, בענייננו, נראה לומר שהלכתם של הצדוקים הורתה על הגבלתה של ההוראה לשור ולחמור דווקא, וחכמים הרחיבו כנגדם. ראו על כך ברכיהו ליפשיץ ההלכה – על דעת המקום או על דעת הקהל (ירושלים, התשע"ט).

מידה זו אינה מועילה, כמובן, במקרים שבהם נדון עניין כמו פירושו של "רשאי",⁴⁵ הנוכח לעיל. אך, כפי שראינו, בהם יש לבית המשפט דרך ישירה אחרת – דרך שאין בה מעקש, סטייה והנהגה בה פטור מהוראות התמורות – והיא על פי הקשר הדברים ותכלית החקיקה. כשנעיין בפסק הדין הנדון, הרי כך נעשה, בסופו של דבר, גם בו. תכלית החקיקה מבטלת את דרך המלך שהתווה המחוקק כדי להגיע אליה. ייתכן שלפי דרך זו אפשר לאשר להומוסקסואל ולסבית, המנהלים משק בית משותף אך אינם רוצים להינשא זה לזו לאמץ ילד ביחד. ולמה ייגרע מעמדם של רווקים? הרי איננו מונעים מאישה ללדת ולהפוך לאם יחידנית, ואין בכוונתנו לקחת את ילדיה של אלמנה ממנה? בוודאי תימצא גם חוות דעת מתאימה שתתמוך בכך.

כי שמא רק למחוקק מותר לעשות זאת, ורק באמירה מפורשת, כמו שבא בסעיף 2 הידוע של פקודת הדיג 1937: "דג פירושו כל חיית מים, בין שהיא דג ובין שאינה דג, והוא כולל [...]". גם הוראת סעיף 6 לחוק הפרשנות שנידונה לעיל, שלשון זכר גם לשון נקבה במשמע, כמו גם הוראות רבו נוספות בחוק הפרשנות ובפקודת הפרשנות ("אדם – לרבות חברה"), מתיירות לפי הנחת השוויון ותחושת העלבון. אך מהוראה זו עצמה משמע לכאורה, שאלמלי נכתבה – היה עלינו לפרש לשון זכר באופן דווקני.

כי שמא לא זו הייתה כוונתו של המחוקק בהווה שלו ובמה שנהוג היה אצלו, ושמא אמר את דבריו בדווקא, בהיעדר מקור אחר להרחבה.

סוף דבר

בדברים שלעיל לא הייתה כוונה לדון במכלול ענייני הפרשנות, ולא לנקוט עמדה במחלוקת בשאלה האם יש לקבל את דעת האוריג'ניליסטים או את דעתם של בעלי עמדת "החוקה החיה", וגם לא לעסוק בעניין סמכותו של בית המשפט בתחום הפרשנות, או בחובה שראה לעצמו שלא להעלים עין מן המצוקה והעדיף על כך את ההתעלמות מן החוק וזאת על ידי "ההלכה הפרשנית הנהוגה עמנו" בדבר מתן פרשנות תכליתית לדבר חקיקה.⁴⁸

גם לא נידונו רצייתיה של ההלכה שנקבעה כמו גם כוונתו של בית המשפט; ההנחה היא שהתוצאה רצויה ושכוונתו של בית המשפט הייתה רצויה. הכוונה כאן הייתה לתאר ולבחון את מעשיו – כלומר, את דרכו של בית המשפט בפסק הדין הנדון ואת משמעויותיה של בחירתו – והם אינם רצויים. הוא נבחן מתוכו ועל פי דקדוקו הפנימי ולשיטתו, ונמצא שאין הוא שיטתי.

מלבד זאת אני סבור שאת "הפרשנות התכליתית" יש להוציא אל מחוץ לחוק.

48 ראו ברכיהו ליפשיץ "חוק, פרשנות וסמכות" רשות הרבים (17.8.2023).