

# היסוד הדינמי של הטקסטואליזם: תורת הפרשנות שנשכחה בצילה של הפרשנות התכליתית

מאת

אוריאל חרל"פ\*

## דברי פתיחה

למרות תפיסות העולם השונות בקרב שופטי בית המשפט העליון המכהנים כיום, כמעט כולם, מממלא מקום הנשיא עוזי פוגלמן ועד השופט נעם סולברג, מסכימים שעל בתי המשפט לפרש חוקים בהתאם לתורת הפרשנות התכליתית.<sup>1</sup> במשך שלושה עשורים פיתח ושכלל הנשיא ברק בפסקיו ובספריו את תורת הפרשנות התכליתית והטמיע אותה במערכת המשפט הישראלית. כפי שהבחין

\* בוגר תואר ראשון במשפטים באוניברסיטה העברית ותואר שני באוניברסיטת ג'ורג'טאון (Georgetown Law Center). עוסק בליטיגציה אזרחית ומסחרית (Bienstock PLLC). רשימה זו מבוססת על המאמר "אוריג'נליזם אינו מה שחשבתם: על ההבדלים בין טקסטואליזם ובין פרשנות תכליתית" פורום עיוני משפט מז' (2024). ברצוני להודות לד"ר שאול שארף על העריכה המצוינת. לתגובות והערות – Urielc88@gmail.com.

1 בג"ץ 1633/20 "סל" שירותי סיעוד נ' מדינת ישראל, פס' 2 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 27.7.2020) ("כללי הפרשנות התכליתיים ידועים ומקובלים עלינו מימים ימימה"); דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פס' 28 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 12.09.2017) (להלן: פרשת גיני). ("שיטת הפרשנות התכליתית [...] מקובלת עלי במלואה").

ניר קידר, הליך ההטמעה נעשה באופן חלק כל כך עד שנדמה שהפרשנות התכליתית הייתה איתנו מאז ומעולם.<sup>2</sup> ואכן, כבר לפני כשלושים שנים נאמר בפסק דין של בית המשפט העליון כי "הפסיקה הישראלית אימצה זה מכבר את הפרשנות המכונה פרשנות תכליתית".<sup>3</sup>

אולם, בעבר בתי המשפט הישראליים החילו את שיטת הפרשנות המתמקדת בלשון החוק, הלא היא שיטת הפרשנות הטקסטואלית (textualism) – תורה פרשנית שלפיה על הפרשן לתור אחר מובנן הרגיל והטבעי של מילות החוק. תורה זו המבוססת על העקרונות של שלטון החוק וממשל עצמי כמעט נשכחה. הצהרתו של הנשיא ברק בשנותיו הראשונות על כס השיפוט כי "מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק",<sup>4</sup> וכן הדוקטרינה שלפיה יש לייחס אל מילות החוק את הפרשנות שמגשימה את תכלית הנורמה באופן המיטבי ובלבד שלפרשנות זו עיגון מינימלי בלשון<sup>5</sup> – הדהדו והשפיעו עמוקות על בתי המשפט עד כדי זניחת המגמה לפענח את המשמעות הרגילה והטבעית של לשון החוק.<sup>6</sup>

אולם הטקסטואליזם אינו יכול להישכח לגמרי, שכן הוא משקף את האינטואיציות הבסיסיות של דוברי הלשון – הרעיון שלפיו בחברת אנשים למילים וללשון יש משמעות טבעית ורגילה שמושתתת על ההסכמה בין חבריה, ושההכרה במשמעות זו היא המצע שמאפשר לחברה ולפרטים שבתוכה לתקשר זה עם זה ולבטא מחשבות ורעיונות.<sup>7</sup> אכן, "טקסטואליזם" היא תווית מעט יומרנית להגיגים טריוויאליים קמעא באשר למהותה של הלשון ולאופן תפקודה בחברת בני אדם.

- 2 ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737, 738 (2002).
- 3 רע"א 292/93 סרבוז נ' ע. אופק בע"מ, פ"ד מח(3) 177, 188 (1994).
- 4 ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, לה(4) 427, 421 (1980).
- 5 אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 382 (1992) ("תנאי חיוני הוא, כי הלשון תאפשר "הגשמת" התכלית. [...] אם אין לתכלית עיגון ולו מינימלי בטקסט, אין כל אפשרות להגשים את התכלית באמצעות הלשון") (ההדגשה אינה במקור).
- 6 אמירה זו של הנשיא ברק צוטטה בבתי המשפט 158 פעמים (לפי חיפוש במאגר המידע נבו, נכון ליום פרסום המאמר).
- 7 ראו: יורם ברונובסקי מסה על הלשון פרק חמישי (1975).

## א. תכלית סובייקטיבית לעומת תכלית אובייקטיבית

כמו כל חיבור ישראלי על פרשנות חוקים גם רשימה זו תתחיל בהצגת שיטתו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר אהרן ברק. ברק הגה את ההבחנה בין תכלית סובייקטיבית ובין תכלית אובייקטיבית, ובמידה רבה השיח המשפטי פרשני בישראל נסב סביבה.<sup>8</sup> ההבחנה האמורה נשענת על ההבדל שבין כוונה לתכלית. הכוונה מתייחסת לרצונו של המחוקק ("יוצר הנורמה" כלשונו של ברק),<sup>9</sup> למטרות שלדעתו החוק נועד להגשים, ולאופן שבו הוא מעוניין שהחוק ייושם בעתיד.<sup>10</sup> לעומת זאת, תכלית הנורמה היא "מושג נורמטיבי המבוסס על קונסטרוקציה משפטית" שנועדה להגשים מטרות שעולות בקנה אחד עם ערכי היסוד של חברה דמוקרטית מודרנית.<sup>11</sup> ניתן להיווכח ש"כוונה ותכלית אינן היינו הך",<sup>12</sup> ולעיתים הן אף סותרות זו את זו.<sup>13</sup> זאת משום שכוונה היא תכלית סובייקטיבית קבועה ובלתי משתנה של נותן החוק, ואילו תכלית החוק, כלומר התכלית האובייקטיבית שאותה מזהה הפרשן, היא דינמית ומשתנה במשך הזמן.<sup>14</sup>

מתוך הבחנה זו עולות שתי שיטות פרשניות. האחת מתחקה אחר כוונת המחוקק, בעוד שהשנייה שואפת לפרש את החוק בהתאם לתכליתו האובייקטיבית-נורמטיבית. שופטי פרשן שמתחקה אחר התכלית הסובייקטיבית, כלומר כוונת המחוקק, "מגלה" את משמעות החוק, ואילו שופט שמתחקה אחר התכלית האובייקטיבית, כלומר התכלית, "יוצר" את משמעות החוק.<sup>15</sup>

8 קידר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 740.

9 ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 374.

10 שם, בעמ' 375.

11 שם.

12 שם, בעמ' 374.

13 שם, בעמ' 379-380.

14 שם, בעמ' 378 ("הכוונה של יוצר הנורמה היא אירוע פיסי חד-פעמי, המעוגן במקום ובזמן. היא אינה מתפתחת לאחר שהנורמה נוצרה. [...] לעומת זאת, התכלית היא אירוע נורמטיבי, העשוי להשתנות עם הזמן. שינוי במבנה הכללי של נורמות ושינוי בערכי היסוד עשויים להשפיע על שינוי בתכליתה של הנורמה המתפרשת").

15 שם, בעמ' 273; קידר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 743.

אומנם, המשותף לשתי השיטות הוא שהן מתחשבות ביסודות "לבר-טקסטואליים". במטרה לברר מהי כוונת המחוקק, הפרשנות הדוגלת בהתחקות אחר הכוונה מתבוננת ב"היסטוריה חקיקתית" – כלומר, בדברי ההסבר של החקיקה שמוגשים בוועדות הפרלמנט הדנות בחוקים וכן בנאומים במליאת הפרלמנט שבהם נידונו המשמעות והיישומים האפשריים של דבר החקיקה.<sup>16</sup> הוא הדין ביחס לפרשנות שמתחקה אחר הפרשנות התכליתית האובייקטיבית, ובכללה הפרשנות התכליתית של הנשיא ברק; שיטה זו לוקחת בחשבון יסודות "לבר-טקסטואליים הנגזרים מטעונים פילוסופיים הרמנויטיים (כלליים) ובעיקר חוקתיים".<sup>17</sup> אולם, בספרו של הנשיא ברק לא מוזכרת תורת פרשנות שלישית, הלא היא שיטת הפרשנות הטקסטואלית (textualism) – תורה פרשנית שלפיה על הפרשן לתור אחר מובנה הרגיל והטבעי של לשון החוק. זוהי שיטת הפרשנות שהייתה מקובלת בעבר בבית המשפט הישראלי והיא השיטה הדומיננטית כיום בבית המשפט העליון האמריקאי.

## ב. הטקסטואליזם

מסוף שנות השמונים ובמהלכן של שנות התשעים, העלה מחדש השופט אנטונין סקאליה (Antonin Scalia) את הטקסטואליזם לשיח המשפטי, ואף פיתח אותו והעניק לו לבוש חדש.<sup>18</sup> לפי תורת פרשנות זו מושא הפרשנות אינו הכוונה הסובייקטיבית של המחוקקים, שכן בתי המשפט אינם "פסיכואנליטיקאים של המחוקקים" (psychoanalysis of Congress), כלשונו של שופט העליון האמריקאי רוברט ג'קסון (Robert Jackson).<sup>19</sup> כלומר, אין זה

16 ראו פרשת גיני, לעיל ה"ש 1, בפס' 6-9 לפסק הדין של השופט סולברג.

17 אהרן ברק "מקומה של הלשון בפרשנות המשפט" העברית סא 11, 15 (תשע"ג).

18 William Eskridge, *The New Textualism*, 37 UCLA L. Rev. 621, 623 (1990) ("Justice Scalia has criticized the Court for relying on legislative history to confirm or rebut the apparent plain meaning of a statute [...]. The new textualism posits that once the Court has ascertained a statute's plain meaning, consideration of legislative history becomes irrelevant. Legislative history should not even be consulted to confirm the apparent meaning of a statutory text")

19 *United States v. Public Utilities Comm'n*, 345 U.S. 295, 319 (1953)

תפקידם של בתי המשפט להתחקות אחר כוונותיהם של המחוקקים ולאורם לפרש את החוק. לפי הטקסטואליזם מושא הפרשנות אינו כוונת המחוקק, אף לא תכלית החוק, כי אם הטקסט של החוקה והחוקים.<sup>20</sup>

כיצד בתי המשפט יתחקו אחר המשמעות המקורית של הטקסט? משמעות הטקסט אינה מתבררת לאור הכוונה של המחוקק אלא מנקודת מבטו של הקורא. הכלי התיאורטי שבאמצעותו מפוענחת משמעות הטקסט הוא "הקורא הסביר" (reasonable reader) בעל היכולת להבין טקסטים משפטיים.<sup>21</sup> הקורא הסביר יכול לקרוא את לשון החוק על אף שהוא אינו מודע לאינטרסים וליחסי הכוחות הפוליטיים שפעלו בחקיקת החוק. משכך הוא יכול לספק הבנה נקייה של החוק כפי שהוא, ללא דעה קדומה וללא סדר יום פוליטי שמולבש על גבי המשמעות המילולית של החוק. רעיון זה מכונה "המשמעות הציבורית המקורית" (original public meaning) של החוק,<sup>22</sup> כלומר הפירוש של החוק הוא בהתאם למשמעות החוק כפי שהוא מובן על ידי הציבור הרחב – האזרחים שאינם בהכרח מחזקים בעמדה פוליטית כזו או אחרת.<sup>23</sup>

ההצדקה המרכזית לגישה שלפיה יש לפרש את החוק בהתאם ללשונו ללא התחשבות בכוונת המחוקק ובתכלית החוק, נובעת מן העקרונות של ממשל עצמי ושל שלטון החוק.<sup>24</sup> בניגוד לזמנים עברו שבהם היחס שבין השלטון לאזרחים היה יחס של ריבון ונתונים, ברבות השנים חלחלה ההכרה שהריבון הוא כלל אזרחי המדינה. כך צמח העיקרון של ממשל עצמי (self-governance),

20 ראו שמעון נטף פרשנות החקיקה בישראל 25-36 (2023); רועי כדורי תורת פרשנות החוק על פי אנטונין סקאליה (מחקר, המכון לאסטרטגיה ציונית). ראו גם ברכיהו ליפשיץ "אין לו לדיין אלא מה שענינו רוצות" רשות הרבים (29.2.2024).

21 Antonin Scalia & Bryan Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* 393 (2012).

22 Lawrence B. Solum, *Original Public Meaning*, 2023 Mich St. L. Rev. 807, 809 n. 3 (2023).

23 Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, 17 (Amy Gutmann ed., 1997).

24 William N. Eskridge Jr., *The New Textualism*, 37 UCLA L. Rev. 621 (1990).

שלפיו העם הוא השולט על עצמו באמצעות נציגיו בפרלמנט.<sup>25</sup> לפי תפיסה זו נציגי הציבור בפרלמנט אינם שליטים ואינם גוף ריבוני, אלא הם אזרחים שווים שנבחרו לתכלית מוגבלת של חקיקת חוקים. מעבר לפונקציה זו של חקיקת חוקים שורתם חסרת משמעות שלטונית או משפטית. רצונותיהם ומאווייהם הם בעלי משמעות משפטית אך רק אם הם הביעו וביטאו אותם בלשון החוקים שאושרו בהליך פורמלי ופורסמו לעיונם של כלל אזרחי המדינה.<sup>26</sup> לפיכך, כוונה או תכלית שלא הובעו או בוטאו בטקסט החקיקתי עצמו הן חסרות תוקף וחסרות משמעות משפטית. האזרחים, שהם כאמור הריבון, כפופים לחוקים בלבד אך לא לרצונותיהם, לציפיותיהם או לכוונותיהם של המחוקקים שנבחרו על ידם. רעיון זה מתומצת באמרה המפורסמת, שבינתיים כבר הפכה לקלישה, שלפיה שלטון במדינה דמוקרטית הוא "שלטון החוק ולא שלטון של אנשים" (government of laws, not of men).<sup>27</sup>

בביקורת הספרות הפוסט-מודרנית נהגה הרעיון של "מות המחבר" שלפיו משעה שפרסם המחבר את יצירתו הספרותית, הוא אינו שולט עוד בפרשנות הטקסט. משעה זו היצירה היא נחלת הכלל והקורא הוא הפרשן המוסמך שלה; לכן אין טעם לנבור בקורות חייו או בנבכי נפשו של המחבר כדי להבין את משמעותה של היצירה הספרותית.<sup>28</sup> במידה מסוימת עקרונות הטקסטואליזם מהדהדים את הרעיון של "מות המחבר". משעה שדבר חקיקה אושר בשלוש קריאות, כבר סיים המחוקק את תפקידו, ומעתה והלאה אין לו סמכות פרשנית יותר מאשר לכל אזרח אחר. בדומה לספרות, דבר חקיקה הוא "יתום", שכן המחבר, כלומר המחוקק, "מת". בית המחוקקים והמחוקקים כבר אינם בעלי שררה, והאזרחים שהכפיפו עצמם לשלטון החוק בהתאם לאמנה החברתית

.The Federalist No. 10 (James Madison) 25

Joseph Raz, The Rule of Law and the Separation of Powers 213-214 (1979) 26

Frank H. Easterbrook, *Textualism*; לעיל ה"ש 23, בעמוד 17; Scalia, *and the Dead Hand*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 1119, 1119-1120 (1998); 27  
Fothergill v Monarch Airlines Ltd [1981] AC 251, at 279

Roland Barthes, *The Death of the Author*, in Image, Music, Text 142 (1977) 28  
ראו גם את מהדורת התרגום מצרפתית בהוצאת רסלינג: רולאן בארת ומישל פוקו מות המחבר/מהו מחבר (דרור משעני מתרגם, 2005).

שכרתו ביניהם, הם הפרשנים המוסמכים של החוק.<sup>29</sup> לפיכך, כוונת המחוקק ורצונו אינם שולטים במשמעות הטקסט, ועל בית המשפט להתחקות אחר המשמעות הציבורית של החוק, כלומר לאופן שבו החוק מובן על ידי האזרחים.

למפנה מן הכוונה אל הטקסט ומן המחוקק אל הקורא יש השלכות משמעותיות. ראשית, כל כוונה של המחוקקים שלא באה לידי ביטוי בטקסט החקיקתי היא חסרת משמעות משפטית. לפיכך, בית המשפט בבואו לפרש את דבר החקיקה כלל לא אמור להתחשב בנאומים של חברי פרלמנט על משמעות החוק או האופן שבו המחוקק מצפה שיחילו את החוק במקרה מסוים. באותה המידה בית המשפט לא יתחשב בדברי ההסבר של חוקים המוגשים לוועדות הפרלמנט. מסמכים אלו משקפים את כוונתו של המחוקק אבל זו כאמור אינה רלוונטית וחסרת משמעות משפטית.<sup>30</sup>

שנית, בבואם לפרש את החוק, בתי המשפט אינם צריכים לקחת בחשבון תכליות בעלות רמת הפשטה גבוהה שאינן נובעות או ניבטות מלשון החוקים.<sup>31</sup> כאמור מושא החקיקה הוא הטקסט. מעבר למובן הלקסיקלי והדקדוקי של המילים, הפרשנות צריכה לקחת בחשבון את מכלול היבטי הטקסט, כלומר את ההקשר הטקסטואלי הרבדיו השונים. עליה להתחשב בהקשר הצר והמיידני של המילים והצירופים כגון במעמדם התחבירי במשפט השלם ובזיקתם למשפטים הסמוכים,<sup>32</sup> אף להביט אל הסביבה הלשונית הרחבה יותר של הביטוי (למשל, כותרות החוק הנדון וכן קריאת החוק השלם וחוקים משיקים כמכלול),<sup>33</sup> וכן לפרש בהתאם לאופן השימוש הכללי בשפה ולמינוח המשפטי בקהילת

29 ראו גם: Anya Bernstein, *Legal Corpus Linguistics and the Half-Empirical Attitude*, 106 Cornell L. Rev. 1397, 1435 n.177 (2022).

30 Scalia, לעיל ה"ש 23, בעמ' 29-37.

31 Maryland v. Craig, 497 U.S. 836, 343 בעמ' 21, לעיל ה"ש 21, בעמ' 343; Scalia & Garner (1990) (Scalia J. dissenting) 862.

32 הקשר תחבירי. Scalia & Garner, לעיל ה"ש 21, בעמ' 33; לובה ר' חרל"פ "פרשנות המקרא על דרך ה"פשט": אבחנות אחדות לאור תיאוריות בלשוניות בנות זמננו" סקריפט י' 133, 137 (2006).

33 הקשר ענייני. Scalia & Garner, שם. כמו כן ראו Scalia, לעיל ה"ש 23, בעמ' 17 ("the intent that a reasonable person would gather from the text of" the law, placed alongside the remainder of the *corpus juris*")

המשפטים.<sup>34</sup> שימוש בתכלית החוק אפשרי רק אם התכלית ניבטת ועולה מתוך לשון החוק על כל רמותיה.<sup>35</sup> אך בכל מקרה אין לפרש את הטקסט בעזרת יסודות לבר־טקסטואליים.<sup>36</sup>

הפרשנות הטקסטואלית מובחנת מן הפרשנות התכליתית בהיבטים נוספים. לפי הפרשנות התכליתית מושא הפרשנות הוא התכלית כשהלשון היא רק אמצעי להעברת הרעיון הנורמטיבי שאותו החוק מבקש להגשים,<sup>37</sup> בעוד שלפי הפרשנות הטקסטואלית מושא הפרשנות הוא הלשון כשמגמת הפרשנות היא לחשוף את משמעותה. אכן, לפי הנשיא ברק "פרשנות החוק מתחילה במילות החוק, אך לעולם אין היא מסתיימת במילות החוק",<sup>38</sup> לעומת זאת, לפי הטקסטואליזם הפרשנות מתחילה ואף מסתיימת במילות החוק, משום שלשון החוק היא מושא הפרשנות.<sup>39</sup> זאת ועוד, אם לפי הפרשנות התכליתית בית המשפט צריך לאתר את קשת האפשרויות הלשוניות שהטקסט נושא, ולהעניק לטקסט את הפרשנות שמגשימה את תכלית הנורמה באופן המיטבי ובלבד שלפרשנות זו יהיה עיגון מינימלי בלשון,<sup>40</sup> הרי שלפי הפרשנות הטקסטואלית

34 Scalia & Garner, שם.

35 שם, בעמ' 33, 56-58.

36 כך למשל פרשנות טקסטואלית תתעלם מן ההקשר הסיטואציוני (context in situation) ומן ההקשר התרבותי (context in culture), מכיוון שאלה מכוונים להקשרים חוץ טקסטואליים. ראו חרל"פ, לעיל ה"ש 32, בעמ' 147; Naomi S. Baron, *Contextualizing "context": From Malinowski to Machine Translation, in Linguistics Inside Out: Roy Harris and His Critics* (1997) 151, 154-157.

37 שם, בעמ' 374-375, 382 ("לשון הטקסט המשפטי היא מקור חשוב ממנו ניתן ללמוד על תכליתה של הנורמה הגלומה בו. [...] תנאי חיוני הוא, כי הלשון תאפשר "הגשמת" התכלית. משמעות הדבר היא כי לשון הטקסט – על־פי משמעותה הרגילה או המיוחדת – מהווה כלי קיבול, המאפשר הוצאתו של הרעיון הנורמטיבי מהכוח אל הפועל").

38 בג"ץ 267/88 רשת כוללי האינדרא נ' בית המשפט לענייניים מקומיים, פ"ד מג(3), 728, (1989) 738.

39 ראו Scalia & Garner, לעיל ה"ש 21, בעמ' 16 ("Textualism, in its purest form, begins and ends with what the text says and fairly implies").

40 שם. דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פס" 6, 52-57 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'זבראן (12.9.2017). ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 382 ("תנאי חיוני הוא, כי הלשון תאפשר "הגשמת" התכלית. [...] אם אין לתכלית עיגון ולו מינימלי בטקסט, אין כל אפשרות להגשים את התכלית באמצעות הלשון") (ההדגשה אינה במקור).



אין זה מספיק שהפרשן נותן משמעות סבירה ללשון החוק אלא עליו להעניק לטקסט החקיקתי את המשמעות הלשונית היותר מסתברת.<sup>41</sup>

עולה כי פרשנות טקסטואלית מכילה רכיבים הקיימים גם בפרשנות התכליתית וגם בפרשנות שמתחקה אחר כוונת המחוקק. מחד גיסא, הפרשנות הטקסטואלית דומה לפרשנות תכליתית מבית מדרשו של הנשיא ברק מבחינה זו ששתיהן אינן מביטות אל המחוקק ומחבר הטקסט כי אם אל האזרח והקורא (מן הבחינה הזו פרשנות טקסטואלית אף יותר טהורה מאשר הפרשנות התכליתית, שכן הפרשנות התכליתית נותנת משקל מסוים לתכלית הסובייקטיבית ולהיסטוריה החקיקתית). מאידך גיסא, פרשנות טקסטואלית דומה לפרשנות שמתחקה אחר כוונת המחוקק בכך שמשמעות הטקסט נשארת יציבה (fixed) ואינה משתנה בחלוף הזמן. משכך הפרשן איננו "יוצר" את המשמעות אלא "מגלה" אותה.

### ג. ההבחנה בין משמעות לתחולה ובין מובן להוראה

אחת ההצדקות לפרשנות תכליתית היא שתורה זו מאפשרת להחיל חוקים ישנים על תופעות חדשות. השופט ג'ובראן המחיש הצדקה זו באמצעות דוגמה שהביא נשיא בית המשפט העליון יואל זוסמן.<sup>42</sup> נניח כי חוק אנגלי שחוקק במאה השמונה־עשרה מאסדר את מכירתם של מוצרי מזון. כיצד אמור היה בית המשפט לפרש את החוק במאה התשע־עשרה? האם החוק חל גם על אשכוליות? והרי אשכוליות כלל לא היו באנגליה במאה השמונה־עשרה אלא הגיעו אליה רק במאה התשע־עשרה, והמחוקק כלל לא העלה בדעתו שיש פרי המכונה אשכוליות, ובוודאי לא התכוון שהחוק יחול על אשכוליות בשעה שחוקק את החוק שמאסדר מוצרי מזון. לפי השופט ג'ובראן, רק הפרשנות התכליתית שמפרשת את החוק לאור תכליתו מאפשרת להסיק שאין הבדל

Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957, 976 n. 6 (1991) ("It seems to us 41 that our task is not merely to identify various meanings that the text "could reasonably" bear, and then impose the one that from a policy standpoint pleases us best. Rather, we are to strive as best we can to select from among the various "reasonable" possibilities .the most plausible meaning")

ראו פרשת גיני, לעיל ה"ש 1, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן; יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213 (התשל"ב).

מהותי בין אשכוליות לשאר מוצרי מזון מנקודת מבט תכליתית. משכך החוק המאסדר מוצרי מזון חל גם ביחס לאשכוליות שלא היו ידועות בשעה שהחוק חוקק. עולה כי לפי הפרשנות התכליתית תכלית החוק היא היסוד הדינמי ש"מעדכן" את משמעות החוק לאור תופעות חדשות הבאות לעולם.

אומנם גם לפי הטקסטואליזם יש מקום להתפתחות החוק ולהתאמתו לאור תופעות מודרניות שמתרחשות במשך הזמן. אולם מה שמשנתנה הוא לא משמעותו של החוק אלא אופן החלתו. אבחנה זו נשענת על ההבחנה המשפטית שבין משמעות החוק ובין תחולת החוק, ובמונחים מתורת הלשון והלוגיקה – ההבחנה שבין מובן (sense) ובין הוראה (reference). כדי לבאר הבחנה זו אקדים ואציג את תפיסת המונח "פרשנות" על פי הנשיא ברק.

לפי הנשיא ברק, פרשנות משפטית לעולם לא נעשית במופשט באופן נטול הקשר. כששופט מפרש את החוק הוא אינו עושה זאת לשם שעשוע אינטלקטואלי אלא הוא דן במקרה קונקרטי שמונח לפניו. אם למשל השופט צריך לפרש את המילה "רכב" בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, הוא לא יפרש באופן עיוני את המונח רכב. ההליך הפרשני תמיד ייעשה בתוך הקשר קונקרטי, למשל האם הרכבת שעליה דנים עורכי הדין שלפניו היא בכלל משמעות המונח "רכב" שבחוק או מחוצה לה. עולה כי "הפרשנות השיפוטית נעשית ביחס למערכת עובדות נתונה"<sup>43</sup> וניתן אף לקבוע כי "לשפוט – משמעותו לפרש"<sup>44</sup> ושאינן ללשון משמעות מופשטת קדם-פרשנית.<sup>45</sup> נמצא אפוא שאין הפרש בין ביאורו של החוק לבין החלתו; לפי הנשיא ברק הגבול ביניהם מטשטש ושניהם נכללים במונח פרשנות. אם "מלוא כל הארץ – משפט" ניתן להוסיף כי לפי הנשיא ברק "מלוא כל המשפט – פרשנות".

לעומת זאת, הטקסטואליזם אוהז בגישה הפוכה. לפי תפיסה זו יש לעשות הבחנה בין פרשנות החוק ובין תחולתו.<sup>46</sup> פירוש החוק הוא גילוי המשמעות

43 ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 169.

44 שם, בעמ' 168.

45 ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16.

46 Mark D. Greenberg & Harry Litman, *The Meaning of Original Meaning*, 86 Geo. L.J. 569, 586-597 (1998).

של הטקסט באופן מופשט ומנותק מהקשר קונקרטי וממסד עובדות נתון. לפי תפיסה זו, השפיטה מורכבת משני שלבים: פרשנות החוק והחלת החוק על המקרה הקונקרטי. ראשית, בית המשפט מתחקה אחר המשמעות של הטקסט כפי שהוא, וחותר לגלות מהן המשמעויות הגלומות בו ומהם הכללים המשפטים המתחייבים ממנו. רק בשלב שני, לאחר שהסתיים התהליך הפרשני והתבררה משמעות הטקסט, בית המשפט יכול להחיל את החוק על המקרה העומד לפניו. בשלב זה בית המשפט יעריך את המסד העובדתי שלפניו וישקול האם הוא נכנס בתחומו של החוק. בחקר הלשון והלוגיקה הבחנה זו נודעת כהבחנה שבין "מובן" ובין "הוראה".<sup>47</sup> למילים או לפסוקים יש מובן מסוים שמונח בלשון ללא תלות בעובדות הקיימות ובמצב העניינים בעולם. ללשון יש משמעות גם לפני שמשייכים למילים את האובייקטים הריאליים שאותם היא מסמנת ושעליהם היא מורה.

דוגמה מן הפסיקה נוגעת בתיקים שעסקתי בהם לאחרונה במסגרת הפרקטיקה המקצועית. בשנת 1978 חוקק הקונגרס האמריקאי את חוק העברת הכספים האלקטרונית (The Electronic Fund Transfer Act) שנועד להגן על לקוחות הבנקים שמושכים ומעבירים כספים באמצעים אלקטרוניים כמו כספומט וכרטיסי אשראי, אמצעים שהיו חדישים בתקופה זו. החוק למעשה עיצב הסדר רגולטורי המטיל אחריות קפידה על הבנקים כך שבמקרה של גניבה באמצעים אלקטרוניים מחשבונות לקוחותיהם הבנקים מחויבים לפצותם ואפילו אין אשמה מצידם של הבנקים. בשנים האחרונות מספקות חברות שונות כמו "קוינבייס" (Coinbase) ו"רובין הוד" (RobinHood) שירותים פיננסיים בתחום המטבעות הדיגיטליים (cryptocurrency) ובין היתר הן מספקות חשבונות שבהם יכולים לקוחותיהן לאחסן ולהחליף מטבעות דיגיטליים כמו ביטקוין (Bitcoin), איתריום (Ethereum) ועוד. לאחר תקריות רבות של פריצת האקרים לחשבונות אלו, עלתה השאלה המשפטית האם ספקי שירותים אלו כפופים למשטר הרגולטורי של חוק העברת הכספים האלקטרונית והאם הם אחראים באחריות קפידה כלפי לקוחותיהם. החברות

Christopher R. Green, *Originalism and the Sense-Reference* 47  
 (2006) 555, 563-568 St. Louis U. L.J. *Distinction*; גוטלוב פרגה "על מובן  
 והוראה" עיון: רבעון פילוסופי לג 364 (1984) (תרגום מגרמנית של המאמר "Uber  
 Sinn und Bedeutung משנת 1892).

טענו שמטבעות דיגיטליים אינם "כספים" (funds) לעניין משמעותו של החוק, שכן בעת חקיקת החוק מטבעות דיגיטליים כלל לא היו קיימים.<sup>48</sup> לעת עתה הערכאות הנמוכות דחו טענה זו. בפסק הדין הראשון שעסק בשאלה זו, השופטת דניס קוט (Denise L. Cote), שמונתה בידי הנשיא קלינטון, החליטה כי מטבעות אלקטרוניים נחשבים "כספים" לעניין תחולת החוק, וכי חוק העברת הכספים האלקטרונית מכפיף את ספקי השירותים הדיגיטליים להסדר של אחריות קפידה.<sup>49</sup> לפי בית המשפט ההגדרה המילונית של "כספים" (funds) היא "מטבעות או נכסים נזילים אחרים שמשמשים למטרה מסוימת",<sup>50</sup> ואילו ההגדרה של מטבעות דיגיטליים הם "מטבע [...] וירטואלי [...] שנועד לתפקד כאמצעי חליפין".<sup>51</sup> משכך המונח "כספים" המופיע בחוק כולל גם מטבעות דיגיטליים הגם שמטבעות אלו כלל לא היו קיימים בשעה שחוקק החוק.<sup>52</sup>

למעשה, בבואו לפרש את החוק נקט בית המשפט בניתוח בעל שני שלבים. בשלב ראשון פירש בית המשפט את המשמעות של המונח "כספים" באופן מופשט, ללא תלות בשאלה העומדת לפניו, ואילו רק בשלב השני הוא בחן

Memorandum of Law in Support of Uphold's Motion for Judgment on the Pleadings at 6-7; Rider v. Uphold HQ Inc., 657 F. Supp. 3d 491 (S.D.N.Y. 2023) ("Congress certainly did not enact EFTA to regulate cryptocurrency, as cryptocurrency did not exist in 1978") 48

Rider v. Uphold, שם. 49

A sum of money or other liquid assets established for "a specific purpose Fund, Black's Law Dictionary (11th ed. ראו: 2019). 50

A digital or virtual currency that is not issued by "any central authority, is designed to function as a medium of exchange, and uses encryption technology to regulate the generation of units of currency, to verify fund transfers, and Cryptocurrency, Black's Law Dictionary (11th ed. ראו: 2019). to prevent counterfeiting". 51

Under its ordinary meaning, the term "cryptocurrency" means a digital form of liquid, monetary assets that constitute Yuille v. Uphold HQ Inc., No. 22-CV-7453 (LJL), 2023 WL 5206888, at 5 (S.D.N.Y. Aug. 11, 2023) שם, בעמ' 498. 52

האם מטבעות דיגיטליים נכללים בגדר המונח "כספים". בית המשפט לא העניק פרשנות תכליתית למונח "כספים", אלא נקט בפרשנות טקסטואלית המתמקדת במשמעות הטבעית והרגילה של הטקסט ובמובן המילוני של המילים. ובכל זאת בית המשפט החיל את החוק גם על מסד עובדתי שלא היה קיים בשעת חקיקתו. במקרה זה משמעות החוק לא השתנתה, אף לא התפתחה, אלא מרחב התחולה של החוק התרחב; בית המשפט לא שינה את מובן המונח "כספים" אלא הכיר בכך שיש תופעות חדשות שהמונח "כספים" מורה גם עליהן.

#### ד. תורת הפרשנות הטקסטואלית בישראל

בעבר, עד שעלתה תורת הפרשנות התכליתית, אחז גם בית המשפט העליון בישראל בתורת פרשנות המתמקדת בלשון החוק.<sup>53</sup> פסק דין שלפוברסקי הוא מייצג מובהק של שיטת פרשנות טקסטואלית. בפסק דין זה עלתה השאלה האם המילה "מכוננית" המופיעה בתוספת לפקודת המלאכות והתעשיות (הסדרתן), 1933 מכילה בתוכה גם את המונח "טרקטור". הנפקות המשפטית הייתה האם מפעל לייצור טרקטורים מחויב ברישיון.<sup>54</sup>

כיצד שופט שאוחז בתורת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של הנשיא ברק ייגש לשאלה זו? אין צורך לנחש, כיוון שהנשיא ברק בספרו העלה מקרה היפותטי דומה שבו מחוקק משנה אסר על כניסת כלי רכב לגן

53 לכל הפחות זו הייתה אחת מן הגישות הפרשניות בבית המשפט העליון. קידר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 741. ראו למשל את פסק דינו של השופט שניאור זלמן חשין בע"א 117/47 אשר שרל נ' חברת "מגדן" בע"מ, פד"י ב 599, 600 (1949) ("מן המפורסמות הוא, שבכל מקום שדברי המחוקק אינם נשמעים לכמה פנים, אין נזקקין לא ל"דרש" ולא ל"רמז", אלא לפשט ולפירושו המלות"); ה"מ 349/65 חברת השגחה נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, יט 356, פס' 5 לפסק דינו של השופט בנימין הלוי (1965) ("זהו גם המובן הטבעי והרגיל של המונח "מלאי" בלשון בני אדם"); עת"ח (מחוזי תל-אביב-יפו) 3/58 תילאון נ' מנהל אגף המכס והבלו חיפה, טו 25, 30 (1959) ("כלל גדול הוא, כי יש להיזקק למובנן הרגיל והטבעי של מלים, כשהם לכשעצמם ברורות ומדויקות [...] יש להניח שהמחוקק מדבר בשפתו של האדם הממוצע המשכיל").

54 ע"פ 267/54 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' פסח שלפוברסקי ושות' בע"מ, פ"ד ט 757 (להלן: פרשת שלפוברסקי).

עירוני.<sup>55</sup> על פי הנשיא ברק, בשלב ראשון ישאל השופט מהו מרחב האופציות הפרשניות שלשון החוק מאפשרת, ובשלב שני יחליץ השופט את האפשרות הפרשנית המתאימה ביותר לעקרונות השיטה המשפטית ובלבד שלאפשרות זו יש עיגון מינימלי בלשון.<sup>56</sup>

כיצד יכריע היום בית המשפט במקרה זה הנוגע לשאלת רישיון לניהול עסק לתיקון טרקטורים? מצד אחד, נדמה כי השופט התכליתי יוכל להגיע למסקנה שלפיה עסק לתיקון טרקטורים אינו בכלל המשמעות של פקודת המלאכות והתעשיות, משום שיש להעדיף את המשמעות המצומצמת המתאימה יותר לזכות החוקתית של חופש העיסוק, ולפיכך יש להעדיף את הפירוש שלפיו "מכונית" אינה כוללת טרקטור. מן הצד השני ייתכן ששופט תכליתי יגיע למסקנה ההפוכה, שכן במקרה שלפוברסקי חופש העיסוק עומד כנגד אינטרס הבטיחות של כלל האזרחים, ועל כן יש לנקוט במשמעות המרחיבה של "מכונית" הכוללת גם טרקטור. תהיה המסקנה אשר תהיה, לפי הפרשנות התכליתית הניתוח המשפטי לא יוכרע באמצעות קנה מידה טקסטואלי, שכן לשתי האפשרויות הפרשניות יש עיגון מסוים בטקסט, אלא באמצעות האיזון בין התכליות והאינטרסים השונים.

אך בתי המשפט בפרשת שלפוברסקי, המחוזי והעליון, ניגשו לשאלה באופן אחר – בגישה טקסטואלית. בתי המשפט לא ביקשו להתחקות אחר תכלית הנורמה ולא אחר ההיסטוריה החקיקתית של פקודת המלאכות והתעשיות. הם אף לא ביררו כיצד פרשנות אפשרית של הפקודה משתלבת במכלול העקרונות המשפטיים של שיטת המשפט הישראלית. במקום זאת בתי המשפט הציעו מסגרת אנליטית של ניתוח לשוני, גישה שונה מן המסגרת של הפרשנות התכליתית.

בית המשפט המחוזי ניגש לניתוח לשוני של המונח "מכונית" – "לפי פשוטו וכפי שהוא מקובל בלשון בני אדם". לפיכך המסקנה הייתה שטרקטור אינו

55 ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 378-379. זוהי דוגמה ידועה מן *H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 Harv. L. Rev. 593, 607 (1958).

56 ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 378-379.

בכלל "מכונית".<sup>57</sup> אולם בית המשפט העליון הפך את החלטת המחוזי. לדידו אין להתמקד אך ורק במילה "מכונית" כפי שהיא מקובלת בלשון בני האדם בזמן ההליך המשפטי אלא יש לקחת בחשבון את ההקשר הטקסטואלי הרחב ואף את ממד הזמן ולהביט על משמעות הפקודה כפי שהובנה במקור בעת חקיקתה:

"על בית המשפט לפרש את המלה בהתאם לכוונת המחוקק. וכוונת המחוקק היתה במקרה זה ברורה למדי [...] במקרה כזה מותר לנו, ואולי אף מחוייבים, לבדוק את פירוש המונח המופיע בתקופת המנדט כפי שהוא במקור [...] יש לפנות אל המקור האנגלי כדי ללמוד ממנו מה היא כוונת המחוקק".<sup>58</sup>

בית המשפט העליון הביט אל הנוסח המקורי האנגלי של הפקודה שבה נאמר "motor vehicles". לאחר ניתוח לשוני ארוך, שכלל עיון במילונים ובדברי חקיקה שונים המשתמשים במונחים דומים, הסיק בית המשפט שטרקטור גם הוא נכלל במשמעות המונחים "motor vehicles" ו-"מכונית". זוהי דוגמה נאה להחלת עקרונות הטקסטואליזם – פנייה אל העבר ופנייה אל הלשון. אומנם בית המשפט הזכיר את "כוונת המחוקק" אך ניכר מפסק הדין שבית המשפט לא התייחס לכוונת המחוקק הסובייקטיבית המתבררת מתוך ההיסטוריה החקיקתית (היינו התכלית הסובייקטיבית). בית המשפט השתמש במונח "כוונת המחוקק" כמטבע לשון. בהקשר זה כוונת המחוקק מתייחסת לכוונה שבוטאה בלשון החוק – הכוונה של המחוקק כפי שהיא משתמעת ומשתקפת בלשון החוק.<sup>59</sup> מושא הפרשנות היה הלשון – לא הכוונה ואף לא התכלית.

ראוי לציין כי לאחרונה התגלו ניצנים של חזרה אל פרשנות טקסטואלית בגרסתה הרכה בבית המשפט העליון. במספר פרשות הציג השופט אלכס שטיין עמדה שלפיה הפנייה למקורות לבר־טקסטואליים תתאפשר רק במקרים

57 פרשת שלפוברסקי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 758.

58 שם, בעמ' 766.

59 ראו זוסמן, לעיל ה"ש 42, בעמ' 220-221 ("מה שנקרא "כוונת המחוקק", אנו יכולים לדלות רק מן הקליפה החיצונית, מן הכתוב בספר החוקים").

שבהם לשון החוק אינה ברורה.<sup>60</sup> בפרשה שנידונה לאחרונה הוא אף מתח ביקורת על הפרשנות התכליתית:

"חבריי נוקטים במהלך פרשני יצירתי אשר עושה שימוש בכלי משפטי רביעוצמה – "התכלית האובייקטיבית [...] להשקפתי, גם אם נרחיק לכת ונמצא שאצל המחוקק נפלה שגגה, אין זה מתפקידנו לתקן שגגה זאת בדרך של חקיקה שיפוטית ולקרוא את הצדק לתוך החוק בניגוד למשמעותו הברורה".<sup>61</sup>

## דברי חתימה

מאז שנות השמונים הצליחה הפרשנות התכליתית לסחוף אחריה את הקהילה האקדמית ואת בתי המשפט וכך היא הפכה להיות האורים והתומים של מערכת המשפט הישראלית. הצלחה זו דחקה שיטות פרשנות אלטרנטיביות כמו תורת הפרשנות שנהגה בעבר בישראל הלא היא הפרשנות בהתאם למשמעות הטבעית והרגילה של לשון החוק.

לא זו בלבד שפרשנות זו דחקה שיטות פרשנות אלטרנטיביות, היא אף השכיחה את עקרונותיהן עד כדי שנותר מהן דימויים שחוקים ודהויים. אך הטקסטואליזם התפתח ולא שקט על שמריו. בניגוד למה שמקובל לחשוב, גם לפי הטקסטואליזם חוק שחוקק בעבר יכול לחול על תופעות חדשות שבאו לעולם לאחר חקיקתו. כך למשל, חוק משנות השבעים של המאה הקודמת שנועד לאסדר את אחריות הקפידה של הבנקים ביחס לשימוש לא מורשה של כרטיסי אשראי חל כיום על תופעות חדשות כמו מטבעות דיגיטליים. ואולם היסוד הדינמי שבטקסטואליזם הוא לא תכלית החוק אלא אופן ההוראה של הלשון ומתחם התחולה של החוק. בזמן שמשמעותו ומובנו של החוק נשארים יציבים אופן ההוראה של הלשון מוצא ביטויים חדשים ומרחב התחולה שלו מתרחב והולך. כך הטקסטואליזם מייצג מזיגה של יציבות ושינוי, סטטיות ודינמיות, שמביאה לידי חוקים ישנים בלבושים חדשים.

60 בר"ם 2283/18 הוועדה המקומית לתכנון ובניה בתל אביב נ' נכסי יד חרוצים בע"מ, פס' 4 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 24.12.2018); ע"פ 3583/20 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 39-40 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 16.8.2020).

61 עע"מ 2484/23 קלמנט נ' משרד הפנים, פס' 1 לפסק דינו של השופט שטיין (פורסם בנבו 16.6.2024).