

נ א מ ר י ם

פרשנות נאמנה – תלתא משמע

מאת

חיים ה' כהן *

כבר העמידנו פרופ' טדסקי, באחת מפנינותיו היקרות, מול פני השאלה הנוקבת, אם פרשנות החוק "מסוגלת להיות נאמנה". השאלה מתעוררת באשר הפרשנות אינה "הליך מיכאני ואף לא פיסולוגי", אלא היא "שיחזור מחשבת הזולת – מחשבה גור-מטיבית, אם בפרשנות משפטית עסקינן – ואין להשוותו כלל וכלל לשפיכת חומר מכלי אל כלי, ואף לא להשתקפות דמות במראה, או לצילום". הפרשנות היא "העתקת מחשבת הזולת לחוג חיינו הרוחניים", ואין היא ניתנת "לביצוע אלא על-ידי פעולת החשיבה שלנו".² ולא זו בלבד אלא מאחר ואין הפרשן יכול להפיק "ממקורות המשפט את כל היסודות הדרושים לתפקידו", שהרי הדינים "אינם מספיקים והם קצרי יד" – נקרא הפרשן "לשיתוף-פעולה עם המקורות, כדי להשלים את החסר בהם", ולשם כך יהא עליו, ומותר לו, "להפעיל את הערכותיו" שלו.³

ואל תעלה על דעתך שהשאלה "המדריכה" הזאת טומנת בחובה תשובה שלילית, לאמור שכל "נאמנות" של ממש בפרשנות החוק אינה אלא אשליה בעלמא. מבחינת ההגיון, הרי אם יש והפרשן בוחר מדעת בפירוש שאינו נאמן, על מנת להשיג מטרה פלוגית – סימן וראיה שניתן לו לבחור גם בפירוש שהוא נאמן;⁴ ומן הבחינה העניינית – והיא עיקר – הרי תלויה התשובה לשאלה, אם מסוגלת פרשנות להיות נאמנה, וכיצד ואימתי היא מסוגלת, לא רק בנותני הנאמנות כי אם גם בדורשי הנאמנות. שאפילו תמצי לומר שמבחינת נותנה אין הנאמנות נאמנה, באשר נבלעת ונטמעת שאיפת נאמנותו הכנה בנתונים ובמכשולים אשר – על אף היותם, רובם ככולם, נובעים מאישיותו ותכונותיו האינדיווידואליות שלו – אין לו למעשה כל שליטה עליהם; על כל פנים יכול ומבחינת דורש הנאמנות אין במכשול ההוא כדי לגרוע ממנה. ואם הנאמנות תימצא נאמנה די צרכה בעיני דורשה, יצא נותן הנאמנות – הפרשן – ידי כל חובתו. מי הוא זה, אם כן, דורש הנאמנות, ומה הן דרישותיו?

דין פשוט וברור הוא שהפרשן חב נאמנות למחוקק – והוא ראש וראשון לדורשי הנאמנות. אבל אין זו חובת-נאמנות יחידה המוטלת על הפרשן – ומאחר ובפרשנות

* שופט בית-המשפט העליון.

1 טדסקי, "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן", דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, כרך 1, חוברת 4, תשכ"ד, עמ' 1, 8.

2 שם, עמ' 1.

3 שם, עמ' 1-2.

4 שם, עמ' 8.

משפטית קא עסקינו, נדבר בראש הפרטים, הוא השופט: חב הוא חובת נאמנות גם לדין הבלתי-חקוק, גם לעקרונות המונחים ביסוד השלטון הדימוקרטי⁵, וגם ליושר ולצדק ולמוסר⁶. כדרך העולם, כשמתחלקת נאמנות בין זכאים שונים, עשויות הנאמנויות להתנגש זו בזו, ומן הראוי הוא לקבוע סולם עדיפויות ביניהן.

מקובלנו שהעדיפות הראשונה מגיעה לחוק החקוק (lex scripta). אמת כי דברי-החקוק — או גזירת המחוקק, תרתי משמע — יכול ויוציא את כל יתר מקורות המשפט מן העולם: ברצות המחוקק משאירם בעינם ובמקומם, ברצותו מבטלם ונוטל מהם תוקפם. ואם המנהגים והעקרונות והצדק אינם חיים בעולמנו כי אם בחסדו של המחוקק וכל עוד הוא חפץ בהם, נמצא שכוחו של המחוקק גדול מכוחם של הללו, ומסתמא עדיף על פניהם דברו. ואולם רוב שאלות-הפרשנות העשויות להעמידנו בפני ברירת-נאמנויות, מתעוררות במצבים אשר בהם מצויים החוק הכתוב והמשפט הבלתי-כתוב, על מקורותיו השונים, בכפיפה אחת; וכשאנו מדברים במחוקק דימוקרטי נאור, שהמנהגים הטובים והעקרונות הנשגבים ומושגי הצדק הם נר לרגליו, לא זו בלבד שאין להניח שהוא הוציאם ובטלם מן העולם, אלא שמה אין דבר-המחוקק עצמו יכול להתפרש נאמנה, אם לא בהנחה שהחוק היוצא מתחת ידיו אמנם הותאם לחוק המסגרת של "המשפט" הקיים, על מרכיביו המרובים והמגוונים. והבעיה בעיה רק מקום שמת-גלית סתירה בין דבר-המחוקק לבין אותם הדינים והעקרונות, והסתירה מחייבת בחירה בין הנאמנויות.

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 טיבו⁷: 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. שלישית, אין ערובה לשוויון הכל בפני החוק, לחוק אחד ואחיד לכל, אלא אם כולם יכולים לסמוך לא רק עליו כי אם גם על השופטים שיבצעוהו באופן שווה לכל⁸. ורביעית, אין לך כמלה הכתובה של החוק ערובה לחירות האדם: כל חוק כתוב בגדר מגילת-זכויות-האדם הוא (magna charta)

5 ראה, למשל, פסק הרוב בפרשת ירדור ג' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששית, פד"י י"ט (3) 365.

6 ראה: A. G. Guest, "Logic in the Law", *Oxford Essays in Jurisprudence*, First Series, 1961, p. 177: (the judge) is always entitled to keep his eye on other sources of Law, on the ethical code of the community, on social justice, on history...

7 לא בכדי מייחס הכתוב את כתיבת עיקרי החוק למחוקק האלהי בכבודו ובעצמו: והמכתב מכתב אלהים הוא חרות על הלוחות (שנית, ל"ב, 16, וכן שמות, ל"ד, 1). וחכמי התלמוד דרשו שדברי המחוקק שבכתב אי אתה רשאי לאמרם בעל-פה (תמורה, י"ד ב').

8 חוק שנים-עשר הלוחות הוחק ברומי כתגובה על מחאות הפליבים, המוני העם, על ביצוע החוקים בידי הפטריקים, האצילים, כראות עיניהם וכאוות נפשם ולטובתם שלהם בלבד.

ראה: Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1953, q.v. Lex Duodecim Tabularum, p. 551.

(libertatum) בועיר אנפין — והוא במידה שהשופט שומר על זכויות אלה שלא ייפגעו ולא יוגבלו אלא על-פי הוראה מפורשת שבחוק חקוק.⁹

ואמנם קובעת, לענין פרשנות לשונו של החוק, עצם המלה כמות שהיא כתובה בו: ואת היא הפרשנות "הרקדוקית" (grammatical interpretation) להבדילה מן הפרשנות "ההגיונית" (logical interpretation).¹⁰ הפרשנות הרקדוקית היא, להלכה, צו השעה, כשניתן לפרש את המלה החקוקה פשוטה כמשמעה; אך כבר הקשו רבים וגילו גדולים שאין למלים משמעות "פשוטה", או משמעות יחידה, ושהמשמעויות משתנות; ועד למסקנה המעציבה הגיעו שאותה "משמעות פשוטה של המלים", אשר שופטים כה רבים מאמינים, לעתים כה קרובות, שהיא המשמשת נר לרגליהם בפרשנות החוק, אינה לאמיתו של דבר אלא אשליה בעלמא.¹¹ נמנו וגמרו שיש לדלות משמעות של מלה פלונית מהדבק הדברים או מהקשר הדברים: noscitur a sociis;¹² או שיש לפרשה לפי רוחו ומטרתו של החוק, הן הן כוונת המחוקק — לאמור: ratio verborum הולכת אחר ratio legis.¹³ הדברים ידועים; ואף גם זאת מן המפורסמות היא שהפרשנות "הרקדוקית" נדחית מפני הפרשנות "ההגיונית", מקום שהחוק הוא סתום או דו-משמעי או לוקה בחסר או יש בו שני כתובים המכחישים זה את זה;¹⁴ ולעולם אין לפרש את החוק באופן המביאו לידי גיחוך (אבסורד בלע"ז).¹⁵

- 9 ראה דעת המיעוט בפרשת ירדור, ה"ש 5 לעיל, עמ' 380 ואילך.
- 10 גלנויל ויליאמס, במהדורה ה"11 (והבאות אחריה) של *Salmond on Jurisprudence*, עמ' 152, מעדיף לכנות את הפרשנות הרקדוקית בשם "פרשנות מילולית" ואת הפרשנות ההגיונית בשם "פרשנות חפשית" — אך חוששני שאם הפרשנות ההגיונית לאו דווקא הגיונית היא, אף הפרשנות החפשית אינה דווקא חפשית. ויש המעדיפים פרשנות "ראשונית" ו"משנית": *Craies, on Statute Law*, 4th ed., p. 68.
- 11 *C. K. Allen, Law in the Making*, 5th ed., p. 483. דיגמאות מאלפות למשמעויות "פשוטות" של מלה פשוטה אחת השונות זו מזו והסותרות זו את זו, מצויות אצל זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", ספר היזבל לפנחם רחון, 1962, עמ' 147 ואילך.
- 12 "The meaning of a word is to be judged by the company it keeps" (Lord Macmillan, quoted in *Salmond on Jurisprudence*, 11th ed., p. 153).
- 13 זהו אחד מכללי הפרשנות שזכו לתואר "כלל הזהב": *Allen, supra n. 11, op. cit.*, p. 466: "our law has not yet succeeded in finding a perfect balance between the ratio verborum and the ratio legis — indeed, with the predominance of legislation in modern times, equilibrium becomes increasingly difficult to attain" (*ibid.*, p. 465).
- 14 *Salmond: "Logical Defects"*, *op. cit.*, pp. 154 ff.
- 15 בלשונו של Lindley, L. J.: "You are not so to construe an Act of Parliament as to reduce it to rank absurdity. You are not to attribute to language used by the legislature... a meaning which would not carry out its object but produce consequences which to the ordinary intelligence are absurd". (*The Duke of Buccleuch* [1889] 15 P.D. 86.)
- וכן השופט פרנקפורטר, כשהוא מזהיר את השופט-הפרשן שלא לקרוא לתוך החוק דברים שאין בו, מוסיף ואומר:
- "He must not read out (of the law) except to avoid patent nonsense or internal contradiction", "Some Reflections on the Readings of Statutes", in: *Landmarks of Law*, Henson (ed.), 1963, p. 216.

נמצא שחובת הנאמנות לחוק שתי פנים לה: חב אתה נאמנות לדבר, וחב אתה נאמנות לכוונתו או לרוחו. אבל לא זו בלבד ששתי החובות הללו אינן מתנגשות זו בזו, אלא משתלבות הן זו בזו ומשלימות זו את זו — עד כדי כך שאין הנאמנות לדבר יכולה לעמוד בלעדי הנאמנות לרוחו של החוק: מוטל לאדם שגופו אינו חי אלא כל עוד נשמתו בו¹⁶. רק על-ידי שנופחים לתוך המלים של החוק נשמת חיים (anima legis), יכול החוק לפעול פעולתו, ומתקיים רצונו של המחוקק הלכה למעשה — החוק מתחיל, כביכול, לראות ולשמע ולהגיב תגובותיו¹⁷. נאמנותו של השופט נתונה לחוק החי: פרשנותו של החוק המת ("האות הכחה") ענין הוא להיסטוריונים, וחובת נאמנותם של הללו אינה ענין לכאן.

אע"ז ואוסיף שכשם שנאמנותו של השופט נתונה לרוח החוק המפיח בו חיים, כן נתונה נאמנותו לרוח החוק המשרה עליו חסד ואמת — הלא הוא "יופיו" של החוק¹⁸. הכוונה אינה ליופיו החיצוני (elegantia juris) כי אם ליופיו הפנימי — הוא היופי המשיב נפש והמשמח לב והמאיר עיניים, העושה את החוקים "נחמדים מזהב ומפז רב ומתוקים מדבש ונופת צופים"¹⁹, או, לשון חול, מעין יצירת-אמנות מושלמת המרהיבה עינינו במידותיה ובטבעיותה ובאנושיותה, בכח-ביטוייה ויושר-תכליתה וטוהר ברייתה²⁰. חוקה על המחוקק — לפחות על המחוקק שלנו זה — שרוחו "טובה" עליו: כוונתו לא רק לעשות חוקים מועילים, כי אם גם לעשות חוקים צדיקים; והנאמנות לרוח חוקיו באה להפעילם במיטב התועלת ובמירב הצדק.

אלא אנן סהדי שתזקת המחוקק אינה ממין התזקות שאין מהרהרים אחריהן. יש מחוקקים שרוחם "רעה" עליהם, וחוקיהם חוקי רשע ואפליה ורדיפה ורודנות, הנעשים לשמם ולשם השלטון הטוטליטרי. ומכלל הן אתה יזומע את הלאו: אין אתה חב חובת נאמנות למחוקק שרוחו "רעה" עליו כאמור; ולא זו בלבד אלא חובה מוטלת על שופט שלא לציית לחוקיו הרעים של מחוקק כזה ולא לבצעם²¹. נמצא, הנאמנות לצדק עדיפה על הנאמנות לחוק, או, ליתר דיוק: הנאמנות לעקרונות המקודשים של דימוקרטיה

"It is not the words of the law but the internal sense of it that makes the law, 16 and our law (like any other) consists of two parts, viz. of Body and of Soul: the letter of the law is the body of the law, and the sense and reason of the law is the soul of the law — quia ratio legis est anima legis" (Plowden on *Eyston v. Studd* (1574), quoted by Allen, *op. cit.*, p. 429)

17 בראשית, ב', 7: ויפח באפיו נשמת חיים ויהי האדם לנפש חיה. תירגם יונתן בן-עוזיאל: וניפח בנהירותי נישמתא דחיי, והווא נישמתא בניפא דאדם לרוח ממלא, לאנחרות עינין ולמצעות אודנין — לאמור, החיות היא בדיבור פה ובמראה עיניים ובמשמע אוניים.

18 Jhering, "Das Gesetz der juristischen Schoenheit", *Geist des Roemischen Rechts*, 18 9th ed., Reprint 1968, II, p. 379

19 תהלים, י"ט, 8-11, לענין החוק האלהי.

20 Jhering, *op. cit.*, p. 380; Frank, *Courts on Trial*, Paperback ed., 1973, pp. 295 ff.

21 "במילוי תפקידם השיפוטי אין השופטים עבדים של הרשות המחוקקת: יש והם לא רק רשאים כי אם גם חייבים, בתוקף שביעיתם, שלא לציית לה. אי-ציות זה חובה קדושה הוא על השופט, מקום שבציות לחוק יהא כשום הפרת הנאמנות לצדק — שאין השופטים עבדים כי אם של הצדק בלבד": Anselm von Feuerbach, *Die hohe Wuerde des Richteramtes*, 1817, p. 8.

ושל חירות-האדם, דוחה חובת הנאמנות לחוקי-דיכוי של מחוקק רודן. היו שניסו, בעקבות הנסיונות המרים שנתנסו בגרמניה הנאצית, לעשות קטלוג של חוקים המעידים על עצמם שאין שופט חב להם חובת נאמנות (כמו בחירות-כפייה, איסורי מפלגות, שלילת-חופש מינהלית, החרמת רכוש ללא פיצוי, ריגול אחרי אזרחים פרטיים וכו')²². במקום אחר הצעתי כסימן-היכר לחוקים "רעים" כאלה, שבאים הם לשלול מאת אדם את חייו או חירותו או רכושו אך בשל גזעו, דתו, מינו, לשונו או דעותיו בלבד²³. אך כבר אצל חכמי הכנסיה של ימי-הביניים מצאנו שאין שופט חב חובת נאמנות לחוקים בלתי צודקים (leges injustae)²⁴; והאפיפיור יוחנן ה-13 שלל כל תוקף של חוק מחייב מחוקים חילוניים שאינם ממלאים תפקידם להגן על זכויות-היסוד של האדם וליצור את התנאים אשר בהם יכול כל אדם לקיים חובותיו המוסריים²⁵. כשהמדובר הוא במחוקק טוטליטרי הכופה על עמו חוקי-דיכוי, הכל שווים היום בעולם החפשי שאין שופט חב לו חובת נאמנות; אבל מה הדין כשהמחוקק הוא מחוקק דימוקרטי העומד בחזקת צדקתו, אלא חוקיו הם חוקים בלתי צודקים (leges injustae) העלולים להזים את החזקה?

מתווספת לנו פה חובת נאמנות שלישית, בנוסף על הנאמנויות ללשונו של החוק ולרוחו של החוק: היא הנאמנות לרוחו של המחוקק. יש והחזקה אשר בה מעמידים את המחוקק, שהוא מחוקק-צדק, הופכת לניצחת (praesumptio iuris et de iure), ואף הוא עצמו אין בכוחו להזימה: ואז חב לו השופט חובת נאמנות כמחוקק-צדק, יהיו אשר יהיו חוקיו.

בניסוח זה יש משום חידוש (אולי נועז ומפתיע), אך לגופו של ענין כבר נאמרו הדברים מעולם. מורי הנס רייכל אמרם בהציעו פעם שלושת עיקרים אלה:

- (א) על השופט לפסוק בניגוד לחוק (קרי: אינו חב נאמנות לחוק), אם נחה דעתו כי בפעולת מנהג-היוצר-דין פקע תוקפו (desuetudo);
- (ב) על השופט להתעלם מקיום חוק, אם הנסיבות העובדתיות השתנו מאז חקיקתו במידה ובאופן שהחוק אינו יכול עוד להשיג את המטרה שלשמה הוחק, ואם הפעלתו בנסיבות החדשות עלולה להביא לתוצאות בלתי סבירות בעליל;
- (ג) חייב השופט, בתוקף תפקידו השיפוטי, לסטות בידועין מהוראת-חוק, אם היא סותרת את התודעה המוסרית של הכלל עד כדי כך, שקיומה יביא לידי זלוזל בחוק ובמשפט יותר מאשר אי-קיומה²⁶.

בהקשר דברינו שלנו, הרי העיקר (א) פירושו שהנאמנות למנהג-היוצר-דין, הוא המנהג המבטל הלכה (= חוק), עדיפה על הנאמנות לחוק; והעיקר (ב) פירושו שהנא-

Fritz von Hippel, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, 1955, pp. 136 ff. 22
"The Right and Duty of Resistance", *Human Rights Journal*, I, p. 68; and 23
Cf. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3rd ed., 1927, III, pp. 791 ff.:

"un loi qu'en vertu du droit le législateur ne peut pas faire"

Thomas Aquinas, *Summa Theologia*, Quaest. 42, 2; 69, 4; 96, 4; 104, 5-6 24

Encyclica "Pacem in Terris", 1963 25

Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, 1915, pp. 131, 135, 142 26

מנות לרוח החוק ולמטרתו עדיפה על הנאמנות ללשון החוק. ואילו העיקר (ג) פירושו שיש גאמנות למוסר ולצדק שהיא עדיפה על הנאמנות ללשון החוק ולרוחו – היא אותה הנאמנות שאני כיניתי בשם הנאמנות לבחוקק-צדק, לאמור: על-ידי שאין אני מבצע חוק בלתי מוסרי, אני מפגין ומביע גאמנותי לבחוקק אשר אינו מסוגל לחוקק חוק בלתי מוסרי.

וכי יטען הטוען, מלאכת פרישנות אין כאן, מלאכת חקיקה שיפוטית יש כאן, ומה ענין הנאמנות לזו – אף אני איני איש ב"ש כל "חקיקה" שיפוטית נעשית בדרך של פרישנות, או בפיקציה של פרשנות; וחובת הנאמנות כוטלת על השופט, יהיו אשר יהיו השמות אשר בהם מכנים את פעולתו השיפוטית. עצם העובדה שהשופט רואה צורך לעשות מעשה "חקיקה" שיפוטית מעידה על גישתו לחוק, כפי שיצא (או לא יצא) מתחת ידי המחוקק, וכפי ערכו ותועלתו עתה; ואם הוא רואה לטובתו או להתעלם ממנו (או להשלימו), הרי טעמו אחד מן השניים: או כאין הוא רואה לעצמו חובת גאמנות לא לחוק ולא לבחוקק; או שמשום חובת גאמנותו לבחוקק, ובגללה, אין הוא רואה לעצמו חובת גאמנות לחוק. למצב אשר כזה מסתברים הדברים השגורים בפי מלומדים בני-זמננו, שמותר לו לשופט לראות בחוק לא משום קביעת-ערכים סופית ומחייבת, אלא אך הצעת כלי ומכשיר לפתרון אותה הבעיה אשר המחוקק ראה אותה בשעתה ובשעתו וזקוקה להסדר חקיקתי; ואפילו היה החוק בשעתו כלי יעיל וסביר, אין בחקיקתו כדי להנציח יעילותו או סבירותו לדורות: "הקליניקה של המשפט היא אשר צריכה מדי פעם בפעם להכריע בדבר שימושיותם ותועלתיותם של הכלים והמכשירים הללו ובדבר אפשרות תיקונם והתאמתם לצרכים הדיניים"²⁷. לשון אחר: אין השופט צריך לשאול את עצמו, מה רצה המחוקק להשיג בשעת חקיקת החוק, אלא מה היה פני החוק שהיה מוציא מתחת ידיו אילו היה עושה מעשה חקיקתו האידנא ובתנאים הנוכחיים²⁸. והנה עוד בתקופת קיסרי רומי חוקקו חוק כפורש אשר לפיו כל הפוסק לפי לשונו של החוק אך בניגוד למטרתו, דינו כדין המפר את החוק²⁹. נאמר שם מפורשות שכלל זה חל על פרשנות כל החוקים, ישנים גם חדישים³⁰, ויש דברים בגו שגם "החקיקה השיפוטית", אלה הדינים שנעשו תוך כדי שפיטת השופטים (*ius honorarium*), נעשו אך כדי לחוק, להשלים או לתקן את החוק הקיים, ככל שמחייבת טובת הכלל³¹ – ותמיד שמרו על הפיקציה שהשופט לעולם אינו מחוקק כי אם פרישן בלבד³². קליטתו הסופית של משפט השופטים לצד משפט המדוקקים, כמותה נקליטת דיני היושר, מעשי ידי

27 Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, p. 285.

28 Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, 1921, p. 84, quoting M. Ballot-Beaupré "the President of the Highest French Court"

29 Non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: Codex Justinianus I 14, 5

30 Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus (*ibid.*)

31 Papinianus, *Digesta* I 1.7.1: adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam

32 Reichel: "Praetor ius dicere potest, jus facere non potest", *op. cit.*, p. 124

השופטים באנגליה, כחלק אינטגרלי של המשפט האנגלי, אינה למעשה אלא אישור (או אישור) למפרע של סמכות ושררה שהשופטים לקחו לעצמם כדי לעשות צדק.³³ דוגמא מאלפת לעשיית צדק פרשנית, מתוך נאמנות למחוקק-צדק והתעלמות מודעת מלשונן המחייבת של החוק, היא פירושו של חכמינו, עין תחת עין — ממון.³⁴ הנאמנות ללשון החוק מחייבת את הפירוש, עין תחת עין ממש³⁵ — אבל פרשנות זו לא היתה עולה בקנה אחד עם הנאמנות למחוקק האלהי, שמדיניותו המשפטית המוצהרת היא, "משפט אחד יהיה לכם"³⁶ — משפט השווה לכלכם, והיא מדיניות של צדק ושל שוויון בין בני-אדם. אפילו היתה לשון החוק מתפרשת ברוח מטרתו המקורית, לא היה הפירוש צריך להביא כי אם לריסון נוקמי גקמות בלתי מרוסנים ולהגבלת זכויותיהם; אבל גם לשון החוק וגם מטרתו המקורית נדחו לקרן זווית מפני כבודו ותפארתו של המחוקק האלהי האוהב צדקה משפט וחסד.³⁷ (ולענין זה אין נפקא מינה שבמסגרת התורה שבעל-פה ניתן היה לייחס את הפרשנות, ואת הריפורמה הגדולה, למחוקק האלהי במישרין).

או טול, להבדיל, את החוקה של ארצות-הברית: לפי לשונן של התיקון הראשון לחוקה, "לא יעשה הקונגרס שום חוק המגביל את חופש הדיבור והעתונות". כשהתעוררה השאלה, אם מותר לקונגרס לחוקק חוק האוסר לשון הרע, היו שפסקו לשלילה מתוך נאמנות ללשון החוקה, שהרי החוק האוסר לשון הרע מגביל בהכרח את חופש הדיבור והעתונות, פשוטו כמשמעו; והיו שפסקו לחיוב, מתוך נאמנות למחוקק-חוקה שהשמירה על כבוד הבריות והבטחת יחסי שלום ביניהם הן מדיניותו המוצהרת³⁸, והגבילו את חופש הדיבור והעתונות לשם מניעת דיבה רעה.³⁹

לעומת זאת, שעה שאין השופט רואה לעצמו חובת נאמנות לרוחו של מחוקק-צדק, ומתוך נאמנות (עיוורת או פיקחת) ללשון החוק ולמטרתו המקורית כופה על העם הליכים או סנקציות או איסורים אשר דעת הדור, טעמו ומוסרו אינם סובלים אותם — אפילו מצליח הוא לבצע את החוק ככתבו וכלשונו, הרי התוצאה תהיה שישיניא על העם גם את המחוקק וגם את החוק, גם את השופטים וגם את המשפט. גם לענין זה יש לנו דוגמא מובהקת מדין התורה, וכבר העיר עליה פרופ' טדסקי את תשומת הלב⁴⁰: מיצוות התורה שהיבם יקח יבמתו לאשתו להקים זרע לאחיו המת, שנועדה להבטיח שלא יימחה שמו מישראל⁴¹. מטרה אחת של החוק היתה שיהא יורש למת; ובעיני

33 Cf. Esser, *op. cit.*, pp. 64 ff., 215 ff.

34 כבא קבא, פ"ג, ב'.

35 כפי שאמנם הורה ר' אליעזר: בבא קבא, פ"ד, א'.

36 ויקרא, כ"ד, 22.

37 תהלים, ל"ג, 5.

38 Preamble to U.S. Constitution: "Establish justice, insure domestic tranquillity"

Black, "The Bill of Rights", 35 (1960), *N. Y. U. L. Rev.* 865 ff.; Cahn, "Justice

Black and First Amendment Absolutes", 37 (1962), *N. Y. U. L. Rev.* 549 ff.;

Freund, *On Law and Justice*, 1968, pp. 221 ff.

40 טדסקי, "על המחקר האינדוקטיבי בחיי המשפט", מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה שניה,

תשי"ט, עמ' 11.

41 דברים, כ"ה, 5-6.

אלהים ייחשב המת כאילו קיים מיצוות פריה ורביה⁴². מטרה אחרת של החוק היתה שיהא היבם "למחסה ולמגן לאלמנה"⁴³, פן תגורש מן המשפחה ותופקר לנפשה. ואם ימאן היבם לקיים חובתו ליבמתו, היתה היא רשאית לעלות "השערה אל הזקנים" ולתבוע את היבם לדין; ולאחר שזקני עירו ישמעו טענותיו ויראוהו עומד במריו, "ונגשה יבמתו אליו לעיני הזקנים, וחלצה נעלו מעל רגלו, וירקה בפניו, וענתה ואמרה, ככה ייעשה לאיש אשר לא יבנה את בית אהיו"⁴⁴. על פני הכתוב, פשוטו כמשמעו, אין פה אלא סנקציה על סירוב היבם לייבם, והטלת הסנקציה מותנית במפורש בהגשת תלונה מפי האלמנה תחילה: הדעת נותנת שאלמנה שאינה רוצה לעלות השערה ולתבוע תביעתה, אין לכפות עליה תביעתה בעל כרחיה. אבל חכמי התלמוד לא הסתפקו במצוות הייבום, אלא העמידו לידה את מצוות החליצה⁴⁵, כאילו החליצה אינה רק סנקציה לטובת האלמנה כי אם מטרה בפני עצמה, אינה רק זכות לאלמנה כי אם חובה עליה; ונפסקה תהלכה, שבראשונה, כשהיבם והיבמה עוד "היו מתכוונים לשם מצוה", מצוות הייבום היתה קודמת למצוות החליצה; אבל עכשיו שאין מתכוונים (ואין מסוגלים להתכוון) לשם מצוה, מצוות חליצה קודמת למצוות ייבום⁴⁶. מכאן ואילך כפו את קיום מצוות החליצה על האלמנה בעל כרחיה, ולא זו בלבד אלא עשוהו תנאי מוקדם להתרת האלמנה לנישואין חדשים; והדברים ידועים. במקום שהחוק יגן על האלמנה, משתמשים בו להפקיר את האלמנה לחסדי היבם: רוצה – מסכים לחליצה, רוצה – עושה גיסתו עגונה או סוחט כמנה כופר נפש; ואפילו מסכים הוא לחליצה, חושף הוא אותה ואת עצמו להליכים משפילים ומעליבים שאין בהם עוד לא טעם ולא הצדקה. המבצעים את החוק הכתוב ומקיימים את מצוות החליצה על כל פרטיה ודקדוקיה, רואים לעצמם חובת נאמנות אך כלפי לשון החוק (התלמודי) בלבד; ומה על נאמנותם למחוקק-הצדק האלהי? כיצד ניתן ליישב נאמנות לחוק ההוא עם הנאמנות למחוקק העושה משפט אלמנה⁴⁷ והאוסר עיני אלמנות⁴⁸, ולא זו בלבד אלא ברית כרת להן⁴⁹ שאם תצעקנה אליו שמוע ישמע צעקתן?⁵⁰ עינינו הרואות שהפרשנים אינם גרתעים מצעקותיהן של האלמנות המעונות בידיהם, אף אם תיגענה לכסא כבודו של המחוקק; אבל במעשה ביצוע החוק, הוא כפיית "מצוות החליצה", הם גורמים לכך ששמו של המחוקק האלהי מתחלל, שבעיני רבים נראה לא כמחוקק-צדק כי אם כמחוקק-עוול, וחוקיו נראים בעיני חלקים גדולים של העם לא כחוקים ומשפטים צדיקים⁵¹ כי אם כחוקי עינוי והתעללות שאין להם ולא כלום עם צדק ומשפט.

42 ספורנו, שם.

43 טרסקי, שם.

44 דברים, כ"ה, 7-9.

45 יבמות, פרק י"ב, משנה א' ומשנה ז'; תוספתא, יבמות, י"ב, ט'; ספרי, רפ"ט, ר"צ.

46 בכורות, פרק א', משנה ז'; יבמות, ל"ט, ב': כדוגמאות לכוונות שלא לשם מצוה מונה הברייתא, שם, כוונות "לשם נוי ולשום אישות ולשום דבר אחר".

47 דברים, י', 18.

48 שמות, כ"ב, 21.

49 רמב"ם, הלכות דעות, ו' י'.

50 שמות, כ"ב, 22.

51 דברים, ד', 8.

אין צריך לומר שהשופטים המבצעים דיני התורה אינם רואים עצמם, בתוקף דין התורה, מוסמכים לפרש את החוק אחרת מאשר פירשוהו וביצעוהו הם וקודמיהם מאז ומקדם, כשם שהמחוקקים לפי דין התורה, הם מתקיני התקנות, אינם רואים עצמם מוסמכים לשנות מדיני החליצה המסורתיים כהוא זה. אבל בחוסר-סמכות זה, האמיתי או המדומה, אין כדי לגרוע מנפקות העובדה שהחוק כפי שהוא מופעל הלכה למעשה, סותר את תודעתו המוסרית של רוב הציבור עד כדי שביצעו מביא לידי זלוזל בדין התורה ובדת ישראל — ועל כן נכנסת הפעלתו בגדר העיקר השלישי שהזכרנו לעיל. בין אם נסווג את האיסור שבעיקר הזה כנובע ממעין "משפט טבעי אבסולוטי" העומד לרשות כל שופט אף כשאינו עוסק אלא במציאת המשפט ובפרשנות החוק⁵², ובין אם נסווגו, כשיטתנו, כנובע מן הנאמנות לרוחו ולטיבו של מחוקק-צדק, על-כל-פנים תוקפו אינו דתי כי אם משפטי-עיוני בלבד; וחשיבותו גם לענין דין התורה אינה נובעת אלא מן התפקיד החשוב שהועיד המחוקק החילוני שלנו לדין התורה בחיינו המשפטיים.

דין החליצה יכול וישמש לנו משל אף גם לזאת, שיש והנאמנות למחוקק-צדק תהא אמנם חופפת את הנאמנות לרוח חוקיו ולמטרתם האידיאלית או האידיאולוגית. מטרת הייבום היתה, כאמור, מתן סעד לאלמנה שנשארה ללא בן במשפחה לא לה; ואין צורך בכל כוח דמיון כדי לעמוד על מטרה זו מבין שורות הכתוב ולהבחין בו את הביטוי הגורמטיבי למדיניות הומניטרית (או, בטרמינולוגיה אלהית, רחומה וחנונה ורבת חסד ואמת) המוגדרת יפה והמסויימת מאוד. רצון המחוקק ניתן לבצע וצריך לבצע, לא לפי לשונו, שהשתמש בה בתנאים ונסיבות ולצרכים ששררו בשעת החקיקה, כי אם להגשמת המטרה המשתמעת ברורות מעצם החוק. בכגון דא אמורים הדברים אשר השופט Holmes אמרם באחד מפסקיו לאמור: "השופטים אינם יוצאים כדבעי ידי חובתם, כשהם אמורים, רואים אנו בעליל מה היה רצונו של המחוקק, אבל מה נעשה והוא לא הביא את רצונו לידי ביטוי נאות, ועל כן נמשיך לנהוג כמקודם; מכוחו של המחוקק הוא לקבוע מה תהא מדיניותו של המשפט; ומשגילה רצונו, ולו רק בעקיפין או מכללא, על השופטים להכיר ברצונו ולהביאו לידי הגשמה"⁵³. והנה כשנסתכל אנו, מצד אחד ברצונו הברור של המחוקק להרבות סעד לאלמנות, ומן הצד השני בתוצאות ההפוכות והעגומות המושגות על-ידי פרשנות נאמנה של לשונו, אמנם מתגלה לעינינו פער תהומי בין החוק שאנו מתיימרים לבצעו לבין החוק שביצעו הוטל עלינו מרצון מחוקק-צדק.

אצל מחוקק-בשר-ודם יש ודבקות-יתר של השופט בלשון החוק, תוך כדי התעלמות מרוחו ומטרתו של המחוקק, מחשידה ופוסלת את השופטים גם בעיני המחוקק, כשהוא רואה שהפרשנות "הנאמנה" ללשון החוק מסכלת את מטרותיו שלו. וכבר הפנה השופט Learned Hand את תשומת הלב לתופעה שכשהשופטים, עקב "דקדקנות במלה הכתובה", לא השכילו להגשים כוונותיו האמיתיות של המחוקק, הולכת וגוברת הנטיה להוציא סמכויות מבת-המשפט ולהעבירן לרשויות מינהליות⁵⁴. מאידך גיסא,

⁵².Helen Silving, "Positive or Natural Law?", *Sources of Law*, 1968, pp. 260 ff.

⁵³.*Johnson v. U.S.*, 163 Fed. 30 at p. 32

⁵⁴.Learned Hand, "The Speech of Justice", 29 (1916), *Harv. L. Rev.* 620

יש ותרעומת הממשל על פעולות השופטים מעידה דווקא על אומץ לבם ועל אי-תלותם: מן המפורסמות הוא שאין לך במדינה טוטליטרית מטרה ללעג ולבוז, לרדיפה ולדיכוי, כמו שופטים אמיצים ונאורים⁵⁵. ואמנם לא הרי שופט במדינה טוטליטרית כהרי שופט במדינה דימוקרטית, שנאמנותו של זה לרוח מחוקקו מעידה על השתעבדות וכניעה וזניחת ערכים משלו, ואילו נאמנותו של זה לרוח מחוקקו מעידה על תודעת אחריותו לעשיית משפט, בחינת לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלהים הוא⁵⁶.

אשרי השופט שנאמנותו נדרשת למחוקק-צדק; ואילו שופט שנאמנותו נדרשת למחוקק אשר הוא, מטבע ברייתו, מחוקק-עוול, הברירה בידו: או שיחול מהיות שופט, או שידחה נאמנותו למחוקק מפני נאמנותו לערכי הצדק כהכרתו וכמצפונו שלו. הנאמנות הנדרשת למחוקק-צדק יש בה משום יצירת מעין שותפות קדושה בין המחוקק לבין השופט, שהצדק אינו יכול להעשות כי אם בשיתוף פעולת שניהם. הוא שאמרו קדמונינו, כל דין שדן דין אמת לאמיתו, מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית⁵⁷ — שהוא, כידוע, יצירת יש מאין.

55 Von Hippel, *supra* n. 22, *op. cit.*, pp. 47, 92, 156.

56 דברים, א', 17. וראה סוטה מ"ז, ב': משרבו רואי פנים בדין (כילל שופטים הדנים עלי-פי הוראות בעלי הפנים), בטל לא תגורו... ופרקו עול שמיים ינתנו עליהם עול בשר ודם.

57 שבת, י', א'.