

הגישה ההסתברותית לפרשנות

מאת

אלכס שטיין*

הגישה ההסתברותית לפרשנות רואה בדברי חקיקה מסר שמעביר המחוקק. תוכנו של מסר זה הוא בגדר עובדה אמפירית ששופטים אמורים וחייבים לגלות בפסיקתם. לשם כך על השופטים לשקול את כל הראיות הרלוונטיות, לזהות את כל המשמעויות המתקבלות על הדעת של המסר שמעביר המחוקק באמצעות החוק אשר עומד לדיון, לקבוע בנוגע לכל אחת מהמשמעויות הללו את הסתברותה, ובכך לזהות את המשמעות המסתברת ביותר של החוק. משמעות זו של החוק היא המחייבת. המאמר מסביר גישה פרשנית זו, טוען לעדיפותה על פני הגישות האחרות ומזהה את מקומה בדין הישראלי.

מבוא. א. פרשנות מכוונת-אמת ופרשנות שאינה מכוונת-אמת. ב. הנחות היסוד: "משחקי שפה" ונקודת המבט הפנימית. ג. "כוונת המחוקק". ד. הגישה הטקסטואלית. ה. פרשנות תכליתית. ו. ריאליזם משפטי ופרגמטיזם. ז. נאו-ריאליזם. ח. הגישה ההסתברותית. ט. הדגמות. י. "כלי רכב בפארק". 2. פרשת סקוק. 3. פרשת סלמאן. י. סיכום.

מבוא

מאמר זה בא להציג ולהעמיד בראש הסולם גישה הסתברותית לפרשנותם של דברי חקיקה והוראות חוקה. במוקדו יעמוד טקסט משפטי שכתב מחוקק, או מחוקק-על, מכוונן החוקה, והשאלה שעולה לדיון תהא זאת: "מה על בית המשפט לעשות כאשר הטקסט אינו מדבר בעד עצמו, דהיינו: כאשר מדובר בטקסט שאינו חד-משמעי ושניתן לפרשו בשני אופנים או יותר?"

נכון לעת הזאת לשאלה זו אין תשובה מוסכמת או מוסמכת. להשקפתי, לא מעט מן המחלוקות ששאלה זו עוררה, ומוסיפה לעורר, בפסיקה ובהגות משפטית תבואנה על פתרוןן אם נתייחס אל משמעותו של הטקסט המשפטי כאל עובדה שהיא ככל העובדות, דהיינו כאל עובדה אמפירית. התייחסות זו תחייבנו להגדיר את השאלה ששאלתי בפתח הדברים מחדש, כך: "מהו המסר שהמחוקק או מחוקק-העל ביקש להעביר באמצעות המילים והמשפטים שבהם בחר להשתמש, וכיצד על בית המשפט להכריע בשאלה זאת בהיעדר ודאות?"

הגדרה זו של השאלה היא הנחת היסוד של מאמרי כולו, ועל כן לא אנסה להגן עליה ולהצדיקה - דבר שמחייב כתיבת מאמר נפרד שעניינו מהות המשפט. אומר

* שופט בית המשפט העליון. תודתי נתונה לאבי בל, לגיל ברינגר, לדפנה ברק-ארוז, ליהונתן גבעתי, לאלון הראל, לרבקה וייל, לדוד חשין, לשמעון נטף ולגדעון פרחומובסקי על הערותיהם המועילות לטיטות קודמות ועל והביקורת הבונה שזכיתי לקבל מהם. כמו כן אני מודה לבר גרופי על עזרתה בעריכת המאמר.

אך זאת: בית משפט אשר מכריע בשאלה שמובאת לפניו חייב להכריע בה בדל"ת אמות הסמכות שהמחוקק, או מחוקק-העל, העניק לו בהגדירו את הזכויות, את החובות ואת האחריות המשפטית מושא הדיון, כפי שהגדירם בחוק או בחוקה. לטעמי, השאלה "מה כלול בסמכות השפיטה?" - כמו גם "מה כלול בסמכותו של המחוקק?" - היא שאלה עובדתית מובהקת.

סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין", ואם נפעל לפי הסברה - השגויה, לטעמי, אך הרווחת במקומותינו ובמקומות אחרים - כי הדין אינו נמצא בעולמן של עובדות אמפיריות, נתקשה עד מאוד לראות בדין כמשליט את מרותו על הדיין, וניאלץ, על-כורחנו, להודות כי הדיין הוא שקובע את תוכנו של הדין לפי טעמו האישי כאשר הוא משתמש בכוח השררה. דרך זו של קביעת תוכנו של הדין תהא מנוגדת לסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה, באשר היא הופכת את יחסי המרות שבין הדין לדיין. דרך זו אף אינה עולה בקנה אחד עם העיקרון של שלטון החוק כעיקרון חוקתי כללי שלפיו אין - וממילא לא יכול להיות - תוקף משפטי לתפיסות עולם ערכיות, נעלות ככל שתהיינה, כל אימת שאלו אינן מעוגנות בטקסט סמכותי כדוגמת חוקה, חוק או תקנה בת-פועל תחיקתי.¹ אם ההיגד "החוק אומר כך וכך" אינו היגד עובדתי, מה טיבו ומה מהותו של היגד זה? כל מענה שניתן לשאלה זו בהכרח ישייך את הדין לעולמו הסובייקטיבי של הדיין,² ויבטל מניה וביה את כפיפותו של הדיין לדין אשר נקבעה בסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה.

הנני חוזר אפוא לשאלה ששאלתי בראשית דבריי, בהדגישי את היותה שאלה עובדתית: "מהו המסר שהמחוקק או מחוקק-העל, מכונן החוקה, ביקש להעביר כעניין של עובדה באמצעות המילים והמשפטים שבהם בחר להשתמש, וכיצד על בית המשפט להכריע בשאלה זאת בהיעדר ודאות?"

להשקפתי, לשאלה זו אין להשיב אלא כך:

- (1) על בית המשפט למנות ולהגדיר את כל הפירושים האפשריים של הטקסט החוקי או החוקתי, קרי את כל המסרים האפשריים אשר עולים מהטקסט.
- (2) אחר כך על בית המשפט לענות על השאלה הבאה בנוגע לכל אחד מהפירושים האפשריים: מהי ההסתברות שהמחוקק (או מחוקק-העל) ביקש להעביר מֶסֶר זה דווקא בבחורו במילים ובמשפטים שבהם השתמש.

¹ ראו H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 91-99 (2d ed. 1994) (תיאור ה"משפט" כאיחוד של כללים פורמליים המורכבים מכללים ראשוניים, שעניינם זכויות, חובות, עונשים וסעדים, וכללים משניים, שעניינים הקניית סמכויות למוסדות המדינה).

² ALFRED J. AYER, LANGUAGE, TRUTH AND LOGIC 16 (1936) ("We say that a sentence is factually significant to any given person, if and only if, he knows how to verify the proposition which it purports to express – that is, knows what observations would lead him, under certain conditions, if he knows what observations would lead him, under certain conditions, if he .the proposition as being true, or reject it as being false.") to accept

(3) לבסוף על בית המשפט להעדיף את פירוש החוק או החוקה שהסתברותו עולה על הסתברויותיהם של הפירושים האחרים. כפי שנהוג בעולמן של עובדות, פירוש ההוראה החוקית (או החוקתית) בעל ההסתברות הגבוהה ביותר הוא הנכון.

במסגרת זו שופטים שנשמכים על אותן עובדות הקשורות לפירושו האפשריים של דבר חקיקה אמורים להגיע לאותה תוצאה הסתברותית.

כדי לבסס מענה זה לשאלה נושא דיוננו אפרט את כל השיטות הפרשניות הקיימות, לאמור: "כוונת המחוקק" (intentionalism) והשיטה הטקסטואלית (textualism) - שיטות פרשנות שמזוהות עם מקורנות (originalism); פרשנות תכליתית (purposivism); השיטה הפרגמטית (pragmatism); התאוריות הביקורתיות של המשפט, אשר רואות בפרשנות של חוקים ושל חוקה אקט כוחני-אינסטרומנטלי שבאמצעותו דואגים השופטים לשמר את יחסי הכוחות בחברה באופן אשר תואם את רצונו של המעמד השולט אשר ממנה את השופטים למשרותיהם, מקבע את שליטתו, ובמידת הצורך מטשטש, מצדיק ומנציח את העוולות החברתיות הקיימות שמהן סובלים וסובלות בניהן ובנותיהן של קבוצות האוכלוסייה האחרות (critical legal theories). במסגרת פירוט כאמור אעמוד על יתרונותיה ועל חסרונותיה של כל שיטה ושיטה. כחלק מדיון זה אשווה את פועלה של כל שיטה כאמור לפועלה של הגישה ההסתברותית תוך כדי הדגמת מעלותיה ועדיפותה של גישה זו ככלי פרשני אשר נועד לזהות את המשמעות האותנטית של ההוראה החוקית או החוקתית העומדת לדיון.

באומרי "המשמעות האותנטית" כוונתי למשמעות ההוראה כסינרגייה של כוונה ומילים: השילוב בין כוונתו של מחבר ההוראה - המחוקק או יוצר החוקה - לבין המילים והמשפטים שבאמצעותם הוא בחר להוציא את כוונתו מן הכוח אל הפועל. הגישה ההסתברותית באה לזהות את משמעותן האותנטית המסתברת של מילות החוק או החוקה, ובכך היא נבדלת מיתר הגישות הפרשניות הקיימות.

בטרם אכנס בעובי הקורה אעשה הבחנה נוספת: ההבחנה בין גישות פרשניות מכוונות-אמת, שמטרתן לאתר את משמעותו האותנטית או למצער את משמעותו האותנטית המסתברת של הטקסט החוקי או החוקתי, לבין גישות שאינן מכוונות-אמת, שמטרתיהן ממוקמות מחוץ למרחב העובדתי. כמו כן אקדים ואפרט את הנחות היסוד של הדיון. הנחות אלו כוללות את שני אלה: (1) נקודת המבט הפנימית, ההכרחית לקיומה של שפה כאמצעי תקשורת בין-אישית, וכן (2) המושג "משחקי שפה", שטבע ויטגנשטיין במסגרת תרומתו רבת-ההשפעה על הפילוסופיה של הלשון.³

³ LUDWIG WITTGENSTEIN, PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS §§ 65–71 (G.E.M. Michael Forster, *Wittgenstein on Family Resemblance Concepts*, in WITTGENSTEIN'S PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS: A CRITICAL GUIDE 66, 66–67 (Arif Ahmed ed., 2010); Nicholas Griffin, *Wittgenstein, Universals and Family Resemblances*, 3 CANADIAN J. PHIL. 635, 635–637 (1974).

חלקים ניכרים של מאמר זה מבוססים על מאמרי הקודם אשר פורסם בארצות הברית ועסק בדין האמריקני.⁴ המאמר האמריקני מכיל בתוכו סקירת ספרות ענפה שעניינה פרשנות חוקים וחוקות והגישות הפרשניות השונות.⁵ כדי לקצר את הצגת הדברים וכדי לשמור על גובהן הנמוך של הערות השוליים, יפנה מאמר זה בהצגת הגישות השונות לפרשנות של חוקים ושל חוקות לאותה סקירה ולא למקורות עצמם.

א. פרשנות מכוונת-אמת ופרשנות שאינה מכוונת-אמת

המושג "אמת" ידע תהפוכות רבות בשיח הציבורי, בשיח האקדמי ובשיח המשפטי.⁶ לא אחת אנו שומעים על "האמת שלי והאמת שלך"; על שאמיתות אשר בדינו נכפות עלינו באמצעות אלו שבידם הכוח לעשות כן בקביעת כללי השיח; על שאמת היא עניין של פרספקטיבה אישית של המתבונן ושל הנחותיו המוקדמות; ואפילו על שהאמת איננה בנמצא כלל.⁷ באומרי "אמת" אני מתכוון לעובדות אמפיריות אשר נגזרות מראיית העולם שסביבנו, מניסוי וטעייה ומניתוח לוגי. תובנות שזכו להכרה כזאת או אחרת בתרבות הפוסט-פקטואלית שוללות ראייה זו של הדברים, ועימן לא אתווכח. ויכוח זה יחרוג חריגה ניכרת ממטרות המאמר הנוכחי, ומי שאוחז בתובנות אשר שוללות את עצם קיומן של עובדות אמפיריות ממילא מצוי במסגרת פילוסופית שאינה תואמת את הנחות היסוד של מאמרי. הווה אומר: מי שחולק על עצם קיומן של עובדות אמפיריות, שלשיטתי - ולשיטתם של רבים אחרים - מרכיבות את המציאות שבה אנו חיים, אינו צריך להמשיך לקרוא את המאמר.

פרשנות מכוונת-אמת היא ניסיון לתת מענה כן לשאלה הזאת: "מהו המסר שהמחוקק או מחוקק-העל, מכונן החוקה, ביקש להעביר, כעניין של עובדה, באמצעות המילים והמשפטים שבהם בחר להשתמש?" מנגד, פרשנות שאינה מכוונת-אמת היא ניסיון לענות לשאלה כדלקמן: "מה ראוי או כדאי לקרוא לתוך הטקסט המשפטי שבו עסקינן מבחינה ערכית או תועלתית?" מכאן ניתן לראות כי שיטות פרשנות שאינן מכוונת-אמת אינן עוסקות כלל בפרשנות הדין הקיים. חלף זאת הן מעמידות במה לקיומו של שיח נורמטיבי באשר להסדר משפטי רצוי בהיבט חברתי כזה או אחר ומקיימות שיח זה גופו.

מטעמים אלה עיקר התמקדותי במאמר זה יהיה בשיטות פרשנות שמעידות על עצמן כמכוונת-אמת, דהיינו: בשיטות שעניינן פרשנות במובן הצר, להבדיל מיצירת תכנים יש מאין.

⁴ Alex Stein, *Probabilism in Legal Interpretation*, 107 IOWA L. REV. 1389, 1390-1391 (2022) (להלן: Stein).

⁵ שם, בעמ' 1390-1394.

⁶ BERNARD WILLIAMS, *TRUTH AND TRUTHFULNESS: AN ESSAY IN GENEALOGY* 1-7 (2002).

⁷ Stein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1393-1394.

ב. הנחות היסוד: "משחקי שפה" ונקודת המבט הפנימית

מי שמשחק שחמט יודע שלבן יכול לפתוח במשחק בהזזת הפרש (פ) הקרוב יותר למלך ממשבצת ז1 לזאת של ו1. מבחינת כללי המשחק, לבן יכול כמובן לשחק גם פח3, אבל זהו מסע פתיחה לא מומלץ, בלשון המעטה. מכאן השאלה מה נאמר לשחקן שפותח את משחקו בלבן בהזזת הפרש למשבצת ז5. דומני שאיש לא יחלוק על כך שמדובר במסע שאינו תואם את כללי המשחק, ושזאת יש לומר למי שפותח את משחקו בלבן במסע פז5. נניח שאותו שחקן משיב להערה הביקורתית באמירה "אלה הם כלי השחמט שלי, ואני עושה בהם כרצוני" - מה אז?

במקרה זה סבורני כי עלינו להבהיר לאותו שחקן - וגם לעצמנו - כי באומרנו את אשר אמר הוא הוציא את עצמו משיח בין-אישי שנקרא "שחמט" לשיח בין-אישי אחר, לגיטימי לא פחות, שנקרא "קניין". לאמירה "אלה הם כלי השחמט שלי ולכן מותר לי לשחק פז5" יש משמעות בשיח קנייני שעניינו זכויות במיטלטלין. לאמירה זו אין שום משמעות בשיח שמקום, ללא מילים, בין שני שחקנים יריבים שבחרו לשחק משחק אסטרטגי הקרוי "שחמט". מכאן המסקנה הברורה שהוביל אליה הפילוסוף לודוויג ויטגנשטיין: אין אתה יכול ליטול חלק בשיח בלי לקבל על עצמך את כלליו ולנהל את השיח לפי כללים אלה, ורק לפיהם.⁸ דברים אלה נכונים לכל שיח, לרבות השיח המשפטי אשר מתקיים במסגרתה של שיטת משפט מדינתית כזאת או אחרת. למשל: כל מי שמקיים שיח זכויות בגדרי הדין הישראלי חייב להיצמד - מבראשית - למשמעויותיהן המקובלות של "זכויות קניין" ושל "זכויות אובליגטוריות", ביטויים המשמשים במסגרת השיח. כל מי שמקיים שיח משפטי בגדרם של דיני העונשין של מדינת ישראל חייב להיצמד - מבראשית - למשמעויותיהם המקובלות של הביטויים "מחשבה פלילית" ו"יסוד עובדתי של העבירה". בלא התחייבות אפרוורית כאמור, אין כל אפשרות לנהל את השיח שבו עסקינן (להבדיל משיח אחר, שאינו מענייננו).

בעולמה של תורת המשפט מתן התחייבות להיצמד לכלליו הפנימיים של השיח - שיח משפטי או כל שיח אחר - נקרא לקיחת נקודת מבט פנימית (the internal point of view).⁹ מי שמאמץ לעצמו את נקודת המבט הפנימית - שכאמור כוללת מחויבות לנהל את השיח לפי כלליו, לרבות כללי השפה המשמשים באותו שיח - הופך את עצמו לאיש-פנים של השיח. מנגד, ניסיון להתנער מנקודת המבט הפנימית או לחלוק עליה אינו מוביל לשום מקום. מהלך כזה מוציא את האדם אל מחוץ לגבולות השיח, ולפיכך אמירותיו מאבדות את משמעותן כאמירות שמעבירות מידע כלשהו שמועיל לשיח. לדוגמה, חוק עזר עירוני אשר מתיר לתושבי העיר ולמבקריה להלך עם "חיות מחמד" בגינות ציבוריות חל בעיקר על כלבים וחתולים ואינו חל על נמרים ואריות. מי שבא לטעון כי אילף נמר והפכו ל"חיות מחמד" לצורכי החוק אינו יכול להיחשב כמי שמקיים את כללי השיח

8 ראו WITTGENSTEIN, לעיל ה"ש 3, § 71-65.

9 ראו HART, לעיל ה"ש 1, בעמ' 89-92.

המשפטי גם אם יעלה בידו לשכנענו כי נמרו דומה מאוד לחתול. טענה מעין זאת מפירה את כללי השיח ומוציאה את הטוען אל מחוץ לשיח.

מכאן עולה מסקנה נוספת אשר מבדילה בין שיטות פרשנות מכוונות-אמת לבין אלו שאינן מכוונות-אמת. שיטות פרשנות מכוונות-אמת בנויות על אחיזת הפרשן בכללי השיח המשפטי כפי שהם עולים מנקודת המבט הפנימית. לעומתן שיטות שאינן מכוונות-אמת אינן נזקקות לנקודת המבט הפנימית וממילא אינן משתמשות בה.

כאן המקום לעבור לדיון בשיטות הפרשניות הקיימות.

ג. "כוונת המחוקק"

כוונת המחוקק (intentionalism) היא גישה פרשנית שרואה בכוונת המחוקק עניין עובדתי-אמפירי. גישה זו מבקשת לאתר את שהמחוקק התכוון לו כעניין של עובדה. יתרונה של גישה זו הוא הזיקה ההדוקה מאוד של מהלכיה הפרשניים לסמכות החוקתית או החקיקתית. אם אני, כשופט, מפרש הוראת חוק לפי הכוונה האמיתית של המחוקק באותו מעשה חקיקה, אזי אני עושה את הדבר הנכון מבחינה עובדתית: זה מה שהמחוקק רצה להגיד וזה מה שאני מיישם במקרה שלפניי.¹⁰ חסרונה של גישה זו הוא בכך שאין היא מספקת פתרון למצבים של חוסר ודאות עובדתית. גישה זו היא גישה דלת כללים. למעשה, היא פועלת באמצעות כלל אחד בלבד אשר מורה לנו כי חוקים יש לפרש לפי כוונת המחוקק. לגישה זו אין שום כללים מסדר שני, או כלליים משניים: כוונתי לכללי עזר אשר אמורים לטפל במצבים של חוסר ודאות ולספק בעבורם פתרונות כאלה או אחרים. לטעמי, זאת נקודה חשובה מאוד. בכל שיטת משפט צריך שיהיו כללים מסדר שני, כללים משניים או כללי עזר, שיאמרו לשופטים כיצד עליהם להחליט במצבים של חוסר ודאות כאשר אין ודאות מוחלטת באשר לעובדות שעל בסיסן צריכה ליפול ההכרעה.¹¹ לדוגמה, כאשר אני, כשופט, עוסק בסוגיה פשוטה יחסית, "האם הנאשם גנב או לא גנב את החפץ שגנבתו מיוחסת לו?" והראיות שבידי משאירות אותי במצב של אי-ודאות, אני צריך כלל משני, או כלל עזר, כדי לקבל החלטה. הכלל המשני שחל בדוגמה זו קבוע בסעיף 34כב(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ולפני כן היה קבוע בהלכה פסוקה. הכלל אומר לי כי אם קיים ספק סביר באשר לשאלה ששאלתי, אהיה חייב לזכות את הנאשם, ואם אין קיים ספק כזה, דהיינו: אם מתברר, מעבר לספק סביר, שהנאשם אכן גנב את החפץ שבגנבתו הוא מואשם – אהיה חייב להרשיעו.

הווה אומר, דיני הראיות אשר חלים בהליכים פליליים מספקים עבורי ועבור עמיתי כלל משני שאומר לנו מה לעשות במצב של חוסר ודאות. דא עקא, שבעולמה של גישה פרשנית ששמה "כוונת המחוקק" כלל כזה אינו בנמצא אף שחוסר ודאות עובדתית אופף את מלאכת הפרשנות בדיוק כפי שהוא מתלווה אל

¹⁰ Stein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1390–1391.

¹¹ שם, בעמ' 1395–1396.

קביעת עובדות בהליכים פליליים או אזרחיים. בעולמן של עובדות אמפיריות חוסר ודאות נמצא בכל מקום מאחר שוודאות מוחלטת שלא ניתן להטיל בעניינה שום ספק, מעולם לא הייתה - ומן הסתם גם לא תהיה - בהישג ידינו. מה קורה אפוא כשאיני יודע באמת מהי כוונת המחוקק ואין בידי שום כללי עזר או כללים משניים לפתרון הסוגיה הפרשנית אשר מונחת על שולחני? לגישה הקרויה "כוונת המחוקק" אין מענה לשאלה זו, ומכאן חולשתה.

ד. הגישה הטקסטואלית

הגישה הטקסטואלית (textualism) שונה מזו של כוונת המחוקק. כאן הרעיון הוא שהטקסט, כמשמעו לפי כללי השפה ומנהגיה, צריך לדבר בעד עצמו: מה שכתוב בו כתוב, ומה שלא כתוב לא כתוב. גם כאן מדובר בגישה עובדתית-אמפירית בבסיסה, במובן זה: אני לוקח לידי את הטקסט ועימו את המוסכמות הלשוניות הקיימות אשר בעזרתן, ורק בעזרתן, אני יכול להבין אותו; אני מברר מהן המוסכמות הלשוניות כעניין של עובדה - לא של ערכים, לא של אידאולוגיה ולא של השקפת עולם כזאת או אחרת - ובעזרת כל אלה אני מייחס לטקסט את משמעותו. גישה זו, כמו זאת של "כוונת המחוקק", מקיימת זיקה הדוקה לסמכות החקיקתית והחוקתית.¹²

יתרה מזאת, יש מי שאומר שכאן הזיקה הדוקה מבגישה של "כוונת המחוקק", מהטעם הזה: העובדה שהמחוקק התכוון להגיד כל מיני דברים היא אינפורמטיבית ומאירת עיניים מאוד, אבל אם המחוקק אינו אומר את זה נכון מבחינת השפה כפשוטה, אז אולי הטקסט הוא שצריך לגבור על הכוונה, ולא להפך. הווה אומר, לטקסט יש משמעות פנימית משל עצמו, מאחר שבפרקטיקה שלנו של עשיית משפט הטקסט של חוקה, של חוק ושל תקנה בת-פועל תחיקתי משפיע על זכויות של צדדים שלישיים; יוצר בסיס להסתמכות, ובסופו של דבר, הדרישה כי שופטים, בעלי דין ומייצגיהם יקראו כליות ולב של מחוקק ויזהו את כוונתו לא תמיד תהא מציאותית. מכאן ההליכה אחר המשמעות הטקסטואלית הפומבית של אקט תחיקתי כזה או אחר.¹³

חסרונה של הגישה הטקסטואלית הוא אותו חיסרון אשר מאפיין את הגישה של "כוונת המחוקק". הגישה הטקסטואלית אינה מספקת שום פתרון מעשי למצבים של חוסר ודאות. במילים אחרות, גישה זו אינה משיבה לשאלה "מה קורה כשהטקסט איננו ברור".

הווה אומר, הגישה הטקסטואלית אינה מספקת כללים מסדר שני או כללים משניים בעבור מצבים שבהם הטקסט אינו מדבר בעד עצמו בקול צלול אחד. היעדרם של כללים כאמור הוא חיסרון גדול.¹⁴ ושוב: באומרי "כללים מסדר שני" או "כללים משניים" כוונתי לכללים אשר פועלים כפי שפועלים במקומותינו דיני

שם, בעמ' 1390-1391.

רע"ב 534/19 זיאדה נ' מדינת ישראל, פס' 45 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 20.8.2019).

Stein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1395-1396.

¹²

¹³

¹⁴

הראיות, שבתוכם יש לא מעט כללים אשר קובעים ברירות מחדל בדמות חזקות עובדתיות עם נטלי הוכחה יחד.¹⁵

ה. פרשנות תכליתית

במסגרתה של גישה זו אנחנו נמצאים בסיטואציה מעורבת: מצד אחד אנחנו מביאים בחשבון את הנתונים האמפיריים הנוגעים למה שהמחוקק אמר ולמה שהטקסט אומר לנו לפי הקונוונציות הלשוניות; את השיקולים שהניעו את מעשה החקיקה ואת פרטיה הנוספים של ההיסטוריה החקיקתית; את הסביבה המשפטית שבה נטוע מעשה החקיקה שבו עסקינן – כל זאת כדי להגדיר את תכליתו של מעשה החקיקה הן במובנה הסובייקטיבי של כוונת המחוקק והן במובנה האובייקטיבי של ה"תכלית" כחלק ממערכת נורמטיבית שלמה.¹⁶

מהי התכלית האובייקטיבית וכיצד בדיוק מגדירים אותה כתכלית שונה מזאת הסובייקטיבית? זוהי שאלה שלא ניתן להשיב עליה בקלות.¹⁷ קושי זה פוגם ללא ספק בגישה התכליתית, והוא אחד מחסרונותיה של גישה זו (וכפי שנראה להלן, הוא אינו בגדר חסרונה היחיד). התשובה המקובלת לשאלה זו אומרת את הדברים האלה: לצידו של טקסט חוקי או חוקתי ניצב עולם נורמטיבי שלם – עולם של ערכים ששיטת המשפט שלנו מכירה בהם. ערכים אלה מעמידים לרשותנו מאגר של שיקולים נורמטיביים-ערכיים שמתוכו ניתן לשאוב פתרון למרבית השאלות המשפטיות, אם לא לכולן.¹⁸

קיומו של פתרון לכל מצב הוא אכן יתרונה הבולט של הגישה התכליתית, ברם ליתרון הזה יש מחיר – הגישה התכליתית אינה מחוברת לסמכות החוקית והחוקתית כפי שמחוברת אליה הגישות המקורניות: כוונת המחוקק והגישה הטקסטואלית. כאן החיבור הוא הרבה יותר חלש. למעשה, יש כאן ניתוק ניכר מהסמכות החוקית או החוקתית האולטימטיבית – דברו של מי שקבע את הוראת החוק או החוקה שבה עסקינן במסגרת המנדט שקיבל מהעם. לצד זאת, וכפי שאראה מיד, הגישה התכליתית סובלת מכשל מובנה חמור בכל הקשור לקביעת האמצעים הכשרים להשגת התכלית ובהתאמת האמצעים לתכלית באופן כללי. נניח שאנו מפרשים הוראת חוק פלונית, שאינה ברורה דייה, לפי הגישה התכליתית. אחרי שידעתי מהי תכלית ההוראה, אני, כשופט, צריך לשאול את עצמי אם המחוקק התכוון שאגשים את התכלית הזאת בכל האמצעים האפשריים.

¹⁵ ראו והשוו: Stephen E. Sachs, *Originalism: Standard and Procedure*, 135 HARV. L. REV. 777, 780 (2022) (מאמר שאף הוא מדגיש את הצורך בכללים מסדר שני או בכללים משניים בהפעלת מתודות הפרשנות המקורניות, הגישה הטקסטואלית וזאת של כוונת המחוקק).

¹⁶ Stein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1391–1392. לדיון ממצה בגישה זו כגישה שזכתה למעמד בכורה בדיון הישראלי, ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט – כרך שני: פרשנות החקיקה* 144 (1993) (להלן: ברק *פרשנות במשפט*).

¹⁷ אהרן ברק *פרשנות במשפט – כרך שלישי: פרשנות חוקתית* 165–166 (1994).

¹⁸ ברק *פרשנות במשפט*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 143–155.

אם אני צריך להתעלם מהעלות החברתית של האמצעים בהתחשב בעובדה שהם אינם באים בחינם. כשאני שואל את עצמי את השאלה הזאת, אני למעשה צריך לעשות איזון ערכי בין התכלית – סובייקטיבית או אובייקטיבית – לבין האמצעים הנדרשים להשגתה. ברם כאשר אני כשופט עושה את האיזון הזה – האיזון בין התכלית לבין האמצעים להשגתה – הוא מביאני בסופו של דבר לשיקולים של עלות-מול-תועלת המזוהים עם הגישה המכונה פרגמטיזם, שלעיתים קרובות משלבת בתוכה ניתוח כלכלי. בנקודה זו חל ניתוק בין התוצאה הפרשנית ללשון החוק, שכן לשון החוק וההבנות שסביבה נדחות הצידה על ידי השיקולים של עלות-מול-תועלת, והשופט נכנס כניסה מלאה לנעליו של המחוקק. לכן הגישה הפרשנית שמכנה את עצמה "פרשנות תכליתית" לא תוכל עוד להיות מזוהה עם גישות מכוונות-אמת.

כדי להימנע מתוצאה זו, הכוללת הטמעת הגישה התכליתית בתוך פרגמטיזם, אהיה חייב לומר לעצמי כי עליי להגשים את תכלית החוק בכל מחיר. אולם אז אני מניח מניה וביה, ללא הוכחה וללא הצדקה, שהמחוקק באמת רצה להגשים את התכלית הזאת בכל מחיר. הנחה זו תהא מן הסתם לא מבוססת מבחינה עובדתית ולא מוצדקת ברמה הנורמטיבית. דומה כי אין שום תכלית שהמחוקק רוצה להשיגה בכל מחיר. הנחה סבירה יותר היא שהמחוקק רצה להשיג תכלית חברתית כל אימת שערכה מאפיל על המחיר החברתי הכרוך בהשגתה. הקושי שמתעורר כאן נובע מהיעדר הדרכה מצד המחוקק באשר לאותו מחיר חברתי, קרי בנוגע לעלות החברתית של האמצעים שאותם נכון לנקוט כדי להביא להשגת התכלית. הקושי הנוסף נובע מהיעדר הדרכה בנוגע למקרים שבהם תכלית חוק ראויה אחת מתחרה בתכלית ראויה אחרת.

לדעתי, לקשיים אלה אין פתרון שמניח את הדעת, והיעדרו של פתרון כאמור כופה על הפרשנות התכליתית אחד משני אלה: (1) הטמעתה בתוך הגישה הפרגמטית, על כל הכרוך בכך או (2) ויתור על התכלית האובייקטיבית, מהלך שמטמיע את הגישה התכליתית בתוך הגישה המסורתית יותר, והוותיקה הרבה יותר, אשר מתמקדת בכוונת המחוקק ואשר מכונה במקומותינו "התכלית הסובייקטיבית".

על הקשיים כאמור אעמוד בהמשך דבריי ואביא דוגמה מובהקת מפסיקתו של בית המשפט העליון.¹⁹

1. ריאליזם משפטי ופרגמטיזם

בעליהן של שתי הגישות הללו - אשר בסופו של דבר מתמזגות יחדיו לגישה אחת, שתיקרא פרגמטיזם - סבורים כי בתי המשפט מייצרים בפסיקתם נורמות משפטיות מראשיתן אף שאינם מודים בכך ולא תמיד עושים זאת בריש גלי, מהטעם הפשוט: המחוקק לא עשה את העבודה כנדרש והותיר אחריו חללים ריקים בדין.

¹⁹ ע"א 8096/17 סקוק נ' איסחוקוב (נבו 3.2.2019); רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (נבו 19.8.2019).

פרגמטיסטים משפטיים, ובראשם השופט והוגה הדעות האמריקני ריצ'רד פוזנר,²⁰ סבורים שחללים אלה קיימים לא רק במצבים שאינם מוסדרים על ידי טקסט משפטי כדוגמת חוקה, חוק ותקנה, אלא גם בטקסט המשפטי גופו, מאחר שטקסטים משפטיים אמורים לחול על הרבה מקרים, ועל כן הם מנוסחים בשפה כללית ומעורפלת, שמטבעה פתוחה לפירושים שונים, וכך מאחר שהשפה עצמה – עברית, אנגלית או כל שפה אחרת – מכילה בתוכה לא מעט מילים עמומות.²¹ על פי גישה זו, על השופט לפרש את מילות החוק העמומות פירוש שיגשים בצורה הטובה ביותר את האינטרסים החברתיים באותה העת. בעשותו כך, השופט נדרש לאיזון בין תכלית החוק – האינטרס החברתי שאותו בא החוק להגשים – לבין האמצעים להשגתה.

הגישות המקורניות – "כוונת המחוקק" והגישה הטקסטואלית – מכירות אף הן בקיומם של מצבים שאינם מוסדרים על ידי טקסט משפטי כדוגמת חוק. במצבים אלה מדובר בקֶסֶר, או בלקונה, והם אינם מעוררים שאלות שמתמקדות בפרשנותו של טקסט משפטי ככזה. בעולמן של הגישות המקורניות, במצבים של קֶסֶר אמיתי או של לקונה אמיתית על בית המשפט להשלים את החסר במהלך השלמה שאינו חלק מפרשנות. מטעם זה אתמקד בליבת הגישה הפרגמטית: טענת המצדדים בגישה זו היא כי טקסט משפטי הוא עמום ואינו בר-היקבעות (indeterminate), ועל כן הוא משמש אך ורק ככסות להחלטות שיפוטיות שאינן שונות מחקיקה – החלטות אשר קובעות הסדרים ראשוניים כדרכו של המחוקק באמצעות העמדת התכלית החברתית הרלוונטית אל מול עלות האמצעים אשר נדרשים להשגתה בדרך שתמקסם את הרווחה החברתית.²²

כאמור, הנחת היסוד של פרגמטיסטים משפטיים היא ששפת בני אדם סובלת מעמימות מובנית. הנחה זו מתנגשת עם המציאות האמפירית שבה אנחנו חיים, שבתוכה מתפקדים אנשים שדווקא מצליחים להעביר מסרים ברורים זה לזה. בידינו שפה עשירה מאוד ואנחנו יודעים להעביר באמצעותה את המסרים ולהבין זה את זה על פי רוב, אם כי לא תמיד. גם מבחינת הפילוסופיה של השפה ספק אם טענת הפרגמטיסטים בדבר העמימות המובנית יכולה להחזיק מים.²³ אכן, בלא מעט מקרים המחוקק הפקיד בידי שופטים שיקול דעת שנועד להכרעות פרטיקולריות לפי נסיבות המקרה. הדוגמה המובהקת לכך היא דרישתם של דיני החוזים להתנהגות בתום לב במשא ומתן הטרם-חוזי ובביצוע ההסכם.²⁴ אולם שיקול דעת זה אינו מאפשר לשופט לכונן הסדרים משפטיים. שופט שמפעיל

²⁰ RICHARD A. POSNER, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE (1990); Richard A. Posner, *What Has Pragmatism to Offer Law?*, 63 S. CAL. L. REV. 1653 (1990).

²¹ Stein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1396–1397.

²² שם, בעמ' 1392–1393.

²³ שם, בעמ' 1395, 1431–1432.

²⁴ ראו סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

שיקול דעת זה מצווה להגן על האינטרסים שהמחוקק ציווה על הגנתם במסגרת דיני החוזים, קרי אינטרס ההסתמכות, אינטרס הציפייה ואינטרס ההשבה.²⁵

ז. נאו-ריאליזם

הגישה הנאו-ריאליסטית מתפצלת לכמה גישות שמקורן באסכולת ה-Critical Legal Studies.²⁶ לגישות הללו יש מכנה משותף רחב: הן רואות במשפט פעילות שאינה שונה מפעילות פוליטית-כוחנית, כאשר שופטים הם פוליטיקאים שמסווים את פועלם הכוחני בהנמקה ניטרלית שמציגה אובייקטיביות מעושה. במסגרת זו אין שום אמת משפטית; ההכרעות השיפוטיות נעשות כדי לשרת את המעמד השולט, שממנה שופטים ומקדמם במשרותיהם, וממילא אין שום פעילות שניתן לכנותה בשם "פרשנות" משפטית. לפי אנשי האסכולה הנאו-ריאליסטית, "פרשנות" אינה אלא הפעלת כוח בידי מי שהכוח בידיו.²⁷ מדובר בגישה שאינה מכוונת-אמת. בעליה מוציאים את עצמם, בכוונת מכוון, מתוך הוויכוח על מהותה של פרשנות כניסיון להגיע לתובנות שניתן, ולו בדוחק, לתארן כאמת. אנשי האסכולה הנאו-ריאליסטית שוללים אפריורית את עצם הניסיון להבין מה המחוקק רצה או לא רצה להגיד. מסיבות אלה לא אעסוק באסכולה זאת במאמרי הנוכחי ואסתפק בהפניה לספקותיי באשר לתקפותה.²⁸

ח. הגישה ההסתברותית²⁹

הגישה ההסתברותית לפרשנותן של הוראות חוק וחוקה מזוהה עם הגישות המקורניות במובן אחד: לפי גישה זו, כשקיימת ודאות עובדתית באשר לכוונת המחוקק וכשקיימת חפיפה בין כוונה זו ללשון החוק, השופט מחויב ללכת לפי לשון החוק, ובכך אין כל רבותא. הגישה ההסתברותית נכנסת לפעולה בהתקיים אחד משלושת אלה: (1) המצב שבו לשון החוק אינה ברורה; (2) המצב שבו אין ודאות באשר לכוונת המחוקק אף שלשון החוק ברורה; (3) המצב שבו אין ודאות בדבר כוונת המחוקק, ולשון החוק אף היא אינה ברורה דייה. בכל אחד ממצבים אלו משמעותה של הוראת החוק אינה ברורה, במובן זה: אין אנו יודעים בוודאות מה ביקש המחוקק להשיג בבוחרו במילים ובמשפטים שבהם בחר להשתמש. מדובר בחוסר ודאות ברמה העובדתית באשר לדין מצוי, להבדיל מהיבט נורמטיבי כזה או אחר של דין רצוי. השופט אינו יודע את כל העובדות הנחוצות להכרעה, ועל כן עליו להחליט לפי ההסתברות הגבוהה ביותר. כפי שצינתי בראש

²⁵ ראו פסק דינו של השופט אלון בע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח (2) 237 (1984), וכן גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 13 (מהדורה רביעית 2019).

²⁶ Stein, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1393.

²⁷ שם, בעמ' 1393–1934.

²⁸ שם, בעמ' 1394–1395, 1399–1401.

²⁹ שם, בעמ' 1390–1394.

המאמר, השאלה שעולה כאן לדיון היא זו: מהו המסר שהמחוקק או מחוקק-העל ביקש להעביר, כעניין של עובדה, באמצעות המילים והמשפטים שבהם בחר להשתמש, וכיצד על בית המשפט להכריע בשאלה זאת בהיעדר ודאות.

במסגרת המענה לשאלה כאמור על בית המשפט למנות ולהגדיר את כל המסרים האפשריים אשר עולים מהטקסט החוקי או החוקתי; לקבוע, באשר לכל מסר ומסר, את ההסתברות שהמחוקק ביקש להעבירו בבוחרו בטקסט שבו בחר להשתמש; ולבסוף, להכריז על המסר אשר מסתבר יותר מכל המסרים האחרים כפירושו הנכון של הטקסט - כפי שנהוג בקביעת עובדות במשפט ובכלל.

מדוע אני הולך לפי הגישה ההסתברותית? משום שאין לי ברירה אם אני מבקש לקבוע את תוכנה האמיתי של הוראת חוק. באין תמונה עובדתית שלמה אין לו, לשופט, כמו לכל מקבל החלטה אחר, אלא הסתברות.³⁰ הליכה לפי ההסתברות הגבוהה ביותר היא הכלל המשני - או כלל עזר - שהיה אמור להימצא בגישה הטקסטואלית ובגישה של כוונת המחוקק. באין כלל כזה הגישות הללו אינן יכולות לספק תשובות לשאלות פרשניות. מכאן יתרונה של הגישה ההסתברותית שמאמצת מעיקרה את ההסתברות כבסיס לקבלת החלטות בענייני פרשנות במצבים של חוסר ודאות, ובדרך זו משאירה את ההכרעה בעולמה של מקורנות.

ט. הדגמות

1. "כלי רכב בפארק"

הבה נחזור לדוגמה הקלאסית של בעיה פרשנית שבה השתמש בשעתו הרברט הארט.³¹ חוק אומר שכניסה לפארק אסורה "לכלי רכב". מה כלול בכלי רכב? אלו שהולכים לפי כוונת המחוקק צריכים לשאול את עצמם מה המחוקק חשב בכותבו "כלי רכב"? האם הוא התכוון רק לכלי רכב מנועי, או שמא חשב שגם אופניים הם כלי רכב לצורך הפארק? כאן קיים צורך לענות לשאלה כעניין עובדתי. מענה לשאלה "מה הייתה כוונת המחוקק?" תלוי בנתונים אמפיריים או בהתרחשויות שאירעו בעיצוב החוק. על השופט לבדוק את כוונת המחוקק כפי שבודקים את כוונתו של בעל דין לצרכיו של הליך פלילי או אזרחי.

אלו שהולכים לפי הגישה הטקסטואלית שואלים שאלה כדלקמן: מה הייתה המשמעות המקובלת של "כלי רכב" בזמן חקיקת החוק - בשים לב להקשר שבו צמד מילים זה מופיע ולמוסכמות הלשוניות שהיו קיימות אז, ויש מי שיאמר, "גם אלו שקיימות היום", מאחר שמדובר בבדיקת משמעותו הפומבית של דבר חקיקה כמסר שאמור להנחות את הציבור לאורך זמן.³²

באשר לפרשנות תכליתית - כאן חייבים לשאול מה ביקש המחוקק למנוע בחוק את האיסור על הכנסת כלי רכב לפארק. ברמה סובייקטיבית, תכלית כאמור יכולה להיות מניעת זיהום אוויר ופגיעה באיכות הסביבה, או אולי הפרעה

³⁰ שם, בעמ' 1399-1400.

³¹ שם, בעמ' 1408.

³² אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 323-340 (2003).

לשוהים בפארק. באין מענה ברור ומספק לשאלה זו, על הפרשן לעבור לתכלית האובייקטיבית של האיסור. במסגרת זו השופט נכנס לנעליו של המחוקק. למשל, אם השופט מגיע למסקנה שהתכלית האובייקטיבית מכילה בתוכה מניעת הפרעה לשוהים בפארק, אז ייתכן שגם אופני מרוץ מהירים, שבאי הפארק משתמשים בהם, ושלעיתים מפריעים להולכי רגל, ייכללו בגדר האיסור החוקי.

לפי הגישה ההסתברותית, על השופט לשאול את עצמו, בנוגע לכלי הרכב אשר עומד לדיון, את השאלה הזאת: מה ההסתברות שהמחוקק ביקש למנוע את כניסתם של כלי רכב כאלה לפארק בבוחרו בביטוי "כלי רכב"? אם הסתברות זו עולה על הסתברותו של התרחיש העובדתי שלפיו המחוקק לא התכוון לכלול כלי רכב כאלה בביטוי "כלי רכב" - אזי המסקנה תהא שלפנינו כלי רכב שכניסתו לפארק אסורה. בקביעת ההסתברויות הללו חייב השופט להביא בחשבון את כל הראיות הרלוונטיות: המשמעות המקובלת של "כלי רכב" ושל "פארק"; כוונת המחוקק כפי שזאת עולה מההיסטוריה החקיקתית, כולל דברי ההסבר להצעת החוק; התכליות החברתיות השונות שהובאו בחשבון במהלך החקיקה. בדרך זו תישמר הזיקה בין דברו של המחוקק לבין פסיקתו של השופט שמירה מרבית במובן הזה: ברוב רובם של המקרים, אם כי לא בכלם, תהא הלימה בין כוונת המחוקק, אשר מתחברת למילותיו, לבין הפרשנות שנותן השופט להוראת החוק שבה עסקינן.

באשר לריאליזם ולפרגמטיזם – לפי גישות אלו, השופט קובע את התכלית כראות עיניו, ובהמשך נדרש לעשות מאזן של עלות-מול-תועלת בין התכלית לבין האמצעים להשגתה, ואם המאזן הוא שלילי, אז כל רכב שכניסתו לפארק יוצרת מאזן כזה ייכלל באיסור ויגורש מהפארק.

לפי הגישות הנאו-ריאליסטיות, שכאמור אינן עוסקות בפרשנות כלל ועיקר, השופטים "יפרשו" את האיסור לטובת המעמד השולט המרכז בידיו את הכוח השלטוני. בדרך זו יהיה אפשר לחסום את הכניסה לפארק בפני רוכבי אופניים הגוררים עגלות שמדי פעם מבקשים נדבות, שכן זה מפריע לבני המעמד הגבוה ליהנות מפיקניק.

הדגמות פשוטות אלה מראות כי פרשנות במובנה האמיתי – קרי פרשנות מכוונת-אמת – היא נחלתן של ארבע גישות פרשניות. גישות אלה כוללות את שלוש הגישות המקורניות – הגישה הטקסטואלית, "כוונת המחוקק" והפרשנות ההסתברותית – וכן את הגישה התכליתית. על חולשותיה של הגישה הטקסטואלית ועל מגרעותיהן של "כוונת המחוקק" ושל הפרשנות התכליתית ברמה העיונית כבר עמדתי. כעת אדגים את חולשותיה ואת מגרעותיה של הפרשנות התכליתית באמצעות דיון בפסקי דינו של בית המשפט העליון בפרשת סקוק³³ ובפרשת סלמאן.³⁴ לאחר מכן, על סמך האמור בפסקי דין אלה, אציג את

³³ פרשת סקוק, לעיל ה"ש 19.

³⁴ פרשת סלמאן, לעיל ה"ש 19.

יתרונותיה של הגישה ההסתברותית, שלטעמי היא תחליף נאות לגישות המקורניות המסורתיות: הגישה הטקסטואלית ו"כוונת המחוקק".
 אקדים ואומר כי פרשנות תכליתית תפסה את מקומה ורכשה לעצמה מעמד בכורה בשל חולשותיהן של הגישות המקורניות המסורתיות. בהינתן תיקון של חולשות אלה במסגרת הגישה ההסתברותית, יהיה נכון להשוות את מעלותיה ואת חסרונותיה של פרשנות תכליתית לאלו של הגישה ההסתברותית. עוד אקדים ואומר כי בתחרות זו ידה של הגישה ההסתברותית תהא על העליונה. גישה זו מנצחת את הפרשנות התכליתית - אם כי "רק" - בנקודות ולא בנוקאאוט.

2. פרשת סקוק

בפרשת סקוק היה מדובר באישה נדיבה אשר נתנה את ערבותה לידיד שהיה חייב לשלם מזונות לילדיו. כדי שהלה יוכל להגיע להסדר עם גרושתו, הוא נדרש להביא ערב, ואישה זו - ידידתו - נתנה ערבות לכך שהוא ישלם את המזונות. החייב במזונות פשט רגל וברח מן הארץ. בעקבות זאת יוחס חוב המזונות שלו, שהלך וטפח, לערבה, לפי האמור בחוק הערבות, התשכ"ז-1967. לערבה לא היה כסף לשלם את החוב והיא נכנסה להליך של חדלות פירעון. בסוף ההליך היא ביקשה לקבל הפטר, דהיינו: הזכות לפתיחת דף חדש בחייה הכלכליים, שמשמעה מחיקת חובות העבר.³⁵ דא עקא, שסעיף 69(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (כמו סעיף 175(א)(3) לחוק החדש, חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018) קובע כי צו הפטר יפטור את פושט הרגל מכל חוב מושא ההליך חוץ מ"חבות לפי פסק דין לחובתו בתובענת מזונות, להוציא מה שהורה בית המשפט במפורש לגבי החבות, במידה שהורה ובתנאים שהורה". במילים אחרות, יש החרגה מהזכאות להפטר כאשר פושט הרגל, אדם חדל פירעון, אינו משלם מזונות. אותו חייב-מזונות לא יקבל הפטר, יישאר פושט רגל, ולא יפתח דף חדש בחייו הכלכליים עד אשר יפרע את חוב המזונות במלואו או יזכה להקלה בהחלטת בית המשפט של חדלות פירעון.

השאלה שעלתה לדיון בפרשת סקוק היא אם ההחרגה מהזכאות להפטר חלה גם על פושט רגל שבתום לב נתן את ערבותו לחוב המזונות של אדם אחר. במקרה דנן נתנה הערבה בתום לב ערבות כאמור: היא חשבה ש"הכול יהיה בסדר" ושהחייב ישלם את מזונות ילדיו. ברם לדאבונה היא התבדתה, והחייב לא שילם את המזונות. האם במקרים כאלה נעשה הבחנה לצורך ההפטר בין הערב לחייב? במילים אחרות, האם ההחרגה מההפטר חלה לא רק על פושט הרגל שחייב לשלם מזונות לילדיו או לבת זוגו אלא גם על ערב שערב לחבות כאמור?
 בנקודה זו נחלקו דעות השופטים. עמיתיי, השופטת י' וילנר³⁶ והשופט נ' הנדל,³⁷ פירשו את ההסדר שבסעיף 69(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל פרשנות

³⁵ דוד האן דיני חדלות פירעון 33 (מהדורה שנייה 2018).

³⁶ פרשת סקוק, לעיל ה"ש 19, פס' 18-23 לפסק דינה של השופטת וילנר.

³⁷ שם, פס' 3, 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

תכליתית ונחלקו ביניהם בדבר התכלית והאמצעים להשגתה. השופטת וילנר קבעה כי תכלית ההסדר נמצאת במכנה המשותף של כלל המצבים שבהם המחוקק ראה לנכון לשלול הפטר ממושט רגל.

בכל המצבים הללו, אשר מנויים בסעיף 69(א) לפקודת פשיטת הרגל, עסקינן במושט רגל אשר מתנהל בחוסר יושר ואף בדרך של תרמית, כאשר הוא מנסה להסתיר את רכושו ואת כספיו ולמלטם מנושיו. המכנה המשותף כאן הוא התנהלות לא מוסרית: איש אחד פעל במרמה; איש אחר גנב, ואילו החייב שבו עסקינן התחמק מתשלומי מזונות לילדיו או לבת זוגו.³⁸ מטעם זה קבעה השופטת וילנר כי תכלית ההסדר - שלילת הפטר בגין התנהלות לא מוסרית - מחריגה מהזכאות להפטר רק את חייב המזונות עצמו, אבל לא את הערב שנתן את ערבותו לחייב בתום לב. הערב אינו מפקיר כלכלית את ילדיו ואת בת זוגו. התנהלות לא מוסרית זו היא התנהלותו האישית של החייב, ולא של הערב.³⁹

השופט הנדל סבר אחרת. לשיטתו, תכלית ההסדר היא הבטחת מזונות לילדי החייב. אנו רוצים להגדיל את ההסתברות שהפיות שצריך להאכיל אכן יקבלו מזון ושרווחת הילדים הקטינים תקבל הגנה מרבית. כדי לקדם תכלית זו, מן הדין להשאיר את הערב בחזקת חייב, לצידו של פושט הרגל.⁴⁰

מה המקרה הזה מדגים? ראשית, השופטת וילנר צודקת באשר לתכלית ההסדר. לטעמי, גם השופט הנדל צודק באשר לתכלית - מאחר שלפנינו חוק דו-תכליתי, והוא אינו החוק היחיד שמקדם יותר מתכלית חברתית אחת. אם כך, מה על השופט לעשות באין תיאום סטטוטורי בין תכליותיו השונות של החוק? האם על השופט לחפש את תכלית-העל של החוק? אפשרות זו אינה בידינו מאחר שהמחוקק בדרך כלל אינו קובע סדר הייררכי בין תכליותיו השונות של החוק ואינו מכריז מראש על תכלית-העל שבאמצעותה יהיה נכון להכריע בתחרות בין התכליות הקיימות. קושי זה לא נעלם מעיני הנשיא ברק, אביה הרעיוני של תורת הפרשנות התכליתית בישראל. הנשיא ברק התייחס לקושי זה בספרו "פרשנות במשפט".⁴¹ לדבריו, בחירת השופט בין התכליות המתחרות אהדדי ראוי שתיעשה לפי שיקול דעתו.⁴² לטעמי, פתרון זה מנותק מהאמת הפרשנית, ועל-כן אינו פותר את הקושי.

קושי זה הוא לא מבוטל כלל וכלל. ברם הוא אינו הקושי העיקרי שפוגם בגישה התכליתית. הקושי העיקרי של גישה זו הוא בהתאמת האמצעים הראויים להשגת התכלית. כדי להבין את השלכותיו של קושי זה הבה נניח שתכלית ההסדר שבו עסקינן היא שלילת הפטר ממושט הרגל בגין התנהלות לא מוסרית - כדעתה של השופטת וילנר. אם כך הוא הדבר, כיצד נדע שהמחוקק רצה לצמצם את ההחרגה מההפטר לחייב עצמו, בהקריבו את רווחת הילדים שסיכוייהם לקבל

³⁸ שם, פס' 20 לפסק דינה של השופטת וילנר.

³⁹ שם, פס' 21 לפסק דינה של השופטת וילנר.

⁴⁰ שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

⁴¹ ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 207-208.

⁴² שם, בעמ' 207.

מזונות פחתו? לשאלה זו אין תשובה. הגישה התכליתית אומרת, הלכה למעשה, שהשופט הוא שצריך להתאים את האמצעים לתכלית - מהלך שמוחק את הגבולות בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, מעמיד את השופט בנעלי המחוקק ומאפשר לשופט לו להחליט מטעמיו שלו מהם האמצעים אשר יתאימו ואשר לא יתאימו להשגת התכלית.

למסקנה זו נגיע גם אם נניח שתכלית ההסדר היא כדעתו של השופט הנדל: הבטחת מזונות לילדים קטינים. מי לידנו יתקע שראוי להקריב את יתרונותיו של הפטר כדי להשיג תכלית זו? צמצום האפשרות לקבל הפטר פוגע ברווחתו של החייב - ואם מדובר בחייב תם לב, כדוגמת הערבה בפרשת סקוק, מה תהא ההצדקה לכך? בהקשר זה, חשוב להבין את מטרתו החברתית של הפטר: מניעת האפקט המצנן אצל אנשים שזקוקים לאשראי כדי לקדם עסק או רכישת נכס יקר, כדוגמת בית.⁴³ כיצד נדע שהמחוקק, כמי שמקדם את טובת הכלל, מוכן לוותר על קידומה של מטרה זו כדי להגדיל את הסיכוי שילדיו של פושט הרגל יקבלו את מזונותיהם? לשאלה זו לא ניתן לדלות מענה מוסכם או מוסמך מהעובדות האמפיריות אשר מראות מה הייתה כוונת המחוקק. את השאלה הזאת ניתן לפתור רק באמצעות כלים נורמטיביים, וכל מענה שיינתן לה במסגרת זו יהא בהכרח שנוי במחלוקת. במילים אחרות, בין שנראה במצב שבו עסקינן תחרות בין תכלית א לתכלית ב, ובין שנראה בו מקרה שבו על השופט להתאים אמצעים להשגת התכלית המוסכמת - כדוגמת הקרבת תכלית א לטובתה של תכלית ב, או להפך - לא נדע מה החוק אומר באמת. ניתוק זה מהאמת המשפטית הוא החולשה האימננטית של הגישה התכליתית.

בפרשת סקוק אני הלכתי בדרך שונה מזו של חבריי. קראתי את דברו של המחוקק: "צו ההפטר יפטור את פושט הרגל מכל חוב בר-תביעה בפשיטת רגל, חוץ מאלה: [...] (3) חבות לפי פסק דין לחובתו בתובענת מזונות [...]". ברי הוא כי הערב לתשלום מזונות אינו חב לפי פסק דין לחובתו בתובענת מזונות. הוא חב לפי חוק הערבות ולא לפי פסק דין. כמו כן החיוב של הערב מכיל בתוכו חובה לשלם לחייב סכום כסף מוגדר, בשונה מ"מזונות". מטעמים אלו שבלשון החוק ובכוונת המחוקק יחדיו, הסכמתי לתוצאה שאליה הגיעה השופטת וילנר. לדידי, המחוקק קבע, כעניין של עובדה אמפירית, שערב לא יהא מוחרג מהפטר כל אימת שהוא פועל בתום לב ולא בקנוניה.⁴⁴

כאן עולה השאלה כיצד בדיוק אני יודע שזה מה שהמחוקק אמר כעניין של עובדה. שאלה זו מחזירה אותי למתודה הפרשנית שבה אני מצדד: הגישה ההסתברותית. אודה ולא אכחד: אין לי ביטחון מלא בכך שהמחוקק קבע, כעניין של עובדה אמפירית, שערב לא יהא מוחרג מהזכאות להפטר כל אימת שהוא פועל בתום לב ולא בקנוניה. אולם פרשנות זו מסתברת הרבה יותר מהפרשנות אשר מחריגה את הערב מההפטר, ועל כן, לטעמי, היא הפרשנות הנכונה.

⁴³ RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 555–556 (9th ed. 2014).

⁴⁴ פרשת סקוק, לעיל ה"ש 19, פס' 3–5 לפסק דינו של השופט שטיין.

אסביר את דבריי. בפרשת סקוק קיימים שלושה פירושים אפשריים: זה של השופטת וילנר; זה של השופט הנדל; זה שלי. מהן ההסתברויות שראוי לייחס לפרשנויות של השופטת וילנר, של השופט הנדל ושלי, ומהי ההסתברות הגבוהה מתוכן?

באשר לפרשנות השופט הנדל, הבה נביט על הדברים במבט שלפני המעשה (ex ante). נניח שהשופט הנדל צודק בפרשנותו. כמו כן נניח שבא אליי חבר, ואני עדיין עורך דין ומרצה באוניברסיטה ולא שופט - ועל כן מותר לי לתת עצות משפטיות לאנשים - ואומר לי: "חברי הטוב מתגרש ומבקש שאתן לו ערבות לחובות מזונות; מה עליי לעשות?" במענה לשאלה זו אני אומר לו שיש כאן עניין של חברות ושזאת החלטתו האישית בהיבט הזה, ומוסיף ואומר: "אבל דע לך, שאם תהיה חייב לפרוע את דמי הערבות ותיכנס למצב של חדלות פירעון, לא תקבל הפטר". סביר להניח שתשובתי תצנן את רצונו של חברי לתת ערבות לחברו, ויהיו מי שיסרבו לתת ערבויות. בכך הסיכוי שהילדים הזקוקים למזונות יקבלו אותם בסופו של דבר בוודאי לא יגדל, וייתכן שאף יקטן. הערכה זו מובילה למסקנה כי הערב אינו הדמות הטבעית שאליו מפנה ההסדר בדבר שלילת הזכאות להפטר שבסעיף 69(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל. הדמות הטבעית היא חייב-המזונות עצמו.

אשר על כן, לא במקרה בחר המחוקק, בקובעו את ההסדר שבו עסקינן, במילים "חבות לפי פסק דין לחובתו בתובענת מזונות". ההסתברות שהמילים "חבות לפי פסק דין לחובתו בתובענת מזונות" מתייחסות לערב היא נמוכה מאוד וכמעט אפסית, שכן - כפי שציינתי בפסק דיני - הערב חב את אשר הוא חב לפי הסכם הערבות ולא לפי "פסק דין", ותביעה נגד ערב אשר באה לממש את ערבותו היא לא "תובענת מזונות". לעומת זאת ההסתברות שהמילים "חבות לפי פסק דין לחובתו בתובענת מזונות" מתייחסות לחייב במזונות, ורק אליו, גבוהה הרבה יותר. לכן התוצאה הנכונה היא שהסדר ההחרגה מההפטר שבסעיף 69(א)(3) לפקודת פשיטת הרגל חל אך ורק על החייב במזונות עצמו, ואינו חל על ערבים. ודוק, אני מגיע לתוצאה זו, הוזהר לתוצאתה של השופטת וילנר, כעניין עובדתי גרידא. עניין המכנה המשותף בין פושטי רגל משוללי ההפטר לפי סעיף 69(א) לפקודת פשיטת הרגל, גם הוא יכול לתמוך בתוצאה כאמור, אלא שכאן מצב הדברים מורכב יותר. התנהלות תרמית שימשה - ועודנה משמשת - מכנה משותף של המקרים שבהם ניתן וראוי לשלול מחייב את ההפטר במשפט המקובל האנגלו-אמריקני, אך ההסדר של המשפט המקובל אינו חל על חייבי מזונות אלא רק על חייבים אשר שלחו את ידם במעשי מרמה מסוגים שונים.⁴⁵ חייב במזונות יכול בהחלט להיות אדם ישר דרך שממונו אזל לו, ובנסיבות כאלה יהיה קשה לתארו כמי שדבק בו כשל מוסרי. תיאור כאמור מתאפשר רק אם נראה בכל אדם שאינו משלם מזונות לילדיו, גם כשהדבר מטיל עליו קשיים עצומים, אדם לא מוסרי. מזווית ראייה זאת, פסק דינה של השופטת וילנר נסמך אף הוא על

⁴⁵ Bullock v. BankChampaign, N.A., 569 U.S. 267 (2013).

שיקולים נורמטיביים, בדומה לפסק דינו של השופט הנדל. במובחן מכך, לפי הגישה ההסתברותית שבה אני מצדד, קביעת משמעות של הוראת חוק או חוקה היא עניין עובדתי שצריך להיות נקי משיקולים נורמטיביים. מה שצריך לקבוע בכגון דא הם שיקולים הסתברותיים.

הבחירה בין פרשנות תכליתית, אשר ניזונה משיקולים נורמטיביים, לבין פרשנות הסתברותית עלתה לדיון בפסק דין נוסף שעניינו הפליה במכירת דירות.⁴⁶ בפסק דין זה אעסוק כעת.

3. פרשת סלמאן

בפרשת סלמאן ביקשו בני זוג ממוצא ערבי לרכוש לעצמם דירה בבניין מגורים שבנתה חברה קבלנית על אדמת מדינה במסגרתו של מיזם משותף עם רשות מקרקעי ישראל. החברה הודיעה לבני הזוג כי היא אינה מוכרת דירות לערבים. ברי הוא כי לפנינו הפליה פסולה מהסוג הבוטה ביותר, שיש להוקיעה מההיבט המוסרי. אולם מהי התרופה המשפטית שבני הזוג סלמאן זכאים לה?

עמדתי בשאלה זו הייתה כדלקמן:

(1) כללי המשפט המינהלי - אשר מעוגנים בהלכה פסוקה וכן בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, וכן בחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 - אוסרים על חברה קבלנית, בפועלה במיזם משותף עם רשות מקרקעי ישראל, להפלות בין אזרחי ישראל במכירת דירות שבנתה על אדמות המדינה, במסגרתו של מיזם, על רקע תכונותיהם האישיות או הקבוצתיות כמו לאום, דת או גזע. איסור זה נובע מכך שרשות מקרקעי ישראל מחויבת לנהל את אדמות המדינה לטובת כלל אזרחיה, כפי שנקבע בכללים האמורים. העברת מקרקעי המדינה לחברה קבלנית אשר נעשית במסגרת מיזם של בניית דירות המשותף לחברה ולמדינה, אינה יכולה להיעשות אלא כפוף לאיסור חמור על אִיפּה וְאִיפּה.

(2) לפיכך הדרתו של אזרח ישראלי מההזדמנות לרכוש את אחת מהדירות הללו היא שימוש לרעה בזכויות שהחברה קיבלה מהמדינה במסגרת המיזם המשותף - התנהגות המוגדרת "עוולה" בסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, או למצער, ניהול משא ומתן טרום-חוזי שלא בדרך מקובלת, בניגוד לכלל הקבוע בסעיף 12(א) לחוק החוזים. חברה שתנהג כך תחויב בתשלום פיצויים לאדם שנפגע מהתנהגותה המפלה; וכשנזקיו של אותו אדם אינם ממוניים ועיקרם פגיעה בכבוד, יהא על בית המשפט לקבוע את הפיצויים בגינם לפי אומדנה, וכך הצעתי לחבריי לפסוק במקרה שנדון לפנינו אחרי שקבעתי את סכום הפיצויים המגיעים לבני הזוג סלמאן.

נימוקים שהובילוני למסקנה זו אינם קשורים לבחירה בין פרשנות תכליתית לבין פרשנות הסתברותית, ועל כן לא אעסוק בהם.⁴⁷ הבחירה בין פרשנות תכליתית

⁴⁶ פרשת סלמאן, לעיל ה"ש 19.

⁴⁷ לנימוקים אלה ראו פרשת סלמאן, לעיל ה"ש 19, פס' 12-19 לפסק דינו של השופט שטיין. אשוב ואדגיש את המובן מאליו: גישתי הפרשנית מתמקדת בדיון הקיים ורק בו.

לפרשנות הסתברותית עלתה לדיון בהקשרה של חוות הדעת שכתב השופט מ' מזוז, שעימה לא היה בידי להסכים. לפי השופט מזוז, החברה הקבלנית הפלתה את בני הזוג הערבים בהספקת "מוצר" בהפרתה את האיסור הקבוע בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (להלן: חוק איסור הפליה), ועל כן היא חייבת לשלם לבני הזוג פיצוי סטטוטורי אשר נקבע בחוק זה.

האם המילה "מוצר" כוללת בתוכה דירה?

השופט מזוז ענה לשאלה זו בחיוב בהתבסס על כלליות המילה "מוצר" ועל שיקולים נורמטיביים שעיקרם שוויון, מניעת הפליה והרחבת תחולתו של חוק איסור הפליה.

מנגד, אני סברתי כי ההסתברות שהמחוקק התכוון לכלול דירות בבחורו במילה "מוצר" נמוכה מאוד עד כדי זניחה. סברתי זו נבעה בעיקר משני אלה:

- (1) בדברי חקיקה רבים המילה "מוצר" מתייחסת למיטלטלין ולא למקרקעין.
- (2) בדברי ההסבר לסעיף 3(א) להצעת חוק איסור הפליה⁴⁸ נאמר, בלשון ברורה ומפורשת, כך:

סעיף קטן (א) אוסר הפליה כנגד קבוצות, שלגביהן קיימת היסטוריה של קיפוח והפליה בעבר. סוג זה של הפליה מהווה פגיעה בכבודו של האדם, ומחייבת את התערבותו של המחוקק למיגורה. האיסור להפלות חל על כל מי שעיסוקו בהספקת המוצרים והשירותים או בהפעלת מקום ציבורי. האיסור אינו חל על מקרקעין, העשויים להיות נושא לחקיקה נפרדת.

דומני כי די בטעמים אלה כדי לראות שפרשנותי גוברת על זאת של השופט מזוז בזירה ההסתברותית. דא עקא, שכפי שציין השופט מזוז בפסק דינו, פרשנותו שלו מנצחת את שלי בזירה הנורמטיבית.⁴⁹ פרשנותו של השופט מזוז מעצימה את עקרון השוויון ואת האיסור על הפליה, והיא אף מונעת הפליה במכירת דירות פרטיות אשר נבנו על מקרקעין פרטיים, ואילו אני נאלצתי להשאיר את עניינה של הפליה פרטית כאמור בצריך עיון.⁵⁰

אם כך הוא הדבר, מדוע אני רואה בפרשנותי פרשנות עדיפה?⁵¹ תשובתי לשאלה זו נטועה בעולמן של עובדות ולא בעולמו של עיון נורמטיבי ערכי. אני סבור שבבוחרו במילה "מוצר" בסעיף 3 לחוק איסור הפליה, המחוקק העביר מסר שלפיו האיסור על הפליה שקבע חל על הספקת טובין מסוג מיטלטלין ואינו חל על דירות. סברה זו אינה ודאית, אך הסתברות שהיא תואמת את המסר של

⁴⁸ דברי הסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, ה"ח 370, 371–372.

⁴⁹ פרשת סלמאן, לעיל ה"ש 19, פס' 15–21 לפסק דינו של השופט מזוז.

⁵⁰ שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁵¹ המחלוקת ביני לבין השופט מזוז לא הוכרעה מאחר שהשופט הנדל בחר שלא להכריע בה בהצטרפו לתוצאת הערעור, שבעניינה הייתה תמימות דעים מלאה בין השופט מזוז לביני.

המחוקק היא גבוהה ביותר. לפיכך המסקנה שדירה אינה כלולה ב"מוצר" היא חלק מהדין המצוי שלפיו - ורק לפיו - אנו מצווים לפסוק.

י. סיכום

אמרתי את אשר אמרתי לזכותה של הגישה ההסתברותית בתמצית, כדי ליידע בלי לייגע. ויכוח שעניינו דרכי הפרשנות הראויות מן הסתם יימשך ויתעצם. כחלק מאותו ויכוח מן הראוי שהמצדדים בגישה התכליתית - שעדיין נחשבת למובילה במקומותינו - יביאו בחשבון את חסרונותיה ולא רק את יתרונותיה, וישוו בינה לבין הגישה ההסתברותית בעיניים פקוחות ובנפש חפצה. אם כך יקרה, אראה במאמרי זה ברכה.