

אוריג'ינליזם אינו מה שחשבתם

על ההבדלים בין טקסטואליזם ובין פרשנות תכליתית

מאת

אוריאל חרל"פ*

תקציר

האוריג'ינליזם – השיטה הפרשנית המתחקה אחר המשמעות המקורית של חוקה וחוקים – התפתח בעשורים האחרונים והטמיע אל תוכו את הנאמנות ללשון הטבעית והרגילה של הטקסט. ואולם השיח המשפטי בישראל נותר עם דימוי דהוי של האוריג'ינליזם של סוף שנות השמונים של המאה הקודמת. ברשימה זו אני בא לנפות את הדעות הקדומות ואת התפיסות השגויות ביחס לאוריג'ינליזם העכשווי ולהבהיר את ההבדלים שבין הפרשנות התכליתית ובין הטקסטואליזם. זאת ועוד; באמצעות רעיונות מן ההגות המדינית, חקר הלשון והלוגיקה וביקורת הספרות הפוסט-מודרנית אבקש לתאר ולנתח את העקרונות של תורת הפרשנות הטקסטואלית ואת היסודות המאפשרים לחוקים מיושנים לחול על תופעות חדשות.

- 2.....פתיחה.
- 2.....א. תכלית סובייקטיבית לעומת תכלית אובייקטיבית
- 4.....ב. הביקורת כנגד האוריג'ינליזם בשיח הישראלי
- 8.....ג. התפתחות האוריג'ינליזם – המפנה מן הכוונה המקורית אל המשמעות המקורית
- 13.....ד. ההבחנה בין משמעות לתחולה ובין מובן להוראה
- 17.....ה. היחס של הפרשנות התכליתית ללשון החוק וההבדלים בינה ובין הטקסטואליזם
- 18.....ו. אוריג'ינליזם טקסטואלי כגישה הרומיננטית במשפט האנגלו-אמריקאי
- 20.....ז. תורת הפרשנות הטקסטואלית בישראל
- 23.....ח. האוריג'ינליזם הטקסטואלי חסין מן הביקורת שבשיח הישראלי
- 27.....חתימה

* בוגר תואר ראשון במשפטים (L.L.B) באוניברסיטה העברית ותואר שני (L.L.M) באוניברסיטת ג'ורג'טאון (Georgetown Law Center). עוסק בליטיגציה אזרחית ומסחרית (Bienstock PLLC). ברצוני להודות לקוראים החיצוניים ולחברי המערכת על הערותיהם המעולות.

פתיחה

בשיח המשפטי הישראלי אוריגינליזם (originalism) היא מעין "מילה גסה". כשהשופטים ג'ובראן ורובינשטיין "האשימו" את השופט סולברג על היותו אוריגינליסט,¹ האחרון ענה ואמר "אינני 'אוריגינליסט'. מעולם לא טענתי כי יש לאמץ גישה פרשנית המתייחסת לכוונת המחוקק בלבד [...] שיטת הפרשנות התכליתית [...] מקובלת עלי במלואה".² בעקבות חילופי הדברים האלו התעורר שיח אקדמי באשר לעמדתו של סולברג ובאשר לשיטת הפרשנות המקובלת בבית המשפט העליון האמריקאי הלא היא האוריגינליזם.³ ברשימה זו אבקש לטעון כי בדיון שהתפתח בנדון הוצג האוריגינליזם באופן שגוי. לאמיתו של דבר, שיטת הפרשנות המתחקה אחר כוונת המחוקק, כלומר השיטה האינטנציונליסטית (intentionalism), היא זרם מיושן של אוריגינליזם שכבר בשנות התשעים התחיל לאבד מכוחו. הצגה שגויה (misrepresentation) זו יצרה "איש קש" (straw-man) בדמותה של תורת פרשנות שקל להפריך את עקרונותיה. זאת ועוד, השיח המשפטי בישראל יוצא נפסד מכך שהוא מתעלם מהזרם העכשווי של האוריגינליזם, הלא הוא האוריגינליזם הטקסטואלי, שהטמיע אל תוכו את עקרונות הטקסטואליזם (textualism), תורת הפרשנות המתחקה אחר פשט לשונו של החוק.

א. תכלית סובייקטיבית לעומת תכלית אובייקטיבית

כמו כל חיבור ישראלי שנוסב על פרשנות חוקים גם רשימה זו תתחיל בשיטתו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר אהרן ברק. ברק הגה את ההבחנה בין תכלית סובייקטיבית ובין תכלית אובייקטיבית, ובמידה רבה השיח המשפטי-הפרשני בישראל נסב סביבה.⁴ ההבחנה האמורה נשענת על ההבדל שבין כוונה לתכלית. הכוונה מתייחסת לרצונו של המחוקק ("יוצר הנורמה" כלשונו של ברק),⁵ למטרות שלדעתו החוק נועד להגשים, ולאופן שבו הוא מעוניין שהחוק ייושם בעתיד.⁶ לעומת זאת, תכלית הנורמה היא "מושג נורמטיבי המבוסס על קונסטרוקציה משפטית" שנועדה להגשים מטרות שעולות בקנה אחד עם ערכי היסוד של חברה דמוקרטית מודרנית.⁷ ניתן להיווכח ש"כוונה ותכלית אינן היינו הך",⁸ ולעיתים הן אף סותרות זו את זו.⁹

¹ דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן ופס' ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) (12.09.2017) (להלן: פרשת גיני).

² שם, בפס' 28 לפסק הדין של השופט סולברג.

³ או "מקורות" כפי שהציע לכוונת אותה רפי רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורות: לקראת יוכוח פרשני במשפט הישראלי" משפטים על אתר יב 67, 69 (תשע"ח).

⁴ ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737, 740 (2002).

⁵ אהרן ברק פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית 374 (1992) (להלן: ברק פרשנות במשפט).

⁶ שם, בעמ' 375.

⁷ שם.

⁸ שם, בעמ' 374.

⁹ שם, בעמ' 379-380.

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.¹⁰

מתוך הבחנה זו עולות שתי שיטות פרשניות. האחת מתחקה אחר כוונת המחוקק,¹¹ בעוד שהשנייה שואפת לפרש את החוק בהתאם לתכליתו האובייקטיבית-נורמטיבית.¹² שופט-פרשן שמתחקה אחר התכלית הסובייקטיבית, כלומר כוונת המחוקק, "מגלה" את משמעות החוק, ואילו שופט שמתחקה אחר התכלית האובייקטיבית, כלומר התכלית, "יוצר" את משמעות החוק.¹³ ואולם, תורת הפרשנות התכליתית של ברק היא שיטת ביניים משום שהיא לוקחת בחשבון הן את הכוונה של המחוקק הן את התכלית האובייקטיבית של החוק, ומאזנת בין השניים.¹⁴

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.¹⁵ הוא הדין ביחס לפרשנות שמתחקה אחר הפרשנות התכליתית האובייקטיבית, ובכללה הפרשנות התכליתית של הנשיא ברק; שיטה זו לוקחת בחשבון יסודות "לבר-טקסטואליים הנגזרים מטיעונים פילוסופיים הרמנויטיים (כלליים) ובעיקר חוקתיים".¹⁶

¹⁰ שם, בעמ' 378 ("הכוונה של יוצר הנורמה היא אירוע פסי 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").

¹¹ שיטה פרשנית זו ידועה בשם *purposivism*. לפי שיטה זו הפרשנות מתמקדת בתכלית הנורמה שאותה רצה המחוקק להגשים. שיטת פרשנות זו נוסחה מחדש בידי אלברט זקס והנרי הארט זוכתה לפופולריות בארצות הברית בעשורים שלאחר מכן. ראו Samuel L. Bray, *The Mischief Rule*, 109 GEO. L.J. 967, 983-984 (2021); Anita S. Krishnakumar, *Backdoor Purposivism*, 69 DUKE L.J. 1275, 1282 (2020).

¹² שיטה פרשנית זו ידועה בשם *meta-teleological interpretation*. לפי שיטה זו הפרשנות שואפת להתאים את פירוש החוק שעליו דנים עם עקרונות רחבים יותר כמו עקרונות משפטיים אוניברסליים ועקרונות חוקתיים של השיטה המשפטית שבתוכה השופט-פרשן פועל. גישה זו מקובלת בבית המשפט לצדק של האיחוד האירופי (European Union Court of Justice). ראו Koen Lenaerts & Jose A. Gutierrez-Fons, *To Say What the Law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, 20 COLUM. J. EUR. L., no.2, 2014, at 3, 33-35.

¹³ ראו ברק *פרשנות במשפט*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 273; קידר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 743.

¹⁴ ראו ברק *פרשנות במשפט*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 376 ("לא כן לפי השיטה התכליתית. שיטה זו מגבשת את תכלית הנורמה תוך התעניינות ניכרת בתכלית הסובייקטיבית, עליה ניתן לעמוד באמצעות הכוונה של יוצר הנורמה"); שם, בעמ' 380.

¹⁵ ראו פרשת *גיני*, לעיל ה"ש 1, בפס' 6-9 לפסק הדין של השופט סולברג.

¹⁶ אהרן ברק "מקומה של הלשון בפרשנות המשפט" *העברית* סא 11, 15 (תשע"ג) (להלן: ברק "מקומה של הלשון").

שופטים ומלומדים באקדמיה הישראלית מזהים את שיטת הפרשנות שמתמקדת בתכלית הסובייקטיבית, כלומר ככוונת המחוקק, עם שיטת הפרשנות הנהוגה בארצות הברית הידועה בשם אוריג'ינליזם, שאחד מחסידיה היה שופט בית המשפט העליון האמריקאי אנטונין סקאליה (Antonin Scalia).¹⁷ אישים אלו מפנים את חיצי הביקורת אל תורת הפרשנות הדוגלת בהתחקות אחר כוונת המחוקק ופירוש החוק לאורה, ובכך מבקרים את תורת הפרשנות הנוהגת בארצות הברית, וכן את פסיקות שופט בית המשפט העליון סולברג (שכאמור עמיתו ייחסו לו עמדה אוריג'ינליסטית). להלן אמנה חמישה טיעונים ביקורתיים המובאים בשיח המשפטי והאקדמי בישראל כנגד אוריג'ינליזם.

ב. הביקורת כנגד האוריג'ינליזם בשיח הישראלי

הטיעון הראשון מבין טיעוני הביקורת העיקריים מצביע על כך שקשה מאוד להתחקות אחר כוונה של גוף המורכב ממספר חברים.¹⁸ גוף קולקטיבי כמו פרלמנט מורכב מעשרות חברים (120 בכנסת הישראלית) וקשה עד כמעט בלתי אפשרי לברר מה הייתה הכוונה של כל אחד מחברי הפרלמנט. דברי ההסבר הנלווים לחקיקה אינם משקפים את כוונותיהם של כל חברי הפרלמנט אלא לכל היותר את עמדותיהם של כתבי הדברים, כלומר עוזרים פרלמנטריים או יועצים משפטיים. כמו כן, נאומים בפרלמנט מייצגים את העמדות וההשקפות של חברי פרלמנט אינדיבידואלים ולא את של כלל החברים.¹⁹

טיעון ביקורתי שני נוקט כי גם אם נניח שאפשר להתחקות אחר כוונותיהם של חברי הפרלמנט ולחלץ מהן כוונה קולקטיבית כלל לא בטוח שכוונותיהם מועילות בהקשר של פרשנות החוק, שכן הכוונה הקולקטיבית אינה מכוונת באופן קונקרטי למשמעותו ולאופן החלתו של החוק. לדבר חקיקה אין כוונה אחת ויחידה אלא כוונות רבות ברמות שונות של הפשטה שלעיתים סותרות זו את זו, ולפיכך אין זה אפשרי להתחקות אחר כוונה יחידה ולאורה לפרש את דבר החקיקה.²⁰ זאת ועוד, מלבד כוונת המחוקק באשר

¹⁷ ראו פרשת גיני, לעיל ה"ש 1, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן ובפס' ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין; רזניק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 69.

¹⁸ ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 377.

¹⁹ ראו פרשת גיני, לעיל ה"ש 1, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

²⁰ אלון הראל "הרהורים ספקניים על אוריג'ינליזם - מדוע פרשנות אוריג'ינליסטית מחייבת אקטיביזם שיפוטי" **דיומא** (29.11.2022) <https://dyoma.co.il/law/1524>. כך למשל הוראת חוק המורה ש"במשפט פלילי לנאשם יש זכות לעמוד אל מול העד המעיד נגדו". U.S. CONST. amend. VI ("In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to be confronted with the witnesses against him"). התכלית המיידית של זכות זו היא לאפשר לנאשם לעמוד פנים אל פנים אל מול העד כך שהעד ימנע מלשקר בפני הנאשם בבחינת "אין אדם מעיז בפני בעל חובו". ואולם ברמת הפשטה גבוהה יותר תכלית הזכות היא לאפשר לנאשם לחקור את העד בחקירה נגדית. האם ילד שמעיד נגד נאשם בהתעללות מינית יכול להעיד מבעד למסך טלוויזיה כשהשופט, המושבעים והנאשם רואים את העד ועורך הדין של הנאשם יכול לחקור אותו בחקירה נגדית, אך העד לא יכול לראות את הנאשם? התשובה לשאלה זו תלויה בתכלית של הוראת החוק. אם זו התכלית הראשונה הרי שלנאשם יש זכות לעמוד אל

למשמעות מילות החוק יש לחוק גם "כוונות פרשניות", למשל הכוונה שהחוק יפורש בהתאם לתכליתו או כוונה שהחוק יתפרש לטובת האזרח וכדומה. כוונות פרשניות אלו מעניקות לגיטימציה לבית המשפט לצקת אל החוק משמעות תכליתית ולא לעסוק בעבודה הסיזיפית של התחקות אחר כוונת המחוקק.²¹

הטיעון השלישי של המבקרים גורס כי ההתחקות אחר כוונותיו של המחוקק נועדה מראש לכישלון כיוון שכוונה כזאת כלל אינה קיימת. לדידם, כל חוק הוא תוצר של פשרה בין אינטרסים ומחוקקים שונים כשכל אחד מהם שואף ומקווה שהחוק יפעל בכיוון אחר ויקדם ערכים ואינטרסים שונים. לפיכך, המחוקקים מותרים בכוונת מכוון את לשון החוק עמומה. העמימות אינה "באג" שיש לפתור אלא "פיצ'ר", שכן העמימות משקפת את העובדה הפשוטה שהמחוקקים לא הגיעו להסכמה ברורה על האופן שבו החוק יוחל בעתיד.²²

הטיעון הביקורתי הרביעי מצביע על כך כי אוריגינליזם טומן בחובו קשיים יישומיים כיצד להחיל את החוק על מסד עובדתי שלא היה קיים בעת החקיקה. השופט ג'ובראן²³ המחיש ביקורת זו באמצעות דוגמה שהביא נשיא בית המשפט העליון יואל זוסמן.²⁴ נניח כי חוק אנגלי שחוקק במאה השמונה-עשרה מאסדר את מכירתם של מוצרי מזון. כיצד אמור לפרש את החוק בית משפט 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. כלומר, אם נאחו בגישה שמשמעות החוק אינה משתנה ומתפתחת אלא סטטית ומתפרשת בהתאם לכוונת המחוקק, יתעוררו קשיים באשר לפרשנותו ויישומו של החוק לאור תופעות חדשות הבאות לעולם.²⁵

הצדקה דומה עבור הפרשנות התכליתית וכנגד הפרשנות המתמקדת בכוונת המחוקק העלה בית המשפט בפרשת איגוד האינטרנט הישראלי (פסק הדין נכתב על ידי השופט סולברג).²⁶ פרשה זו עסקה בסמכותה של המשטרה לסגור אתרי הימורים באינטרנט. סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, מורה כי מפקד משטרת מחוז במשטרת ישראל רשאי להורות על "סגירתו [...] [של] מקום לעריכת הגרלות או הימורים". בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כי אין זה בסמכותה של המשטרה

מול העד פנים אל פנים, אך אם תכלית הזכות היא האפשרות לחקירה נגדית הרי שהזכות נשמרת גם בעדות מבעד למסך על אף שהעד לא יכול לראות את הנאשם. ראו *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836, 844-51 (1990); Frank H. Easterbrook, *Abstraction and Authority*, 59 U. CHI. L. REV. 349, 355 (1992).

²¹ ראו הראל, לעיל ה"ש 20.

²² ראו פרשת גיני, לעיל ה"ש 1, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן; John F. Manning, *Textualism and Legislative Intent*, 91 VA. L. REV. 419, 430-33 (2005).

²³ ראו פרשת גיני, לעיל ה"ש 1, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

²⁴ יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" **משפטים** ג 213 (תשל"א-תשל"ב).

²⁵ שם, בעמ' 215.

²⁶ ע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פ"ד סו 159 (2013) (להלן: פרשת איגוד האינטרנט הישראלי).

לסגור אתר אינטרנט משום שהמונח "מקום" המופיע בחוק משמעותו "אתר גיאוגרפי", ואילו אתר אינטרנט איננו מקום אלא אתר וירטואלי.²⁷ בית המשפט העליון הסכים לניתוחו של בית המשפט לעניינים מנהליים שלפיו המונח "מקום" אינו מתפרש על המרחב הווירטואלי.²⁸ בית המשפט העליון עמד על כך שבתי המשפט אינם יכולים לעמוד מנגד ולהותיר את המשטרה ללא כלים חוקיים להתמודדות עם המרחב האינטרנטי.²⁹ לפיכך בית המשפט נדרש לתת מענה קונקרטי לתופעה של אתרי הימורים באינטרנט באמצעות "יצירה שיפוטית".³⁰ בעקבות הנשיא ברק בית המשפט צידד בעמדה שלפיה "השופט עשוי לתת לחוק פירוש חדש. זהו פירוש דינמי, המבקש לגשר על הפער בין משפט למציאות חיים משתנה".³¹ מתוך הסתכלות במקורות המשפט העברי וכן מדברי ההסבר של החוק למד בית המשפט כי תכליתו של החוק היא להילחם בתופעה של התמכרות להימורים ולמנוע את התופעה הפסולה של התעשרות קלה שלא על ידי עמלו של אדם.³² לפיכך העניק בית המשפט משמעות חדשה למונח 'מקום' בהתאם לתכלית החוק, ולא בהתאם לכוונת המחוקק שלא העלה על דעתו את התופעה של הימורים באינטרנט. לפי המשמעות החדשה שבית המשפט "יצר", אתר אינטרנט גם הוא בכלל "מקום", ועל כן בסמכות המשטרה להורות על סגירתו של אתר הימורים באינטרנט.³³ את פסק הדין הזה הביא השופט סולברג ביני כראיה לכך שהוא איננו אוריג'ינליסט אלא דוגל בפרשנות התכליתית של ברק, שכן לדעתו רק באמצעות פרשנות תכליתית ניתן להחיל את סעיף 229(א)(1) לחוק העונשין על אתרי אינטרנט.³⁴

הטיעון החמישי הוא הביקורת שהשמיע מאוטנר.³⁵ לדידו, גם אם נניח שכוונה קונקרטי של המחוקק אכן קיימת ושיש ביכולת בית המשפט להתחקות אחר כוונת החוק, אף על פי כן אין זה מוצדק להתחקות אחר הכוונה של יוצר הטקסט. לדעת מאוטנר, כשאנו עוסקים בטקסטים תקשורתיים, כמו חוזה וצוואה, שנועדו להעביר כוונה מסוימת מן הדובר אל השומע או מן המחבר אל הקורא, הפרשן צריך להתחקות אחר כוונת הדובר או המחבר. לעומת זאת, דברי חקיקה או חוקה אינם טקסטים תקשורתיים כי אם טקסטים דיאלוגיים. אלו הם טקסטים שמשקפים דיאלוג בין מחוקק שחי בעבר לאזרחים החיים בהווה. משכך, הפרשן-קורא אמור למזג בין ההבנות הטקסטואליות של ההווה בהתאם למרחב החברתי והנורמטיבי שבו פועל הפרשן, ובין המשמעות שניתנה לטקסט בידי המחוקק-המחבר.³⁶ בדומה לפרשנות התכליתית של

27 שם, בעמ' 178.

28 שם.

29 שם, בעמ' 181.

30 שם, בעמ' 182.

31 שם, בעמ' 181. בית המשפט ציטט מתוך אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 57 (2004).

32 פרשת **איגוד האינטרנט הישראלי**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 186-189.

33 שם, בעמ' 189-190.

34 פרשת **גיני**, לעיל ה"ש 1, בפס' 28 לפסק הדין של סולברג.

35 מני מאוטנר "בעד ונגד המקורות, בעד הפרשנות התכליתית" **Blog IL-S-ICON** (05.2.2109).

<https://did.li/jG5w5>.

36 שם.

ברק,³⁷ מאוטנר מגיע למסקנה כי בתי המשפט צריכים להעניק מעמד בכורה לעמדת האזרחים שחיים בהווה שצריכים לחיות על פי החוקים שנחקקו בעבר. הארץ ניתנה לבני האדם ולא ליורדי דומה,³⁸ לפיכך לא ראוי להכפיף את האזרחים החיים כיום לחוקים שחקקו בעבר על ידי מחוקקים שכבר אינם, ללא התחשבות במצב העניינים החברתי והנורמטיבי העכשווי.³⁹

חמשת הטענות מהווים יחד ביקורת מושחזת היטב. גם אם ניתן להשיב על כל טיעון בנפרד, לטעמי משקלם הכולל של טיעוני הביקורת מכריע את הכף כנגד תורת הפרשנות הדוגלת בהתחקות אחר כוונת המחוקק. אולם, לדעתי, השיח המשפטי והאקדמי מתעלם מתורת פרשנות שלישית והיא שיטת הפרשנות הטקסטואלית (textualism) – תורה פרשנית שלפיה על הפרשן לתור אחר המשמעות הטבעית והרגילה של לשון החוק. זוהי שיטת הפרשנות שהייתה מקובלת בעבר בבית המשפט הישראלי והיא השיטה הדומיננטית כיום בבית המשפט העליון האמריקאי. התעלמות זו מצמצמת את השיח ומונעת מן המשפט הישראלי ומתורת הפרשנות שלו להתפתח ולהתחדש. זאת ועוד, המבקרים של תורת הפרשנות המתחקה אחר כוונת המחוקק מזהים גישה זו עם תורת הפרשנות האמריקאית המכונה אוריגינליזם. אך זוהי הצגה שגויה (misrepresentation) של המושג. מאז שנות התשעים הזרם המרכזי של האוריגינליזם הטמיע אל תוכו את הטקסטואליזם. כיום האוריגינליזם והטקסטואליזם אינם מתחקים אחר כוונת המחוקק אלא אחר המשמעות של לשון החוק כפי שהובנה בזמן חקיקתו. לאמיתו של דבר, השופט סקאליה, שיוחסה לו העמדה שיש להתחקות אחר כוונת המחוקק,⁴⁰ הוא אחד המתנגדים המושבעים להתחקות אחר כוונת המחוקק ולשימוש שעושים השופטים בהיסטוריה חקיקתית, כגון דברי הסבר הנלווים לחקיקה ונאומים בפרלמנט.⁴¹

37 ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 383-384.

38 כפראפרזה מתהלים קטו 16-17.

39 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 35.

40 פרשת גיני, לעיל ה"ש 1, בפס' ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

41 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 Antonin Scalia, *Common-Law Courts in* (meaning of a statutory text" *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, 29-37 (Amy Gutmann ed. 1997) (להלן: סקאליה). (ראו את הרגומם של תמי ושמעון נטף - אנטונין סקאליה "שופטי משפט מקובל בשיטה של משפט-אזרחי: תפקידם של בתי המשפט הפדרליים בפרשנות חוקים והחוקה" **בלוג רשות הרבים** (13.4.2022) (<https://lawforum.org.il/blog-scalia-courts>); קידר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 755; יהושע (שוקי) שגב "מורשת השופט אנטונין סקאליה" **בשם החוק** 18 (2022).

ג. התפתחות האוריג'ינליזם – המפנה מן הכוונה המקורית אל המשמעות המקורית

האוריג'ינליזם כתיאוריה פרשנית מגובשת עלה בקהילה המשפטית האמריקאית בשנות השמונים בעיקר בהקשר של פרשנות החוקה האמריקאית. התובע הכללי של הנשיא רייגן, אדווין מיס (Edwin Meese) קידם את הרעיון שלפיו החוקה האמריקאית צריכה להתפרש בבתי המשפט בהתאם לכוונות המקוריות של האבות המייסדים של האומה האמריקאית.⁴² כלומר בתי המשפט צריכים להחיל את ההוראות החוקתיות במקרים שלפניהם באופן שעולה בקנה אחד עם האופן שבו מנסחי החוקה ציפו שהיא תחול.

בספרות האקדמית הרעיון עורר ביקורת רבה. הועלו טענות כנגד התיאוריה, טענות הדומות לביקורת שנזכרה לעיל. המבקרים הצביעו על כך שהוראות חוקתיות או הוראות חוק הם תוצר של גוף שלטוני שיש בו חברים רבים ולא של אדם יחיד, ולכן, קשה לפענח מהי הכוונה הקולקטיבית של אותו גוף שכן לכל חבר באותו הגוף יש כוונה אחרת. בנוסף, גם אם נניח כי אפשר להצביע על כוונה קולקטיבית מגובשת, לכוונה כזו יש רמות הפשטה שונות שכל אחת מהן יכולה להוביל למסקנה שונה.⁴³ זאת ועוד, בהקשר של החוקה האמריקאית כלל לא בטוח שמנסחי החוקה התכוונו שכוונתם תשלוט בפרשנותה.⁴⁴

כתגובה לביקורת החל מסוף שנות השמונים התאימו שופטים ומלומדים את ההגות האוריג'ינליסטית. הוגים שונים הפנימו את הביקורת, אימצו את הטענות החזקים שלה, והוסיפו לתיאוריה הפרשנית של האוריג'ינליזם יסוד טקסטואלי. הם נטשו את הרעיון שלפיו יש להתחקות אחר הכוונה המקורית של המחוקק, והגו את הרעיון של "המשמעות הציבורית המקורית" (original public meaning) של החוקה. לפי רעיון זה מושא הפרשנות אינו הכוונה הסובייקטיבית של האבות המייסדים ואף לא של המחוקקים במדינות השונות שאשררו את החוקה. בתי המשפט אינם "פסיכואנליטיקאים של המחוקקים" (psychoanalysis of Congress), כלשונו של שופט העליון האמריקאי רוברט ג'קסון (Robert Jackson),⁴⁵ ואין זה תפקידם להתחקות אחר כוונותיהם של המחוקקים ובאורם לפרש את החוק. לדעת הוגים אלו, מושא הפרשנות אינו כוונת המחוקק כי אם הטקסט של החוקה והחוקים.⁴⁶

⁴² Edwin Meese III, Speech Before the American Bar Association (July 9, 1985), 6-7, [did.li/MpT5q](https://www.fedreserve.org/monetarypolicy/19850709-edwin-meese-iii-speech-before-the-american-bar-association/).

⁴³ ראו למשל, Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, 56 N.Y.U. L. REV. 469, 476-500 (1981).

⁴⁴ ראו למשל Jefferson Powel, *The Original Understanding of the Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 885 (1984).

⁴⁵ United States v. Public Utilities Comm'n, 345 U.S. 295, 319 (1953).

⁴⁶ ERWIN CHERMERINSKY, WORSE THAN NOTHING: THE DANGEROUS FALLACY OF ORIGINALISM X (2022) ("[I]n response to the intellectual attacks, originalism evolved from its initial emphasis on the Framers' intent and focused instead on discovering the "original meaning for constitutional

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.⁴⁷ 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" של החוק, כלומר הפירושו של החוק הוא בהתאם למשמעות החוק כפי שהוא מובן על ידי הציבור הרחב – האזרחים שאינם בהכרח מחזקים בעמדה פוליטית כזו או אחרת. זרם זה של "המשמעות הציבורית המקורית" הוא הזרם הדומיננטי של האוריגינליזם כבר במשך עשרות שנים⁴⁸ – בעיקר הודות לשופט סקאליה שקידם גישה זו בבית המשפט העליון האמריקאי במשך שלושה עשורים.⁴⁹

מדוע מושא הפרשנות הוא הטקסט ולא הכוונה? ההצדקה המרכזית לגישה שלפיה יש לפרש את החוק בהתאם ללשונו ללא התחשבות בכוונת המחוקק, נובעת מן העקרונות של שלטון עצמי ושל שלטון החוק.⁵⁰ 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 שלטון עצמי (self-governance),

provisions"); Richard S. Kay, *Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation*, 103 Nw. U. L. REV. 703, 703-704 (2009) ("The originalists, in response, redefined what they took to be the object of constitutional interpretation. They abandoned any pretension that the judge should attempt to ascertain the meaning actually intended by the constitution-makers. Rather, the aim of interpretation was to discover the "objective meaning" of the enacted text--the meaning it would have had for reasonably competent users of the language at the time of adoption. The actual mental states of the drafters and ratifiers were, in themselves irrelevant. In this "new and improved" (form, originalism has (mainly) carried the day: "We are all originalists now"").

ANTONIN SCALIA & BRYAN GARNER, *READING LAW: THE SCIENCE AND ART OF INTERPRETING LEGAL TEXTS* 393 (2012); RANDY D. BARNETT & EVEN D. BERNICK, *THE ORIGINAL MEANING OF THE 14TH AMENDMENT: ITS LETTER & SPIRIT* 5-6 (2021)

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, 761 (2009) ("[O]riginal public meaning is now the predominant (originalist theory)"; ברנט וברניק, לעיל ה"ש 47, בעמ' 4; קיי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 704-703).

Lawrence B. Solum, *Surprising Originalism: The Regula Lecture*, 9 CON.L.NOW 235, 238-241 (2017-2018).

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

שלפיו העם הוא השולט על עצמו באמצעות נציגיו בפרלמנט.⁵¹ לפי תפיסה זו נציגי הציבור בפרלמנט אינם שליטים ואינם מהווים גוף ריבוני, אלא הם אזרחים שווים שנבחרו לתכלית מוגבלת של חקיקת חוקים. מעבר לפונקציה זו של חקיקת חוקים שררתם חסרת משמעות שלטונית או משפטית. רצונותיהם ומאוויהם הם בעלי משמעות משפטית אך רק במידה שהם הביעו וביטאו אותם בלשון החוקים שאושרו בהליך פורמלי ופורסמו לעיונם של כלל אזרחי המדינה.⁵² לפיכך, כוונה שלא הובעה או בוטאה בטקסט החקיקתי עצמו היא חסרת תוקף וחסרת 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 לקלישאה, שלטון שלטון במדינה דמוקרטית הוא "שלטון החוק ולא שלטון של אנשים" (government of laws, not of men).⁵³

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 בכדי להבין את משמעותה של היצירה הספרותית.⁵⁴

אם נאמץ את הטרמינולוגיה שהציע מאוטנר הרי שדבר חקיקה אינו טקסט תקשורתי, אף לא טקסט דיאלוגי, אלא טקסט סמכותני שמחברו אינו רלוונטי. 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 שכרתו ביניהם, הם הפרשנים המוסמכים של החוק.⁵⁵ לפיכך, כוונת המחוקק ורצונו (גם רצון השופט) אינם שולטים במשמעות הטקסט, ועל בית המשפט להתחקות אחר המשמעות הציבורית של החוק, כלומר לאופן שבו החוק מובן על ידי האזרחים. נמצא שהאוריגינליזם העכשווי עומד על שתי רגליים. הראשונה נוגעת לנקודת הזמן של הפרשנות והשנייה נוגעת למושג הפרשנות. נקודת הזמן של הפרשנות היא המשמעות של החוק בשעה שחוקק. משמעות זו היא יציבה ואינה משתנה עם חלוף הזמן (רגל זו של נקודת הזמן הפרשנית משותפת גם לזרם המוקדם של

⁵¹ THE FEDERALIST NO. 10 (James Madison)

⁵² JOSEPH RAZ THE RULE OF LAW AND THE SEPARATION OF POWERS 213-ראו (1979) 214.

⁵³ Frank H. Easterbrook, *Textualism and the Dead*; 17 בעמוד 41, לעיל ה"ש 41, בעמוד 17; *Hand*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1119, 1119-1120 (1998); *Fothergill v Monarch Airlines Ltd* [1981] AC 251, at 279.

⁵⁴ Roland Barthes, *The Death of the Author*, in IMAGE, MUSIC, TEXT 142 (1977). ראו גם את מהדורות התרגום מצרפתית בהוצאת רסלינג, וולאן בארת ומישל פוקו **מות המחבר/מהו מחבר** (דרור משעני מתרגם 2005).

⁵⁵ Anya Bernstein, *Legal Corpus Linguistics and the Half-Empirical Attitude*, 106 CORNELL L. REV. 1397, 1435 n.177 (2022).

האוריגינליזם).⁵⁶ הרגל השנייה היא מושא הפרשנות שהוא כאמור לשון החוק ולא כוונת המחוקק או תכליתיו ומטרותיו. בתמצית, הפרשנות נקבעת לפי משמעות הטקסט בשעת חקיקתו, וזו משמעות שאינה משתנה בחלוף הזמן. זהו "האוריגינליזם הטקסטואלי" – הכינוי שאתן לשיטה פרשנות זו לצורך רשימה זו.

בשיח האמריקאי העכשווי, אוריגינליזם וטקסטואליזם הם מונחים משלימים כשכל אחד מהם מתאר היבט אחר של שיטת הפרשנות. כלומר, שניהם מורים על האוריגינליזם הטקסטואלי. האוריגינליזם מתאר את ממד הזמן של שיטת הפרשנות – הרעיון שלפיו יש לפרש את החוק כפי שהובן בשעת חקיקתו. מנגד, הטקסטואליזם מתאר את מושא הפרשנות – הרעיון שהפרשנות מתחקה אחר המשמעות הלשונית של החוק, ולא אחר תכלית החוק או כוונת המחוקק. מטבע הדברים המונח הראשון משמש בשיח על פרשנות החוקה, שכן ממד הזמן דומיננטי יותר כשמדובר בפרשנות חוקה שחוקקה לפני יותר ממאתיים שנים, ואילו המונח השני משמש בשיח על פרשנות החוקים שבו ממד הזמן אינו משמעותי כל כך לעומת השאלה מהו מושא הפרשנות. בהתאם לכך הראשון מעומת עם גישת החוקה ה"חיה" (living constitutionalism) שלפיה המשמעות של החוקה מתפתחת עם הזמן, ואילו האחרון לעומת פרשנות התכליתית בארצות הברית הדוגלת בפירוש החוק הסטטוטורי בהתאם לתכלית שאותה המחוקק ביקש להגשים.⁵⁷ השופט סקאליה תמצת את מערכת היחסים בין שתי התורות כשאמר ש"אוריגינליזם הוא סוג של טקסטואליזם".⁵⁸

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

Lawrence B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, 82 ⁵⁶ FORDHAM L. REV. 453, 459 (2013).

Amy Coney Barrett, *2019 Sumner Canary Memorial Lecture: Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis: Redux*, 70 CASE W. RES. L. ⁵⁷ FREDERICK SCHAUER, *Unoriginal Textualism*, 90 GEO. J. LEGAL EDUC. 855, 864 (2020); Laurence H. Tribe, *WASH. L. REV.* 8250, 827-829; 836-838 (2022) *Comment, in A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 65, 74-81 (Amy Gutmann ed. 1997) שדוגל בפרשנות טקסטואלית לחוקים אך בפרשנות "חיה", כלומר דינמית, לחוקה האמריקאית. ראו גם את שאוור, לעיל ה"ש 57 ואת Katie Eyer, *Disentangling Textualism and Originalism*, 13 CON. L. NOW 115 (2022) שמציעים פרשנות טקסטואלית של חוקה וחוקים שאינה כבולה לעקרונות של האוריגינליזם.

Antonin Scalia, *The 2015 Stein Lecture* (October 20, ⁵⁸ 2015), https://youtu.be/Li2D_1eYUEU?si=gtSBqEYAVCmLLiW&t=562 ("Originalism is a form of textualism. Textualism means you pay attention to the text. It's not hard. Originalism simply means the text bears the (meaning that it had when it was adopted)"

של חוקים המוגשים לוועדות הפרלמנט. מסמכים אלו משקפים את כוונתו של המחוקק אבל זו כאמור אינה רלוונטית וחסרת משמעות משפטית.⁵⁹ שנית, בבואם לפרש את החוק בתי המשפט אינם צריכים לקחת בחשבון תכליות בעלות רמת הפשטה גבוהה שאינן נובעות או ניבטות מלשון החוקים.⁶⁰ כאמור מושא החקיקה הוא הטקסט. מעבר למובן הלקסיקלי והדקדוקי של המילים, הפרשנות צריכה לקחת בחשבון את מכלול היבטי הטקסט, כלומר את ההקשר הטקסטואלי לרבדיו השונים. עליה להתחשב בהקשר הצר והמידי של המילים והצירופים כגון במעמדם התחבירי במשפט השלם ובזיקתם למשפטים הסמוכים,⁶¹ אף להביט אל הסביבה הלשונית הרחבה יותר של הביטוי (למשל, כותרות החוק הנדון וכן קריאת החוק השלם וחוקים משיקים כמכלול),⁶² וכן לפרש בהתאם לאופן השימוש הכללי בשפה ולמינוח המשפטי בקהילת המשפטנים.⁶³ שימוש בתכלית החוק אפשרי רק אם התכלית ניבטת ועולה מתוך לשון החוק על כל רמותיה.⁶⁴ אך בכל מקרה אין לפרש את הטקסט בעזרת יסודות לבר-טקסטואלים.⁶⁵

עולה כי פרשנות טקסטואלית (שהיא כאמור הזרם המרכזי של האוריג'ינליזם) 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 נשאת יציבה (fixed) ואינה משתנה בחלוף הזמן. משכך הפרשן איננו "יוצר" את המשמעות אלא "מגלה" אותה.

⁵⁹ סקאליה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 29-37.

⁶⁰ סקאליה וגרנר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 343; Maryland v. Craig, 497 U.S. 836, 862 (1990); (Scalia J. dissenting).

⁶¹ הקשר תחבירי. סקאליה וגרנר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 33; לובה ר' חרל"פ "פרשנות המקרא על דרך ה"פשט": אבחנות אחדות לאור תיאוריות בלשניות בנות זמננו" סקריפט י 133, 137 (2006).

⁶² הקשר ענייני. שם. כמו כן ראו סקאליה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 17 ("the intent that a reasonable person would gather from the text of the law, placed alongside United Sav. Ass'n of Texas v. Timbers"; (the remainder of the *corpus juris*' of Inwood Forest Associates, Ltd., 484 U.S. 365, 371 (1988) ("A provision that may seem ambiguous in isolation is often clarified by the remainder of the statutory scheme-because the same terminology is used elsewhere in a (context that makes its meaning clear").

⁶³ סקאליה וגרנר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 33.

⁶⁴ שם, בעמ' 33, 56-58.

⁶⁵ 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 61, בעמ' 147; Naomi S. Baron, *Contextualizing "context": From Malinowski to Machine Translation, in LINGUISTICS INSIDE OUT: ROY HARRIS AND HIS CRITICS* 151, 154-157 (1997).

ברצוני להדגים כיצד שיטת פרשנות זו מיושמת הלכה למעשה בבית המשפט העליון האמריקאי. בפסק דין *Oncale* עלתה השאלה האם החוק לזכויות האזרח (Civil Rights Act) האוסר הפליה על רקע מין (discrimination because of sex) חל גם על מקרה שבו גבר עזב את עבודתו עקב הטרדה מינית על ידי גבר אחר. ערכאה נמוכה קיבלה את הטענה שהחוק אינו חל על מקרה זה משום שבשעת חקיקת החוק העוולה שאותה רצה המחוקק לתקן הייתה הפליה של נשים בידי גברים. לכן הפליה על רקע מין כוללת הטרדה מינית של נשים על ידי גברים, אך לא הטרדה מינית של גברים בידי גברים שכלל לא עמדה על הפרק בעת חקיקת החוק. בית המשפט העליון מפי השופט סקאליה דחה טענה זו. אין כל רלוונטיות לתכלית שאותה רצה המחוקק למנוע. הדבר היחיד בעל ערך משפטי הוא לשון החוק, וזו אינה מבדילה בין גברים לנשים – שני המינים נכללים בלשון החוק, ועל כן החוק יחול על שניהם באופן שווה כל עוד ניתן להוכיח הפליה על רקע מין. כפי שהשופט סקאליה כתב:

“מספר ערכאות ציינו שהטרדה מינית של גברים בידי גברים במקומות העבודה אינה העוולה העיקרית שעמדה בראש מעייניו של הקונגרס בשעה שהוא חוקק את החלק השביעי בחוק זכויות האזרח. אולם לעיתים קרובות איסורים סטטוטוריים מתפרסים מעבר לעוולה העיקרית שאותה הן נועדו למנוע עד כדי שהם מכסים עוולות דומות נוספות, ובסופו של דבר הוראות החוק הן שמושלות, ולא מה שעמד בראש מעייניהם של המחוקקים.”⁶⁶

ד. ההבחנה בין משמעות לתחולה ובין מובן להוראה

אומנם גם לפי האוריגינליזם הטקסטואלי יש מקום להתפתחות החוק ולהתאמתו לאור תופעות מודרניות שמתרחשות במשך הזמן. אולם מה שמשנתה 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

⁶⁶ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 79-80 (1998). תרגום שלי (א.ח.). ובשפת המקור: “As some courts have observed, male-on-male sexual harassment in the workplace was assuredly not the principal evil Congress was concerned with when it enacted Title VII. But statutory prohibitions often go beyond the principal evil to cover reasonably comparable evils, and it is ultimately the provisions of our laws rather than the principal concerns of our legislators by which we are governed”

המונח רכב. ההליך הפרשני תמיד ייעשה בתוך הקשר קונקרטי, למשל האם הרכבת שעליה הנים עורכי הדין שלפניו היא בכלל משמעות המונח "רכב" שבחוק או מחוצה לה. עולה כי "הפרשנות השיפוטית נעשית ביחס למערכת עובדות נתונה".⁶⁷ וניתן אף לקבוע כי "לשפוט — משמעותו לפרש",⁶⁸ ושאינן ללשון משמעות מופשטת קדם-פרשנית.⁶⁹ 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, האוריגינליזם הטקסטואלי אוהז בגישה הפוכה. לפי תפיסה זו יש לעשות הבחנה בין פרשנות החוק ובין תחולתו.⁷⁰ פירוש החוק הוא גילוי המשמעות של הטקסט באופן מופשט ומנותק מהקשר קונקרטי וממסד עובדות נתון. לפי תפיסה זו, השפטיה 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 המשפטיים 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".⁷¹ 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 שהובאה בספרות היא חוק המורה על בידוד לאדם שחולה במחלה מדבקת.⁷² מהי המשמעות של "מחלה מדבקת"? נניח לצורך הדיון כי המשמעות של "מחלה מדבקת" היא מחלה שעוברת מאדם לאדם באופן בלתי אמצעי. משמעות זו מובנת לדובר העברית (או כל שפה אחרת בשינויים המתחייבים) גם אם הוא אינו יכול למנות אפילו מחלה אחת שהיא מדבקת. נמצא אפוא שאין צורך להכיר את עובדות החיים או את האובייקטים שאותם "מחלה מדבקת" מסמנת או מורה, כדי שהקורא בהכרתו יבין את המשמעות הלשונית של המונח "מחלה מדבקת", ואף יבין שלחוק שמאסדר אותה יש משמעות משפטית. לפיכך בית המשפט יכול גם הוא לברר את המשמעות הלשונית והמשפטית של החוק עוד לפני שהוא ניגש למקרה הקונקרטי המונח לפניו.

67 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 169.

68 שם, בעמ' 168.

69 ברק "מקומה של הלשון", לעיל ה"ש 16, בעמ' 16.

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

71 Christopher R. Green, *Originalism and the Sense-Reference Distinction*, 50 ST. LOUIS U. L.J. 555, 563-568 (2006); גוטלוב פרגה "על מובן והוראה" עיון: רבעון פילוסופי לג 364 (1984) (תרגום מגרמנית של מאמרו "Über Sinn und Bedeutung" (1892).

72 גרינברג וליטמן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 585, 588.

בשלב שני בית המשפט ידון במקרה שלפניו ויעריך האם המחלה שהובאה לפניו אכן עוברת מאדם לאדם באופן בלתי אמצעי, היינו, האם היא "מחלה מדבקת" לעניין החוק. אם המחלה אכן מדבקת הוא יקבע שהחול חל על המקרה שלפניו, ואם לאו הוא יקבע שהחוק אינו חל. אך בכל מקרה השלב השני איננו כרוך בפרשנות אלא נוגע לתחולת החוק.

לפי מסגרת אנליטית זו, תיתכן מחלה שבעת חקיקת החוק היה קונסנזוס מדעי על היותה מחלה שעוברת מאדם לאדם באופן בלתי אמצעי, ובאותו הזמן בית המשפט החיל את החוק על אותה מחלה והטיל בידוד על אדם שלקה בה, אך כעבור כמה עשורים גילה הממסד המדעי כי מחלה זו אינה מדבקת. האם אז יחיל בית המשפט את החוק על אדם שלוקה בה? מסתבר שלא. האם זה אומר שמשמעותו של החוק השתנתה? התשובה גם כן שלילית. לא המשמעות השתנתה כי אם תחולת החוק היא שהשתנתה. המשמעות של החוק נשארה יציבה ואולם מצב העניינים בעולם ואופן ההחלה של החוק השתנו. ובמילים אחרות: מובנו של הטקסט נשאר קבוע ואילו הוראתו משתנה במשך הזמן. נמצא אפוא שלפי הפרשנות הטקסטואלית משמעותו של החוק היא יציבה ובלתי משתנה, אך אופן החלתו אפשר שישתנה בחלוף הזמן בהתאם להתפתחות העניינים בעולם. ניתוח דומה ייעשה כשמחלה מדבקת מסוימת באה לעולם רק לאחר חקיקת החוק, למשל, כאשר בשנת 2020 לאחר חקיקת החוק פורץ לעולם נגיף חדש שגורם למגפה עולמית. במקרה זה בעת חקיקת החוק הנגיף עדיין לא היה קיים, ובאותו הזמן החוק כלל לא התייחס לנגיף זה; אף על פי כן משעה שהנגיף החדש בא לעולם יחול החוק גם עליו, שכן מרחב התחולה של המשמעות המקורית של החוק כולל גם את הנגיף החדש שפרץ לחיינו.

דוגמה נוספת מן הפסיקה נוגעת בתיקים שעסקתי בהם לאחרונה במסגרת הפרקטיקה המקצועית. ב-1978 חוקק הקונגרס האמריקאי את חוק העברת הכספים האלקטרונית (The Electronic Fund Transfer Act (EFTA)) 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 ללא 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 טענו שמטבעות דיגיטליים אינם "כספים" (funds) לעניין משמעותו של החוק, שכן בעת חקיקת החוק מטבעות דיגיטליים כלל לא היו קיימים.⁷³ לעת עתה הערכאות הנמוכות דחו טענה זו. בפסק הדין הראשון שעסק בשאלה זו השופט קוט (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.⁷⁴ לפי בית המשפט ההגדרה המילונית של "כספים" (funds) היא "מטבעות או נכסים נזילים אחרים שמשמשים למטרה מסוימת",⁷⁵ ואילו ההגדרה של מטבעות דיגיטליים הם "מטבע [...] וירטואלי [...] שנועד לתפקד כאמצעי חליפין".⁷⁶ משכך המונח "כספים" המופיע בחוק כולל גם מטבעות דיגיטליים הגם שמטבעות אלו כלל לא היו קיימים בשעה שחוקק החוק.⁷⁷

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 האם מטבעות דיגיטליים נכללים בגדר המונח "כספים". בית המשפט לא העניק פרשנות תכליתית למונח "כספים", אלא התמקד 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.

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) (No. 1:22-cv-01602) ("Congress certainly did not enact EFTA to regulate (cryptocurrency, as cryptocurrency did not exist in 1978")

Rider v. Uphold HQ Inc., 657 F. Supp. 3d 491 (S.D.N.Y. 2023) ובשפת המקור (Fund, Black's Law Dictionary (11th ed. 2019) : "A sum of money or other liquid assets established for a specific purpose"

בשפת המקור: (Cryptocurrency, Black's Law Dictionary (11th ed. 2019) : "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 to prevent counterfeiting"

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

ה. היחס של הפרשנות התכליתית ללשון החוק וההבדלים בינה ובין הטקסטואליזם

יש הטוענים שאין הבדל ממשי בין פרשנות תכליתית לבין פרשנות טקסטואלית שכן גם על פי הפרשנות התכליתית "הלשון של הטקסט היא הקובעת את גבולות הפרשנות" וכן "הפרשן אינו רשאי לתת ללשון הנורמה [...] משמעות שהיא אינה יכולה לשאת".⁷⁸ כלומר גם הפרשנות התכליתית הטמיעה אל תוכה אלמנטים טקסטואליים ועל כן מבחינה מהותית ומעשית היא אינה רחוקה מן הפרשנות המתחקה אחר לשון החוק.

אולם, אין בכוחה של רטוריקה זו לטשטש את ההבדלים המשמעותיים בין השיטות השונות. ברמה העקרונית, הפרשנות התכליתית והפרשנות הטקסטואלית חלוקות בשאלה מהו מושא הפרשנות. לפי הפרשנות התכליתית מושא הפרשנות הוא התכלית כשהלשון היא רק אמצעי להעברת הרעיון הנורמטיבי שאותו החוק מבקש להגשים,⁷⁹ בעוד שלפי הפרשנות הטקסטואלית מושא הפרשנות הוא הלשון כשמגמת הפרשנות היא לחשוף את משמעות הלשון. אכן, לפי הנשיא ברק "פרשנות החוק מתחילה במילות החוק, אך לעולם אין היא מסתיימת במילות החוק",⁸⁰ לעומת זאת, לפי הטקסטואליזם הפרשנות מתחילה ואף מסתיימת במילות החוק, משום שלשון החוק היא מושא הפרשנות.⁸¹ זאת ועוד, הנאמנות לגבולות הלשון לפי הנשיא ברק אינה נובעת ממהות הפרשנות עצמה אלא מעקרון חוץ-פרשני הלא הוא עיקרון הפרדת הרשויות.⁸² השופט-הפרשן לא אמור לפרש את החוק בעודו חורג מגבולות הלשון, משום שאם יעשה כן הוא יסיג את גבולה של הרשות המחוקקת שהיא הגוף האמון על יציובה של לשון החוק. אך מכל מקום אם השופט-הפרשן יפרש את החוק באופן החורג מגבולות הלשון הוא עדיין פרשן נאמן החותר להגשמת תכלית הנורמה.⁸³ אומנם לפי הפרשנות הלשונית, הנאמנות ללשון החוק אינה נובעת מעקרון חוץ פרשני

78 ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 381.

79 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 הרבר היא כי לשון הטקסט — על-פי משמעותה הרגילה או המיוחדת — מהווה כלי קיבול, המאפשר הוצאתו של הרעיון הנורמטיבי מהכוח אל הפועל").

80 בג"ץ 267/88 **רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לעניינים מקומיים**, פ"ד (מג3), 728, 738 (1989).

81 לעיל ה"ש 46-66 והטקסט הנלווה. ראו סקאליה וגרנר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 16 ("Textualism, in its purest form, begins and ends with what the text says and fairly Hughes Aircraft Co. v. Jacobson, 525 U.S. 432, 438 (1999) ("As in ; implies") any case of statutory construction, our analysis begins with the language of the statute. [...] And where the statutory language provides a clear answer, (it ends there as well")

82 ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 380.

83 ברק "מקומה של הלשון", לעיל ה"ש 16, בעמ' 16. ראו גם שאוור, לעיל ה"ש 57, בעמ' 835-834.

אלא נובעת מתוך מהות הפרשנות עצמה. כאמור, מושא הפרשנות הוא הלשון, ועל כן השופט-הפרשן חושף את המשמעות הלשונית של הנורמה ולא חורג מגבולותיה. מן הבחינה הדוקטרינרית יש הבדל נוסף. אם לפי הפרשנות התכליתית בית המשפט צריך לאתר את קשת האפשרויות הלשוניות שהטקסט נושא, ולתת לטקסט את הפרשנות שמגשימה את תכלית הנורמה באופן המיטבי ובלבד שלפרשנות זו יהיה עיגון מינימלי בלשון,⁸⁴ הרי שלפי הפרשנות הטקסטואלית אין זה מספיק שהפרשן נותן משמעות סבירה ללשון החוק אלא עליו לבחור את המשמעות הלשונית היותר מסתברת לטקסט החקיקתי.⁸⁵

הבדל נוסף קשור להיבט הראייתי, כלומר עזרי הפרשנות הקבילים שבעזרתם בית המשפט יכול לפרש את החוק. אליבא דהנשיא ברק בית המשפט יכול לעיין בדברי ההסבר והנאומים בפרלמנט כדי לעמוד על התכלית הסובייקטיבית של החוק,⁸⁶ ואילו לפי הפרשנות המתחקה אחר לשון החוק חומרים אלו חסרי משמעות מן הבחינה המשפטית, ולכן אין טעם בהצגתם כראיה בידי הצדדים המתדיינים באשר למשמעות החוק.⁸⁷ אומנם לפי גרסאות רכות של טקסטואליזם הפניה להיסטוריה החקיקתית אפשרית במקרים שיש אי בהירות בלשון החוק,⁸⁸ אך אליבא דהנשיא ברק לשון החוק אף פעם אינה ברורה עד אשר תסתיים מלאכת הפרשנות, ומשכך ההיסטוריה החקיקתית תמיד רלוונטית.⁸⁹

ו. אוריג'ינליזם טקסטואלי כגישה הדומיננטית במשפט האנגלו-אמריקאי

כאמור, כיום האוריג'ינליזם הטקסטואלי הוא התיאוריה הפרשנית הדומיננטית בקרב שופטי בית המשפט העליון בארצות הברית.⁹⁰ אכן תורה זו צמחה בקרב מעגלים רפובליקניים, שכן בשנות השמונים היא עלתה בקנה אחד עם סדר היום של המפלגה הרפובליקנית. אך במשך הזמן גם שופטים שמונו בידי נשיאים דמוקרטים וכן הוגים

⁸⁴ שם; דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פס"כ 6, 57-52 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (12.9.2017); ברק פרשנות במשפט, 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).

⁸⁵ Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957, 976 n. 6 (1991) ("It seems to us 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").

⁸⁶ ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 383.

⁸⁷ ראו לעיל ה"ש 59 והטקסט הנלווה.

⁸⁸ ראו מטה ה"ש 98, ולעמדתו של השופט שטיין בטקסט הנלווה, ראו מטה ה"ש 114.

⁸⁹ ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 383; ברק "מקומה של הלשון", לעיל ה"ש 16, בעמ' 16 ("טקסט הוא ברור רק לאחר שעבר (במודע או שלא במודע) תהליך פרשני").

⁹⁰ Kevin Tobia, Brian G. Slocum & Victoria Nourse, *Progressive Textualism*, 110 GEO. L.J. 1437, 1443 (2022) ("textualism is, in large part, the [U.S. Supreme] Court's lingua franca").

שאינם מזוהים עם הימין האמריקאי נהיו קשובים להתפתחויות סביבם ואף פיתחו וריאציות ואדפטציות "ליברליות" לאוריגינליזם ולטקסטואליזם.⁹¹ לאחר פרישתו של השופט סטיבן ברייאר (Stephen Breyer) כמעט כל השופטים בבית המשפט העליון אוהזים בגישה זו.⁹² לפני שהתמנתה לבית המשפט העליון במסגרת שימוע בקונגרס, אמרה השופטת אלינה קגן (Elena Kagan), שמונתה בידי הנשיא אובמה, "כולנו אוריגינליסטים עכשיו".⁹³ לפני שנים אחדות היא הוסיפה ואמרה "כולנו טקסטואליסטים עכשיו".⁹⁴ גם בשימוע המינוי של שופטת העליון קטנג'י בראון ג'קסון (Ketanji Brown Jackson), שמונתה בידי הנשיא ביידן, השופטת הביעה הסכמה עם עקרונות האוריגינליזם.⁹⁵ ככל הנראה שופטות אלו אינן מקבלות את כל הרכיבים של האוריגינליזם של סקאליה, ובכל זאת אמירות אלו מלמדות על הסחף האינטלקטואלי לעבר תיאוריה פרשנית זו.⁹⁶ ואולם אין להתפלא על כך שעדיין יש חילוקי דעות בקרב שופטי בית המשפט העליון האמריקאי. אוריגינליזם טקסטואלי אינו מתיימר להיות אלגוריתם ממחושב שמנפק תוצאה אחת ויחידה בכל מקרה נתון, אלא מסגרת אנליטית באשר לפרשנות חוקים. מסגרת זו מכילה בתוכה וריאציות וניואנסים שונים, ואף אפשר שיהיו חילוקי דעות סבירים בין שופטים שונים באשר לרמת ההפשטה של משמעות הלשון וכן באשר לאופן ההחלה של עקרונות האוריגינליזם במקרה קונקרטי.

גם בבית המשפט העליון הבריטי הגישה הקלאסית הרווחת היא פרשנות שנובעת מתוך לשון החוקים. לורד סקארמן (Scarman) שישב בוועדת המשפט של בית הלורדים (שלמעשה שימש כבית המשפט העליון בבריטניה) אמר בדיון בבית הלורדים: "אם הפרלמנט אומר דבר אחד אך מתכוון לדבר אחר – לפי העקרונות ההיסטוריים של המשפט המקובל אין זה מלאכתם של בתי המשפט לתקן זאת. זהו

⁹¹ Randy E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 LOY. L. REV. 611, 616-617 (1999). על כך גם ניתן ללמוד משמותיהם של החיבורים הבאים: Kevin Tobia, Brian G. Slocum & Victoria Nourse, *Progressive Textualism*, 110 Geo. L.J. JACK BALKIN, LIVING ORIGINALISM (2011); 1443 (2022).

⁹² Ryan Doerfler, *Late-Stage Textualism*, 2021 SUPREME COURT REV. 267, 268 (2022) ("Coming to the present Term, the Supreme Court is now populated even more fully by textualists following multiple appointments by Republicans during the Donald Trump presidency"). ראו את ספרו של השופט ברייאר הצפוי לצאת לאור בקרוב: STEPHEN BREYER, READING THE CONSTITUTION: WHY I CHOSE PRAGMATISM, NOT TEXTUALISM (2024).

⁹³ *User Clip: We are all originalists*, C-SPAN (June 29, 2010), <https://www.c-span.org/video/?c4910015/user-clip-originalists>.

⁹⁴ Daniel Hemel, *The problem with that big gay rights decision? It's not really about gay rights*, WASH. POST (June 17, 2020), <https://www.washingtonpost.com/outlook/2020/06/17/problem-with-that-big-gay-rights-decision-its-not-really-about-gay-rights/>.

⁹⁵ Andrew Koppelman, *Ketanji Brown Jackson's originalism*, THE HILL (Apr. 10, 2022) <https://thehill.com/opinion/judiciary/3263173-ketanji-brown-jacksons-originalism/>.

⁹⁶ ברנט, לעיל ה"ש 91, בעמ' 617-616; שגב, לעיל ה"ש 41, בעמ' 20.

עיקרון כללי שמוכרח להיות מוסכם בחברה שלנו. אין אנו כפופים לכוונות של הפרלמנט כי אם לחוקי הפרלמנט".⁹⁷ רק לאחרונה, בפסק הדין שעסק במשאל העם לעצמאות סקוטלנד, אמר בית המשפט: "בהקשר של פרשנות חוקים, בית המשפט עוסק אך ורק במשמעות האובייקטיבית של הלשון. נדרשת התמקדות יתירה במילים שבהן השתמש המחוקק, הגם שלפעמים ניתן להשתמש בחומרי רקע נוספים כעזרים פרשניים למילות החוק".⁹⁸ כיום בתי המשפט באנגליה נוקטים בגרסה רכה של טקסטואליזם שלפיה אם לאחר הניתוח הטקסטואלי נותרה אי-בהירות לשונית אפשר להיעזר בתכלית החוק בתנאים מסוימים.⁹⁹

ז. תורת הפרשנות הטקסטואלית בישראל

בעבר, עד שעלתה תורת הפרשנות התכליתית, אחז גם בית המשפט העליון בישראל בתורת פרשנות המתמקדת בלשון החוק.¹⁰⁰ פסק דין שלפוכרסקי הוא מייצג מובהק של שיטת פרשנות אוריג'ינליסטי-טקסטואלית. בפסק דין זה עלתה השאלה האם המילה "מכונית" המופיעה בתוספת לפקודת המלאכות והתעשיות (הסדרתן), 1933 מכילה

⁹⁷ "If Parliament says one thing but means another—it is not, under the historic principles of the common law, for the courts to correct it. That general principle must surely be acceptable in our society. We are to be governed not by Parliament's intentions but "by Parliament's enactments".

⁹⁸ Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998 [2022] UKSC 31, at para. 73. התרגום שלי.

⁹⁹ "In the context of statutory interpretation, the court is concerned only with the objective meaning of the language used. That requires an intense focus on the words used by the legislature, although other background materials can sometimes be used as an aid to their construction"

כפי שניתן להבין מסוף הציטטה, בית המשפט העליון הבריטי גמיש יותר באשר להיעזרות בדברי הסבר של חקיקה. עד 1992 אחזו בתי המשפט בבריטניה בגישה הטקסטואלית שלפיה אין להתחשב בנאומים בפרלמנט יהיו הנסיבות אשר יהיו. עם זאת, בתי המשפט עיינו בדברי הסבר של ועדה ממלכתית או בדו"חות של ועדת המשפט המלכותית – ועדה עצמאית שבאופן רציף עוקבת אחר מצב המשפט באנגליה ומציעה הצעות לתיקון – כדי להתחקות אחר הבעיה (mischief) או העוולה (evil) שאותה החוק מבקש לפתור, אך לא כדי לפרש את מילות החוק עצמו. Stefan Vogenauer, *A Retreat from Pepper v Hart? A Reply to Lord* (2005) 629, 630 OXF. J. LEG. STUD. 629, 630; *Steyn*, 25 OXF. J. LEG. STUD. 629, 630 (2005) בעמ' 995. אולם בפרשת Pepper v. Hart [1992] 3 WLR 1032 בית הלורדים קבע שבמקרים שבהם לשון החוק דו משמעית, אינה ברורה או מובילה לאבסורד ניתן להזיקק לנאומים בפרלמנט אך רק לאמרויהם של מציעי החוק. ראו Scott Styles, *The Rule of Parliament: Statutory Interpretation after Pepper v Hart*, 14 OXF. J. LEG. STUD. 151 (1994).

¹⁰⁰ זו הייתה לכל הפחות אחת מן גישות הפרשנות בבית המשפט העליון. קידר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 741.

בתוכה גם את המונח "טרקטור". הנפקות המשפטית הייתה האם מפעל לייצור טרקטורים מחויב ברישיון.¹⁰¹

כיצד שופט שאוחז בתורת הפרשנות התכליתית 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 עירוני.¹⁰² 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.¹⁰³

כיצד יכריע בית המשפט כיום במקרה זה של רישיון לניהול עסק לתיקון טרקטורים? נראה שפסק דין ג'ני יכול לשמש כמנחה. בפרשה זו בית המשפט עמד על פרשנותו של סעיף 3 לחוק הונאה בכשרות המורה כי "בעל בית אוכל לא יציג בכתב את בית האוכל ככשר, אלא אם כן ניתנה לו תעודת הכשר".¹⁰⁴ השאלה הפרשנית הייתה מה משמעות הפסוק "לא יציג את בית האוכל ככשר"? האם מסמך המציג את בית האוכל כמקום שבו נשמרים דיני הכשרות אך לא נוקט במילה "כשר" על הטיותיה השונות הוא בכלל משמעות הפסוק "לא יציג את האוכל ככשר"? או שמא כל מסמך באשר לכשרותו של האוכל נאסר על אף שהוא אינו משתמש במילה "כשר"? בהתאם לעקרונות תורת הפרשנות התכליתית, קבע בית המשפט שיש לתת לחוק את המשמעות המצמצמת, כלומר שהחוק אינו אוסר על בית האוכל להציג מסמך "המפרט את הסטנדרטים עליהם הוא מקפיד ואת אופן הפיקוח על שמירתם" כל עוד הוא אינו משתמש במילה "כשר",¹⁰⁵ בין היתר, מכיוון שהמשמעות המצמצמת עולה בקנה אחד עם עקרון-העל של חופש העיסוק.¹⁰⁶

אם נקיש מפסק דין ג'ני לשאלה שעלתה בשלפוברסקי, נדמה כי השופט התכליתי ויכל 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 האיוון בין התכליות והאינטרסים השונים.

¹⁰¹ ע"פ 267/54; היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' פסח שלפוברסקי ושות' בע"מ, פ"ד ט 757 (1955) (להלן: פרשת שלפוברסקי).

¹⁰² ברק פרשנות במשפט, 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).

¹⁰³ ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 378-379.

¹⁰⁴ סעיף 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983.

¹⁰⁵ פרשת ג'ני, לעיל ה"ש 1, בפס' 27 לפסק הדין של הנשיאה נאור.

¹⁰⁶ שם, בפס' 22 לפסק הדין של הנשיאה נאור.

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 בכלל "מכונית"¹⁰⁷. 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"¹⁰⁸. בית המשפט העליון הביט אל הנוסח המקורי האנגלי של הפקודה שבה נאמר "motor vehicles"¹⁰⁹. לאחר ניתוח לשוני ארוך, שכלל עיון במילונים¹¹⁰ ובדברי חקיקה שונים המשתמשים במונחים דומים,¹¹¹ הסיק בית המשפט שטרקטור גם הוא נכלל במשמעות המונחים "motor vehicles" ו-"מכונית"¹¹². זוהי דוגמה נאה להחלת עקרונות האוריינליזם הטקסטואלי – 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 סובייקטיבית). בית המשפט השתמש במונח "כוונת המחוקק" כמטבע לשון. בהקשר זה כוונת המחוקק מתייחסת לכוונה שבוטאה בלשון החוק – הכוונה של

107 פרשת שלפוברסקי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 758.

108 שם, בעמ' 766.

109 שם, בעמ' 765-766 ("נכון הדבר שאם המחוקק הישראלי משתמש בתחיקה מסויימת במונחים עבריים, אזי אין להזדקק למונחים אנגליים דומים הנמצאים ביודיקטורה האנגלית, ואפילו אם ידוע שמקור התחיקה הוא חוק אנגלי. אולם אין הדבר כך כשהמחוקק יונק את סמכותו מתחיקה שבתקופת המנדט ומחליף בה פרטים שהיו כבר בתחיקה המנדטורית. במקרה כזה מותר לנו, ואולי אף מחוייבים, לבדוק את פירוש המונח המופיע בתקופת המנדט כפי שהוא במקור. לכן אם אנו מוצאים שהמחוקק המנדטורי השתמש במונח motor vehicle והמתרגם העברי השתמש במונחים שונים כדי לתרגם מילה זו, יש לפנות אל המקור האנגלי כדי ללמוד ממנו מה היא כוונת המחוקק"). חשוב לציין כי לפקודת המלאכות והתעשיות לא היה נוסח חדש ולפיכך הנוסח שבשפה האנגלית גבר על התרגום העברי. ראו סעיף 34 לפקודת הפירושים, 1945, וכן סעיף 24 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 ("הנוסח המחייב של כל דין הוא הנוסח שבשפה שבה הוא ניתן; אולם בדין שניתן באנגלית לפני הקמת המדינה ונקבע לו נוסח חדש לפי סעיף 16 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 – הנוסח החדש מחייב").

110 פרשת שלפוברסקי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 766.

111 שם, בעמ' 760-766.

112 שם, בעמ' 767.

המחוקק כפי שהיא משתמעת ומשתקפת בלשון החוק.¹¹³ מושא הפרשנות היה הלשון – לא הכוונה ואף לא התכלית. לאחרונה התגלו ניצנים של חזרה אל פרשנות טקסטואלית בגרסתה הרכה בבית המשפט העליון. בפרשת נכסי יד חרוצים הציג השופט שטיין עמדה שלפיה הפנייה למקורות לבר-טקסטואליים תתאפשר רק במקרים שבהם לשון החוק אינה ברורה: "פרשנות חוק אשר נצמדת ככל שניתן ללשונו עדיפה בעיני על פרשנות תכליתית רחבה מכמה בחינות. [...] פרשנות כאמור צריך שתתבסס, בראש ובראשונה, על לשון החוק, ורק כאשר זו אינה ברורה ראוי שהפרשן יביא בחשבון את תכלית החוק וההיסטוריה החקיקתית".¹¹⁴

ח. האוריגינליזם הטקסטואלי חסין מן הביקורת שבשיח הישראלי

האם הביקורת של השופטים רובינשטיין וג'ובראן והמלומדים שבאו אחריהם לרונטית לאוריגינליזם הטקסטואלי כפי שהתעצב בשלושת העשורים האחרונים? לטעמי לא. טיעון הביקורת הראשון והשני, שלפיהם קשה ואף בלתי אפשרי לאתר כוונה יחידה של גוף פרלמנטרי קולקטיבי, והטיעון השלישי, שלפיו כוונת מחוקק כלל לא קיימת, הם טיעונים ביקורתיים שהאוריגינליזם הטקסטואלי חסין מפניהם. הרי הפרשנות הטקסטואלית דוגלת באי-הרלוונטיות של כוונת המחוקק והיא מסרבת להתחשב בהיסטוריה חקיקתית. אם כבר, ביקורת זו מציגה קשיים בתורת הפרשנות התכליתית של הנשיא ברק שלדעתו "התכלית הסובייקטיבית [...] ה[י]א מרכיב מרכזי [...] בתכליתה של הנורמה המשפטית".¹¹⁵

ומה באשר לביקורת של השופט ג'ובראן באשר לתופעות ריאליות שלא היו בזמן חקיקה? כפי שהרחבתי לעיל ביקורת זו מתעלמת מן ההבחנה בין "משמעות" ובין "תחולה" ומן ההבחנה בין "מובן" ובין "הוראה". משמעותו של חוק שחוקק במאה השמונה-עשרה המאסדר מוצרי מזון אינו קשור בהכרח למוצרי המזון הקיימים באנגליה באותה העת. ההגדרה של "מזון" אינה תלויה בחפצים הריאליים שעליהם

¹¹³ ראו זוסמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 220-221 ("מה שנקרא "כוונת המחוקק", אנו יכולים לדלות רק מן הקליפה החיצונית, מן הכתוב בספר החוקים"); Black-Clawson International Ltd v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG [1975] 1 All ER 810 at 814 ("We often say that we are looking for the intention of Parliament, but that is not quite accurate. We are seeking the meaning of the words which Parliament used. We are seeking not what Parliament meant but the true meaning of (what they said)").

¹¹⁴ 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). ראו גם ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 40-39 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 16.8.2020); ראו עוד שחר ליפשיץ "על תיאוריות פרשניות, זכויות ילדים, חובות מוסריות של הורים, כספי ציבור וזכות החייב לשקם את עצמו - ICON-S-IL Blog (26.2.2019) <https://did.li/luCTY>. אומנם במאמר שפרסם השופט שטיין לאחרונה מוצגת שיטת פרשנות אלטרנטיבית לטקסטואליזם. Alex Stein, *Probabilism in Legal Interpretation*, 107 IOWA L. REV. 1389 (2022).

¹¹⁵ ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 376.

המילה "מזון" מורה. אדם סביר הקורא את החוק מבין ומכיר את משמעותו גם אם אינו מכיר את כל סוגי המזון הקיימים באנגליה. אומנם במאה התשע-עשרה מגיעה האשכולית לאנגליה ובתי המשפט מחילים עליה את החוק המדובר, אך אין זה אומר שבתי המשפט שינו את משמעותו של החוק ואת המשמעות של המונח "מזון". בתי המשפט רק הרחיבו את אופן התחולה של החוק בכך שהם מוסיפים את האשכולית לרשימה הארוכה של אובייקטים שהמילה "מזון" מסמנת. המשמעות של החוק נשארת יציבה אך התחולה משתנה.

הוא הדין ביחס לפרשת איגוד האינטרנט הישראלי.¹¹⁶ כאמור, סעיף 229 לחוק העונשין מעניק את הסמכות לסגור "מקום לעריכת הגרלות או הימורים". בית המשפט הניח כי העובדה שבזמן חקיקת החוק אתרי הימורים באינטרנט לא היו בנמצא מעידה על כך שהמשמעות המקורית של החוק בשעת חקיקתו ופירושו הצירוף "מקומות הימורים" אינם יכולים לכלול אתרי הימורים אינטרנטיים. אך לפי ההבחנות שבין משמעות ובין תחולה, ובין מובן ובין הוראה, העובדה שבזמן חקיקת החוק האינטרנט עדיין לא הומצא והתופעה של אתרי הימורים באינטרנט לא הייתה קיימת אינה רלוונטית. המשמעות של סעיף 229 לחוק העונשין בעיני הקורא הסביר ידועה וברורה אף אם הוא אינו מכיר אפילו מקום אחד שבו נערכים הימורים. הפסוק "מקום לעריכת הגרלות או הימורים" הוא בעל מובן שאינו תלוי במקומות הריאליים שבהם יש הימורים ושעליהם הפסוק מורה. נמצא אפוא שמשעה שהתופעה של אתרי הימורים באינטרנט ירדה לעולם היא בהחלט בכלל המשמעות של החוק. השינוי היחיד שהתרחש הוא באופן תחולת החוק. אם קודם לכן התחולה הייתה מוגבלת למקומות הימורים פיזיים, משעה שהמרחב הווירטואלי נברא, החוק חל גם עליו. בית המשפט לא באמת נזקק "ליצור" משמעות חדשה לחוק העונשין, שכן בתי המשפט מחילים את החוק על תופעות חדשות אינם משנים את מובן הלשון אלא מרחיבים את היקף ההוראה של הלשון.

הביקורת של מאוטנר מורכבת יותר. יושם לב ששיטת הפרשנות שמאוטנר דוגל בה, הלא היא הפרשנות התכליתית, אינה לגמרי חסינה מביקורתו שלו. מאוטנר שואל מהי ההצדקה לחייב אנשים בימינו לציית לחוקים שתוקנו על ידי הדורות הקודמים. אך גם הפתרון שנתן מאוטנר שלפיו באמצעות פרשנות תכליתית אפשר להתאים את החוק לזמנים המשתנים ולצרכים של הדור העכשווי, אינו מערער לגמרי את טיעון הביקורת אלא מקהה את עוקצו בלבד. לאמיתו של דבר, קבלה מוחלטת של הביקורת תוביל למסקנה כי כל חוק בטל לאחר כ-20 שנים מעת חקיקתו. זו למעשה הייתה עמדה שהעלה תומאס ג'פרסון :

האם אנשים בני דור אחד זכאים לכבול אנשים בני דור אחר?
האם יש להם זכות לכפות את ההתחייבויות שלהם על הדורות הבאים?
דומני ששאלה זו מעולם לא הועלתה לדיון, לא בצד זה של האוקיינוס, ולא בצד שלנו [...] נקודת המוצא שלי, הנראית לי מובנת מאליה, היא "שהעולם שייך לחיים בו, ושזכותם עליו היא

¹¹⁶ ראו פרשת איגוד האינטרנט הישראלי, לעיל ה"ש 26.

זכות שימוש בלבד (usufruct); וכן, שלמתים אין שום סמכויות ושום זכויות עלי אדמות. [...]

על יסוד שיקולים דומים אפשר להוכיח ששום חברה אינה יכולה להנהיג חוקה נצחית ואפילו אינה יכולה לחוקק חוק נצחי. העולם שייך תמיד לדור החי. מותר לבני הדור הזה לנהל את העולם ואת פירותיו כאוות נפשם במשך תקופת השימוש שלהם. הם גם אדונים על עצמם, ועל כן הם רשאים למשול בעצמם כחפצם. מושאיו של שלטון הם האנשים החיים ברגע נתון וקניינם, ולא כלום מעבר לזה. החוקה והחוקים של כל דור מתחילים מעצמם בתום מסלול קיומם הטבעי, בו ברגע שכבה פתיל חייהם של האנשים שמתוקף רצונם ניתן קיום לחוקה ולחוקים האלה. כאשר הדור חי, רצונו חי וחוקיו חיים. כאשר מת הדור, מת רצונו ומתו חוקיו. על כן, כל חוקה וכל חוק נופחים את נשמתם בדרך הטבע אחרי 19 שנים. אם אוכפים חוקה זו, חוק זה, גם לאחר מכן, הרי זה מעשה של כפייה ולא מעשה של זכות. אפשר לומר שכל דור חדש מחזיק בפועל את הסמכות לבטל את כל החוקים של קודמו, ובשל כך הדור החדש חופשי ממרותם של חוקותיו וחוקיו של הדור הקודם, ממש כאילו נקבע במפורש שתוקפם של אלו עתיד לפקוע בתום 19 שנים.¹¹⁷

הנה כי כן, הפרשנות התכליתית גם היא אינה מסוגלת לתת מענה מוחלט לתהייה זו של תומאס ג'פרסון. באותה המידה, בדומה לפרשנות התכליתית, גם הפרשנות הטקסטואלית יכולה להקהות את עוקצה של הביקורת. ראשית, כפי שהראיתי, בניגוד לשיטת הפרשנות המתחקה אחר כוונת המחוקק, האוריגינליזם הטקסטואלי יכול להתאים עצמו לתופעות החדשות ולמקרים החדשים שמחוקקי החוק לא העלו בדעתם. נדמה כי גם ביקורתו של מאוטנר נשענת על ההנחה שאוריגינליזם מתיימר להתחקות אחר רצונותיהם של המחוקקים. לכן לדידו, אוריגינליזם מבכר את רצונם של המחוקקים שכבר אינם בחיים על פניהם של האזרחים שחיים כיום. אך, כאמור, לתפיסת האוריגינליזם הטקסטואלי רצון המחוקק כלל אינו שולט באזרחים, שכן כוונות המחוקק וציפיותיו אינן רלוונטיות ואינן בעלות משמעות משפטית. בדמוקרטיה מודרנית, הציות של האזרחים איננו למחוקק (וממילא הציות אינו למחוקק המת) אלא מופנה כלפי לשון החוק ששואבת את התוקף המשפטי מהאזרחים עצמם שמכפפים עצמם לעיקרון שלטון החוק כחלק מן האמנה החברתית שכתרו ביניהם.¹¹⁸

¹¹⁷ תומס ג'פרסון על חירויות היחיד ועל עקרונות השלטון העצמי: איש רנסנס אמריקני בעולם של מהפכה: דיוקן חיים בכתבים ובמכתבים 334-336 (ג'ורג' קולקה עורך ומתרגם, האוניברסיטה הפתוחה 1992) (מכתב לג'יימס מדיסון – פריס, 6 בספטמבר, 1789). ההדגשה במקור. ראו בשפת המקור 398-399, THE PAPERS OF THOMAS JEFFERSON, 15 THOMAS JEFFERSON, (Princeton University Press, 1958).

¹¹⁸ איסטרברוק, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1119-1120.

סוף דבר, המפנה מן הכוונה אל הלשון הביא לכך שהאוריג'ינליזם הטקסטואלי אינו חשוף לטיעוני הביקורת שכוונו אל הגרסה הישנה של האוריג'ינליזם. עם זאת מפנה זה פתח את הדלת לטיעוני ביקורת ישנים-חדשים. האם הנאמנות לטקסט בהכרח יכולה להוביל את השופט-פרשן למסקנה הנכונה? והרי יש כללים לשוניים ותחביריים שונים ואף מנוגדים.¹¹⁹ זאת ועוד, הפירוש הלשוני תלוי במרחב ההקשר הלשוני. אם השופט-פרשן יתמקד בביטוי הלשוני הנידון או להקשרו הצר והמידי הוא יגיע למסקנה מסוימת, אך ייתכן שאם הוא ירחיב את המבט לטקסט השלם של החוק הוא יגיע למסקנה הפוכה.¹²⁰

ביקורת נוספת מצביעה על אי-המוגדרות (indeterminacy) של הלשון.¹²¹ כיצד ניתן לפרש וליצוק תוכן קונקרטי לפסוקים לשוניים מופשטים שאינם מורים על דברים ממשיים כגון "הסדר [...] העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים",¹²² "יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב",¹²³ או "אין פוגעים [...] בכבודו של אדם".¹²⁴ הרי פסוקים אלו מעצם טיבם עמומים וכוללים מנעד רחב של מובנים בהקשרים שונים.¹²⁵ משכך עלתה הטענה שלביטויים אלו מלכתחילה אין תוכן קונקרטי אלא הם טומנים בחובם עקרונות וסטנדרטים.¹²⁶

ביקורות אלו והתגובות אליהן כבר נידונו ועוד זקוקות לעיון וליבון. אך רשימה זו באה לקדם את הדיון בכך שהיא מתארת ומנתחת את מהותו וטיבו של האוריג'ינליזם הטקסטואלי, מציגה אותו אל מול הפרשנות התכליתית, ומנפה דעות קדומות וייצוגים שגויים.

¹¹⁹ Karl N. Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, 3 VAND. L. REV. 395, 401-406 (1950). לאופן שבו הטקסטואליזם העכשווי מתמודד עם ביקורת זו ראו דרופלר, לעיל ה"ש 92; סקאליה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 26-27.

¹²⁰ ראו: William N. Eskridge Jr. & Victoria F. Nourse, *Textual Gerrymandering: The Eclipse of Republican Government in an Era of Statutory Populism*, 61 N.Y.U. L. REV. 1718, 1730-1731 (2021). ובמאמר כולו; חרל"פ, לעיל ה"ש 61, בעמ' 137-138.

¹²¹ Eric D. Hirsch, *Objective Interpretation*, 75 PMLA 463, 470 (1960); שאוור, לעיל ה"ש 57, בעמ' 836; חרל"פ, לעיל ה"ש 61, בעמ' 136.

¹²² ס' 2 (א) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988.

¹²³ ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

¹²⁴ ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹²⁵ לריון בשאלה זו ראו סולום, לעיל ה"ש 49, בעמ' 269-272 ובכל המאמר.

¹²⁶ ראו: Ronald Dworkin, *Comment, in A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 115, 119-126 (Amy Gutmann ed. 1997); Antonin Scalia, *response, in A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 144-149 (Amy Gutmann ed. 1997). ראו גם Frank H. Easterbrook, *Statutes' Domains*, 50 U. CHI. L. REV. 533, 544 (1983) ("The statute books are full of laws, of which the Sherman Act is a good example, that effectively authorize courts to create new lines of common law").

חתימה

מאז שנות השמונים הצליחה הפרשנות התכליתית, בזכות הנשיא ברק, לסחוף אחריה את הקהילה האקדמית והמשפטית בישראל וכך קנתה אחיזה בבתי המשפט. הצלחה זו השכיחה שיטות פרשנות אלטרנטיביות עד כדי שנותרו מהן דימויים שגויים, לעיתים מגוחכים, ולא ייצוגים הוגנים ונאמנים. במקביל התפתח בארצות הברית האוריגינליזם, וכבר מזה עשורים אינו משקף את התפיסה שבית המשפט צריך להתחקות אחר כוונת המחוקק. האוריגינליזם העכשווי – האוריגינליזם הטקסטואלי – מעניק את הבכורה ללשון החוק ומסרב להתחשב ביסודות לבר-טקסטואליים כמו היסטוריה חקיקתית.

מערכת המשפט הישראלית, ככל מערכת באשר היא, אינה אמורה לשקוט על שמריה ולהתעלם מקיומן של אלטרנטיבות לפרשנות התכליתית. השיח האקדמי והמשפטי אמור להתייחס ברצינות לאלטרנטיבות ולדון בהן כפי שהן מיוצגות בעידן העכשווי ולא להיאחז בדימויי עבר.

אין זה אומר בהכרח שמערכת המשפט הישראלית צריכה לזנוח את הפרשנות התכליתית. ייתכן שהיא עדיפה על חברותיה. אך לדעתי חוסר הדיון הכן באלטרנטיבות הקיימות לפרשנות התכליתית פוגע בראש ובראשונה בפרשנות התכליתית. כל רעיון שאינו מאתגר על ידי רעיונות אחרים או עמדות מתנגדות, שוקע בסטגנציה ונמנעת ממנו התחדשות הכרחית¹²⁷ – והרי התחדשות ודינמיות עומדות בלב הפרשנות התכליתית.¹²⁸ לפיכך, ייטב אם הדיון יתרחב מעבר לצייר שבין תכלית סובייקטיבית ובין תכלית אובייקטיבית ותתפרס היריעה גם על שיטות אחרות, ובכלל זה על הפרשנות הטקסטואלית המתחקה אחר לשון החוק כפשוטה.

ראו ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** 42-55 (הוצאת שלם 2006).

ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 378 ("תורת פרשנות תכליתית [...] מסוגלת לתת לתהליך הפרשני דמות דינמית").

127

128