

האם הפרשנות התכליתית היא הדין?

מאת

רפי רזניק*

שופטים ומלומדים שמסתייגים משיטת הפרשנות התכליתית, בראשם השופטים סולברג ושטיין, טוענים בשם האמפיריציזם, הפוזיטיביזם והריסון השיפוטי. אולם, בכל הנוגע לטקסטים ציבוריים כמו חוקים, הם מעגנים את החלופות המוצעות על-ידם בטעמים נורמטיביים או בשיח האמריקני, מבלי לטרוח ולברר מהם דיני הפרשנות המחייבים שהמשפט הישראלי הניצב מטיל על הפרשן. אכן, להוציא את אהרן ברק, דיני הפרשנות הוזנחו בחקר ובהוראת המשפט הציבורי בישראל, בשונה מהמשפט הפרטי. המאמר מבקש לפתח את דיני הפרשנות במשפט הציבורי דרך חקירת המעמד הפוזיטיבי של הפרשנות התכליתית. נטען כי המענה לשאלה שבכותרת הוא בחיוב. בישראל, מנקודת מבט פוזיטיבית, הפרשנות התכליתית היא הדין. המוסדות יוצרי הדין בישראל בכל קומה מקומות הפירמידה הנורמטיבית – הרשות המכוננת, המחוקקת, המבצעת, המאסדרת וקובעת ההלכה – כולם מורים כי משמעותם של המכשירים הנורמטיביים שהם יוצרים משתנה ומתפתחת עם תמורות העתים ונקבעת במועד הפירוש. כלומר, הדין הפוזיטיבי מורה שפרשנות כרוכה ביצירה ולא רק בגילוי. טענה זו מאירה באור אירוני את היומרות הפוזיטיביסטיות של השמרנות המשפטית החדשה, המפורטות במאמר תוך התמקדות ביקורתית בתורת הפרשנות ההסתברותית שמציע השופט שטיין. המאמר מחדד אירוניה זו באמצעות פנייה לאותו השיח האמריקני השמרני שהצמיח את החלופות המוצעות לפרשנות התכליתית. אחת מן ההצדקות לאוריג'ינליזם שזכו לתהודה הרבה ביותר בשנים האחרונות נטועה בעמדה פוזיטיביסטית, שלפיה מתודה זו היא הנכונה לא בהכרח מטעמים נורמטיביים אלא כי אוריג'ינליזם הוא הדין. "המפנה הפוזיטיבי" בחשיבה האוריג'ינליסטית מקבל את האפשרות שדיני הפרשנות המחייבים במקומות אחרים לא יהיו אוריג'ינליסטיים; ברומא, אומרים המקורנים האמריקנים, נהג כרומא. אין מתאים מן הרגע ההיסטורי הנוכחי, שבו מתודולוגיה פרשנית ניצבת לראשונה בקדמת במת הוויכוח האידאולוגי על הפרקטיקה השיפוטית, לקיים דיון מסוג זה בהקשר המקומי. מתברר כי בישראל אנחנו פרשנים תכליתיים. מכאן נובע, ראשית, כי שטיין ודומיו אינם יכולים להתהדר בנוצות פוזיטיביסטיות; ושנית וחשוב יותר, כי על כתפי מי שטוענים נגד הפרשנות התכליתית מוטל נטל שהם אינם מכירים בקיומו: הצורך להצדיק שינוי בדין הישראלי הנוהג.

* עמית בתר-דוקטורט באקדמיה ע"ש פולונסקי, מכון ון ליר; עמית הוראה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. תודה לאלון הראל, אביגיל פאוסט, ירון קובו, חגי שלזינגר, משתתפי כנס ICON-S-IL באוניברסיטת תל-אביב, ובמיוחד לרונית לוי-שנור ולעורכי **משפטים** והקוראת האנונימית מטעמם על הערות מצוינות לטיוטות מוקדמות של המאמר. תודה לסניף הישראלי של האגודה הבינלאומית למשפט ציבורי (ICON-S-IL) על שהעניק למאמר את הפרס ע"ש פרופ' ברוך ברכה למאמר מצטיין במשפט ציבורי של חוקר צעיר, ותודה למשפחת ברכה על מענק הפרס.

מבוא. א. היומרות הפוזיטיביסטיות של סולברג ושטיין. ב. הכשלון הפוזיטיבי של הפרשנות ההסתברותית. ג. המפנה הפוזיטיבי במקורות האמריקנית. ד. הכשלון ההארטיאני של שטיין. ה. אייכס, דיני פרשנות ישראליים? 1. חוקי יסוד. 2. חקיקה ראשית. 3. מקורות חיצוניים. 4. רשויות מנהל ואסדרה. 5. הלכות שיפוטיות. 1. סיכום.

מבוא

בדומה למגוון רעיונות משפטיים שיובאו לארץ מארצות הברית באיחור של כמה עשורים, הימין הישראלי מגלה בשנים האחרונות התעניינות גוברת במתודות של פרשנות שיפוטית שפותחו בימין האמריקני. מבט על הבמות האינטלקטואליות של השמרנות הישראלית המתעוררת יגלה כי בהוצאת סלע מאיר פורסם תרגום של כתבי אנטונין סקאליה, המייצג הבולט ביותר של האוריג'ינליזם האמריקני;¹ המכון לאסטרטגיה ציונית ערך מחקר על תורת הפרשנות של סקאליה;² הנושא מופיע בפלטפורמות כמו האתר "דיומא";³ וכן בפרסומים של פורום קהלת.⁴ מכון מדיניות אחרון זה השתתף גם בהוצאה לאור של ספר המוקדש לביקורת על הפרשנות התכליתית מאת שמעון נטף, שעבד לאחר מכן כיועץ המשפטי של יו"ר ועדת החוקה ח"כ שמחה רוטמן.⁵ נטף ושותפתו לתרגום תמי נטף, שאחראים גם לתרגום האמור של כתבי סקאליה, תרגמו בנוסף מאמרים מאת מלומדים אמריקנים בולטים שמצדדים בפרשנות טקסטואלית או שמותחים ביקורת על פרשנות תכליתית, כדוגמת פרנק איסטרברוק וסטנלי פיש. תרגומים אלה נערכו עבור הפורום הישראלי למשפט וחירות, שהוא גירסה מקומית לארגון המשפטי השמרני האמריקני The Federalist Society,⁶ המבליט אותם כ"מקורות חיוניים ורשימת קריאת חובה למשפטן

¹ אנטונין סקאליה בשם החוק: על בית המשפט, החוקה ושלטון החוק (שמעון נטף ותמי נטף מתרגמים, 2022).

² רועי כדורי תורת פרשנות החוק על פי אנטונין סקאליה (המכון לאסטרטגיה ציונית, ספטמבר 2020).

³ רבקה ווייל "אסטרטגיה למהפכות שיפוטיות – על בית המשפט של השופט אהרן ברק" דיומא (31.7.2022) <https://www.dyoma.co.il/law/1337>; אלון הראל "הרהורים ספקניים על אוריג'ינליזם – מדוע פרשנות

אוריג'ינליסטית מחייבת אקטיביזם שיפוטי", דיומא (29.11.2022) <https://dyoma.co.il/law/1524> (הדוגמאות מובאות כדי להמחיש את העניין של האתר בנושא, הגם שהתוכן שלהן אינו מביע התנגדות לפרשנות התכליתית).

⁴ אהרן גרבר ושי-ניצן כהן המנהג החוקתי – האומנם חוקתי? (פורום קהלת למדיניות, נייר עמדה מס' 67, נובמבר 2020).

⁵ שמעון נטף פרשנות החקיקה בישראל (2023); שמעון נטף "פרשנות חקיקה בישראל – מבוא" בלוג רשות הרכים <https://lawforum.org.il/blog-nataf-interpretation> (28.8.2023).

⁶ על התפקיד המרכזי ששיחק ה-Federalist Society בבניית התנועה המשפטית השמרנית בארצות הברית, ראו STEVEN M. TELES, THE RISE OF THE CONSERVATIVE LEGAL MOVEMENT: THE BATTLE FOR CONTROL OF THE LAW ch. 5 (2008).

איננו עוד "לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי", כפי שהצעתי בשנת 2018,¹⁴ אלא עמוק בתוכו. הביקורת על הפרשנות התכליתית – גם ביחס לטקסטים ציבוריים כמו חקיקה ולא רק בדיני חוזים ומשפט מסחרי – נוספה למוקדי הביקורת המוכרים כמו שיטת מינוי השופטים, זכות העמידה או עילת הסבירות. אבל בניגוד לנושאים האלה, אין ביטוי ישיר לנושא הזה ברפורמות המשפטיות שנציגי אותם חוגים, בראשם רוטמן ושר המשפטים יריב לוין, מקדמים בכנסת ובממשלה.¹⁵ בהתאם לדוגמה האמריקנית, הימין הפוליטי מבקש להוביל שינוי בתורת הפרשנות השלטת לא דרך חקיקה אלא באמצעות הליכי בחירת השופטים. השאלה בדבר הדרך הנכונה לפרש דברי חקיקה נתפסת ככזו שהמענה הראוי לה מצוי רק בתאוריה הנורמטיבית ששופט פלוני אוזן בה ולא בספר החוקים, ההלכה הנוהגת, או כל מקור סמכות אחר.

השופטים שמקדמים שיטות פרשניות אלטרנטיביות לפרשנות התכליתית, כמו סולברג ושטיין, שותפים לגישה הזו. אדרבה, השופט שטיין טען לאחרונה כי מהוראת ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה, שלפיה "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין", משתמעת לא רק עצמאות שיפוטית אלא גם יחסי מרות בין השופט לדין.¹⁶ שטיין מציע חלופה לפרשנות התכליתית, בדמות גישה הסתברותית, משום שלשיטתו תורת הפרשנות השלטת במשפט הישראלי מפרה יחסי מרות אלה. לדעתו, הפרשנות התכליתית מאופיינת ב"ניתוק משמעותי מאוד מהסמכות החוקית",¹⁷ בעוד שגישתו שלו "נטועה במסורת הפוזיטיביסטית".¹⁸ זו האשמה חמורה ביותר, כאילו רובם ככולם של שופטי ישראל פועלים בניגוד לדין כשהם מבצעים פרשנות; אבל זו גם האשמה בנאלית למדי, הואיל וברור שהמחלוקת לא נעוצה בשאלה אם יש מרות בין השופט לדין, אלא בפרשנות של המונח "דין".

הביקורת של שטיין נבנית על הטענה שפרשנים תכליתיים מחדירים את הערכים הסובייקטיביים שלהם אל תוך מעשה הפרשנות ללא הסמכה.¹⁹ זהו מוקד הביקורת המרכזי גם

¹⁴ רפי רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית הקונקרנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" **משפטים על אתר** יב 67 (2018).

¹⁵ כמודגש לאורך המאמר, יש להבחין בין טקסטים ציבוריים כחקיקה וטקסטים פרטיים כחוזים. ואומנם, הממשלה הניחה הצעת חוק לתיקון ס' 25 לחוק החוזים שקובע עדיפות לפרשנות לשונית לגבי חוזים עסקיים. הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 3), התשפ"ד-2024, ה"ח הממשלה 1707. ראו גם להלן בה"ש 158 והטקסט הסמוך לה.

¹⁶ אלכס שטיין "הגישה ההסתברותית לפרשנות" **משפטים** נג (צפוי להתפרסם 2025) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4639107, בעמ' 2; בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 22 לפסק הדין של השופט שטיין (1.1.2024) (להלן: **בג"ץ הסבירות**); הפורום הישראלי למשפט וחירות, לעיל ה"ש 12, ב-16:00.

¹⁷ שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 9.

¹⁸ **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 16, בפס' 22 לפסק הדין של השופט שטיין. ראו גם בג"ץ 8987/22 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 17 לפסק הדין של השופט שטיין (2.1.2025) (דעת מיעוט) ("עמדה הרוואה בבתי המשפט גורם אשר אמור למלא מושגים וזכויות כאמור בתכנים ערכיים קונקרטיים על-פי תפישתו-שלו סותרת את התפישת הפוזיטיביסטית של המשפט. כפי שכבר צוין על ידי, תפישה פוזיטיביסטית זו מעוגנת בסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה – הוראה חוקתית מפורשת שמקימה חיץ בין הדין והדיין") (להלן: **בג"ץ פקודת המשטרה**).

¹⁹ להלן חלק ב.

עבור סולברג ומבקרים אחרים של הפרשנות התכליתית. המאמר יחשוף מימד אירוני בזווית ביקורת זו. שטיין מדגים אירוניה זו כאשר הוא מרים את דגלי האמפיריציזם, הפוזיטיביזם והריסון השיפוטי – אבל אז מבצע פרשנות לפי תאוריה שהוא מעגן בטעמים נורמטיביים אבסטרקטיים שהוא באופן אישי מאמין בהם, ובשיח האמריקני, מבלי לטרוח ולברר מהם דיני הפרשנות החלים עליו מתוך המשפט הישראלי הנוהג. במלים אחרות, מה אם הפרשנות התכליתית היא-היא – מבחינה פוזיטיבית – הדין? אם כן, שטיין עושה דבר והיפוכו: הוא טוען בשם הפוזיטיביזם ואז פועל וקורא לאחרים לפעול בניגוד לדין.

המחשבה שהדין הפוזיטיבי שותק ביחס לפרשנות אינה מוגבלת לאנשי מחנה מסוים. בעזרת הפרויקט המונומנטלי של הפרשנות התכליתית, אהרן ברק שאב את כל האוויר מהחדר. הוא הצליח, כפי שאומנם קיווה, לא לטפח אלא להשתיק את השיח המטא-פרשני במשפט הציבורי הישראלי.²⁰ כתוצאה מכך, הגם שכעת הדיון במתודולוגיה פרשנית מתעורר מתרדמתו כעניין נורמטיבי, אין לנו תשובות לשאלות דוקטרינריות בסיסיות כגון השאלה בדבר מעמדה הפוזיטיבי של הפרשנות התכליתית. אף אני עצמי כתבתי לאחרונה כך: "ספר החוקים אינו מורה לשופטים כיצד לבצע את הפעולה הפרשנית עצמה. אין תשובה חוקית מחייבת לשאלה 'מהי משמעות?' – למשל, אם זו כוונת מחברי הטקסט, או האופן שבו קהל היעד של הטקסט מבין את המלים – כמו גם לשאלות נלוות לה, למשל כיצד מגלים משמעות או מתי היא מתגבשת".²¹ אחרי שכתבתי זאת, שאלתי את עצמי: האומנם? כדי לברר את התשובה חקרתי בדבר המעמד הפוזיטיבי של הפרשנות התכליתית ומצאתי שהשופט שטיין ואני טעינו. שטיין סבור שאם "הדין" משמעו הדין הפוזיטיבי אזי הדין לצידו. אטען כי בכל הנוגע לאופן הפרשנות הראוי של טקסטים ציבוריים, עמדה זו שגויה; הדין הפוזיטיבי מורה להעדיף את הפרשנות התכליתית על פני כל חלופה אחרת.

אבסס את הטעון בעזרת מקור שמאיר את המחנה השיפוטי הימני באור אירוני נוסף, וזהו השיח האמריקני השמרני עצמו. כידוע, תורת הפרשנות החוקתית שהפכה לפופולרית ביותר בקרב שמרנים אמריקנים מאז שנות השמונים של המאה העשרים היא אוריג'ינליזם, או מקורנות חוקתית. בראשית, המקורנים טענו שהכוונות המקוריות של האבות המייסדים מגדרות את המשמעויות החוקתיות המחייבות. עמדה זו נזנחה מאז, וכיום אוריג'ינליזם אינו גישה אחת אלא משפחה של גישות, החולקות שני מאפיינים משותפים מרכזיים: שהמשמעות של הטקסט החוקתי היא עובדה אמפירית קבועה בזמן, ושעובדה זו מחייבת את הפרשן.²² אחת מן ההצדקות

²⁰ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 23-24 (1992). לביקורת על עמדה זו ראו רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" **עיוני משפט** כא 81, 113-114 (1997). גם ברק עצמו מצדיק את הפרשנות התכליתית על יסוד שיקולים נורמטיביים ולא פוזיטיביים – לא רק כאשר ביסס אותה בתחילת הדרך אלא גם כיום, לאחר שהתבססה מכבר. ראו אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** 29-75 (2023); אבל השווה לפרשת **גנימאת**, להלן ה"ש 197 והטקסט הסמוך לה, שם ברק נסמך על דיני הפרשנות ולא רק על התאוריה של הפרשנות.

²¹ רזניק "פרשנות שיפוטית שמרנית", לעיל ה"ש 13, בעמ' 243.

²² ראו Lawrence B. Solum, *Originalism versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, 113 NW. U. L. REV. 1243 (2019).

לאוריג'ינליזם שזכו לתהודה הרבה ביותר בשנים האחרונות נטועה בעמדה פוזיטיביסטית, שלפיה מתודה זו היא הנכונה לא בהכרח מטעמים נורמטיביים אלא כי אוריג'ינליזם הוא הדין. כלומר, הטענה היא שבבוא השופט לבחור מתודה פרשנית, עליו לתת את הדעת לא רק לתורה המגשימה באופן מיטבי בעיניו ערכים מוסדיים (למשל, הפרדת רשויות), אתיים (למשל, זכויות אדם), או אפיסטמיים (למשל, המשמעות הכי מסתברת נכון לרגע היסטורי מסוים) – אלא שעליו לשאול: איזו שיטה פרשנית מורה לי הדין הפוזיטיבי ליישם?

אין מתאים מן הרגע ההיסטורי הנוכחי, שבו מתודולוגיה פרשנית ניצבת לראשונה בקדמת במת הוויכוח האידאולוגי על הפרקטיקה השיפוטית בישראל, לקיים דיון מסוג זה בהקשר המקומי. יישום התובנות בדבר כוחן החוקי המחייב של שיטות פרשנות יגלה כי בישראל הן תקפות כלפי הפרשנות התכליתית. לטענתי, פוזיטיביסט ישראלי צריך לאמץ את הפרשנות התכליתית. לפיכך הפרשנים התכליתיים הם שקוראים נכונה את ספר החוקים, בעוד ששטיין ואחרים שמתנגדים לפרשנות התכליתית – ויהיו טעמיהם אשר יהיו – מציעים לא ליישם את הדין אלא לשנות אותו.

הדיון יתקדם כדלהלן. אפתח, בחלק ב', בתיאור היומרות הפוזיטיביסטיות של האלטרנטיבות שקמו לפרשנות התכליתית בהתמקד בגישה ההסתברותית שמציע השופט שטיין. בחלק ג' אציג ניתוח ביקורתי ראשוני של הפרשנות ההסתברותית, הממוקד בכשלונה להעמיד תורה אובייקטיבית ונייטרלית – ערכים הנגזרים, לדעתו של שטיין, מפוזיטיביזם. אמשיך, בחלק ד', בהסבר על המפנה הפוזיטיבי שחל במקורות החוקתית האמריקנית בשנים האחרונות ומדוע יש טעם ביישום שלו ביחס לישראל. זאת במיוחד לנוכח ההסתמכות המשותפת של השופט שטיין ושל נציגי המפנה הפוזיטיבי על תורתו של ה.ל.א. הארט. בחלק ה', אעמיק את הביקורת ואטען כי שטיין נכשל בהבנת וביישום הפוזיטיביזם ההארטיאני שבו הוא לכאורה אוחז. חלקים אלה מניחים מצע אקטואלי לטיעון כללי על המשפט הישראלי שיש לבחון את תורת שטיין לאורו. טיעון זה הוא לב המאמר ומוצג בחלק ו'. לאחר שהצעתי ביקורת על התאוריה של שטיין מתוך הגיונה הפנימי (חלק ג') ומתוך מיקומה בהקשרים אינטלקטואליים, חברתיים ונורמטיביים שהוא מצניע (חלק ה'), בחלק ו' אטען כי תורת שטיין סותרת את הדין הפוזיטיבי בישראל. בעוד שמקורנים פוזיטיביסטיים אמריקנים טוענים שאצלם "אוריג'ינליזם הוא הדין" – אצלנו, בישראל, הפרשנות התכליתית מהווה דין מחייב. עובדה זו משתקפת מהנורמות שמנסחים ומיישמים המוסדות יוצרי הדין בישראל בכל קומות הפירמדה הנורמטיבית. לפיכך, הפרשנים האמפיריציסטיים, כדוגמת שטיין והגישה ההסתברותית או סולברג והגישה המקורנית, אינם מציעים ליישם את הדין החל בישראל כפי יומרתם, אלא לשנות אותו ולהציב במקומו דין חדש שעדיף בעיניהם. כלומר, מתודת הפרשנות ששטיין מציע לא רק שאיננה נייטרלית ואובייקטיבית, ולא רק שאינה מתאימה לתאוריה ההארטיאנית שהיא מסתמכת עליה, אלא שהיא איננה תורה פוזיטיביסטית כלל ככל שהיא מיושמת בישראל. אחתום בתקווה כי האבחנות המוצעות על אודות דיני הפרשנות המחייבים בישראל יסייעו לחידוד השיקולים הנורמטיביים והמוסדיים בדיון על גורלה של הפרשנות התכליתית.

א. היומרות הפוזיטיביסטיות של סולברג ושטיין

שני שופטים בבית המשפט העליון העמידו בשנים האחרונות אתגרים עקרוניים לפרשנות התכליתית. ראשון בא נעם סולברג, שעיקר ביקורתו נסבה על המשקל שמעניקה הפרשנות התכליתית לעקרונות וערכי יסוד, שלצורך שקלולם מפעיל השופט שיקול דעת נורמטיבי, על חשבון כוונת המחוקק.²³ אחריו הצטרף אלכס שטיין, שהציע ביקורת מפורטת וכוללת יותר במאמר מקיף שפרסם באנגלית ולאחר מכן בגרסה מקוצרת בעברית.²⁴ ישנם הבדלים משמעותיים בין שני המורדים בסמכותה של הפרשנות התכליתית²⁵: בניגוד לסולברג, שטיין לא טוען שהוא שואב השראה ממסורות המשפט הישראלי. שטיין נטוע באקדמיה האמריקנית מבחינה שיחית, בדיני הראיות מבחינה דוקטרינרית ובניתוח כלכלי ניאו-קלאסי של המשפט מבחינה מתודולוגית-מחקרית. כתוצאה מכך, כפי שאפרט מיד, היכן שסולברג מחפש כוונה מקורית, שטיין תר אחר אובייקט אחר: משמעות פומבית מסתברת.²⁶ עם זאת, הם שותפים לכמה תובנות בסיסיות: שמתודולוגיה פרשנית היא המרכיב במורשת ברק שיש להקדיש לו את מירב תשומת הלב הביקורתית; שאת מירב האנרגיה הקונסטרוקטיבית יש להקדיש לבניית אלטרנטיבה לתורה התכליתית; שהבעיה המרכזית בפרשנות התכליתית היא מרחב שיקול הדעת שהיא מעניקה לפרשן, המאפשר לו הלכה למעשה לשקלל העדפות מדיניות אישיות כשהוא קובע משמעות מחייבת; ושהתרופה לכך היא עמידה איתנה על גבולות הסמכות של כל שחקן בשרשרת הפרשנית: בראוי, המחוקק מציב (posits) עובדה משפטית ואילו השופט מגלה אותה, מתקף אותה ומיישם אותה במקרה הפרטי.

התעכבתי על פרטיה, מאפייניה ומשמעויותיה של החלופה הסולברגית במקומות אחרים.²⁷ לצורך הדיון הנוכחי אדגיש רק שתורת משפט פוזיטיבית משחקת בה תפקיד חשוב. סולברג הניף

²³ סולברג, לעיל ה"ש 10; רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 14.

²⁴ Alex Stein, *Probabilism in Legal Interpretation*, 107 IOWA L. REV. 1389 (2022); שטיין, לעיל ה"ש

16.

²⁵ במקרים אחדים התגלעו חילוקי דעות פרשניים בין השופט סולברג לשופט שטיין. ראו רע"א 6493/21 לגזיאל נ' אר אס דיזיין בע"מ, פס' 20 לפסק הדין של השופט סולברג (2.2.2022); רע"ב 8018/19 פלוני נ' בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, פס' 47 לפסק הדין של השופט סולברג (3.12.2020) (דעת מיעוט); ע"פ 6808/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 22-25 לפסק הדין של השופט סולברג (16.5.2019).

²⁶ נטף מבקר את שטיין על שהוא אינו מגדיר את האובייקט שאחריו על הפרשן לתור. נטף, לעיל ה"ש 5, בעמ' 134. המונח "משמעות פומבית מסתברת" לא נזכר במפורש אצל שטיין, אבל לדעתי עולה ממאמריו כי זו התשובה לשאלתו של נטף.

²⁷ Reznik, לעיל ה"ש 13; רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 14. הדיון שלהלן מרוכז בעיקר בתורתו של השופט שטיין ולא בזו של השופט סולברג משלושה טעמים מרכזיים. הראשון הוא שיש כבר בנמצא דיון במקורנות הסולברגית פרי עטי, והמאמר גם כך עמוס בהפניות עצמיות. הטעם השני הוא שסולברג עצמו מצוי בתהליך של הערכה מחדש של עמדתו הפרשנית ולאור זאת לא ראוי לתקוע בה מסמרות בנחרצות רבה מדי בעת הזו. כוונה מקורית נותרה האובייקט שאחריו צריך לתור, לדעתו של סולברג, אבל לא ברור עוד שיש לו מתודה כדי לעשות זאת. ראו להלן ה"ש 244 והטקסט הסמוך לה; רפי רוניק "בעיית היד המתה של העבר בבג"ץ הסבירות" בלוג-ICON-

את הדגל הפוזיטיביסטי עם השבעתו לבית המשפט העליון, כשטען בזכות "פורמליזם מהותי – פוזיטיביזם".²⁸ תחת כותרת זו העמיד את הצורך לבכר את לשון החוק על פני ערכים נורמטיביים והצביע על מגמות הפרשנות המרחיבה בדיני חוזים ובזכויות אדם ככאלה שפגעו בחשיבות הבהירות, הוודאות והיציבות במשפט. גם בכתיבה מאוחרת יותר, לאחר שפיתח גישה פרשנית משלו במטרה להגשים עקרונות אלה, שב סולברג והטעים כי על השופט "להפעיל את הכלים העומדים לרשותו בהתאם למגבלות הדין".²⁹ מכאן פנה סולברג לדון בכלי הפרשנות תוך השמעת ביקורת על השיטה התכליתית והצעת דרכים לשינויה ושיפורה. אם צריך להקדים ולהדגיש את הצורך לעמוד בגבולות הדין טרם הדיון, משמע שלגישתו של סולברג הפרשנות התכליתית אינה עומדת די על המשמר מבחינת יושרתה הפוזיטיביסטית. דרכו של סולברג לגדר את הפרשנות לתחומי הדין היא להעלות את קרנה של הכוונה המקורית של המחוקק ולהיצמד אליה במקום שבו הפרשנות התכליתית קוראת להפעלת שיקול דעת שיפוטי רחב. אובייקטיביות שיפוטית מתממשת לידו באמצעות מתן תוקף לסובייקטיביות של המחוקק, דהיינו לכוונה המקורית שלו במועד החקיקה, שהמקורות האמינים ביותר לגילוייה הם מקורות חיצוניים לטקסט.³⁰

S-IL (7.3.2024) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2024/03/07/070324> הטעם

השלישי והעיקרי הוא ששטיין, בניגוד לסולברג, מצוי בתנופה. הוא מפרסם מאמרים בנושא ומקדם את שיטתו הפרשנית בפסיקתו במרץ רב. לכן שטיין הוא שבמוקד, אבל גם מקומו של סולברג לא ייפקד.

נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" **דין ודברים** ח 13, 19 (2014) (הרצאה שנשא סולברג, שהחל לכהן בבית המשפט העליון בפברואר 2012, בחודש אוקטובר של אותה שנה).

סולברג "על ערכים סובייקטיביים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 37.

על הקושי שבאיתור מקורות אמינים כאלה, ראו להלן ה"ש 241-248 והטקסט הסמוך להן.

²⁸

²⁹

³⁰

התשתית שעליה נבנה כעת הוויכוח הפרשני בישראל, על כל ענפיו, היא האמריקניזציה של הימין הישראלי.³¹ במקרה של האתגר הסולברגי, לא ברור שקיים בין הדברים קשר סיבתי ישיר.³²

רזניק "לא שמרנות", לעיל ה"ש 13; רזניק "פרשנות שיפוטית שמרנית", לעיל ה"ש 13; Reznik, לעיל ה"ש 13. כפי שאני מציין במקומות אלה, מקיומן של מגמות אמריקניזציה בימין אין משתמע היעדרן של מגמות דומות גם במחנות משפטיים או אידאולוגיים אחרים, והפרשנות התכליתית מקורה גם כן בהשפעה אמריקנית שספג אהרן ברק. לטענה שיש להציב במוקד המחקר דווקא את האמריקניזציה של השמאל המשפטי בישראל, ראו יונתן גרין "הישראליות של הימין המשפטי" **האמריקניזציה של הימין הישראלי**, לעיל ה"ש 13, 265, 277-285. בהקשר הפרשני, גרין מתייחס בפרט לטקטיקה של הרחבת המשמעות של מונח על-ידי הצמדת שם-התואר "מהותי", כגון במקרה של דוקטרינת ה"הליך נאות מהותי" (substantive due process), ומייחס אותה לבית המשפט הליברלי בארצות הברית של שנות החמישים (שם, בעמ' 280). אבל יש לציין כי המקור של תיבה זו והשימוש הנרחב ביותר בה נעשה בכלל בעידן "לונדון" בתחילת המאה העשרים, שבו בית משפט שמרני פסל רפורמות פרוגרסיביות בשם פגיעה בחירויות חוקתיות לא מנויות, כדוגמת פסילת חוקי מגן שהגבילו את מספר שעות ההעסקה המותרים ביממה בשם חופש החוזים. לאור זאת אין תימה שבפרשה הישראלית שמביא גרין בתור דוגמה מובהקת לפרשנות מרוסנת טרם עידן ברק (שם, בעמ' 284), בית המשפט פתוח לאפשרות של פרשנות לפי עקרונות יסוד מופשטים – באותו מקרה זהו חופש החוזים. ע"א 61/48 "זבולון" **אגודת יורדי-ים נ' מלך**, פ"ד ב 468, 464 (1949). ראו גם להלן ה"ש 164-165 והקטסט הסמוך להן. אכן, תקופות שבהן שלט בארצות הברית בית משפט שמרני, כגון תחילת המאה העשרים או התקופה הנוכחית, לא מאופיינות בפחות אקטיביזם אלא באקטיביזם שמונע מערכים שונים, מנומק אחרת ועטוף ברטוריקה שונה. מכאן הדיונים הערים כיום במחנה הפרוגרסיבי בארצות הברית על הצורך ברפורמה משפטית מנקודת מוצא של דמוקרטיה רובנית ופופולריות שמאל. ראו למשל, IAN MILLHISER, *THE AGENDA: HOW A REPUBLICAN SUPREME COURT IS RESHAPING AMERICA* (2021); Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *Democratizing the Supreme Court*, 109 CAL. L. REV. 1703 (2021), והשוו Jacob S. Abolafia & Jonathan S. Gould, *When Courts Matter*, BOSTON REV. (Apr. 26, 2023), <https://www.bostonreview.net/articles/when-courts-matter>.

בהתייחס לאמריקניזציה של הימין המשפטי בישראל, גרין טוען שהיא אינה אלא התפתחות טבעית הנובעת מכך "שהשמאל המשפטי בישראל ייבא אלינו שלל תפיסות וגישות אקטיביסטיות אמריקניות" (גרין, לעיל, בעמ' 282). אך אין די בהשפעות האמריקניות על הליברליזם המשפטי בישראל כדי לפטור את הדמיון בין תגובת-הנגד שם ותגובת-הנגד כאן כהתפתחות טבעית גרידא, אלא שיש לעמוד על הנסיבות ההיסטוריות שעיצבו את הדמיון הזה על מופעיו המגוונים. כפי שמפרטים יתר הפרקים בספר שבו התפרסם מאמרו של גרין, האמריקניזציה של הימין הישראלי היא נסיבה מרכזית. עדות נוספת מספק מאמרו של גרין עצמו. לטענתו, השמרנות המשפטית הישראלית החדשה מהדהדת את המשפט הישראלי קודם לעידן ברק והשאיפה לנסח גישות פרשניות אנטי-תכליתיות היא "ישראלית לעילא" (שם, בעמ' 284). אפיון זה טעון חידוד, שהרי המשפט הישראלי מראשיתו התעצב כשעטנו של השפעות שונות, בהן גם המשפט האמריקני (ראו גם להלן ה"ש 194, 308). אך עצם השאיפה לחזור אחורה לעבר מדומיין של מתינות ויציבות איננה שאיפה אורגנית לאתוס הישראלי. היא זרה למסורת הציונית החילונית, שבה האלמנטים הנוסטלגיים הוכפפו לאמונה בקידמה; היא זרה למסורות ניאו-כנעניות, שבראש מעייניהן השתלבות במרחב-הים-תיכוני; והיא זרה למסורת היהודית הרבנית, שבנויה על פרשנות חיה ודינמית (ראו להלן בה"ש 184, 213 והקטסט הסמוך להן). השאיפה הזו כשלעצמה מעידה על עליית אידאולוגיה שמרנית בישראל, שאין לה שורשים מקומיים. ראו Jonathan Rynhold, *In Search of Israeli Conservatism*, 7 J. POL. IDEOLOGIES 199 (2002). ממילא, סולברג ושטיין לא מספקים את הסחורה הזו כפשוטה והם אינם מציעים גישות פרשניות זהות לאלה ששלטו

לעומת זאת, השופט שטיין בקיא בצפונותיו של השיח האמריקני העכשווי על אודות מתודולוגיה פרשנית וממקם בתוכו את החלופה שהוא מציע במודע ובמפורש. שטיין מוטרד גם הוא מהיעדר אובייקטיביות בפרשנות, אבל לדעתו המפתח מצוי בלשוניות של המכשירים העומדים לפירוש. כלומר, לא רק העובדה שטקסטים כמו חוקים הם תוצר של כוונות אלא בעיקר העובדה שהם מורכבים ממלים שבאמצעותן בני אדם מתקשרים ביניהם. שטיין מרדד מקורות משפטיים לכדי תקשורת בין-אישית ולפיכך טוען שפרשנות שיפוטית של מכשירים נורמטיביים אינה נבדלת מפרשנות של כל דיבור בגוף שני, ללא תלות במדיום.³³ שטיין תר אפוא אחר עובדות אמפיריות קבועות בזמן, והוא פיתח תורת פרשנות הסתברותית (probabilism), שנסמכת על עקרונות מתחום דיני הראיות כדי לקבוע איך ניתן לעמוד על אותן עובדות.

שטיין וסולברג חולקים את התובנה הבסיסית כי לב הבעיה במחשבה שפרשנות שיפוטית מחייבת התייחסות לרצוי ולא רק למצוי. את המתינות של סולברג מחליף שטיין בנחרצות. סולברג הדגיש את מתינותו כאשר החרה החזיק אחרי ברק והדגיש את המשקל שיש להעניק לתכלית האובייקטיבית בפרשנות חוקתית. במקרה כזה, בניגוד לפרשנות חקיקה רגילה, סולברג עמד על הצורך ליצוק לעקרונות חוקתיים מופשטים משמעות מתוך "מבט רחב" המגשר בין הדורות.³⁴ "At its core, probabilmism maintains that judges should view legal rules as a communication between individuals"³⁵ ניתן היה לקרוא משפט זה כביטול הקשרו המוסדי של השיפוט, מפני שתקשורת בין-אישית מתרחשת גם בבית, ברחוב ובכל מקום שבו יש בני אדם. בניגוד לבית המחוקקים או בית המשפט, התקשורת בין הפרטים בכל אותם הקשרים

בכיתה, לדעתו של גרין, בעשורים הראשונים למדינה (כשם שהגישות האמריקניות שצמחו כתגובות נגד לליברליזם המשפטי שם אינן אותן גישות שיושמו לפני עלייתו, ולכן לא ברור מה נלמד אם נכנה אותן "אמריקניות לעילא"). אף אם הייבוא האמריקני המובהק יותר הוא הפרשנות התכליתית, כפי שטוען גרין, מבחינת דיני הפרשנות יש חשיבות לסדר הזמנים. יהא אשר יהא המקור שלה, אם הפרשנות התכליתית התבססה כדין פוזיטיבי מחייב בישראל, כנטען במאמר זה, הדבר מטיל על כתפי מי שטוען נגדה את הנטל להציע תאוריה של שינוי משפטי שתצדיק ותסדיר את היפוך הדין. זאת שטיין לא עושה. ראו גם להלן בה"ש 300 והטקסט הסמוך לה. לבסוף אעיר במאמר מוסגר כי גרין מצטט כאילו מפי את הטענה שהתנועה השמרנית המתגבשת בישראל היא תגובה-נגד "להגמוניה של שמאל משפטי" (גרין, לעיל, בעמ' 282). זהו ציטוט שגוי; במקור נכתב "legal liberalism" (Reznik, לעיל ה"ש 13, בעמ' 472). אני מקפיד להבחין בין ליברליזם משפטי ובין שמאל משפטי, היות שהגישה האחרונה ביקורתית כלפי הראשונה (ראו שם וכן בעמ' 396-398, וראו עוד Wendy Brown & Janet Halley eds., 2002); Louis Michael Seidman, Brown and Miranda, 80 CAL. L. REV. 673 (1992); Robin West, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, 88 (MICH. L. REV. 641 (1990)).

³² אם כי סביר להניח שקשר כזה אכן קיים. ראו Reznik, לעיל ה"ש 13, בעמ' 411, ה"ש 121.

³³ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1389, 1403 ולאורך המאמר.

³⁴ בג"ץ 3390/16 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת**, פס' 50-62 לפסק הדין של השופט סולברג (8.7.2021) (דעת מיעוט).

³⁵ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1394.

אינה מתנהלת בכובעם כבעלי תפקידים במוסדות המדינה ואינה מצדיקה הפעלת סמכויות שלטוניות, ונדמה ששטיין טוען כי כובעים וסמכויות אלה אינם משליכים כהוא זה על מהות הפעולה הדיבורית או על זו הפרשנית.³⁶ עם זאת, לדעתו ההיבט המוסדי החשוב ביותר נוגע להפרדת הרשויות, ודווקא גישות אמפיריציסטיות, טקסטואליות ומקורניות, להבדיל משיטות תכליתיות, פרגמטיסטיות וביקורתיות, הן היחידות שמתייחסות להפרדת הרשויות בכובד הראש הראוי: "Probabilism forces judges to act as faithful agents of the legislature and the people".³⁷ זאת משום שרק הגישות שמצרות את שיקול הדעת הפרשני "לוקחות את החוק הניצב ברצינות" ("take[] positive law seriously").³⁸ שטיין מציע תורה חלופית לכולן, אבל את המשפחה הפרגמטיסטית שטיין דוחה על הסף בשל אמונתה שפרשנות היא פעולה נורמטיבית, ואילו עם המשפחה הטקסטואליסטית הוא הולך צעד אחד של אמונה במהות האמפיריציסטית של הפרשנות ודרכיהם נפרדות רק באופן הראוי לבצע פעולה זו.³⁹

חלף כוונה מקורית, הגישה ההסתברותית תרה אחר "משמעות פומבית".⁴⁰ זהו ייבוא של המושג האמריקני "original public meaning" ושטיין הוא השופט הראשון בישראל שמשמש בו. משמעות פומבית דומה לכוונה מקורית בהיותה עובדה אמפירית קבועה בזמן שקיומה קודם לכל פרשנות, אך שונה ממנה בכך שהיא אינה מצויה בראשם של מנסחי הטקסט אלא במרחב הציבורי שבין המנסחים לקהלם. בארצות הברית, המעבר מכוונה מקורית למשמעות פומבית היווה שינוי טקטוני בחשיבה האוריינליסטית בין ראשיתה בעידן רייגן ובין התקופה הנוכחית. בין היתר, הובילו לשינוי זה הכרה באי-אפשרות למדוד כוונות באופן מדויק, בסקפטיות לגבי קיומה של כוונה קוהרנטית בקרב גוף קולקטיבי, בהעדר הלגיטימציה המוסדית של מחשבות כמוסות ובסכנת המניפולציה של פרוטוקולים.⁴¹ בדומה לנציגים אחרים של מקורנות עכשווית

³⁶ Heidi M. Hurd, *Sovereignty in Silence*, 99 YALE L.J. 945, 1009-10, 1027-28 (1990) השוו (arguing for a "non-communicative" model of legislation under which legislatures are conceptualized as theoretical authorities, and recommending that courts therefore "interpret statutes in light of the purposes that they may best be made to serve"). ראו גם להלן ה"ש 58 והטקסט הסמוך לה.

³⁷ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1401.

³⁸ שם, בעמ' 1398.

³⁹ שם, בעמ' 1430-1429.

⁴⁰ רע"א 8226/21 **קיבוץ נאות מרדכי נ' שליידר**, פס' 51 לפסק הדין של השופט שטיין (27.3.2022); רע"ב 534/19 **זיאדה נ' מדינת ישראל**, פס' 45 לפסק הדין של השופט שטיין (20.8.2019).

⁴¹ ראו Keith E. Whittington, *Originalism: A Critical Introduction*, 82 FORDHAM L. REV. 375, Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in A MATTER OF INTERPRETATION 3, 16-18, 34-36 (Amy Gutman ed., 1997). ראו גם אוריאל חרל"פ "אוריינליזם אינו מה שחשבתם: על ההבדלים בין טקסטואליזם ובין פרשנות תכליתית" **פורום עיוני משפט** מז (2023)

מתחכמת, שמקדימים משמעות פומבית על פני כוונה, שטיין מפנה לפילוסוף לודוויג ויטגנשטיין, שטען כי משמעות איננה קדם-חברתית אלא היא פרדיקט של שימוש בלשון.⁴² ויטגנשטיין מספק תשתית אנאליטית לתפיסה היסטוריוציסטית של שפה, דהיינו משמעות משתנה בהתאם לשינוי בשימוש במלים, ולפיכך משמעות בנקודת זמן אחת שונה ממשמעות בנקודת זמן אחרת. שילוב של תאוריה זו עם תאוריות של פוזיטיביזם משפטי ושל הפרדת רשויות נותן הצדקה לרעיון שהשופטת הפרשנית יכולה באופן לגיטימי ליישם רק את אותה משמעות שקיבלה לגיטימציה דמוקרטית בנקודת הזמן שבה אותה לגיטימציה התקבלה. בהתאם לכך, המקורנים המתחכמים ביותר מבחינה מתודולוגית משתמשים בכלים אמפיריים מתקדמים כמו "בלשנות המאגר" (corpus linguistics), כדי לסרוק כמות גדולה של מסמכים היסטוריים

https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/files/ugd/6a76e2_4667dc62e4cd40f08edb95e9bb1_2baes.pdf

חרל"פ ממשיך וטוען כי השיח שהתעורר בישראל על אוריג'ינליות הוא ויכוח עם "איש קש" היות שהמקורות החוקתית האמריקנית אינה מרוכזת עוד בכוונה מקורית. אני בטוח שמסגור זה נכון. ההבנה של אוריג'ינליות כחיפוש אחר כוונה מקורית היא אכן מיושנת (רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 80, ה"ש 72). אולם, השופטים שאליהם מתייחס חרל"פ היו נכונים לבקר את הרעיון של כוונה מקורית, כי הם לא התווכחו עם עמדות שאוחזים שמרנים אמריקנים אלא עם העמדות שמציג השופט סולברג. סולברג מיישם פרשנות שמעדיפה את הכוונה על פני הלשון, וזאת בשל התנאים המקומיים שנבדלים מההקשר האמריקני (Reznik, לעיל ה"ש 13, בעמ' 429-435). ההנחה הקרתנית היא שיש טעם ששופטים ישראלים יהיו בקיאים בנבכי זרמים אוריג'ינליסטיים שונים. חרל"פ מציין כי מקורות חוקתית היא כעת הזרם המרכזי בבית המשפט העליון בארצות הברית ונישאת גם בפי מי שאינם מזדהים כשמרנים. ראשית, המשמעות של הזדהות זו הרבה יותר מורכבת מהמתואר במאמר (השוו את חרל"פ, לעיל, בעמ' 18-19, המעלה על נס את ההזדהות של השופטת קגן כאוריג'ינליסטית וטקסטואליסטית, למאמר אחר מאת אותם כותבים שהוא מפנה אליהם (שם, בה"ש 90), המציבים סימני שאלה סביב ההזדהות האמורה של השופטת קגן. Kevin Tobia, Neel U. Sukhatme & Victoria Nourse, *Is Originalism Orthodoxy?*, SSRN, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4551776 (draft posted 13 Sep. 2023).

בעמ' 14. אותם כותבים מוסיפים כי מבחינה אמפירית, האוריג'ינליות שמיישמים השופטים בפועל אינו טקסטואליסטי. שם, בעמ' 60). שנית, ככל שהטענה מדויקת, היא מעידה על העוצמה המוסדית של הימין השיפוטי בארצות הברית, שבכוחו לקבוע את תנאיהם של פולמוסים משפטיים (ראו TELES, לעיל ה"ש 6) – אבל היא אינה הופכת את הדוקטרינה האוריג'ינליסטית לאוניברסלית. ראו גם להלן טקסט סמוך לה"ש 185.

שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4; Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1407-1409. ההתייחסות כאן היא כמובן לויטגנשטיין "המאוחר". לודוויג ויטגנשטיין **חקירות פילוסופיות** (עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת 1994). מעניין לציין כי באחת הפרשות הסתמך השופט הנדל על הגותו זו של ויטגנשטיין כדי לטעון נגד השופט שטיין. בעוד ששטיין מצא שלשון החוק ברורה ולפיכך אין להידרש לבחינה תכליתית, הנדל הדגיש כי אם משמעות היא תוצר של שימוש אזי יש להביא בחשבון את הפרשנות הנוהגת של דבר החקיקה הלכה למעשה, וזו הצביעה על הכיוון ההפוך מזה ששטיין סבר שהלשון מובילה אליו. ע"א 8096/17 סקוק נ' איסחקוב, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל (3.2.2019) (דעת מיעוט). שטיין משתמש בפרשה זו במאמרו כדי להדגים את עדיפות הגישה ההסתברותית על פני הגישה התכליתית, אבל לא מתייחס לפרשנויות השונות להגות ויטגנשטיין. שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 15-20.

ולמצוא לכאורה את אותה משמעות, כפי שהיא מתבטאת בשימוש בלשון בפועל, בדיוק הרב ביותר.⁴³

עם זאת, הן בכתיבתו האקדמית הן בפסיקותיו, שטיין אינו מתעכב על ההבדל בין משמעות פומבית לכוונה והוא סבור שהמשמעות הפומבית היא ברגיל ביטוי של הכוונה,⁴⁴ ושמשמעות "אותנטית" היא "סינרגיה של כוונה ומלים".⁴⁵ אם משמעות היא נגזרת של שימוש בשפה אצל הציבור המשתמש, ואין הבדל בין חקיקה לבין תקשורת בין-אישית, אז כוונת אחד הצדדים לשיחה – המחוקק – היא האינדיקציה החזקה ביותר.

לזכותה של הגישה ההסתברותית יש לזקוף את הצניעות האפיסטמית שלה: אליבא דשטיין על בתי המשפט להכיר באי-יכולתם לברר עובדות לאשורן אלא רק באופן מסתבר.⁴⁶ הצורך במתודה לבירור משמעות תחת תנאי אי-וודאות מחולל שינוי קונספטואלי. שטיין מציע חידוש בהגדרת הדבר שאחריו השופט צריך לתור: משמעות פומבית מסתברת. כלומר, המשמעות הנכונה של דבר חקיקה היא המסר שיש את ההסתברות הגבוהה ביותר שהמחוקק או מחוקק-העל ביקש להעבירו דרך המלים שבהן בחר להשתמש.⁴⁷ מכאן הרלוונטיות של דיני הראיות לפרשנות, ושטיין מפרט כיצד ליישם את אלה על אלה, בשלושה רבדים: ראשית, קביעת רף ההוכחה (שטיין מציע שבהקשרים פרשניים עליו להיות רף של מאזן הסתברויות); שנית, שימוש בקאנונים וחזקות שוברי שוויון (למשל, כלל הפרשנות המקלה בפלילים); שלישית, הזדקקות לנתונים לשוניים שונים (בהם מקורות המצביעים על משמעות מונח מסוים בתוך הקשרו ההיסטורי).⁴⁸

בגדרי רובד שלישי זה עשויים לבוא כלים כמו מאגרים היסטוריים בלשניים, אך שטיין אינו מועיד להם תפקיד מרכזי, שהרי הוא משמיט את המילה "מקורית" בתרגומו "original public meaning" ל-"משמעות פומבית". בניגוד לאוריג'ינליסטים האמריקנים, שטיין אינו מבחין בין פרשנות חוקתית וחקיקתית ומשכך נשחק המעמד של אלמנט המקוריות, שבארצות הברית מיוחד לחוקה. הפרשנות ההסתברותית יכולה כך לחמוק מן הפח שמתודות כמו בלשנות המאגר מציבות

⁴³ להסבר כללי ראו עינת גונן "מבוא לבלשנות המאגר: על חקר הקורפוסים בעולם ובישראל" **תעודה** כ"ז 15 (התשע"ו); על היישום במסגרת פרשנות שיפוטית ראו סימפוזיון בנושא ב-BYU L. REV. issue 6-2017. ככלל, אין לבתי משפט כלים ליישם את מתודת בלשנות המאגר. בנוסף, היישום של מתודה זו רווי הטיות גלויות וסמויות. ראו למשל, Molly Redden, *Inside The Ritzy Retreats Hosting Right-Wing Judges*, HUFFPOST (Mar. 19, 2024), https://www.huffpost.com/entry/judges-luxury-travel-corpus-linguistics_n_65f75ff6e4b0defe9b276601.

⁴⁴ שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 14; Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1395, 1400, 1406; בג"ץ 8029/21 **בן ארי נ' השר לביטחון פנים**, פס' 59 לפסק הדין של השופט שטיין (30.5.2022) (אם כי במקרה זה שטיין פסק בניגוד גמור לתכלית הסובייקטיבית. ראו שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט עמית (דעת מיעוט)); עניין **נאות מרדכי**, לעיל ה"ש 40, בפס' 51 לפסק הדין של השופט שטיין; עניין **זיאדה**, לעיל ה"ש 40, בפס' 46 לפסק הדין של השופט שטיין; להלן ה"ש 79 והטקסט הסמוך לה.

⁴⁵ שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3.

⁴⁶ שם, בעמ' 18; Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1400.

⁴⁷ שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3.

⁴⁸ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1399-1409.

לבתי משפט מקורניים: אפשר בעזרתן להוכיח אמפירית שהפרשנות שנקט בית המשפט, על-פי הסטנדרטים שהציב לעצמו, היתה שגויה.⁴⁹ שטיין אינו נסמך אף על מתודות לגילוי אמפירי עכשווי של משמעות פומבית ("ordinary public meaning"), כמו למשל באמצעות שיטות מתחום הפסיכולוגיה החברתית שמתיימרות למדוד איך הציבור דהיום מבין מושגים מסוימים המשמשים בחקיקה.⁵⁰ זאת הגם שלדעתו "ביטויים כלליים ... יש לפרש בהתאם למשמעותם הפומבית והמקובלת בזמן יישומם".⁵¹ בשלב השלישי למהלך הפרשני המתואר, הגישה ההסתברותית מקבלת עקרונית כל ראייה רלוונטית על אודות משמעות שתוכל להטות את הכף במאזן ההסתברויות, אך הבחינה "האמפירית" נערכת כולה במרחב שבין מחשבותיו של השופט לבין ידו האוחזת בעט והיא אינה מחויבת למתודה כזו או אחרת. מחויבות כזו היתה פותחת אפשרויות להפרכה של קביעות פרשניות. שטיין מרגיש עם (תפיסה) אמפירית של משמעות מחייבת) אבל הולך בלי (מתודה) אמפירית לחילוף משמעות.⁵²

בחלק הבא אציף ביקורת על הפרשנות ההסתברותית מתוך הגיונה הפנימי. ביקורת זו ממוקדת בכישלון של שטיין לנטרל שיקול דעת אידאולוגי ולהעמיד תורה אובייקטיבית ונייטרלית – ערכים הנגזרים, לדעתו של שטיין, מפוזיטיביזם, ושבתורם מצדיקים נקיטת גישה פוזיטיביסטית. בחלקים הבאים, אטיל ספק בעצם היותה של תורת שטיין פוזיטיביסטית, דרך ניתוחה מבעד לעדשה של דיני הפרשנות שאינם עולים איתה בקנה אחד.

ב. הכשלון הפוזיטיבי של הפרשנות ההסתברותית

קיים מתח אינהרנטי בין צניעות אפיסטמית לבין רטוריקה שיפוטית. שטיין מותח ביקורת על השופטים השמרנים בבית המשפט העליון בארצות הברית המעמידים פנים שניתן לברר משמעות בוודאות ולא רק במסתבר,⁵³ למצער במקרים שבהם הדבר אינו "מדבר בעדו".⁵⁴ ניתן להפנות ביקורת זו גם כלפי שטיין עצמו, בכובעו כשופט. בפסקי הדין שאליהם הוא עצמו מתייחס כיישום של הגישה ההסתברותית, שטיין אינו קובע כי הפרשנות המועדפת עליו היא המסתברת ביותר אלא שהיא נכונה ללא סייג ואף אפשרות אחרת מלבדה לא יכולה כלל לעלות על דעתו של המשתמש "הרגיל" בשפה. הפער הזה ניכר אם משווים את האופן בו שטיין מתאר את אותה פסיקה של עצמו, פעם כשופט ("פרשנות המונח 'מוצר' ככולל דירות חוצה את גבולות הלשון")

⁴⁹ ראו למשל, James C. Phillips & Josh Blackman, *Corpus Linguistics and Heller*, 56 WAKE FOREST L. REV. 609 (2021).

⁵⁰ ראו למשל, Kevin P. Tobia, *Testing Ordinary Meaning*, 134 HARV. L. REV. 726 (2020). ליישום שיפוטי, ראו Gorsuch, J., dissenting slip opinion at 9 (Pulsifer v. U.S., 601 U.S. (2024)).

⁵¹ עניין גורטלר, לעיל ה"ש 9, בפס' 5 לפסק הדין של השופט שטיין (הדגשה הוסרה).

⁵² ראו גם Joseph Blocher & Brandon L. Garrett, *Originalism and Historical Fact-Finding*, 112 GEO. L.J. 699 (2024).

⁵³ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1419.

⁵⁴ שם, בעמ' 1396; שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1, 12; Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1396.

ופעם כמלומד ("ההסתברות שהמחוקק התכוון לכלול דירות בבחורו במילה 'מוצר' הינה נמוכה מאד עד-כדי-זניחה").⁵⁵

הקושי שטמון באמפיריציזם של הגישה ההסתברותית אינו מתמצה ברטוריקה. כרוך בה קושי חשוב יותר, שנוגע למהותה של הפרשנות השיפוטית כפעולה נורמטיבית. מבחינה עובדתית, הוראות דין אינן תקשורת בין-אישית אלא חלק ממערך מוסדי מורכב ששותפים לו גופים קולקטיביים שה"דיבור" שלהם הוא למעשה הפעלה של סמכות.⁵⁶ למרות זאת, שטיין סבור שאין נפקות למדיום שבו נמסר התוכן העומד לפירוש או לנסיבות החברתיות והפוליטיות שאפפו את המסירה או את פירושה. בנוסף, התוכן שנותן שטיין למימד הפומביות של משמעות פומבית הוא דל ביותר, הואיל והשיחה שהוא מדמיין היא חד-צדדית. למעשה מדובר בהתבטאות אך לא בתקשורת, כי צד אחד בלבד מדבר והצד השני תפקידו רק להקשיב: "The parties to that communication are the lawmakers, who give their commands in the form of rules, and the individuals who receive those commands" לכן, "the interpreters need to discover, as an empirical fact, what the drafters' intent was and how it was manifested in the provision's words and sentences".⁵⁷ דברי חקיקה כמוהם כסיפורים שסיפר מר המחוקק לגברת הציבור.⁵⁸ הפונקציות המוסדיות של שיפוט בדמוקרטיה ליברלית מתמצות בכך שהשופט, כסוכן נאמן של העם ושל המחוקק כאחד, נשבע שבתורו לספר את הסיפור יחזור על מה ששמע כפשוטו.

לדעתו של שטיין, רק תפיסה זו מאפשרת לשופט לאתר עובדות באופן מדעי, נייטרלי ואובייקטיבי – עובדות על אודות המשמעות עצמה. לשם הדגמה מנתח שטיין פסקי דין שנויים במחלוקת של בית המשפט העליון האמריקני הנוגעים בליבת מלחמות התרבות שם, כמו סוגיית הזכות לנשק וסוגיית האפליה בגין העדפה מינית. לטענתו, הגישה ההסתברותית מגנה על התוצאות שהתקבלו טוב יותר מההנמקות שהציעו השופטים שכתבו את פסקי הדין, שחלקם מזוהים כשמרנים וחלקם כליברלים. שטיין מראה כך כיצד גישתו מביאה לתוצאות שאהודות פעם על הימין ופעם על השמאל, ועניין זה חשוב לו גם ביחס לישראל; בהקשר המקומי אמר: "נקרא לשופט שנצמד למילות החוק בשמו, שמרן, ונקרא לשופט שהולך לפי הפרשנות התכליתית אקטיביסט ... אבל אז ממשיכים המבקרים ואומרים: מי ששמרן בהכרח נמצא בימין והאקטיביסט

⁵⁵ ע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פס' 9 לפסק הדין של השופט שטיין (19.8.2019); שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 21 (בהתאמה).

⁵⁶ לכל הפחות, הפעלת סמכות מוסדית היא סוג מאוד מיוחד ומורכב של תקשורת – ייחוד ומורכבות שצריכים לקבל התייחסות בפרשנותו – שהרי משמעותו של דיבור בין-אישית אינה מותנית, לדוגמה, בשלוש הצבעות של 120 איש ופרסום ברשומות, או בגיבוי של כוח כופה שנציגיו חמושים, או בכתיבת נימוקים שיצדיקו את השימוש בכוח הזה על-ידי אדם עטוי גלימה שצריך לעמוד כשהוא נכנס לחדר.

⁵⁷ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1394, 1400 (בהתאמה). ראו גם ע"מ 7711/22 מדינת ישראל נ' שפיר הנדסה חברה אורחית וימית בע"מ, פס' 11 (27.6.2024) ("במסגרת מלאכת הפרשנות, מוטל עלינו לשאול את עצמנו את השאלה הבאה: 'מה ביקש המחוקק להשיג בהשתמשו במילים ובמשפטים בהם הוא בחר להשתמש?'") (הדגשה הוסרה).

⁵⁸ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1394, 1403.

בשמאל ... שיח זה הוא שיח שגוי".⁵⁹ כדי למנוע את הסכנה שביישום שיקולי מדיניות עצמאיים, על בתי המשפט להפעיל כללים שמאפשרים לקבוע עובדות תחת תנאי אי-וודאות וזה מה שנותנים כללי הסתברות ראייתיים. בתוך כך מניח שטיין שמה שמתרחש כששופטים פוסקים דין הוא יישום נאמן של המתודה הפרשנית שהשופט אוהז בה ותו לא; "judges say what they mean and mean what they say".⁶⁰ המתודות שהם בוחרים מגדרות את האפשרויות הפרשניות העומדות לפנייהם. כתוצאה מכך, תחת התורות ששטיין מזהה כפוזיטיביסטיות, היינו המרוכזות בכוונות ובלשון ולא בתכליות חברתיות דינמיות, קשה ואף "בלתי-אפשרי" לבצע הטיות אידאולוגיות.⁶¹ זו הנחה מוזרה, שאינה נתמכת בראיות אמפיריות (ולמעשה סותרת תלי תלים של נתונים אמפיריים⁶²), והיא מובילה את שטיין להבנה לקויה של פסקי הדין שהוא מנתח. לדוגמה, בפסק הדין בעניין *Staples* נדון עניינו של אדם שהחזיק ברשותו מכונת יריה אוטומטית בניגוד לתנאי הרישוי הקבועים בחוק. בית המשפט העליון בארצות הברית ביטל את הרשעת מר סטייפלס בעברה המנהלית של נשיאת נשק אוטומטי ללא רשיון, לאחר שנקבע שלא היתה לו מודעות למידת הסכנה הטמונה בנשק שהחזיק ולפיכך לא היה מקום להטיל על כתפיו את הנטל לברר האם חלה עליו חובת רישום.⁶³ פרשנות הסתברותית תומכת בתוצאה זו, מבאר שטיין, בהסתמך על החזקה שבהיעדר לשון מפורשת יש לפרש דין פלילי כדורש יסוד נפשי, ככלל שובר-שוויון בין שתי פרשנויות אפשריות.⁶⁴ בניגוד לתמונה שמצייר שטיין, יישום זה של החזקה אינו עניין של קביעת עובדות לשוניות גרידא, אלא גם בחירה תרבותית ואידאולוגית שהמקורות שלה מצויים מחוץ לטקסט.

בית המשפט בעניין **סטייפלס** מבצע היקש – פעולה נורמטיבית מעיקרה – כדי לברר האם מכונת יריה היא יותר כמו רימון יד, מוצר שלגביו נפסק כי חלה חובה לברר תנאי רישום בשל הסכנה הטמונה בו, או יותר כמו מוצר שלא יוצר סכנה לציבור ואפשר להחזיק בו בתמימות גמורה. נקבע שהאפשרות השנייה היא הנכונה. דעת הרוב, מפי השופט תומאס, מצאה כי מקלעים אוטומטיים אינם מכשירים מסוכנים מבחינת הדרישה החוקית להטיל על המשתמשים בהם אחריות לשלום הציבור, אלא "תמימים לחלוטין" ("entirely innocent").⁶⁵ בית המשפט בעניין **סטייפלס** עיצב את קו הבסיס הקוגניטיבי להכרה והבנה של מסוכנות לפי תת-תרבות

⁵⁹ הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה (@HaifaLaw) פייסבוק (1.7.2021) <https://www.facebook.com/HaifaLaw/posts/4027164987331414>

⁶⁰ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1430.

⁶¹ שם, בעמ' 1431.

⁶² ראו למשל, Adam Bonica & Maya Sen, *Estimating Judicial Ideology*, 35 J. ECON. PERSPECTIVES 97 (2021); Sara C. Benesh & Jason J. Czarnecki, *The Ideology of Legal Interpretation*, 29 WASH. U. J. L. & POL'Y 113 (2009); Daniel R. Pinello, *Linking Party to Judicial Ideology in American Courts: A Meta-Analysis*, 20 JUSTICE SYSTEM J. 219 (1999).

⁶³ *Staples v. U.S.*, 511 U.S. 600 (1994).

⁶⁴ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1416-1419.

⁶⁵ עניין *Staples*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 611 (דעת הרוב מפי השופט תומאס). לביקורת ראו שם, בעמ' 631 (דעת המיעוט מפי השופט סטיבנס).

מסוימת: תרבות הנשק האמריקנית.⁶⁶ הבחירה לקדם תת-תרבות זו ולא אחרת היא בחירה נורמטיבית, אולי בלתי-נמנעת; בישראל, למשל, השופט לנדוי הציב כקו בסיס את השקפותיו של "הציבור הנאור".⁶⁷ שטיין מכיר בכך בעקיפין כשהוא מתייחס להסתמכות המפורשת של בית המשפט בעניין סטייפלס על המסורת האמריקנית של החזקת נשק, מסורת שהכתיבה את הממצא שרובים על פניהם אינם מכשירים מסוכנים.⁶⁸ ואולם התפקיד שמשחקים נתונים תרבותיים ואידאולוגיים כגון מסורת בגדרי השיטה ההסתברותית נותר סמוי. עמדה על כך רבקה ווייל:

נראה שאפילו שטיין אינו מצליח להיות נאמן לגישתו שמלאכת השפיטה הינה פעולה של חשיפת עובדות עד תום. שהרי, לעיתים במאמרו ניתן לדאות כי הצדקתו להחלטות כאלה על פני אחרות מבוססת על 'the moral repugnancy' של האלטרנטיבה ... שטיין גם משתמש במונח 'פשיטא' ('clearly') כדי להצדיק החלטה אחת על פני אחרת. מונח זה אין בו כדי לשכנע את בעלי העמדות האחרות. שטיין גם מציע שעל השופט לבחור את הפרשנות שמציעה את 'הנרטיב' הכי משכנע. עם זאת, דווקא השימוש במונח 'נרטיב' בתקופה של מלחמות נרטיבים גלויות בין עמים, בין קבוצות באוכלוסייה ובין שחקנים פוליטיים שונים מחדד את אלמנט הבחירה בפעולת הפרשנות.⁶⁹

שטיין עצמו מכיר את הרעיון של קוגניציה תרבותית ואף הדגיש באחד מפסקי הדין כי "אנשים בעלי תפישות ערכיות שונות נוטים לפרש אירועים בהם הם צופים דרך פריזמה המעוצבת על ידי תפיסותיהם הערכיות המוקדמות, אף מבלי להיות מודעים לכך".⁷⁰ הדבר נכון לא רק לצפייה באירועים אלא גם לקריאה בטקסטים, למשל חוקים,⁷¹ אבל זה לא מוביל את שטיין למסקנה שכדאי לחשוף את אותן תפיסות ערכיות לדיון ומתן טעמים.

הקושי של שיטת שטיין להתמודד עם המטענים הנורמטיביים של חזקות, היקשים וכללים פרשניים בולט גם ביישום ממשלי ולא היפותטי, בבית המשפט העליון הישראלי. מקרה שבו

David Luban, *The Publicity of Law and the Regulatory State*, 10 J. POL. PHIL. 296, 303-08 (2002).

ע"א 461/62 **צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מויאר**, פ"ד יז 1319, 1335 (1963). מקורו של מבחן "הציבור הנאור" הוא ככל הנראה במסורת משפטית מתחרה למסורת האנגלו-אמריקנית – זו הגרמנית, שבתוכה נשא המונח מטענים מעמדיים ותרבותיים מסוימים ולא ייצג ערכים אוניברסליים גרידא. עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל" **עיוני משפט** כא 259, 288-291 (1998).

Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1418.

רבקה ווייל "ארבע זוויות לאתגור גישת הפרשנות המסתברת של השופט שטיין" **בלוג ICON-S-IL** (23.1.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/01/23/230123>. ראו גם **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 16, בפס' 102 לפסק הדין של השופט שטיין; פס' 150 לפסק הדין של השופט סולברג.

בג"ץ 3090/22 **חמדאן נ' היועצת המשפטית לממשלה**, פס' 33 לפסק הדין של השופט שטיין (29.5.2023).

Stephen E. Sachs, *Originalism: Standard and Procedure*, 135 HARV. L. REV. 777, 784 (2022) ("Like everyone else, judges engage in motivated reasoning, given the 'natural tendency of people to favor information that confirms their preexisting beliefs'" (quoting FRANK B. CROSS, *THE FAILED PROMISE OF ORIGINALISM* 165 (2013))).

נכשלה השיטה כשלון חרוץ הוא עניין בן ארי. במוקד אותה פרשה עמדה ההוראה בדבר התיישנות עונשים בחוק סדר הדין הפלילי: "עונש שהוטל לא יתחילו בביצועו, ואם נפסק ביצועו לא ימשיכו בו, אם מיום שפסק הדין נעשה לחלוט, או מיום ההפסקה, הכל לפי המאוחר יותר, עברו (1) בפשע – עשרים שנים".⁷² מר בן ארי הורשע בפשע, ברח מכלאו ונתפס כעבור למעלה מעשרים שנים. השופט שטיין מצא כי אין מניעה לכלוא מחדש את בן ארי, הואיל ומרוץ ההתיישנות כלל לא החל: עבריו יכול "לרצות" או "לשאת" עונש – אבל רק המדינה "מבצעת" עונש, כלשון ההוראה. משביצוע העונש לא "נפסק" על-ידי המדינה אלא נמנע ממנה בעל כורחה, אין התיישנות; חרף הלשון הסבילה, "נפסק" משמעו רק חדילה פעילה.⁷³

בדעת מיעוט, השופט עמית הגיע למסקנה הפוכה. עמית מדגיש כי מבחינה נורמטיבית היה רוצה להסכים עם שטיין ולהביא לאותה תוצאה.⁷⁴ אבל המרחק הפרשני ביניהם לא יכול היה להיות רב יותר. לדעתו של שטיין, הלשון כה ברורה שכל הידרושות פרשנית לרציונלים של התיישנות עונשים או לעקרונות כלליים כגון שחוטא לא יצא נשכר היא בבחינת למעלה מן הצורך. לעומת זאת, השופט עמית סבור שהפרשנות שמציע שטיין לא רק שאינה היחידה האפשרית אלא שהיא מצריכה "מאמץ הרמנויטי בלתי מבוטל" ולא ניתן לקבל אותה.⁷⁵ לדעתו של עמית, "לשון הסעיף כפשוטה" מורה כי ההתיישנות חלה אם נפסק הביצוע, "תהא הסיבה להפסקה אשר תהא".⁷⁶ הוא תומך תוצאה זו הן בנתונים לשוניים כגון הלשון הסבילה שבה נקט המחוקק; הן בנתונים חיצוניים ללשון כגון דברי ההסבר, קונצנזוס פרשני בקרב מלומדים, ותיקון מאוחר לחוק, ששטיין פירש כדקלרטיבי, הקובע כי במניין ההתיישנות לא תבוא תקופה שבה לא ניתן היה לאתר את מי שהתחמק מריצוי העונש; הן בכלל הפרשנות המקלה בפלילים כשובר-שוויון.⁷⁷ עמית מגיע למסקנה הפוכה תוך שימוש באותם הנתונים הלשוניים והאמפיריים ששטיין מעלה על נס, לרבות החזקה הפרשנית בדבר פרשנות מקלה בפלילים, ששטיין מדגיש במאמרו,⁷⁸ ולמידה על התוכן הסמנטי מתוך ההיסטוריה החקיקתית, כפי ששטיין עשה בפסק דין אחר כשזה הוביל לתוצאה שהיתה רצויה בעיניו.⁷⁹ לבד מלבקש מאיתנו לסמוך עליו שאיש מלבדו אינו מבין לשון פשוטה (באופן מסתבר), אין לשטיין כלים להתווכח עם עמדה כזו.

עמדת שטיין נגאלת לבסוף הודות לשופט השלישי בהרכב, השופט שוחט, שבאמתחתו ארגז כלים להכריע במחלוקת: הוא מבצע פרשנות תכליתית לפי הספר. לגישת שוחט, אין די בחקירה

⁷² ס' 10 (א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

⁷³ עניין בן ארי, לעיל ה"ש 44, בפס' 18-30 לפסק הדין של השופט שטיין.

⁷⁴ שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט עמית (דעת מיעוט) ("התוצאה שאליה הגיע חברי משקפת דין רצוי") (הדגשה במקור).

⁷⁵ שם, בפס' 6.

⁷⁶ שם, בפס' 4.

⁷⁷ שם, בפס' 10.

⁷⁸ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1405, 1416.

⁷⁹ עניין מי-טל, לעיל ה"ש 55, בפס' 9 לפסק הדין של השופט שטיין. שטיין מכחיש שהתוצאה במקרה זה היתה רצויה בעיניו והוא טוען כי בחר בה משום יתרונה העובדתי וחרף חסרונה הנורמטיבי. שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 21-22.

אמפירית לשונית כדי להכריע בתיק, והוא ממשיך ובוחר את התכלית האובייקטיבית של ההוראה העומדת לפירושו. שוחט מפרט את עקרונות היסוד המוסריים שהמשפט הישראלי מעניק להם נפקות רלוונטית, חרף היעדר אחיזה לשונית, בגדרי תקנת הציבור: "בעת בחינת הפרשנות הלשונית הנכונה, ניתן לקבל את הפרשנות של השופט שטיין גם בהתבסס על המדיניות של 'אין חוטא יוצא נשכר', על אינטרס שלטון החוק ועל חובת ההגינות המוטלת על רשויות האכיפה".⁸⁰ שוחט צובע את התוצאה המועדפת על שטיין בצבעים שלשיטת זה האחרון משמעם אי-חוקיות. גישות תכליתיות מבית היוצר של תנועת הליברליזם המשפטי (legal liberalism) ואסכולת ההליך המשפטי (legal process school) – בהן הפרשנות התכליתית של ברק – שואפות להלום בין רציונליות, מקצוענות ונורמטיביות.⁸¹ שטיין כופר באפשרות הזאת. לדעתו, או שאת פרשנות אמפירית, שמזהה עובדות ללא שיקולים ערכיים; או שאתה פרשן נורמטיבי, ואז צעדת לתוך מדרון אנאליטי חלקלק שבסופו עריצות שיפוטית.⁸² שטיין מפנה את חיצו הביקורת שלו לכאורה רק לשיטות תכליתיות "נטולות סייגים וחופשיות מעובדות" ("unqualified, fact-free purposivism").⁸³ והרי אף גישה תכליתית לא תופסת את עצמה ככזו.⁸⁴ השאלה שעולה היא אפוא מדוע לבחור כבת פלוגתא את הגירסה החלשה ביותר, במקום החזקה ביותר, של התורה היריבה. התשובה אינה עצלות אינטלקטואלית, אלא ששטיין לא מאמין שיש פרשנות תכליתית מסויגת ועובדתית. זאת משום שהוא מסייג את ההגדרה של עובדות לעובדות הרלוונטיות בעיניו, ואלה הן רק עובדות שלעמדתו לא נדרש שיקול דעת נורמטיבי לשם זיהוין. אינדיקציות בדבר עקרונות המוסר הפוליטי השוררים בחברה מסוימת, למשל, אינן כלולות במארג עובדתי זה. לטענת שטיין, כל תורה תכליתית מחייבת את הפרשן באופן "בלתי-נמנע" לשקול שיקולי עלות-תועלת לשם איוון בין התכליות הרלוונטיות השונות.⁸⁵ משכך אין זה אלא שלב בדרך לפרשנות פרגמטית שמחליפה את שיקול דעת המחוקק בשיקול דעת השופט, והתוצאה היא ש"הדין הוא שקובע את תוכנו של הדין בהתאם לטעמו האישי" ו"נכנס כניסה מלאה לנעליו של המחוקק".⁸⁶ בכובעו כשופט, שטיין בהחלט מסתמך על עקרונות של מוסר פוליטי, אבל בניגוד לפרשנות התכליתית הוא לא מנסה לחלץ את אותם עקרונות השוררים בחברה. בהתאם לעמדתו שתכלית אובייקטיבית אינה הבניה לגיטימית אלא לעולם כסות לתכלית הסובייקטיבית של השופט,

עניין **בן ארי**, לעיל ה"ש 44, בפס' 20 לפסק הדין של השופט שוחט.

Reznik, לעיל ה"ש 13, בעמ' 396-399.

שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 10 (הפרשנות התכליתית מידרדרת בסופו של יום אל אחת משתי אפשרויות: (1) הטעמתה בתוך הגישה הפרגמטית, על כל הכרוך בכך [שקילת שיקולי עלות-תועלת חברתיים וכלכליים כאלה ששוקל המחוקק]; או (2) ויתור על התכלית האובייקטיבית, מהלך שיטמיע את הגישה התכליתית בתוך הגישה ... אשר מתמקדת בכוונת המחוקק").

Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1430.

שטיין אינו מכחיש כי הגישה התכליתית היא "מכוונת-אמת", אבל הוא אינו מתעכב על החשיבות של האבחנה הזו.

שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 15.

Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1397.

שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 2, 10 (בהתאמה).

80

81

82

83

84

85

86

כששטיין מיישם עקרונות יסוד הוא לא מחפש אותם בדין, בתרבות או בהיסטוריה אלא מביאם בצקלוננו מהבית ואז ממסגרים כאמת אוניברסלית וכעובדה בלתי-מעוררת.⁸⁷ הרטוריקה העובדתית-הבלשנית כורכת את המחויבות של הגישה ההסתברותית הן לפוזיטיביזם משפטי הן לפוזיטיביזם מדעי, לפי הבנתו של שטיין את המונחים האלה.⁸⁸ דרכה של התורה להתמודד עם האתגר של יישוב אנאליטי בין מימד היצירה שבפרשנות שיפוטית ובין עקרונות של שלטון חוק והפרדת רשויות בדמוקרטיה ליברלית, היא להדחיק אותו לתוך כללים סמנטיים. כפי שהדגמתי בחלק זה, עמדה זו אינה מעשית. בשארית המאמר אטען כי היא גם אינה עולה בקנה אחד עם עמדת המוסדות יוצרי הדין בישראל: המכונן, המחוקק, המבצע, המאסדר וקובע ההלכה.

ג. המפנה הפוזיטיבי במקורות האמריקנית

הקורא את מאמרו של שטיין עשוי להסיק בטעות שמעמד ישראל כמעמדה של פוארטו ריקו: מעין שטח חסות של ארצות הברית הנהנה מעצמאות משפטית מסוימת תחת מסגרת-העל של המשפט הפדרלי האמריקני. שטיין בחר לשטוח את משנתו מול קהל אמריקני ולהסבירה במושגים שקהל זה יבין.⁸⁹ לגישתו, די בעולם מושגים זה כדי שהקורא יחליט האם ראוי לאמץ את השיטה המוצעת, ודי היה בו כדי ששטיין יבחר ליישמה בפועל, בישראל, כפי שהוא מעיד על עצמו שהוא עושה.⁹⁰ אין כל נפקות לעובדה ששטיין שופט ישראלי שעל פעולותיו הפרשניות חל הדין הישראלי. כמובן שהעובדה הזו תהיה משמעותית כאשר יבוא השופט ויישם את השיטה הנכונה על דבר חקיקה פלוני, אבל היא איננה משמעותית, לפי שטיין, כאשר השופט בוחר מהי השיטה הנכונה לביצוע פרשנות. על שאלה אחרונה זו אולי חלים חוקי הטבע, מדעי האדם ותאוריות מוסדיות – אבל לא חוקי המדינה. הנחת היסוד הזו לא השתנתה אף עם הפרסום של גרסה עברית מאוחר יותר, באשר זו כוללת רק סיכום של המאמר שנכתב באנגלית,⁹¹ בתוספת הדגמות משתי פרשות שבהן ישב שטיין במוכתב.⁹² כשם ששטיין מדבר על הצורך בפרשנות אמפירית אבל לא מיישם מתודה אמפירית לחילוץ משמעות, הוא מדבר על הצורך בפרשנות לפי הדין הפוזיטיבי אבל לא מתעניין בדין הפוזיטיבי החל על פרשנות. שטיין אינו מכיר בקיומם של דיני פרשנות. בכך הוא נבדל מזרם הולך וגובר בקרב האורייג'נליסטים האמריקנים, שמצדיקים שיטה זו כמתחייבת בראש ובראשונה מן הדין הפוזיטיבי ולא בהכרח מטעמים נורמטיביים. הפולמוס האינטלקטואלי והפוליטי סביב פרשנות שיפוטית ניטש בארצות הברית מזה עשורים, והתחכום הרעיוני של המחנה המקורני-השמרני עולה בהתמדה. ההצדקה המוכרת ביותר לקבוצת הגישות המקורניות נטועה בתאוריה פוליטית מוסדית: המקורות פותרת לכאורה את

⁸⁷ ראו למשל להלן ה"ש 150-151, 158-161, 166-168, 169, 254.

⁸⁸ ראו גם להלן ה"ש 169 והטקסט הסמוך לה.

⁸⁹ ראו גם נטף, לעיל ה"ש 5, בעמ' 130 ("מאמרו של שטיין בעניין גישתו ההסתברותית פונה לקהילת המשפט האמריקנית – ולא לזו הישראלית").

⁹⁰ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1389, ה"ש המחבר.

⁹¹ שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4.

⁹² עניין סקוק, לעיל ה"ש 42; עניין מי-טל, לעיל ה"ש 55.

הקושי האנטי-רובני ומביאה ליישום רצון העם כפי שהובע על-ידי נציגיו, להבדיל מרצונם של השופטים החסרים לגיטימציה דמוקרטית.⁹³ הצדקה זו עודנה פופולרית בקרב שופטים ופוליטיקאים, אבל מלומדים ככלל אינם סבורים עוד שדי בה כדי לבסס את עליונות המקורות על פני גישות תכליתיות.⁹⁴ במקום או בנוסף לשיקולים של הפרדת רשויות ושלטון החוק, הם מציעים הצדקות המעוגנות, כאמור, בתאוריות מעולם הבלשנות והפילוסופיה של השפה;⁹⁵ במשפט הטבעי, בזכויות טבעיות ובאתיקה של מידות טובות;⁹⁶ או, לחילופין, בתורת משפט פוזיטיבית. מגמה אחרונה זו זכתה לתהודה יוצאת דופן והוכתרה כ"מפנה הפוזיטיבי" בתאוריה האוריגינליסטית,⁹⁷ מפנה שהביא לקדמת השיח את שאלת המעמד הפוזיטיבי של מתודות של פרשנות.

אכן, כפי שמדגיש שטיין, השופטים נתונים למרות הדין.⁹⁸ מכאן שחלה עליהם חובה לשאול שאלה ששטיין, בכל הנוגע למתודולוגיה פרשנית, אינו שואל: מהו הדין? בשביל לענות על השאלה הזו צריך תורת משפט. הנציגים הבולטים ביותר של המפנה הפוזיטיבי הם ויליאם בוד וסטיבן סאקס.⁹⁹ בוד וסאקס מאמצים את הפוזיטיביזם של הרברט

KEITH E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: TEXTUAL MEANING, ORIGINAL INTENT, AND JUDICIAL REVIEW (1999). בישראל, ראו למשל עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 34, בפס' 70-50 לפסק הדין של השופט סולברג (דעת מיעוט).

על הפערים בין תפיסות של מלומדים, שופטים והדיוטות ביחס למקורות החוקתית האמריקנית, ראו Solum, *Originalism versus Living Constitutionalism*, לעיל ה"ש 22.

Lawrence B. Solum, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, 91 NOTRE DAME L. REV. 1 (2015).

LEE J. STRANG, ORIGINALISM'S PROMISE: A NATURAL LAW ACCOUNT OF THE AMERICAN CONSTITUTION (2019); RANDY E. BARNETT, RESTORING THE LOST CONSTITUTION (2004). Guha Krishnamurthi, *False Positivism: The Failure of the Newest Originalism*, 46 B.Y.U. L. REV. 401, 405 (2021) ("a new wave of originalism—called 'positivist originalism'—has arisen"); Charles L. Barzun, *The Positive U-Turn*, 69 STAN. L. REV. 1323, 1326 (2017) ("The positive turn has seized the attention of constitutional theorists, quickly generating a flurry of commentary").

לעיל ה"ש 16 והטקסט הסמוך לה.

William Baude & Stephen E. Sachs, *Grounding Originalism*, 113 NW. U. L. REV. 1455 (2019); William Baude & Stephen E. Sachs, *The Law of Interpretation*, 130 HARV. L. REV. 1079 (2017) (להלן Baude & Sachs למאמר משנת 2017). כותרת המאמר הנוכחי היא מחווה למאמרו של בוד, William Baude, *Is Originalism Our Law?*, 115 COLUM. L. REV. 2349 (2015). המפנה הפוזיטיבי כולל מלומדים נוספים מלבד בוד וסאקס. ראו למשל, Evan D. Bernick & Christopher R. Green, *There Is Something that Our Constitution Just Is*, 27 TEX. REV. L. & POL. 247 (2022); John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction*, 103 NW. U. L. REV. 751 (2009). אינני מהעכב על כתבים אלה באשר הם מעוגנים יותר בייחודיות של המשפט החוקתי האמריקני ובעלי פוטנציאל נמוך לתרום למחקר משווע.

הארט (H.L.A. Hart). לדעתם, השאלה מהו הדין היא שאלה על עובדות חברתיות. בהתאם לשיטה ההארטיאנית, הדין הניצב הוא נגזרת של הכללים המשניים – כללים שמסדירים כיצד נקבעים הכללים הראשוניים, שבתורם מכוונים אינדיבידואלים כיצד לנהוג – המתווים את הפרקטיקה הנוהגת בקהילה המשפטית. בראשם של הכללים המשניים מצוי כלל ההכרה, הוא הקריטריון שהציע הארט לבחינת תוקפה המחייב של מערכת דינים. לפי קריטריון זה, פרקטיקה של נושאי תפקידים בקהילה המשפטית (officials), המבטאת קבלה של סט כללים משניים כמעניק הצדקה לפעולותיהם, מבססת כעניין של עובדה מהו המשפט הנוהג.¹⁰⁰ החידוש שמציעים בוד וסאקס הוא הטענה כי אחד המרכיבים במערך הכללים המשניים הוא דיני פרשנות, the law of interpretation. דיני הפרשנות הם כללים מחייבים, מכוח כלל ההכרה, שמורים לשופטים כיצד יש לבצע פרשנות ושחריגה מהם היא לפיכך פעולה בניגוד לדין.¹⁰¹

ביישום על המשפט החוקתי האמריקני, בוד וסאקס מוצאים שתורה אוריג'ינליסטית, בתצורה כזו או אחרת, היא הדין, משום שרק היא עונה באופן עקבי על תנאי כלל ההכרה. כאן ייפרדו דרכיהם של נציגים שונים של המפנה הפוזיטיבי. למשל, בוד תומך ב"מקורנות כלילתית" (inclusive originalism): תאוריה פלורליסטית היררכית שבה ניתנת הבכורה לאוריג'ינליזם, מפני שמאז ומתמיד, אליבא דבוד, שופטים שביצעו פרשנות בתיקים חוקתיים נתנו משקל לדין שחל במועד הכינון, ובמקרים של סתירה או מתח נתנו עדיפות לפרשנות המוכתבת על-ידי הדין המקורי על פני פרשנויות אחרות.¹⁰² בוד מכיר בכך שהיו גם מקרים אחרים בהיסטוריה השיפוטית האמריקנית, אבל לדעתו הם מעולם לא היו משמעותיים דיים כדי לשנות את כללי המשחק במובן הארטיאני.¹⁰³ לענייננו, אין חשיבות רבה למסקנות הסופיות של בוד או של כל מלומד אחר. תהא התוצאה שנגיע אליה אשר תהא, מה שחשוב לבוד וסאקס¹⁰⁴ – ומה שהופך את הפרויקט שלהם למעניין ורלוונטי עבורנו – הן השאלות המנחות את החקירה ולא המסקנות שלה בהקשר האמריקני. המפנה הפוזיטיבי מציע להנמיך את הלהבות של הדיון עם הטענה שצריך לחשוב על הצדקות למתודות של פרשנות כקונטינגנטיות:

If originalism is the law, then neither the conceptual nor normative justifications need to bear as much weight ... it is a

H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW 79-123 (3d. ed., 2012)

¹⁰⁰ שטיין מפנה במאמרו למאמרם של בוד וסאקס לעיל, אם כי הוא מתעלם מהטיעון המרכזי שלהם (וגם הפניותיו למאמר אינן מדויקות. למשל, ב-Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1431, ה"ש 260, המחבר מוצא לכאורה סימוכין אצל בוד וסאקס לאנלוגיה בין מתודות של פרשנות ובין תקדים, אך הם דוחים רעיון זה מפורשות. Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1137-1138).

¹⁰¹ Baude, לעיל ה"ש 99, בעמ' 2371.

¹⁰² שם, בעמ' 2376; Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1142.

¹⁰³ Barzun, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1327 (What [Baude and Sachs] really care about, they each emphasize, is the *methodological* thesis that we should resolve interpretive debates by reference to what 'our law' is, whether or not they happen to be right that originalism is our law" (הדגשה במקור)).

¹⁰⁰

¹⁰¹

¹⁰²

¹⁰³

¹⁰⁴

convention of *our* interpretation of *our* Constitution ... judges have a duty to apply the law, and our current law, in this time and place, is this form of originalism ... grounding originalism in positive law allows originalists to acknowledge some foreign practices as nonoriginalist without having to argue that they are conceptually incoherent or lead to the supposedly bad consequences of nonoriginalism. Indeed, a positivist originalist might say that when in Rome one ought to do as Romans do.¹⁰⁵

אין לי עניין להגן על התאוריה של בוד וסאקס לפרטיה ואין סיבה להיכנס כאן לנבכי הדיונים שהיא הציתה. כשלעצמי, אני חולק על רבות מההנחות שלאורן מלומדים אלה פועלים ומסתייג ככלל מפנייה לדין האמריקני אלא כשברצוננו ללמוד מה לא לעשות. אבל אין מנוס. בהקשרים רבים יש פער עצום בין התחכום של השיח המשפטי האקדמי בארצות הברית ובין הנחשלות של הדין שלהם. בישראל, הפער הזה לרוב קטן יותר. מול האמריקניזציה של הימין המשפטי בישראל, קמים הן טעם הן תועלת בחקירה שבמרכזה איתור דיני פרשנות. ברומא נהג כרומאי, אומרים האורייג'נליסטים האמריקנים, ובישראל אנחנו פרשנים תכליתיים.¹⁰⁶

על רקע זה יש לא רק טעם ותועלת ביישום הגישה הפוזיטיביסטית לפרשנות על הדין הישראלי, אלא אולי אף שדרוג שלה. יישום המסגרת של בוד וסאקס במצב שבו דיני הפרשנות הניצבים הם תכליתיים עשוי לפתור או לפחות למתן את הביקורות שהועלו נגדם. טרי ככל שיהיה, המפנה הפוזיטיבי כבר זכה, כאמור, לתשומת לב מחקרית עצומה, הכוללת ביקורות ממגוון כיוונים. כך, מזווית אורייג'נליסטית נורמטיבית ניתן להתלונן על שהאורייג'נליזם הפוזיטיבי כוללני מדי ואינו מתעקש על הטעמים הלשוניים, האפיסטמיים או האתיים שבעטיים ורק בעטיים ראוי לאמץ אורייג'נליזם ושסובלנות אורייג'נליסטית כלפי טעמי פרשנות אחרים מעקרת אותם מתוכן.¹⁰⁷ מזווית ריאליסטית, יש שקבלו על העדר התייחסות לאידאולוגיה פוליטית במפנה הפוזיטיבי. המחקר ממדעי החברה מראה כי השיוך הפוליטי של שופטים נושא השפעה מכרעת על פסקי הדין שהם כותבים, ואם הדין הוא העובדות האמפיריות שמתוות את קבלת ההחלטות אזי הפוליטיקה היא הדין.¹⁰⁸ מזווית היסטורית, נטען כי האורייג'נליזם הפוזיטיבי אינו יכול לעמוד אם נשקלל תקופות שלמות בהיסטוריה האמריקנית שבהן פרשנות תכליתית ואבולוציונית שלטה

¹⁰⁵ Baude, לעיל ה"ש 99, בעמ' 2352-2353, 2402-2403 (הדגשות במקור).

¹⁰⁶ וויליאם בוד מתייחס במפורש למשפט החוקתי הישראלי שלאחר המהפכה החוקתית כדוגמה לדיני פרשנות מחייבים שאינם מקורניים. Baude, לעיל ה"ש 99, בעמ' 2402.

¹⁰⁷ ראו Krishnamurthi, לעיל ה"ש 97, בעמ' 407 ("This capaciousness should be unwelcome for both clear-thinking nonoriginalists and originalists") (הדגשה במקור); Solum, *Originalism versus*

Living Constitutionalism, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1286-1288.

¹⁰⁸ Eric J. Segall, *Originalism off the Ground: A Response to Professors Baude and Sachs*, 34 CONST. COMMENT. 313 (2019).

בכיפה ושינתה את ההכרה החברתית בדבר מהות הדין.¹⁰⁹ זווית הביקורת הפורה ביותר היא זו התורת-משפטית. נטען כי כדי להגן על המפנה הפוזיטיבי צריך לבחור מבין תאוריות נורמטיביות שונות שיש להן עמדות נבדלות לגבי אילו עובדות חברתיות מהוות דין. כפי שמנסח זאת צ'רלס ברזון, בוד וסאקס רק מחזירים את הדיון לתורת המשפט, ומכאן שהמפנה (turn) הפוזיטיבי אינו אלא סיבוב פרסה (U-turn).¹¹⁰ בוד וסאקס נשענים בעיקר על תורת המשפט של הארט, אך מבקרים נוספים הדגישו כי הישענות זו שטחית מדי ואינה יכולה לבסס את טענותיהם, מפני שצריך להתבונן בפעולות שבהן נוקטים בפועל שופטים, כמו גם מגוון שחקנים משפטיים אחרים, ואין די בבחינת פני השטח של הרטוריקה הפסיקתית.¹¹¹ לבסוף, בהתייחס לבחירה בתורת משפט פוזיטיבית, שמרנים אנטי-אוריג'ינליסטים הטעימו כי דור המייסדים האמריקני אחז בכלל בתורת משפט הטבע, ומאז ועד היום שופטים המכריעים בתיקים קשים נסמכים על עמדות מתחום המוסר הפוליטי, בניסיון לקדם את הטוב החברתי המשותף.¹¹²

כשם שלא ניתן להעלים את שיקול הדעת הנורמטיבי המנחה את היישום של כל מתודה פרשנית, כך לא ניתן להעלים את המחלוקת הנורמטיביות המנחות ויכוחים מטא-פרשניים מאחורי המסך העובדתי.¹¹³ תובנה כללית זו תיוותר בעינה גם ביישום על ישראל, כראוי לה. ואולם במקום שבו דווקא פרשנות תכליתית היא הדין, נוצר טוויסט במסגרת הפוזיטיבית של דיני פרשנות שהתוותה בשיח האמריקני, שלאורו מתנדפות או נחלשות מרבית הביקורות הקונקרטיות שהועלו. הטיעון הפוזיטיבי בעד הפרשנות התכליתית בישראל חזק בהרבה מהטיעון הפוזיטיבי בעד האוריג'ינליזם בארצות הברית. הביקורת הפנים-אוריג'ינליסטית לא חלה, כי הדין שלנו איננו אוריג'ינליסטי כלל; הביקורות מימין ומשמאל שקוראות להציף את הסוגיות הנורמטיביות שלעולם קיימות בפרשנות לא חלות, כי זה בדיוק מה שפרשנות תכליתית עושה; הביקורת הפוזיטיביסטית חלה בעצמות נמוכה יותר, כי לא צריך להתמקד דווקא בפוזיטיביזם המתוחכם של הארט. לטענת בוד וסאקס, התאוריה שלהם עומדת לא רק תחת גישה הארטיאנית אלא גם תחת "any mainstream theory".¹¹⁴ הם מתמקדים בהארט מפני שגישתו הולמת דיני פרשנות שאינם מונחתים מלמעלה כי אם צומחים מלמטה.¹¹⁵ קיים בארצות הברית ויכוח נורמטיבי בדבר האפשרות והתועלת של הוראות חקיקה כתובות שיחייבו מתודה פרשנית רצויה, אבל יש קונצנזוס

¹⁰⁹ Krishnamurthi, לעיל ה"ש 97, בעמ' 445-437, 461-457; Tobia, Sukhatme & Nourse, לעיל ה"ש 41.

¹¹⁰ Barzun, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1342.

¹¹¹ Emad Atiq & Jud Mathews, *The Uncertain Foundations of Public Law Theory*, 31 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 389, 403-13 (2022); Richard Primus, *Is Theocracy Our Politics?*, 116 COLUM. L. REV. SIDEBAR 44 (2016).

¹¹² Adrian Vermeule, *The Bourbons of Jurisprudence*, IUS & IUSTITIUM (Aug. 22, 2022), <https://iustitiium.com/the-bourbons-of-jurisprudence>.

¹¹³ ראו גם Krishnamurthi, לעיל ה"ש 97, בעמ' 461-468.

¹¹⁴ Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1116. והשוו Barzun, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1328-1329.

¹¹⁵ Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1097-1099.

שכעניין דסקריפטיבי הישועה לא תבוא מספר החוקים, לפחות לא ברמה הפדרלית.¹¹⁶ לכן, חלק ניכר מהדיון של בוד וסאקס מוקדש לדיני פרשנות בלתי-כתובים, בפרט קאנונים (או "מידות"¹¹⁷) של המשפט המקובל, שיש לדלותם מן הפרקטיקה השיפוטית.

בישראל, גוף דיני הפרשנות הכתוב עשיר יותר והדבר מזמין לדיון תאוריות נוספות. אכן, השופט שטיין בעצמו מייחס חשיבות עליונה לטקסטואליות של הדין, כפי שיפורט בחלק הבא בהקשר למעמד הכרזת העצמאות. באותו הקשר, מלומדים אחרים פנו להוגה פוזיטיביסט שזוכה ככלל למעמד שולי בשיח האמריקני, ואולי לכן גם אצל שטיין, אבל שנוכחותו בשיח התורת-משפטי בישראל בולטת הרבה יותר: הנס קלזן.¹¹⁸ ואומנם תאוריה קלזניאנית, שהיא פורמליסטית יותר ומציבה את הדין הכתוב במוקד, תקל על החקירה. הארט וקלזן מסכימים כי מקור הסמכות של כלל ההכרה ושל נורמת הבסיס, בהתאמה, הוא סוציולוגי בעיקרו ותלוי בהתנהגות של שחקנים משפטיים ולא בהצדקה נורמטיבית.¹¹⁹ ביחס לנורמות קונקרטיות במורד הזרם, כדי להבין מהו הדין לפי הארט צריך לעשות מחקר אמפירי בעוד שכדי להבין מהו הדין לפי קלזן צריך לקרוא טקסטים.¹²⁰ בהמשך אדגים כיצד בכל הנוגע לפרשנות טקסטים ציבוריים בישראל, שתי השיטות עובדות: אם נלך לפי הארט, נגלה שהפרשנות התכליתית התקבלה כדין על חברי הקהילה המשפטית, מכל שלוש הרשויות; ואם נלך לפי קלזן, נראה שאצלנו זה גם בא לביטוי טקסטואלי בכל שלבי שרשרת ההסמכה.

אמת, הביקורת התורת-משפטית לא תיעלם. ברזון מדגיש כי אם הטיעון של בוד וסאקס אינו עומד לפי כל התאוריות הפוזיטיביסטיות שבחן (שאינן כוללות את קלזן), אין משמעות הדבר שעלינו להמשיך ולחפש אחר התורה המתאימה שתגאל אותנו מהצורך לשאול שאלות נורמטיביות, אלא שאין לנו ברירה אלא להתמודד איתן.¹²¹ עם זאת, ראוי גם שלא נתעלם מהעובדה שיש לנו דיני פרשנות ושננהל את הדיון על בסיס ההנחה שדיני הפרשנות קיימים, רלוונטיים ובעלי משמעות עבור הבחירה במתודת הפרשנות הנכונה לנו. מבקריהם של בוד וסאקס אינם חולקים על חשיבות התובנה שהדין הפוזיטיבי כולל לא רק הסדרים מהותיים אלא גם נורמות מסדר שני לרבות ביחס לכללי הפרשנות.¹²²

¹¹⁶ Nicholas Quinn Rosenkranz, *Federal Rules of Statutory Interpretation*, 115 HARV. L. REV. 2085 (2002).

¹¹⁷ אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך שני – פרשנות החקיקה 123 (1993).

¹¹⁸ להלן טקסט סמוך לה"ש 146-127.

¹¹⁹ HANS KELSEN, *GENERAL THEORY OF LAW AND*; 117-100, 57-56 בעמ' HART, לעיל ה"ש 100, בעמ' 57-56 (Anders Wedberg trans., 1949) STATE 115-18.

¹²⁰ על הדומה והשונה בין תורותיהם של הארט וקלזן, ראו למשל DAVID DYZENHAUS, *THE LONG ARC OF* LEGALITY: HOBBS, KELSEN, HART ch. 3 (2022) BRIAN BIX, *JURISPRUDENCE*; (באריכות); יצחק אנגלרד *מבוא לתורת המשפט* 57-47 (מהדורה שנייה, 2019) (בעברית).

¹²¹ Barzun, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1342.

¹²² שם, בעמ' 1328.

יש הגיון אנאליטי רב בעיגון פוזיטיבי של פרשנות תכליתית. הגיון זה מעוגן, בין היתר, בהנחה המשותפת לפרשנות התכליתית ולמפנה הפוזיטיבי ולפיה משמעות משפטית נבדלת ממשמעות סמנטית. בדונו בגישה של בוד וסאקס, מארק גרינברג מציין כי "[o]nce we carefully distinguish between the linguistic meaning of the legal texts and the content of the law, it becomes clear that the main goal of legal interpreters is to find the latter".¹²³ טענה זו סותרת שיטות כשל שטיין, המדגיש חזור והדגש כי אין כל הבדל מהותי בין תקשורת בין-אישית ובין הוראת דין – ובהתאם, הפרשנות של זו גם זו מתמצה באיתור משמעות כעובדה אמפירית תחת תנאי אי-וודאות.¹²⁴ לעומת זאת, לפי גישות מקורניות פוזיטיביסטיות, לא ניתן לעמוד על תוכנו של דבר-חוק מסוים מבלי שעמדנו ראשית על הכללים שמציבה השיטה בכללותה בדבר האופנים שבהם יש ליתן משמעות מחייבת להוראות נורמטיביות. חקירה כזו עשויה להוביל למסקנה שמשמעות משפטית מחייבת מכוח דיני הפרשנות, בניגוד לגילוי תוכן סמנטי גרידא, כרוכה בפרשנות תכליתית, ולא יהיה בכך משום מתח פוזיטיביסטי. בהתאם, משנתו של בית המשפט העליון בישראל מזה דורות היא שהפרשן איננו בלשן ושמוכן משפטי אינו זהה למובן סמנטי.¹²⁵ מכאן נגזר על הפרשן לבצע פעולות נורמטיביות שמקורן בדיוק באותה חובת הנאמנות לחוק ששטיין, כמו גם בוד וסאקס, תולים עליה את תורותיהם.¹²⁶

ד. הכשלון ההארטיאני של שטיין

השופט שטיין מצטרף למפנה הפוזיטיבי באורגניזם בהצבת תורתו של ה.ל.א. הארט במוקד ההצדקה הפוזיטיביסטית לשיטתו. כשופט, שטיין התייחס מפורשות לכלל ההכרה ההארטיאני

Mark Greenberg, *What Makes a Method of Legal Interpretation Correct? Legal Standards*, 130 HARV. L. REV. F. 105, 106 (2017) vs. *Fundamental Determinants*, ראו גם Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1083. למען הסר ספק, זרמים אורגניזם אחרים לא בהכרח מכחישים את ההבחנה בין תוכן בלשני ותוכן משפטי. ראו Lawrence B. Solum, *Communicative Content and Legal Content*, 479 (2013) NOTRE DAME L. REV. 479.

¹²³ לעיל ה"ש 35.

¹²⁴ ראו למשל, ע"מ 6802/02 מילאון בע"מ נ' עיריית אילת – הלשכה המשפטית, פ"ד נז(3) 873, 878 (2003) (הנשיא ברק: "הפרשן אינו אך בלשן. על הפרשן לחלוץ מתוך המובן הלשוני מובן משפטי. המובן המשפטי של טקסט הוא אותו מובן לשוני המגשים את תכליתו של הטקסט" (הפניות הושמטו)); בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346, 356 (1998) (השופט זמיר: "פשוטו של מקרא אינו בהכרח משמעו של מקרא. המקרא צריך פירוש. הפירוש ניתן לאור התכלית"); ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 729 (1994) (השופט חשין: "ענייננו אין הוא אך בלשון או בצירופי מילים בשפה העברית, אלא בתוכן מהותי העוטה אדרת של לשון ... חוק הינו מכשיר להשגתה של תכלית, ועל-כן נבחן תכלית ומטרה, ולא לאו ניתן משקל מכריע בפירוש. שומה עלינו, כפרשנים נאמנים לחוק, לעשות כמיטבנו כדי לחדור מבעד למילים אל תוכם של דברים"); בג"ץ 47/83 תור איר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, 175 (1985).

¹²⁵ לעיל ה"ש 16 (שטיין); לעיל ה"ש 105, להלן ה"ש 303 (בוד וסאקס).

¹²³

¹²⁴

¹²⁵

¹²⁶

בשתי חוות דעת שבהן פרש את משנתו ביחס למעמד העל-חוקי של הכרזת העצמאות.¹²⁷ לגישתו, הכרזת העצמאות מהווה מקור תקף לפסילת חוקים בנוסף על חוקי היסוד מפני שהיא מגדרת את גבולות סמכות החקיקה ולפיכך פעולה חקיקתית שסותרת אותה בטלה מעיקרה משנעשתה בחוסר סמכות. הרצון הדמוקרטי העכשווי המובע בחקיקה נסוג מפני הרצון המקורי: "מעמדה של הכרזת העצמאות ... נקנה מכוחו של רצון העם שישב בציון בהקמת המדינה".¹²⁸ בהמשיגו את ההכרזה כמסמך שלוכד את רגע כינון הסמכות החקיקתית, שטיין משתמש חליפות ברעיון ההארטיאני של כלל ההכרה וברעיון הקלזניאני של נורמת הבסיס.¹²⁹ אך בניגוד לברק ואחרים שהדגישו את המבנה הפורמלי שבונה קלזון¹³⁰ – פירמידת נורמות שהכרזת העצמאות מצויה בבסיסה – שטיין מציין את שמו של הארט בלבד ומפנה רק לכתביו ואף מציב את גישתו-שלו כשייכת לאותה מסורת פוזיטיביסטית של הארט.¹³¹

הדגש על כלל ההכרה מעורר שאלות לנוכח העובדה שברטוריקה השטיינית פוזיטיביזם קורס לתוך פורמליזם שבתורו קורס לתוך טקסטואליות;¹³² אבל אלה שלושה מעגלים נפרדים בעלי חפיפה חלקית ביניהם. הארט הוא תאורטיקן פוזיטיביסט אבל שאיננו פורמליסט במובן זה

¹²⁷ בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 16; בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.10.2023). לניתוחים של עמדתו של שטיין ביחס להכרזת העצמאות ראו רוניק "בעיית היד המתה של העבר", לעיל ה"ש 27; שירי פרידמן "נאמנים למגילת העצמאות" באופן פורמליסטי: חוות דעתו של השופט שטיין בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות "פסק דין הסבירות: עיונים ראשונים" 157 (סודי נבות וענת טהון-אשכנזי עורכות 2024); שי רוזנברג "המהפכה החוקתית ממתינה על המדף" חלם (31.12.2023) <https://telem.berl.org.il/9131>; נויא רימלט "בשקט בשקט, השופט שטיין נתן למגילת העצמאות מעמד חוקתי" הארץ (27.12.2023) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2023-12-27/ty-article-opinion/premium/0000018c-ab16-d22d-a3dd-bf7f1e5a0000>; ברק מדינה "פסק-הדין של השופט שטיין בעניין מעמדה של הכרזת העצמאות" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית (21.12.2023) <https://www.hujilawblog.com/single-post/%D7%A4%D7%A1%D7%A7-%D7%94%D7%93%D7%99%D7%9F-%D7%A9%D7%9C-%D7%94%D7%A9%D7%95%D7%A4%D7%98-%D7%A9%D7%98%D7%99%D7%99%D7%9F-%D7%91%D7%A2%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%9F-%D7%9E%D7%A2%D7%9E%D7%93%D7%94-%D7%A9%D7%9C-%D7%94%D7%9B%D7%A8%D7%96%D7%AA-%D7%94%D7%A2%D7%A6%D7%9E%D7%90%D7%95%D7%AA>; צבי כהנא "הכרזת העצמאות כ'חוקת על'" בלוג ICON-S-IL (5.12.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/12/05/051223>.

¹²⁸ בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 16, בפס' 125 לפסק הדין של השופט שטיין.

¹²⁹ עניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 127, בפס' 23, 32 לפסק הדין של השופט שטיין (דעת יחיד).

¹³⁰ אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 14-16 (2018).

¹³¹ בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 16, בפס' 22 לפסק הדין של השופט שטיין. ראו גם אלכס שטיין "המשפט כדיסציפלינה אוטונומית" משפטים נ 595, 602 (התשפ"א).

¹³² ראו למשל, בג"ץ פקודת המשטרה, לעיל ה"ש 18, בפס' 14 לפסק הדין של השופט שטיין ("הדין הפוזיטיבי. דין זה מורכב מכללים פורמליים אשר נכתבו בכתובים הרשמיים של המדינה ומכללים שנגזרים מהאמור בכתובים אלה – כללים שקיומם ומשמעותם הם עניין שבעובדה" (הדגשה במקור)); וכן שם, בפס' 24.

שבניגוד לשטיין הוא סבור שיש תוקף לנורמות משפטיות שקיימות כעניין של עובדה אבל לא כתובות בשום מקום. כך יכולים בוד וסאקס לטעון שדיני הפרשנות, שעל תוקפם מלמדת תורת הארט, כוללים קאנונים בלתי-כתובים שהיו בתוקף בעת שהתגבש כלל ההכרה. בעיניו של שטיין, לעומת זאת, תוקפה של הכרזת העצמאות ככלל ההכרה מתגבש רק אחת שהמנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט הציבו באופן פורמלי וכתוב בשורשה של סמכות החקיקה של הכנסת.¹³³ בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות (להלן: **"בג"ץ הסבירות"**),¹³⁴ שטיין מאשים את שופטי הרוב ששאבו סמכות לפסול חוק יסוד מכוח עקרונות יסוד וללא עיגון מפורש, כי הם מתייחסים למשפט החוקתי כאל "משחק ילדים", בכוונתו לכך ש"סמכויות השלטון אינן נוצרות יש מאין ללא מעשה הסמכה פורמלי".¹³⁵ הוא מפנה באותה פסקה להארת, אבל דווקא הארת כן דימה את המשפט למשחק (הוא מדגים עם משחק ששטיין מכיר היטב, השחמט¹³⁶), בכוונתו לכך שתוקפם של הכללים המשניים נובע מכך שהשחקנים מקבלים אותם כמחייבים מבחינה נורמטיבית ולא מהעובדה שהם כתובים באופן פורמלי.¹³⁷ אדרבה, הארת מתאר כך את כלל ההכרה:

In the day-to-day life of a legal system its rule of recognition is very seldom expressly formulated as a rule ... For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is shown ... either by courts or other officials or private persons or their advisers ... seldom formulated; instead it is used.¹³⁸

בניגוד לשטיין, הארת סבור שבמקרה הרגיל כלל ההכרה איננו מנוסח ומעוגן אלא מתגלה בפרקטיקה, ובפרט הפרקטיקה השיפוטית של זיהוי הדין וההסכנה הציבורית עם זיהוי זה ועם העובדה שהוא מקים הצדקה לציית.¹³⁹ אצל הארת, תנאי הכרחי לשיטת משפט תקפה הוא קיומו של קונצנזוס בקרב השחקנים המשפטיים הרשמיים ביחס לכללי השינוי והיישום של הדין ובקרב

¹³³ שם, בפס' 38.

¹³⁴ **"בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 16.

¹³⁵ שם, בפס' 3-4. שטיין נוהג לנקוט לשון של אינפנטיליזציה כלפי חבריו השופטים המיישמים פרשנות שאינה נכונה לדעתו, ומתוך כך גם כלפי הקוראת. ראו גם, למשל, שם, בפס' 59 ("תוציאו את הפורמליות מתוך הפרקטיקה החברתית שנקראת 'משפט' ותמצאו את עצמכם במהרה בתוך פרקטיקה אחרת לחלוטין, שבמסגרתה מתקבלים ונאכפים החלטות ופסקי דין של שופטים המבוססים על 'נראה לי' ועל 'לא נראה לי'"); ע"מ 2484/23 **קלמנט נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה**, פס' 2 לפסק הדין של השופט שטיין (16.6.2024) (דעת מיעוט) ("פרשנוי של דבר חקיקה חייבים לחפש ולמצוא את משמעותו האמיתית או המסתברת ביותר, ורק אותה. פרשנות זו היא המחייבת גם כאשר אינה מוליכה לתוצאה שנראית רצויה וצודקת ואינה מביאה את המקרה אשר הובא להכרעת בית המשפט לסוף טוב").

¹³⁶ בצעירותו היה שטיין אלוף צה"ל ואלוף הנוער בשחמט. צבי בר-שירה "טוראי בצה"ל נעשה אלוף – בשחמט" **מעריב** 22.9.1976, 6.

¹³⁷ HART, לעיל ה"ש 100, בעמ' 56-57.

¹³⁸ שם, בעמ' 101-102 (הדגשות במקור).

¹³⁹ שם, בעמ' 108.

האזרחים ביחס לציות לדין.¹⁴⁰ שטיין מכנה את הכרזת העצמאות "כלל ההכרה",¹⁴¹ אבל אינו מחפש וממילא אינו מביא ראיות לעובדות מסוג זה. מבחינתו, "הכרתו של העם" קובעת את כלל ההכרה רק בהתקיים תנאי מצטבר נוסף: "כפי שתועד במסמכי ההקמה".¹⁴² הוא קרוב יותר אפוא לעמדה של קלזן, שגוזר מהנורמה הבסיסית שרשרת הסמכה פורמלית.¹⁴³

בניגוד להארט, שטיין אינו מאמין בקיומן של נורמות משפטיות לא כתובות; ובניגוד להארט, שטיין אינו מתנה את תוקפן של נורמות בפרקטיקה משפטית מקובלת המביעה הכרה בהן כמחייבות מבחינה נורמטיבית. בשם הפורמליזם, שטיין אינו מהסס לדחות כבלתי-חוקיות פרקטיות נוהגות, שימושים נפוצים והבנות מקובלות הן בקרב הציבור הן בבית המשפט העליון לדורותיו.¹⁴⁴ בתוך כך דוחה שטיין גם את העמדות של האבות המייסדים ביחס למעמד הנורמטיבי של הכרזת העצמאות. חברי מועצת המדינה עצמם, לרבות דוד בן-גוריון, כמו גם שופטים ומלומדים מאותה תקופה, לא ראו בה נורמה על-חוקית בעלת תוקף מחייב ונצחי.¹⁴⁵ אבל לגישת שטיין, מסמכי ההקמה הרשמיים מבססים תוקף זה כעובדה משפטית שאינה תלויה במחשבותיו של אינדיבידואל כזה או אחר.¹⁴⁶

אמנם, ביחס להכרזת העצמאות כתב שטיין כי צריך להבינה לפי "מובנה המקורי";¹⁴⁷ אבל הוא לא נותן למונח "מקורי" כל מובן. בדומה, מתבדה התקווה שהפנייה להכרזת העצמאות תביא את שטיין לתת מובן מקומי לשיטתו וליישם אותה על רקע תנאי הארץ ותושביה. לדידו, הנפקות של המובן המקורי של הכרזת העצמאות היא אך ורק בהצבת גבול מינימלי לסמכות החקיקה: "הכנסת הוסמכה לקרוא לתוך המושגים הללו משמעויות חדשות – הנגזרות מתפישות עולם בנות-זמננו – כל אימת שמשמעויות אלו אינן מנוגדות להבנות אשר אפפו את המושגים בהם נעשה שימוש בהכרזת העצמאות בזמן קביעתם".¹⁴⁸ וכיצד בוחן שטיין את אותן הבנות של מושגים בזמן קביעתם? הוא אינו מבצע מחקר היסטורי שיחשוף את עולם המושגים של ההנהגה

140 שם, בעמ' 115-117.

141 **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 16, בפס' 12 לפסק הדין של השופט שטיין.

142 שם, בפס' 33; ראו גם שם, בפס' 45; עניין **התנועה לטוהר המידות**, לעיל ה"ש 127, בפס' 68 לפסק הדין של השופט שטיין. והשוו לדיונים מקבילים בארצות הברית, *THE RULE OF RECOGNITION AND THE U.S. CONSTITUTION* (Matthew D. Adler & Kenneth Einar Himma eds., 2009).

143 ראו גם ברק מדינה ואילן סבן "מי קובע את עקרונות היסוד של השיטה המשפטית? פסקי-הדין בעניין ביטול עילת הסבירות ובעניין נבצרות ראש הממשלה" **משפטים** נה (צפוי להתפרסם 2025), בה"ש 10-11 והטקסט הסמוך להן. עניין **התנועה לטוהר המידות**, לעיל ה"ש 127, בפס' 19-20 לפסק הדין של השופט שטיין ("דעה שקנתה אחיזה בקרב הציבור שאינו בקיא ברזי המשפט ... אינה מעוגנת בשום אסמכתא פורמלית. מדובר בדעה רווחת אך שגויה מן היסוד"); שם, בפס' 55 (נימוקי שופטי הרוב "עולים בקנה אחד עם כללי פרשנות ידועים ומקובלים, אך אלו אינם מקובלים עלי ... התערבות שיפוטית מעין זו בחקיקה ראשית מתאפשרת רק מטעמים חוקתיים כדוגמת זה שעליו מבוסס פסק דיני" (הדגשה הוסרה)).

144 **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 16, בפס' 78, 87 לפסק הדין של השופט סולברג (דעת מיעוט).

145 שם, בפס' 42, 127 לפסק הדין של השופט שטיין. ראו גם רוניק "בעיית היד המתה של העבר", לעיל ה"ש 27.

146 עניין **התנועה לטוהר המידות**, לעיל ה"ש 127, בפס' 33 לפסק הדין של השופט שטיין.

147 **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 16, בפס' 73 לפסק הדין של השופט שטיין.

או של הציבור דאז ואת המשמעויות החברתיות המקוריות של הערכים המנויים בהכרזת העצמאות. בחינה כזו עשויה היתה לחייב "אוריג'ינליזם פרוגרסיבי".¹⁴⁹ תחת זאת, שטיין מסתפק בעולם המושגים של עצמו כיום, ומתברר שזהו עולם המושגים של מסורת הליברליזם הקלאסי ובפרט ההוגים הפופולריים בחוגי הימין האמריקני, שאין דבר וחצי דבר בינם ובין "רצון העם שישב בציון בהקמת המדינה".¹⁵⁰ כך, שטיין הגיע למסקנה שחוק פרסונלי "מנוגד לכל אחת ואחת מתפישות השוויון הקיימות והמקובלות" בהתבסס על לא אחרים מאשר ג'ון לוק, א. ו. דייסי ופרידריך האייק.¹⁵¹

לפי ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון, להכרזת העצמאות נודע מעמד פרשני אבל לא מעמד פורמלי.¹⁵² הצעתו של שטיין להעניק לה מעמד פורמלי באה במקום מעמדה הפרשני ולא בנוסף לו.¹⁵³ וגם זאת תוך ריקונה ממשמעות. ההלכה למעשה, שטיין לא מינף את מעמד ההכרזה לכדי מקור דוקטרינרי בעל השפעה אלא צמצם אותו. לו היה מכיר בקיומם של דיני פרשנות ברוח המפנה הפוזיטיבי, היה שטיין צריך להגיע למסקנה כי אחת שמכירים בעליונות ההכרזה מתגבש מקור פורמלי ליניקת תוכן לתכלית האובייקטיבית. שכן בישראל, כפי שאפרט בחלק הבא, הפרשנות התכליתית היא הדין.

ניתן היה לטעון מנגד כי זו טעות לקרוא דיני פרשנות מחייבים אל תוך הארט או הוגים פוזיטיביסטיים אחרים, כפי שעושים מלומדי המפנה הפוזיטיבי, וכי ניתן להחזיק בעמדה פוזיטיביסטית לגבי כללים ראשוניים ותוכנם של חוקים מבלי להכניס את כללי המשחק הפרשניים תחת אותה מטריה של דין ניצב. טענה כזו תהיה מוקשית ובמיוחד אם תבוא מצד שטיין. שהרי שטיין מאמץ במפורש את תורת הארט, ולפי תורה זו תוקפם של כללים ראשוניים נקבע לפי הכללים המשניים.¹⁵⁴ שטיין בהחלט סבור שהכללים המשניים השוררים בשיטת המשפט הם מחייבים (לכל הפחות אלה מהם שהועלו על הכתב), הוא פשוט לא מבין את הכללים החלים בשיטה שבתוכה הוא פועל. אם קיים בישראל קונצנזוס מוסדי סביב הפרשנות התכליתית, כפי שאני מבקש לטעון, אז לא ניתן לפעול בניגוד אליו ובה בעת לטעון ליישום של עמדה הארטיאנית

¹⁴⁹ "פרוגרסיבי" כאן משמש במשמעות האמריקנית של ערכי השמאל הפוליטי, כפי ש"שמרנות" משמעה אידאולוגיה ימנית, לעיל ה"ש 13. כלומר, הכוונה אינה לגירסה של אוריג'ינליזם שמכילה מימד של אבולוציה אלא לאוריג'ינליזם שמקדם ערכים ליברליים או סוציאל-דמוקרטיים כי האבות המייסדים אחזו בהם ועיגנו אותם בחוקה, ולפיכך כשיטה פרשנית שעשויה לסייע בידי שופטים לבלום מהלכים שמבצע משטר עכשווי ונועדו לפורר את מדינת הרווחה, למסד את הדת, או להחליש מנגנוני פיקוח ביוקרטטיים. השוו Yvonne Tew, *Stealth Theocracy*, 58 VA. J. INT'L L. 31 (2018); Yvonne Tew, *Originalism at Home and Abroad*, 52 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 780 (2014); Lawrence B. Solum, *Progressives Need to Support Justice Ketanji Brown Jackson*, BALKINIZATION (Dec. 9, 2022), <https://balkin.blogspot.com/2020/06/mcclellan-symposium-10.html>.

¹⁵⁰ לעיל ה"ש 128.

¹⁵¹ עניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 127, בפס' 38 לפסק הדין של השופט שטיין.

¹⁵² כהנא, לעיל ה"ש 127.

¹⁵³ עניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 127, בפס' 55 לפסק הדין של השופט שטיין.

¹⁵⁴ HART, לעיל ה"ש 100, בעמ' 81, 94-106.

(או קלזניאנית). מצידו, השופט סולברג לא מתעכב בכתיבתו על תורה פוזיטיביסטית כזו או אחרת, אבל הוא ודאי לא אימץ עמדה פוזיטיביסטית שדוחה את הרעיון של דיני פרשנות. סולברג, שמתגאה בעקביותו,¹⁵⁵ יתקשה אף הוא להכחיש כי כללי הפרשנות עולים כדי דין פוזיטיבי מחייב, היות שניתן לדלות מחוות הדעת שלו אינדיקציות להכרה בכוחם של דיני הפרשנות, לרבות כאשר התוצאה היא חיזוק הלגיטימציה של הפרשנות התכליתית.¹⁵⁶

חוסר ההתאמה בין שיטת הפרשנות ההסתברותית ובין הדין הפוזיטיבי בישראל בא לביטוי המובהק ביותר בכשלוננו של השופט שטיין לזהות את כלל ההכרה ואת כללי השיפוט הנגזרים ממנו,¹⁵⁷ אך הוא אינו מתמצה בשאלת מעמדה הנורמטיבי של הכרזת העצמאות. שטיין סבור שחקיקה אינה אלא תקשורת בין-אישית ולכן ספק אם יראה הבדל מהותי בין פרשנות במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי. אבל דיני הפרשנות החלים בהחלט עשויים לחייב הבחנה כזו. הוראות חוק החוזים מבהירות כי לא יאה זה חידוש גדול לטעון שאפשר שיהיו כללי פרשנות מחייבים בדיני חוזים.¹⁵⁸ בדומה, אין סיבה להתכחש לאפשרות קיומם במשפט הציבורי, אם כי התוכן שלהם לא יהיה זהה בשל ההבדלים בין חוזים וצוואות מחד ובין חוקות, חוקים ותקנות מאידך. כללי הפרשנות ייגזרו, בין היתר, מהמהות התאורטית המיוחסת למכשירים הנורמטיביים השונים ומהתכליות החברתיות שגוף הדינים המסדיר אותם ראוי שיקדם. בשני המקרים, שטיין מייחס למכשירים השונים מהות ותכלית שטובות בעיניו, להבדיל מאלה שהדין הישראלי מאמין בהן, ומיישם נורמות פרשניות בהתאם.

בהקשר של דיני חוזים, מלומדים אבחנו כי שטיין סובל ממוניזם תאורטי.¹⁵⁹ בעוד שהמשפט הישראלי מייחס לדיני החוזים מגוון הצדקות ותכליות, שטיין מעלה מן האוב את התאוריה הקלאסית שלפיה כיבוד רצון הצדדים ממצה את ההבנה הראויה של החוזה כמכשיר להשאת רווחים בין שחקנים רציונליים ולא ככלי לשיתוף פעולה וקידום מטרות משותפות בתוך מסגרת חברתית שכוללת פערי כוחות.¹⁶⁰ מכך נגזרים כללי פרשנות פורמליסטיים שלפיהם לשון החוזה מלמדת על כוונת הצדדים במלואה ואין מקום בפרשנות לשקול ערכים כדוגמת סבירות, הוגנות ותום לב.¹⁶¹ זאת בגדרי תפיסה שמשקיפה על ההכרעה המשפטית, כפי שכותבים אפי צמח ועמרי

¹⁵⁵ סולברג "על ערכים סובייקטיביים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 44.

¹⁵⁶ שם (התייחסות למושג "דיני פרשנות"); להלן בה"ש 207-208, 293 (ביטויים מפי סולברג להכרה משתמעת בסמכות של המחוקק-המכוון ושל בית המשפט לנהל דיאלוג על תוכנם של דיני הפרשנות במשפט הציבורי); ע"א 3894/11 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום, פ"ד סו(2) 544, 555-559 (2013) (בחירה באופן הראוי לבצע פרשנות חוזים לפי הוראת המחוקק).

¹⁵⁷ ראו להלן בה"ש 197 והטקסט הסמוך לה.

¹⁵⁸ ס' 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. השוו Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1095 (דין ב-Restatement של דיני החוזים בארצות הברית). לגבי צוואות ראו להלן ה"ש 214.

¹⁵⁹ אפי צמח ועמרי בן-צבי "פרשנות חוזים: תאוריה ופרקטיקה (בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" משפטים נא 121, 136-145 (התשפ"א).

¹⁶⁰ איל זמיר "פירוש חוזים: תאוריה, דין, עובדות וערכים (בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" משפטים נא 81, 115 (התשפ"א).

¹⁶¹ צמח ובן-צבי, לעיל ה"ש 159, בעמ' 138-139.

בן-צבי, "כמלאכה של דדוקצייה לוגית, כמעט מתמטית, מכללים אלה ... [המתעלמת מ]השלכותיו של המשפט על חיי נמעניו".¹⁶² איל זמיר מדגיש כי בניגוד לדברי שטיין, תפיסה זו נושאת מטען ערכי כבד לא פחות מזה של מתחריה, אלא שערכיה שונים: "אינדיווידואליסטיים ונאו-ליברליים". הוא מוסיף כי עמדה זו "סותרת את העמדה המקובלת במשפטנו [זה עשרות שנים], בלי קשר למחלוקת סביב הלכת אפרופים".¹⁶³

התפיסה האידאולוגית שמנתקת את פעולת ההסכמה מהמציאות הכלכלית, החברתית והנורמטיבית שמסגרת אותה, מוסכמת גם על השופט סולברג. כפי שאצל שטיין קורס המשפט הציבורי אל תוך הפרטי כעניין תקשורתי, כך סולברג מרחיב את התפיסה הפורמליסטית-לונדונית¹⁶⁴ של הסכמה להקשרים שיש בהם עירוב מובהק של דיני חוזים ומשפט ציבורי. לדוגמה, בשני מקרים שבהם נותר בדעת מיעוט, סבר סולברג שהסכמת מהגר עבודה לתנאי העסקתו מעניקה לגיטימציה לניכוי כספי הפרשות סוציאליות שאילולא ההסכמה היו קניינו, ושהסכמת מורשע לתנאי הסדר הטיעון שלו צריכה למנוע דיון בשאלת החוקיות של מאסר חלף תשלום פיצוי לקורבן העברה.¹⁶⁵

דיני העונשין הם אתר של משפט ציבורי שגם אותו מפרש שטיין לפי מערך נורמטיבי מוניסטי הנבדל מזה שמכתיב הדין והמאופיין בהתעלמות מהשלכות המשפט על חיי נמעניו. חוק העונשין אוחד בתפיסה פלורליסטית-היררכית של תכליות הענישה ולפיה הערך המוביל הוא הגמול ההולם, דהיינו הפרופורציונלי בין אשמה לבין חומרת העונש, ולצידו תכליות נוספות שרפורמת הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה מפרטת כיצד לאזן ביניהן.¹⁶⁶ לצד זאת, הממשלה מינתה ועדה ציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינות שמצאה – על סמך ממצאים

¹⁶² שם, בעמ' 140.

¹⁶³ זמיר, לעיל ה"ש 160, בעמ' 115-117 (הדגשה במקור). ראו עוד, על המטענים האידאולוגיים הסמויים בפסיקתו של השופט שטיין, אסף טבקה ואור סדן "העברת דיון אזרחי בין אזרחי שיפוט שונים כמקרה בוחן לשאלת תכליות הפרוצדורה האזרחית: הכיוון שאלי נושבת הרוח" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקשי הארורות פסיקה 88, 5 (2019); מני מאוטנר "בדרך למהפכת-נגד תורת-משפטית אנטי-ליברלית של השופט שטיין?" בלוג ICON-S-IL (3.9.2019).

<https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2019/09/03/%D7%91%D7%93%D7%A8%D7%9A-%D7%9C%D7%9E%D7%94%D7%A4%D7%9B%D7%AA-%D7%A0%D7%92%D7%93-%D7%AA%D7%95%D7%A8%D7%AA-%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%D7%AA-%D7%90%D7%A0%D7%98%D7%99-%D7%9C%D7%99%D7%91%D7%A8%D7%9C/>

¹⁶⁴ Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁶⁵ בג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים, פס' 1, 8-7 לפסק הדין של השופט סולברג (12.7.2023) (דעת מיעוט); רע"פ 7621/15 מוסרי נ' מדינת ישראל, פס' 14-15 לפסק הדין של השופט סולברג (1.7.2021) (דעת מיעוט). לדוגמה למקרה כזה בפסיקת שטיין ראו דנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פס' 14-29 לפסק הדין של השופט שטיין (24.6.2021) (דעת מיעוט) (עקרון חופש החוזים מאפשר לשקול חוסר נאמנות מינית של אישה לבעלה בהליך איוון משאבים).

¹⁶⁶ סימן א' לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

אמפיריים – כי יש לצמצם את השימוש בכליאה, והממשלה אימצה, עד כה באופן חלקי, את המלצותיה.¹⁶⁷ שטיין אינו פוסק בהתאם לעובדות אלה או לעובדות נוספות ברוח דומה שקבעו הרשויות הנבחרות והמייצגות בישראל. תחת זאת, הוא מאמץ את הקלישאות של מדיניות ה-*"tough-on-crime"* האמריקנית, שהובילה שם למצב חברתי ומוסרי לא פחות מקטסטרופלי ובעקבותיו להכאה על חטא, ולפיה העקרון העליון הוא הרחקת עבריינים מן הציבור וכל יתר התכליות כפופות לעקרון זה (גם אם בפועל זה מקדם רק את "תחושת" הביטחון האישי, לא מונע אלא מעודד עבריינות הן אישית הן כללית ויוצר גמול בלתי-הולם, לצד קשיים רבים נוספים).¹⁶⁸ שטיין אף זונח לטובת עקרון נורמטיבי זה עמדות תורת-משפטיות שהתיימר במקומות אחרים לאחוז בהן, כגון שמשמעותם של כללים היא קבועה בזמן, שלא ניתן להתגבר על האמת המשפטית האנליטית כדי להביא לתוצאה המועדפת על השופט, או שיש לפרש מונחים באופן שמקדם הרמוניה חקיקתית.¹⁶⁹ דומה שהוא סבור שעמדתו ביחס לסוגיות של צדק עונשי, כמו גישתו לפרשנות חוזים, מתחייבת מן האמת המדעית ואינה מעוגנת בערכים נורמטיביים, אידאולוגיה פוליטית או השתייכות לקבוצת זהות. זאת גם כשהוא מכיר בכך שהמחקרים שהוא מאמין באמיתותם ובהתאמתם שנויים במחלוקת ואין אינדיקציות שהמחקר שותף לאמון בהם.¹⁷⁰

¹⁶⁷ הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים **דין וחשבון** (נובמבר 2015) (להלן: **דו"ח דורנר**); ראו גם צוות התביעה לבחינת יישום דו"ח דורנר **דין וחשבון** (ינואר 2018).

¹⁶⁸ ראו למשל, ע"פ 1534/23 **בכר נ' מדינת ישראל**, פס' 6 לפסק הדין של השופט שטיין (26.7.2023) ("עלינו להעמיד בראש מעייננו את הצורך האקוטי להגביר את ביטחונם האישי של תושבי המדינה ואורחיה על ידי הרחקת עבריינים מסוכנים מהמרחב הציבורי לתקופות ממושכות"). יש להדגיש כי אפילו בתוך תקופת ההרחקה לא גובר ביטחונם האישי של כל תושבי המדינה ואורחיה, מפני שאסירים וסוהרים חשופים לסיכון מוגבר לפגיעה בין כותלי בתי הסוהר. חרף העובדה שאחת המטרות של שיקום היא למנוע עבריינות חוזרת, שטיין ממשיך וכותב כי "אדם מן היישוב צריך להתהלך ברשות הרבים בביטחון מלא ומבלי לחשוש שיכוהו וישדדוהו ... מעשיהם החמורים של המערער וחבורתו פגעו בביטחון זה ... במקרים חמורים כדוגמת זה שלפנינו, אין אפוא מקום להטות אוזן קשבת לבקשות שיקום". עשויים להיות טעמים ראויים וחוקיים שלא להתחשב בשיקום בגזירת הדין, אבל הגברת ביטחון הציבור אינה אחד מהם.

¹⁶⁹ בהתייחס למשמעות של כללים, ראו **רע"ב 8018/19**, לעיל ה"ש 25, בפס' 47 (ב) לפסק הדין של השופט סולברג (דעת מיעוט); בהתייחס לאמת האנליטית, השוו את ע"פ 6527/23 **מדחת נ' מדינת ישראל**, פס' 23 לפסק הדין של השופט שטיין (12.1.2025) ("דומני כי לא אטעה אם אומר שטוב נעשה אם לא נכבול את ידינו בעקרונות משפט סטריליים בבואנו לגזור את עונשו של עבריין נשק מועד"), עם ה"ש 135 לעיל, **בג"ץ פקודת המשטרה**, לעיל ה"ש 18, בפס' 76 לפסק הדין של השופט שטיין ("בחינת חוקתיותו של חוק חייבת אפוא להתבסס על 'מגדל השן': עיון אקדמי-אנליטי"); בהתייחס להרמוניה חקיקתית, ראו בר"ע 4718/24 **פלונת נ' נציבות שירות המדינה**, פס' 16 (1.9.2024); עניין **קלמנט**, לעיל ה"ש 135, בפס' 10 לפסק הדין של השופט שטיין (דעת מיעוט).

¹⁷⁰ בעיקר, שטיין נוטה לרוב לענישה מחמירה על בסיס מחקרים שמצביעים לכאורה על האפקטיביות של הרתעת הרבים, תוך עטיפת ההכרעה ברטוריקה שמערבת מושגים גמוליים ומתנגדת לשיקולי שיקום כ"הנחה" או "מידת הרחמים" שאין להם מקום – וזאת בניגוד להיררכיה שעורך חוק העונשין, אשר מציב בראש השיקולים הרלוונטיים את הגמול ההולם, ובין שיקום והרתעה נותן עדיפות לשיקום. ראו למשל, **רע"ב 8018/19**, לעיל ה"ש 25, בפס' 7-5, 33-27.

מוניזם תאורטי ביחס לתכליות הדין משלים מתודה פרשנית שמסמנת את היצירה (או התכלית האובייקטיבית) כבלתי-לגיטימית ופורטת לפרטים רק את הליך הגילוי (או התכלית הסובייקטיבית), כאילו די בו; המשמעות המחייבת, טוען שטיין, "של כל הוראת חיקוק, מצויה בעולמן של עובדות, ולא בעולמם של ערכים".¹⁷¹ בארצות הברית המקוטבת עשויות לקויותיו המוניסטיות של השופט שטיין להשתלב היטב.¹⁷² שם, מחנות פרשניים מתחפרים בתוך קונסטרוקציות תאורטיות מתוחכמות, שלא ניתן להושיט מתוכן יד מבלי להקריב מחויבויות

לפסק הדין של השופט שטיין; ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 34-36 לפסק הדין של השופט שטיין (29.1.2019). (דוגמה לעירוב מושגי בין הרתעה וגמול בולטת כששטיין קובע כי "מבצעים של מעשים כאלה ראויים לעונש מאסר מרתיע במיוחד", הגם שלא ברור כיצד הנידון עשוי להיות "ראוי" לעונש שתכליתו הרתעת הרבים. שטיין ממשיך וטוען כי "הדרך הטובה ביותר להקטין את התמריץ המיני המעוות ועמו את הפיתוי לבצע עבירות מן הסוג שבו עסקין היא להגדיל את עונש המאסר המוטל על העבריין. מחקרים תאורטיים ואמפיריים בתחום של כלכלה והכוונת התנהגות מראים שמנגנון הרתעה זה פועל באופן משביע רצון ... אם החמרה בעונש המאסר תגרום לעבריין מין אחד לזנוח את תכניתו לפגוע מינית בילדה חסרת ישע – דיינו ... רחמים בענישתם של עברייני מין דוגמת המערער דכאן, כמוהם כמשחק-סכום-אפס". ואולם כעולה מפסקי דינם של השופטים סולברג ווילנר באותה פרשה, עמדות אלה אינן נתמכות בחוק העונשין, ויש להדגיש שהן מייצגות תורת משפט קיצונית ביותר שאף תאורטיקן רציני של ענישה אינו אוחד בה, ודאי שלא אלה ששטיין מצטט שם כדוגמת ג'ין המפטון). השוו לדו"ח דורנר, לעיל ה"ש 167, בעמ' 19-21: "בניגוד לאינטואיציה החזקה הקיימת בציבור ולעיתים גם בקרב העוסקים בתחום, המחקרים הרבים שבחנו את תיאוריית ההרתעה לא מצאו קשר בין חומרת הענישה להרתעה. לפיכך, מקובל כיום על מרבית הקרימינולוגים כי כלכלת החמרה בעונשי מאסר אינה מקדמת הרתעה כללית, והקלה בעונשים אלו אינה פוגעת בהרתעה ... ככל שמדובר בעונש מאסר, ההנחה היא שעברייני שיחוש את חומרת העונש יירתע מביצוע מעשים דומים בעתיד. אולם גם לחלק זה של תיאוריית ההרתעה אין בסיס אמפירי, ככל שמדובר במאסרים בפועל. למעשה, מחקרים רבים מצאו כי כשבוחנים נאשמים שנדונו לעונשים שונים בגין אותה עבירה, מי שנדונו לעונשי מאסר צפויים לחזור לעבריינות בהסתברות גבוהה יותר ממי שנדונו לעונשים קלים יותר".

ביטוי נוסף למדיניות של "יד ברזל" הנפוצה בארצות הברית, ושבה תומך שטיין בשם ההרתעה אבל בניגוד הן למגמת הדין הן לעמדות מקצועיות, הוא יחס מחמיר כלפי קטינים. ראו למשל, בג"ץ 5933/23 זלבאני נ' מפקד פיקוד העורף, פס' 20 לפסק הדין של השופט שטיין (24.8.2023); והשוו לס' 1 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (חוק זה לא חל בעניין זלבאני במישורין, אבל מצביע על כך שהמחוקק סבור שאין לייחס אחריות לקטינים תוך ביטול הרלוונטיות של גילם הצעיר, כפי ששטיין עושה בפסק הדין). עניין קלמנט, לעיל ה"ש 135, בפס' 12 לפסק הדין של השופט שטיין (דעת מיעוט).

חריג לתפיסה המוניסטית ניתן למצוא בגישתו של שטיין לפרשנות דיני מסים. בהקשר זה הדגיש כי "לחוקי מס, כמו להרבה חוקים אחרים, יש יותר מתכלית חברתית אחת" ולפיכך יש ליישם "תפיסה אשר דוגלת בפרשנות רב-תכליתית". ע"א 3012/18 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' טוונטי האנדרד נהריה בע"מ, פס' 7 לפסק הדין של השופט שטיין (4.7.2019). (דעת יחיד) (להלן: עניין טוונטי האנדרד). אבל גם גישה "רב-תכליתית" זו מאופיינת בקשיחות ולא בדינמיות. ביחס לגישה הפרשנית נותר שטיין באותו עניין בדעת יחיד, כשהשופטים מלצר וחיות סברו שאין מקום לסטות מן הפרשנות התכליתית המקובלת (שבאותו מקרה תביא לאותה תוצאה). המשנה לנשיאה מלצר תיאר את הגישה של שטיין כ"פרשנות רב-תכליתית המתרכזת כבר בשלב מוקדם בחקר תכליות מערכת המס בכללותה, במובחן ממחקר תכלית הסעיף והחוק הרלבנטיים. תפיסת חברי תביא בדרך כלל להעדפת עמדתן של רשויות המס, בו בזמן גישתי נוטה בסופו של הליך לעברו של הנישום". שם, בפס' 6 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (הדגשה הוסרה). ראו גם נטף, לעיל ה"ש 5, בעמ' 144-148; להלן ה"ש 227 (דיון ביחס שבין פרשנות לטובת הנישום בדיני מסים ופרשנות מקלה בדיני עונשין, העולה בפרשה זו).

171

172

עמוקות לחקר האמת.¹⁷³ בהתאם, אם הרטוריקה הברקית משופעת במושגים פלורליסטיים כמו איזון והרמוניה (מתוך אמונה בהתאמה ובנחיצות של הערכים הללו להשתלבות המשפט בחברה הישראלית ולקידומה),¹⁷⁴ אזי שטיין מקפיד לשדר עליונות אפיסטמית בסגנונו שלו כשהוא מרבה לעטוף את דעתו בהטיות של המילה "אמת" (ובמשתמע לסמן את מי שדעתו אחרת כסוכן שקר, לא במזיד אלא מכוח אמונתו התמימה בהבניות כגון תכלית אובייקטיבית).¹⁷⁵ ביחס לאמת לא ניתן להתפשר, וחרף הדגשתו את האי-וודאות שלעולם אופפת את משמעותם של טקסטים, שטיין ממסמר את המחויבויות הנורמטיביות שלו כמחויבויות לא לערכים אלא רק לעובדות. מגמה זו משתלבת בתופעה הכללית יותר שבמסגרתה מוקדי השיח הציבורי באקלים מקוטב אינם עוד ויכוחים על ערכים אלא ויכוחים על עובדות.¹⁷⁶ ואולם באקלים המשפטי השורר בלבנט, ואפילו המקוטב, תורת שטיין אינה מתאימה.¹⁷⁷ היא מובילה אותו לעוורון כלפי הדרישות של הדין המקומי ממנו. כאן יש לקביעת משמעות מימד של דינמיות טמפורלית שקורה לגמיונות דוקטרינרית ולפלורליזם שיחני. מערכי הדינים המהותיים מאשררים זאת באשר הם מבטאים אמונה של יוצריהם באותם ערכי דינמיות, גמישות ופלורליזם, ומבקשים לשתף בהם גם את השופטים באמצעות דוקטרינות שמעניקות שיקול דעת תוך גידורו והכוונתו. כך גם דיני הפרשנות.

ראו Alexander Houghton, *Resolving Peer Disagreements about the Law*, 30 LEGAL THEORY 142 (2024).¹⁷³

ראו Reznik, לעיל ה"ש 13, בעמ' 469; עילי אהרונסון "שפיטה כפולמוס" **משפט וממשל** ט 539-532, 497 (2006); מיכל אלברשטיין "מרינגר ועד ברדה, והמצב האפורטי: עיון בסגנונות פרשנות משתנים בפסיקתו של בית-המשפט העליון" **מחקרי משפט** יט 633, 657-658 (2003); ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** כו 737, 760 (2002); עמית, לעיל ה"ש 20, בעמ' 101.¹⁷⁴

ראו לדוגמה, **בג"ץ פקודת המשטרה**, לעיל ה"ש 18, בפס' 23 לפסק הדין של השופט שטיין; עניין **קלמנט**, לעיל ה"ש 135, בפס' 6 לפסק הדין של השופט שטיין; עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 57, בפס' 11; **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 16, בפס' 127 לפסק הדין של השופט שטיין. ראו גם לעיל ה"ש 135. גם לשופט סולברג סגנון משלו לשידור עליונות אפיסטמית, שמעיד על הגישה השיפוטית הכללית שלו. כך, כשסולברג מבקש להחמיא לפסק דין שחיבר חברו להרכב, הוא נוטה להשתמש בשם-תואר שאינו שגור בפי יתר השופטים בהקשר זה: "שקול". ראו למשל, **בג"ץ בן מאיר נ' ראש הממשלה**, פס' 1 לפסק הדין של השופט סולברג (26.4.2020); ע"א 841/15 **פנורמה הצפון חברה לבנייה בע"מ נ' פלוני**, פס' 1 לפסק הדין של השופט סולברג (23.5.2016); ע"א 4244/12 **הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' ברכה**, פסק הדין של השופט סולברג (19.2.2014). המונח "שקול" מבטא תפיסת עולם שלמה: ראשית, הוא מביע קירבה לאוצר המלים השיפוטי השגור של שקילה ואיזון של שיקולים שונים; שנית, הוא חורג מהשיח המקובל בכך שהוא מאותת שסולברג סבור שחבריו נוטים להכריע אמוציונלית ולכן הוא משבח אותם כאשר הם נוהגים באופן שקול ומתעלים מעל רגשותיהם; שלישית, הוא מגשר בין שני הקטבים הללו באמצעות רפרור לתפיסת העולם השמרנית הקלאסית שלפיה הערך העליון הוא שקילות במובן של מתינות.¹⁷⁵

WALTER SINNOTT-ARMSTRONG, *THINK AGAIN: HOW TO REASON AND ARGUE* 18-20 (2018).¹⁷⁶

בלשון דוורקינית, שבהקשר הנוכחי עולה בקנה אחד עם האוריינליזם הפוזיטיבי: אין RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 239 (1986). ראו גם רוניק "בעיית היד המתה של העבר", לעיל ה"ש 27.¹⁷⁷

ה. אייכס, דיני פרשנות ישראלים?

בשונה מהמשפט הפרטי, דיני הפרשנות לא זכו לפיתוח בחקר ובהוראת המשפט הציבורי בישראל מחוץ לכתבי אהרן ברק. כשהיה סטודנט באוניברסיטה העברית, נעם סולברג למד קורס בדיני פרשנות מפי פרופ' ברק.¹⁷⁸ עיון בקטלוג הקורסים מגלה כי כיום לא מוצע לתלמידות ולתלמידים קורס ממוקד בנושא זה באותה פקולטה או בכל פקולטה אחרת.¹⁷⁹ השאלה שמבחינה את דיני הפרשנות מן התאוריה של הפרשנות היא השאלה בדבר המעמד הפוזיטיבי של שיטות פרשניות, ובישראל זוהי בראש ובראשונה הפרשנות התכליתית. שאלת מעמדה הפוזיטיבי חשובה להבנת הדין הנוהג בישראל; לפיתוח העיסוק הדוקטרינרי והביקורתי בפרשנות, במיוחד לנוכח הדיון הנורמטיבי המתעורר כעת ביחס למתודולוגיה פרשנית כללית; ולחשיבה על יחסי כוחות מוסדיים בתוך בית המשפט עצמו ובין הרשות השופטת לרשויות האחרות, כפי שממחישות קושיות דוקטריניות שעלו בפסיקה לאחרונה ביחס לכוחן של פרשנות המאסדר, פרשנות היועצת המשפטית לממשלה ופרשנות חבר הכנסת היחיד.¹⁸⁰

אם אין לשיטת הפרשנות הנהוגה במשפט הישראלי אחיזה אלא בתאוריות נורמטיביות, מה יעשה הפרשן התכליתי אם הכנסת תחוקק חוק שלפיו יש להעניק קדימות לכוונת המחוקק על פני רצונה של השיטה – יפרש הוראה זו תכליתית? ומה תעשה הפרשנית המקורנית אם החוק יורה להעדיף את התכלית האובייקטיבית על פני התכלית הסובייקטיבית, ואם רצון העם הריבון הוא שהיא תפעיל את המומחיות הנורמטיבית שלה ותמצא את המשמעות הטובה ביותר נכון למועד הפירוש? לטענתי, המצב החוקי בישראל שם את הפרשן המקורני במלכוד: אם הכוונה מצביעה על מהות הדין אז מתן משקל מכריע לכוונה מנוגד לדין. במלים אחרות, אם הפרשנות התכליתית התקבלה על מכלול המוסדות יוצרי הדין בישראל, אז הכוונות המקוריות והמשמעויות המסתברות – ככל שהן נוגעות למתודולוגיה פרשנית – יבצרו את מעמד הפרשנות התכליתית ויחייבו את הפרשן להפעיל שיקול דעת נורמטיבי במורד הזרם.

סולברג "על ערכים סובייקטיביים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 44.

למשל, השופט בדימוס דוד חשין מלמד באוניברסיטה העברית קורס בנושא "השפיטה". לפי סילבוס הקורס המפורסם בשנתון בפירוט, מוקדש בקורס פחות משיעור אחד לנושא הפרשנות. באוניברסיטת בר-אילן, פרופ' יאיר לורברבוים מלמד סמינריון שכותרתו "פרשנות תכליתית: משפט והלכה". לפי הסילבוס שפרופ' לורברבוים הואיל לחלוק עימי, הקורס מנתח את הפרשנות התכליתית מזוויות פילוסופיות והיסטוריות ועורך השוואה עם סוגיות במשפט העברי, אך אינו עוסק במשפט הישראלי הנוהג. ראו גם מיכל אלברשטין ושולמית אלמוג "חינוך משפטי ומדעי הרוח – בין פרשנות לתורת הפרשנות" **דין ודברים** ג 21, 34-41 (תשס"ז) (דיון בקורסים מהפקולטות למשפטים באוניברסיטאות חיפה ובר-אילן שמדגישים את תורת הפרשנות בחינוך המשפטי אך אינם כורכים זאת בדיון במתודולוגיה של פרשנות שיפוטית).

178 דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (4.7.2018) (פרשנות המאסדר, וראו דיון להלן בחלק 4.1); בג"ץ 5023/08 **שחאדה נ' שר הביטחון**, פס' 11 (החלטה מיום 27.2.2017) (פרשנות הח"כ היחיד, וראו גם בג"ץ 3262/95 **פורז נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מט(3) 153, 158 (1995); בג"ץ 5134/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל**, פס' 48 (14.11.2016) (פרשנות הידעמ"ש, מני רבים).

178

179

180

כלל ההכרה אינו קפוא בזמן והוא עשוי מלכתחילה להקיף כללים משניים שמעגנים תפיסות דינמיות של משמעות.¹⁸¹ בוד וסאקס טוענים כי הכרה בדיני פרשנות משמעה הכרה בכך שפרשנות עניינה בגילוי ולא ביצירה.¹⁸² לדידם, משמעות מחייבת נכונה למועד שבו קיבלה הוראה פלונית תוקף הואיל והמובן המשפטי שלה תלוי בדיני הפרשנות שעמדו ברקע לכינונה, חקיקתה או התקנתה.¹⁸³ אבל זוהי כשלעצמה מסקנה קונטינגנטית שאינה מתחייבת מתורות פוזיטיביסטיות כשל הארט. היא עשויה להתאים יותר לתרבות חוקתית כזו האמריקנית, שבה הטקסט החוקתי קבוע בזמן ודרכי השינוי שלו ברורות ונוקשות, ולהתאים פחות לתרבות חוקתית כזו הישראלית, שבה מאז ומעולם התפתחות היא ערך נעלה על היקבעות. אוריג'ינליזם על כל ענפיו צומח מתוך פטישיזם חוקתי ומסורת פרוטסטנטית – שתי נסיבות תרבותיות זרות לישראל, שבה אין חוקה מקורית ויש מסורת יהודית של פרשנות אבולוציונית המתעצבת מתוך דיאלוג בין הטקסט לפרשן.¹⁸⁴ זאת ועוד: רעיון התחדשות השפה, שלפיו אין להתייחס למלים עבריות כקדושות וכפואות, מצוי בלב ליבה של התנועה הציונית ושל מושג הגאולה המחולן שלה ומנוגד חזיתית לתפיסת הגאולה האינדיבידואלית הלותרנית המבוססת על נגישות אוניברסלית לטקסט קבוע.¹⁸⁵ בהתאם, הדין הישראלי מורה כי משמעות משפטית נקבעת במועד הפירוש ולפיכך עניינה גם ביצירה. העובדה המשפטית הניצבת היא שהוראות נורמטיביות מחייבות במשפט הציבורי הן יצורים חיים ומתפתחים.¹⁸⁶

¹⁸¹ Barzun, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1347-1352; *Solum, Originalism versus Living Constitutionalism*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1287.

¹⁸² Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1138.

¹⁸³ שם, בעמ' 1135.

¹⁸⁴ ראו למשל, עמנואל לוינס **מעבר לפסוק** 9 (אליזבט גולדוין מתרגמת 2007).

¹⁸⁵ ראו גם לעיל ה"ש 31, 41; להלן ה"ש 213. אבל השוו אמנון רז-קרקוצקין "אין אלוהים, אבל הוא הבטיח לנו את הארץ" **מטעם** 3, 71, 73 (2005) ("הפנייה הציונית אל התנ"ך, תוך שלילת הספרות היהודית הבתר-מקראית, הולכת בעקבות העיקרון הפרוטסטנטי של 'כתבי הקודש לבדם'").

¹⁸⁶ עובדה זו עשויה לגשר ולהלום בין עמדה פוזיטיביסטית ובין עמדה דוורקינית. שתי גישות אלה אינן מוציאות זו את זו בתרבות משפטית שבה הדין מזמין את הפרשן לתת מקום לערכי המוסר הפוליטי השוררים בחברה. ראו Felipe Jiménez, *On Legal Expertise*, 69 AM. J. JURISPRUDENCE 141, 152-56 (2024). כך למשל, החוקה האמריקנית מכניסה תחת כנפי סמכויות השיפוט של הרשות השופטת את ההכרעה בענייני "משפט ויושר" ("Law and Equity", U.S. CONST. art. III). המונח Equity, לפי משמעותו המקורית, כלל סמכות לתת סעדים מן היושר בגדרי פרשנות מתפתחת ודינמית, ומשכך עשוי להעמיד מקור סמכות של דין פוזיטיבי אנטי-פורמליסטי ואנטי-אוריג'ינליסטי. ראו Anna Conley, *The Inevitability of Adaptability: Comparative Contributions to Understanding Originalism*, 39 EMORY INT'L L. REV. (forthcoming 2025). ראו גם Prakash, להלן ה"ש 194.

ישנן שיטות משפט שבהן חלותו של הדין הפוזיטיבי על פרשנות אינה שנויה במחלוקת.¹⁸⁷ בשיטות המשפט המקובל, דיני הפרשנות מתחבאים לנו לרוב מתחת לאף,¹⁸⁸ אם כי גם בתוך מסגרת זו ניתן לאתר הנחיות מפורשות על אופן הפרשנות הראוי של טקסטים ציבוריים, כגון בחוקת דרום אפריקה.¹⁸⁹ בישראל, המונח "פרשנות תכליתית" לא מופיע בספר החוקים, אבל קיימים מקורות סמכות שמבססים את מעמד הפרשנות התכליתית כדין מחייב, בכל הנוגע למשפט הציבורי, בכל שלבי המדרג הנורמטיבי. אביא להלן דוגמאות מייצגות, ודאי לא ממצות, קומה קומה במורד הפירמידה: מחוקי יסוד וחקיקה ראשית דרך מקורות חיצוניים וטקסטים מנהליים ועד תקדימים שיפוטיים וקאנונים של המשפט המקובל.

1. חוקי יסוד

נתחיל מפסגת הפירמידה הנורמטיבית. לכאורה, בחינה תכליתית מצויה בליבת המשפט החוקתי שלנו, שהרי פסקת ההגבלה מתנה חוקתיות בכך שחוק "נועד לתכלית ראויה".¹⁹⁰ חרף הקירבה המושגית, מבחן זה אינו נוקט במישור עמדה בדבר מתודת הפרשנות המתחייבת. כיצד יש לבצע ביקורת חוקתית היא שאלה נפרדת מן השאלה כיצד יש לחלץ משמעות, וניתן ליישם את פסקת ההגבלה תוך אחיזה בתורת פרשנות מקורנית.¹⁹¹ שופטים מקורניים אינם מכחישים שחוקים נועדו לשרת תכליות חברתיות, אלא שהם סבורים כי אותן תכליות מתקבעות במועד התגבשות הטקסט. חוקי היסוד אינם חולקים סברה זו, והדבר בא לביטוי מחוץ לפסקת ההגבלה. הוראת השעה בס' 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובעת: "פירושן של ההוראות האמורות [של חוקים סותרים אבל מוגנים מכוח שמירת הדינים] ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה". כאן המכונן מסביר איך לעשות פרשנות – לא לפי כוונה מקורית, משמעות מסתברת, או כל עובדה אמפירית אחרת, אלא "ברוח" החוק בכללותו. בתורו, החוק כולו נסמך על "עקרונות יסוד" שיש לכבדם, לפי ס' 1, "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", והוראה זוהי מצויה בסעיף המקביל בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך אין לפרש את הוראת שמירת הדינים ביחס לחופש העיסוק כהסדר שלילי שלפיו יש לפרש תכליתית רק מה שלגביו לא ניתן לבצע

¹⁸⁷ למשל, אמנת וינה מסדירה את כללי הפרשנות במשפט הבינלאומי הפומבי. ראו Joost Pauwelyn & Manfred Elsig, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals*, in INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS: THE STATE OF THE ART 445 (Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack eds., 2013).

¹⁸⁸ Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1084 ("hidden in plain sight").

¹⁸⁹ S. AFR. CONST., 1996, § 39.

¹⁹⁰ ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁹¹ Tamar Hostovsky Brandes, *Human Dignity as a Central Pillar in Constitutional Rights Jurisprudence in Israel: Definitions and Parameters*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 267, 274 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

ביקורת שיפוטית.¹⁹² סעיף עקרונות היסוד הוא סעיף "long title" וככזה מהווה מקור פרשני מחייב.¹⁹³ הוא משתמש במושג "רוח", שאינה דבר סטטי וקבוע כי אם משתנה ומתפתח בהתאם לתמורות באקלים שבו היא נושבת. המסורות התורת-משפטיות שמהן עשוי להישאב המונח "רוח" – אנגלו-אמריקנית מזה, גרמנית מזה¹⁹⁴ – תומכות במסקנה שהמכונן מדגיש בעזרתו את התכלית האובייקטיבית של חקיקת יסוד, שעליה יוצא קצפם של פרשנים שמרנים לכאורה בשמו של אותו מכונן.¹⁹⁵ והרי הם במיוחד אינם יכולים לטעון שהמכונן משחית מילותיו לריק. אם נחפש אפוא עיגון למתודה פרשנית בלשונם של חוקי היסוד, נמצא אישור למעמד הפרשנות התכליתית כעליון למעמדן של יתר החלופות שעל הפרק, באשר הן אינן מציעות מתודה שתהלוך את ההוראות הפרשניות שבסעיפי עקרונות היסוד, הסעיפים הפותחים את שני חוקי היסוד שעוסקים בזכויות הפרט. פסיקת בית המשפט העליון מחזקת מסקנה זו. בהפנותו להארט ולקלזן, השופט ברק, בהסכמת הרכב מורחב של בית המשפט בפרשת **גנימאת**,¹⁹⁶ זיהה בחוקי היסוד הבחנה בין תוקף ובין מובן. נמצא שתוקפם של חוקים – המוגן מכוח שמירת הדינים – נקבע לפי כלל ההכרה בלבד. לא כן מובנם: התיבות בחוקי היסוד המנחות את רוחה של הפרשנות

¹⁹² ראו גם בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 420 (1995) (אושר בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995)). עמדה שתומכת בקיומו של הסדר שלילי עשויה לעלות בקנה אחד עם גישתו של השופט סולברג, שמדגיש את ההבחנה בין פרשנות לבין ביקורת. ראו רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 93-94.

¹⁹³ בל יוסף ונועה קברטץ-אברהם "פרשנות תכליתית החותרת תחת התכלית: על מעמדם של דברי ההסבר בחוק ובפסיקה" **עיוני משפט** 5, 23 (2022).

¹⁹⁴ מכיוון אחד ניתן לפנות למונח האנגלי Spirit והרעיון של the spirit of the law, או בצרפתית l'esprit des lois ככותרת ספרו הידוע של מונטסקייה משנת 1748. האבות המייסדים של ארצות הברית אחזו בתורת פרשנות לפי "רוח החוק" במובן זה, ומשמע שיש להתייחס לתכלית, לכוונה, ולטעמים תבוניים בנוסף ללשון. לטענה שלפיכך פרשנות מקורנית נכונה צריכה גם כן להביא נתונים אלה בחשבון, ראו Saikrishna Bangalore Prakash, *The Spirit of the Law: "Controlling the Letter by the Plain Spirit"*, U. PENN. L. REV. (forthcoming). על השפעתה של מסורת זו על המשפט החוקתי הישראלי ראו Yoram Shachar, *Jefferson Goes East: The American Origins of the Israeli Declaration of Independence*, 10 THEORETICAL INQ. L. 589 (2009). מכיוון אחר ניתן לפנות למונח Geist על משמעותו בתורת המשפט המושפעת מהאידיאליזם הגרמני של המאה התשע-עשרה, ולפיה המשפט הוא ביטוי להלך רוח השורה על החברה ומזדקק ממנה באופן אורגני שאינו תלוי בפורום מסוים של קבלת החלטות. מסגרת זו השפיעה אף היא על המשפט הישראלי (ראו זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 67) ואף נזכרה בהצעה ליישום תורת משפט שמרנית בישראל. מתנאל בראלי "לקראת תורת משפט שמרנית" **השילוח** 28, 115, 122-124 (2022). במסורת זו, רוח היא מושג טלאולוגי שעולה בקנה אחד עם הרעיון של תכלית אובייקטיבית, אם כי הוא אינו תומך בהכרח בסמכותו ובמומחיותו של בית המשפט לנסח אותה.

¹⁹⁵ בהקשר של חוקי יסוד, השופט סולברג אינו נמנה על אותם שמרנים והוא מקבל את הטענות שהצגתי. עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 34, בפס' 60-67 לפסק הדין של השופט סולברג (דעת מיעוט). ככלל, הקושי העיקרי שמוצאים סולברג ושטיין בפרשנות התכליתית טמון באלמנט התכלית האובייקטיבית. ראו סולברג "על ערכים סובייקטיביים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 40-44; דג"ץ 5026/16 **גיני נ' הרבנות הראשית לישראל**, פס' 15-24 לפסק הדין של השופט סולברג (12.9.2017) (דעת מיעוט); שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 9-10, 14; **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 16, בפס' 5, 21, 23 לפסק הדין של השופט שטיין (דעת מיעוט); עניין **זאדה**, לעיל ה"ש 40, בפס' 47 לפסק הדין של השופט שטיין.

¹⁹⁶ דנ"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 192.

הן מרכיב ב"כללי השיפוט" כפי שניסח אותם הארט, המשתייכים למערך הכללים המשניים שמסדירים את המנגנונים המוסדיים, בפרט סמכויות שיפוט, שבאמצעותם ניתן תוכן לדין.¹⁹⁷ מכאן ש"הקפאת תוקפו של דין ישן אינה שקולה כנגד הקפאת מובנו ... פירושו של הדין הישן 'ברוח' הוראות חוק היסוד החדש, אין בכוחו לשנות את החוק הישן. בכוחו לתת לו מובן חדש במקום שקיימת אפשרות פרשנית לכך".¹⁹⁸ חוקי היסוד משנות התשעים ביססו את השקפת המכונן על חוקים כיצורים חיים שמשמעותם דינמית, ושהמקורות שמנחים את הדינמיקה במשמעותם אינם תחומים לגבולות האמפיריים של דבר החקיקה הספציפי – מכורח הלשון החוקתית ולא בניגוד אליה.

ברק המשיך והבהיר כי הוראות חוקי היסוד הנוגעות לפרשנות משפיעות אך על התכלית האובייקטיבית של הטקסט, היא שבניגוד ללשון ולכוונה נקבעת במועד הפירוש ולא במועד החקיקה: "כאן פועל חוק היסוד את פעולתו הפרשנית. מכוחו ... עשויה להשתנות נקודת האזון בין אינטרסים וערכים הקובעים את תכליתו האובייקטיבית של החוק ... כך מתייצב לפנינו דבר החקיקה הישן במובנו החדש".¹⁹⁹ לצד ההסתמכות על הוגים פוזיטיביסטיים, הטרמינולוגיה הפוזיטיביסטית שנקט ברק – החוק "מתייצב" – מבטאת שאיפה להלימה בין פרשנות יצירתית ובין פוזיטיביזם משפטי. בדעת מיעוט, השופט חשין כפר בהבחנה בין תוקף ומובן וחלק על המעמד הנורמטיבי שברק ייחס לחוקי היסוד,²⁰⁰ אך גם הוא לא כפר בפרשנות התכליתית ולא כפר בכך שהיא מתחייבת מחוקי היסוד, כשהדגיש כי "ראוי הוא חוק היסוד [כבוד האדם וחירותו] כי יזכה אותו בהשראת פרשנות. ערוגת-ורדים שתל המחוקק בגן המשפט, וניחוחם יעלה באפנו. נפרש חוקים שלעבר ובושמו של חוק היסוד ישרה עלינו ... חוק שנתן משנה תוקף לאותן זכויות ... דברים אלה כולם ידענו תמיד, והנה בא החוק החרות והטביע גושפנקא של מלכות על תורת ינקות ששנינו בבית הספר".²⁰¹

ואם עדיין תמצי לומר שחוקי היסוד המרכיבים את המהפכה החוקתית היו שנויים במחלוקת בקהילה המשפטית מרגע היוולדם ואולי בשל כך מעולם לא זכו בלגיטימציה הארטיאנית כמקור פרשני רוחבי, אפשר לבחון גם חוקי יסוד אחרים. מקרה מעניין הוא חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: **חוק יסוד: הלאום**). הלגיטימציה הציבורית של חוק יסוד זה דחוקה אף יותר, ומטעם זה, בין היתר, יש לנקוט זהירות בהצבתו כמקור פרשני. ישי בלנק ואלון חספר מתריעים כי בעשותה כן, "ראשית, על הפרשנית לתת את דעתה למרכזיותו (או שוליותו)

¹⁹⁷ בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 192, בעמ' 411 (בהסתמך על HART, לעיל ה"ש 100, בעמ' 97).

¹⁹⁸ שם, בעמ' 411-414.

¹⁹⁹ דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 192, בעמ' 654.

²⁰⁰ שם, בעמ' 640-641.

²⁰¹ שם, בעמ' 643 (הדגשה במקור); בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 192, בעמ' 393. ראו גם עניין קרן לב"י, לעיל ה"ש 125; אהרן ברק "פרשנות החקיקה: גישתו של השופט מישאל חשין" **משפט ועסקים** כו 1 (2022) והדוגמאות המובאות שם. עם זאת, חשין אחז בתורת משפט הטבע ביחס לזכויות אדם וגרס כי מקור כוחם הנורמטיבי קודם לחוק היסוד: "רואה אני את עיקר כוחן ועוצמתן של זכויות היסוד במהותן הפנימית, בהיותן 'בנות הטבע' - זכויות 'טבעיות' - זכויות המעידות על עצמן, זכויות שדבר קיומן אינו צורך לא ביאור ולא פירוש". בש"פ גנימאת, לעיל, בעמ' 399.

של חוק היסוד במבנה החוקתי והמדיני בישראל, ושנית, עליה לבחון את עמדותיה באשר למצבה העכשווי של הדמוקרטיה בישראל.²⁰² מבלי לגרוע מן האמור, חוק יסוד זה רלוונטי בהקשר הנוכחי כיוון שהקבוצות שמבקשות להעלות את קרנו ולפלוס דרך שתעניק לו משמעות אופרטיבית הן אותן קבוצות שמתנגדות לעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד של המהפכה החוקתית.²⁰³ הדרך העיקרית שבה הוצע לעשות זאת היא האפשרות לפרש חקיקה "ברוח" עקרונות חוק יסוד: הלאום ולראות בו מקור פרשני לחוקים העוסקים בנושאים המוסדרים בו. כך בהינתן שאין בחוק היסוד הוראה המאפשרת פסילת חוקים סותרים וכך למרות היעדרה גם של הוראה אופרטיבית הנוגעת לפרשנות.²⁰⁴ ואכן, בית המשפט העליון שאב השראה מס' 6(א) לחוק היסוד, שעניינו חובת המדינה "[ל]שקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה", כדי לקבוע שתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 מאפשרות להחזיק גופת מחבל למטרות משא ומתן גם כאשר המנוח היה אזרח ישראלי.²⁰⁵ באותו מקרה, הרוח הפרשנית היתה במתח עם זו שמשרים חוקי היסוד משנות התשעים, וחיזקה תוצאה של הנסגת דעת ושל פגיעה בזכויות הפרט. בעייתית ככל שתהיה, האפשרות לפרש חוקים ברוח חוק יסוד: הלאום יורדת כליל מן הפרק אם דוחים את הפרשנות התכליתית לטובת תאוריה של משמעות כעובדה אמפירית, ובמיוחד ביחס לחוקים (או פקודות או תקנות) שחקיקתם קדמה לחוק יסוד: הלאום ושלגביהם אף לא ניתן לטעון כי עובדת קיומו עמדה ברקע לתכליות והפונקציות שיוחסו להם במועד החקיקה.

אם חוק יסוד זה או אחר משמש כמקור כללי לפרשנות, הדבר יכול להיעשות רק דרך הקונסטרוקציה של תכלית אובייקטיבית או קונסטרוקציה מקבילה; ואם מטרה זו עמדה ברקע לחקיקת חוק יסוד, הדבר מאשר את השימוש בקונסטרוקציות של הפרשנות התכליתית כהנחת מוצא של המכונן. העובדה שקונסטרוקציות כאלה נתפסות כלגיטימיות בקרב תומכי עליונות חוקי היסוד של המהפכה החוקתית, מחד גיסא, ותומכי עליונות חוק יסוד: הלאום, מאידך גיסא,

²⁰² ישי בלנק ואלון חספר "איך לפרש חוק יסוד (רע)? על הדילמות האתיות בפרשנות חוק יסוד: הלאום" תרבות דמוקרטית 20, 57 (2021). והשוו רבקה ווייל "המחלוקת על ההיסטוריה של התפתחות עילת הסבירות ואסטרטגיה שיפוטית" פורום עיוני משפט | תגובות משפט מח 4-7 (מאי 2024) (הצעה להבין את היחס שבין בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 16, ובג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021)), שעסק בפירוש חוק יסוד: הלאום, על רקע מצבה של הדמוקרטיה בישראל במועדים שבהם ניתנו פסקי הדין).

²⁰³ בלנק וחספר, לעיל ה"ש 202, בעמ' 37, 63-64 (מדגימים עם התבטאויות של אישים וגופים המכחישים את הלגיטימציה של המהפכה החוקתית, כדוגמת פורום קהלת).

²⁰⁴ הוראה כזו נכללה בהצעת החוק המקורית והוסרה בהמשך הליך החקיקה. אורי אהרונסון "חוק הלאום בראי חוקי היסוד האחרים" ספר הפרשנות של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי 79, 88 (יובל שני וידידיה צ' שטרן עורכים) (2023) (דיון בהצעת החוק הפרטית המקורית שכללה הוראה לפיה "האמור בחוק-יסוד זה או בכל דבר חקיקה אחר יפורש לאור הקבוע בסעיף זה [ס' 1 שעניינו 'עקרונות יסוד']"). בנוסף הוסרה לשון שלפיה מטרת חוק יסוד: הלאום לעגן חוקתית את "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". עניין חסון, לעיל ה"ש 202, בפס' 23 לפסק הדין של השופט קרא (דעת מיעוט).

²⁰⁵ בג"ץ 3289/24 דקה נ' מ"מ נציב שירות בתי הסוהר, פס' 15 (30.9.2024).

מצביעה על קבלה ציבורית נרחבת של הפרשנות התכליתית, בנפרד מהשאלה על אילו חוקים מיישמים אותה.

הפרשנות התכליתית עשויה להוות תשתית לחקיקת חוקי יסוד חדשים וכן לעריכת שינויים בחוקי היסוד הקיימים מכבר. כך, בתיקון מס' 45 לחוק-יסוד: הכנסת משנת 2016 בוטל ס' 21א שקבע מנגנון פיקוח של הכנסת על חקיקת משנה הכוללת ענישה פלילית. הוראה דומה מצויה בס' 2(ב) לחוק העונשין. לפי דברי ההסבר לתיקון, הוא בא לעולם על רקע הנחה של המכונן בדבר יישומה של הפרשנות התכליתית, שלאורה ניתן להלוו בין שתי ההוראות ואין צורך בכפילות: "במסגרת הפיקוח הנוהג על חקיקת משנה ... והדיון שמתפתח בוועדה שמביא לליבון של התקנות ולתיקונים בהן ... הוחל ההסדר שבחוק העונשין, תוך מתן פרשנות תכליתית להוראות חוק-היסוד האמורה. לפיכך, מוצע כאמור לבטל את סעיף 21א לחוק-יסוד: הכנסת ולהותיר על כנו את ההסדר הקבוע בסעיף 2(ב) לחוק העונשין".²⁰⁶ ודוק: המכונן נסמך כאן על עובדת יישומה של הפרשנות התכליתית לא רק בבתי המשפט אלא בעיקר בין כותלי בית המחוקקים, בכובעם של יושביו כמפרשי חוקי היסוד.

התיקון הבא שהתקבל לחוק-יסוד: הכנסת, תיקון מס' 46 משנת 2017, ביטא גם הוא אותה תפיסה. בשורת פסקי דין, בית המשפט העליון פירש את הוראת ס' 7א לחוק היסוד, שעניינה מניעת השתתפות בבחירות, בדווקנות. כפי שציין השופט סולברג, פרשנות זו נדמית מנוגדת למלים "ככתבן וכלשונן, כדרך שהן מתקבלות על דעתו של אדם מן היישוב", אך היא "משקפת הכרעה ערכית" בדבר מרכזיותה של הזכות להיבחר לכנסת עבור עקרונות יסוד דמוקרטיים.²⁰⁷ זוהי אפוא דוגמה לפרשנות תכליתית שלא מרחיבה אלא מצמצמת את היקף התחולה של דבר חקיקה, בשל פגיעתו בזכויות אינדיבידואליות ובמוסדות דמוקרטיים. עוד הדגיש סולברג כי גישה פרשנית זו מקורה בפסיקה אבל היא מוסכמת על המכונן. הדבר בא לדעתו לביטוי בתיקון האמור, שלפיו מועמד עשוי למלא אחר התנאים המאפשרים פסילה לא רק במעשיו אלא גם בהתבטאויותיו, אך בדברי ההסבר הודגש כי התיקון רק מבהיר את הגישה המקובלת בפסיקה ולא נועד להביא לסטייה מהפרשנות הדווקנית שהיא נוקטת. בכך, שוב סולברג, "גילה המחוקק-המכונן דעתו כי הנתיב הצר שבו צעד בית המשפט בהפעלת סעיף 7א, מקובל עליו".²⁰⁸

2. חקיקה ראשית

המקור הנורמטיבי שבתי המשפט עסוקים הכי הרבה בפרשנותו הוא חקיקה רגילה. מספר חקיקות ישראליות עוסקות בהיבטים מסוימים של פרשנות. בראשם חוק יסודות המשפט, שעוסק בפרשנות "במובן הרחב" (construction) להבדיל מפרשנות "במובן הצר"

²⁰⁶ הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46) (חקיקת משנה הקובעת ענישה פלילית), ה"ח הכנסת 648, 146 (4.7.2016). על הנפקות של דברי הסבר, ראו להלן בחלק 3.1.

²⁰⁷ א"ב 1806/19 ליברמן נ' כסיף, פס' 2-1 לפסק הדין של השופט סולברג (18.7.2019) (נימוקים) (דעת מיעוט).

²⁰⁸ שם, בפס' 3 (בהתייחס להצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 47) (מניעת השתתפות בבחירות בשל התבטאות מועמד), ה"ח הכנסת 675, 52 (10.1.2017).

(interpretation).²⁰⁹ כלומר, חוק יסודות המשפט מורה כיצד להשלים חוסרים אבל לא כיצד לחלץ משמעות. זוהי הבחנה יסודית הן בפרשנות התכליתית הן במקורות האמריקנית.²¹⁰ חילוקי הדעות לגבי השימוש הראוי בחוק יסודות המשפט אינם בלתי-קשורים לחילוקי הדעות ביחס לפרשנות התכליתית, הואיל ושימוש נרחב ויצירתי יותר בפרשנות תכליתית יוביל לצמצום קשת המקרים שבהם יזהה השופט חסר הטעון השלמה, ואילו שימוש זהיר בפרשנות יוביל להרחבת הקשת ולפיכך להישענות רבה יותר על חוק יסודות המשפט.²¹¹ בני הפלוגתא הדתיים של ברק נשענים תדיר על החוק הזה, אבל אם בדור הקודם השופט אלון הטיל ספק בעצם ההבחנה בין פרשנות להשלמת חסר, כיום נדמה שהשופט סולברג אינו חולק עליה עוד.²¹² ממילא, ככל שמורשת ישראל והמשפט העברי מהווים מקור הראיה פרשני מבחינה מתודולוגית, הדבר רק יחזק את המסקנה שמשמעות מחייבת היא דבר-מה מתפתח ודינמי, שאינו כבול למועד הבאתו עלי ספר, ושמתן פרשנות הוא פעולה רוויה שיקולים ערכיים.²¹³

חיקוקים שעוסקים במישרין בפרשנות לבד מחוק יסודות המשפט הם חוק הפרשנות ופקודת הפרשנות. אף הם אינם מורים אילו תורה פרשנית על מפרשי הדין ליישם. חיקוקים אלה נותנים

²⁰⁹ חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980; אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 104 (2003).

²¹⁰ Lawrence B. Solum, *The Interpretation-Construction Distinction*, 27 CONST. COMMENT. 95 (2010). לדעתם של בוד וסאקס, עמידה על דיני הפרשנות עוזרת לגדר את הפרשנות "במובן הרחב" ולמנוע ממנה להפוך לרשיון פתוח לשקילת שיקולי מדיניות כאשר המשמעות "במובן הצר" עמומה. Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1084-1085.

²¹¹ חגי שלזינגר "חוק יסודות המשפט החוקתי? על השורשים השמרניים בפרשת קוונטינסקי" **משפטים** נג (צפוי להתפרסם 2025) <https://lawjournal.huji.ac.il/article/12/1901> (השוואה בין גישת ברק הנשענת יותר על פרשנות ובין גישת סולברג הנשענת יותר על השלמה).

²¹² שלזינגר, שם בטקסט הסמוך לה"ש 119, מציין כי השופט סולברג ככלל ממעט לעגן התייחסויות למשפט העברי בחוק יסודות המשפט; והשוו עם דברי השופט אלון בד"נ **קניג נ' כהן**, לו(3) 701, 743 (1982) (דעת מיעוט): "ואם תאמר שיומו של המשפט העברי יגיע במקרה של לקונא, הרי לפי פירושו של חברי הנכבד [ברק] - בעניין הנדלס - למושג הלקונא ומה לא כלול במושג זה, תאב אני לדעת, אימתי וכיצד ייתכן שתימצא לקונא, שאין לה תשובה 'בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך של היקש' ... כמה ויכוחים התווכחו וכמה ניסוחים ניסחו - חברי הכנסת בפרט וציבור המשפטנים בכלל - עובר לחקיקתו של חוק יסודי זה, וכל זה לא נעשה אלא כדי לענות על בעיית לקונא שלא באה לעולם, וספק גדול אם אי פעם יכול שתבוא לעולם, וספק עוד יותר גדול אם וכאשר תבוא לעולם לא יוחלט ברוב דעות, שאין זו לקונא כל עיקר? אתמהא" (סוגריים הושמטו).

²¹³ ראו למשל, Jack M. Balkin, *Rabbi Akiva and the Crowns: A Parable of Constitutional* 1321 (2024) B.U. L. REV. 1321; Gideon Sapir, *Living Originalism—The Jewish Fidelity*, 49, 51-56 (2013) JRSLM. REV. LEGAL STUD. 49, 51-56; Version, 7 ALBR. REV. LEGAL STUD. 49, 51-56 (2013); אסף לחובסקי "משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ-ישראל המנדטורית" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי** 633 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים) (1998); משה הלברטל **מהפכות פרשניות בהתהוות** 185-190 (1997).

מובנים משפטיים לדיבורים שהמשתמש הרגיל בשפה עלול לטעות בהם.²¹⁴ הם מחזקים את המסקנה שאין להניח, מבחינת הדין הקיים, ששפת הדיבור מיתרגמת לנפקות משפטית ללא התאמות נורמטיביות ושתקשורת בין-אישית ומשמעות מחייבת חד הן.²¹⁵ ישנם חוקים שקובעים כיצד יש לחלץ משמעות מחייבת, מעבר ל"ראיות נסיבתיות". כאן המחוקק מורה לפרשן מהו האופן הנכון לבצע את הפעולה הפרשנית. אחד מהם הוא חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. בתיקון משנת 2014, הסייג לתחולת החוק הקבוע בס' 23(2) עורכן, ולהוראה שלפיה החוק לא יחול על "תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק" נוספה סיפה: "בהתאם לתכלית החיקוק" (וכן הוסרו המלים "או אושרו"). הטעם לתיקון עוגן ישירות בצורך להביא בחשבון בפרשנות תכליות רחבות שחורגות מדל"ת אמות הוראת החוק שאומצה בחוזה האחיד. חרף ההנחה שהמחוקק קובע נורמות סבירות, נכתב בדברי ההסבר, "סבירותה של ההוראה צריכה להימדד בהקשר של הסביבה שבה היא נמצאת, ביחס לשאר התנאים לחוזה וביחס לסוג החוזה, למטרתו ... יש להחיל את הסייג האמור באופן מהותי ... כך שתחולת הסייג תהיה תלויה גם בהקשר החוקי שבו נקבעה ההוראה, בפרשנותה וכיוצא באלה".²¹⁶ לגישת המחוקק, פרשנות איננה מתמצית בגילוי עובדות; נהפוך הוא – תחולה של הוראה נורמטיבית מותנית במהותה ובהיקפה בפרשנות תכליתית.

דוגמה נוספת היא חוק העונשין. כלל הפרשנות המקלה, שנזכר לעיל,²¹⁷ נוסף לחוק העונשין בתיקון מס' 39 משנת 1994, עם טוויסט לעומת הקאנון המוכר מהמשפט המקובל (rule of lenity): "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית".²¹⁸ כלומר, הדין מורה לבית המשפט לבחור את הפרשנות המקלה מבין החלופות האפשריות מבחינה לשונית והמגשימות את תכלית החוק. רק אחרי שנערכת גם בחינה תכליתית, ולא רק לשונית, עשויה חלופה להיחשב "פירוש סביר" לצורך ההוראה. התיבה "לפי תכליתו" לא נכללה בהצעה המקורית לתיקון, שנבנתה על נוסחם של המלומדים פלר וקרמניצר.²¹⁹ היא נוספה במהלך הדיונים בכנסת מתוך הכרה מפורשת בפרשנות

²¹⁴ חוק הפרשנות, התשמ"א-1981; פקודת הפרשנות [נוסח חדש]. פונקציה דומה ממלאים סעיפי הגדרות בפתחם של חוקים רבים. אכן, לעתים המחוקק ומחוקק המשנה נוקטים ב"פרשנות" או "פירוש" כמונח חליפי ל"הגדרה". ראו גם, למשל, ס' 1 לתקנות הירושה, התשנ"ח-1998 (מוגדר הן כסעיף "פרשנות" הן כסעיף "הגדרות"); אבל השוו לס' 54 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (שימוש נכון במונח "פירוש" כהוראה כיצד לתת משמעות לצוואות).
²¹⁵ לעיל ה"ש 123-125 והטקסט הסמוך להן. לטיעון נורמטיבי נגד שפה משפטית מנותקת משפת היום-יום, ראו דנה פאר "זכות הציבור להבין: קריאה לרפורמה בכתיבה המשפטית בישראל – מ'משפטאית' לשפה משפטית פשוטה" **עיוני משפט** מה 55 (2022).

²¹⁶ הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4), התשע"א-2010, ה"ח הממשלה 300, 294, 547 (24.11.2010).

²¹⁷ לעיל ה"ש 77-78 והטקסט הסמוך להן.

²¹⁸ ס' 34כא לחוק העונשין.

²¹⁹ ס' 57 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 141, 115, 2098 (6.1.1992).

התכליתית כשיטת הפרשנות של המשפט הישראלי וכדי להתאים אליה את דיני העונשין.²²⁰ יש הטוענים שתיבה זו היא "נטע זר" בדיני העונשין ושילוב כלל הפרשנות המקלה בתוך הפרשנות התכליתית מעקר את הכלל מתוכנו הייחודי הנגזר מעקרון החוקיות.²²¹ אבל המחוקק לא ראה מתח בין השניים. מהוספת התיבה "לפי תכליתו" להוראת הפרשנות בחוק העונשין נלמד כי המחוקק דחה את הרעיון שלדיני העונשין כללי פרשנות משל עצמם ואת הרעיון שקודיפיקציה כזו שמבצע חוק העונשין מבטלת את מימד היצירה בפרשנות.²²² המחוקק הורה דווקא לשלב את הפרשנות בפלילים בתורת הפרשנות הכללית, לרבות מימד התכלית האובייקטיבית. אין בכך כדי להמעט מן הביקורת על האופן שבו בחר בית המשפט לערוך את אותו שילוב, אך בהחלט ישנם מקרים שבהם בחינה תכליתית הניעה את בית המשפט להעדיף פרשנות המקלה יותר עם הנאשם.²²³ לפיכך, הגם שכלל הפרשנות המקלה מכונה לעתים גם כלל הפרשנות המצמצמת, מסגור הסוגיה כניגוד בין פרשנות מצמצמת ובין פרשנות תכליתית, כפי שערך למשל הפורום למשפט וחירות,²²⁴ הוא שגוי. בעניין בן ארי, כמו גם במקרים נוספים, העדיף השופט שטיין את הפרשנות המרחיבה את הכוח שניתן לרשויות המדינה על חשבון חירויות הפרט והמכבידה את הנטל שמוטל על הפרט וזאת הודות ליישום פרשנות דווקנית.²²⁵

²²⁰ פרוטוקול מס' 143 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 11 (18.1.1994); פרוטוקול מס' 14 של ישיבת ועדת משנה (של ועדת החוקה, חוק ומשפט) לעניין חוק העונשין, הכנסת ה-13, 8-15 (17.11.1993). בהערת אנג אציין כי הן תיקון מס' 39 לחוק העונשין הן תיקון מס' 5 לחוק החוזים האחרים, שמדגימים את אימוץ המחוקק את הפרשנות התכליתית, הוכנו בוועדות כנסת בראשות חברי כנסת מהימין הפוליטי. הראשון נדון בוועדת משנה בראשות ח"כ דן מרידור ממפלגת הליכוד, שהיתה אז באופוזיציה (ראו לעיל ה"ש 220); השני נדון בוועדת חוק, חוקה ומשפט בראשות ח"כ דוד רותם ממפלגת השלטון באותה עת, "הליכוד – ישראל ביתנו" (במהלך הדיונים על התיקון התפצלה הרשימה המאוחדת בחזרה לשתי סיעות נפרדות. ישראל ביתנו, שאליה השתייך ח"כ רותם, נותרה שותפה בכירה בקואליציה) (ראו פרוטוקול מס' 256 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (12.11.2014)).

²²¹ בועז סנג'רו **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 87 (2020). ראו גם אסף הרדוף "פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34 לחוק העונשין ועמימותו של הלשון, התכלית והפגיעה" **ספר אשר גרוניס** 779 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2022); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" **מחקרי משפט** יז 403 (2002).

²²² שני טיעונים אלה מעלה השופט גרוניס, בשם הפוזיטיביזם, בדנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן**, פ"ד סג(1) 644, 749-747 (2009) (דעת מיעוט).

²²³ ראו למשל, רע"פ 3626/01 **ויצמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 187, 216 (2002).

²²⁴ הפורום הישראלי למשפט וחירות (@lawlibertyforum) "דיבייט: פרשנות בפלילים: מצמצמת או תכליתית? | פרופ' אריאל בנדור VS ד"ר שאול כהן" **יוטיוב** (18.12.2024) <https://www.youtube.com/watch?v=z-ppL3EU8q>. ראו גם בועז סנג'רו "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, 179-185 (2003).

²²⁵ לעיל ה"ש 72-80 והטקסט הסמוך להן. לדוגמה נוספת ראו ע"מ 3293/23 **מדינת ישראל המשרד לביטחון לאומי נ' סרסור** (13.10.2024).

כלל הפרשנות המקלה מצטרף במובן זה לשורת הקאנונים של פרשנות נגד החזק, שהפרשנות התכליתית מאמצת לחיקה, אולי בחיבוק דוב: פרשנות נגד המנסה בדיני חוזים,²²⁶ ופרשנות המקלה עם הנישום בדיני מסים.²²⁷ מוסכמות אלה חלות הן כחזקות הנשקלות בעת גיבוש תכלית החוק הן ככללים שוברי-שוויון של מפלט אחרון²²⁸ – אך לא כבסיס למערך פרשני מקביל. זו נקודה ארכימדית בתורתו של ברק שיש מטריה נורמטיבית קוהרנטית השורה על כל עולם המשפט ויוצרת בו הרמוניה חקיקתית.²²⁹ בוד וסאקס מבטאים סנטימנט דומה: “Individual statutes might have gaps, or might even conflict with one another, but *the law* remains a seamless web.”²³⁰ במקרה של כלל הפרשנות המקלה בפלילים, חיבוק הדוב הזה קיבל גושפנקה בלשון המפורשת של ספר החוקים.²³¹

²²⁶ כלל זה עוגן בשנת 2011 בס' 25(ב) לחוק החוזים, אך שימש בפסיקה גם קודם לכן. ראו למשל, ע"א 779/89 של **נ' סלע חברה לבטוח בע"מ**, פ"ד מח(1) 221, 230 (1994).

²²⁷ גם בהקשר זה, בדומה לדיני עונשין, נטען כי הפרשנות התכליתית באה במקום פרשנות דווקנית לטובת הנישום שיושמה קודם לכן, אך מבחינת ההגיון הפנימי של הפרשנות התכליתית היא בלעה את הכלל הקודם יותר מאשר ביטלה אותו. כפי שמבין זאת ברק: “השיטה הפרשנית התכליתית חלה על פירוש כל הטקסטים החקוקים ... היא מאפשרת מתן ביטוי במסגרתה לאופיו המיוחד של הטקסט ... לדיני המס ייחוד משלהם. לייחוד זה יש ביטוי במסגרת השיטה הפרשנית התכליתית ... חזקה היא, כי חוק אינו מבקש לפגוע בזכויות-יסוד של האדם, אלא-אם-כן התכלית היא ברורה ומוצקה. במדינה דמוקרטית אין פוגעים בזכויות-יסוד מכוח תכלית ספקולטיבית או מסופקת. זהו הביטוי בתחום דיני המס לכלל הפרשנות של המשפט הפלילי” (אהרן ברק “פרשנות דיני המסים” **משפטים** כח 425, 427, 437 (התשנ”ז)).

גישה זו שלטת עד היום. ראו למשל עניין **טוונטי האנדרד**, לעיל ה”ש 172, בפס' 4-6 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר. באותו מקרה דחה השופט שטיין את כלל הפרשנות לטובת הנישום ואת האנלוגיה עם כלל הפרשנות המקלה בדיני עונשין, בטענה שבבסיס דיני המסים מונחת תאוריית האמנה החברתית ולכן מיסוי אינו פגיעה ביחיד ובחירותו המקבילה לענישה. שם, בפס' 31-34 לפסק הדין של השופט שטיין (דעת יחיד). לפי הגיון דומה דחה שטיין גם את כלל הפרשנות נגד המנסח ביחס לתקנון קיבוץ, ועמדה זו התקבלה כעמדת בית המשפט. עניין **נאות מרדכי**, לעיל ה”ש 40, בפס' 51 לפסק הדין של השופט שטיין.

²²⁸ ברק “פרשנות דיני המסים”, לעיל ה”ש 227, בעמ' 438.

²²⁹ עמית, לעיל ה”ש 20, בעמ' 89-90, 99, 112-113.

²³⁰ Baude & Sachs, לעיל ה”ש 99, בעמ' 1101.

²³¹ הסברתי לעיל שחוק העונשין אוחד בתפיסה פלורליסטית של תכליות הענישה (טקסט הסמוך לה”ש 166). מדוע לא ישכון לצד הפלורליזם התוכני גם פלורליזם פרשני, ומכלל הפרשנות המקלה, כמו גם יתר האינדיקציות, נלמד כי הפרשנות התכליתית התקבלה על המחוקק, אבל לא נלמד כי קיימת מגבלה חוקית על אימוץ שיטה אחרת, למצער ביחס לפרשנות דברי חקיקה אחרים? מסקנה זו היא אפשרית. היא מעמעמת את עוצמת הטעון המוצג כאן אבל לא מבטלת את חשיבותו. הפלורליזם של חוק העונשין הוא כזכור היררכי: התכלית הגמולית עליונה ליתר התכליות (ס' 40 לחוק העונשין). בדומה, ניתן לקבל גירסה חלשה יותר של הטעון המוצג כאן ולפיה המחוקק הציב כדין מחייב את העדיפות, אבל לא את הבלעדיות, של הפרשנות התכליתית. טעון מרוכך כזה עדיין כולל את לוז העניין: המחוקק מכיר, מכבד ומסכים עם הנחות היסוד של הפרשנות התכליתית. לפיכך, מבחינת ספר החוקים, הנטל על מי שטוען נגד שיטה זו להצדיק את החלופה שהוא מציע וללוותה במנגנון לשינוי הדין, לא רק מבחינה נורמטיבית אלא תוך התייחסות לדומיננטיות שמעניק הדין הפוזיטיבי לפרשנות התכליתית.

במקרים אחרים, האימוץ או החיזוק של הפרשנות התכליתית עשויים להיות עקיפים. למשל, כשספר החוקים משתמש בטרמינולוגיה המתאימה לפרשנות התכליתית. המונח "תכלית" עצמו מופיע בחיקוקים רבים שרובם ככולם נוסחו אחרי הצגת הפרשנות התכליתית, ומכאן ניתן ללמוד על אימוץ אוצר המלים שלה על-ידי המחוקק גם ללא אימוץ ישיר ומפורט של הדוקטרינה.²³² או למשל, כשהמחוקק קובע סעיפי מטרה בראשו של חוק. פרקטיקה אחרונה זו התגברה בשנים האחרונות וחוקים רבים נפתחים בהסבר על תכליתם.²³³ הנמענים של סעיפים אלה הם הגורמים שעליהם מוחל החוק והגורמים האמונים על עדכונם, יישומם ופרשנותם. לעתים קרובות, התכליות שסעיפי המטרה מציבים עבור החוק מביעות מחויבות לערכים מופשטים, לקידום אינטרסים חברתיים רחבים ולהתעדכנות מתמדת עם פיתוחים אינטלקטואליים ואמפיריים ברוח הזמן.²³⁴ מבין נמעני סעיפי המטרה, הפרשן של איזה מסעיפיו של חוק נתון אינו יכול לקבוע את משמעותו בהתחשב בהוראות כאלה אלא אם הוא רואה את הטקסט כיצור חי, מתפתח ורגיש לתמורות העתים, כפי שעושה הפרשנות התכליתית. בהינתן שזו השיטה המיושמת בישראל, ניתן להניח בוודאות גבוהה ששיטה זו ספציפית, ולא שיטה תכליתית גנרית כלשהי, עמדה לנגד עיני המחוקק. ישנם אף סעיפי מטרה שמשדרים זאת בבירור. למשל, זה שבחוק למניעת הטרדה מינית התשנ"ח – 1998, שלפיו "חוק זה מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של האדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים" (ס' 1 לחוק). לפי דברי ההסבר, הערכים שהחוק בא להגן עליהם "מוכרים כזכויות יסוד של האדם, וחלקם אף קבועים ככאלה באופן מפורש בחקיקה בכלל ובחוקי יסוד בפרט. בשל כך, ערכים אלה יהיו נר לרגליו של בית המשפט בבואו לפרש את הוראות החוק המוצע".²³⁵ סעיף המטרה הזה ממנף את השפה של המהפכה החוקתית בקוראו לפרש את החוק כולו ברוח חוקי היסוד. כאן, המחוקק הציב את תמיכתו בגישת בית המשפט העליון בפרשת גנימאת לגבי המשמעות של סעיפי עקרונות היסוד שבחוקי היסוד והשראת הפרשנות שעליהם להשרות – לא רק ביחס לחוקים שקדמו לחוקי היסוד משנות התשעים אלא גם ביחס לחוקים מאוחרים להם.²³⁶

3. מקורות חיצוניים

הפרשנות התכליתית מאת ברק ושתי המתחרות שקמו לה – המקורות מאת סולברג והפרשנות ההסתברותית מאת שטיין – כולן מעניקות משקל פרשני למקורות חיצוניים לחקיקה, כמו דברי הסבר או פרוטוקולים של הכנסת. המחלוקת בין הגישות נוגעות לטעמים שבגינם יש לבחון מקורות חיצוניים ולמידת המשקל שיש להעניק להם, אבל, כפי שמצאו בל יוסף ונועה קברטץ-אברהם, "ההישענות דה פקטו של בית המשפט על דברי ההסבר בפרשנות חקיקה היא חובקת-כל

²³² כך עולה מחיפוש במאגר החקיקה המצוי באתר "נבו".

²³³ יוסף וקברטץ-אברהם, לעיל ה"ש 193, בעמ' 24.

²³⁴ ראו למשל, ס' 1 לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021; ס' 1 לחוק אוויר נקי, התשס"ח–2008.

²³⁵ הצעת חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ז–1997, ה"ח 2641, 484, 485 (22.7.1997).

²³⁶ לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 192–201.

ואינה ייחודית לשופטים מסוימים או לדפוס שפיטה מסוימים.²³⁷ אותן מלומדות מסבירות כי דברי הסבר הם מקור בעייתי ללמוד ממנו על כוונת "המחוקק", גם אם נקבל את קיומה האנאליטי של הבניה כזו. כך בין השאר מפני שדברי ההסבר נכתבים לקראת ההצבעה בקריאה ראשונה ואינם מעודכנים לאחר מכן; הם אינם אחידים במידת הפירוט ובתוכן שלהם, לעתים כוללים טעמים נורמטיביים התומכים בהצעה ולעתים לא; ומיועדים לקהלים שונים שבית המשפט המפרש הוא רק אחד מהם.²³⁸ שטיין מכיר במקצת הטעמים המשמיעים זהירות ביחס להסתמכות על מקורות ההיסטוריה החקיקתית, וכותב במאמרו כי "judges should also be wary of potentially self-serving evidence coming from staffers entrusted with drafting congressional committee reports and other documents that move the legislative process forward".²³⁹ עם זאת, בפסיקותיו בהחלט עושה שטיין שימוש בדברי הסבר כמקור פרשני מהימן ללמידה על כוונת המחוקק ועל משמעות הלשון.²⁴⁰ גם סולברג ער למניפולציות שדברי הסבר עשויים לכלול וללגיטימציה הדמוקרטית החלקית והבעייתית שהם נהנים ממנה, ובכל זאת נשען עליהם בפרשנות.²⁴¹ יתרה מכך, סולברג מניח לעתים קרובות שדברי ההסבר ורצון המחוקק חד הם ולפיכך אף נכון להעניק להם משקל מכריע.²⁴²

ירידת המעמד של ההיסטוריה החקיקתית היא אחד מהשינויים המרכזיים שחלו במתודות הפרשנות החקיקתית בארצות הברית בעשורים האחרונים.²⁴³ ייתכן שבג"ץ הסבירות מסמן שינוי מגמה עבור השופט סולברג ביחס לדברי ההסבר. מתברר כי רק בהליך זה הוא גילה כי אחת שהצעת חוק עוברת לדיון בוועדות הכנסת, את דברי ההסבר מנסחים יועצים משפטיים. בשל כך התעוררו אצלו "הרהורי כפירה ... יש בכך כדי לפתוח מחדש את השאלה, עד כמה ובאיזו מידה, אם בכלל, יש ליתן מקום לאותם דברי-ההסבר, בהליך פרשני המבקש לתור אחר 'התכלית הסובייקטיבית' בחקיקה".²⁴⁴ אף אם סולברג ישקול מחדש את הסתמכותו על דברי ההסבר כראייה המרכזית לכוונה המקורית של המחוקק, לא כך לגבי יתר השופטים. שטיין הדגיש באותו מקרה כי הראיות הרלוונטיות לכוונה סובייקטיבית חייבות שיהיה להן מימד פורמלי ואינן מצויות "אלא

²³⁷ יוסף וקברטץ-אברהם, לעיל ה"ש 193, בעמ' 7.

²³⁸ שם, בעמ' 25-30.

²³⁹ Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1409.

²⁴⁰ לעיל ה"ש 79, להלן ה"ש 246.

²⁴¹ יוסף וקברטץ-אברהם, לעיל ה"ש 193, בעמ' 36.

²⁴² סולברג "על ערכים סובייקטיביים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 40-42; רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 81-84. שאלה שחורגת מהדיון הנוכחי אבל שעשוי להיות מעניין לבחון היא האם קיים פער בין היחס של שופטים מקורניים לנפקות הפרשנית של מצגים קדם-חוויים לעומת "מצגים קדם-חוקיים", היינו מקורות חיצוניים שלא מוצאים ביטוי מפורש בדברי חקיקה, ואם כן – מה ההסבר לפער הזה.

²⁴³ Aaron-Andrew P. Bruhl, *Understanding the Mechanisms of Interpretive Change*, N.C. L. REV. (forthcoming) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4690343 (מגמת שינוי בולטת נוספת שברוהל מציין היא הנטישה של הלכת Chevron, והשוו להלן חלק 4.1, העוסק בהלכת זליגמן המקבילה אצלנו).

²⁴⁴ בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 16, בפס' 167 לפסק הדין של השופט סולברג (דעת מיעוט).

בהחלטתם של חברי הכנסת להצביע בעד חקיקת החוק לאור האמור בהצעת החוק ובדברי ההסבר אשר מלווים אותה.²⁴⁵ גם לאחר **בג"ץ הסבירות**, שטיין המשיך להסתמך באופן נרחב על דברי הסבר כדי להבין את המשמעות המחייבת של דברי חקיקה. למשל, באחת הפרשות ציטט שטיין חליפות את דברי ההסבר ואת לשון החוק כבעלי רלוונטיות דומה לזיקוק כוונת המחוקק, והשופטים אדרון ומינץ הסכימו איתו.²⁴⁶ ואילו השופטת וילנר, שככלל תומכת במודל הפרשני של השופט סולברג,²⁴⁷ דחתה בשתי ידיים את ספקנותו באשר לנפקות הראייתית של דברי ההסבר.²⁴⁸

כך או אחרת, "השימוש בדברי ההסבר הוא חלק אינטגרלי משיטת הפרשנות התכליתית כפי שהיא נהוגה בישראל".²⁴⁹ (ואפילו, כדברי השופט עמית באחת הפרשות, כשסקירה של דברי ההסבר היא "משעממת במיוחד".²⁵⁰) בתורם, דברי ההסבר של מגוון חוקים מביעים הכרה בפרשנות התכליתית כשיטת הפרשנות הנוהגת בישראל ולאורה של הנחה זו מעצבים את מערכי הדין המוסדרים בהם. לדוגמה, הנה מדברי ההסבר לחוק החברות:

ההצעה אינה כוללת דיני פרשנות מיוחדים לחוק החברות. חוק זה יפורש על-פי אותן אמות מידה על-פיהן מתפרשים דברי חקיקה בישראל. פרשנות זו היא תכליתית באופייה. יש ליתן ללשון הטקסט אותה משמעות אשר מגשימה, בגבולות המובן הלשוני של הטקסט, את התכלית העומדת בבסיסו. על תכלית זו ניתן לעמוד מטיבם של ההסדרים הקבועים בחוק, מההיסטוריה שלו ומהצרכים המודרניים, כפי מצבם מעת לעת. הגישה הפרשנית, מן הראוי לה שתהא מתוך מבט רחב, ותשקף תפישה מהותית ולא טכנית.²⁵¹

שופטים המסתמכים על דברי ההסבר כדי לחלץ תכליות סובייקטיביות קונקרטיות ביחס לחוק מסוים עשויים באותה נשימה להתעלם מהמתודה הפרשנית שאותו מקור קורא להם ליישם כשהם מפרשים את סעיפי החוק. הם עושים כן מבלי לנמק מדוע המרכיב התוכני של דברי ההסבר הוא חלק אינטגרלי מהמשמעות הנורמטיבית המחייבת אותם, בעוד שאת המרכיב המתודולוגי ניתן לזנוח כאילו אין קשר בינו ובין הבניית הדין הפוזיטיבי הרצויה בעיני המחוקק. לצד דברי ההסבר, מקורות חיצוניים נוספים שופכים אור על כוונותיהם והנחותיהם של המחוקקים והמערכים המוסדיים שבתוכם הם פועלים. מקור חשוב הוא דברי הכנסת. בשנת 2015 הגיבה שרת המשפטים דאז איילת שקד במליאת הכנסת להצעת תיקון לחוק הפרשנות כך שיגדיר

²⁴⁵ שם, בפס' 110 לפסק הדין של השופט שטיין (דעת מיעוט). בחירה ראייתית זו עשויה להיות במתח עם הדגש ששם שטיין במקומות אחרים על התקשורתיות של מכשירים משפטיים, שמזמין דווקא העדפה של ראיות המעידות על כוונה באופן ישיר גם ללא עיגון פורמלי. ראו רונית לוין-שנור וליאור נאוי (טייטה, צפוי להתפרסם, **מעשי משפט**).

²⁴⁶ רע"א 8364/23 ב.ג.א.ג. אופנה בע"מ נ' ישראל כרע"מ, פס' 23-30, 76-80, 89-96 (23.7.2024).

²⁴⁷ להלן ה"ש 268.

²⁴⁸ **בג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 16, בפס' 96 לפסק הדין של השופטת וילנר (דעת מיעוט).

²⁴⁹ יוסף וקברטץ-אברהם, לעיל ה"ש 193, בעמ' 7.

²⁵⁰ ע"מ 8914/20 מועצה מקומית גוש חלב נ' עורכי דין לקידום מנהל תקין, פס' 15 (22.8.2022).

²⁵¹ הצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2432, 2, 8 (23.10.1995).

הפליה ככוללת הפליה על רקע זהות מגדרית או נטייה מינית. השרה שקד נימקה את התנגדות הממשלה לתיקון כהאי לישנה: "אנו סבורים כי האיסור על הפלייתו של אדם מחמת נטייתו המינית או זהותו המגדרית מבטא את התפיסה החוקתית המקובלת. על רקע זה, אף בהיעדר תיקון החקיקה המוצע, פרשנות תכליתית סבירה של הביטוי הפליה בחקיקים שונים היא כהפליה מחמת נטייתו המינית או זהותו המגדרית של אדם, שהיא הפליה אסורה מכוחם".²⁵² וישנן דוגמאות נוספות למקרים שבהם הממשלה התנגדה להצעות חוק פרטיות בנימוק שפרשנות תכליתית ממילא מביאה לאותו מצב דברים שהצעת החוק מבקשת ליצור.²⁵³ הנמקות כאלה מבטאות הכרה בכך שמשמעות מחייבת אינה קבועה בזמן. בהחלט ייתכן שבמועד החקיקה לא התכוון המחוקק להעניק הגנה ללהט"ב, והמעין בפרוטוקולים ובדברי ההסבר שנוגעים לחוק המקורי לא ייתקל בהתבטאות המאוחרת המביעה עמדה מעודכנת. אבל הממשלה, ובעקבותיה הלכה למעשה גם הכנסת, התנגדה להצעה מכוח פרשנות שנתגבשה רק בעקבות התפתחויות חברתיות מאוחרות.²⁵⁴ הנה כי כן, הפרקטיקה של החקיקה בישראל מתבססת על הפרשנות התכליתית כדין נהג. הפרשנות התכליתית משחקת תפקיד יסודי גם בחוקים שנחקקים וגם בחוקים שלא נחקקים, ושבחירה בשיטה אחרת תחת הפרשנות התכליתית לא תוכל לרפא את היעדרם. מכאן שאימוץ מתודה מקורנית, או אמפירית אחרת, עלולה להביא לביטול כוונותיהם ורצונותיהם של דורות של מחוקקים. זוהי דוגמה קונקרטית לתובנה כללית שגם עליה עמדה ווייל, בהתייחס לפרשנות ההסתברותית:

פרוטוקול ישיבה 71 של הכנסת ה-20, 116 (2.12.2015).

למשל, פרוטוקול ישיבה 107 של הכנסת ה-20, 28-29 (24.2.2016) (סגן שר הביטחון אלי בן-דהן הביע את התנגדות הממשלה להצעת תיקון לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950 כך שיכיל הכרה בבני זוג מאותו מין, בנימוק שמשרד הביטחון ממילא מפרש את החוק תכליתית ומשכך מכיר בזכויותיהם לפי חוק זה של בני זוג מאותו מין).

אחד המקרים ששטיין מציין במאמרו ככזה שבו פרשנות ההסתברותית מציעה נימוק משכנע יותר לתוצאה שבית המשפט ממילא הגיע אליה הוא Bostock v. Clayton Cnty., 140 S. Ct. 1731 (2020), שבו בית המשפט העליון בארצות הברית קבע שאיסור הפליה על בסיס מין חל גם על הפליה על בסיס העדפה מינית. שטיין מסביר כי ההוראה בדבר איסור הפליה היא סטנדרט שנועד להיות מיושם גם במקרים עתידיים שאותם המחוקק לא צפה מראש כאשר קבע את האיסור, בשנות השישים של המאה העשרים, ונקט במושג הכללי "מין". ועדיין, שטיין מצדיק את התוצאה על יסוד נתונים אמפיריים הנוגעים לחברה ולקונגרס האמריקני במועד החקיקה. לפי גישתו, "one ought to find female biology" (Stein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1429). אלה טעמים שונים לחלוטין מאלה שהמחוקק והממשלה בישראל מסתמכים עליהם, ולכן אין להסיק מהדוגמה הזו כי הפרשנות ההסתברותית תוביל לתוצאות דומות גם אצלנו. עם זאת, בפועל הגיע השופט שטיין למסקנה דומה גם בישראל. הוא תמך בתוצאה לפיה התיבה "איש ואשתו יחד" בס' 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, אינה מדירה בני זוג מאותו מין, הואיל ו"הביטוי 'איש ואשתו' ... מפנה למערכת זוגית מקובלת ומוכרת בזמן האימוץ" (עניין גורטלר, לעיל ה"ש 9, בפס' 5 לפסק הדין של השופט שטיין). במקרה הישראלי, שטיין אינו מפנה לנתונים אמפיריים כלשהם שיעידו כי מערכות זוגיות הומוסקסואליות הן "מקובלות ומוכרות" במובן הרלוונטי לחוק. תחת זאת הוא מפנה לאידאולוגיה הפוליטית המקובלת עליו, ליברליזם קלאסי, שלפיה על המדינה לשמור על נייטרליות ביחס לדפוסי הזוגיות שאזרחים בוחרים (שם, בפס' 6). לביקורת על עמדת שטיין בפרשה זו ראו ליפשיץ, "אין לו לדיין אלא מה שענינו רוצות", לעיל ה"ש 8.

252

253

254

שטיין לא לוקח בחשבון שבית המחוקקים מחוקק חוקים בהקשר מסוים וכנגד הנחות מוצא מסוימות. המחוקק מסתמך על שיטת הפרשנות המקובלת והרווחת של השופטים במדינה נתונה. קל וחומר שהדברים נכונים בשיטת המשפט הישראלית בה כמעט אין מחלוקת בדבר שיטת הפרשנות בקרב שופטי העליון, והשיטה הרווחת הינה פרשנות תכליתית. לכן, הכנסת ביועצה ששיטת הפרשנות היא תכליתית בארץ, מחוקקת אחרת מבית המחוקקים במדינה בה גישת הפרשנות השלטת היא אוריג'ינליסטית או אפילו שנויה במחלוקת משמעותית. לפיכך, אימוץ גישת שטיין בארץ יכולה לעוות, במקום לבטא, את המשמעות שביקשה הכנסת לשוות למסמך.²⁵⁵

4. רשויות מנהל ואסדרה

כשם שהפרשנות התכליתית היא מרכיב מהותי בתשתית החקיקתית בישראל, כך גם ביחס למקורות המשפט המנהלי, בראשם תקנות והנחיות, וכן ביחס לפרקטיקות שמקורות אלה מכתיבים בקרב רשויות המנהל והאסדרה. רשויות אלה יוצרות דין כשהן קובעות נורמות חדשות בדרגות שונות לפי סמכותן; כשהן מפרשות נורמות שיצרו הן עצמן; וכשהן מפרשות נורמות שיצר המחוקק.²⁵⁶

גורמים מנהליים מקבלים מדי יום החלטות שהמקורות המנחים אותן במעלה ובמורד פירמידת הנורמות מותירים מרחב להפעלת שיקול דעת נורמטיבי, או מחייבים זאת. בעשותם כן, מקבלי ההחלטות מפעילים את המומחיות והידע המקצועיים שלהם בו בזמן שהם מפרשים את מקורות הסמכות שלהם. לדוגמה, חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955, מקים ועדה לעיון בעונש שהוטל על מי שהורשע בדיון צבאי, המורכבת משלושה גורמים ובכך משלבת מומחיות ומשפט: שופט צבאי, גורם טיפולי וקצין בכיר (ס' 509). סמכותה המרכזית של הוועדה היא להמתיק עונש מאסר או להחליף את מקצתו בעונש על-תנאי (ס' 510). האם סמכות זו כוללת גם סמכות להתנות שחרור מוקדם בתנאים? הפרקליטות הצבאית הראשית נדרשה לשאלה כדי להנחות את הוועדות כיצד לנהוג; על יסוד פרשנות תכליתית, בין היתר, נקבע שהתשובה היא חיובית.²⁵⁷ דוגמאות דומות ניתן למצוא לרוב בהתייחס לרשויות מעין-שיפוטיות, רשויות תביעה ואכיפה, ורשויות רגולטוריות. אכן, מבט בנורמות המנהליות ממחיש כי, כעניין של עובדה, גיבושן ועיצובן עוקבים אחר הפרשנות התכליתית. בתוך מנגנוני הרשות המבצעת, ידה של הפרשנות התכליתית בכל:

²⁵⁵ ווייל "ארבע זוויות", לעיל ה"ש 69.

²⁵⁶ ראו למשל עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 180, בפס' 47 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר; שם, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת וילנר (דעת מיעוט); שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט מינץ (דעת מיעוט); דותן, לעיל ה"ש 264, בעמ' 2. ראו גם ס' 2, 19 לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021.

²⁵⁷ ס' 27 להנחיית התביעה הצבאית הראשית 1.11 "הוועדה לעיון בעונש" (נובמבר 2016).

הנחיות מטעם היועצת המשפטית לממשלה והרשמים השונים במשרד המשפטים;²⁵⁸ החלטות מליאת רשות ניירות ערך;²⁵⁹ חוזרי מנכ"ל משרדי הממשלה;²⁶⁰ הוראות רשות המיסים;²⁶¹ גילויי דעת של רשות ההגבלים העסקיים;²⁶² וכיוצא באלה. זאת ועוד: הפרשנות התכליתית משמשת בסיס מתודולוגי גם לביקורת על הרשות המבצעת, כעולה מדו"חות של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור.²⁶³

הפרשנות התכליתית לא רק פרושה לאורכה ולרוחבה של הפרקטיקה המנהלית אלא גם מחזקת את המעמד הנורמטיבי שלה. מסקנה זו נלמדת מפרשת **זליגמן** משנת 2021, שבה הרכב מורחב של בית המשפט העליון עסק בדיון נוסף בהיקף הסמכות הפרשנית של המאסדר (בנסיבות המקרה הספציפי, המפקח על הביטוח). בפסק הדין המקורי נקבע כי בבוא בית המשפט לפרש הנחיות שהרשות המאסדרת עצמה קבעה, ברירת המחלל תהיה לאמץ את פרשנותה שלה. קביעה זו מצמצמת את הפער בין פרשנות למדיניות וגוזרת מעקרון חוקיות המנהל "מתחם פרשנות סבירה" הנתון למאסדר, כך שפעולותיו לא ייפסלו אם הן עולות בקנה אחד עם פרשנות המצויה במתחם זה, גם אם היא אינה הראויה ביותר בעיני בית המשפט.²⁶⁴ בדיון הנוסף, בית המשפט הפך את פסק הדין. במוקד עמדת הרוב עמדה המומחיות הפרשנית של בית המשפט.²⁶⁵ המשנה לנשיאה מלצר, שכתב את חוות הדעת העיקרית, קבע כי כשם שבית המשפט ממילא מטה אוזן לפרשנות הרשות המנהלית ביחס לדבר החקיקה הראשי שהיא אמונה על ביצועו – אבל בוחן את הטקסט גופו וקובע את משמעותו הנכונה – כך גם לגבי רשות מאסדרת, ואין נפקא מינה שהטקסט העומד לפירוש הוא הנחיות שאותה רשות ניסחה. שיקול מרכזי בבחינת המשקל שיש להעניק לפרשנות המאסדר הוא עמידתו של המהלך הפרשני שביצע באמות המידה של הפרשנות התכליתית.²⁶⁶ התוצאה היא אפוא שהלגיטימציה החוקית של פרשנות הרשות המאסדרת, ככל

²⁵⁸ למשל, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.5000 "מינויים בחברות ממשלתיות ובתאגידים ציבוריים" (9.11.2003); ס' 6.4.3. להנחיית רשם מאגרי מידע 1/2017 "תחולת הוראות חוק הגנת הפרטיות על זכות העיון בהקלטות קול, וידאו ומידע דיגיטלי נוסף" (30.1.2017).

²⁵⁹ למשל, ס' 4 להחלטה 103-8 של מליאת רשות ניירות ערך "מערכת למסחר למשקיעים מוסדיים בלבד" (אפריל 2004).
²⁶⁰ למשל, חוזר מנכ"ל משרד הפנים 8/2009 11-9 (30.12.2009); וראו ס' 73 להודעה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בעת"ם (מנהליים ת"א) 26575-12-09 **גוטליב נ' עיריית אור יהודה**.

²⁶¹ למשל, הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 4/2010 "סעיף 71(א)(2) לחוק מיסוי מקרקעין – העברת חובות החברה אגב פירוק האיגוד" (28.6.2010).

²⁶² למשל, ס' 16-21 לגילוי דעת 3/14 (נוסח מתוקן) של הממונה על ההגבלים העסקיים "בעניין איגודים עסקיים ופעילותם" (15.10.2019) **רשות התחרות** 501682.

²⁶³ למשל, נציב תלונות הציבור **דוח שנתי 37 לשנת 2010** 28-27 (2011).

²⁶⁴ ראו יואב דותן *Chevron* בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ **פורום עיוני משפט** מד (התש"ף).

²⁶⁵ עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 180, בפס' 76 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

²⁶⁶ שם, בפס' 68-67. גם בדעת המיעוט הודגש כי "פרשנותו של המאסדר צריכה לעלות בקנה אחד עם כללי הפרשנות המקובלים" (שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מינץ, וראו גם בפס' 31 לפסק הדין של השופטת וילנר, שניהם בדעת מיעוט).

רשות מנהלית אחרת, עולה ככל שהיא נערכת לפי כללי הפרשנות התכליתית, ופרשנות מאסדר שאינה עומדת בסטנדרטים אלה עשויה שלא לקבל תוקף.

ברי שפרשת **זליגמן** זימנה אתגר לפרשנות התכליתית וחיידרה את העובדה שהיא אינה עוד השחקנית היחידה על המגרש. ובכל זאת, הפרשנות התכליתית יצאה ממנה מחוזקת, וזאת גם תוך התחשבות בעמדת המיעוט. כך, בניגוד לשופט מלצר שהדגיש את חובת בית המשפט לבחון את התכלית האובייקטיבית של הנחיות המאסדר,²⁶⁷ השופטת וילנר הדגישה את מרכיב הכוונה הסובייקטיבית. היא המשילה את עמדת המאסדר לדברי הסבר בחקיקה המגלים את כוונתו המקורית של יוצר הנורמה ובשל כך מצדיקים את העדפת העמדה שלו כברירת מחדל.²⁶⁸ כלומר, וילנר סבורה שיתרונן הפרשני של המאסדר טמון בעובדה שהוא יוצר הנורמה המקורי.²⁶⁹ זו עמדה מוקשית, שכן בניגוד למחוקק ששואב את יתרונן המקורני מן הלגיטימציה הדמוקרטית שלו, יתרונן של המאסדר שאוב מהמומחיות המקצועית שלו ולכן דעות של אינדיבידואלים האוחזים בתפקיד מסוים, להבדיל מאלה של הגורם המאסדר כמוסד שלטוני, אינם ממין העניין.²⁷⁰ בהתאם לכך, השופט מינץ, אף הוא בדעת מיעוט, מעגן את המשקל שיש לתת לפרשנות המאסדר ביכולתו, הנגזרת ממומחיותו המקצועית, "לגבש פתרונות יצירתיים וגמישים במבט צופה פני עתיד".²⁷¹ ככל שהדבר מיתרגם לעמדה פרשנית, משמעו עמידה על המימד הדינמי של המשמעות וראייתה כנתונה להתפתחות המותאמת לנסיבות המשתנות. זאת בסתירה לדגש ששמה וילנר על ההסתמכות שיוצרת הפרקטיקה המינהלית, עמדה שמניחה כי פרשנות המאסדר היא סטטית.²⁷² אם משמעות היא לעולם דבר-מה גמיש ומתפתח במבט צופה פני עתיד, אז היא אינה עובדה אמפירית הקבועה בזמן ניסוחה המקורי. על מפת התאוריות הפרשניות המתחרות בישראל, עמדה זו מזכה את הפרשנות התכליתית ביתרון על פני מתחרותיה, גם מצד עמדת המיעוט בעניין

²⁶⁷ שם, בפס' 71 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר. מלצר מוסיף ומדגיש עקרון מרכזי נוסף של גישת ברק לשיפוט, ההרמוניה החקיקתית (לעיל ה"ש 229 והטקסט הסמוך לה), באשר אותו פיקוח המרוכז בתכלית האובייקטיבית שעורך בית המשפט כורך בחובו גם השקפה על המערך הנורמטיבי בכללותו. שם, בפס' 72.

²⁶⁸ שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופטת וילנר (דעת מיעוט). המודל שמציעה וילנר הוא של כלל, שעיקרו העדפת כוונתו המקורית של יוצר הנורמה, ולצידו חריגים. שם, בפס' 57. מודל זה זהה למודל שהציע השופט סולברג ביחס לפרשנות חקיקה. רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 87-88. ואכן, השופטת וילנר הצטרפה לעיקרי השיטה שהציע סולברג ביחס לפרשנות חקיקה. עניין **סוקו**, לעיל ה"ש 42, בפס' 14 לפסק הדין של השופטת וילנר. סולברג הצטרף לעמדתה של וילנר בעניין **זליגמן**, אך תוך הסתייגות מעירוב המונח סבירות בדיון על אודות פרשנות. עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 180, בפס' 6 לפסק הדין של השופט סולברג (דעת מיעוט).

²⁶⁹ עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 180, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת וילנר (דעת מיעוט).

²⁷⁰ כדברי השופט הנדל: "היתרון, ככל שישנו, מצוי במהות ולא במיהות" (שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל). שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט מינץ (דעת מיעוט). ראו גם דותן, לעיל ה"ש 264, בעמ' 11 ("אם פרשנות הדין נתפסת כחלק מהליך של קביעת מדיניות, הרי אין פסול בכך שכאשר הרשות מעוניינת לשנות את מדיניותה, היא עשויה במסגרת זו לשנות גם את עמדותיה הפרשניות לגבי הדין החל על פעולותיה").

²⁷² עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 180, בפס' 34 לפסק הדין של השופטת וילנר (דעת מיעוט).

זליגמן.²⁷³ קריאת המפה הזו מזקקת לקח חשוב נוסף שיש ללמוד מפרשת זליגמן. הוא מצוי בחוות של דעתה של השופטת ברק-ארז, המתייחסת לכך שהן מלצר הן וילנר הקדישו חלק ניכר מחוות דעתם להשוואה עם הדיון המקביל בארצות הברית: "העמדה המקובלת בשיטת משפט אחרת, נכבדה ככל שתהיה, אינה הולמת תמיד את 'תנאי הארץ ותושביה'".²⁷⁴

5. הלכות שיפוטיות

מוסד התקדים מוסדר בס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה ואין מי שקורא עליו תיגר.²⁷⁵ אכן, לא רק שהפרשנות התכליתית מקובלת ומיושמת בכל בתי המשפט ועל כל סוגי הטקסטים,²⁷⁶ אלא שפסיקת בית המשפט העליון מבהירה כי אחד הביטויים של השתרשות הפרשנות התכליתית במשפטנו הוא שיישומה מהווה הלכה מחייבת. הדברים באים לידי ביטוי מפורש בפסיקה מזה כשלושה עשורים. להלן דוגמאות אחדות ממגוון רחב של שדות תוכן משפטיים, מאת (בסדר כרונולוגי יורד) השופטים מינץ, וילנר, שוחט, מלצר, גובראן, פרוקצ'יה, ארבל, רובינשטיין, ביניש, לוי, ש' לוי, אור, ד' לוי ושמגר:

- התחשבות בתכלית אובייקטיבית וסובייקטיבית היא בגדר "כללי הפרשנות הנקוטים מימים ימימה".²⁷⁷

- "הלכה עמנו שיש לפרש כל חוק, לרבות חוק יסודי, באופן שמעניק לו משמעות אפשרית מבחינה לשונית – ואשר מגשים באופן מיטבי את תכליתו".²⁷⁸

²⁷³ שטיין אמנם עמד על כך שיש לפרש מושגים כלליים, בגדרי סטנדרטים להבדיל מכללים, לפי משמעות פומבית הנכונה למועד היישום, ומשכך יש מימד של גמישות טמפורלית גם לשיטתו (לעיל ה"ש 51). אך גישה זו לא תחול לרוב בענייני אסדרה שעוסקים דווקא בכללים מפורטים וספציפיים ופרשנותם מבוססת מומחיות שמטבעה איננה פומבית.

²⁷⁴ שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. ראו גם דותן, לעיל ה"ש 264, בעמ' 6.

²⁷⁵ על השוני בגישות בין השופטים סולברג ושטיין לעניין דוקטרינת התקדים המחייב, ראו חגי שלזינגר "ריבוי הפנים של השמרנות הישראלית ודילמת התקדים הפרוגרסיבי" בלוג ICON-S-IL (13.3.2022) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2022/03/13/%D7%A1%D7%99%D7%9E%D7%A4%D7%95%D7%96%D7%99%D7%95%D7%9F-%D7%91%D7%A0%D7%95%D7%A9%D7%90-%D7%A9%D7%9E%D7%A8%D7%A0%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98-%D7%97%D7%9C%D7%A7-%D7%93-%D7%A8/>.

²⁷⁶ לפירוט ודוגמאות ראו למשל אצל אליאור כורם "פרשנות תכליתית של המכרז הציבורי – מתודולוגיה" משפט וממשל כה 259, 262-264 (התשפ"ב).

²⁷⁷ בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 41 לפסק הדין של השופט מינץ (3.1.2024) (דעת מיעוט).

²⁷⁸ בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 16, בפס' 42 לפסק הדין של השופטת וילנר; ראו גם שם, בפס' 33 לפסק הדין של השופטת כנפי-שטייניץ (שתיהן בדעת מיעוט).

- "הלכה ידועה היא, כי ניתן להיזקק לעקרונות היסוד של השיטה על מנת לפרש את חוקי הכנסת".²⁷⁹
- "הכלל בדבר הפרשנות התכליתית, שהתקבל בפסיקה בבחינת תקדים מחייב מזה שנים רבות".²⁸⁰
- "שיטת המשפט הישראלית אימצה זה מכבר את הפרשנות התכליתית – במסגרתה נבחנת לשון החוק וכן נבחנות הן התכלית הסובייקטיבית והן התכלית האובייקטיבית, ומתוך האיזון ביניהן נלמדת התכלית הכוללת של החוק ... הדברים הם בבחינת הלכה וכלל נקוט".²⁸¹
- "כלל הוא כי מעשה חקיקה טעון פרשנות על-פי לשונו, ועל-פי תכלית הנורמה הטמונה בו ... במרחב הלשוני שהטקסט החקיקתי מתיר, ניזונה הפרשנות מתכלית של הנורמה, ובמקום שבו תכננה מספר תכליות אפשריות, יפעיל בית המשפט שיקול דעת פרשני ויברור את התכלית הראויה מבין התכליות השונות האפשריות".²⁸²
- "העיקרון הפרשני השזור לאורכה של הפסיקה בנושא זה הינו כי על הפרשנות לפיה ייקבע האם מדובר בסמכות שברשות או בסמכות שבחובה, להיעשות בהתאם לתכלית הסמכות הרלוונטית ... בחינה תכליתית של כל דבר חקיקה מהווה נדבך מרכזי בתהליך ההתחקות אחר פרשנותו הנכונה".²⁸³
- "מקום בו ניתנת לשונו של החוק לפירושים שונים, פרשנות המגשימה את תכליתו דומה שתהא מקובלת על הכל ... ברי כיום, לכל הדעות, שהפרשנות התכליתית קנתה לה שביטה ומקום, והשאלה היא יישומה של דוקטרינה זו".²⁸⁴
- "מקובל עלינו העקרון כי יש לפרש כל דבר חקיקה בדרך שתעלה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה שהרי התכלית הכללית של כל דבר חקיקה היא לשרת את הערכים היסודיים והאינטרסים הבסיסיים של החברה".²⁸⁵
- "כידוע, תכנית בניין עיר היא בגדר 'חקיקה', וחלים עליה כללי הפרשנות הנהוגים ביחס לדברי חקיקה, ובהם הניסיון לתור אחר תכלית התכנית".²⁸⁶
- "הלכה פסוקה היא שכללי הפרשנות החלים בדיני המסים אינם שונים מכללי הפרשנות בכל סוגיה אחרת ... כשלשון החוק – כמו במקרה שלפנינו – היא דו-משמעית, יש לפרשו, ככל שהדבר ניתן, פרשנות תכליתית".²⁸⁷

²⁷⁹ עניין **בן ארי**, לעיל ה"ש 44, בפס' 18 לפסק הדין של השופט שוחט.

²⁸⁰ עניין **טוונטי האנדרד**, לעיל ה"ש 172, בפס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (הדגשה הוסרה).

²⁸¹ עניין **גיני**, לעיל ה"ש 195, בפס' 3 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ג'ובראן.

²⁸² ע"מ 2190/06 **מדינת ישראל נ' Bueno**, בפס' 38 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (13.5.2008) (דעת מיעוט).

²⁸³ רע"א 10758/06 **קצין התגמולים-משרד הבטחון נ' יעקובוביץ'**, בפס' 14-15 (11.5.2008).

²⁸⁴ ע"א 10251/05 **ברשף אילת בע"מ נ' פקיד שומה אילת**, בפס' א' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (19.12.2007).

²⁸⁵ בג"ץ 10808/04 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שרת החינוך והתרבות**, בפס' 3 לפסק הדין של השופטת ביניש (11.7.2006).

²⁸⁶ ע"א 9355/02 **מדינת ישראל נ' ראשד**, פ"ד נח(4) 416, 406 (2004) (סוגריים הושמטו).

²⁸⁷ ע"א 6357/99 **פקיד שומה באר-שבע נ' שלם**, פ"ד נו(4) 66, 69 (2002).

- "הכלל היסודי, שלפיו יש לפרש דברי חקיקה על-פי תכליתם ... חוקים הפוגעים בקניין יש לפרש, גם כיום, על-פי תכליתם. עיגונה של הזכות לקניין כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא שינה תפיסה בסיסית זו. הוא עשוי להשפיע על איתור התכלית, אך לא על אמת המידה הפרשנית היסודית."²⁸⁸

- "בואנו לפרש סעיף זה שבחוק, כדין פרשנות חוקים דרך כלל, נשאל עצמנו מהי התכלית החקיקתית שבבסיס חוק זה ... מן המוסכמות היא כי גיבושה של תכלית החקיקה נעשה תמיד בהווה. בהידרשו להוראת החוק ישאל השופט עצמו תמיד מהי תכלית החקיקה העכשווית בשעת מתן הפירוש, וייתן לדבר החקיקה את הפירוש שראוי ליתן לו בהווה."²⁸⁹

- "חזקה על כל דבר חקיקה, תהא תכליתו הספציפית של דבר החקיקה אשר תהא, שתכליתו נועדה להגשים את עקרונות היסוד של השיטה."²⁹⁰

עינינו הרואות כי בית המשפט העליון משתמש בביטויים כמו "הלכה", "תקדים", "כלל", "דין" וכיוצא באלה, המשמיעים קבלה של מחויבות נורמטיבית והישמעות לחובת ציות לחוק, בהתייחס לפרשנות התכליתית כשיטה כוללת או לעקרונות מסוימים בתוכה. כך, הציטוטים השלישי והאחרון לעיל עומדים על אימוצו של בית המשפט את "חזקת ההתאמה" של הפרשנות התכליתית,²⁹¹ ולפיה מרכיב חיוני בפרשנות הוא התאמת כל דבר חקיקה ל"רצון השיטה". מהלך זה דורש פרשנות של החיקוק הנתון לצד פרשנות של עקרונות היסוד של השיטה עצמם, ולא ניתן ליישמו ללא הנחה שלפיה ערכי היסוד מתפרשים על כל דף בספר החוקים גם אם הדבר לא בא לביטוי מפורש בלשון הסעיפים הקונקרטיים העומדים לפירוש. הנחה זו מנוגדת לשלוש תפיסות קשורות שבהן אווזו שטיין: הגישה המוניסטית ביחס לתכליות הדין, הגישה הפורמליסטית ביחס לפוזיטיביזם משפטי והגישה האמפיריציסטית ביחס למשמעות. גלומה בהנחה זו הכרה בלגיטימציה ובהכרחיות של שקלול התכלית האובייקטיבית, שלטענת המתנגדים לפרשנות התכליתית אינה אלא פתח ליישום העדפות המדיניות הסובייקטיביות של השופטת,²⁹² כדי לעמוד על התכלית הסופית של הטקסט.

בתי המשפט בישראל אינם רק מחויבים לפרשנות התכליתית מבחינה נורמטיבית אלא גם רואים באימוצה הלכה שחובתם לציית לה. אף אצל השופטים סולברג ושטיין ניתן למצוא התבטאויות שלפיהן בחירה במתודה פרשנית מסוימת, בתוך המסגרת של הפרשנות התכליתית, עשויה לעלות כדי תקדים מחייב. כך השופט סולברג, ביושבו כיו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת: "הלכה היא שאת חוקי-היסוד יש לפרש מתוך ראייה רוחבית, ולא הרי פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראת יסוד חוקתית. פרשנותם של חוקי-היסוד היא פרשנות מהותית

²⁸⁸ ע"א 5827/90 נהריה, כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' יורשי קלופשטוק, פ"ד נ(4) 282, 297-298 (1996).

²⁸⁹ ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 299, 303 (1996).

²⁹⁰ ע"א 4531/91 דרויש נ' רשמת העמותות, פ"ד מח(3) 294, בפס' 5 (1994).

²⁹¹ אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 161 (2003).

²⁹² לעיל ה"ש 195.

ולא לשונית-טכנית".²⁹³ ואילו אצל שטיין תמצאי הכרה בכוח המחייב של הלכה בדבר פרשנות אם מכלל הלאו תשמעי הן:

הלכת מזרחי לא קבעה הנחייה פרשנית כללית אשר מחייבת – או מסמיכה – את הפרשן להתאים את מילות האיסור הפלילי לערך החברתי המוגן שמאחוריו גם כשהתאמה מייחסת למילים אלו משמעות החורגת ממשמעותן הטבעית והרגילה. דברים אלה לא נאמרו ולא נכתבו ... לא נקבע במפורש אלא, לכל היותר, במשתמע; ודברים שרק עולים מבין השיטין של פסק הדין אינם בגדר הלכה פסוקה. אשר על כן, הלכת מזרחי אינה מחייבת אותנו אלא כפרשנות נקודתית של האיסור הפלילי.²⁹⁴

הסיבה שההלכה שאליה מתייחס שטיין אינה מחייבת אותו, לדבריו, היא לא שהלכה בדבר מתודה פרשנית אינה אפשרית, אלא שבמקרה הנדון לא נקבעה הלכה כאמור. אם הדברים מפורשים, משתמע מדברי שטיין, יכול שיהיו מחייבים. באותה נשימה, שטיין מתעלם מהתקדימים המפורשים המחייבים אותו ליישם את הפרשנות התכליתית. ניתן להוסיף בהקשר זה כי בארצות הברית, שמתוך השיח שהתפתח בה מתנסחת הפרשנות ההסתברותית של שטיין, ישנם בתי משפט מדינתיים, כגון בתי המשפט העליונים של מדינות משיגן, וויסקונסין ואורגון, שמתייחסים להכרעות שיפוטיות בדבר מתודה פרשנית כאל תקדים מחייב,²⁹⁵ וקיימות מגמות דומות גם בבתי משפט פדרליים.²⁹⁶

כמוסד, בית המשפט העליון אינו מחויב להלכה הפסוקה ומוסמך לשנותה,²⁹⁷ בהתגבש התנאים וההצדקות המתאימים לשינוי הדין. הציטוטים לעיל ממחישים כי כאשר שופט פלוני בתוך בית המשפט העליון מבקש לחרוג מן הפרשנות התכליתית, חבריו תובעים ממנו להטעים מדוע בשלו התנאים לשינוי כזה; אחרת, הדין מחייבו לעקוב אחר ההלכה, פן יהפוך בית המשפט לבית שופטים. הטעמים לכך שכל שופט בתוך בית המשפט העליון מחויב להלכה שנקבעה באופן מוסדי הם אותם טעמים שבגינם יתר בתי המשפט מחויבים לה: אחידות, ודאות ויציבות. אותם ערכים ששטיין וסולברג טוענים שהפרשנות התכליתית פוגעת בהם,²⁹⁸ למעשה מקשים על סטייה מהשיטה המקובלת בבתי המשפט בישראל. עקרון התקדים המחייב ממסד קושי זה. שטיין סבור שהגישה ההסתברותית היא הגישה הקרובה ביותר לאמת העובדתית, אבל הוא ודאי לא מצפה

²⁹³ ה"ש (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לבחירות לכנסת ה-26) 1/26 שור נ' היועצת המשפטית לממשלה, פס' 25 (20.4.2023) (סוגריים הושמטו).

²⁹⁴ ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 44-42 (9.11.2020) (סוגריים והדגשות הושמטו).

²⁹⁵ Abbe R. Gluck, *The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism*, 119 YALE L.J. 1750, 1775-76, 1799-803, 1808-11, 1822-24 (2010).

²⁹⁶ Aaron-Andrew P. Bruhl, *Eager to Follow: Methodological Precedent in Statutory Interpretation*, 99 N.C. L. REV. 102 (2020).

²⁹⁷ ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

²⁹⁸ סולברג "שמרו משפט", לעיל ה"ש 28, בעמ' 19; שטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 13.

שכל שופט יעשה דין לעצמו ו"ילך עם האמת שלו" כאשר הוא מבצע פרשנות, כשם ששופט בודד, בערכאה גבוהה או נמוכה, אינו רשאי ליישם דוקטרינות בדיני הנזיקין או בדיני העונשין בניגוד להלכה שקבע בית המשפט העליון, גם אם הוא סבור שדעתו קרובה יותר לאמת. הדבר יפגע בשלטון החוק ויערער על היציבות והוודאות – ערכים שאותם פוזיטיביזם משפטי מקדש. כך גם ביחס לסטייה מדיני הפרשנות: שינוי הלכה בדוקטרינה כה בסיסית מחייב אותו הליך שיפוטי שיידרש לשינוי הלכה בכל דוקטרינה אחרת.

מהמקובץ עולה שבדומה ליתר המוסדות יוצרי הדין בישראל, גם קובע ההלכה – כמו המכונן, המחוקק, המבצע והמאסדר – סבור שהפרשנות התכליתית היא הדין ומורה למיישמי ההלכה לנהוג בהתאם. אם תורת הפרשנות התכליתית התבססה בבתי המשפט כדין, ואם לצד התוכן הפרשני שבית המשפט נותן לתיבה פלונית גם הדרך שבה הוא נוקט מחייבת להבא – אזי המתנגדים לה הם שמטמיעים ערכים שיפוטיים ללא הסמכה. עם זאת, יש מימד אירוני לטענה בדבר תקדים מתודולוגי מחייב בתוך הטעון הכללי של מאמר זה, היות שאוריג'ינליזם מבסס סטגנציה ואורתודוקסיה בעוד שפרשנות תכליתית מבססת קידמה ושינוי.²⁹⁹ הפרשנות התכליתית עצמה קובעת שמשמעות מחייבת היא מושג דינמי ורגיש להתפתחויות חברתיות ולפיכך היא עשויה לראות סתירה עצמית בהיווצרות תקדים מתודולוגי. כלומר, מול טיעון מהפכני בעד שמרנות הצגתי טיעון שמרני בעד קידמה.³⁰⁰

1. סיכום

מאמר זה לא בא לתת הגנה נורמטיבית על הפרשנות התכליתית. השאלה ששאלתי היא זו שבכותרת, והטענה שהצעתי היא כי מנקודת מבט פוזיטיבית התשובה לשאלה זו חיובית. תשובה זו מטילה על כתפי מי שטוענים נגד הפרשנות התכליתית נטל שהם אינם מכירים בקיומו, והוא להניח תשתית להצדקת שינויים רדיקליים בדין הפוזיטיבי מבלי להפר אותו.³⁰¹ כפי שכותב סטיבן סאקס: "What originalism requires of legal change is that it be, well, *legal*";³⁰² וויליאם בוד מחדד כי בהינתן שאוריג'ינליזם הוא "הדין שלנו" ("our law"), היינו שלהם, האמריקנים, מוכבד הנטל על טוענות אחרות לכתר:

²⁹⁹ Reznick, לעיל ה"ש 13, בעמ' 422-426.

³⁰⁰ השוו יניב רוזנאי "שמרנות רדיקלית ודוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי" **ICON-S Essays: חיבורים במשפט הציבורי** (2022) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2022/09/16/icon-s-essays-%D7%97%D7%99%D7%91%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98-%D7%94%D7%A6%D7%99%D7%91%D7%95%D7%A8%D7%99-%D7%97%D7%99%D7%91%D7%95%D7%A8-%D7%9E%D7%A1-1-%D7%9C>.

³⁰¹ אני תקווה שביססתי את הטענה כי הסתמכותו של השופט שטיין על ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה, לעיל ה"ש 16 והטקסט הסמוך לה, אינה עונה על דרישה זאת.

³⁰² Stephen E. Sachs, *Originalism as a Theory of Legal Change*, 38 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 817, 820-21 (2015) (הדגשה במקור).

[B]efore these nonlawful methodologies have been adopted, arguments that they should be adopted for the first time face an additional hurdle that the current regime need not: the need to justify legal change. ... [The argument] must overcome the claim that the judge would be violating his or her oath, breaking his or her promise to uphold the law.³⁰³

גם לנו יש דיני פרשנות, אבל דיני הפרשנות שלנו, הישראלים, כאן, אינם דיני הפרשנות שלהם, האמריקנים, שם. במקום שבו בוד וסאקס כותבים "אוריג'ינליזם", אנחנו בישראל צריכים לקרוא "הפרשנות התכליתית" .. יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין באחת הפרשות, שבהקשר הנוכחי עשויים להיקרא כזימון רוחם של יוצרי מקורות אינטלקטואליים שעליהם נסמך שטיין – ויטגנשטיין והארט – כדי לאתגר אותו:

מילה וביטוי נדמים הם – במובנים מסוימים – לזיקית המתאימה עצמה לסביבתה וצבעה כצבע הסובב אותה ... כך הוא השיח הבין-אישי; כך הוא פירושו של חוק; כזה כן זה השניים תלוי-הקשר הם; מייסדים הם עצמם על הסכמה מראש למשמעות, לכללי-התנהגות, לכללי משחק'. ואם אמרת לשנות, שומה עליך – בראש ובראשונה – לשנות את 'כללי המשחק'. רק לאחר שינוי הכללים תהא רשאי לנהוג לפי הכללים החדשים. ואם לא תעשה כן – דימית עצמך למי שמנסה להקים מגדל בבל.³⁰⁴

אם הטיעון שהצגתי נכון, הוא תקף כלפי שופטים אבל לא בהכרח כלפי מחוקקים ומכוננים. במועד כתיבת המאמר, מתרגשת עלינו מהפכה משפטית מבית מדרשה של השמרנות המשפטית החדשה, והטיעון שהצגתי רק חידד מה מונח על הכף עבור מהנדסיה. אם הפרשנות התכליתית היא הדין, אז מי שמאתגר אותה אינו יכול להסתפק בטיעונים ברמה הנורמטיבית שמסבירים מדוע הפרשנות התכליתית היא שגויה או מדוע אלטרנטיבות לה הן עדיפות. בנוסף, עליו לטעון ברמת הפרקטיקה המשפטית והתוצרים החוקיים המחייבים שמפיקות כל פינות הקהילה הרלוונטית ולאורך שרשרת ההסמכה מקודקודה ועד בסיסה, מדוע יש לשנות את שיטת המשפט שלנו. חשין ממשיך ומדגיש כי גם המחוקק כפוף לכללי המשחק,³⁰⁵ אבל אולי מבחינה מוסדית הכנסת היא בדיוק המקום לקבוע שפה חדשה שבאמצעותה פועלי בבל יוכלו להתקדם יחד. רוטמן ולוין הוכיחו מיד עם השבעתם לתפקידיהם כי הם אינם בוחלים בשינויים רדיקלים, וגם התפתחויות מאוחרות יותר, בראשן המלחמה שפרצה באוקטובר 2023, לא הניאו אותם מעמדה זו.³⁰⁶ במובן הזה, המאמר מחלק נשק גם לתומכי הרפורמה. עם זאת, יש לשים לב שהרטוריקה שלהם נבנית על הפרדה חדה בין הלגיטימציה של הדין החקיקתי לבין העדרה בדין הפסיקתי או

Baude, לעיל ה"ש 99, בעמ' 2396-2397.

דנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס**, פ"ד נב(3) 1, 97 (1998) (דעת מיעוט).

שם, בעמ' 98. ראו גם Baude & Sachs, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1133-1140.

מיכאל האזור טוב "לזין בכנס ימין: 'רבים מבינים היום את הצורך בשינוי במערכת המשפט. שום דבר לא יזיז אותי מהדרך'" **הארץ** (2.8.2024) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2024-08-02/ty-article/00000191-1.1bd-dc1a-a1b7-19fd9b0c0000>.

303

304

305

306

הבירוקרטי, והיומרה היא ריכוז הכוח בידי מי שיש לו הסמכה כדין, שהם נבחרו ונציגי העם האחראים על הדין החקיקתי (בשים בצד את הקשיים הקשורים באחריות הדמוקרטית של הרשות המבצעת בישראל ובאיונים והבלמים בינה ובין הרשות המחוקקת). כך הוצדק, למשל, התיקון לחוק-יסוד: השפיטה שצמצם את עילת הסבירות, אשר צמחה מן הפסיקה ומשדרות המדינה המנהלית, ונפסל בג"ץ הסבירות.³⁰⁷ ובכן, אם זו ההצדקה, היא אינה חלה על הפרשנות התכליתית, היות שאת הנורמות שמבססות את חוקיותה מפיקים המוסדות יוצרי הדין בישראל כולם.

אין משמעות הדבר שהפרשן יחויב לנטוש את הפרשנות התכליתית במקרה שתיערך רפורמה בדיני הפרשנות, אבל גם לא שהפרשנות התכליתית בתצורתה הנוכחית חייבת להישאר איתנו לעד. איני בטוח שאפשר לדמיין שיטת משפט סבירה בלי פרשנות תכליתית, שמקבלת את מימד היצירה בפרשנות ושואפת להסבירו ולנמקו (ובתוך כך גם לגדרו), ואיני בטוח שהתקיים אי פעם משפט ישראלי בלעדיו.³⁰⁸ עם זאת, אין ספק שאפשר לדמיין שיטת משפט בלי "הפרשנות התכליתית" מאת אהרן ברק על פרטיה הדוקטרינריים המסוימים. אכן, טענתי במקום אחר כי עלינו "להשתחרר

³⁰⁷ בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 16. הגם שיוזמי התיקון נתלו בהצעה לרפורמה של השופט סולברג, הוא עצמו, באופן לא מפתיע, חשב על כך כסוגיה הנתונה להתפתחות פסיקתית ולא להחלטה חקיקתית. שם, בפס' 183 לפסק דינו של השופט סולברג; חן מענית ומיכאל האזור טוב "סולברג על ביטול עילת הסבירות: לא חשבתי על תיקון בדרך של חקיקה" **הארץ** (17.7.2023) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2023-07-17/ty-article/00000189-6467-dc94-a78d-fsefied50000>.

³⁰⁸ כפי שציין הנשיא שמגר באחת הפרשות, "מקובל עלינו מאז ומתמיד, כי פרשנותו של דבר חקיקה צריך שתיעשה על-פי תכליתו" (בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 40, 1 (1987)). גישות פרשנות תכליתיות שונות קיבלו ביטוי בפסיקה גם לפני ברק, אבל לא זכו לניסוח מקיף וקוהרנטי. ראו למשל, אליקים רובינשטיין "לזכר השופט משה עזיוני ע"ה: משפט, תבונה ואהבת אדם ועם" **משפט וממשל** ה' 401, 402 (התש"ס) ("פרשנות תכליתית, שכיום היא לחם-חוק בפרשנות המשפטית הישראלית, עומדת אפוא ביסוד גישתו דאז" בהתייחס לפסיקת השופט עזיוני מתחילת שנות השבעים). לפסיקה עוד יותר מוקדמת ראו למשל את דברי השופט (כתוארו אז) אגרנט בע"א 65/49 פריזלר נ' וויס, פ"ד ה' 878, 892 (1951): "במלא בית המשפט את תפקידו לתת תוקף לחוק חירות אסור לו, כמובן, לעשות צעד כלשהו לקראת ביטול הכתוב או הפיכתו לאות מתה, אך מאידך גיסא, בתתו את דעתו (כפי שהוא חייב לעשות) על המטרה העומדת מאחורי סעיף החוק הנדון, גם חלילה לו, לבית המשפט, להתעלם מתנאי-הזמן המתחדשים שלאורם יש לקיים אותה מטרה"; וראו גם שמעון אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" **עיוני משפט** י' 233, 238 (1984) (התפקיד הפרשני "מחייב לעתים פעולה יוצרת מצד השופט"), וכן שם בעמ' 244-245 ובפסיקות הנזכרות במאמר. אכן, הנשיא אגרנט – הנציג המובהק ביותר של מחשבה אמריקנית מבין אבות המשפט הישראלי (פנינה להב **ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית** (1999)) – הוא שנשא את דגל הפרשנות היוצרת מתוך מבט חברתי כללי בשנותיו המוקדמות של בית המשפט העליון. למשל, בשניים מפסקי הדין הידועים בתולדות ישראל: ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 385 (1964); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז' 871, 884 (1953). אגרנט ביצע פרשנות לאור "הנתונים הקונסטטוציוניים" ו"מערכת החיים הלאומיים" (בהתאמה), ומן הסתם לא השתמש במונח "תכלית אובייקטיבית", אבל לו היו הדברים נכתבים היום ניתן לשער ששטיין ודומיו היו מתנגדים להם כביטוי של תכלית אובייקטיבית.

מצילו של ברק"³⁰⁹; אולי התפתחויות פוליטיות, תרבותיות או מוסדיות קוראות לעדכון של הפרשנות התכליתית או אף לזניחתה, אם כי לא בהכרח בכיוונים אמפיריציסטיים או פסאודו-אמפיריציסטיים כאלה שמציעים השמרנים. כך או אחרת, הרף לעריכת שינוי מהותי כדין במתודולוגיה הפרשנית המוחלת על טקסטים נורמטיביים במשפט הציבורי שונה בתכלית מזה שנדמה למי שלא הבין שהפרשנות התכליתית היא הדין.

³⁰⁹ רזניק "לא שמרנות", לעיל ה"ש 13. לטענות כי גישת פרשנות תכליתית הולמת את הנסיבות המוסדיות בישראל, ראו Rivka Weill, *On the Nexus between the Strength of the Separation of Powers and the Power of the Judiciary*, 31 WM. & MARY BILL RTS. J. 705, 736-38 (2023); אורי אהרונסון "המהפכה החוקתית: הדור הבא" **מחקרי משפט** לד (2021), בטקסט הסמוך לה"ש 116: "אחד ממאפייניה של הדמוקרטיה [הישראלית] הוא העיסוק הפוליטי השוטף בחקיקה חוקתית ... אולי זו הגירסה הישראלית לרעיון ה'חוקה החיה': מארג נורמטיבי שהן לשונו והן פרשנותו מצויות במשא ומתן נמשך, בתהליך ציבורי, כלל-מוסדי, של הגדרה עצמית פוליטית, שאין לו נקודת סיום ידועה שאלה מכוונים השחקנים השונים. בחברה מפולגת, העשויה זרמים וקהילות בעלי חזונות שונים ומתחרים, ייתכן שזה המיטב שניתן לשאוף לו".