

תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי

מאת

רפי רזניק*

בניגוד להיבטים אחרים באידאולוגיה השיפוטית של אהרן ברק, המתודה הפרשנית שלו – הפרשנות התכליתית – התקבלה בעולם המשפט הישראלי ללא עוררין. הטענה המרכזית שמציעה הרשימה היא שמצב זה מתחיל להשתנות. בשלושה פסקי דין מהעת האחרונה, ובעיקר בדנג"ץ גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פיתח השופט נעם סולברג תורה פרשנית מתחרה, בהקשר של פרשנות חקיקה. הרשימה מבקשת לעמוד על טבעה של מתודה זו. נטען כי העיקרון המנחה של גישתו של סולברג הוא התחקות אחר הכוונה המקורית של המחוקק כפי שהיא מתבטאת בנתונים חיצוניים ללשון, ולפיכך מוצע לכנותה מקורנות. המתודה המקורנית חורגת מן הפרשנות התכליתית בכך שהיא מוכנה להעניק משקל מכריע להיסטוריה החקיקתית, על חשבון המשקל שניתן ללשון החוק, לערכי היסוד של השיטה ולהיסטוריה הפוסט-חקיקתית; המקורנות תופסת את הפרשנות כפרויקט אמפירי-היסטורי בעיקרו, ואת המועד הקובע לפירוש החוק כמועד החקיקה. עוד נטען כי היבדלות המקורנות מהפרשנות התכליתית מבחינה מתודולוגית משקפת הבדלים עקרוניים בין תפיסות העולם השיפוטיות של השופטים סולברג וברק בנוגע לערכים כמו איזון, ודאות, הפרדת רשויות, ומושג הפרשנות עצמו. הרשימה נחתמת בתהיות באשר לאפיקי הקליטה, העיצוב וההשפעה של המקורנות במשפט הישראלי, בשים לב בין היתר לגישתו של השופט סולברג לשאלת ה"אקטיביזם", כעולה ממקבץ פסיקות עקרוניות שניתנו בקיץ-סתיו 2017.

מבוא. א. "יישום" השופט סולברג את הפרשנות התכליתית בפרשת גיני ובפרשת התאחדות הסוחרים. ב. המקורנות: קווים לדמותה. ג. לקראת ויכוח פרשני.

מבוא

11 שנים חלפו מאז פרש הנשיא אהרן ברק מבית המשפט העליון, והנה קמה אלטרנטיבה לתורתו הפרשנית. העובדה ששום שופט לא קרא תיגר על הפרשנות התכליתית גם בחלוף יותר מעשור מאז חדל ברק לכתוב פסקי דין, היא עדות נוספת לא רק לתפקידו המרכזי על במת המשפט הישראלי אלא גם לכך שהמתודה הפרשנית שלו קנתה במשפטנו אחיזה

* עורך דין, תלמיד תואר מוסמך במשפטים באוניברסיטת ניו יורק (הרשימה מבוססת על פרק מתוך חיבור לשם קבלת התואר). תודה לארנה בן-נפתלי ולמשה הלברטל, על תמיכה בתהליך החשיבה שהוביל לכתובת הרשימה; לנעם הרצוג ולירון קובו, על הערות יפות ומועילות; לליאת דאשט ולמערכת משפטים על אתר, על עבודת עריכה מעמיקה ומדוקדקת. הכתוב אינו משקף אלא את עמדתו האישית של המחבר. תגובות והערות יתקבלו בברכה: rafi.reznik@gmail.com. כל ההדגשות שלהלן הן במקור.

מוצקה. כך, ניר קידר מתאר את "עלייתה"¹ של הפרשנות התכליתית בסוף שנות השמונים כ"מהפכה", באשר ברק החדירה למערכת בהצלחה כזו שהיא "נחשבת בבתי-המשפט לשיטת הפרשנות הנוהגת הלכה למעשה", כאילו הייתה בשימוש "מאז ומעולם"², אך מהפכה שקטה שכן התורה "נקלטה ללא התנגדות כמעט בקרב שופטים ועורכי-דין ובקרב אנשי אקדמיה"³. היבטים אחרים באידאולוגיה השיפוטית שהנחיל ברק⁴ – כגון פרשנות המונח "יהודית ודמוקרטית", הרחבת זכות העמידה או הסבירות כעילת ביקורת במשפט המנהלי⁵ – נתונים במחלוקת חריפות,⁶ בעיקר מחוץ לרשות השופטת אך גם בתוכה; אך לא כן הפרשנות התכליתית. שופטי ישראל רואים בה עניין מובן מאליו שאיננו נושא לוויכוח, ואין כיום בנמצא שופטת שדוחה את השיטה הזו, לכל הפחות בבואה לפרש טקסטים ציבוריים ובראשם חוקים וחוקי יסוד.⁷ ואולם לא לעולם חוסן. בשלושה פסקי דין

- 1 השימוש במילה "עלייה" מעלה בדעת את התזה הידועה של מנחם מאוטנר על אודות עליית הערכים (ראו מנחם מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993)) ובכך מבהיר קידר כי הערכים שאותם נועד להגשים המשפט, ובמיוחד השיפוט, כרוכים לבלי הפרד במתודולוגיה; הדיון בתוכן והדיון בצורה מאירים זה את זה.
- 2 ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" *עיוני משפט* כו 737, 738 (2002).
- 3 שם, בעמ' 758.
- 4 ב"אידאולוגיה" אינני מתכוון להשקפת עולם פוליטית, אלא לשיטה סדורה המכוונת כיצד ראוי לשופט שיכריע בסכסוכים הבאים לפניו. על הרב-משמעויות של המונח "אידאולוגיה שיפוטית" ראו Joshua B. Fischman & David S. Law, *What is Judicial Ideology, and How Should We Measure It?*, 29 WASH. U. J.L. & POL'Y 133, 137–142 (2009).
- 5 פולמוס בנושא אחרון זה התעורר אף בדנג"ץ *התאחדות הסוחרים* שיידון ברשימה זו (ראו להלן ה"ש 12, פס' 58 לפסק דינה של הנשיאה נאור; פס' 35–36 לפסק דינו של השופט סולברג).
- 6 מניתי מוקדי מחלוקת בולטים בתחומי המשפט הציבורי. במשפט הפרטי ניתן להוסיף למשל את הרחבת היקפה של דוקטרינת תום הלב ואת המחלוקת סביב פרשנות חוזים (לעניין זה ראו להלן ה"ש 7, 163).
- 7 תחום החוזים הוא חריג בולט לשליטה ההגמונית של הפרשנות התכליתית, כפי שמנסח אותה ברק, על השיח הפרשני בישראל. זה כשני עשורים נטושה מחלוקת בתוך הרשות השופטת ומחוץ לה בדבר המתודה הראויה לפרשנות חוזים (ראו למשל רונית דוניץ-קידר "פרשנות החוזה במשפט הישראלי: בעקבות התיקון לחוק החוזים" *חוקים* ט 7 (2017); נילי כהן "נאמנות הפרשן" *ספר אליהו מצא* 681 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015); איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" *משפטים* מג 5 (2012)). עם זאת ספק אם המחלוקת הזו מערערת על תוקפה של הפרשנות התכליתית כתורה פרשנית כוללת, במובן זה שהיא איננה משליכה על פרשנות טקסטים משפטיים אחרים או מאתגרת את היסודות הפרשניים שבלב הפרשנות התכליתית – בייחוד מחוץ למסגרת המשפט הפרטי. לעומת זאת פרשנות החקיקה שבה ממוקדת רשימה זו חולשת על כל תחומי המשפט ומשפיעה ישירות גם על פרשנות חוקתית ומנהלית (ליחסי הגומלין בין פרשנות חוזים לפרשנות חקיקה ראו להלן ה"ש 163). בדומה, קיימים דיונים ערים על יישום הפרשנות התכליתית על חקיקה בתחומי משפט ספציפיים – דיני מסים ודיני עונשין (על עונשין ראו להלן ה"ש 25; על מסים ראו למשל יוסף מ' אדרעי "בג"ץ חסן: על (היעדר) מתודולוגיה שיפוטית, על חוק יסודות המשפט ועל התעלמות מהלכות פסוקות והלכות שנפסקו" *ספר שטרסברג-כהן* 65 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2017); רפעתא עזאם "פרשנות דיני המיסים: מס-אמת וזכויות האדם בפסיקת בית-המשפט העליון" *משפט ועסקים* יח 401 (2014); אבי נוב "פרשנות חקיקת מס: בחזרה ללשון החוק" *המשפט* טו 767 (2010)). אף הדיונים הללו אינם מערערים עקרונית על הפרשנות התכליתית כשיטה הרמנויטית כוללת (ראו קידר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 739–740) ואינם מציעים לה חלופות נורמטיביות החובקות תחומים נוספים.

מהעת האחרונה, ובעיקר בדיון הנוסף בעניין גיני נ' הרבנות הראשית לישראל,⁸ הציג השופט נעם סולברג חלופה פוטנציאלית לפרשנות התכליתית. עניינה של רשימה זו בסרטוט קווים לדמותה של אותה חלופה. הגם שהיא עודנה בחבלי לידתה וטרם מיושמת בעקביות, אטען כי כבר היישום המצוי משקף מתודה בעלת היגיון פנימי קוהרנטי הנבדל מזה של הפרשנות התכליתית. כפי שמציינים השופטים רובינשטיין וג'ובראן בדנג"ץ גיני וחרף הכחשתו של סולברג, גישתו מזכירה את הגישה האמריקנית Originalism, ולפיכך אני מציע לכנותה **מקורנות**.⁹

8 דנג"ץ גיני, להלן ה"ש 11.

9 אני משתמש במילה "מזכירה" בשונה מ"מושפעת", "מיישמת", "מייבאת" וכיוצא באלה, על מנת להתרכז בפעולה השיפוטית כשלעצמה ולא בתנאים שהובילו לצמיחתה. במסגרת הנוכחית אני מותיר "בצריך עיון" את השאלה אם יש קשר סיבתי בין מגמות בפרשנות או בפוליטיקה השיפוטית בארצות הברית לבין עליית המקורנות בישראל (אם כי אני אומנם סבור שיש קשר כזה, ולפיכך ההצעה לכנות את גישתו של סולברג מקורנות קשורה לא רק במשפט השוואתי אלא גם בפוליטיקה השוואתית, שיפוטית ואחרת).

אדגיש כי המקורנות דומה ל-Originalism, אך בפירוש אינה זהה לה – גם מכיוון ש-Originalism היא כותרת-גג למשפחה של גישות שאפשר שיהיו ביניהן הבדלים ניכרים, ולכן לא ניתן לדבר על Originalism כמתודה אחידה (ראו Lawrence B. Solum, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM 12 (Grant Huscroft & Bradley W. Miller eds., 2011)), גם מכיוון שעניין פרשת גיני בפרשנות החוק ולא החוקה, וגם מכיוון שהמקורנות יוצאת מתוך עקרונות הפרשנות התכליתית (בהקשר זה ראו עוד להלן ה"ש 72–74 והטקסט הסמוך להן). "מקורנות" אינה אפוא תרגום של Originalism אלא גישה העומדת בפני עצמה – או למצער שיש לה פוטנציאל כזה.

לעמדות (הקודמות לעליית המקורנות) שלפיהן אין כל מקום להיקש בין האקלים הפרשני שבארצות הברית לזה שבישראל ראו Gideon Sapir, *Living Originalism – The Jewish Version*, 7 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 49, 51 (2013); Iddo Porat, *The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 151, 158 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) (הספר להלן: ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW). לטענה בדבר "אמריקניזציה" של דיני הפרשנות בישראל בתחום המשפט המנהלי, בעקבות רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2018) – שבו נקבע כי כאשר פרשנותה של רשות מאסדרת להוראות שהיא עצמה קבעה היא סבירה, "ברירת המחדל תהיה לאמץ עמדה זו" (שם, פס' 40) – ראו אורן תמיר "לקראת אמריקניזציה של המשפט המנהלי בישראל? המהפכה הבלומה בפסק הדין בעניין זליגמן" *The Long March* 8.6.2018 <https://thelegallongmarch.wordpress.com/2018/06/08>.

לדיונים בגישות "אוריגינליסטיות" בסמכויות שיפוט אחרות ראו Helen Irving, *Constitutional Interpretation, the High Court, and the Discipline of History*, 41 FED. L. REV. 95 (2013) (אוסטרליה); Stephen Brittain, *The Case for an Originalist Approach to Constitutional Interpretation in Ireland*, 13 TRINITY C.L. REV. 71 (2010) (אירלנד); Gretchen Carpenter, *Constitutional Interpretation by the Existing Judiciary in South Africa: Can New Wine be Successfully Decanted into Old Bottles?*, 28 COMP. & INT'L L.J. S. AFR. 322 (1995) (דרום-אפריקה); Yvonne Tew, *Comparative Originalism in Constitutional Interpretation in Asia*, 29 SING. ACAD. L.J. 719 (2017) (הודו, הונג קונג, מלזיה וסינגפור); Jorge M. Farinacci, *Originalism in Puerto Rico: Original Explication and its Relation with Clear Text*, 85 REV. JUR. U.P.R. 203 (2016) (פוארטו ריקו); Kerri

השופט סולברג החל לשטוח משנה פרשנית המאגרת את הפרשנות התכליתית בשלושה פסקי דין: בג"ץ גיני, ¹⁰ דנג"ץ גיני¹¹ ודנג"ץ התאחדות הסוחרים.¹² שניים מתוכם – בג"ץ גיני ודנג"ץ גיני – הם גלגולים של אותה פרשה. בין פרשת גיני לפרשת התאחדות הסוחרים יש הרבה מן המשותף. ראשית כול, שני המקרים עוסקים בסוגיות מרכזיות ונפישות של יחסי דת ומדינה: הכשרות (גיני) ויום השבת (התאחדות הסוחרים). בשתי הפרשות התערער ה"סטטוס קוו" בהקשר של פעילות מסחרית, ובעיקר בהקשר של מתח בין עסקים קטנים ועצמאיים לבין הרגולציה המדינתית-דתית. מלבד זאת, בסמיכות זמנים קיבלו שתי הסוגיות הד תקשורתית ופוליטית נרחב, ונדונו בהליכי "דיון נוסף" בהרכבים מורחבים, שהיה על בית המשפט להכריע בהם בתוך סד זמנים צר. לבסוף, בשני המקרים תאמה עמדתו של סולברג באשר לתוצאה המשפטית הנכונה את זו של הממסד הדתי,¹³ בניגוד לעמדת מרבית חבריו השופטים. הגם שברי כי לנסיבות אלה ואחרות יש חשיבות בהבנת התנאים שברקע לפיתוח הגישה הפרשנית של סולברג והמשמעות החברתית-פוליטית שלה – ובפרק האחרון של הרשימה אתיחס לייחודיותו של המדגם ולקשיים שבהכללה ממנו – ברצוני להתרכז במתודה הפרשנית לגופה במסגרת ניתוח פנים-דוקטרינרי. הטעם לגישה זו הוא שהדיון במתודולוגיה פרשנית בישראל הוא חסר, ובעיקר קווי הגבול בינה לבין עקרונות שיפוטיים נבדלים כמו היקף שיקול הדעת או עילות הביקורת. לא בכדי הקדיש ברק את מרצו לפיתוח תורה פרשנית;¹⁴ זיקוק סכמטי של המתודה כעומדת בפני עצמה חיוני לשם הבניה והבהרה, ניתוח וביקורת של האופן בו שופטות מתרגמות טקסט לתוצאה.

מטרתה המרכזית של הרשימה היא אפוא להסביר כיצד המתודה השיפוטית המתהווה של השופט סולברג חורגת מזו של ברק, השלטת בדין הנוהג, ורק בשוליים תעלינה שאלות כמו למה זה קרה או מה זה אומר. בתוך כך שואפת הרשימה לתרום לעניין האקדמי

A. Froc, *Is Originalism Bad for Women? The Curious Case of Canada's "Equal Rights Amendment"*, 19 REV. CONST. STUD. 237 (2015).

- 10 בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (פורסם בנבו, 6.6.2016) (להלן: בג"ץ גיני).
- 11 דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (פורסם בנבו, 12.9.2017) (לעיל ולהלן: דנג"ץ גיני).
- 12 דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 26.10.2017) (לעיל ולהלן: דנג"ץ התאחדות הסוחרים).
- 13 בשתי הפרשות נחלקו השופטים לפי זהותם הדתית, כאשר בדנג"ץ גיני הצטרף המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין לתוצאה שהציע השופט סולברג, ואילו בדנג"ץ התאחדות הסוחרים עשה כן השופט הנדל. ראו בעניין זה קרן וינשל-מרגל אידאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי 130 (2016) (בסוגיות של חופש דת, זהותו הדתית של שופט "הייתה הגורם המסביר החזק ביותר" להחלטותיו).
- 14 ברק אף הביע תקווה שיבואו בעקבותיו תרומות נוספות לביסוס תאוריה מקומית של פרשנות, אם כי הוא לא ייחל לעליית מתודות מתחרות אלא למחקרים ש"על רקע התיאוריה הכללית יבקשו לקבוע את הקשר בין הפרשנות במשפט לבין ההרמוניטיקה הכללית, תורת המשפט, המשפט החוקתי וענפי המשפט השונים", אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 23–24 (1992) (להלן: ברק תורת הפרשנות הכללית). לניתוח ביקורתי של כתביו וגישתו השיפוטית של ברק ככלל ושל עמדה זו ספציפית ראו רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כ 81, 113–114 (1997).

המתעורר כעת בהתבססות תגובות הנגד, מבית ומחוץ, לדומיננטיות של הנשיא ברק בשדה המשפט.¹⁵ לקראת תריסר שנים מאז פרישתו נדמה שבשלה העת להערכה של ההתפתחויות שחלו במשפט הישראלי עם תום עידן ברק, וברוח זו מפנה הרשימה את הזרקור לתחום המתודולוגיה הפרשנית. לצד זאת יש חשיבות לניתוח האידאולוגיה השיפוטית של השופט סולברג, שמכהן בבית המשפט העליון זה כשש שנים ועתיד לכהן בו כ-14 שנים נוספות, ארבע מהן בתפקיד הנשיא. המחקר בישראל חסר בניתוח גישותיהם העקרוניות של שופטים ספציפיים למעשה השפטיה, לא רק רטרופקטיבית אלא עוד במהלך כהונתם.¹⁶ סולברג הוא מקרה מעניין לניתוח כזה מפני שהוא אוחד לעיתים קרובות בעמדות עצמאיות שמייצרות רושם של תפיסת עולם מגובשת – משפטית, פוליטית ואידאולוגית. לשם הדגמה, בשל פרישתם לגמלאות בסמיכות זמנים של השופטים נאור, רובינשטיין וג'ובראן, ניתנו בחודשים יולי-נובמבר 2017, 17 פסקי דין בתיקים שנדונו בהרכבים מורחבים.¹⁷ השופט סולברג היה שותף ל-11 מהם, ומתוכם אחד בעמדת מיעוט בשישה מקרים – שיעור גבוה בהרבה מכל שופט אחר.¹⁸

- 15 ראו אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" משפטים 605 (2017); אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית" המרחב הציבורי 13, 13 (2017).
- 16 בכל הנוגע לניתוח מכלול פסיקותיהם של שופטים בולטים במבט לאחור, ספרים המשתיכים לסוגה "ספרי יובל" (דוגמאות המאזכרות במאמר זה הן ספר אליהו מצא (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015); ספר שטרסברג-כהן (אהרן ברק ואח' עורכים, 2017); ספר אדמונד לוי (אוהד גורדון עורך, 2017) כוללים לעיתים קרובות ניתוחים מסוג זה.
- 17 לפי סדר כרונולוגי: ע"א 7115/14 סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 3.7.2017); בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 19.7.2017); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 3.8.2017); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017); דנג"ץ 1525/15 טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו (פורסם בנבו, 23.8.2017); עע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.8.2017); רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2017); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2017); דנ"א 8447/15 בנק לאומי לישראל נ' טל טריידינג גרופ (פורסם בנבו, 11.9.2017); דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 12.9.2017); עניין חוק הגיוס, להלן ה"ש 145; דנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' דמארי (פורסם בנבו, 12.9.2017); דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11; בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 13.9.2017); דנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק בוקבזה (פורסם בנבו, 13.9.2017); דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12; רע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.11.2017).
- 18 השופט סולברג היה חלק מן המותב בתיקים בעניין פלוני, קוונטינסקי, טיבי, שלמה תחבורה, בנק לאומי, צמח, חוק הגיוס, דמארי, גיני, אסרף, התאחדות הסוחרים (שם); ובדעת מיעוט (לפחות בסוגיה מסוימת) בתיקים בעניין טיבי, בנק לאומי, חוק הגיוס, גיני, אסרף, התאחדות הסוחרים. השופטים היחידים שאחזו בדעת מיעוט ביותר ממקרה אחד מבין אלה שניתנו בהרכבים מורחבים בקיץ-סתיו 2017 הם רובינשטיין (4 מקרים מתוך 13), הנדל (3 מקרים מתוך 12) ומלצר (2 מקרים מתוך 11). על השיעור הגבוה במיוחד של החלטות הניתנות פה אחד בבית המשפט העליון של ישראל ככלל (90%–95%) ראו Keren Weinshall-Margel, *Attitudinal and Neo-Institutional Models of Supreme Court Decision Making: An Empirical and Comparative Perspective from Israel*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 556, 564 (2011); יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749, 758 (1997).

הרשימה תתקדם כדלהלן. בפרק א אתאר את יישומו של השופט סולברג את הפרשנות התכליתית בשלושת פסקי הדין האמורים, כבסיס לדיון. אתרכז בשאלות הפרשניות שהתעוררו ובהתמודדות של סולברג עימן, ומשכך לא אפרט את מכלול הסוגיות שנדונו ואת הדעות שהביעו יתר השופטים. סולברג נדמה חצוי באשר לשאלת התאמת המתודה שהוא מקדם עם הפרשנות התכליתית, כשמצד אחד הוא מתעקש ששיטה אחרונה זו "נקוטה אף בידי, ומקובלת עלי במלואה"¹⁹, ומצד אחר הוא מודה כי המחלוקת שלו עם חבריו "אינה אך בשאלה מהי פרשנותו של החוק; שורש המחלוקת עמוק יותר, והוא טמון בשאלת האופן שבו יש לפרש את החוק"²⁰. בפרק ב אבהיר כי האפשרות השנייה היא הנכונה, באמצעות העלאת הדברים לרמת הפשטה גבוהה יותר וזיקוק מתוכם של ה"מקורנות", הן מכיוון "שלילי" – כיצד היישום אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הפרשנות התכליתית הנוהגים; הן מכיוון "חיובי" – אילו עקרונות חלופיים הם הרצויים לפי המתודה שיושמה בפועל. אם אומנם המתודה ראויה מבחינה נורמטיבית, למול הפרשנות התכליתית ובכלל, זו שאלה נפרדת שאותיר לשיפוטה של הקוראת; אינני שואל אם הניתוח שעשה השופט סולברג (או מי מיתר השופטים) "נכון" או "שגוי", "טוב" או "גרוע". אני חותר רק להבין מה עשה אחרת מן הפרשנות התכליתית. טענתי תהיה שהמסד המתודולוגי למקורנות הוא התחקות אחר הכוונה המקורית של המחוקק כפי שהיא מתבטאת בנתונים חיצוניים ללשון. לפיכך גובר משקל ההיסטוריה החקיקתית לעומת משקלם של הלשון, של ערכי היסוד של השיטה, ושל ההיסטוריה הפוסט-חקיקתית; הפרשנות נתפסת כפרויקט אמפירי-היסטורי בעיקרו; והמועד הקובע לפירוש החוק הוא מועד החקיקה. אטען עוד כי היבדלות המקורנות מהפרשנות התכליתית מבחינה מתודולוגית משקפת פערים עקרוניים בין תפיסות העולם השיפוטיות של השופטים סולברג וברק בנוגע לערכים כמו איזון, ודאות, הפרדת רשויות, ומושג הפרשנות עצמו. בפרק ג ארחיב מעט את העדשה ואניח יסודות ראשוניים למיפוי עמדתו הפרשנית של השופט סולברג כפי שהיא באה לידי ביטוי בכמה פסקי דין נוספים, אגב התייחסות גם לשאלת ה"אקטיביזם", ואסכם בתהיות באשר לאפיקי הקליטה, העיצוב וההשפעה של המקורנות במשפט הישראלי.

א. "יישום" השופט סולברג את הפרשנות התכליתית בפרשת גיני ובפרשת התאחדות הסוחרים

העובדות שברקע לפרשת גיני עיקרן בהקמת מערך של "כשרות אלטרנטיבית". העותרים, בעלי מסעדות בירושלים, הציגו בבתי העסק שלהם תעודות שהכילו הצהרה על שמירת כללי הכשרות לפי ההלכה, אך לא הונפקו מאת הרבנות הראשית – לאחר שהעותרים ניתקו את קשריהם עימה – אלא במסגרת מיזם עצמאי, "השגחה פרטית"²¹. בעקבות זאת קנסה

19 דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 28 לפסק דינו של השופט סולברג.

20 דג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג.

21 דיני הכשרות מעוררים מגוון דיונים בין-תחומיים, שעשויים להאיר את ההקשרים החברתיים השונים המשיחים עם פרשת גיני. למחקרים עדכניים בנושא ראו שי יהושע לביא "חסים לא כשרים: אוכל ודת בגבולות ומגבלות התבונה הסוציולוגית" משפט חברה ותרבות – לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל 669

אותם הרבנות הראשית בנימוק שהפרו את הוראת סעיף 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג–1983. בלב המחלוקת המשפטית עמדה פרשנותו של סעיף זה, הקובע כי "בעל בית אוכל לא יציג בכתב את בית האוכל ככשר, אלא אם כן ניתנה לו תעודת הכשר". מוסמכים לתת תעודת הכשר, לפי סעיף 2(א) לחוק, רבנים הפועלים מטעם הרבנות הראשית (ס' 2(א)(1)) או רבנים מקומיים (ס' 2(א)(2)).²² לפני בית המשפט בבג"ץ גיני הוצגו שלוש פרשנויות להוראת ס' 3(א) לחוק. בקצה האחד ניצבה הפרשנות שהציעו העותרים, ולפיה אם הדברים הכתובים בתעודה הם דברי אמת, אין בכך משום הפרה של החוק, ואין נפקא מינה מי העניק את התעודה, שהרי תכליתו היא למנוע הטעיה של הצרכנים. בקצה השני עמדה פרשנותה של הרבנות הראשית, ולפיה כל מצג כשרותי שנתן גורם שלא הוסמך בחוק, מפר את הוראות הדין לפי לשונן הברורה, מטעה את הצרכן ומנוגד לתכלית החוק. בתווך בין שתי הגישות התייצב היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש).²³ היועמ"ש הציע לפרש את החוק כמתיר להציג מסמכים המעידים על שמירת דיני הכשרות ושאינם מטעים את הציבור באשר לגורם שהעניק אותם – כל עוד אינם משתמשים במונח "כשר", ולפיכך אין לכנותם "תעודת הכשר".²⁴ תעודות "השגחה פרטית" עומדות לגישת היועמ"ש בתנאים הללו.

מהותה של מתודה פרשנית סדורה בהקניית כלים לחילוץ משמעות מן הטקסט ותרגומה להוראה נורמטיבית מחייבת. התוצאות השונות שהציעו הצדדים מעוגנות כולן בפרשנות התכליתית, וכל צד הדגיש לפני בית המשפט את כללי הפרשנות המשחקים לטובתו. העותרים פנו לכלל שלפיו יש לפרש חוקים לפי העקרונות החוקתיים הקבועים בחוקי היסוד, ובראשם זכויות חוקתיות ובמקרה דנן חופש העיסוק; הרבנות הראשית הדגישה את

(יופי תירוש ואייל גרוס עורכים, 2017); אסף הרדוף "הבדלה כשרה? בחינת הצידוק לאסדרת רישום מזון כשר לצד היעדר אסדרת רישום מזון טבעוני בישראל" מעשי משפט ח 65 (2016).

22 ובצה"ל, רבנים צבאיים (ס' 2(א)(3) לחוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג–1983).
23 באופן חריג הורה בית המשפט ליועץ המשפטי לממשלה לאפשר לרבנות הראשית להשמיע את עמדתה בנדון בנפרד, לאחר שהתגלה כי הדעות חלוקות בקרב רשויות המדינה. בית המשפט לא סיפק טעם משכנע להצדקת צעד זה, המנוגד לנוהג ולהלכה – ולפיהם המדינה מדברת בערכאות "בקול אחד", שעל השמעתו אמון היועץ המשפטי לממשלה (ראו למשל בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 23 (פורסם בנבו, 14.11.2016); וראו מנגד אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361 (2016)). השופט סולברג ציטט מדו"ח ועדת שמגר, שבו הוצע כי כאשר היועמ"ש סבור שהעמדה הפנים-ממשלתית החולקת עליו איננה בלתי-חוקית בבירור ובגלוי, ראוי שיתיר ייצוג נפרד (בג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 21–26 לפסק דינו של השופט סולברג), אך בסופו של דבר עמדה זו לא התקבלה, כעולה מהסברו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, כי במקרה זה הותר הייצוג הנפרד לרבנות הראשית "שכן סברנו כי התמונה שלפנינו אינה שלמה בלעדי זאת, וראינו כך כחריג ברוח דו"ח ועדת שמגר" (שם, פס' ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). הסוגיה לא נדונה בדיון הנוסף. בדנג"ץ התאחדות הסוחרים שוב הייתה עמדת הגוף המשיב, הפעם שר הפנים, מנוגדת לזו של המדינה, והנשיאה נאור הביעה את דעתה כי אין מקום לייצוג נפרד: "עמדת המדינה – כך יוצגה בפנינו וכך ראוי שתיוצג בפנינו – היא זו שנקבעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה" (דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 45 לפסק דינה של הנשיאה נאור).

24 עמדות הצדדים מפורטות בבג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 11–18 לפסק דינו של השופט סולברג ופס' 2–3 לפסק דינו של השופט שהם.

המשמעות ה"טבעית" של לשון החוק ואת ההרמוניה שבין סעיפיו השונים; היועמ"ש הזכיר את הפן הפלילי של הקנסות, שבגינן יש להעדיף פרשנות מצמצמת לאיסור המוטל על הפרט.²⁵ חשוב מזה, כל צד טען שתכלית החוק – למנוע הטעיית הצרכנים – עומדת לימינו ומובילה למסקנה המועדפת עליו. טרם שאדון ביישום כללי הפרשנות התכליתית על המקרה הנדון, אזכיר את עיקריהם.²⁶

העיקרון הבסיסי בפרשנות התכליתית הוא כידוע שגבולות הלשון תוחמים את גבולות הפרשנות,²⁷ נקודת מוצא שחולקת שיטה זו עם יתר שיטות הפרשנות המקובלות במשפט המשווה.²⁸ בתוך גבולות הלשון על הפרשן לערוך איזונים שונים באמצעות מושג התכלית, שאותו טוען ברק במשמעות שונות. על הפרשן התכליתי לתת לטקסט את ה"פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט",²⁹ דהיינו המדיניות, האינטרסים והערכים שהנורמה באה להגשים, באמצעות שקילה של התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית היא עובדה אמפירית: כוונת מחבר הטקסט – וכאשר עסקינן בחקיקה, כוונת ה"מחוקק"³⁰ – באשר למטרות

25 עיקרון פרשני זה קבוע בס' 34 לחוק העונשין, התשל"ד-1977, הקובע: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". ההוראה נוספה לחוק העונשין בתיקון מס' 39 משנת 1994. ראו בעניין זה אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347 (2002); בועז סג"ר "פרשנות מרחיבה בפלילים? האומנם אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" עלי משפט ג 165 (2003); ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 10-22 (פורסם בנוב, 16.5.2018). לביקורת על בג"ץ גיני בהקשר לעקרון הפרשנות המצמצמת בפלילים ראו אסף הרדוף "כשר בג"ץ: יהדות נגד כשרות, כשרות נגד נאמנות, משפט נגד שינוי" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 60, 6 (2016) (להלן: הרדוף "כשר בג"ץ"). לעניות דעתי, למרות ההיבט הפלילי הנוכח בפרשת גיני, שורש העניין איננו שם אלא בסוגיות של משפט מנהלי וחוקתי. בדין מייחסים אפוא השופטים בשני הגלגולים של הפרשה משקל קטן לעקרון הפרשנות המצמצמת בפלילים (ראו בג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 55 לפסק דינו של השופט סולברג; דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין).

26 עקרונות הפרשנות התכליתית נפרשו בידי אהרן ברק בפסקי דין, בספרים ובמאמרים האוחזים אלפי עמודים (הגם שהם מכילים חזרתיות רבה), וברי שבמסגרת זו לא אוכל לשטוח אלא את העיקרים הרלוונטיים לדין הנוכחי בקיצור נמרץ, שמתבצע הדברים יחסא למורכבותם. לפירוט על הפרשנות התכליתית ראו למשל אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) (להלן: ברק פרשנות תכליתית); להקשר השוואתי-היסטורי ראו קידר, לעיל ה"ש 2; לביקורת ראו Stanley Fish, *Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law*, 29 CARDOZO L. REV. 1109 (2008).

27 ראו למשל אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 81-85 (1993) (להלן: ברק פרשנות החקיקה).

28 ראו רונן פרי "גבולות היצירה השיפוטית: בעקבות רע"פ 2524/01 סרדיק נ' התצ"ר, פ"ד נח(4) 279 (2004) "משפט וממשל ט 541, 554 (2006), שמגדיר את הכלל "בלתי-מעורער".

29 ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 373.

30 על הקשיים האנאליטיים והיישומיים בגיבוש כוונה כאשר יוצר הטקסט המשפטי הוא גוף קולקטיבי ראו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 177-180; דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 4-5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן; דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו. ראו עוד למשל John F. Manning, *Inside Congress's Mind*, 115 COLUM. L.

שביקש להגשים, במועד החקיקה.³¹ המקור המרכזי המסייע בידי הפרשן בבירור התכלית הסובייקטיבית הוא הלשון, וחזקה שממשמעותן "הטבעית והרגילה" של המילים עולה כוונת היוצר. במעמד זה מבחינת קבילות אך משני מבחינת משקל מצויים מקורות חיצוניים ובראשם ההיסטוריה החקיקתית.³² התכלית האובייקטיבית היא קביעה נורמטיבית: המטרה החברתית הראויה של החוק נכון למועד הפירוש.³³ ברמת הפשטה נמוכה זהו "רצונו של היוצר הסביר", וברמת הפשטה גבוהה יותר – "הרצון של השיטה".³⁴ התכלית האובייקטיבית נלמדת אף היא מן הטקסט כמו גם ממגוון של מקורות חיצוניים המרכיבים את "המטרייה הנורמטיבית" הפרושה מעליו, ובהם עקרונות היסוד של השיטה, המבנה הדמוקרטי-חוקתי של המשטר, ההלכה הפסוקה, המערך החקיקתי כולו, המשפט העברי והרקע החברתי. עוד מסתייעת הפרשנית בהקשר זה בחזקות שברק מכנה "חזקות תכלית" שבאמצעותן מקודמים הערכים הנורמטיביים של השיטה, כמו ודאות, הגינות, זכויות אדם ודמוקרטיה, ומיושבים זה עם זה.³⁵ למשל, חזקה שתכלית אובייקטיבית ספציפית של חוק (הפתרון המוצע בו לבעיה חברתית מסוימת) לא תימצא נוגדת את התכלית האובייקטיבית הכללית (קידום עקרונות דמוקרטיים-חוקתיים), אלא כאשר עדיפותה של הראשונה על פני השנייה באה לביטוי בלשון "מפורשת, ברורה וחד-משמעית".³⁶

התכלית הסופית מורכבת מהתכליות הסובייקטיבית והאובייקטיבית גם יחד. ייחודה של הפרשנות התכליתית, כך ברק,³⁷ בחתירה להלימה בין התכליות הללו תחת הכרעה קטגורית: "שאיפתו של הפרשן אינה צריכה להיות לניצחון בהתנגשות אלא לאחדות ולשלמות".³⁸ על הפרשן לעשות כל אשר לאל ידו כדי ליישב את התכליות השונות זו עם זו ולצמצם את הקונפליקט ביניהן כשהוא מתעורר, על מנת להביא לסינתזה ולאינטגרציה בין רצון היוצר (הממשי) לרצון השיטה.³⁹ כך, שומה עליו לבחור מבין מגוון התכליות הסובייקטיביות האפשריות את אלה שעולות בקנה אחד עם התכלית האובייקטיבית, ולהפך.⁴⁰ הקונפליקט אמור להימנע מעיקרו. במקרים החריגים שבהם אומנם קיים קונפליקט בלתי נמנע, הפרשנית התכליתית תפעיל שיקול דעת בהעדפת התכלית הסובייקטיבית או האובייקטיבית לפי מיקומו של הטקסט על פני כמה רצפים מרכזיים: אופי משפטי, מפרטי לציבורי; חלוף הזמן מאז יצירת הטקסט; היקף העניינים המוסדרים בו; אופי המשטר שבו הוא מתקיים; אם הוא כולל כללים, אמות מידה (סטנדרטים) או עקרונות;

REV. 1911 (2015); Kenneth A. Shepsle, *Congress is a "They," not an "It": Legislative Intent as Oxymoron*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 239 (1992)

- 31 ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 201–202.
32 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 182–190.
33 ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 202–203.
34 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 195.
35 שם, בעמ' 220–224.
36 שם, בעמ' 429 (יידוע הושמט).
37 שם, בעמ' 233.
38 ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 756.
39 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 234.
40 שם, בעמ' 161–163.

והתוכן המסוים, בעיקר חקיקה אזרחית מול פלילית.⁴¹ כל הפרמטרים הללו יובאו בחשבון בגדרי השקפה "על חייו של הטקסט מרגע היוולדו (ואף לפני כן) עד לרגע הפרשנות".⁴² לסיכום, עקרונות העל המנחים של הפרשנות התכליתית הם שלושה: "לשון, תכלית ושיקול דעת".⁴³

השופט סולברג, שכתב את חוות הדעת המרכזית בבג"ץ גיני (דעת רוב מבחינת התוצאה הפרשנית)⁴⁴, יישם את העקרונות הללו באופן שהוביל לביכור הפרשנות שהציעה הרבנות הראשית; יישום לכאורי, שכן כפי שיובהר הוא סוטה למעשה מהוראות הפרשנות התכליתית. פרשנותם המוצעת של העותרים, כי גם גורמים פרטיים יכולים להעניק "תעודת הכשר" כדין, נדחתה כבר בשלב הבחינה הראשוני – לשון החוק. הואיל וסעיף 2 לחוק איסור הונאה בכשרות מגדיר "תעודת הכשר" ככזו שמעניקים הגופים המוסמכים מטעם הרבנות בלבד, והואיל ואין להלום פרשנות המעמידה את סעיפי החוק בסתירה זה לזה, נקבע שפרשנות המונח "תעודת הכשר" לפי החוק כמתייחסת "לכל תעודת הכשר באשר היא, לרבות תעודה שאינה מטעם הגורמים המוסמכים לכך לפי סעיף 2, אינה מתיישבת אפוא עם הקשרו הפנימי של החוק, ומשכך אחת דינה – להידחות".⁴⁵ אכן, קביעה זו עולה בקנה אחד עם שיטת הפרשנות התכליתית. בית המשפט יישם את "המידה הפרשנית" (Canon of Interpretation) המקובלת שלפיה "משמעותו של דיבור נקבעת על פי סביבתו", והפרשנות התכליתית מאמצת מידה פרשנית זו לשם גידור מתחם המשמעויות הלשוניות של הטקסט המשפטי.⁴⁶ זאת הגם שככלל הפרשנות התכליתית מועידה תפקיד מרכזי יותר להרמוניה שבין סעיפי חוק במסגרת קביעת התכלית, והיא מעדיפה שלא לצמצם מלכתחילה את מתחם האפשרויות הלשוניות.⁴⁷ שתי הפרשנויות האחרות נכנסות בתוך מתחם זה, קבע סולברג, ולפיכך יש להכריע ביניהן על סמך בחינה תכליתית.⁴⁸ על התכלית הסובייקטיבית למד סולברג מעיון מעמיק בהיסטוריה החקיקתית של החוק (פרוטוקולים של מליאת הכנסת

41 שם, בעמ' 234–255.

42 שם, בעמ' 234.

43 שם, בעמ' 259.

44 זהו אחד מאותם פסקי דין שבהם ההבחנה בין רוב למיעוט אינה ברורה וחדה, ויש בין שלושת השופטים מגוון "קואליציות" בסוגיות השונות. כך, פה אחד הוחלט על דחיית העתירה במובן זה שפרשנות העותרים לחוק איסור הונאה בכשרות נדחתה והוא לא נמצא בלתי-חוקתי. מבחינת התוצאה האופרטיבית, השופטים רובינשטיין ושהם קבעו, בניגוד לדעתו של השופט סולברג, כי תחולת פסק הדין תוגבל לשנתיים שאחריהן יהיה אפשר לפתוח את הנושא מחדש; מבחינת התוצאה הפרשנית, רובינשטיין וסולברג קיבלו את הפרשנות שהציעה הרבנות הראשית, בניגוד לדעתו של שהם; מבחינת ההנמקה לתוצאה הפרשנית, הוסכם פה אחד כי התכלית הסובייקטיבית היא הענקת מונופול לרבנות בהנפקת תעודות הכשר, אך שהם הצטרף לסולברג בקביעה שהתכלית האובייקטיבית היא צרכנית (בג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 15 לפסק דינו של השופט שהם), ואילו רובינשטיין סבר שאין בין התכליות הברל ממשי, אם כי ביסודו של דבר הודיע רובינשטיין כי הוא "מצטרף" לפרשנות שנתן סולברג לחוק (שם, פס' יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

45 שם, פס' 34 לפסק דינו של השופט סולברג.

46 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 145–146, 151–152.

47 שם, בעמ' 182–185.

48 בג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 35 לפסק דינו של השופט סולברג.

ושל דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט), שממנה עולה כי המחוקק ביקש לא רק למנוע הטעיה של הצרכנים בעלמא, אלא גם לייחד את מערך הכשרות בהענקת מונופול על אסדרת תעודות הכשר ופיקוח עליהן לגורמים המוסמכים בלבד, לשם שמירה על "תו תקן" מוסדי בתחום הכשרות שיצמצם את "מרחב ההונאה וההטעיה של הצרכנים".⁴⁹ מכאן שהתכלית הסובייקטיבית כרוכה באמצעי שנבחר למימושה – בלעדיות הגורמים המוסמכים על אסדרת הכשרות – ואילו פרשנות המבקשת לצמצם את המונופול של הרבנות רק לשימוש במונח "כשר", "חותרת, הלכה למעשה, תחת אופי ההסדר שביקש המחוקק ליצור".⁵⁰ לעומת זאת השופט סולברג מצא כי התכלית האובייקטיבית מובילה לתוצאה הפוכה: שתי הפרשנויות המתחרות מגשימות את תכלית מניעת ההכשלה של המבקשים לשמור על דיני הכשרות, אך רק הפרשנות המצמצמת שהציע היועמ"ש מובילה להרמוניה חקיקתית כוללת ולקידום ערכי היסוד של השיטה, באשר היא מצמצמת את הפגיעה בזכות החוקתית לחופש עיסוק, הקבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק.⁵¹

השופט סולברג קבע כי קיימת אפוא התנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית. במצב זה בחר להעדיף את התכלית הסובייקטיבית משום קיומם של נתונים "ברורים ואמינים" על כוונת המחוקק מצד אחד, ומשום הפגיעה המצומצמת בעקרונות יסוד, מאחר שאין פער גדול בין שתי הפרשנויות בדבר מידת הפגיעה בחופש העיסוק, מצד אחר.⁵² הגיונו של הכלל הפרשני שנקבע אולי בצידו, אך החשוב לענייננו, כפי שיבואר בהמשך, הוא שהכלל סותר חזיתית את כללי הפרשנות התכליתית.

משהתקיים דיון נוסף בבג"ץ גיני בהרכב מורחב, מצא את עצמו סולברג בדעת מיעוט באשר לפרשנות סעיף 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות, ומתוך עמדה זו יצק תוכן אל הכלל שניסח בגלגול הראשון של הפרשה. הנשיאה נאור, שכתבה את חוות הדעת העיקרית בדנג"ץ גיני, מצאה הלימה בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית – המובילה לפרשנות שהציע היועמ"ש. הנשיאה קבעה כי שתי התכליות גם יחד נועדו למנוע הטעיה של הצרכן שומר הכשרות. תכלית זו עולה בקנה אחד עם תכליות אובייקטיביות נוספות בדמות הגנה

49 שם, פס' 45.

50 שם, פס' 48.

51 שם, פס' 51–52.

52 שם, פס' 54. הנימוקים שסיפק סולברג לכך שהפער בפגיעה בחופש העיסוק בין שתי הפרשנויות אינו גדול הם שאין חובה על בית עסק להחזיק תעודת הכשר; אין דרישות עקרוניות לא סבירות לשם קבלתה; ואין מניעה להציג מצג כשרותי בעל פה (שם, פס' 68). ספק אם הנימוקים הללו משכנעים, שהרי הגשת העתירה מעידה על התנגדות עקרונית לשיתוף פעולה עם הרבנות, ולפיכך התוצאה גוזרת על העותרים איסור מוחלט להציג כל תעודה כתובה שהיא הנוגעת לשמירה על סטנדרטים של כשרות; כבתי אוכל בירושלים הפגיעה בעסקיהם תהא כנראה גדולה (לאומדן נזק בגין שלילת תעודת כשרות מבית אוכל (קונדיטוריה באשדוד) ראו ת"א (מחוזי מרכז) 25538-01-14 קומפורטי נ' רב העיר אשדוד, פס' 46 (פורסם בנבו, 15.2.2018) ("שיעור אובדן ההכנסות הפוטנציאליות בשל עצם נטילת תעודת הכשרות עומד על כ-30%"). מניסיוני האישי אוסיף כי במשך כשנתיים התגוררתי סמוך לאחד מבתי העסק שעליהם נסבה פרשת גיני ("קרסלה", בית הקפה שבבעלות העותר 2). פעמים רבות ראיתי לקוחות פוטנציאליים שואלים אם המקום כשר, ומקבלים הסבר על מערך הכשרות האלטרנטיבי והפניה לתעודה התלויה על הקיר. חלק מהלקוחות עזבו, מרביתם נשארו (למען הסר ספק, אין לי כל קשר אישי לעותר 2 או לבית העסק שלו).

על ערכי יסוד חוקתיים ובראשם חופש העיסוק, חופש הדת והאוטונומיה של הסוּעד, אך סותרת תכלית סובייקטיבית נוספת של החוק והיא מתן מונופול לרבנות הראשית בחלוקת תעודות הכשר.⁵³ הנשיאה קבעה כי על השנייה לסגת מפני הראשונה, משום הפגיעה הפחותה בעקרונות יסוד, הזמן שחלף מאז נחקק החוק, העובדה שהתכלית הסובייקטיבית הסותרת נעדרת מלשון החוק והיותה טפלה לתכלית הצרכנית העיקרית.⁵⁴ רוב השופטים הצטרפו לנאור, ולפיכך נקבע בדג"ץ גיני כי בית אוכל רשאי להציג מצג אמת בדבר המזון הנמכר בו כל עוד הדבר אינו עולה כדי "תעודת הכשר", קרי אינו נוקט את המילה "כשר".⁵⁵ לעומת רוב חברי ההרכב נותר השופט סולברג איתן בדעתו, וכעת לא רק פרט אותה לפרטים אלא גם שיווה לה נופך עקרוני. כך, הדגיש כי לדידו יש לתת משקל נכבד, "ולטעמי אף משקל מכריע" להיסטוריה החקיקתית בתלות במידת אמינותה בשיקוף דעתם של המחוקקים. זאת מפאת שיקולים של "הגיון בריא, הפרדת רשויות, אובייקטיביות וניטרליות של מעשה השפיטה, ודאות משפטית".⁵⁶ נפקות הדברים בפועל היא שכאשר מתגלה סתירה בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית, הראשונה עדיפה אם היא "אמינה, בטוחה וברורה".⁵⁷ כך גם במקרה שבו לכוונת המחוקק יש אחיזה אך לא ביטוי מפורש בלשון החוק, משום שהתאמת החוק לעקרונות חוקתיים ממילא נבחנת במסגרת הליך שיפוטי נפרד, הוא הביקורת החוקתית (שאומנם נערכה בבג"ץ גיני, וחוק איסור הונאה בכשרות צלח אותה⁵⁸). מסקנה אחרת תהיה, לשיטת סולברג, טשטוש של הגבול בין פרשנות לביקורת, מכיוון שיש ראשית להתחקות אחר תכלית החוק, ורק אז לבחון אם היא מתנגשת עם עקרונות היסוד של השיטה: "הפרשנות עניינה בחוק המצוי, הבחינה החוקתית עניינה בחוק (בלתי-)רצוי".⁵⁹ וכך סיכם את הדברים סולברג: "הפה שאסר (על הצגת מצג כשרותי כלשהו), הוא הפה שיתיר; משידענו מהי כוונת המחוקק, והיא אינה בלתי-חוקתית – לא עלינו המלאכה לגמור".⁶⁰

חיזוק נוסף – אחרון לעת עתה – לגישתו הפרשנית המתגבשת של השופט סולברג נמצא בדג"ץ התאחדות הסוחרים, שניתן כחודש לאחר דג"ץ גיני, ושגם בו אחז בדעת מיעוט. עניינה של פרשה זו בשאלת הפעלתם של מרכולים בשבת, לאחר שעיריית תל אביב תיקנה את חוק העזר הרלוונטי,⁶¹ ונקבעו חריגים מסוימים לאיסור על פתיחת עסקים בשבת.⁶² התיקונים נתקפו מצד בעלי עסקים שביקשו לקבוע איסור גורף על פתיחת מרכולים בשבת

53 דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 18–23 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

54 שם, פס' 24.

55 שם, פס' 26–27.

56 שם, פס' 7–8 לפסק דינו של השופט סולברג.

57 שם, פס' 15.

58 בג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 56–69 לפסק דינו של השופט סולברג. ראו גם להלן ה"ש 106.

59 דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 16 לפסק דינו של השופט סולברג.

60 שם, פס' 24.

61 חוק עזר לתל-אביב-יפו (פתיחתן וסגירתן של חנויות), התש"ם-1980.

62 לפירוט ראו דג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 1–12 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

בעיר. הסוגיה הפרשנית שעלתה⁶³ נסבה בעיקר על הוראת סעיף 9א(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, שלשונו: "בימי המנוחה הקבועים כמשמעותם בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, לא יעבוד בעל בית מלאכה בבית מלאכתו, ולא בעל מפעל תעשייה במפעלו, ולא יסחר בעל חנות בחנותו". דעת הרוב, גם הפעם מפי הנשיאה נאור, קבעה כי האסדרה הקבועה בסעיף נוגעת לאנשים העובדים, בשונה מפתחת העסקים כשלעצמה. כך בהתבסס בין היתר על קריאה משולבת של ההוראה עם זו של סעיף 9 לאותו חוק, הקובע כי "העסקת עובד במנוחה השבועית אסורה אם לא הותרה לפי סעיף 12", ועל דברי ההסבר לתיקון שהוסיף לחוק את ס' 9א (תיקון מס' 1 משנת 1969), שלפיהם עניינו בהרחבת אותו איסור גם למי שאינם עובדים שכירים.⁶⁴ עוד עמדה הנשיאה על כך שפקודת העיריות [נוסח חדש]⁶⁵ מסמיכה את הרשות המקומית להתקין הוראות שעניינן פתיחת עסקים בשבת, וממילא הוראה ספציפית זו גוברת על ההוראה הכללית שבחוק שעות עבודה ומנוחה גם אם זו תפורש ככוללת איסור גורף.⁶⁶ נקבע אפוא שהרשות המקומית מוסמכת להתקין הוראות בעניין פעילות עסקים בשבת.

עמדתו של סולברג הייתה שונה. לגישתו, קריאה של ס' 9א(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה הן כ"איסור גברא" והן כ"איסור חפצא" מוצאת אחיזה בלשון ההוראה.⁶⁷ אולם, מההיסטוריה החקיקתית (דברי הכנסת, פרוטוקולים של ועדת העבודה ומסמכים שהוצגו לה) עולה לגישתו כי הסעיף נחקק כדי לשמור על ה"סטטוס קוו" בעניין צביון המרחב הציבורי בימי המנוחה, ולעניין זה החשוב הוא עצם קיום הפעילות המסחרית, ללא תלות בזהות או במעמד הגורם שמבצע אותה.⁶⁸ עוד מצא סולברג שחקיקת הסעיף מאוחרת להוראות הרלוונטיות בפקודת העיריות, ונחקקה במיוחד כדי לצמצם את תחולתן ולקדם בין היתר תכלית סוציאלית של כפיית יום מנוחה משותף לכלל העובדים במשק.⁶⁹ לפיכך סבר

63 בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, בג"ץ 6322/14 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 19.4.2017), לא נדונה שאלה פרשנית זו (או אחרת). השופט סולברג לא נכלל במוטב המקורי והצטרף רק להרכב המורחב בדיון הנוסף.

64 דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 42-43 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

65 ס' 249(20) לפקודת העיריות [נוסח חדש] קבע בעת הרלוונטית: "סמכויותיה של עירייה הן [...] להסדיר פתיחתם וסגירתם של חנויות ובתי מלאכה, מסעדות, בתי קפה, בתי תה, בתי משקה, מזנונים, קנטינות ומוסדות אחרים כיוצא באלה, ושל בתי קולנוע, תיאטרונים ומקומות אחרים של עינוג ציבורי או של סוג פלוני מהם, ולפקח על פתיחתם וסגירתם, ולקבוע – בלי לפגוע בכללותה של הסמכות – שעות פתיחתם וסגירתם ביום פלוני; אלא שתקפה של פסקה זו יהא בכפוף לכל פטור שהשר יורה עליו בצו" (בעקבות פסק הדין בדנג"ץ התאחדות הסוחרים שונתה לשון הסעיף, והוסף בתחילתה הביטוי "בכפוף להוראות כל דין" (תיקון מס' 143, התשע"ח-2018)); ס' 249(21) קובע: "עירייה רשאית להפעיל את סמכותה על פי פסקה (20) בתחום שיפוטה או בחלק ממנו לגבי ימי המנוחה, בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית ולגבי יום תשעה באב [...]".

66 דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 44 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

67 שם, פס' 5-6 לפסק דינו של השופט סולברג.

68 שם, פס' 7-8.

69 שם, פס' 18-24. יוער כי בין נורמה מאוחרת וכללית לבין נורמה מוקדמת ומיוחדת – השנייה גוברת (ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 117). לכן אילו לא היה מוסיף סולברג שהנורמה המאוחרת היא גם מיוחדת (פס' 23 לפסק דינו), היה חורג מן הפרשנות התכליתית לא רק במובן שברק מכנה "פרשנות במובן הצר" (Interpretation) אלא גם במובן של "פרשנות במובן הרחב" (Construction)

שהתכליות האובייקטיביות והסובייקטיביות גם יחד מובילות לפרשנות שלפיה אין לרשות המקומית סמכות להתיר פתיחתם בימי המנוחה של בתי מסחר (להבדיל מבתי עינוגים⁷⁰). מאחר שלא מצא התנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית, עמדתו של סולברג בדנג"ץ התאחדות הסוחרים אינה סותרת חזיתית את מתודת הפרשנות הנוהגת. עם זאת בפרק הבא יובהר כי חוות דעת זו מוסיפה נדבך חשוב להבנת המקורנות, בעיקר בביסוס מעמדה הבכיר של ההיסטוריה החקיקתית, וביחד עם שתי העמדות שהוצגו בפרשת גיני יוצרת שיטה בעלת היגיון פנימי אחר מזה של הפרשנות התכליתית.

ב. המקורנות: קווים לדמותה

בדנג"ץ גיני השווה השופטים רובינשטיין וג'ובראן (שניהם משנים לנשיאה בדימוס בעת מתן פסק הדין) את הפולמוס שעורר השופט סולברג⁷¹ לזה שקיים בארצות הברית בנוגע לפרשנות החוקה. בצד האחד של המתרס ניצבים מצדדי מתודולוגיה פרשנית שבראש מעייניה התחקות אחר כוונתם המקורית של האבות המייסדים של האומה,⁷² ובצד השני אלה הגורסים כי החוקה היא טקסט "חי" שמשמעותו משתנה עם תמורות העיתים.⁷³ ברק הוביל את המשפט הישראלי לכיוון השני, והמשנים לנשיאה סברו שבצדק עשה כן. הגם שהשוואה אינה מדויקת לחלוטין, בין היתר מאחר שפרשת גיני עוסקת בפרשנות החוק בשונה מן החוקה,⁷⁴ להלן אראה כי יש ממש באינטואיציה שביטאו רובינשטיין וג'ובראן.

(ברק פרשנות תכליתית, שם, בעמ' 104). ראו גם דנג"ץ התאחדות הסוחרים, שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

70 שם, פס' 28–33 לפסק דינו של השופט סולברג.

71 כפי שמציין עילי אהרונסון, חילוקי דעות בין שופטים על האופן הראוי לפירוש טקסטים הם לרוב פולמוסים מסוג "מחלוקת", כלומר שהשאלה שנדונה מתוחמת לגבולות מוסכמים על יסוד מחויבויות מוסדיות ודיסציפלינריות שהצדדים חולקים, אך ללא אפשרות לפנות לפרוצדורת הכרעה מוסכמת. פולמוסים מסוג זה מוכרעים כשאחד מן הצדדים משכנע את מי שמוסמכים להכריע בין העמדות כי משקלם של הטענות שהציג רב מזה שהציג חברו. אהרונסון מנתח במסגרת זו את הפולמוס שבין השופט ברק לשופט חשין בדנג"ץ פ' 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995), ומדגים כך כיצד התבססה הפרדיגמה הברקית בדבר המהפכה החוקתית בקרב השופטים, בין היתר בשימוש באמצעים רטוריים כמו המילים "איוון" ו"סבירות", שמעניקות לשופט מרחב גדול של שיקול דעת. ראו עילי אהרונסון "שפיטה כפולמוס" משפט וממשל ט' 497 (2006), והשוו גם לדיון להלן ה"ש 134, 166 והטקסט הסמוך להן; עמית, לעיל ה"ש 14.

72 אם כי יש מקום לציין שאסכולת ה-Originalism שלפיה יש להתחקות אחר הכוונה המקורית, פינתה את מקומה בזרם המרכזי של השמרנות השיפוטית האמריקנית לטובת העדפת המשמעות המקורית (ראו Solum, לעיל ה"ש 9; Fish, לעיל ה"ש 26). "המשמעות המקורית" פירושה המובן שנתן למילות ההוראה הרלוונטית לחוקה האורח מן השורה, בעת הכינון או האשרור (ומשכך הגדרה מדויקת יותר אולי תהיה ההבנה המקורית).

73 דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

74 כאמור לעיל בה"ש 9, אינני טוען שהמקורנות היא גירסה ישראלית ל-Originalism אלא גישה עצמאית, הגם שהשתיים חולקות כמה מאפיינים משותפים. עם זאת בשונה מארצות הברית, בישראל "כינון" ו"אשרור" ה"חוקה" – חקיקת חוקי יסוד – נעשית באותו מוסד, בגדרי אותה פרוצדורה ובידי אותם

סולברג התגונן מפני טענתם של חבריו כי גישתו "אוריגינליסטית" בהבהירו שהוא דוגל באימוץ גישה פרשנית המתייחסת הן לתכלית הסובייקטיבית והן לתכלית האובייקטיבית, אלא שבמקרה של התנגשות ביניהן זו הסובייקטיבית, ככלל, גוברת. "הא ותו לא".⁷⁵ קביעה זו כשלעצמה אינה עניין של מה בכך, אך היא גם אינה ממצה את החידוש שמציג השופט סולברג בשלוש חוות הדעת שפורטו. זאת הן משום שהשינוי בשלב גיבוש התכלית הסופית משליך על השלבים הקודמים בתהליך והן משום שהלכה למעשה מרחיק סולברג לכת עוד כמה צעדים בעלי משמעות וכורך יחד מקבץ קביעות פרשניות, המושתתות על תפיסת עולם שיפוטית מגובשת ורבת פנים, שעשויות לעלות כדי חלופה ממשית לפרשנות התכליתית בכל הנוגע לפרשנות החוק ובכלל. החלופה הזו, כמו הפרשנות התכליתית, קושרת מתודולוגיה עם הערכים המהותיים שהיא נועדה להגשים. העיקרון המנחה בגישתו של סולברג העולה מן המקרים הנדונים כאן הוא כוונת המחקק כפי שהיא משתקפת בנסיבות החיצוניות ללשון החוק; במילים אחרות, הכוונה המקורית.

השופט סולברג אינו חולק על נקודת המוצא של הפרשנות התכליתית, כי "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון".⁷⁶ בתוך ד' אמות לשון החוק, "חזקת הזהב" של הפרשנות התכליתית היא שהתכלית הסובייקטיבית באה לידי ביטוי מלא,⁷⁷ ומשמע ש"הנחה בטוחה היא כי היוצר הגשים בטקסט את רצונו".⁷⁸ חזקה זו ניתנת לסתירה אם יש בנסיבות החיצוניות לטקסט כדי להצביע על רצונו של היוצר באמינות רבה יותר.⁷⁹ סולברג מדגיש אף הוא כי החשוב לעניין המקורות שמהם למד הפרשן על התכלית הסובייקטיבית הוא מידת אמינותם,⁸⁰ אך דומה שהוא מעדיף, כברירת מחדל, להעניק להם משקל שונה מזה שנכונה לו הפרשנות התכליתית. קריאתו של סולברג היא לפרשנות חוק שתיעשה "מלמטה למעלה", בעבודת 'חפירה', לעתים מייגעת, מן המסד אל הטפחות [...] ניתוח החוק לנתחיו, על כרעיו ועל קרבו [...] זו חובתנו בפרשנות חוק לעסוק גם בשפיר ושליה".⁸¹ ניתן להבין אמירה זו באופן צר, כמופנית רק לחוות דעתה של הנשיאה בדנג"ץ התאחדות הסוחרים, שבה אכן נמנעה נאור מלהעמיק חקור אל תוך הנתונים החיצוניים המעידים על כוונת המחקק באשר לחוק שעות עבודה ומנוחה.⁸² הבנה מדויקת יותר, בהתאם לרטוריקה

אנשים כחקיקת חוקים רגילים. לפיכך הטטטוש בין הקטגוריות לעניין המשקל שניתן לכוונת המחקק אינו מופרך. יש מקום לציין שבפרשנות החוק (בשונה מהחוקה), ככלל הזרם הליברלי בארצות הברית הוא שמצדד במתן משקל להיסטוריה החקיקתית במסגרת בחינה תכליתית, ואילו הזרם השמרני תומך בהיצמדות ללשון החוק ללא פנייה לתכלית, ובכלל זה להיסטוריה החקיקתית שעשויה ללמד עליה (ראו למשל Margaret H. Lemos, *The Politics of Statutory Interpretation*, 89 NOTRE DAME L. REV. (2013) 849).

75 דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 29 לפסק דינו של השופט סולברג.

76 בג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 34 לפסק דינו של השופט סולברג.

77 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 190.

78 שם, בעמ' 181.

79 שם.

80 דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 8 לפסק דינו של השופט סולברג.

81 דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 2, 13 לפסק דינו של השופט סולברג.

82 מלבד הידרושות לדברי ההסבר לתיקון לחוק באשר להוספת ס' 9א, שם, פס' 43 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

שסולברג משתמש בה, היא שלדרישה שהוא מציב אופי מהותי ועקרוני. מסקנה זו נובעת בין היתר מכך שממילא קיימת חובה עבור הפרשן התכליתי לפנות למקורות החיצוניים לצד המקורות הפנימיים,⁸³ והשופטת ברק-ארז אף עשתה כן ביתר פירוט בחוות דעתה שבה היא הגיבה לזו של השופט סולברג.⁸⁴ עצם ההידרשות להיסטוריה החקיקתית אינו מניח את דעתו – אליבא דסולברג, יש לבחור אחת משתיים: גישתו שלו או פרשנות "מלמעלה למטה" שעיקרה ב"התבשמות בעקרונות יסוד".⁸⁵ לא ניתן אפוא להבין את דבריו אלא כהחלשת "חוקת הזהב" בגדרי בירור התכלית הסובייקטיבית, באמצעות הענקת מעמד להיסטוריה החקיקתית, למצער ככל שזו משקפת את כוונת המחוקק באופן "צלול וברור",⁸⁶ השווה לזה שניתן ללשון החוק ואף רם ממנו. אלמלא כן קשה לראות כיצד יהיה משקלו של המידע המתקבל מן ההיסטוריה החקיקתית, כפי שראוי שיהיה בעיני סולברג, "מכריע".⁸⁷ יש לזכור בהקשר זה כי ללשון תפקיד כפול במסגרת התכלית הסובייקטיבית:⁸⁸ המקורנות אינה מערערת על תפקיד הלשון בהגבלת האפשרויות הפרשניות,⁸⁹ אך היא מפחיתה מן המשקל הכבד יותר שניתן ללשון כמקור פרשני אל מול הנתונים החיצוניים – ההנחה שהיוצר הגשים בטקסט את רצונו אינה "בטוחה" עוד. נהפוך הוא, המשקל העיקרי ניתן להיסטוריה החקיקתית, ואם הכוונה המקורית המשתקפת ממנה קונה אחיזה בלשון החוק – "דיינו".⁹⁰ כלומר, היחלשותה של "חוקת הזהב" באה לידי ביטוי בכך שהמנגנון הראייתי-אפיסטמי המשמש לחילוץ התכלית הסובייקטיבית הפך את כיוונו: במקום שהפרשן יתחיל בלשון וילמד על אופן גיבושה בתודעת היוצר ב"הילוך לאחור",⁹¹ כלשונו של פרופ' ברק – כעת עליו לילך עקב בצד אגודל לצידו של המחוקק ולהתחקות אחר צעדיו לפי סדרם. הטקסט אינו עוד נקודת ההתחלה כי אם נקודת השיא, ואת המסגרת שלה קובע השביל הפרשני המוביל אליה. הנטל הראייתי מונח כעת לפתחן של המילים להצדיק סטייה משביל זה. היפוך הנטל נלמד מן השילוב בין עמדותיו של השופט סולברג בדנג"ץ גיני ובדנג"ץ התאחדות הסוחרים. במקרה אחרון זה מצא סולברג כי שתי הפרשניות המוצעות לחוק מוצאות אחיזה בלשון, ויש אפוא לעבור לשלב הבא בבחינה: "לפיכך נתכנסנו. נפנה לבחון את כוונת המחוקק, כפי שהיא משתקפת מן ההיסטוריה החקיקתית, שמא יש בה כדי לשפוך אור על פרשנותו הנכונה של הסעיף".⁹² משהסתיים שלב בחינת הלשון ונפתח שלב בחינת התכלית הסובייקטיבית, שוב אין הטקסט משחק תפקיד חשוב, ותשומת הלב השיפוטית מופנית למקורות המידע החיצוניים לו, הם שאוצרים בקרבם "ביטוי נאמן

83 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 189–190.

84 דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 6–25 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם להלן

ה"ש 116. והשוו גם לבג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 8–14 לפסק דינו של השופט שהם.

85 דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג.

86 דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 11 לפסק דינו של השופט סולברג.

87 שם, פס' 8.

88 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 190–191.

89 ראו בהקשר זה את חוות דעתו של השופט סולברג (דעת מיעוט) בעניין אסרף, לעיל ה"ש 17.

90 דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 17 לפסק דינו של השופט סולברג.

91 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 181.

92 דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 6 לפסק דינו של השופט סולברג.

למהותו של ההסדר החוקי.⁹³ ככל שניתן להעלות את התכלית הסובייקטיבית הנלמדת מהם בקנה אחד עם הלשון, המקורנות באה על סיפוקה. כך אף אם הלשון כשלעצמה מושכת לכיוון הנגדי, כפי שממחישות הנשיאה נאור והשופטת ברק-ארוז, וסולברג אינו חולק עליהן מן הבחינה הלשונית.⁹⁴ כאלה הן אפוא ה"נסיבות [ה]מתאימות" למתן "משקל מכריע" להיסטוריה החקיקתית,⁹⁵ כלשונו של סולברג בדנג"ץ גיני, שאינן יכולות להתגבש אם לא תינתן לה הבכורה בחילוף התכלית הסובייקטיבית.

מהלך זה מסמן פתיחות לאפשרות שהפרויקט הפרשני הוא בראש ובראשונה פרויקט אמפירי. עצם קיומה של "חזקת הזהב" באשר לתכלית הסובייקטיבית ללא שקיימת אותה חזקה באשר לתכלית האובייקטיבית,⁹⁶ מצביע על עדיפות אפריורית שנותנת הפרשנות התכליתית לשיקולים נורמטיביים (בלשונו של סולברג, "התבשמות בעקרונות יסוד") על פני שיקולים אמפיריים-היסטוריים (התחקות דקדקנית אחר "דעתם של אלה שעשו את החוק"⁹⁷). אכן, בעיניו של פרופ' ברק, "פרשנות אינה אך 'גילוי'. יש בה גם 'יצירה'. השאלה הינה מהי 'יצירה' הטובה ביותר".⁹⁸ לכך מתנגדת המקורנות, שמוכנה להסכים עם יצירה רק ככל שיש בה לתרום לשאלה 'מהו הגילוי הטוב ביותר'.⁹⁹ שתי המתודות נותנות להעדפותיהן ביטוי כבר בשלב התכלית הסובייקטיבית. בגדרי הפרשנות התכליתית, משקלה של ההיסטוריה החקיקתית לעולם איננו מכריע קטגורית, דהיינו איננו "סוף פסוק". בנסיבות מסוימות היא עשויה לקבל משקל ניכר: כאשר הנתונים המתקבלים מן המקורות החיצוניים ללשון אמינים מאלה שמספק הטקסט, ולפיכך "חזקת הזהב" נסתרת, אבל בחינה זו עודנה

93 שם, פס' 9.

94 שם, פס' 43 לפסק דינה של הנשיאה נאור, פס' 8-9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז, והשוו פס' 6-8 לפסק דינו של השופט הנדל. יודגש כי אינני טוען שהפרשנות שמציעות השופטות ללשון היא בהכרח הנכונה (ודאי שהיא איננה מובילה בהכרח לתוצאה הפרשנית הסופית). הנקודה היא שהשופט סולברג אינו מתמרדר עם הטענות הלשוניות ואינו מתעכב על הלשון כלל בבואו לצקת תוכן לתכלית הסובייקטיבית (שם, פס' 5-6 לפסק דינו של השופט סולברג).

95 דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 8 לפסק דינו של השופט סולברג.

96 ראו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 225-226.

97 דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 7 לפסק דינו של השופט סולברג (המצטט את השופט זוסמן). השוו גם לעניין זלום, להלן ה"ש 164.

98 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 273.

99 ביקורת דומה (אך חריפה יותר) משמיע Fish, לעיל ה"ש 26, שקובל בין היתר על כי התייחסות לישויות ערטילאיות כמו "המחבר הסביר" איננה "refining or enriching or enhancing the act of interpreting [...] judgments of truth and [...] abandoning it and taking up some form of re-writing [...] falsehood (at least with respect to interpretation) have no place in Barak's argument" (בעמ' 1129, 1142). השוו גם לדבריה של שרת המשפטים בעקבות מינוים של פרופ' אלכס שטיין והשופט עופר גרוסקופף לשיפוט בבית המשפט העליון: "הם חלק מהמהלך להחזרת בית המשפט לתפקידו החשוב כל כך: פירוש הנורמה שקבע המחוקק ולא החלפתה". טובה צימוקי "שקד: הושלם המהלך לשינוי בית המשפט העליון" Ynet 23.2.2018 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-512 6984.00.html. שימו לב למילה "החזרת", המציירת תמונה של שלוש תקופות: בראשונה בית המשפט פירש נורמות; אז החל להחליפן; כעת הוא חוזר לפירושו. תמונה דומה מצייר סולברג בדנג"ץ גיני, ראו להלן ה"ש 105-106, 126-132 והטקסט הסמוך להן. לביאור הרקע ההיסטורי לעליית הפרשנות התכליתית ראו קידר, לעיל ה"ש 2.

מוגבלת ל־ד' אמותיו של שלב התכלית הסובייקטיבית, ואילו ההכרעה שמורה לתום ההליך הפרשני. בניגוד לכך, מששברה "הכוונה המקורית" את תקרת הזכויות הלשונית בשלב התכלית הסובייקטיבית, היא תפס במסגרת המקורנית שלב נוסף ותבקש להשתוות לתכלית האובייקטיבית ואף לגבור עליה בעת גיבוש התכלית הסופית של החוק. המקורות פותחת את הדלת לפני ההיסטוריה החקיקתית, להוות סוף פסוק.

נוסחת האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית¹⁰⁰ היא הנקודה שבה המקורות מתבדלת מן הפרשנות התכליתית במובהק ובמוצהר. לכאורה, סולברג מביע בהקשר זה עמדה דומה לזו של הפרשנות התכליתית: "מעשה יש לשאול: האין זה ראוי לפעול בכלים פרשניים לצמצום ה'התנגשות' שבין 'רצון המחוקק' לבין 'רצון השיטה'",¹⁰¹ והרי זו בדיוק משימתו של הפרשן התכליתי. עם זאת ברור כי "מעשה" מנוגד ל"עד עתה". המשך המשפט מבהיר שהמקורות תופסת את צמצום ההתנגשות תפיסה שונה לחלוטין מהפרשנות התכליתית כפי שאנו מכירים אותה: "בטרם יעשה שימוש ב'נשק' יום הדין של הביקורת החוקתית". כוונתו של סולברג כאן לעיקרון שהוביל לתוצאה המחייבת בדג"ץ גיני והוא שיש לבחור מבין כל התכליות הסובייקטיביות האפשריות (היינו שמוצאות אחיזה בלשון) את אלה שעולות בקנה אחד עם התכליות האובייקטיביות (וההפך).¹⁰² כזכור, התכליות האובייקטיביות נקבעות לפי "חזקות התכלית", שאותן מגדיר ברק "לב לבה של הפרשנות במשפט".¹⁰³ חזקות התכלית גואלות את הפרשנות מהיות עיסוק טכני, משום שהן מחדירות לתוכה ערכים מהותיים שהשופט מחזיק את החוק כשואף לקדם אותם, לרבות הרמוניה נורמטיבית, דמוקרטיה, שלטון חוק, זכויות אדם, סבירות ומידתיות, "הצדק, המוסר

100 ברק מדגיש כי בפרשנות התכליתית אין "נוסחת קסם" לקביעת היחסים בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית (ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 241) אלא מהלך פרשני מורכב ותלוי-נסיבות המונחה על ידי שיקול דעת שיפוטי. כמובן, לשיטת השופט סולברג זו בדיוק הבעיה. ראו גם להלן הטקסט הסמוך לה"ש 119-120, וכן ה"ש 136.

101 דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 20 לפסק דינו של השופט סולברג.

102 בהערת אגב, דומה שבדג"ץ גיני השופט סולברג שוגה באשר לסטנדרט שמיישמת הנשיאה נאור באיזון בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית, כשהוא מייחס לה קביעה כי אלמלא הראשונה הובעה בלשון "ברורה, מפורשת וחד משמעית", השנייה גוברת. סטנדרט זה מתייחס למתח אחר, זה שבין תכלית אובייקטיבית ספציפית וכללית (ראו לעיל ה"ש 36 והטקסט הסמוך לה). לא נאור בחוות דעתה ולא הפרשנות התכליתית לפי ברק מיישמות זאת במתח שבין תכלית סובייקטיבית לאובייקטיבית, אם כי שתיהן מציגות את האופציה (ללא אימוצה במפורש), שאם אין לתכלית הסובייקטיבית עיגון חד-משמעי בלשון, אזי אין כל התנגשות בין התכליות (דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה נאור. אבל השוו לדברי ברק בפסק דין שניתן קודם להכרזה על המהפכה החוקתית, כי "כוונה סובייקטיבית – אפילו היא קיימת ומוכחת – אינה מספיקה אם אין לה ביטוי מפורש, ברור וחד-משמעי בלשונו של דבר החקיקה", בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 764 (1993)). לביקורת מכיוון שונה על חזקת התכלית הנוגעת ליישוב תכלית אובייקטיבית ספציפית וכללית, שלפיה היא משמשת את בית המשפט כדי להימנע מהכרה בהשפעות בעייתיות של קבוצות אינטרס על תהליך החקיקה, ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" משפט וממשל יא 317, 351 (2007).

103 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 223.

וההגינות".¹⁰⁴ בשלב קביעת התכלית הסופית נפגשת התכלית האובייקטיבית, לאחר שספגה את הערכים המהותיים הללו, עם התכלית הסובייקטיבית למטרת "סינתזה ואינטגרציה". כאן תצמצם הפרשנית התכליתית את המתח בין התכליות, בין היתר בנטישת אותם מרכיבים בתכלית הסובייקטיבית שסותרים את ערכי היסוד של השיטה.

בדג"ץ גיני סקר השופט סולברג את התפתחות ההכרעה בין תכלית סובייקטיבית לאובייקטיבית לפני המהפכה החוקתית ואחריה. הוא ציטט מכתבי פרופ' ברק הקודמים להכרה במעמד העל-חוקי של חוקי היסוד, שם נטען כי בעת התנגשות תהא ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה, משום שאם לא העניקה הרשות המכוננת מעמד חוקתי לעקרונות היסוד, יש לכבד את "מעמדו הבכיר של המחוקק במפעל החקיקה".¹⁰⁵ סולברג ציין כי מצב דברים זה איננו עוד, ושאל: כעת, משנודע מעמד על-חוקי לעקרונות יסוד ובמרכזם זכויות האדם, איזו תכלית גוברת? ובכן, תשובתו נותרה כשהייתה – הסובייקטיבית. הטעם לכך הוא שעם ההכרה במעמד החוקתי של זכויות האדם באה גם סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת חוקתית על חוקים שפוגעים בהן,¹⁰⁶ וזו הדרך הפתוחה לפני השופט לבחון, בגדרי הכרעה בינארית בעיקרה, אם החוק אינו מתיישב עם ערכי יסוד. כלומר, הפרשנות התכליתית שוגה במקום שבו היא מותחת את קו הגבול בין פרשנות לביקורת: בין חילוץ משמעות מטקסט לבין הכרעה בדבר נפקותה החוקתית. זו גם זו – פרשנות תכליתית ומקורנות – סבורות כי "מובן לחוד ותוקף לחוד",¹⁰⁷ אך לפי הגישה השנייה, החדרת ההתחשבות בערכי היסוד של השיטה אל תוך ההליך הפרשני היא כבר מעשה ביקורת. נסיגה מערכי היסוד תתרחש רק במקרה של סתירה עם הכוונה המקורית – מקומן של חזקות התכלית לא נפקד מהסכמה הפרשנית, אך המקורנות משקיפה עליהן כעל נטע זר, כלים שיפוטיים שנקלעו למקום לא להם: "דין רצוי תופס את מקומו של דין מצוי".¹⁰⁸

104 שם, בעמ' 224. ראו עוד בהקשר זה מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591 (2003).

105 דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 13 לפסק דינו של השופט סולברג.

106 חוק איסור הונאה בכשרות נחקק בשנת 1983, קודם לחקיקת חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם. הבחינה החוקתית בדג"ץ גיני נערכה בנוגע לחופש העיסוק בלבד, אך בדג"ץ גיני מציינת הנשיאה נאור כי מונחות על הכף זכויות חוקתיות נוספות: חופש הדת והאוטונומיה של הצרכן. זכויות אלה מקורן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכולל סעיף "שמירת דינים" שאינו קיים בחוק-יסוד: חופש העיסוק (השוו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס' 8, 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק), ולפיכך לא ניתן לערוך ביקורת חוקתית על חוק איסור הונאה בכשרות בהקשר של פגיעה בזכויות אלה. למבט השוואתי על הוראות "שמירת דינים" בחוקות שונות והמתודות הפרשניות שבתי משפט נוטים ליישם עליהן ראו Rivka Weill, *Bills of Rights with Strings Attached: Protecting Death Penalty, Slavery, Discriminatory Religious Practices and the Past from Judicial Review*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUE: RIGHTS, DEMOCRACY INSTITUTIONS (Rosalind Dixon et al. eds., forthcoming 2018).

107 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 429.

108 דג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג. על גישתו של השופט סולברג ליחס שבין פרשנות לביקורת חוקתית ראו גם להלן ה"ש 144–159 והטקסט הסמוך להן.

מיקומה הראוי של התכלית האובייקטיבית במישור התוצאה החוקתית במקום במישור ההליך הפרשני מלמד כי המקורנות אינה שותפה לגישה המעדיפה "אחדות ושלמות" על פני "ניצחון בהתנגשות"¹⁰⁹, ככל שאלה מתייחסים למאמץ להעלות בקנה אחד תכלית סובייקטיבית ברורה עם תכלית אובייקטיבית עמומה. גישה זו מכרסמת בוודאות המשפטית לטובת שיקול דעת שיפוטי גמיש ותלוי-נסיבות; הוודאות תקודם ושיקול הדעת יצמצם דווקא כאשר פתרונה הראוי של ההתנגשות ייעשה בהיר ונגיש, ולשם כך גם ההתנגשות עצמה צריכה להתחדד. האופן שבו מתחדדת ההתנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית, למול החתירה התכליתית לסינתזה ביניהן, נהיר פחות מאשר הדרך הראויה בעיני המקורנות לפתרון ההתנגשות כשזו מפציעה; אך המקורנות ודאי חולקת על הרצון למנוע אותה כליל. במקום זאת היא מציעה להתנגשות פתרון ברור (אם כי אינה שוללת את האפשרות שיהיו לו חריגים) – התכלית הסובייקטיבית מנצחת. אין בכוחם של ערכי היסוד לגבור על הכוונה המקורית בתוך ההליך הפרשני: לא לפני המהפכה החוקתית, כי אז זו הייתה הסגת גבול החקיקה בידי השופט; ולא אחרי המהפכה החוקתית, כי ניתן בידו כלי חלופי, הביקורת החוקתית.¹¹⁰

הן במקרה של הפרשנות והן במקרה של הביקורת המקורנות מחליפה את שפת האיזונים, הסביריות והסינתזות – בהכרעות. ברוח זו דוחה סולברג את האופן שבו הפרשנות התכליתית שואפת ליישב בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית בהעמידה את המתח על פני מגוון צירים שנדרש שיקול דעת כדי לזקק מהם תוצאה.¹¹¹ אחד מאותם צירים הוא הכרונולוגי – ככל שהזמן שחולף מעת שנוצר הטקסט העומד לפירוש רב יותר, כך יגבר משקלה של התכלית האובייקטיבית על פני הסובייקטיבית. סולברג התייחס לציר הזמן בעניין חוק איסור הונאה בכשרות בדג"ץ גיני והבהיר שהכלל בעיקרו מקובל עליו,¹¹² אלא שבמקרה דנן אין בו כדי לסייע, הואיל ובחלוף 34 שנים "הוויכוח העקרוני נותר כשהיה". אז כעתה מקומו להתברר בבית המחוקקים.¹¹³ בעמדה זו טמונה הסתייגות מההיבט האמפירי שהפרשנות התכליתית כן מאמצת – לא כתחליף לשיקולים נורמטיביים אלא כמקור שלהם – הוא הנסיבות החברתיות המצויות ברקע לחוק לאורך כל שנות חייו עד למועד הפירוש.¹¹⁴ השופט סולברג עצמו השמיע ביקורת חריפה על הידרדרות המערך של אסדרת הכשרות על ידי הרבנות בבג"ץ גיני, כמו גם יתר השופטים,¹¹⁵ אבל חרף ההכרה

109 ראו לעיל ה"ש 38.

110 המקורנות מכירה בחריג אחד ברור לכלל זה – כאשר התכלית הסובייקטיבית איננה חוקתית; ובחריג נוסף, עמום יותר – חלוף הזמן, ראו להלן ה"ש 119–120 והטקסט הסמוך להן.

111 לעיל ה"ש 41–42 והטקסט הסמוך להן.

112 עם זאת ספק אם סולברג יסכים לדברי ברק, כי באשר לחוקים אף יגיע שלב שבו "ייעלם משקלה של התכלית הסובייקטיבית לחלוטין", ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 242–244.

113 דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 22–24 לפסק דינו של השופט סולברג.

114 ראו בעניין זה גיא הימן "ערכי היסוד של השיטה" וסיפור היסוד של החברה" ספר אדמונד לוי 95 (אוהד גורדון עורך, 2017).

115 בג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 1, 70–72 לפסק דינו של השופט סולברג; פס' א–ב, יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; פס' 22 לפסק דינו של השופט שהם. "תחלואי מערך ההשגחה על דיני הכשרות" (בלשונו של השופט שהם, פס' 22) הם גם הטעם לתוצאה המחייבת של פסק הדין,

בשינוי היחס החברתי לחוק ובכך שיש לשינוי יסוד מוצק, הוא אינו מובא בחשבון חלוף הזמן. הסתייגות דומה מובעת כלפי מסורת המשפט המקובל, ששואבת סמכות נורמטיבית מהאבולוציה הפסיקתית עצמה כמזור לבעיית האיזונים והבלמים שסולברג מזהה בפרשנות התכליתית. השופט ברק-ארז הביעה בדנג"ץ התאחדות הסוחרים את עמדתה כי אין לפרש את חוק שעות עבודה ומנוחה כ"לוח חלק"¹¹⁶ בהתייחסה להיסטוריה הפוסט-חוקית, בעיקר מסורת פרשנותו בבית המשפט העליון וכן הפרקטיקה הנוהגת ברשויות המקומיות – ששתיהן מושכות לדעתה לכיוון עמדת הרוב. סולברג לא שעה להפצרה; אף הוא קרא שלא להשקיף על החוק "בחלל ריק"¹¹⁷, אך זאת בהתייחס לרקע החברתי הרלוונטי בעיני המקורנות – הוא ה"סטטוס קוו" בין חילונים לדתיים במועד חקיקת תיקון מס' 1 לחוק, בשנים 1968–1969. הפרויקט האמפירי-היסטורי של הפרשן המקורני מכוון אפוא אך להיסטוריה שהובילה עד למועד חקיקתו של חוק פלוני, ואינו משמש לחשיפתה של היסטוריה פוסט-חוקית, שממילא נתפסת כלא רלוונטית כשהיא אינה עולה כדי "הלכה פסוקה"¹¹⁸.

לנוכח דבריו של השופט סולברג כי רצף הזמן אינו נטול נפקות בעת האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית, נותרת פתוחה האפשרות שלכלל בדבר עליונותה של הכוונה המקורית – כמו לכלל כלל – יהיו חריגים. עם זאת לא ברור מה צריך לקרות בחלוף הזמן על מנת שיקרום החריג לכלל עור וגידים. בניגוד לגישתו של ברק, אין מדובר בגילו של הטקסט גרידא,¹¹⁹ במיוחד כששוקלים במשולב ציר נוסף שמונה ברק כבעל רלוונטיות לגיבוש התכלית הסופית, הוא שינוי באופי המשטר. לשיטת השופט סולברג, המהפכה החוקתית שהעלתה את זכויות האדם על נס חוקתי אינה מביאה להטיית הכף הפרשנית. חריג אפשרי נוסף לעליונותה של התכלית הסובייקטיבית הוא כאשר זו איננה חוקתית: "בהכרעה שבין אימוץ התכלית הסובייקטיבית וביטולו של החוק, לבין אימוץ התכלית האובייקטיבית והותרת החוק על מכונו – ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה"¹²⁰. יש אפוא אי-בהירות מסוימת בנוגע לפונקצייה שממלאת התכלית האובייקטיבית בסכמה המקורנית, שמצד אחד מייצגת לה תפקיד ביקורתי בעיקרו, ומצד שני מכירה בקיומן של נסיבות שבהן התכלית האובייקטיבית תגבר על זו הסובייקטיבית כעניין של פרשנות. בפרק ג של הרשימה

השוכמה על השופטים רובינשטיין ושהם, כי תחולתו תוגבל לשנתיים ימים (משניתן דנג"ץ גיני תוצאה זו אינה רלוונטית עוד).

116 דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם בבג"ץ גיני, לעיל ה"ש 10, פס' 10 לפסק דינו של השופט שהם.

117 דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 8 לפסק דינו של השופט סולברג.

118 שם, פס' 6. לדיון במתחים הנלווים לעריכת בחינה היסטורית על ידי בתי משפט ראו דפנה ברק-ארז "היסטוריה של הצדקה" עיוני משפט מא (צפוי להתפרסם ב-2018). ברק-ארז מתרכזת בהיותו של בית המשפט אתר של מחלוקת על ההיסטוריה, ואילו הדיון הפרשני ממחיש כי בה בעת זהו גם אתר של מחלוקת על ההיסטוריוגרפיה, כלומר על המתודה שבאמצעותה שופטים משתתפים בכתיבת ההיסטוריה (ראו גם לעיל ה"ש 99; להלן ה"ש 126–132 והטקסט הסמוך להן; יאיר שגיא "פסק-הדין שעשה היסטוריה: עיון היסטוריוגרפי בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי" משפט וממשל יט 325 (2018)).

119 ראו עוד בעניין זה להלן הטקסט הסמוך לה"ש 142–144.

120 דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 21 לפסק דינו של השופט סולברג.

אציע הסבר אפשרי לפער הזה, הטמון בחוסר נכונות כללית מצד השופט סולברג להתערב בהכרעות הנורמטיביות של המחוקק בכל דרך שהיא. כלל וחריגים בציודו הוא מודל להכרעה שונה בתכלית מזה המועדף על הפרשנות התכליתית, שעיקרו באיזונים תלויי-נסיבות הנערכים לפי שיקול דעת. המעבר מכללי שכנוע לכללי הוכחה הוא מרכיב חשוב באידאולוגיה השיפוטית הנגלית מבעד לשלוש חוות הדעת של סולברג.¹²¹ היא מושתתת על כמה "מעלות טובות" נוספות המנויות בחוות דעתו של סולברג בדג"ץ גיני:

"מתן משקל נכבד (ואף מכריע) לכוונת-רזו [של המחוקק, כמשתקף מהנתונים החיצוניים ללשון], משקף הגיון בריא (שהרי אין כיוצרה של נורמה כדי להעיד על תכליתה);¹²² עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות (שכן הרשות המחוקקת היא היוצרת את החוק, ואילו השופט תפקידו ליתן תוקף ליצירתו של המחוקק); מדגיש את האובייקטיביות והניטרליות של מעשה השפיטה (שאינו מונחה על-ידי מחשבותיו הסובייקטיביות של השופט בדבר המדיניות הראויה, אלא על-ידי תפיסתו והכרעתו של המחוקק); ומגביר את הוודאות המשפטית ואת היכולת לצפות מראש את פירושה של הנורמה (ובכך משיג הפעלה שוויונית של החוק)."¹²³

ביסוד הגישה המוצגת כאן טמונה מחלוקת מהותית על חלוקת התפקידים בין שופטים למחוקקים. במקום שבו ברק סבור כי המערכת החוקתית מסמיכה את השופט ליצור את החוק הטוב ביותר האפשרי באמצעות פרשנות הלשון, סולברג גורס כי תפקיד השופט מתמצה במתן תוקף ליצירת המחוקק; במקום שבו ברק מבקש לקדם את הזכות החוקתית לשוויון, סולברג מצדד בשוויוניות ביישום הכרעת המחוקק;¹²⁴ במקום שבו ברק מעניק לשופט יכולת לגלות ערכים אובייקטיביים של השיטה, סולברג מזהיר מפני "מחשבותיו הסובייקטיביות של השופט" – זוהי הטלת ספק בעצם קיומה של "כוונת השיטה": שתי התכליות סובייקטיביות, השאלה היא אם מעדיפים את הסובייקטיביות של המחוקק או את זו של השופט.¹²⁵

121 ראו גם נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין ודברים ח 13, 24 (2014) (להלן: סולברג "משפט וצדקה"), והשוו לאהרונסון, לעיל ה"ש 71.

122 מעניין לחשוב בהקשר זה מה היה סולברג פוסק אילו ישב בדיון במקרה שבו ביקש אחד המחוקקים "להעיד על תכליתה" של נורמה, במובן המילולי ביותר. ח"כ בצלאל סמוטריץ' ביקש להצטרף כמשיב לבקשה שנגעה להריסת מבנים שנבנו על קרקע פרטית בבעלות פלטיני, על מנת "להצביע על הפרשנות הנכונה" של חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017 (בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון, פס' 11 (פורסם בנוב, 27.2.2017)). הנשיאה נאור דחתה את הבקשה, בהסבירה כי מלאכת הפרשנות "מסורה לבית המשפט בלבד, שאם לא כן תיפגע ההפרדה בין הרשויות" (שם).

123 דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 9 לפסק דינו של השופט סולברג.

124 לביקורת על האופן שבו השופט סולברג תופס את עקרון השוויון ומיישמו ראו יפעת ביטון "שוויון פרחי כשוויון לפרחת: מרחב המחיה של פרחא אמזלג" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 13, 13 (2013); והשוו לעניין חוק הגיוס, להלן ה"ש 145, פס' 42–47 לפסק דינו של השופט סולברג.

125 ראו גם עמית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 94, 105.

מעניין שאת השיקולים הללו להעדפת כוונת המחוקק ניסח ברק עצמו במאמר משנת 1985, שבו התפלמס עם גישתו של הנשיא זוסמן,¹²⁶ ושולברג ציטט ממנו במקום אחר בחוות דעתו בדנג"ץ גיני. אולם ברק לא ייחס לשיקולים הללו משקל מכריע כשם שמבקש סולברג לעשות. אדרבה, כנגד גישתו של זוסמן, המבכרת את "כוונתו המשווערת" של המחוקק כאשר לשון החוק אינה ברורה (מה היה מכריע המחוקק אילו ניצב לפני הדילמה שהובאה לפתח בית המשפט), עמד ברק על כך שכוונת המחוקק היא שיקול ממשי, אך כזה שאינו עומד לבדו במערכה.¹²⁷ תחת זאת, לגישת ברק כפי שהוצגה באותו מאמר, "מטרת המחוקק" היא אך אחד מן האמצעים המשמשים לחשיפת "מטרת החוק" – שני המונחים מתקיימים כשהם עצמאים זה מזה, ותכלית הפעולה השיפוטית להתחקות אחר השני, שהוא עניין אובייקטיבי של מדיניות כללית: "האינטרסים, התפקידים והמטרות אשר הנורמה באה להגשים [...] זהו עקרון המבוסס על הפשטה, המתרום מעבר למצבים קונקרטיים".¹²⁸ ברק מונה אפוא את מעלותיה של כוונת המחוקק מתוך אותה פרדיגמה תכליתית – לרבות מתן משקל לתכליות החולשות על מכלול הנורמות המשפטיות כמו "סדר ציבורי, צדק, מוסר"¹²⁹ – שתבוא לביטוי מפורט יותר בכתבים אחרים, מה גם שבתוך בין פרסומו של המאמר לבין ציטוטו על ידי השופט סולברג תרחש המהפכה החוקתית, שתטרוף את הקלפים מבחינת מעמד הפרשני של ערכי היסוד. באמצעות בידודן של ההצדקות לכיבוד כוונת המחוקק שמונה ברק משיג סולברג כמה מטרות רטוריות שלובות: ראשית, הוא מאתגר את הפרשנות התכליתית, בהצביעו על טעמים טובים לאימוץ גישה שונה שחושפים קושי בגישה הנוהגת הממעיטה מערכם בכך שהיא "מאזנת" אותם עם שיקולים שעשויים לגבור עליהם; שנית, הוא מחזיר עטרה ליושנה, בהביעו ערגה לתורת הפרשנות טרום עידן ברק שזוסמן היה מנסחה הבולט,¹³⁰ ושגם בה נראתה הפעולה הפרשנית כמרוכזת בגילוי ולא ביצירה; שלישית, הוא מציג את אותו אתגר כנובע מתוך מסורת הפרשנות התכליתית ומכבד אותה, צעד שצובע את האתגר בגוונים מתונים.¹³¹ ניתן אפוא לראות במקורנות מעין שלב שלישי במהלך דיאלקטי, ששואף להתעלות מעל לשני השלבים שקדמו לו, הזוסמני והברקי, לבטלם ולשמרם בעת ובעונה אחת. ובאופן אירוני, לערוך ביניהם סינתזה באמצעות דחיית המתודה הסינתקטית הברקית.¹³²

126 אהרן ברק "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" הפרקליט לו 165 (1985).

127 שם, בעמ' 178–179.

128 שם, בעמ' 170.

129 שם, בעמ' 169.

130 מבין השופטים שכינהו קודם לעידן ברק התבלט הנשיא זוסמן כמי שעסק בתורת הפרשנות עיסוק מעמיק ומקיף יחסית (ראו שם, בעמ' 165).

131 ראו בהקשר זה את דיונה של ברק-ארז בפרדיגמה של "שינוי תוך המשכיות" כצורה של הסללת שינויים נורמטיביים בשיפוט דרך נתיב אבולוציוני, לעיל ה"ש 118. ראו גם איתי בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל יט 271 (2018).

132 השוו לדיונים נוספים על התפתחויות משפטיות בשלושה שלבים, בהקשרים משיקים: בנדרו וסלע, לעיל ה"ש 15 (שיקול דעת שיפוטי); עזאם, לעיל ה"ש 7 (פרשנות דיני מסים); Joshua Segev, *Justifying Judicial Review: The Changing Methodology of the Israeli Supreme Court, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW*, לעיל ה"ש 9, 105 (ביקורת שיפוטית).

לסיכום, תחת שלושת העקרונות של הפרשנות התכליתית – לשון, תכלית, שיקול דעת – מציעה המקורנות שלישייה חלופית: לשון, כוונה מקורית, תיקוף.¹³³ מבחינה מעשית היא עושה כן בשדרוג מעמדה של ההיסטוריה החקיקתית, ממקור משני לחילוץ התכלית הסובייקטיבית אל הכלי הראשון במעלה בארגז הכלים של הפרשן. לפיכך המאזן שנערך בשעת בירור התכלית הסובייקטיבית אינו נוטה עוד לטובת הלשון. בשעת קביעת התכלית הסופית פוחת משקלם של ערכי היסוד של השיטה בשל מיקום חזקות התכלית בביקורת החוקתית ולא בהליך הפרשני, כמו גם זה של ההיסטוריה הפוסט-חקיקתית, מכוח תפיסת הפרשנות כפרויקט אמפירי-היסטורי שמוגבל למועד החקיקה. הבדלים מתודולוגיים אלה נובעים מתפיסת עולם שיפוטית המנוגדת לזו של הפרשנות התכליתית, בנוגע לערכים כמו ודאות, הפרדת רשויות, ומושג הפרשנות עצמו. הבדל נוסף נוגע למושג האיזון. בדומה לברק, סולברג מגדיר את "מילת המפתח: איזון",¹³⁴ אגב הסטת הדגש מאיזונים משפטיים לאיזונים פוליטיים, שמקומם הראוי במליאת הכנסת. הנימה שנוקט סולברג בנסותו לבודד לכאורה את הספירה השיפוטית מזו הפוליטית, מגלה שכבה אירופית נוספת: "לא נצבע [את המחלוקת] בצבעים עזים; לא 'דתיים' נגד 'חילוניים', לא 'צפון' נגד 'דרום' ולא פריפריה נגד 'מדינת תל אביב';"¹³⁵ סולברג עצמו הוא שצבע את המחלוקת בצבעים הללו, בהכלילו את המשפט הזה בחוות דעתו, אם נפתח במילה "לא" אם לאו.

ג. לקראת ויכוח פרשני

היות שהמדגם הנוכחי מכיל שלושה פסקי דין בלבד המרוכזים בסוגיות של יחסי דת ומדינה, ראוי להסתייג מן המסקנה הגורפת שהמקורנות עולה כדי תורת פרשנות שלמה. ככלל, ספק בעיניי אם ניתן להצביע על תורת פרשנות שיפוטית המיושמת בשלמות ובעקביות, ללא שהמציאות תציב בפניה משוכות שיתבעו ממנה שינויים והתאמות.¹³⁶ התובנה תקפה על אחת כמה וכמה באשר למקורנות, משני טעמים מרכזיים: ראשונית – זוהי תורה חדשה שכלליה ועקרונותיה חסרים מסורת של יישום; ושוליתיה – עד כה נפרשה

133 כוונתי במילה "תיקוף" לתפיסתו של השופט סולברג את תפקידו של השופט – "השופט תפקידו ליתן תוקף ליצירתו של המחוקק" (לעיל ה"ש 123) – כתמונת מראה לשיקול דעת. השוו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 293–297.

134 דנג"ץ התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 12, פס' 33 לפסק דינו של השופט סולברג.

135 שם, פס' 37. ראו גם שם, פס' 31, שבה מדמיין השופט סולברג מה קונים החילונים התל-אביביים במכולת בשבת: "חלב וביצים ורוטב סויה" (המרכיב השלישי מתקשר בראש ובראשונה לסושי, הוא התגלמותה הקלישאתית של "מדינת תל אביב").

136 דרכה של הפרשנות התכליתית להתמודד עם בעיה זו היא להיות כלילתית (אינקלוסיבית) במיוחד באשר למכשירים הפרשניים שהיא פותחת להם את הדלת (כוונה מקורית, לשון פשוטה וטבעית, מידות פרשניות, תכלית; אף אחד מאלה ואחרים לא בא, לכאורה, על חשבון האחר), ולנפות את התוצאות האפשריות באמצעות מכשיר שיקול הדעת השיפוטי – אמצעי שקשה לבודד חוסר עקביות בשימוש שלו, מפני שהוא תלוי בנסיבות השונות של כל מקרה ומקרה. לביקורת על הפרשנות התכליתית בהקשר זה ראו למשל מאוטנר, לעיל ה"ש 1; קידר, לעיל ה"ש 2; נוב, לעיל ה"ש 7; עמית, לעיל ה"ש 14; הרדוף "כשר בג"ץ", לעיל ה"ש 25; Fish, לעיל ה"ש 26; פרי, לעיל ה"ש 28; בירנהק, לעיל ה"ש 104; חיים גנז "שיקול-דעת שיפוטי לאהרן ברק" משפטים יח 509 (1988).

המקורנות בעיקר מתוך עמדת מיעוט המאפשרת חופש רב יותר למנסח ללא שיאלץ לבצע פשרות לטובת גיוס מרבית עמיתיו לתוצאה הנכונה בעיניו.¹³⁷ ואומנם, אינני טוען שהמקורנות משמשת את השופט סולברג בעקביות לאורכה ולרוחבה של פסיקתו. מבט חטוף על פסיקותיו מגלה שאף סולברג עצמו סוטה מעיקרי המקורנות, אך מכאן אין להסיק שהמקורנות נטולה פוטנציאל ממשי לעמוד על רגליה שלה. אני סבור שיש לה פוטנציאל כזה; ואסביר באמצעות מיקום המקרים השונים על פני שלושה צירים: כרונולוגי, תוכני ומתודולוגי.

ציר אחד הוא ציר הזמן. בהתחשב בכך שכללי המקורנות נתגבשו ונשטחו בעיקר בדנג"ץ גיני, סביר שפסקי הדין שניתנו מפי השופט סולברג קודם לפרשה זו אינם מיישמים את התורה החדשה יישום קוהרנטי, אף אם ניתנו לאחר בג"ץ גיני שבו הונחו יסודותיה. למשל, בתוך שבין שני גלגולי הפרשה פסק סולברג בעניין חוק הבלו על הדלק, התשי"ח-1958 וקבע כי יש לפרשו לאורה של תכלית ההגנה על הסביבה, שלא הועלתה על דעת המחוקק באותה תקופה, בשל "מהותו של החוק כיצירה נמשכת [...] את תכליתו של חוק הבלו – שנחקק בשלהי שנות ה-50 של המאה הקודמת – יש לבחון בהתאם למציאות שהיא".¹³⁸ לעומת זאת בדנג"ץ התאחדות הסוחרים, שהגיע ללשכתו של סולברג לאחר דנג"ץ גיני, הוא יישם את המקורנות ואף פיתח אותה הלאה – מעמדן של ההתפתחויות החברתיות המאוחרות למועד החקיקה ושל ההיסטוריה הפוסט-חקיקתית צנח.¹³⁹

ציר שני הוא תוכנה של הסוגיה המשפטית. ייתכן שהמקורנות שמורה למקרים בעלי ממד חוקתי מובהק, במובן זה שבאמצעות פרשנות החוקים הרגילים שעמדו במרכז פרשות גיני והתאחדות הסוחרים נערך איזון בין זכויות חוקתיות (בעיקר חופש העיסוק וחופש הדת) וגודרו תחומי התפרשותן. זאת בשונה ממקרים נטולי השלכות חוקתיות רחבות היקף, שאז פירש השופט סולברג דברי חקיקה לאורם של ערכי היסוד של השיטה – למשל, פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980: "כשם שתקנת הציבור 'מזינה' את שורשיה של הפקודה בעקרונות יסוד (כגון שלטון החוק), וכשם שהיא 'מזרימה' אל תוך גבולותיה שיקולים ערכיים שונים (דוגמת השאיפה שלא יצא חוטא נשכר), כך היא 'מקרינה' לעברה את עקרון השוויון".¹⁴⁰ ואולי עסקינן במקרים ספציפיים אף יותר – לא רק בעלי ממד

137 השופט סולברג ניסח את חוות הדעת המרכזית בבג"ץ גיני, ואולי מטעם זה לא פירט, נימק או הסביר את הכלל שהוביל אותו לתוצאה הפרשנית שאליה הגיע. כך או כך, אף בעניין זה לא היה מדובר בפסק דין רגיל מבחינת התפלגות דעות השופטים, היות שכל שופט הביע עמדה עצמאית שחפפה רק בחלקה את אלה של עמיתיו או מי מהם; ובהיבט מסוים של התוצאה הסופית (הגבלתה לשנתיים ימים) אף הוחלט בניגוד לדעתו של סולברג (ראו לעיל ה"ש 44).

138 ע"א 4239/15 דור אלון אנרגיה ישראל 1998 בע"מ נ' מדינת ישראל – רשות המיסים, פס' 19-20 (פורסם בנבו, 29.3.2017).

139 לדוגמה לפסק דין מאת השופט סולברג המייחס נפקות להיסטוריה פוסט-חקיקתית בהקשר של חקיקת משנה (וניתן אף הוא לאחר בג"ץ גיני אך קודם לדנג"ץ גיני) ראו בג"ץ 5480/14 ועד ארגון הסגל האקדמי הבכיר באקדמיה למוסיקה ולמחול בירושלים נ' המועצה להשכלה גבוהה, פס' 85-124 (פורסם בנבו, 10.11.2016).

140 ע"א 3083/13 פלונית נ' שיכמן, פס' 21 (פורסם בנבו, 11.1.2015). לביקורת על פסק דין זה ראו עידן חלילי "שוויון בפני החוב: הרהורים פמיניסטיים על פרשת פלונית נ' שיכמן" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 6, 54 (2016).

חוקתי, אלא כזה שמרוכז בסוגיות רגישות דוגמת דת ומדינה, שאזרחי ישראל דעתניים בעניינם, ומשכך המקום הראוי לעיצובן הוא בית המחוקקים. ברוח זו ניתן להבין את המקרה שמביא סולברג בדג"ץ גיני כדוגמה לכך שהפרשנות התכליתית מקובלת עליו "במלואה": פרשה שעסקה בסמכות המשטרה להוציא צווים המגבילים את הגישה לאתרי הימורים באינטרנט, ושבה קרא למאמץ פרשני על מנת להתאים את חוק העונשין למציאות המשתנה.¹⁴¹ השאלה המשפטית משליכה על סוגיות של חופש הביטוי ושל דמותו של המרחב הציבורי בישראל, אך ספק אם זו סוגיה שקובעת את דפוסי ההצבעה של האזרחים עבור נציגיהם הדמוקרטים. לפיכך הרכנת הראש השיפוטי לפני הכרעותיו הערכיות של המחוקק אינה מתחייבת באותה מידה. למותר לציין שציר התוכן אינו סותר את ציר הזמן הואיל והדוגמאות הללו ניתנו אף הן בשנים קודמות.

בחירתו של סולברג לציין את עניין איגוד האינטרנט כדוגמה להשתייכותו לזרם המרכזי מבחינה פרשנית אינה מובנת מאליה, משום שהוא נותר בפרשה זו בדעת מיעוט. ודאי ששופטים יכולים להשתמש באותה מתודה פרשנית ולהגיע לתוצאות שונות. עם זאת בהצבעה על חוות דעת זו דווקא, מתוך מכלול פסקי הדין שיצאו מתחת ידו של השופט סולברג, הוא הציב את עצמו בנקודת השקפה חיצונית על יישום הפרשנות התכליתית המקובל על חבריו. הוצאתם מהקשרם של הטעמים שמנה ברק למתן משקל לכוונת המחוקק, כנזכר לעיל, כמו גם ההתייחסות ל"מדינת תל אביב", ספוגות אירוניה דומה של שייכות-לא-שייכות ונאמנות-לא-נאמנות; נקודה שמובילה לציר השלישי, שהוא מתודולוגי.

השופט סולברג מביע כאמור שאיפה להשיב עטרה ליושנה מבחינה תורת פרשנית, כשהמודל שהוא משתמש בו להשראה טרום-ברקית הוא זה של הנשיא זוסמן.¹⁴² כנגד הנקודה הארכימדית של "הכוונה המשוערת" של המחוקק, שבה צידד זוסמן, הציב ברק את רעיון התכלית, הנושא מטען נורמטיבי שונה. המקרים שמניתי, ובהם דומה שסולברג מיישם נאמנה את הפרשנות התכליתית, ובעיקר בהקשר של התחשבות אותנטית בחלוף הזמן – קרי בנסיבות החברתיות המצויות ברקע לחוק לאורך כל שנות חייו עד למועד הפירוש – עשויים לקבל הסבר מדויק יותר לפי מודל הכוונה המשוערת. הן בעניין דור אלון והן בעניין איגוד האינטרנט¹⁴³ יצרה המציאות מצבים שיוצרי הטקסט החקיקתי לא העלו ואף לא יכלו להעלות בדעתם (פגיעה בסביבה משימוש בדלק, או קיומם של אתרי הימורים באינטרנט). לפיכך הדוגמאות הללו אינן בהכרח מערערות על המסקנה בדבר קיום עצמאי למקורנות, בנפרד מהתוכן המשפטי. זאת מכיוון שבמקרה של שינוי מהותי ולא צפוי במציאות החוק-משפטית, הכוונה המקורית לא תוכל לסייע בידי הפרשן, אם ירצה ואם לא ירצה. "תוכנית ב" עשויה אפוא להיות התחקות אחר הכוונה המשוערת – "מה היה אילו"; גם כאן תפקידה של הפרשנית הוא להיכנס לנעלי המחוקק, אך ההלימה עם הפרשנות התכליתית לא

141 ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (פורסם בנבו, 24.3.2013) (להלן: עניין איגוד האינטרנט).

142 דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 5-7 לפסק דינו של השופט סולברג.

143 לעיל ה"ש 138, 141. ראו גם ע"א 3178/12 שלמי נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה, פס' 14 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 17.11.2014); עזאם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 462-464.

תקשה עליה. לעומת זאת המגע בין תכלית לבין כוונה מקורית – כשזו בנמצא, כגון בפרשות גיני והתאחדות הסוחרים – מכיל פוטנציאל רב יותר לחיכוך.

לצידה של ההבחנה בין תכלית לבין כוונה יש להציב את זו שבין פרשנות לבין ביקורת, שאותה מדגיש סולברג בדנג"ץ גיני. במקרה הראשון השופטת שואלת את עצמה מהי משמעותו המחייבת של דיבור חקיקתי מסוים; במקרה השני השאלה הנשאלת היא אם ההוראה שמכיל דיבור זה עומדת בתנאי הלגיטימיות שמציב הטקסט החוקתי. בבג"ץ גיני נדונו שתי השאלות.¹⁴⁴ בדנג"ץ גיני ובדנג"ץ התאחדות הסוחרים עלתה רק השאלה הראשונה, אולם בסמיכות זמנים להם ניתנו שני פסקי דין שעוסקים בשאלה השנייה, גם הם בהרכבים מורחבים שכללו את השופט סולברג.

מקרה אחד עסק אף הוא בסוגיה רגישה של יחסי דת ומדינה בפסק דין מאותו יום שבו ניתן דנג"ץ גיני, הוא עניין (אי-)גיוס תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". בית המשפט הורה על ביטול ההוראות בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, שהסמיכו את שר הביטחון להעניק פטור קולקטיבי לתלמידי ישיבות ולפטור אותם משירות צבאי, בשל פגיעה בזכות החוקתית לשוויון.¹⁴⁵ סולברג כתב דעת מיעוט, שבה העלה על נס בין היתר את הצורך לפרש חוקים פירוש המתיישב עם חוקי היסוד ואת הצורך להתבונן במגוון התכליות שהחוק העומד לביקורת בא לקדם, ולהבחין אילו מהן ראויות מן האחרות.¹⁴⁶ עם זאת האמצעים הפרשניים הללו לא הובילו אותו למסקנה כי נדרש שינוי כלשהו של הדין הנוהג, אלא שיש להתירו על כנו תחת הכותרת "עוד חזון למועד",¹⁴⁷ אגב הסתמכות על כך שהגורמים המנהליים יפעילו את שיקול דעתם כראוי.¹⁴⁸ בשל כך סבר סולברג שיש לדחות את העתירה נגד החוק, בהדגישו כי "ההכרעה הבינארית – חוקתי או לא חוקתי – אינה משקפת את עושר הלבטים והמתחים המונחים על הכף".¹⁴⁹ ללמדנו כי השקפת העולם שלפיה חובתו של השופט היא לכבד את כוונתו המקורית של המחוקק¹⁵⁰ חולשת הן על ההליך הפרשני והן על ההליך הביקורתי. אליבא דמקורנות, כשעסקינן בפרשנות נימנע מהתערבות באיזונים שנערכו במערכת הפוליטית, כי לשם כך יש ביקורת חוקתית; וכשעסקינן בביקורת חוקתית נימנע מהתערבות, כי כך מורים אותנו כללי הפרשנות. אין חדש בהיותה של הפרשנות אמצעי שיפוטי יעיל על מנת להימנע מפסילת דבר חקיקה כבלתי-חוקתי,¹⁵¹ אך כאן סולברג עושה זאת על דרך המחדל: כשם שעצם האפשרות של

144 ראו לעיל ה"ש 58.

145 בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנוב, 12.9.2017) (לעיל ולהלן: עניין חוק הגיוס).

146 שם, פס' 18, 28 לפסק דינו של השופט סולברג.

147 שם, פס' 11.

148 שם, פס' 18–19.

149 שם, פס' 32. והשוו לדין בעמדותיהם של השופטים ברק וגרוניס בגלגול קודם של אותה סוגיה, אצל איתי בר-סימן טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" דין ודברים ט 67, 76–78 (2015).

150 לדין ביחס שבין התכליות ששיטה פרשנית מבקשת לקדם לבין המשקל שניתן להן ראו גרשון גונטובניק "מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה" המשפט יח 105 (2013).

151 ראו למשל בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנוב, 15.4.2015); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004).

ביקורת שימשה בדנג"ץ גיני כדי להסיר את איום הפרשנות, בלא שאיזו משתי האפשרויות תבוצע באופן שמשנה את המצב המשפטי הקיים, כך עצם האפשרות של פרשנות – ולא ביצועה בפועל, שהרי סולברג אינו מציע בעניין חוק הגיוס פרשנות חלופית בעלת נפקות ממשית לדבר החקיקה הנדון – משמשת להסרת איום הביקורת.¹⁵²

על רקע זה ברי מדוע סולברג מצטט בדנג"ץ גיני הן מדעת הרוב והן מדעת המיעוט בעניין גניס,¹⁵³ שבו ניטשה מחלוקת על האפשרות לתת פרשנות יצירתית לחוק שלפי לשונו המתבקשת הוא בלתי-חוקתי כדי להימנע מביטולו. כך, השופט סולברג מביע הסכמה עם דבריו של הנשיא ברק, שהיה בדעת הרוב, כי יש להימנע ככל הניתן מפסילת דבר חקיקה במקרים שבהם הקושי החוקתי עשוי לבוא על פתרונו באמצעים פרשניים,¹⁵⁴ ובה בעת מביא סולברג מדבריו של השופט (כתוארו אז) ריבלין, שהיה בדעת המיעוט, ולפיהם לא ניתן להרחיב עד בלי די את גבולות הפרשנות "לכל ימצא עצמו [הפרשן] כותב מחדש את דבר המחוקק".¹⁵⁵ באותו מקרה נחלקו חברי ההרכב בין מי שהעדיף אקטיביזם פרשני לבין מי שהעדיף אקטיביזם ביקורתי.¹⁵⁶ – פסיקותיו העדכניות של סולברג מבטאות הזדהות עם הפן הפסיבי של כל אחד מן הצדדים.

מתי כן יופעל "נשק יום הדין"¹⁵⁷ ויבוטל דבר חקיקה? עד כה סיפק לנו השופט סולברג תשובה אחת, בפסק דין שניתן גם הוא בקיץ-סתיו 2017, ושבו נפסל הסדר חוקי כבלתי-חוקתי, הפעם מפי סולברג עצמו, שכתב את דעת הרוב.¹⁵⁸ התשובה שניתנה מחזקת

152 אמצעי שיפוטי נוסף המשמש להסרת איום הביקורת החוקתית "על דרך המחדל" הוא עילת הסף בדבר היעדר בשלות (ראו למשל אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אתר ח 33 (2016)). השופט סולברג מצדד בהפעלה של דוקטרינה זו באופן הדוק מהמקובל בבית המשפט העליון (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פס' 13–16 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 27.5.2018)). לעומת זאת השופט סולברג הביע הסתייגות משימוש מופרז בדוקטרינה משלימה – התראת הבטלות – למצער כשהפגם החוקתי חמור (עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 17, פס' 100 לפסק דינו של השופט סולברג. ראו גם בל יוסף "שבע הערות קצרות על התראת הבטלות" ICON-S-IL Blog 15.5.2018 <https://israeliconstitut.ionalism.wordpress.com/2018/05/15>).

153 עניין גניס, לעיל ה"ש 151.

154 דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 20 לפסק דינו של השופט סולברג.

155 שם.

156 יוער כי השופט (כתוארו אז) ריבלין אומנם הביע גם הוא את העמדה שביקורת חוקתית היא "נשק יום הדין" שיש להפעיל רק כש"כלו כל הקיצין" (עניין גניס, לעיל ה"ש 151, בעמ' 286), אולם חרף זאת הוא הצטרף בהסכמה לפסק דינו של המשנה לנשיא מצא, שסבר כי "אין מקום לחשש כה גדול מפני הבחינה החוקתית. גם כשמתגלה אי-חוקתיות בחוק אין היא חייבת להוביל לתוצאה דרסטית. התורה החוקתית מאפשרת התאמה מתונה ומדויקת של הסעד למהות הפגיעה החוקתית" (שם, בעמ' 271). עוד יוער כי הגם שהשופט סולברג הדגיש את השימוש של ריבלין במילים "הבהיר המחוקק את כוונתו" (שם, בעמ' 288), לא טען אף אחד מן השופטים בעניין גניס מילים אלה באותן משמעויות שבהן סולברג ביקש לטעון אותן – והשופט סולברג עמד על כך בעצמו (דנג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 21 לפסק דינו של השופט סולברג). שופטי המיעוט בעניין גניס לא ערכו בחינה של ההיסטוריה החקיקתית; לשיטתם, הפרשנות שהציעו שופטי הרוב פשוט נטולת אחיזה בלשון. המשנה לנשיא מצא אף הבהיר כי המחלוקת נסבה על "ברירה שבין פירוש תכליתי המעוגן בלשון לבין פירוש תכליתי המנותק ממנה" (עניין גניס, שם, בעמ' 271).

157 לעיל ה"ש 101.

158 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 17.

את הנראטיב שתואר לעיל בגלל הימצאותה במישור חיצוני לזה של שיקול דעתו של המחוקק: מישור ההליך, כפרוזודור המוביל לטרקלין. כך, ההסדר החוקי שכונה "מס דירה שלישית" נפסל בלא שנבחנה איכות הדיון בכנסת, אלא אך משום פגיעה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת, ליטול חלק בהליך החקיקה – "הא ותו לא"¹⁵⁹. אם מושם עקרון ההשתתפות לאל, אין יכולה להתגבש כוונת המחוקק מלכתחילה (בניגוד לתכלית, שתלותה בטיב הליך החקיקה אינה מובהקת). לכן המקורנות מחייבת לראות בהליך חקיקה ראוי תנאי הכרחי לשם בחינה שיפוטית, בדרך זו או אחרת, של התוצר החקיקתי. טרם בשלה העת לגזירת מסקנות חותכות. חוות דעתו בעניין חוק הגיוס מגלה כי סולברג רואה את היחסים בין הכרעה ונראטיב, בין מתודה ותוצאה, בין הליך ושיקול דעת – באופן מורכב ומרובד:

"האופן שבו בוחר בית המשפט לספר את הסיפור, פעמים שמשמעותו רבה יותר מאשר 'השורה התחתונה', הציווי שבסוף הדרך: מן העבר האחד, בכך בא לידי ביטוי כוחו הכופה של המשפט; מן העבר השני, לעתים זוהי הדרך לפעול לתיקון עולם. על המשפטן, ועל השופט בפרט, נגזר לחיות עם המתח הזה"¹⁶⁰.

אם המתודה המקורנית תיושם לפי ערכי הצפיות והוודאות שהיא מציבה במרכז, יישום עקבי ואחיד, או שיתפתח פלורליזם מתודולוגי לפי נסיבות העניינים שיבואו לפתחי בתי המשפט – זו שאלה פתוחה. לצידה יש שאלות רבות נוספות, היות שהמקורנות עושה כעת את צעדיה הראשוניים, ועוד רב הנסתר על הגלוי. למשל, אם המתודה תמשיך להתפתח ולהתחדד מבחינה אנאליטית, ואיזו השפעה תהיה לה על פרשנות טקסטים שאינם חוקים, ובעיקר חוקי יסוד; ¹⁶¹ טקסטים מנהליים; ¹⁶² חוזים; ¹⁶³ וטקסטים משפטיים ייחודיים

159 שם, פס' 106 לפסק דינו של השופט סולברג. לניתוח פרשה זו ראו איתי בר-סימן טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטיה רבתי' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" מחקרי משפט לב (צפוי להתפרסם ב-2018); Nadiv Mordechai & Yaniv Roznai, A (2017) *Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, 77 MD. L. REV. 244 (2017).

160 עניין חוק הגיוס, לעיל ה"ש 145, פס' 50 לפסק דינו של השופט סולברג.

161 בהקשר זה ניתן להיזכר באי-בהירות ששררה לאחר המהפכה החוקתית בדבר האופן הראוי ליציקת תוכן למונחים המופיעים בחוקי היסוד, ובעיקר הזכויות המנויות בהם. בתחילה ניכרה נוכחות של הגישה המעניקה משקל מכריע לכוונת המחוקק-המכונן בנוגע ל(אי-) אפשרות של גזירת הגנה על זכויות שאינן מנויות בחוקי היסוד מתוך הזכויות המנויות בהם (ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 128-129 (1995)) – אך גישה זו נדחתה בפסיקה (ראו Tamar Hostovsky Brandes, *Human Dignity as a Central Pillar in Constitutional Rights Jurisprudence in Israel: Definitions and Parameters*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW, לעיל ה"ש 9, 267, בעמ' 274).

162 אלה בולטים בהיעדרם במפעל הפרשני של ברק, שדן בכתביו גם בטקסטים ציבוריים וגם בטקסטים פרטיים. חוליה מקשרת בין שתי הקטגוריות היא המכרז, וההלכה הנוהגת בעניין פרשנות מכרזים היא שיש לפרשם פרשנות תכליתית, תוך שניתן משקל מיוחד לאומד דעתו של עורך המכרז (ראו למשל עע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פס' 11 (פורסם בנבו, 12.4.2009)). ניתן לראות בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 9, נקיטת צעד בכיוון מקורני בנוגע לפרשנות הנחיות מנהליות (מפי השופטת וילנר).

שאינם משתייכים לקטגוריה מקובלת כלשהי.¹⁶⁴ שאלה מרכזית נוספת קשורה פחות בראשוניותה של המקורנות ויותר בשוליותה. היא נובעת מתוכנה שעליה עמד פרופ' ברק, כי "כל פרשנות היא פרי הסכמה חברתית", והלגיטימיות שלה תלויה במסורת ובתרבות שמפתחת הקהילייה המשפטית.¹⁶⁵ בשלב זה ניתן רק לתהות אם חברי הקהילייה המשפטית – ובייחוד יתר השופטים, בבית המשפט העליון ובערכאות אחרות – יאמצו את גישתו של סולברג לחיקם. אם כן ואולי גם אם לא, אפשר לתהות אם הפרשנות התכליתית תשתחרר מכבליו של ברק ותשיב למקורנות בהתפתחויות משלה או שמא תתבצר בעמדתה (ואיזו מן הטקטיקות הללו היא הנכונה יותר מנקודת מבטם של חסידיה).

"הנה כי כן – ויכוח; עקרוני, נוקב, ראוי."¹⁶⁶ מילותיו של סולברג בעניין הדיון הציבורי על מערך הכשרות תקפות גם לדיון הפרשני שהצית הוא עצמו. לא בשוגג הצית את הדיון; כבר בהרצאה שנשא סולברג בשנה הראשונה לכהונתו בבית המשפט העליון נשאל על המגמות שצופן עתיד המשפט הישראלי והשיב: "פריצת הדרך נעשתה, ערכי היסוד עוגנו בחקיקה כיאה להם, ועתה השעה כשרה לשימור הערכים לצד חזרה מתונה למשפט פורמלי יותר."¹⁶⁷ העקרונות שבשםם צידד ב"חיזוק הבסיס הפורמלי"¹⁶⁸ זהים לאלה שנמנו לעיל:

163 השופט סולברג שטח את גישתו לפרשנות חוזים בדעת המיעוט שכתב בע"א 3894/11 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום (פורסם בנבו, 6.6.2013). בעקבות תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, שאותו פירש לפי "ההיסטוריה החקיקתית, לשון סעיף 25(א) הנ"ל לחוק החוזים, ומדיניות משפטית ראויה", סבר השופט סולברג כי אפשר שיגבר משקל הלשון על הנסיבות החיצוניות, "עד כי, לעיתים, נדירות, תזכה הלשון למעמד בלעדי" (שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט סולברג). מצד אחד, יש ניגוד בין גישתו של סולברג לפרשנות חוזים לבין גישתו לפרשנות חקיקה, משום שבמקרה הראשון הוא תומך בהעברת המטוטלת מן הנסיבות ללשון, ובמקרה השני ההפך הוא הנכון; מצד שני, ניתן למצוא הלימה בין שתי הגישות, משום שבשתיהן סולברג מצדד בהותרת השליטה על פרשנות המסמך בידי יוצרו ולא בידי השופט; ומצד שלישי, הטעם לגישתו לפרשנות חוזים הוא שהגישה הזו היא עצמה הוראה שבחוק שאותה על השופט ליישם (והשוו לטענה לפרשנות טקסטית ציבוריים צריכה להיגזר מפרשנות חוזים, משום שברוח תאוריות האמנה החברתית ההסכמה החוזית היא הבסיס לגיטימציה של הכוח המדינתי, המעוגן בחוקה ובחוק, JONATHAN O'NEILL, ORIGINALISM IN AMERICAN LAW AND POLITICS: A CONSTITUTIONAL HISTORY 3-4 (2007). לדיונים ביקורתיים-השוואתיים על הפרשנות התכליתית בדגש על היחס שבין טקסטים פרטיים לתורת פרשנות כללית ראו KENT GREENAWALT, LEGAL INTERPRETATION: PERSPECTIVES FROM OTHER DISCIPLINES AND PRIVATE TEXTS 329-336 (2010) גונטובניק, לעיל ה"ש 150.

164 למשל במקרה שבו נדרשה פרשנות ל"כתב הקלה" מאת נשיא המדינה שבו נקבעו התנאים לשחרור אסירים במסגרת "עסקת שליט", ביכר השופט הנדל בדעת יחיד "פרשנות אמפירית", שעיקרה בבירור כוונת הנשיא יוצר הטקסט (רע"ב 328/15 זלום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 3.12.2015)). שני השופטים האחרים בהרכב, רובינשטיין וברון, נחלקו באשר לתוצאה, אך שניהם השתמשו בפרשנות תכליתית (השופטת ברון אף ציינה כי "כתב ההקלה, ככל טקסט משפטי, נתון לפרשנות תכליתית, שהיא מעצם טיבה וטבעה נורמטיבית", שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון).

165 ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 273.

166 דג"ץ גיני, לעיל ה"ש 11, פס' 24 לפסק דינו של השופט סולברג. בעקבות סולברג, אני משתמש במילה "ויכוח" לא במובן שבו מתייחס אליו אהרונסון (לעיל ה"ש 71, בעמ' 512) כ-dispute, אלא במובן כללי וציבורי יותר, כ-debate (כך גם באשר למילה "דיון").

167 סולברג "משפט וצדקה", לעיל ה"ש 121, בעמ' 18.

הפרדת רשויות, ודאות במשפט, הכרעה במקום עמימות.¹⁶⁹ ועוד הציע סולברג, כיאה, מתודה להשגת המטרה – תנועת מטוטלת: "משפט של ערכים הריהו תלוי בין שמיים וארץ, וכדי שיצלח צריך לטעת את שורשיו באדמה. המטוטלת נעה כדרכה מצד לצד ועלינו לייצבה".¹⁷⁰ אם ברצונך לייצב מטוטלת, עליך להטות את המשקולת רחוק יותר מהמקום שאתה סבור שבו מצוי האיזון הראוי כמשקל נגד למיקומה הנוכחי. זהו מהלך שנושא עימו סיכונים. גם כאן עשויים דבריו של סולברג עצמו לזרוק אור על מהלך הדברים הרצוי בימים שבהם הגישה המקורנית עודנה בתהליכי גיבוש: "איזונים ובלמים. אלו נחוצים, כמו בכל תחום, כדי שהגולם לא יקום על יוצרו".¹⁷¹

168 שם, בעמ' 32.

169 שם, בעמ' 19, 32.

170 שם, בעמ' 18.

171 שם, בעמ' 27 (הדברים נכתבו בהתייחס להגנה משפטית על חירויות הפרט).