

פרשנות תכליתית החותרת תחת התכלית: על מעמדם של דברי ההסבר בחוק ובפסיקה

מאת

בל יוסף ונועה קברטץ-אברהם*

תקציר

למרות דלותה של הכתיבה האקדמית על מוסד דברי ההסבר, מוסד זה הוא בעל השפעה רבה וניכרת על פסיקת בית המשפט העליון, בפרט בשאלות חוקתיות. השפעה זו נותרה עלומה, ועד כה כמעט לא זכתה לדיון אקדמי או ציבורי. עם זאת, השפעה זו עשויה להוביל שופטות ושופטים שונים למסקנות פרשניות שונות ולעוות את תהליך הבחינה החוקתית. מאמר זה מוקדש לניתוח מקיף של תופעה זו.

המאמר בוחן לראשונה את אופן התהוות דברי ההסבר ברשות המחוקקת בישראל מבחינה היסטורית, ועומד על האקלקטיות והיעדר הלכידות של התפתחות המוסד. המאמר מציע שכל אלה הובילו לכך שכיום, דברי ההסבר המצורפים להצעת החוק אינם משקפים את התוכן הסופי של הצעת החוק כפי שאושר. בהתבסס על בחינה זו המאמר מגיע לליבת הדיון – ההשפעה של דברי ההסבר על תהליך הפרשנות, והפרשנות החוקתית בפרט.

המאמר מציע כי הקשיים הטבועים במוסד דברי ההסבר בידי המחוקק עשויים להשפיע על המסקנות הפרשניות החוקתיות שהשופטת מגיעה אליהן ואף לעוותן. זאת הן משום הפגמים הנעוצים בדברי ההסבר עצמם, והן משום האופן שבו הותוותה והוטמעה שיטת הפרשנות התכליתית הנהוגה בבית המשפט העליון. מבחינה

* בל יוסף היא חוקרת משפט ציבורי ועמיתת הוראה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. נועה קברטץ-אברהם היא תלמידת מחקר לתואר שלישי במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים באוניברסיטת תל אביב. תרומת המחברות למאמר שווה. אנחנו מבקשות להודות מקרב לב לכל הקוראות והקוראים של טיוטות קודמות של מאמר זה שהעירו את הערותיהם הטובות. בפרט תודה לזמר בלונדהיים, גלי בן-אור, הלל סומר, עידו פורת ויניב רוזנאי, משתתפות ומשתתפי הסדנה למשפט ציבורי באוניברסיטת רייכמן וכנס ICON-S-IL הרביעי; וכן לסטיוארט וג'ודי קולטון ומרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, אשר ללא תמיכתם הנדיבה מאמר זה לא היה נכתב.

מתודולוגית, שיטה פרשנית זו מחייבת פנייה להיסטוריה החקיקתית, ובכלל זה לדברי ההסבר כאשר הדבר נחוץ לשם איתור תכלית החוק. אלא שהתפתחות המוסד במהלך החקיקה מלמדת כי דברי ההסבר אינם מבטאים בהכרח את תכלית החוק. במסגרת פרשנית זו, קיימת מחלוקת בקרב שופטי ושופטות בית המשפט העליון על עצם השימוש בדברי ההסבר; ובקרב שופטים ושופטות הסבורים כי השימוש בהם נחוץ, קיים חוסר לכידות באשר לדרך שבה יש לעשות שימוש זה ובאשר למשקל אשר יש ליתן להם. כך, חלקם משתמשים בדברי ההסבר כהשואה פרשנית בלבד, חלקם משתמשים בהם ללמידה על המערך הנסיבתי הרלוונטי למקרה וחלקם נעזרים בהם להתחקות אחר תכלית החקיקה. לעיתים ניתן לזהות גם עירוב של השימושים. המאמר מבסס טענות אלה באמצעות מחקר אמפירי הנשען על ניתוח תוכן שיטתי של כ-200 פסקי דין בשאלות שעניינן חוקתיות החקיקה, ומדגים בעייתיות זו. יתרה מכך, גם מבט דוקטרינרי מעמיק בפסקי הדין העדכניים שהציפו סוגיה זו והרחיבו את הדיון על אודותיה מגלה כי בית המשפט נעדר מודעות לקשיים האנליטיים אשר מאמר זה מצביע עליהם, ולאופן השימוש האסטרטגי בדברי ההסבר מצד המחוקק במטרה להשפיע על פרשנות החקיקה.

על מנת להתמודד עם קשיים אלה המאמר מציע מתווה מקיף להבניה של מוסד דברי ההסבר בישראל מנקודת מבט דו-ממדית: הן אופן ההסדרה של המוסד מצד המחוקק והן אופן השימוש בו מצד בית המשפט.

מבוא	3
א. דברי הסבר בראי הגישות הפרשניות השונות	5
1. גישות פרשניות שונות ויחסן אל דברי ההסבר	5
2. מעמד דברי ההסבר בגישת הפרשנות התכליתית	7
ב. המוסדות הפוליטיים: הליך החקיקה	14
1. התהוות מוסד דברי ההסבר	15
2. כתיבת דברי ההסבר – טכניקה ופרקטיקה	21
3. קשיים בפרקטיקה החקיקתית הקיימת	23
(א) כתיבת דברי ההסבר נגדעת באמצע הליך החקיקה	23
(ב) היעדר לכידות בכתיבת דברי ההסבר	25
(ג) דברי ההסבר הם מכווני קהל	28
ג. בית המשפט: תהליך השפיטה	29
1. מגמות עדכניות בפסיקה	31
2. מקומם של דברי ההסבר בביקורת השיפוטית החוקתית	36
3. קשיים בפרשנות חוקתית	44
ד. הצעה לעיצוב מוסדי חדש	48
סיכום	53

מבוא

בפסקי דין אחדים שניתנו בעת האחרונה בבית המשפט העליון נדונה שאלת מקומם של דברי ההסבר במלאכת הפרשנות. ניתן למנות בהקשר זה פסקי דין בולטים שעסקו בהסדרי ליבה במשפט החוקתי הישראלי, ובכלל זה פסקי הדין בעניין תחולת חוק איסור הפליה על מכירת דירות,¹ שינוי מועד אישור תקציב המדינה,² חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי,³ הסדר ממשלת החילופים,⁴ הסדר שלילת קצבאות ילדים מהוריהם של קטינים שהורשעו בעבירות ביטחון,⁵ וכן פסק הדין בעניין המשקל שראוי לתת לפרשנות רשות מאסדרת להנחיותיה.⁶ אומנם ההכרעה בפסקי דין אלה היא זו שזכתה לתהודה, עם זאת, בין פסקי הדין שזור חוט מקשר שטרם זכה לתשומת לב ציבורית או אקדמית, והוא מקומם של דברי ההסבר בתהליך הפרשנות בכלל, והפרשנות החוקתית בפרט. פסקי הדין לא הגיעו להכרעה מוסכמת בשאלה זו, הן בהיבט פרשנות החקיקה והן בהיבט הפרשנות החוקתית, ונדמה שטרם נאמרה המילה האחרונה בנושא.

במקביל לדין זה, ואף שכאמור טרם הוכרע, מחקר אמפירי שנערך לצורך מחקר זה ומוצג כעת לראשונה מראה כי כבר קרוב לשלושים שנה מתקיימת בבית המשפט העליון פרקטיקה של מתן משקל לדברי ההסבר בפרשנות החוקתית. פרקטיקה זו אינה מונחית על ידי קו מתודולוגי ברור או סדור בשאלה כיצד יש להישען על דברי ההסבר במסגרת פרשנות זו. הדבר עשוי, כפי שנרחיב בהמשך, לפגום בתהליך הפרשני ולהוביל לעיוות הבחינה החוקתית. היבטים אלה לא זכו עד כה למחקר או לדין אקדמי. דומה, אם כן, כי הגיעה העת לדון באופן מקיף במסוד דברי ההסבר בישראל, על אופן יצירתם על ידי המחוקק, על אופן פרשנותם על ידי בית המשפט, ועל השלכות העבודה של כל אחד ממוסדות אלה על תהליך הפרשנות.

המחקר מבוסס על ניתוח תוכן שיטתי של פסיקת בית המשפט העליון בשאלות של חוקתיות חקיקה בסוגיות שונות מתחום המשפט הציבורי. ניתוח זה מלמד כי השימוש בדברי ההסבר הוא חלק אינטגרלי משיטת הפרשנות התכליתית כפי שהיא נהוגה בישראל, וכי ההישענות דה פקטו של בית המשפט על דברי ההסבר בפרשנות חקיקה היא חובקת-כול ואינה ייחודית לשופטים מסוימים או לדפוסי שפיטה מסוימים. בית המשפט משתמש בדברי ההסבר הן לצורך תמיכה במסקנות פרשניות קיימות, הן לצורך למידה אפקטיבית על תוכן הסדרי החקיקה השונים והן לצורך קביעת תכלית החקיקה, המהווה חלק משמעותי מהליך הבחינה החוקתי שבית המשפט עורך על מנת לבחון

¹ רע"א 10011/17 מי טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (נבו) (19.8.2019).

² בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו) (23.5.2021).

³ בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו) (8.7.2021).

⁴ בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו) (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים).

⁵ בג"ץ 3390/16 עדאלה נ' הכנסת (נבו) (8.7.2021) (להלן: עניין שלילת הקצבאות).

⁶ דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו) (4.7.2021).

את התאמת החקיקה להוראות חוקי-היסוד. עם זאת, בחינת העבודה של בית המשפט מלמדת כי הוא אינו ער לקשיים שכרוכים בדברי ההסבר ובהסתמכות עליהם. בחינה זו מאפשרת לעמוד על חוסר השיטתיות שבשימוש בדברי ההסבר תוך היעדרם של קריטריונים מנחים בסוגיה זו.

במאמר זה אנו מצביעות על שורה של קשיים, החל באופן ההסדרה הלקוי של דברי ההסבר בישראל, עבור לאופן כתיבתם בפועל וכלה במשקל שניתן להם בקביעת תכלית החקיקה כחלק מתהליך הפרשנות השיפוטית. מדובר במכלול של בעיות עקרוניות ופרקטיות גם יחד המובילות למצב שבו מוסד דברי ההסבר בישראל, על תכליותיו ועל השפעותיו, נתון למידה רבה של שרירות, מקריות וחוסר מחשבה סדורה, שסופו האפשרי הוא עיוות הבחינה החוקתית. למעשה, הבעיה נעוצה בשני המוסדות גם יחד: הן בטיב דברי ההסבר והאופן שבו הם מוסדרים כיום, והן באופן שבו הטמיע אותם בית המשפט כחלק משיטת הפרשנות התכליתית.

חשיבותו של מאמר זה, הפורס יריעה רחבה בנושא שהמחקר בו כמעט איננו קיים, היא במספר רבדים. ראשית, המאמר מאתר את הבעיה הנוצרת כתוצאה מההסתמכות השיפוטית על דברי ההסבר בפרשנות התכליתית – עיוות התכלית הסובייקטיבית של החקיקה ואימוץ של אותה תכלית מעוותת. שנית, הוא עומד על היקפה הניכר. שלישית, הוא מצביע על הגורמים המרכזיים המובילים לבעיה זו. רביעית ולבסוף, המאמר מציע מתווה ראשוני להיחלצות ממנה. חדשנותו מצויה הן ברובד התיאורי וברוחב היריעה שהוא פורס, והן בדיון הנורמטיבי שהוא מציע באיתור הקשיים ובעיצוב המוסדי כיצד לפותרם.

חשיבות נוספת מצויה בפרספקטיבה שמאמר זה מציע: בחינה מעמיקה של עבודת המחוקק, אופן ההתפתחות שלה וההשלכות שלה; לצד מחקר דוקטרינרי של פסיקת בית המשפט העליון והדינמיקה הפרשנית שנוצרת אגב הסתמכות על דברי ההסבר, תוך חשיפת הפער שבין הדיון שלהלכה (זהו המישור העיוני) לבין ההישענות על דברי ההסבר למעשה (זהו המישור המעשי). נקודת מוצא כפולה זו מבוססת על התפיסה היסודית כי המשפט אינו מתרחש רק בבית המחוקקים ולא רק בבית המשפט, וכי נקודת מבט אשר לוקחת בחשבון מזה ומזה מצליחה להציג תמונה שלמה יותר של תורת המשפט החקיקתית והפרשנית גם יחד.

בחלק הראשון נניח את התשתית התיאורית לגישות השונות לפרשנות חקיקה, על יסודותיהן הסובייקטיביים והאובייקטיביים. משקל מיוחד יינתן במסגרת זו לדיון בגישת הפרשנות התכליתית, ובפרט לאופן שבו היא שואפת לאתר את תכליתו הסובייקטיבית של החוק, תוך שימוש בהיסטוריה החקיקתית שלו.

החלק השני יוקדש לבחינת עומק של מוסד דברי ההסבר במשפט הישראלי. נתאר, לראשונה, כיצד מוסד זה התפתח בישראל מבחינה היסטורית. לאחר מכן, נתאר כיצד הוא פועל כיום במסגרת הפרקטיקות החקיקתיות השונות. אלו יסייעו, לאחר מכן, להאיר את הקשיים האינהרנטיים הכרוכים במוסד זה. בפרק זה נציג גם טיפולוגיה של דברי ההסבר השונים ושל הקהלים השונים שלהם הם מיועדים, שתאפשר לעמוד על הקשיים הכרוכים בשימוש במוסד זה.

החלק השלישי, הוא ליבו של המאמר, יוקדש לתיאור האופן שבו שיטת הפרשנות התכליתית אימצה אל חיקה את השימוש בדברי ההסבר. הדיון יחל, נאמן לחלוקה לשני המישורים שהצענו, בדיון העיוני. חלק זה יציג מגמות קיימות בפסיקה, במטרה להאיר את חוסר ההסכמה הדוקטרינרית בשאלת מקומם של דברי ההסבר בפרשנות הישראלית. לאחר מכן נתקדם למישור המעשי, הוא ההישענות השיפוטית על דברי ההסבר דה-פקטו. נציג את הממצאים של מחקר הבוחן את מעמדו של דברי ההסבר בהליך הפרשני, המבוסס על ניתוח תוכן שיטתי ומקיף של כמאתיים פסקי דין של בית המשפט העליון על מנת לעמוד על האופנים והדרכים השונים שבהם בית המשפט משתמש בדברי ההסבר לצרכיו הפרשניים. כפי שנסביר בחלק זה, משום שמידת ההשפעה של דברי ההסבר היא המשמעותית ביותר באשר לאיתור תכלית החקיקה, המחקר האמפירי ממוקד במקומם של דברי ההסבר בפרשנות החוקתית. נסיים, כמו בדיון הקודם, בחידוד הקשיים שעולים מפרקטיקה שיפוטית זו.

החלק הרביעי יעסוק בהצעה לעיצוב מוסדי מחדש של דברי ההסבר. גם פה ננקוט נקודת מבט כפולה. האחת תבחן את הצורך בשינוי יסודי של הסדרת מוסד דברי ההסבר בחקיקה הישראלית, והאחרת תסתת קווים מנחים לאופן ההישענות השיפוטי על דברי ההסבר. השילוב של שני אלו מיועד להוביל לטיוב עבודת המחוקק ועבודת השופטת-הפרשנית גם יחד.

א. דברי הסבר בראי הגישות הפרשניות השונות

1. גישות פרשניות שונות ויחסן אל דברי ההסבר

השימוש בדברי הסבר בפסיקת בית המשפט נעשה כחלק מתהליך פרשני של חוק, במטרה לקבוע את מובנו. קיימות שיטות שונות לפרש חקיקה, ובכלל זה לפרשה בפרשנות חוקתית. שיטות אלה נבדלות זו מזו באופן שבו הן משיבות לשאלות הבאות: האם ראוי, בתהליך הפרשנות, לפנות לכוונת המחוקק בעת שחוקק את החוק? אם כן – איזה מובן יש לתת לה? וככל שיש לתת לה מובן – מהו המשקל שיש להעניק לשימוש במסמכים שכתב המחוקק בעת חקיקת החוק במסגרת זו? בחלק זה נתאר את היחס האפשרי של שיטות פרשנות שונות לעבודת המחוקק, לאיתור כוונתו ולשימוש בדברי הסבר כחלק ממלאכת הפרשנות. תיאור זה יאפשר לנו למקם את יחסה של שיטת הפרשנות התכליתית – היא השיטה הפרשנית הנהוגה בבית המשפט העליון⁷ –

⁷ הדבר ניכר בפסיקת בית המשפט העליון – הן זו של ברק והן זו של שופטים אחרים, כפי שנראה במאמר זה. על עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** כו 737, 738, 758 (2002); רפי רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית

לשימוש בדברי הסבר, ולאחר מכן לבחון אותה בעיניים ביקורתיות. נציין כי העיסוק בדברי ההסבר ובמעמדם הוא קטגוריה פרטית של עיסוק רחב יותר בהיסטוריה חקיקתית באשר היא. מאמר זה עוסק מטבע הדברים בדברי ההסבר, אך חשוב להדגיש כי שאלות אלו שהצגנו יכולות לשוב ולהיות רלוונטיות גם בהקשרים נוספים של הדיון בהיסטוריה החקיקתית.⁸

קבוצה ראשונה של שיטות פרשניות היא כזו שאינה מבקשת לאתר את כוונת המחוקק, אלא לפרש את החוק באופן הטוב ביותר, בהתאם, למשל, לערכי היסוד של שיטת המשפט.⁹ בקבוצה זו נמצאות שיטות פרשנות המתבססות על התפיסה שלפיה תפקיד הפרשנות הוא לאתר את משמעותו המודרנית של החוק, כלומר לתת לו מובן ראוי בהווה.¹⁰ בהתאם לכך, שיטות אלה אינן פונות לדברי ההסבר או להיסטוריה החקיקתית של החוק. שיטות אלה מסווגות, במסגרת הפרשנות התכליתית הישראלית, כשיטות "אוברייקטיביות".

קבוצה שנייה היא של שיטות פרשניות שמבקשות להתחקות אחר כוונת המחוקק בתהליך פרשנות החוק. עם שיטות אלה נמנית גישה ה-"Originalism", על גווניה השונים.¹¹ לפי גרסה אחת של השיטה האוריגינליסטית, מטרת מלאכת הפרשנות היא לחלץ מתוך הטקסט את המשמעות שתגשים את כוונתו של יוצר הנורמה.¹² לפי גרסה

המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" **משפטים על אתר** יב 67, 68 (תשע"ח).

⁸ ראו למשל הלל סומר "בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 155 (2012).

⁹ אהרן ברק "על הזמן בפרשנות המשפט" **מבחר כתבים** כרך ג – עיונים חוקתיים 229, 233 (2017) (להלן: ברק, על הזמן בפרשנות המשפט).

¹⁰ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 143–145 (1992) (להלן: ברק, תורת הפרשנות הכללית). ברק מפנה לחיים כהן "חומר הכנה" **ספר אורי ידין** א 79, 98 (אהרן ברק וטניה שפניץ עורכים) (1990) (להלן: כהן, חומר הכנה). גם את הגישה הפרשנית האוברייקטיבית ניתן לסווג לגישות משנה, אולם הדבר חורג מהיקפו של מחקר זה. ראו ברק, תורת הפרשנות הכללית, שם, בעמ' 145–151; אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני: פרשנות החקיקה (להלן: ברק, פרשנות החקיקה) 73–75 (1993), וכן: William N. Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, 135 U. PA. L. REV. 1479 (1987) (quoting Arthur W. Phelps, *Factors Influencing Judges in Interpreting Statutes*, 3 VAND. L. REV. 456, 469 (1950)).

¹¹ JAMES E. FLEMING & SOTIRIOS A. BARBER, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THE BASIC QUESTIONS 79 (2007) (להלן: FLEMING AND BARBER). סקליה מכנה גישה זו בשם "Textualism". ראו ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION 23 (Amy Gutmann ed., 2018) (להלן: SCALIA). פלמינג וברבר מסווגים גישה זו כאחד מסוגי ה-"Intentionalism", ראו FLEMING AND BARBER, שם, בעמ' 79.

¹² לגישות סובייקטיביות נוספות ראו ברק "על הזמן בפרשנות המשפט", לעיל ה"ש 9, בעמ' 231–232, 229.

אחרת, מטרת מלאכת הפרשנות היא לעמוד על המשמעות או ההבנה המקורית של הטקסט, כלומר על האופן שבו הובן על ידי הקורא הסבר בעת חקיקתו.¹³ איתור כוונת המחוקק הוא רלוונטי לפי גרסה זו, משום שהוא מאפשר להבין את משמעות הטקסט, או את האופן שבו הובן, במועד אישורו בבית המחוקקים.¹⁴ סוג אחר של פרשנות אורייג'ינליסטית, המתחקה גם הוא אחר כוונת המחוקק, הוא כזה שיבקש לאתרה בהווה. לפי גישה זו, כוונת המחוקק אינה כוונה צרה וקונקרטי שנוכחה רק לנסיבות החיים בעת חקיקת החוק בפרלמנט. במקום זאת, זהו עיקרון רחב שעשוי להתפרש בדרכים שונות במועדים שונים. לפיכך, כל עוד הפרשנות מבטאת את כוונת מנסחי הטקסט – גם אם היא מובילה למסקנות שונות בתקופות שונות – היא נאמנה לרעיון האורייג'ינליסטי.¹⁵ שיטות פרשניות אלה, המבקשות לאתר את כוונת המחוקק ולשם כך פונות לדברי ההסבר או להיסטוריה החקיקתית של החוק, מסווגות במסגרת הפרשנות התכליתית הישראלית תחת התווית "שיטות סובייקטיביות".

2. מעמד דברי ההסבר בגישת הפרשנות התכליתית

שיטת הפרשנות התכליתית הנהוגה בישראל, באופן שבו היא מתוארת בספרות על פי תומכיה, נשענת על שילוב בין שני סוגי השיטות: היא מורכבת מרכיב של פרשנות סובייקטיבית ומרכיב מרכזי יותר של פרשנות אובייקטיבית.¹⁶ הפרשנות האובייקטיבית, כאמור, מתעלמת מהכוונה המקורית של יוצר הטקסט, ובמקרה של חוק – מכוונת המחוקקים שחוקקו אותו. היא מבקשת לקרוא לתוכו סט של עקרונות או ערכים העומדים בבסיס שיטת המשפט המפרשת. לעומת זאת, פרשנות סובייקטיבית מבקשת

LAWRENCE B. SOLUM, WHAT IS ORIGINALISM? THE EVOLUTION OF ORIGINALISM CONTEMPORARY ORIGINALISTS THEORY, IN THE CHALLENGE OF ORIGINALISM 12, (GRANT HUSCROFT & (2011., EDS MILLER. W BRADLEY, 2011) רוניק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 80.

SCALIA, לעיל ה"ש 11.

14 זוהי עמדתו של דוורקין. לטענתו, פרשנות אורייג'ינליסטית צריכה להסתכל על מה שהמחוקק "אומר" ולא על מה שהוא התכוון אליו. מה שהמחוקק אמר הוא למעשה עיקרון כללי (abstract intention), ולא כוונה צרה שרלוונטית רק לנסיבות החוק (concrete intention). לכן, התהליך הפרשני צריך להתחקות אחר כוונת המחוקקים בהווה, ולא במועד חקיקת החוק. ראו Laurence Tribe, Comment, in A MATTER OF INTERPRETATION 67–68 (Amy Gutmann ed., 2018); Ronald Dworkin, Comment, in A FLEMING AND MATTER OF INTERPRETATION 118 – 119 (Amy Gutmann ed., 2018) BARBER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 81, 114. כן ראו ברק, תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 137; ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 72; ברק "על הזמן בפרשנות המשפט", לעיל ה"ש 9, בעמ' 230.

16 ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 143–144.

לתת לטקסט מובן שיגשים את כוונת יוצרו. במקרה של חוק, שיטה פרשנית זו תבקש לאתר את הכוונה ההיסטורית של חברי הגוף המחוקק שחוקקו את החוק.¹⁷ בשאלת הזמנים, גישת הפרשנות התכליתית תבקש להתחקות אחר כוונת המחוקק כפי שהיא מובנת בהווה, ולא במועד חקיקת החוק. במילים אחרות, שיטה זו מבקשת לתפוס את הטוב מכל העולמות: גם להישען על פרשנות אובייקטיבית המגשימה את ערכי היסוד של השיטה, אך גם לפנות אל כוונת המחוקק לשם גילוי התכלית שעמדה לנגד עיני מנסחי החוק, כפי שהיא מובנת בהווה.¹⁸ בהתאם לעמדה זו, המכלול של הפרשנות האובייקטיבית והסובייקטיבית גם יחד מצליח להתחקות אחר תכלית החקיקה באופן מעמיק ואותנטי יותר, תוך דבקות בערכי המשפט ותכליותיו מבלי להתנתק מכוונת יוצריו. מטעם זה, גישת הפרשנות התכליתית מאפשרת – ואף מעודדת – שימוש בכל מסמך משפטי ופוליטי שנכתב במהלך חייה של הצעת החוק על מנת שהשופט יוכל לפרשה.¹⁹

שיטת הפרשנות התכליתית, שהיא השיטה הדומיננטית הנהוגה בבית המשפט העליון, הונחלה בראש ובראשונה בפסיקותיו של השופט ובהמשך הנשיא אהרן ברק, שגם הסביר בהרחבה בפסיקותיו ובספרות את מטרותיה של שיטה זו ואת רכיביה.²⁰ לפי ברק, מלאכת הפרשנות התכליתית מורכבת ממשולש הכולל את הטקסט המתפרש, את התכלית שהוא נועד להגשים ואת שיקול הדעת השיפוטי-הפרשני. לטענתו, מטרת הפרשנות היא לקבוע את תכלית החקיקה, תוך שימוש בלשונה, כפי שהיא מובנת עבור דובריה.²¹ תכלית זו מורכבת מיסוד סובייקטיבי ומיסוד אובייקטיבי, ובהתחקות אחריהם השופט מפעיל את שיקול דעתו.²² לשם התחקות אחר היסוד הסובייקטיבי, על השופט לעשות שימוש בלשון החוק ולאחר את כוונת המחוקק ואת הרקע החברתי, ההיסטורי והמשפטי לחקיקתו. לשם התחקות אחר היסוד האובייקטיבי, עליו לפנות לעקרונות היסוד של שיטת המשפט ולעשות שימוש, במידת הצורך, בחזקות שונות הקיימות בה.²³ במקרה של פרשנות חוקתית, בתהליך הפרשנות יעמוד השופט על התכלית העומדת ביסוד ההסדר שנטען כפוגע בזכות חוקתית כחלק מבחינת מבחני פסקת ההגבלה,²⁴ גם כאן תוך בחינת היסוד הסובייקטיבי והאובייקטיבי.²⁵ בהינתן המקום המרכזי שהיה לברק כדמות מפתח בפיתוח ובהטמעת שיטת הפרשנות התכליתית, יש טעם לבחון את עמדתו בשאלה הפרטנית של שימוש בדברי

¹⁷ ברק, תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 137. לגישות נוספות, למשל של כוונה משוערת ושחזור דמיוני, ראו: ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 154–155.

¹⁸ ברק, על הזמן בפרשנות המשפט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 234.

¹⁹ ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 383.

²⁰ להרחבה ראו לעיל ה"ש 7.

²¹ ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 82.

²² שם, בעמ' 91.

²³ שם, בעמ' 92.

²⁴ סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²⁵ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: פרשנות חוקתית 285 (1994).

הסבר. לפי ברק, דברי הסבר שצורפו להצעת חוק, כמו גם מסמכים נוספים שנכתבו ונאספו במהלך ההיסטוריה החקיקתית שלו, הם מקור לגיטימי אשר על השופט להיעזר בו על מנת לעמוד על תכלית החקיקה. לכן, על השופט לעשות בהם שימוש על מנת לעמוד על תכלית החקיקה.²⁶ השימוש בהיסטוריה החקיקתית, ובכלל זה בדברי הסבר, משפיע – ואף ראוי שישפיע – על פרשנות החוק. שכן, לשון חוק שנראית ברורה טרם הפנייה להיסטוריה החקיקתית – עשויה להיראות בלתי ברורה לאחר הפנייה אליה. בירור זה, לתפיסת ברק, הוא חלק הכרחי מעבודת השופט כפרשן המבקש להתחקות אחר תכלית החקיקה.²⁷

מכיוון שהשימוש בהיסטוריה החקיקתית, ובכלל זה בדברי הסבר, בשיטת הפרשנות התכליתית הוא רכיב לגיטימי ואף רצוי של השיטה, נשאלת גם השאלה כיצד ייעשה שימוש בדברי הסבר אלה. על פניו, ברק מכיר בקשיים המעשיים בשימוש ברכיב זה. הוא מכיר בכך שהמסמכים הפרלמנטריים השונים הנאספים בהליך החקיקה של הצעת החוק אינם בהכרח מקור אמין שניתן ללמוד ממנו על תכלית החקיקה. הוא מציע לכך מספר טעמים: ראשית, הדברים הנאמרים בכנסת הם דברים "מטעם". הם נאמרים מטעם השר או חבר הכנסת המשמיעים אותם, ולכן ייתכן שהם מכוונים להציג את הצעת החוק באור החיובי ביותר לשם אישורה בכנסת, ולא דווקא מתארים באופן מדויק את האמור בה.²⁸ יתרה מכך, זו אף עשויה להיות הטעיה מכוונת.²⁹ שנית, קשה מאוד להפריד בין עמדות אישיות של חברי הכנסת שמובעות במליאה ובוועדות לבין עמדתה הרשמית של "הכנסת" כגוף מחוקק.³⁰

²⁶ ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 351.

²⁷ שם, בעמ' 352.

²⁸ שם, בעמ' 379.

²⁹ שם, בעמ' 380–381. ברק מפנה אל Henry and Moore, *A Decade of Legislative History in the Supreme Court 1950-1959*, 46 VA. L. REV. 1408, 1437 (1960); Glendon M. Fisher and William J. Harbison, *Trends in the Use of Extrinsic Aids in Statutory Interpretation*, 2 VAND. L. REV. 586, 589 (1950).

³⁰ ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 380. ספרות המחקר בתחום מדעי המדינה כבר הצביעה על קשיים אלה. מחקרים רבים מעידים על הקושי להתחקות אחר רצון אחד של גוף חקיקתי המאגד אידאולוגיות שונות, אינטרסים שונים ורצונות שונים ומתחרים. פרנקלין למשל עומד על כך שגם אם בית המשפט יוכל להתחקות אחר כוונה של מחוקקים פרטניים מסוימים, המחוקק כגוף מלא בפרטים ולא ניתן להצביע על תכלית אחת, ולא ניתן להפוך מצבור של תכליות שונות לתכלית חקיקתית אחת ויחידה. David L. Franklin, *Facial Challenges, Legislative Purpose, and the Commerce Clause*, 92 IOWA L. REV. 41, 91–92 (2006). ראו גם אצל סימונס, שמדגישה כי החקיקה היא פשרה פוליטית, ובחינתה ככזו מגלה שאין תכלית אחת, אלא מספר תכליות שכחלק מאותה פשרה כרוכות זו בזו. Courtney Simmons, *Unmasking the Rhetoric of Purpose: The Supreme Court and Legislative Compromise*, 44 EMORY L. J. 117, 131–132 (1995) על קושי עקרוני להתחקות אחר התכלית ראו גם Mordechai Kremnitzer, *Constitutional*

עם זאת, לפי ברק, טיעונים מעשיים אלה אינם משפיעים על השימוש שראוי שיעשה השופט במסמכי ההיסטוריה הפרלמנטרית של הצעת החוק. שכן ככלל, תכלית החוק, כהכללה, ולא כ"תמונות ספציפיות" מתוך כוונת המחוקק, עשויה להשתקף יפה בהיסטוריה הפרלמנטרית, והשתקפות זו עשויה להיות "אמינה ובטוחה". לשיטתו, קשה לעוות בטיעונים סובייקטיביים את תכלית החקיקה, ואלה לא ימנעו מהשופט לאתרה.³¹ יתרה מכך, הפנייה למסמכים הפרלמנטריים אינה מכוונת כלל כדי לדעת מה הייתה עמדת המחוקקים על הבעיה הפרשנית הניצבת בפני בית המשפט, אלא על מנת לעמוד על תכלית החקיקה.³² לכן, כל ניסיון למנוע עיון בהיסטוריה הפרלמנטרית, בין אם עקרוני ובין אם נקודתי, למשל כשלשון החוק ברורה – סופו להיכשל.³³ לפיכך, על השופט לעשות שימוש בהיסטוריה החקיקתית – ובכלל זה בדברי ההסבר – ככלי עזר פרשני, על מנת לעמוד על תכלית החקיקה. במסגרת זו יש להיצמד לתיאור תכלית החקיקה העולה מדברי ההסבר, בשונה מהפירוש שהצעה עשויה לתת להוראותיה.³⁴ עמדתו של השופט ברק היא העמדה המאוחרת שהובעה בפסיקה הישראלית ביחס לשימוש בדברי הסבר. קדמו לה עמדות השופטים זוסמן וכהן, שהביעו בפסקי דין אחדים הסתייגות מעצם הפנייה להצעת החוק במסגרת תהליך הפרשנות. השופט כהן טען, למשל, שאין להיזקק להצעות חוק המתפרסמות ברשומות בתהליך פרשנותו

Proportionality: (Appropriate) Guidelines, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 225, 228–231 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez and Aharon Barak eds., 2013).

גישה ריאליסטית זו, שמטילה ספק בקיומה של אותה "כוונת מחוקק" הראויה להסתמכות, מתיישבת עם מחקרים אמפיריים ונורמטיביים רבים, בייחוד משדה מדעי המדינה, שהראו כי מחוקקים שואפים לתכליות רבות, ולא דווקא לתכלית אחת ויחידה. נהוג לראות את המחוקק כמושפע ממערך של מוטיבציות ובהן גם השפעה פנימית בממשל, עמדה אידאולוגית של המחוקק-הפרט, השתייכות מפלגתית ועמדת המפלגה וקידום מדיניות טובה. ראו: RICHARD M. FENNO, CONGRESSMEN IN COMMITTEES (1973); Andrew D. Martin, *Congressional Decision Making and the Separation of Powers*, 95 AM. POL. SCI. REV. 361, 362 (2001); Gary W. Cox, *On the Effect of Legislative Rules*, 25 LEGISLATIVE STUD. QUARTERLY 169, 180 (2000); Bethany Blackstone, *An Analysis of Policy-Based Congressional Responses to the U.S. Supreme Court's Constitutional Decisions*, 47 L. & SOC. REV. 199, 200 (2013); Barbara Sinclair, *Can Congress be Trusted with the Constitution? The Effect of Incentives and Procedures*, in CONGRESS AND THE CONSTITUTION 293, 294–296 (Neal Devins, Keith E. Whittington & Mark A. Graber eds., 2005) DAVID R. MAYHEW, CONGRESS: THE ELECTORAL CONNECTION (2004).

³¹ ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 381–382.

³² שם, בעמ' 377.

³³ שם, בעמ' 384.

³⁴ שם, בעמ' 386.

של חוק. שכן, הדבר היחיד אשר הצעת חוק כזאת עשויה ללמד הוא הפירוש שהממשלה מעניקה להוראותיו.³⁵ פירוש זה כמובן אינו מחייב את בית המשפט, והוא אינו אמור להשפיע על עבודת הפרשנות של השופט.³⁶ באחד המקרים אף כתב השופט כהן כי ההיסטוריה הפרלמנטרית "פסולה בעיני מלבוא בשערי בית משפט ולעולם לא אפרש הוראת חוק פלונית או אחפש מטרתו של חוק פלוני בדברים שנאמרו לעניין זה בכנסת או בוועדותיה".³⁷ בכתיבה מאוחרת יותר ריכך את הדברים.³⁸

השופט זוסמן החזיק בעמדה דומה. לטענתו, אין לייחס כל ערך לדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק, שכן אלה אינם דברים המשקפים את עמדת הכנסת. למעשה, לעיתים קרובות אין אלו אף דברי הממשלה שהציעה את החוק אלא דברי הנסחים העובדים במשרד הליונטי. אלה, לדברי זוסמן, כבודם במקומם מונח, אך אין הם בני סמכא לצורך פרשנות.³⁹

גישה מצמצמת זו ביחס להסתמכות על דברי ההסבר זוכה לתגובה בדבריו של ברק. הוא סובר, בראש ובראשונה, כי בהתאם לתורת האורגניזם ניתן לייחס לכל גוף כוונה.⁴⁰ יתרה מכך, שיקולים של דמוקרטיה והפרדת רשויות מחייבים שופט לפרש את דברו

35 דבריו של כהן נכתבו בתקופה שבה הרוב המוחלט של הצעות החוק שהונחו על שולחן הכנסת היו ביוזמה ממשלתית, ולא ביוזמה של חברי הכנסת. היום, כידוע, היקפי החקיקה הפרטית רחבים בהרבה ואף עולים, בכנסות מסוימות, על אלה של הממשלה. על היקפי החקיקה הממשלתית והפרטית לאורך הכנסות השונות, ראו: הלשכה המשפטית של הכנסת "חקיקה בכנסת העשרים בראי שבעים שנות חקיקה במדינת ישראל: נתונים ומגמות" **אתר הכנסת** (2019),

<https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/pages/kn20legislation.aspx>. להבדלים

בניסוח דברי הסבר להצעת חוק ממשלתית לעומת הצעת חוק פרטית, ראו חלק II (2).
36 ע"א 447/61 **פרק נ' מנהל מס עזבון**, פ"ד טז 85, 87 (1962); ע"א 641/69 **עיריית ראשון-לציון נ' וולובלסקי**, פ"ד כד (1) 741, 743 (1970).

37 ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 391; בג"ץ 103/67 "דה אמריקן ארופין בית-אל מישן" נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 325, 335 (1967).

38 הוא כתב: "לא דייקתי פורתא כשכתבתי שדברים אלה פסולים מלבוא 'בשערי' בית המשפט: אם ניתן או צריך לקרוא ניב זה כאילו פסלתי... הזכרת כל חומר הכנה גם תוך כדי השפעת טענות, כי אז אדייק עתה ואדגיש כי אך ורק 'בשערי' יכול חומר הכנה לבוא, כמותו ככל טענה אחרת וככל אסמכתא לחיזוקה; אבל בפנים הטרקלין של פסיקת הדין אין חומר הכנה יכול לשמש 'מקור' משפטי לפרשנות החוק". כן כתב: "מוטב שיסתכל השופט במילון אמין, ולא יזקק לכוונותיהם המשוערות של נוקטי הלשון... עם חקיקתו ניתן החוק מהליכי החקיקה ומתחיל חיים עצמאיים כחי הנושא את עצמו, והטעון פרשנות וביצוע אך על פי תכנו ולשונו שלו בלבד". ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 392.

39 בג"ץ 131/65 **סביצקי נ' שר האוצר**, פ"ד יט(2) 369, 378 (1965).

40 ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 392.

של מחוקק דמוקרטי על פי תכליתו של אותו מחוקק.⁴¹ אומנם הפירוש שהמזיע נותן להצעתו אינו יכול לחייב את הפרשן, עם זאת השופט עשוי לדלות מההצעה דברים נוספים זולת פירושו של המזיע, ובעיקר את תכלית החוק.⁴² יתרה מכך, דווקא העמדות השונות שההיסטוריה החקיקתית חושפת לעיתים מאפשרות לעמוד באופן מדויק יותר על תכלית החקיקה ומטרותיה, ובמקום מעין זה יש לתת לו משקל בפירוש החוק.⁴³ כפי שצינו לעיל, התיבות "היסטוריה חקיקתית" וכל הכלול בהן הן רחבות יותר וכוללות את דברי ההסבר, אך לצידם מסמכי חקיקה נוספים כגון הצעות חוק, פרוטוקולים בוועדות, פרוטוקולים במליאת הכנסת וכדומה.

אומנם מאז כתיבתם של כהן וזוסמן עבר זמן רב, אך גם כיום לגישת הפרשנות התכליתית – כפי שהיא מוצגת על ידי ברק וכפי שהיא נהוגה בפועל בתורת המשפט של בית המשפט העליון – יש מבקרים רבים. עם זאת, ולצד הביקורת, אין להתעלם מכך שזו השיטה הנהוגה והמקובלת בפסיקת בית המשפט העליון. ואכן, באופן שעולה בקנה אחד עם הביקורת, בפרקטיקה מתגלים קשיים ניכרים ביישומה. ראשית, מה שברק מתאר כגישת ביניים נוטה בפועל לקרבה גדולה מאוד לכיוון הפרשנות האובייקטיבית. במקרים רבים התכלית הסובייקטיבית נזנחת או מתוארת כלאחר יד, תוך ביטוי העדפה ניכרת לסט הערכים והעקרונות שהשופט קורא לתוך התכלית.⁴⁴ שנית, גם מבין המאמצים את גישת הפרשנות התכליתית, יש פערים ניכרים באופן

41 ש.ם.

42 ש.ם, בעמ' 387.

43 ש.ם, בעמ' 390.

44 ראו למשל עמיהי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" **משפט וממשל** יא 313, 344–345 (התשס"ח) (כהן מתנסח במונחי "תיקון המחוקק" כחלק מתהליך הפרשנות החוקתית); רבקה ווייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכויות?": על מידתיות במשפט "משפט ועסקים" טו 337, 343 (2012) (ווייל כותבת כי "שיטת הפרשנות התכליתית, והדגש המושם במסגרתה בתכלית אובייקטיבית בפרשנות חוקה, מחזקת את 'כוחם היוצרי' של השופטים בהכרעים בסוגיות חוקתיות"); זאב סגל וליילך ליטור **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי** 31, 37 (התשס"ח) (השניים מדגישים כי התכלית שהשופט מתחקה אחריה במסגרת הפרשנות התכליתית עשויה להיות כזו שברור שהמחוקק לא ראה לנגד עיניו, וכי בתחומי משפט העבודה והמשפט הפרטי, גישה זו היא חלק ניכר מהבסיס לאקטיביזם השיפוטי כולו).

באופן רחב יותר ניתן לטעון כי ישנה סתירה לפרקטיקה המתרחשת לעיתים, הנשענת במידה רבה על כוונת המחוקק ועל המקורות הסובייקטיביים של החקיקה, שאלהי אנו מתייחסות בהרחבה בחלק ג(2). הפרקטיקה העולה מהפסיקה מעידה כי לעיתים בית המשפט נוהג כך ולעיתים נוהג כך, ואין תורת משפט פרשנית מובהקת אשר מנחה את שיקול הדעת הפרשני כולו. לעיתים בית המשפט מוכן לקבל על עצמו פרשנות סובייקטיבית על אודות רכיב מסוים, אך נצמד לפרשנות אובייקטיבית על אודות רכיב אחר. מקרים אלה מתרחשים לא פעם, ומשקפים את המורכבות של הפרשנות החוקתית שאנו עוסקות בה במאמר.

יישומה. אף על פי שבקרב אלה לא מתגלה לרוב חוסר הסכמה דוקטרינרי ועקרוני על האופן שבו יש ליישם את שיטת הפרשנות התכליתית,⁴⁵ בפועל קיים מגוון של דרכים ליישמה.

הדברים מתחדדים כאשר בוחנים את אופן היישום של הפרשנות התכליתית ביחס לקביעת התכלית הסובייקטיבית. ברק, כאמור, הטעים את החשיבות של פנייה להיסטוריה החקיקתית לצד הקשיים שזו מעלה, וכן את יכולת השופט לחליץ ממנה את תכלית החקיקה. עם זאת, עד היום לא פותחה בבית המשפט העליון שיטה לכידה כיצד לחליץ בפועל את התכלית הסובייקטיבית מתוך ההיסטוריה והתיעוד החקיקתיים. כך, למשל, האם לבכר תכלית שהוצגה בנאומי המליאה, או שמא את דברי יוזם החוק כפי שהוצגו בוועדה? ומה הדין ככל שדברי ההסבר מתנגשים עם מי מאלה? והאם יש לתת משקל לפער שבין הצעות חוק פרטיות להצעות חוק ממשלתיות באותו נושא? ומה לעשות במקרה שדברי ההסבר אינם מתארים כלל באופן מלא את תוכן הצעת החוק?

ודוקו: ללא תלות בשיטת הפרשנות המקובלת במערכת משפט פלונית, קיים מרווח של שיקול דעת שעשוי להוביל שופטים שונים למסקנות פרשניות שונות. מרווח זה הוא מובנה בפעילות הפרשנית והשיפוטית כשלעצמה, ובמובן מסוים הוא מהווה חלק מכללי המשחק. עם זאת, לא ניתן להישען על מרווח זה כדי לפטור את הצורך מליצור מערכת כללים פרשנית סדורה בהתאם לתורת המשפט הפרשנית של בית המשפט וליישם אותם באופן לכיד. ואכן, לשיטת הפרשנות התכליתית קיים סט כללים המהווים את "מערכת ההפעלה" שלה. עם זאת, מערכת הפעלה זו לוקה בחסר בכל הנוגע לשימוש בהיסטוריה החקיקתית באופן שעשוי להביא לעיוות של זיהוי תכלית החוק. הדברים מחמירים כאשר על מערכת הפעלה זו "מלבישים" מערכת הפעלה נוספת, במקרים של פרשנות חוקתית.⁴⁶ או אז, לצד מערכת ההפעלה של הפרשנות התכליתית קיימת מערכת הפעלה נוספת, היא פסקת ההגבלה, והדרכים שבהן היא מופעלת לצורך זיהוי תכלית החקיקה. הניסיון לפעול בהתאם לשתי מערכות פרשנות הבנויות זו על גבי זו מטשטש את ה"באג" שבבסיס המערכת הראשונה ומשפיע על התהליך הפרשני לכל אורכו.

⁴⁵ כפי שברק מסביר, מלאכת הפרשנות התכליתית היא מלאכה של איזון בין מקורות פנימיים (לשון הנורמה) לבין מקורות חיצוניים (כוונת המחוקק, כפי שהיא נלמדת מההיסטוריה החקיקתית של הנורמה ומעקרונות היסוד של השיטה). במקרה שאלה מובילים לכמה מסקנות אפשריות בקשר לתכלית הנורמה, האיזון שייעשה ביניהם והמשקל שיינתן לכל אחד מרכיבים אלה ייקבע לפי שיקול דעתו של הפרשן. ברק, תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 417–418.

⁴⁶ לשם ההבהרה, פרשנות תכליתית היא שיטת פרשנות המתאימה לכל נורמה באשר היא (חזים, חקיקה, חוקה וכדומה). היא קיימת בכל תחומי המשפט, ובישראל ביתר שאת. מקרה ספציפי של פרשנות תכליתית הוא פרשנות תכליתית חוקתית. זו המהות של שתי "מערכות ההפעלה" שבהן עסקינן במאמר, והן כאמור לעיל בה"ש 7 המקובלות בישראל.

כפי שנראה בהמשך ביחס לדברי ההסבר, ניתוח תוכן שיטתי של פסיקת בית המשפט העליון מראה כי עבודתו של בית המשפט אינה לכידה ופועלת באופנים שונים במקרים שונים ללא משנה סדורה. הדבר מחלחל ומשפיע על המסקנה הפרשנית, ועשוי במקרים מסוימים אף לעוות אותה.

ב. המוסדות הפוליטיים: הליך החקיקה

החששות שהביעו כהן וזוסמן, לצד נקודות העיוורון בגישה שהציג ברק ביחס להסתמכות על ההיסטוריה החקיקתית, מובילים לצורך לעמוד על מוסד דברי ההסבר בישראל ועל אופן התפתחותו. יתרה מכך, דומה כי השימוש שפרשני המשפט עושים היום בדברי ההסבר מעיד על הנחת מוצא שאינה מתקיימת בהכרח ושלפיה מדובר במוסד המבוסס על משנה סדורה, ושאופן הפעלתו על ידי הכנסת הוא לכיד. דומה, לכן, כי יש צורך לעמוד על האופן שבו התפתח מוסד זה בישראל, על הליקויים הקיימים בו ועל אופן הפעלתו, על מנת שניתן יהיה לבחון באופן ביקורתי את יכולתו לתרום לפרשנות החוק, להלכה ולמעשה.

בטרם נדון בהתפתחות ההיסטורית של המוסד, כמו גם בפרקטיקה ובטכניקה של כתיבת דברי ההסבר ובקשיים הנוצצים בכך, מוטב להקדים מספר מילים על עצם ההצדקות העיוניות המיוחסות למוסד דברי ההסבר. הדיון העוקב יוכל להעיד כי לא פעם יש פער ניכר בין הפוטנציאל הגלום במוסד לבין היכולת לממשו. ספרות המחקר מצביעה על כמה הצדקות לכתיבת דברי הסבר. הצדקה אחת מצויה באידיאל האפלטוני שעניינו חינוך הציבור וקובעי המדיניות גם יחד,⁴⁷ קרי בטענה כי דברי ההסבר יכולים לתווך לציבור את הצורך והמשמעות שבציות לחוק עוד בטרם הוא נכנס לתוקף ומטיל עליהם חובות.⁴⁸ לכך יש חשיבות מיוחדת עת מדובר בחוקים בעלי תהודה ציבורית, חוקים עם משמעות סמלית או חוקים שנויים במחלוקת.⁴⁹ הצדקה נוספת מצויה בעקרון שלטון החוק, בפרט בדרישה הפורמלית כי חוקים יהיו בהירים וברורים.⁵⁰ דברי ההסבר עשויים לשמש כאמצעי להגשמת עקרון בהירות, וזאת לא רק במונחי הצר, של הבנת מילות החוק החדש, אלא גם בהירות ביחס לצורך בו, למידת השינוי שהוא צפוי לחולל בעולם החיים החברתי והמשפטי וכדומה.⁵¹

⁴⁷ PLATO, THE LAWS, 14–15, 418 (Malcolm Schofield ed., Tom Griffith Trans., 2016) (אפלטון מדגיש כי דברי ההסבר מונעים החלה טיראנית של חקיקה).

⁴⁸ Kent Roach, *The Uses and Audiences of Preambles in Legislation*, 47 MCGILL L.J. 129, 132 (2001).

⁴⁹ PLATO, לעיל ה"ש 47, בעמ' 14–15.

⁵⁰ LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 45–70 (1964); Josef Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in THE AUTHORITY OF LAW 210, 214–216 (1979).

⁵¹ על אמצעים נוספים להגברת נגישות החקיקה ראו יניב רוזנאי ונדיב מרדכי "על נגישותה של החקיקה" משפט וממשל יט 429 (התשע"ח). על השאלה אם פרסום אמצעים שונים

הצדקה נוספת מצויה בקידום ערכים דמוקרטיים, ובפרט קידום השתתפות דמוקרטית: הם בעלי פוטנציאל לעידוד אזרחים למעורבות בנושאים ציבוריים, לעידוד החברה האזרחית, לחיזוק הכבוד האזרחי ולהגברת האמון במוסדות השלטון באמצעות שקיפות.⁵² דברי ההסבר יכולים לשמש גם פלטפורמה לשיתוף הציבור בהליכי החקיקה, שנחשבת נחוצה לשם קידום ערכים של השתתפות ציבורית, מטעמים דמוקרטיים של ייצוג ופלוורליזם.⁵³ לצירוף דברי הסבר להצעת החוק יש גם ערך דליברטיבי בכל הנוגע ליכולת להעשיר את השיח הציבורי ולחתור אחר הטוב המשותף, להעניק לגיטימציה לצורך בחוק ולהליך החקיקה, ואף למזער את ההשפעה של קבוצות אינטרס.⁵⁴

1. התהוות מוסד דברי ההסבר

מחקר היסטורי מלמד כי כבר בימי המנדט צורף להצעות לפקודה הסבר על המטרות וההצדקות לחקיקה הצפויה. אלה התפרסמו ביחד עם נוסח ההצעה, בעיתון הרשמי.⁵⁵ עם סיום המנדט, בימי מועצת המדינה הזמנית, צורפו לחלק מההצעות לפקודה דברי הסבר קצרים, הכוללים גם הם התייחסות, כללית בעיקר, לצורך בהצעת החוק. ככל שידוע לנו, טיטוט אלה הועברו לחברי מועצת המדינה הזמנית לשם אישור ההצעות לפקודה, אולם הן לא התפרסמו בעיתון הרשמי, שם פורסם רק נוסח הפקודה

המנגישים את החקיקה, דוגמת תקצירים וכיו"ב, היא מחובתו של המחוקק מבחינה נורמטיבית או לא, ראו Peter Blume, *The Communication of Legal Rules*, 11 STATUE L. REV. 189, 189 (1990) (שתומך בגישה זו). לעמדה המצדיקה פרסום אמצעים שונים המנגישים את החקיקה ואת בהירותה ראו: HELEN XANTHAKI, *DRAFTING LEGISLATION: ART AND TECHNOLOGY OF RULES FOR REGULATION* 116–118 (2014), וראו במאמרו של בר-סימן-טוב תמיכה נוספת בדברי הסבר איכותיים ומפורטים לחקיקה: איתי בר-סימן-טוב "תורת החקיקה וגבולות החקיקה" **חוקים** יא 51, 85 (2018).

נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס **מדריך למחוקק** 165–168 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2015).

⁵²

⁵³

⁵⁴ לעניין רכיב הלגיטימיות בדמוקרטיה דליברטיבית ראו: CHRISTOPHER F. ZURN, *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE INSTITUTIONS OF JUDICIAL REVIEW* (2009) (בפרט בעמ' 70–71, 81). להרחבה נוספת ראו נטע דגן **שיתוף הציבור בהליכי חקיקה: הליך חקיקתו של חוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016 כמקרה מבחן** 16–18 (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל אביב, אוקטובר 2017).

⁵⁵ Gali Ben-Or, Daphna Barnai, Ayelet Volberg, *From Paper to Webpage: Legislation during the British Regime in Palestine in the Israeli National Legislation Database*, STATUTE L. REV. 1, 5 (2021).

לאחר שאושרה.⁵⁶ מחקר המשך במאגר החקיקה הלאומי מלמד כי כבר מראשית כהונתה של הכנסת הראשונה צורפו לרוב המכריע של הצעות החוק – הן הממשלתיות והן הפרטיות – דברי הסבר.⁵⁷ עם זאת, הצדקות לצורך בכתיבת דברי הסבר או הנחיה ביחס לאופן כתיבתם הרצוי לא נכללו בתקנון מועצת המדינה הזמנית או בהחלטות ועדת הכנסת הראשונה ביחס לכללים המחייבים בבית המחוקקים.

בהיעדר מקור סמכות כזה, ייתכן שאופן התהוותם של דברי הסבר בישראל מצוי בפרקטיקה שהונהגה בעניין זה במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים. נוהג זה הפך ככל הנראה לפרקטיקה הנהוגה בכנסת, בשל שתי סיבות הכרוכות זו בזו: הראשונה היא שמחלקת ייעוץ וחקיקה הייתה (ועודנה) אמונה על נוסח הצעות החוק הממשלתיות שנדרגות בכנסת, טרם הנחתן, וככל שאלה כללו דברי הסבר הרי שאלה הונחו על שולחן הכנסת; השנייה היא שעד לשנות השמונים של המאה העשרים היה הייעוץ המשפטי שניתן לכנסת, לחבריה ולוועדותיה זה של מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים. אומנם, צוותים שונים העניקו ייעוץ משפטי לממשלה ולכנסת,⁵⁸ אך בהינתן שמדובר באותה מסגרת מוסדית, קשה להאמין שזו הצדיקה צירוף דברי הסבר להצעות חוק ממשלתיות אך לא להצעות חוק פרטיות. ודאי כך לנוכח העובדה שהרוב המוחלט של הצעות החוק היו בתחילה ממשלתיות בלבד.⁵⁹

מעמד זה של נוהג שאיננו נסמך על הוראה הקבועה בתקנון הכנסת והנוגע להליך החקיקה הוא מפתיע למדי ביחס לאופן שבו הכנסת מתנהלת. בפרסומיו של משה רוזטי, מזכיר מועצת המדינה הזמנית ולאחר מכן מזכיר הכנסת, מודגשת חשיבותם של

⁵⁶ אנו מודות לגלי בן-אור, מנהלת מאגר החקיקה הלאומי, על הסיוע בחלק זה, ועל ההפניה לתיק מס' 4/128/ג "מועצת המדינה הזמנית: ישיבות", מתוך ארכיון המדינה.

⁵⁷ ראו למשל את הצעת החוק לחוק לתיקון פקודת המילוה העממי, תש"ט-1949, ה"ח 1, בעמ' 23.

⁵⁸ נועה קברטץ-אברהם "סיפורו ההיסטורי של תקנון הכנסת: גורמים מעצבים והשלכות משטריות" **חוקים** יא 9, 44–45 (2018).

⁵⁹ בהתאם לנתונים המוצגים כיום במאגר החקיקה הלאומי של הכנסת (זמין ב: <https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/lawhome.aspx>), בכנסת הראשונה הונחו 11 הצעות חוק פרטיות בלבד, לעומת 244 הצעות חוק ממשלתיות. בכנסת השנייה הונחו 23 הצעות חוק פרטיות לעומת 313 הצעות חוק ממשלתיות. יש לציין כי המידע המוצג במאגר החקיקה הלאומי על הצעות החוק הפרטיות שהוצעו בכנסות הראשונות ושהליך חקיקתן לא הושלם אינו מלא, והכנסת פועלת לאיתור הנתונים ולהשלמתם. בעניין זה, ובעניין היקפי החקיקה הממשלתית והפרטית לאורך הכנסות השונות, ראו הלשכה המשפטית של הכנסת **חקיקה בכנסת העשרים**, לעיל ה"ש 35. לצד זאת, גם בהינתן סטייה מסוימת במספרים, הפער הכמותי נראה לעין. גם אשר צידון, שהיה סגן מזכיר הכנסת בשנותיה הראשונות של המדינה, מתאר כי בכנסות הראשונות הוגשו הצעות חוק פרטיות בודדות. אשר צידון **הכנסת** 119 (תש"ו).

הנוהל והנהוג בעבודת הפרלמנט הישראלי, בדומה לזה הבריטי.⁶⁰ ואכן, נהלים שונים קיבלו הכרה רשמית על ידי ועדת הכנסת ומליאתה, ועוגנו בתקנונה.⁶¹ עם זאת, אף על פי שאנו מזהות מגמה נרחבת של צירוף דברי הסבר כבר להצעות החוק הראשונות שהונחו על שולחן הכנסת, לא עוגנה הוראה מפורשת הנוגעת לתוכנם בתקנון הכנסת. לאורך השנים נקבעו הוראות שונות בחוקים ובתקנון הכנסת שמהן ניתן ללמוד על החובה לצרף להצעות חוק דברי הסבר, אולם אלה ספורדיות ועקיפות למדי. הוראות מאוחרות יותר, ישירות, הן נקודתיות מאוד. במובן זה, ישראל שונה מאוד ממדינות מערביות רבות המטילות חובה רחבה למדי לצרף לחקיקה דברי הסבר.⁶² כפי שנראה

⁶⁰ לפי משה רוזטי, מזכיר המועצה הזמנית ומזכיר הכנסת הראשון, בהיבטים של הפרדת רשויות וכן של נוהל ונהוג נשענה ישראל במידה רבה על המודל הבריטי. ראו Moshe Rosetti, *Israel's Parliament*, VIII PARLIAMENTARY AFFAIRS 445, 445 (1954); Moshe Rosetti, *The Knesset: Its Origins, Forms and Procedure* 13 (1966); Moshe Rosetti, *The Birth Pangs of Israel's Parliamentary Democracy*, JEWISH FRONTIER (Dec. 1959). לשיטה הבריטית יש לציין כי זו מעולם לא אומצה במלואה בישראל, שכן המנדט חייב את המדינה הצעירה לפתח מוסדות שלטון עצמאיים. כן ראו: ELIAHU S. LIKHOVSKI, ISRAEL'S PARLIAMENT: THE LAW OF THE KNESSET 1–2, 4, 9–10 (1971) קברטץ-אברהם, לעיל ה"ש 58, בעמ' 21.

⁶¹ שם, בעמ' 31–33. לבעייתיות הנורמטיבית שבעיגון הליך החקיקה בתקנון הכנסת, ולא בחקיקה ראשית או בחוק-יסוד, ראו: אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" **משפטים** כב 571, 576 (התשנ"ד).

⁶² במדינות רבות קיימות הוראות מפורשות הנוגעות לדברי הסבר להצעת החוק. בצ'כיה, למשל, מדובר בהוראה חוקתית המחייבת כי דברי הסבר המצדיקים את הצעת החוק – יצורפו אליה. בחלק הכללי של דברי ההסבר עליהם לנתח את המצב החוקי הקיים ולהסביר את נחיצות החוק, בעוד שבחלק המפורט עליהם לכלול את האמצעים ליישומם. בנוסף, על דברי ההסבר לכלול את כל ההשלכות הכלכליות והפיננסיות הצפויות של החוק המוצע, בעיקר על תקציב המדינה, תקציב האזור ותקציב הרשות המוניציפלית. כמו כן, דברי ההסבר חייבים לכלול התאמה של החוק המוצע לחוקה הצ'כית ולאמנות בינלאומיות שהמדינה חתומה עליהן. בפינלנד החוק קובע כי הצעת חוק צריכה להיות מלווה בדברי הסבר "טובים" ולכלול תקציר מנהלים שבו מפורטים המצב הקיים והסיבות לחוק המוצע, השינויים שהחוק המוצע אמור לחולל וכן את השפעותיו הצפויות על התקציב, פעולת הרשויות, הסביבה והחברה. באוסטרליה מדובר בהנחיות מפורטות המרוכזות במדריך החקיקה האוסטרלי. לפי הוראות אלה יש לצרף תזכיר מבאר להצעת החוק. על התקציר לכלול הסבר בדבר ההשפעות הפיננסיות הצפויות וההשפעות הצפויות על תקנות קיימות, ורשימה של תיקונים מוצעים. יש להקפיד כי התזכיר יהיה כתוב בשפה פשוטה, כי הוא יתמקד בהשפעות של החוק המוצע וכן כי המידע שבו מדויק ומשקף את צורתו הסופית של החוק. בדנמרק הדברים מעוגנים בהנחיות המרוכזות במדריך מיוחד שהוציא שר המשפטים. בסלובקיה ובסלובניה הוראות אלה נכללות בתקנוני הפרלמנט. לפי הוראות תקנון הפרלמנט הסלובקי, על דברי ההסבר לכלול פירוט

מייד, גם ההוראות הרחבות שכן נקבעו בשנים האחרונות אינן במעמד של חקיקה או כחלק מעיגון מפורש בתקנון הכנסת, אלא בהנחיות והוראות מנהליות. כך לדוגמה, בתקנון הכנסת הרביעית, משנת 1959 – שהוא הנוסח המלא של תקנון הכנסת שפורסם לראשונה – ניתן למצוא אזכור לצירופם של דברי הסבר להצעת חוק בהפניות לחקיקה שהוראותיה נוגעות לסדרי הדין בבית, דוגמת חוק המעבר. בתקנון זה גם נקבעה ההוראה כי בדיון בקריאה הראשונה במליאה ייתן השר דברי הסבר כאשר הוא מציג הצעת חוק ממשלתית מטעם משרדו.⁶³ הוראה זו – הנוגעת לשר – היא היחידה העומדת בתוקפה בתקנון הכנסת ביחס לחובה לצרף דברי הסבר למסמכים פרלמנטריים שחברי הכנסת מגישים, וזאת עד לתקנון הכנסת השביעית, שפורסם בשנת 1971. החל בכנסת השביעית קבע התקנון כי על חברי הכנסת לצרף דברי הסבר להצעות לסדר היום המוגשות על ידם, אולם למעט ההוראה הנוגעת להנמקה בעל פה מצד השר במליאה – לא התווספו לתקנון הוראות אשר מעגנות כל חובה לצרף דברי הסבר להצעות חוק.⁶⁴

בשנת 1988 תוקן חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.⁶⁵ הוראת התיקון קבעה לראשונה, ובאופן נקודתי, הוראה הנוגעת לתוכן דברי ההסבר. הוראות החוק המתוקן קובעות כי אם בביצועה של הצעת חוק המוגשת לכנסת כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה, או שבביצועה כרוכה הפחתה של הכנסות המדינה, יש לציין

של הנטל הכספי שהצעת החוק מטילה על תקציב המדינה ואת התאמתה לחוקה, לאמנות בינלאומיות ולחוקי האיחוד האירופי. לפי תקנון הפרלמנט הסלובני, דברי ההסבר – שמהווים הקדמה לחוק – חייבים לכלול הערכה של מצב העניינים ושל הסיבות לאימוץ הצעת החוק, את מטרות ההצעה, את עקרונותיה ואת הפתרונות המרכזיים שהיא מקדמת, הערכה בדבר ההשלכות הפיננסיות של ההצעה על תקציב המדינה, ככל שישנן, את הצגת התקנות הנדרשות ליישומן והתאמתן לדרישות האיחוד האירופי, וכן הצגת תקנות של חקיקה דומה בשלוש ממדינות האיחוד. כן יש לציין השלכות אחרות של החוק. באוסטריה, באירלנד ובנורבגיה מדובר בנוהג מחייב. לפי הנוהג הנורווגי, כל הצעות החוק יכללו דברי הסבר "המספרים את סיפור הנושא". במדינות החברות באיחוד האירופי, דברי ההסבר להצעת החוק צריכים לציין גם את מידת התאמתה לחוקי האיחוד האירופי. חן פרידברג "הכנסת כגוף מחוקק: דיאגנוזה והמלצות" **תיקון שיטת הממשל בישראל** 560, 573–576 (גדעון רהט, שלומית ברנע, חן פרידברג ועופר קניג עורכים 2013).

⁶³ **תקנון הכנסת – וחוקים בענייני הכנסת** (הוצאת המדפיס הממשלתי, חשון תש"ך-נובמבר 1959).

⁶⁴ סעיף 71 לתקנון הכנסת השביעית (1971); ס' 39 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

⁶⁵ מעניין לציין שדווקא להצעת חוק יסודות התקציב לקריאה ראשונה לא צורפו דברי הסבר, והיא גם אינה מופיעה בפורמט הצעות החוק המוכר לנו. הצעת חוק יסודות התקציב (הוראת שעה), התשמ"ה-1985 (ראו במאגר החקיקה הלאומי:

https://fs.knesset.gov.il/11/law/11_ls1_528223.pdf).

בנוסף החוק המוצע או בדברי ההסבר המצורפים אליו דרך למימון ההוצאה או ההפחתה. בהתאם לכך תוקן תקנון הכנסת, ועוגנה בו בשנת 1992 הוראה בנוסח זה.⁶⁶ בכנסת הארבע עשרה, בשנת 1997, עוגנה בתקנון הוראה נוספת העוסקת בדברי ההסבר. ההוראה קבעה כי אם הגישה חברת הכנסת הצעת חוק זהה או דומה בעיקרה להצעת חוק שכבר הונחה על שולחן הכנסת, עליה לציין עובדה זו בדברי ההסבר המצורפים להצעה.⁶⁷

בנוסף, בשני העשורים האחרונים ניתן לזהות כמה הוראות חיצוניות לתקנון הכנסת העוסקות בצירוף דברי הסבר, וזאת ביחס לנושאים נקודתיים שאליהם יש להתייחס בדברי ההסבר. למשל, בשנת 2002 נחקק בכנסת החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002. החוק קובע כי בדברי ההסבר של הצעת חוק לקריאה ראשונה, שנראה שכרוכה בה, במישרין או בעקיפין, השפעה על זכויותיהם של ילדים – יצוינו קיומה של פגיעה או שיפור הנוגעים לזכויות ילדים ושל היקפם, וכן הנתונים והמידע ששימשו לקביעה זו.⁶⁸ בחקיקה נקבעו גם הוראות עקיפות יותר, הנוגעות לצורך להגיש חוות דעת הבוחנת שיקולים הכרוכים בהשפעה על מעמד האישה או שמירת האינטרסים של הדורות הבאים. הוראות אלו אינן מטילות חובה פוזיטיבית וישירה לכלול את הדברים בדברי ההסבר.⁶⁹

⁶⁶ ס' 138 א לתקנון הכנסת ה-13 (1992). כיום הוראה זו מופיעה בס' 93(ד)(2) לתקנון הכנסת: החלטות בענייני נוהל כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה (17.10.2021) (להלן: תקנון הכנסת העדכני). ראו גם חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 4), התשמ"ח-1988 (הוספת סעיף 39א).

⁶⁷ ס' 134(2א) לתקנון הכנסת ה-14 (1997).

⁶⁸ ס' 3 לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002. ראו גם ס' 4(ד)(1), 4(ד)(3), 48א(ד) לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), תש"ף-2020 (אף על פי שעסקינן בתקנות, בסעיפים נקבעת החובה להצמיד לתקנות המותקנות מכוח החוק דברי הסבר המנמקים את הצורך בתקנות או את התשתית העובדתית שבבסיסן).

⁶⁹ ס' 2ג6 לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951 וס' 5(א6) לחוק הרשות לקידום מעמד האישה, התשנ"ח-1998; באשר לנציב הדורות הבאים, כן קיימת חובה פוזיטיבית, אך רק ככל שהנציב בחר לחוות דעתו בנושא. ראו ס' 21(1)(1) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, בנוסחו לפני תיקון מס' 29 משנת 2010 שביטל את פרק ח לחוק הכנסת. הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 15) (נציב הדורות הבאים), התשס"א-2000, ה"ח 2927. יש לציין כי מאז בוטלה נציבות הדורות הבאים בכנסת. ראו גם את סעיף 21 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3005 "טיפול בהצעות חוק ממשלתיות" (5.3.2018) המעגן את החובה במסגרת תזכיר החוק לכלול הערכה בדבר השפעת החוק המוצע על התקציב ועל התקן המנהלי. לפי ההנחיה, יש להתייחס לא רק להשפעות על המשרד היוזם, אלא גם להשפעה על משרדים אחרים ועל רשויות אחרות, לרבות רשויות מקומיות או תאגידים ציבוריים.

כאמור, מחוץ לחקיקה ולתקנון הכנסת קיימים מספר מקורות אשר עוסקים גם הם בסוגיה. מדריך לניסוח חקיקה משנת 2008 שהופץ על ידי משרד המשפטים, ושכיום נעשה בו שימוש בניסוח הצעות חוק בכנסת, קובע כי לכל הצעת חוק יתלוו דברי הסבר המסבירים את תוכן ההצעה. לפי הוראות המדריך, על דברי ההסבר להציג תמונה כוללת לגבי מטרות החוק המוצע. לשם כך עליהם לתאר את המצב הקיים ואת הנימוקים המחייבים את הוראות החוק המוצע; את עיקרי הוראות החוק המוצע, בלשון עניינית, את השינויים הנובעים מתוכם במצב המשפטי הקיים ואת הסברת תוצאותיהם. כמו כן, על דברי ההסבר לכלול התייחסות לפסיקה רלוונטית. במקרים של הסתמכות על דו"ח ועדה בינמשרדית רלוונטית או על צוות מקצועי – יש לציין גם זאת, וכן לכלול בנוסח דברי ההסבר את המלצותיה, הרכבה ותפקידה.⁷⁰

בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדבר שלבי הטיפול בהצעות חוק ממשלתיות משנת 2018⁷¹ נקבעו הוראות דומות שלפיהן תזכיר חוק, המופץ כטייטה להצעת חוק ממשלתית, יכלול בין היתר דברי הסבר לחוק המוצע. לפי ההנחיות על דברי ההסבר לכלול התייחסות לסעיפים הקבועים בחוק, שאותה יש לנסח בלשון פשוטה וברורה, וככל האפשר בשפה המובנת גם למי שאינו משפטן.⁷² זאת, תוך הקפדה על הדיוק המשפטי. בדברי ההסבר יש לכלול בין השאר תיאור של המצב המשפטי הקיים, פירוט של הוראות החוק המוצע ושל הנימוקים המחייבים את חקיקתן, של השינויים במצב המשפטי הקיים הנובעים מהוראות אלה וכן הסבר של תוצאותיהן. כמו כן, חשוב להקפיד שדברי ההסבר לא יהיו בבחינת חזרה בתמצית על האמור ממילא בהוראות החוק.⁷³ חשוב להדגיש בהקשר זה כי הנחיות אלו הן הנחיות של היועץ המשפטי לממשלה, והן מחייבות את הממשלה בעת גיבוש הצעת החוק רק עד להנחתה על שולחן הכנסת. מרגע שהונחה הצעת החוק, הנחיות אלה אינן מחייבות את הכנסת. קיימות גם הנחיות מקבילות ביחס להוספת דברי הסבר בחקיקת משנה.⁷⁴

מהסקירה ההיסטורית לעיל מסתמן כי הפרקטיקה של כתיבת דברי ההסבר בישראל אינה מבוססת על משנה סדורה בנוגע להגשמת יעדים מסוימים כחלק מהליך החקיקה, אלא שמדובר בפרקטיקה שהתפתחה בדרכים שונות ונעה מכוח האינרציה, ובמידה

כן יש להביא בחשבון את העלות הישירה והמיידית וכן את העלויות העקיפות, כגון הגדלת העומס על רשויות האכיפה ובתי המשפט (זמין ב:

<https://www.gov.il/he/Departments/DynamicCollectors/legal-advisor-guidelines?skip=0&InstructionNumber=2.3005> (להלן: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה).

⁷⁰ מחלקת נוסח החוק מדריך לניסוח חקיקה (2008).

⁷¹ ס' 15 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 69.

⁷² לבסיס רעיוני לתפיסה זו ולהרחבה נוספת ראו רונאי ומרדכי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 447–461.

⁷³ ס' 25 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 69.

⁷⁴ הנחיית המשנה ליועמ"ש (חקיקה) "חובת צירוף דברי הסבר בעת הכנת חקיקה ממשלתית" (10.12.2014).

רבה מושפעת מהאנשים שכותבים אותה וממידת הניסיון, המקצועיות והידע המשפטי שלהם.

2. כתיבת דברי ההסבר – טכניקה ופרקטיקה

לנוכח ההתפתחות האקלקטית של דברי ההסבר, חשוב להציג תמונה שלמה של האופן שבו הם נכתבים כיום: בישראל הם מנוסחים בנפרד מההצעה עצמה, באופן שאינו מהווה חלק מנוסח החוק (preamble). במצב דברים זה הם אינם מהווים מקור משפטי שאמור להוליד חיובים משפטיים.⁷⁵ במקרים נדירים דברי ההסבר אף מצורפים באופן נפרד כמבוא להצעת החוק.⁷⁶ קיימת גם צורה נוספת לכתיבת דברי הסבר והיא הוספת סעיפי מטרה לחוק, המהווים חלק מנוסח החוק עצמו (long title). במקרה כזה הם מהווים מקור פרשני מחייב.⁷⁷ בישראל, יש לציין, נעשה בשנים האחרונות שימוש

⁷⁵ להגדרת preamble במילון אוקספורד, ראו Jonathan A. Martin, *A Dictionary of Law* (Law & Elizabeth A. Martin eds., 7th ed. 2009), שלפיה דברי הסבר בדמות preamble מופיעים בחוק לאחר ה-Long Title. עם זאת, בשיטות מסוימות ובחוקים מסוימים, דוגמת השיטה הישראלית, לא נעשה שימוש עקבי או שיטתי ב"לונג-טיטל", ולכן ה-

preamble, כדברי הסבר, מופיעים לרובם בתחתית הצעת החוק. ראו preamble, BLACK'S LAW DICTIONARY (Bryan A. Garner ed. 8th ed. 2004).

⁷⁶ ראו בעבר הצעות חוק אלה אשר גם להן צורפו דברי הסבר כ"מבוא": הצעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ה"ח 2189; הצעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ב-1992, ה"ח 2113; הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התשמ"ז-1986, ה"ח 1801. כך נעשה גם לאחרונה ביחס לדברי הסבר לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (פורסמו בנבו ביום 29.3.2021 https://www.nevo.co.il/law_html/law11/300321-3.htm). כשנה וחצי קודם לכן פורסמו גם דברי הסבר לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (פורסמו בנבו ביום 5.8.2019 https://www.nevo.co.il/law_html/law11/300321-4.htm).

⁷⁷ בפועל, ה-long title מנוסח כסעיף מטרה, שמשמש סיכום תיאורי למטרות החוק. באנגליה למשל, על ה-long title לכלול את מטרות החוק, ובמידת הצורך בפירוט רב. על ה-long title לתאר את תוכנה המלא של הצעת החוק, ולפיכך, אם במהלך דיוני הפרלמנט בהצעת החוק תוכן זה משתנה, יש לשנות את תוכן ה-long title בהתאם. זאת ועוד, לפי כללי הנוהג והנהול של הפרלמנט, לא ניתן לתקן חוק כך שיחרוג מהמטרות הקבועות ב-long title שלו. כיוון שכך, סעיפי long title בעשורים האחרונים נוטים להיות מעורפלים מספיק כך שיתנו מענה לשאלות משפטיות שונות במקרים של פרשנות החוק. לנוהג בעניין זה בפרלמנט הבריטי ראו את מדרוך החקיקה לעבודת פרלמנט זה: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/long-title-of-a-bill>. יש בתי מחוקקים שעושים שימוש שונה במונח preamble, ומכנים כך גם פסקת הסבר שמופיעה על נוסחו של החוק ואינה מצורפת אליו כפסקה בלבד, בדומה ללונג-טיטל. ראו למשל

בפרקטיקה של הכנסת סעיפי מטרה לחוק, לצד הימשכות הפרקטיקה של צירוף דברי הסבר.⁷⁸ עם זאת חשוב לציין כי אם לצד סעיף המטרה קיימים גם דברי ההסבר, מעמדם נותר כשהיה. הווה אומר, קיומו של סעיף מטרה אינו מעלה ואינו מוריד ממעמדם של דברי ההסבר המצורפים להצעת החוק: דברי ההסבר אינם מחייבים.

הפרקטיקה של ניסוח דברי ההסבר שונה במקרה של הצעת חוק שמקורה ביוזמה ממשלתית לעומת המקרה של הצעת חוק שמקורה ביוזמת חברת כנסת בודדת או קבוצה של חברי כנסת (המכונה "הצעת חוק פרטית").⁷⁹ את הצעת החוק הממשלתית יוזם המשרד הממשלתי בתחום מומחיותו. לפיכך, דברי ההסבר להצעה זו מנוסחים לראשונה על ידי היעוץ המשפטי במשרדו של אותו שר, לקראת הנחתם על שולחן הכנסת ולאחר שמיעת הערות מהציבור, ממשרדי ממשלה אחרים וממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים. כאמור, הם גם כפופים להנחיות היועצת המשפטית לממשלה.⁸⁰

במקרה של הצעת חוק פרטית, לנוסח הראשוני של דברי ההסבר יכולים להיות לרוב שני מקורות: הראשון הוא בניסוח עצמאי של חברת הכנסת או של צוות לשכתה; השני הוא בשיתוף פעולה שחברת הכנסת מקיימת עם עמותה, ארגון חברה אזרחית או אפילו קבוצה של אזרחים, שמעוניינים, ביחד עימה, לקדם מדיניות מסוימת, וכבר ניסחו הצעת חוק לשם כך. לשם פתיחה בהליכי חקיקת החוק של הצעת חוק פרטית, על חברת הכנסת להגיש את הצעת החוק למזכירות הכנסת, והמזכירות תעבירה ללשכה המשפטית של הכנסת. צוות היעוץ המשפטי של הכנסת יבחן את תוכן ההצעה לפי מבחנים משפטיים שונים. בין היתר, הוא גם יודא את התאמת דברי ההסבר לתוכן ההצעה ובמידת הצורך יתקנם, על מנת להבהירם. לאחר מכן תונח הצעת החוק על

את מדרוך החקיקה של בית המחוקקים בטנסי: Office of Legal Services, Tennessee General Assembly (2018)

, <http://www.capitol.tn.gov/joint/staff/legal/2018%20Drafting%20Guide.pdf>;

וכן בדרום דקוטה: Legislative Research Council, GUIDE TO LEGISLATIVE DRAFTING 20 (South Dakota Legislature, 2016)

<http://sdlegislature.gov/docs/referencematerials/draftingmanual.pdf>

78 ראו למשל ס' 1 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; ס' 1 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000; ס' 1 לחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008; ס' 1 לחוק קידום תחרות בענף המזון, התשע"ד-2014; ס' 1 לחוק למניעת הפצה ומימון של נשק להשמדה המונית, התשע"ח-2018.

79 יש לציין שיש גם הצעות חוק שמקורן ביוזמה של ועדות הכנסת. במקרה כזה, מי שמנסח את דברי ההסבר הוא היעוץ המשפטי של הוועדה, לקראת הנחתה לקריאה ראשונה במליאה, ואחר כך שוב, לפני הקריאה השנייה והשלישית. להיקפי החקיקה של ועדות הכנסת ראו הלשכה המשפטית של הכנסת, לעיל ה"ש 35, בעמ' 12.

80 הנחיית היעוץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 69. להרחבה על תהליך גיבוש הצעות חוק ממשלתיות ראו נועה קברטץ-אברהם **הממשק בין הכנסת לממשלה בתהליכי חקיקה ממשלתית** (דפנה לביא וענת ברנטשיין עורכות) (2020) (המכון הישראלי לדמוקרטיה).

שולחן הכנסת לקראת הצבעה עליה בדיון המוקדם במליאה. אם תאושר הצעת החוק בדיון המוקדם, היא תעבור לוועדת הכנסת הרלוונטית לפי הנושא שהצעה עוסקת בו, וזו תכין אותה לקראת קריאה ראשונה. מכיוון שוועדות הכנסת עורכות שינויים בנוסח הצעות החוק המגיעות לשולחן יש צורך להתאים את דברי ההסבר לשינויים אלה, לקראת הקריאה הראשונה.⁸¹ גם בשלב זה, צוות הייעוץ המשפטי לכנסת הוא שינסח מחדש את דברי ההסבר. הן במקרה של הצעת חוק ממשלתית והן במקרה של הצעת חוק פרטית – השלב הסופי שדברי ההסבר מנוסחים בו הוא **לקראת הקריאה הראשונה במליאה**. לנוסח המונח על שולחן הכנסת לקראת הצבעה בקריאה שנייה ושלישית – לא מצורפים דברי הסבר.⁸²

3. קשיים בפרקטיקה החקיקתית הקיימת

עד כה תיארנו את האופן שבו הותוו דברי ההסבר, וכן את הפרקטיקה הנוהגת בעניינם כיום בכנסת. תיאור זה לא יהיה שלם ללא דיון בקשיים הקיימים בפרקטיקה זו, שנובעים בין היתר מהאופן שבו המוסד התפתח לאורך השנים. קשיים אלה יאפשרו להבהיר מדוע השימוש שבית המשפט עושה בדברי הסבר אלה, במסגרת פרשנות תכליתית, לוקה בחסר, אינו לכיד ואף עשוי לעוות את המסקנות הפרשניות שבית המשפט מגיע אליהן בכל הנוגע לתכלית החקיקה.

(א) כתיבת דברי ההסבר נגדעת באמצע הליך החקיקה

קושי ראשון הוא בכך שדברי ההסבר אינם מלווים כלל את הליך החקיקה של הצעת החוק לכל אורכו. בפרקטיקה הישראלית, דברי ההסבר הם חסרים משום שהם נכתבים רק לצד הצעת החוק בקריאה ראשונה. את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית לא מלווים דברי הסבר חדשים, מעודכנים או שלמים. כלומר, **עבור כל סוגי הצעות החוק שמונחים על שולחן הכנסת, הפעם האחרונה שבה מוצמדים להצעת החוק דברי הסבר היא לקראת הקריאה הראשונה במליאה**. זאת אף על פי שרק לאחר אישור הצעת החוק בקריאה ראשונה מתחיל שלב הדיונים המהותי שבו עורכות ועדות הכנסת שינויים מהותיים בנוסח הצעת החוק. מסקנותיהן של הוועדות משלב דיונים זה, שהוא לב-ליבו של הליך החקיקה, אם כן, אינן נכללות בדברי ההסבר. דברי ההסבר שנכתבו לקראת הקריאה הראשונה אינם משקפים בהכרח, ואף לרוב, את תוכן החוק שהתקבל בקריאה שלישית.

⁸¹ נציין כי שלב זה מתקיים רק לגבי הצעות חוק פרטיות, שכן הצעות חוק ממשלתיות אינן עולות לדיון מוקדם אלא ישר לקריאה ראשונה במליאה. ראו סעיף 74 לתקנון הכנסת העדכני, לעיל ה"ש 66.

⁸² להרחבה על הליך החקיקה ועל ההבחנה בין הקריאות השונות ראו חלק ז לתקנון הכנסת העדכני, שם. כן ראו קברטץ-אברהם, לעיל ה"ש 80.

לפי שיטת הפרשנות התכליתית, לאחר קריאת לשון החוק על השופטת לפנות לדברי ההסבר על מנת להתחקות אחר תכליתו (הגם שהבכורה לבסוף תינתן בהתאם לתכלית האובייקטיבית). אך דברי ההסבר – בהגדרה – אינם מוצר מוגמר, משום האופן שבו הליך החקיקה בנוי ומשום אופן הסדרתם הלקוי. במקום לתרום לאופן שבו ניתן להבין את החוק ולאפשר למבקשת ללמוד נקודת מבט נוספת להתרשם ממנה, דברי ההסבר מצויים לעיתים בפער ניכר מהנוסח הסופי ועל כן עשויים להטעות.⁸³ ראו למשל את שאלת הטבות המס שהוסדרה בסעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], כפי שתוקן בחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 147), התשס"ה-2005, ונדונה בעניין נסר.⁸⁴ פסק הדין הוביל, כעבור כשלוש שנים ומחצה, לתגובה חקיקתית של המחוקק שקבעה קריטריונים להענקת הטבות המס.⁸⁵ אלא שקריטריונים אלה נקבעו במסגרת דיוני הוועדה לאחר הקריאה הראשונה, בעוד שדברי ההסבר נכתבו לפני הקריאה הראשונה. לפיכך, דברי ההסבר אינם כוללים כלל התייחסות לאותם קריטריונים שעומדים בלב התיקון לפקודה.⁸⁶ ניתן להצביע על דוגמאות נוספות כדוגמת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990,⁸⁷ שבדיוני הוועדה בו לקראת הקריאה השנייה הוכנסו למשל תיקונים לסעיפים הנוגעים לדרכי המינוי של חברי מועצת הרשות השנייה ולהרכב המועצה, ולכן הם אינם נכללים בדברי ההסבר; חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, שדברי ההסבר שלו אינם כוללים למשל שינויים שהוכנסו בסעיפים עונשיים מסוימים, שהתווספו לנוסח הצעת החוק

⁸³ יש לציין כי לפני הקריאה השנייה במליאת הכנסת, יושב ראש הוועדה שדנה בהצעת החוק מציג את ההצעה, על השינויים המשפטיים שהיא צפויה לחולל, בנאום בפני מליאת הכנסת. על פניו ניתן לטעון כי נאום זה ממלא את החוסר הקיים בפרקטיקה של כתיבת דברי הסבר כיום, ובפרט, את החוסר שבאי צירוף דברי הסבר להצעת החוק לקראת הקריאה השנייה, לאחר שוועדת הכנסת ערכה בה שינויים. אנו סבורות שזוהי פרקטיקה שאינה מספקת. ראשית, משום שהנאום אינו מצורף להצעת החוק, וקריאתו מצריכה נבירה בדברי הכנסת. שנית, משום שגם בכתיבת נאומים אלה לא מתקיימת פרקטיקה סדורה או עקבית של אופן הצגת השינויים שערכה ועדת הכנסת בהצעת החוק.

⁸⁴ בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (נבו) 22.5.2015.

⁸⁵ לתיאור מפורט של השתלשלות הפרשה והתגובה החקיקתית ראו בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" **משפט ועסקים** כב 327, 409–410 (2019).

⁸⁶ הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ה-2015, ה"ח הממשלה 951.

⁸⁷ השוו להצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התשמ"ז-1986, ה"ח 1801. בפרט ראו הבדלים באשר לאופן מינוי והרכב מועצת הרשות השנייה (ס' 9 להצעת החוק וס' 7–9 לחוק); בעניין ועדת המכרזים (ס' 44 להצעת החוק וס' 40 לחוק); ובעניין שידורים אסורים (ס' 50 להצעת החוק וס' 46 לחוק).

בדיונים לקראת הקריאה השנייה והשלישית;⁸⁸ וחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, תשס"ח-2008, שדברי החסבר שלו אינם כוללים למשל דרישות לעניין הפיקוח הפרלמנטרי לצורך הכרה במוסד חינוך תרבותי ייחודי.⁸⁹ בכל הדוגמאות האלה, נוסח החוק שאושר לבסוף בקריאה שלישית שונה באופן ניכר, פעמים רבות בסעיפי הליבה שלו, מהנוסח שהוצע בקריאה הראשונה. נובע מכך כי בכל אחת מהדוגמאות הללו יש פער ניכר בין ההסדר החקיקתי שדברי החסבר מתארים לבין ההסדר החקיקתי שהתקבל בפועל, ובמובן זה הסתמכות על דברי החסבר חוטאת לאמת המשפטית.⁹⁰

(ב) היעדר לכידות בכתיבת דברי החסבר

כאמור, נקודת המוצא לדיון היא שדברי החסבר אינם עשויים מקשה אחת. עיון קצר בחוקים שונים ובדברי החסבר הנלווים להם יגלה זאת בקלות רבה. על כן אנו סבורות כי יש תועלת בבחינת הסוגים של דברי החסבר הקיימים. לשיטתנו, ניתן להציע טיפולוגיה הנשענת על חלוקה לשלושה סוגים: דברי הסבר תיאוריים ענייניים, דברי הסבר תיאוריים אנמיים ודברי הסבר נורמטיביים.

הסוג הראשון הוא **דברי הסבר תיאוריים ענייניים**. אלו דברי הסבר שבהם יש ערך של ממש להסבר, ומקילים על הבנת החוק. נדמה במידה רבה שזה הסוג של דברי החסבר שאליו כיוונו מייסדי הנוהג. דברי הסבר תיאוריים ענייניים ניתן לזהות בהצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 117) (קווי שירות למוניות), התשע"ז-2016:

⁸⁸ השוו להצעת חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2004, ה"ח הממשלה 130. בפרט ראו הבדלים באשר להרכב ועדות הזכאות (ס' 10–11 להצעת החוק ולחוק), עונשין ועבירות פליליות מכוח החוק (ס' 27 להצעת החוק ולחוק) ותנאי הזכאות למענק אישי בשל ותק (ס' 46 להצעת החוק ולחוק).

⁸⁹ השוו להצעת חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, ה"ח הכנסת 239. בפרט ראו הבדלים בעניין דרישת הפיקוח הפרלמנטרי לצורך הכרה במוסד חינוך תרבותי ייחודי (ס' 2 להצעת החוק ולחוק); חובת היועצות לעניין התקנת תקנות לגבי קבוצת תרבותית ייחודית (ס' 6 להצעת החוק, הושמט מנוסח החוק); ופרק ג לחוק כולו העוסק ברישוי, פיקוח ואכיפה שאינו קיים כלל בהצעת החוק.

⁹⁰ הכלל באשר ל"נושא חדש" האוסר להעלות נושא חדש במסגרת דיוני הוועדות מונע, לכאורה, את שינוי הצעת החוק כך שבמובן זה הצעת החוק המונחת לקריאה ראשונה אינה אמורה לגלות שוני משמעותי לעומת הצעת החוק שמתקבלת בקריאה שנייה ושלישית. לענייננו, יש להדגיש כי אין מדובר כאן בטענת "נושא חדש" כי אם בשינויים מהותיים הנערכים בהצעת החוק כפי שנוסחה לקריאה ראשונה. להסדרי "נושא חדש" ראו ס' 85 לתקנון הכנסת העדכני, לעיל ה"ש 66. ואולם, במבחן המציאות, בכל המקרים שהצגנו, כמו רבים אחרים, שינויים "ניואנסיים" בחוק שאינם עולים כדי "נושא חדש" הובילו להשפעה של ממש על מוקדי הכוח של החוק. בסופו של דבר התוצר הוא הבדלים מהותיים בין הנוסח המקדמי לנוסח שהתקבל בפועל.

"בחוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 64), התשס"ה-2005 (ס"ח התשס"ה, עמ' 430), נקבע בפקודת התעבורה (להלן – הפקודה) הסדר לעניין פעילות ענף מוניות השירות. הסדר זה נקבע כהסדר זמני עד סוף שנת 2010, וניתנה בו סמכות לשר התחבורה והבטיחות בדרכים, באישור שר האוצר וועדת הכלכלה של הכנסת, להאריך את תקופת תוקפו של ההסדר האמור בתקופות נוספות שכל אחת מהן לא תעלה על שנה ובלבד שסך כל תקופות ההארכה לא יעלה על שלוש שנים. בחוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 106), התשע"ב-2012 (ס"ח התשע"ב, עמ' 454), נדחה המועד האמור לתום שנת 2013, ולאחר מכן הוארך ההסדר בהתאם לסמכות שר התחבורה והבטיחות בדרכים כאמור, כמה פעמים, כאשר ההארכה האחרונה נעשתה בתקנות התעבורה (הארכת תקופת רישיונות לקו שירות ולנסיעת שירות (מס' 2), התשע"ו-2016) (ק"ת התשע"ו, עמ' 1458) והיא מסתיימת ביום ב' בטבת התשע"ז (31 בדצמבר 2016). למעשה, ממועד זה מתחייבת הסדרה חדשה של ענף מוניות השירות כדי שהשירות ימשיך לפעול באופן חוקי. בהתאם לכך, מוצע לתקן את סימן ג'1 בפרק שני לפקודה, כך שייקבע בו הסדר קבוע לעניין ענף מוניות השירות, אשר בעיקרו הקביעה כי מתן רישיונות לקווי השירות למוניות יהיה בהליך תחרותי. לצד ההסדר הקבוע, תיקבע תקופת מעבר לגבי בעלי רישיונות קווי שירות שהיו תקפים ערב תחילתו של ההסדר המוצע, אשר נועדה לאפשר את רציפות מתן השירות כאמור עד להשלמת ההליכים התחרותיים".⁹¹

דברי הסבר אלה מקילים על הבנת התיקון המוצע לחוק, משום שהם מתארים את הקשיים במצב החברתי והמשפטי שקדם לו, את הצורך בתיקונו ואת האופן שבו יפתור התיקון המוצע קשיים אלה. גם בתוך סוג זה קיים מנעד של היקף הפירוט. כך, דברי הסבר מסוג זה יכולים להסביר את השינוי המוצע, אך הם יכולים ללכת רחוק יותר ולהסביר גם את הקשיים שנתגלעו במצב הקודם, את הצורך בתיקון, ואף את התהליך המחשבתי ואת עבודת ההכנה שנעשו במסגרת החוק, כפי שניתן לראות בנוגע לתיקונים מוצעים בחוק הירושה:

"הצעת חוק זו מבקשת להחיל תיקונים משמעותיים לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. ההצעה כוללת תיקונים מהותיים רבים להוראות החוק הקיים, שנועדו להתאים את חוק הירושה למציאות החיים המשתנה ולהתפתחות המשפטית שחלה בארבעים השנים האחרונות מאז חקיקתו. עם זאת, המבנה של החוק הקיים נשמר ועמו נשמרו גם חלק מהוראותיו המהותיות, אשר בהתאמות שונות נמצאו ראיות גם לתחולה עתידית. בתחילת שנת 1999 מונתה ועדה שתפקידה היה להכין את חלק הירושה בקוד, היא ועדת הירושה בראשותו של שופט בית המשפט העליון בדימוס יעקב טירקל. הוועדה הורכבה מתמהיל של משפטנים העוסקים ביני ירושה [...] הוועדה נתבקשה לבחון את ההסדרים של חוק הירושה הקיים, לתקן את הדרוש תיקון או להציע הסדרים חדשים, וזאת תוך התאמת ההסדרים המוצעים למסגרת הכללית של הקוד האזרחי ההולך ומתגבש. במהלך שבע השנים של עבודת הוועדה נבחנו תיקונים אפשריים

⁹¹ הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 117) (קווי שירות למוניות), התשע"ז-2016, ה"ח הממשלה 1092, בעמ' 656.

שונים, ותוך שלגבי הסדרים מסוימים נבחן לעומק גם המצב החקיקתי במדינות העולם. בחלק מהנושאים שנדונו במליאת הוועדה הופיעו בפניה נציגים של מגזרים שונים על מנת לפרוש את טענותיהם. כן התקבלו מדי פעם פניות של משפטנים העוסקים בתחום וחלקן הועלו לדיון במליאתה.⁹²

הסוג השני הוא **דברי הסבר תיאוריים אנמיים**. אלו דברי הסבר טכניים, המשקפים את שקיים בחוק אך במילים אחרות. הם אינם תורמים להבנת הרקע שהוביל להנחת הצעת החוק ואינם מלמדים על השפעותיו האפשריות או הצפויות של החוק, ככל שייחקק. במידה רבה, קריאתם דומה מאוד לקריאת נוסח הצעת החוק עצמה. דברי הסבר תיאוריים אנמיים ניתן לראות למשל ביחס לסעיף 1 לחוק רשות השידור (תיקון), תשכ"ו-1966, שקובע: "אחרי סעיף 32 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, יבוא: 32א. אגרות לפי סעיף 29(א) והתקציב לפי סעיף 31 טעונים אישורה של ועדת הכספים של הכנסת". דברי ההסבר מצטטים את תוכן הסעיפים הרלוונטיים ומוסיפים:

"מוצע שהשימוש בסמכות להטיל אגרות וכן תקציבה של רשות השידור יהיו טעונים אישורה של ועדת הכספים של הכנסת".⁹³ דברי הסבר מסוג זה, אם כן, אינם מוסיפים הסבר של ממש על המצב החברתי או המשפטי שמצריך תיקון לחוק, את הצורך בתיקונו או כיצד חקיקת התיקון לחוק תפתור מצב דברים זה.

הסוג השלישי הוא **דברי הסבר נורמטיביים**. אלו דברי הסבר שנועדו לשכנע את קהל הקוראים של הצעת החוק בעניין מסוים הקשור בה. קריאתם מאפשרת לנו לראות שהם מופנים במכוון לקהלים שונים על מנת לשכנעם. דברי הסבר נורמטיביים הם לרוב מפורטים הרבה יותר מדברי ההסבר התיאוריים (האנמיים ודאי אך ברוב המקרים גם הענייניים), ובלשונם מבקשים לגרום לקוראת לנקוט עמדה ביחס להסדר המוצע בחוק.⁹⁴

דברי הסבר נורמטיביים מובהקים ניתן לזהות בהצעת החוק שליוותה את תיקון מס' 21 לחוק שירות ביטחון.⁹⁵ דברי ההסבר מסבירים על פקיעת ההסדרים הקודמים ומבהירים מה ההסדר העתידי שצפוי לחול:⁹⁶

⁹² דברי הסבר לחוק הירושה מה-29.3.21, לעיל ה"ש 76.

⁹³ הצעת חוק רשות השידור (תיקון), תשכ"ו-1966, ה"ח 701.

⁹⁴ ראו לעניין זה את הגישה הנורמטיבית והגישה האספירטיבית שמציע רואץ', שביסודן נעוצה הנחת מוצא שלפיה דברי הסבר נועדו לשכנע באשר לצורך בחוק. Roach, לעיל ה"ש 48, בעמ' 144-152.

⁹⁵ הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015, ה"ח 973, בעמ' 186.

⁹⁶ "על פי החוק המוצע תוארך תקופת ההסתגלות מ-3 שנים מיום תחילתו של תיקון מס' 19 (להלן – יום התחילה) ל-6 שנים מהיום האמור, והיא תיקרא 'תקופת ההסתגלות הראשונה'. תקופת הקבע תהפוך לתקופת הסתגלות נוספת שתיקרא 'תקופת ההסתגלות השנייה' ושאורכה יהיה 3 שנים. במסגרת תקופת ההסתגלות הדו-שלבית האמורה יקודם

"חקיקת תיקון מס' 19 עוררה התנגדות עזה בקרב הציבור החרדי והפעלתו העלתה חשש לפגיעה בתהליך החיובי שניצניו החלו קודם לכן ואשר הצביע על עלייה מתמדת והדרגתית במספר המתגייסים מקרב ציבור זה אשר התחוללה ממילא עוד טרם הפעלת הוראות התיקון האמור. על פי מדיניות הממשלה שהתגבשה בעניין זה נכון וראוי להמשיך ולקדם את העמידה ביעדי הגיוס בקרב המגזר החרדי, למערך השירות הצבאי והשירות הלאומי-אזרחי, בדרך של שיתוף פעולה, תוך יצירת אמצעים ממשיים להשגת מטרה זו".⁹⁷

דברי הסבר אלה חורגים מגדר התיאור היבש של המצב העובדתי שקדם לחוק, וכוללים אלמנטים נרחבים יותר של שכנוע ביחס לצורך בהצעת החוק. העובדה כי קיימים סוגים שונים של דברי הסבר מובילה למסקנה כי אף על פי ששיטת הפרשנות התכליתית מבקשת לפנות אליהם לשם איתור תכלית החקיקה – בחלק גדול מהמקרים, למשל במקרה של דברי הסבר תיאוריים אנמיים – הדבר אינו אפשרי כלל. דברי הסבר אלה אך חוזרים על מילות החוק ואינם מאפשרים כלל לעמוד על תכלית החקיקה. נובע מכך כי הדרישה למהלך הפרשני הסדור שגישת הפרשנות התכליתית מבקשת מהשופט ללכת לפיו, למשל לשם איתור התכלית הסובייקטיבית, אינו אפשרי כלל בצורה מלאה במקרים רבים. בנוסף, בית המשפט גם אינו עומד על האופן השונה שבו יש להיעזר בדברי הסבר נורמטיביים, לעומת, למשל, דברי הסבר ענייניים. זאת, למרות התוכן השונה שלהם שעשוי להשפיע על פסיקותיו.

(ג) דברי ההסבר הם מכווני קהל

כפי שניתן להצביע על סוגים שונים של דברי הסבר, ניתן גם להצביע על סוגים שונים של קהלים שאליהם דברי ההסבר פונים ואותם הם מנסים לשכנע. גם כאן עיקר הדיון הוא באשר לדברי ההסבר התיאוריים הענייניים ולדברי ההסבר הנורמטיביים. קיומם של קהלים שונים מוביל לכך שדברי ההסבר מנוסחים באופן שונה ולהם מטרות שונות, או שהם מנסים לשכנע באופן שונה את הקהלים השונים. שאלת הקהלים ודאי אינה חד-חד-ערכית והם יכולים להיות מופנים לכמה קהלים במקביל, אך לרוב קריאת לשונם ואופן ניסוחם תאפשר לזהות את קהל היעד שאותו הם נועדו לשכנע. בפרק הבא, שבו נעסוק בדינמיקה הביין-מוסדית שנוצרת מול בית המשפט אגב השימוש בדברי ההסבר, נישען על הבחנה זו כדי להראות את הקושי בכך שבית המשפט ממהר להשתכנע מדברי הסבר שנועדו לקהל אחר. ניתן להציע שלוש קבוצות של קהלים לעניין זה.

הליך שילובו של המגזר החרדי בשירות צבאי או אזרחי במתכונת וולונטרית. ההסדר המוצע אינו קובע הוראות לעניין טיבו ואופיו של הסדר קבע שיחול ביחס לגיוס מקרב המגזר החרדי". שם.

⁹⁷ שם.

הקבוצה הראשונה היא חברי המוסדות הפוליטיים האמונים על הליך החקיקה. בהקשר זה ניתן למנות הן את חברי הכנסת והן את חברי הממשלה, בין אם הם חברי כנסת ובין אם לאו. ניתן להציע תת-סיווג של קהל פנים-מוסדי פוליטי וקהל בין-מוסדי פוליטי. הקהל הפנים-מוסדי פוליטי יכול למשל את חברת הכנסת שניסחה את הצעת החוק או הגורמים שחברו אליה לשם ניסוחה ומעוניינים לשכנע את שאר חברי הכנסת על מנת שיצביעו בעד החקיקה. לחלופין, המשרד הממשלתי שיוזם הצעת חוק ממשלתית מבקש לשכנע את שאר משרדי הממשלה, הן ברמה הפוליטית הן ברמת הפקידות המקצועית הבכירה. ככל שהצעת חוק תזכה להסכמה רחבה יותר, כך גדלים סיכוייה לעבור. להסכמה "מבית" יש משקל רב. הקהל הבין-מוסדי הפוליטי יכול להיות אחד משניים: חברי הכנסת שפונים לממשלה או חברות הממשלה שפונות לכנסת. הכנסת היא קהל ייעודי של דברי הסבר הנלווים להצעת חוק ממשלתית; חברי הכנסת והממשלה (או באופן מדויק יותר, ועדת השרים לענייני חקיקה) הם קהל היעד של הצעת חוק פרטית.⁹⁸ אומנם הממשלה שולטת בהליך החקיקה, אך היא עדיין תרצה הסכמה רחבה ככל האפשר בכנסת.

הקבוצה השנייה היא בתי המשפט. כמעט כל דברי החקיקה מגיעים בסופו של דבר לבתי המשפט. מעטים החוקים שמגיעים לכדי תקיפה חוקתית בבית המשפט העליון, ורבים החוקים שנדרשים לפרשנות כחלק ממהלך העבודה הטבעי של מערכת המשפט. דברי הסבר מיועדים פעמים רבות לשכנע את בית המשפט מהי הפרשנות הרצויה בעיני הרשות, מהי מערכת הנסיבות שהובילה לחקיקת החוק, ועוד היבטים רבים. זו דרך קונוונציונלית שעומדת לרשות המחוקקים להשמיע קולם "מחוץ לחוק", ובכך להשפיע על בית המשפט שנחשף לתפיסת עולמו של המחוקק.⁹⁹

הקבוצה האחרונה היא הציבור: פרטים בחברה, בתקשורת, שחקנים שוקיים מרכזיים, לוביסטים ועוד. מדובר בכל מי שצפוי כי יהיה מושפע מהחוק, שאינו שחקן מוסדי בהליך החקיקה או הפרשנות. הציבור הוא זה שיושפע לרוב משאלות בדבר יישום החוק ואופן פרשנותו. מכיוון שהשאלה הפרשנית היא מרכז הכובד של הדיון, נקדיש את החלק הבא לקהל השלישי, בית המשפט, תוך בחינת עומק של האופן שדברי ההסבר, על גווניהם השונים, משפיעים בו על מלאכת הפרשנות השיפוטית.

ג. בית המשפט: תהליך השפיטה

⁹⁸ על היחס של ועדת השרים לענייני חקיקה ראו חן פרידברג ודנה בלאנדר **יוצאת לאור** – **ועדת השרים לענייני חקיקה** 20 (2022) (מחקר מדיניות 169, המכון הישראלי לדמוקרטיה).

⁹⁹ ראו להשוואה את מעמד הכנסת בהליך השיפוטי הבוחן את חוקתיות חקיקה כדוגמה נוספת למעורבות זו. יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" **משפטים** לט 347 (התש"ע).

עד כה הצבענו על הקשיים בדברי ההסבר מנקודת מבט מוסדית פנימית של הליך החקיקה. אך אורך החיים והשפעתם של דברי ההסבר אינם מסתיימים בכנסת, ונמשכים גם בבית המשפט. חלק זה יוקדש לתיאור של האופנים השונים שדברי ההסבר משפיעים בהם על פרשנות החקיקה בישראל. כפי שנראה כעת ההישענות הפרשנית על דברי ההסבר קיימת בפסיקת בית המשפט העליון בשני מישורים, אשר ברובם מתרחשים בקווים מקבילים: מישור הדיון העיוני, אשר מעלה על נס שאלות תאורטיות על אודות המעמד שראוי שיינתן לדברי ההסבר כחלק מפרשנות שיפוטית; ומישור ההישענות דה-פקטו, אשר מתקיים ברובו במנותק מהדיון העיוני, ומצביע על הישענות ניכרת לאורך השנים על דברי ההסבר. החלוקה לשני מישורים מאפשרת גם לראות עד כמה הפערים בהקשר זה עמוקים. במישור הדיון העיוני, קיימים חילוקי דעות פנימיים יסודיים בבית המשפט בשאלה הנורמטיבית אם יש לעשות שימוש בדברי ההסבר; במישור ההישענות דה-פקטו, קרי ברמה היישומית, אופן היישום משתנה ממקרה למקרה וקשה להצביע על קו לכיד בשאלה כיצד בית המשפט נשען על דברי ההסבר. בטרם ניכנס לדיון גופו, חשוב לעמוד על הפער בין שני המישורים. ברוב הגדול של המקרים, שני המישורים הללו נותרים מקבילים. מהתחקות אחר הפסיקה נדמה כי הקו האחד אינו משפיע על האחר וכי אין כמעט ממשק בין הקווים. כך, לאורך השנים הראשונות שבהן נשען בית המשפט על דברי ההסבר בשאלות של חוקתיות החקיקה, למיטב ידיעתנו לא היה דיון עיוני שיתמוך בהישענות על דברי ההסבר או שיתנגד לה. בשנים האחרונות, כפי שנציג מיד, יש חילוקי דעות משמעותיים בשאלה הנורמטיבית אם ראוי לעשות כן. במקביל לקיומה של המחלוקת הנורמטיבית, בית המשפט ממשיך להישען על דברי ההסבר ככלי עזר בפרשנות החוקתית (קרי, הפרשנות שבית המשפט מבצע כשהוא בוחן התאמת חקיקה לחוקי היסוד כחלק מתהליך הבחינה החוקתית).

במילים אחרות, יש קו פסיקתי אחד שאומר, וקו פסיקתי אחר שעושה. בד בבד, יש ערך בהבחנה בין טיב פסקי הדין שניתן לזהות בכל אחד מהמישורים שנציג. הדיון העיוני אינו תחום לתחום משפט כזה או אחר או לשאלה משפטית מסוג מסוים. טיבו של המשפט כי הוא מתפתח עקב בצד אגודל, ממקרה למקרה, ויש זליגה בין תחומי משפט. כך, המחלוקת הנורמטיבית בשאלת ההשפעה והתרומה של דברי ההסבר לתהליך הפרשנות עלתה בפסקי דין שונים ומגוונים, חלקם בתחום האזרחי.¹⁰⁰ על כן הדיון במישור העיוני מבקש להציג תמונה רחבה של המחלוקת הנורמטיבית, בלא תלות באופי ההליך שממנו היא התפתחה. במישור הדיון דה-פקטו, לעומת זאת, התמונה שונה. כיוון שמוקד הקושי לשיטתנו מצוי בהשפעה על הפרשנות החוקתית, המחקר האמפירי ממוקד בפסיקה שעסקה בפרשנות חוקתית כחלק מביקורת שיפוטית חוקתית, ובה בלבד. המחקר בוחן אם בתהליך הפרשנות החוקתית בית המשפט נשען על דברי ההסבר, ובאיזה אופן. הבחירה בפסיקה שערכה ביקורת שיפוטית חוקתית מאפשרת למקד את העדשה, ולצד זאת להצביע על מכנה משותף ברור בין פסקי הדין

¹⁰⁰ גם רע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), אחד מפסקי הדין הכי חשובים במשפט הציבורי הישראלי, אם לא החשוב שבהם, היה למעשה הליך של רשות ערעור אזרחי, כזכור.

השונים שעליהם נערך ניתוח התוכן השיטתי. ניתוח תוכן זה יצביע, כאמור, על כך שבית המשפט העליון נשען באופן מתמשך על דברי ההסבר כחלק מתהליך הפרשנות החוקתית; ועל כך שיש דרכים שונות להישען על דברי ההסבר כחלק מתהליך זה. הווה אומר, השימוש מתמשך, ואילו אופן השימוש אינו עקבי.

1. מגמות עדכניות בפסיקה

בית המשפט העליון טרם גיבש אפוא שיטה לכידה לשימוש הפרשני בדברי ההסבר או עמד על הצורך לעשות כן. הדבר ניכר במיוחד, שכן בשנים האחרונות ניתנו כמה פסקי דין שהציפו מפורשות שאלה זו. אלו ראויים, לשיטתנו, לתשומת לב מיוחדת, משום שהם ממחישים שהדיון שקיימו השופטים ברק, כהן וזוסמן, עשרות שנים קודם לכן, מעולם לא נפתר או נפסק. באמצעות דיון בוויכוחים העדכניים שעלו בשנים האחרונות בפסיקה ניתן לראות כי הדעות בשאלה זו עדיין חלוקות באופן יסודי. הווה אומר, המגמה הבלתי לכידה שהחלה אצל השופטים זוסמן וכהן, והשתנתה עם כתיבתו של הנשיא ברק, נותרה גם כיום. יתרה מכך, חילוקי הדעות היום רחבים יותר ונפוצים בקרב שופטים ושופטים רבים. הבחירות הפרשניות משתנות משופטת לשופטת, וניכר שלא התקיים דיון ולא התקבלה החלטה מודעת כיצד לנהוג בדברי ההסבר ומה המשקל והמעמד שיש לתת להם בפרשנות באופן רחב, ובפרשנות חוקתית בפרט. ההתמקדות בפסקי הדין, שאותה נציע כעת, מיועדת לשקף הן את מעט הדיון שהתקיים, והן את חוסר הלכידות שלו והיעדר ההסכמה בסוגיה זו בבית המשפט העליון כיום.¹⁰¹

בין פסקי הדין הבולטים מהשנים האחרונות שעסקו בשאלת ההעדפה של תכלית סובייקטיבית אל מול תכלית אובייקטיבית נמצא פסק הדין בעניין **זליגמן**. בפסק הדין בשנת 2018 נקבע כך באשר למעמד הפרשני של דברי ההסבר:

"בפסיקה נקבע כי גם דברי ההסבר המצורפים בדרך-כלל להצעות חוק אינם נהנים ממעמד בכורה, וכי "הם נתון שיש להביאו בחשבון בהתחקות אחרי תכלית החקיקה... אך אלה מהווים אחד מכלי הפרשנות בלבד, ואין בהם, לבדם, להכריע"... ואולם, נקבע כי בנסיבות בהן מדברי ההסבר לחוק ניתן לחלץ אמירה חד-משמעית וברורה ביחס לאופן יישום החוק, אשר אף עולה בקנה אחד עם לשונו ועם תכליתו, תהיה בכך משום "ראיה ניצחת" לקבלת פרשנות זו".¹⁰²

באותו מקרה התקבלה עמדה כי ראוי שלא להקיש מהמעמד הפרשני של דברי ההסבר על אימוץ פרשנות המאסדר ביחס להנחיותיו, שכן דברי ההסבר נקבעים מראש

¹⁰¹ יובהר כי רובם של פסקי הדין בחלק זה אינם חופפים לפסקי הדין שנציג בחלק ג(2), אשר יתמקד בפסקי דין שבחנו חוקתיות חקיקה ראשית. שכן, כאמור, הדיון מתקיים בשתי רמות, עיונית ויישומית. הדיון העיוני במעמד הפרשני של דברי ההסבר מתקיים גם מחוץ לשדה של בחינת חוקתיות החקיקה, שם מתרחש עיקר הדיון היישומי.

¹⁰² רע"א 9778/16 **זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ**, פס' 31 לפסק דינה של השופטת רילנר (נבו 31.5.2018).

ובאופן רחב, ואילו עמדת המאסדר נקבעת בדיעבד וביחס לסכסוך קונקרטי.¹⁰³ עמדה זו התהפכה בדיון הנוסף שניתן בשנת 2021, כמו גם העמדה העקרונית שהביע בית המשפט ביחס למשקל הניתן לעמדת המאסדר בפרשנות חקיקה. אולם הגישה העקרונית ביחס למעמד הפרשני של דברי ההסבר נותרה כשהייתה, עת הדגיש בית המשפט כי דברי ההסבר אינם בעלי מעמד מכריע, אך כאשר יש בהם אמירה חד-משמעית באשר ליישום החוק, והם עולים עם תכלית החקיקה, ניתן להיתמך בהם והדברים אף יעלו כדי "ראיה ניצחת" לקבלת העמדה הפרשנית שמוצעת בהם.¹⁰⁴ בסדרת תיקים שהגיעו לכדי גלגול-שלישי, שאלת המעמד של דברי ההסבר זכתה לדיון המקיף ביותר בפסיקה עד כה. משום חשיבות הדברים ומרכזיותם לנושא הנדון, הסוגיה ראויה להתייחסות מקיפה.

הזוג סלמאן הגיש בבית משפט השלום תביעה על בסיס חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, נגד חברת מי טל הנדסה ושירותים בע"מ, הבונה ומשווקת דירות בישראל, על בסיס סירובה למכור להם דירה בטענה כי היא אינה מוכרת לערבים.¹⁰⁵ בפסק הדין עלתה שאלה משפטית-פרשנית בדבר תחולת החוק על מכירת דירות על ידי משווק, משום שדברי ההסבר לחוק איסור הפליה קובעים מפורשות כי "האיסור להפלות חל על כל מי שעיסוקו בהספקת המוצרים והשירותים או בהפעלת מקום ציבורי. האיסור אינו חל על מקרקעין העשויים להיות נושא לחקיקה נפרדת".¹⁰⁶ החרגה זו של מקרקעין אינה מופיעה מפורשות בלשון החוק. סגנית הנשיא יעל ייטב סברה כי משום שהצדדים לא העלו את המחלוקת המשפטית אין הכרח להיכנס בעובי הקורה. עם זאת, היא הוסיפה כך: "מעבר לדרוש אציין כי בלשון החוק עצמו אין כל קביעה שלפיה הוחרגו המקרקעין מתחולתו של חוק איסור הפליה. דברי ההסבר להצעת החוק אמנם עשויים להיות כלי פרשני, ואולם אין בהם כדי לקבוע מהן הוראות החוק ככל שהדברים אינם נאמרים בחוק, במיוחד בשעה שאין להוציא מכלל אפשרות שכנסת ישראל לא קיבלה הבחנה זו ולא מצאה מקום לסייג".¹⁰⁷

חברת מי טל הגישה ערעור על פסק הדין.¹⁰⁸ בין היתר נטען שם כנגד הקביעה הפרשנית כי חוק איסור הפליה חל גם על הספקת מקרקעין, שכן בדברי ההסבר נכתב מפורשות כי החוק מחריג מתחולתו הספקת מקרקעין. השופט משה בר-עם דחה את הערעור. לעניין השאלה הפרשנית, הוא קבע ראשית כי שיטת המשפט הישראלית מעניקה בכורה לפרשנות האובייקטיבית. תכליתו הברורה והחד-משמעית של חוק איסור הפליה היא לקדם את עקרון השוויון. משכך, יש לבכר את הפרשנות שניתנה על

¹⁰³ שם, פסק 32 לפסק דינה של הושפטת וילנר.

¹⁰⁴ דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 6, פס' 49–52 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

¹⁰⁵ ת"א (שלום י-ם) 54070-01-14 סלמאן נ' מי טל הנדסה ושירותים בע"מ (נבו) (12.3.2017).

¹⁰⁶ הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 2871 בעמ' 370, 372.

¹⁰⁷ פרשת מי טל, לעיל ה"ש 105, פס' 88 לפסק הדין.

¹⁰⁸ ע"א (מחוזי י-ם) 8198-05-17 מי טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (נבו) (23.11.2017).

ידי בית משפט השלום המשקפת עיקרון זה. רק כאשר לשון הסעיף מלמדת על "החרגה ברורה ומפורשת, הנוגדת את תכליתו האובייקטיבית של החוק, שעניינה מניעת הפליה" יתאפשר לסטות מעקרון השוויון. דברי ההסבר "אומנם מלמדים לכאורה על תכלית סובייקטיבית של המחוקק להחריג מקרקעין מתחולת הוראת סעיף 3 לחוק", אך כיוון שהם לא השתקפו בלשון החוק עצמה, לא ניתן להם משקל.¹⁰⁹ במילים אחרות, השופט בר-עם דחה את האפשרות להעניק מעמד בכורה פרשני סובייקטיבי לדברי ההסבר כשהדבר מתנגש עם התכלית האובייקטיבית של החקיקה. עם זאת, בהמשך הוא ביקש להראות כי גם אם מאמצים את דברי ההסבר, אין הם סותרים את הפרשנות שהוצעה על ידו.¹¹⁰

חברת מי טל שבה והגישה בקשה לרשות ערעור, וזו התקבלה לנוכח חשיבות הסוגיה.¹¹¹ בלב הדין עמדה השאלה המשפטית האם דירה היא "מוצר" כהגדרתו בחוק איסור הפליה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה באשר לסוגיה זו הייתה כי יש ליתן משקל גם לתכלית הסובייקטיבית של החוק, והציע לקבל את טענת הזוג באמצעות קונסטרוקציות פרשניות אחרות כדוגמת תום הלב ותקנת הציבור.¹¹² השופט מזוז קבע כי תכליתו האובייקטיבית של החוק, הנתמכת בלשון החוק הפרטני ובחקיקה נוספת, היא כי "דירה" כלולה בהגדרת "מוצר" שעליו חל החוק.¹¹³ השופט מזוז נמנע מלקבוע כי פרשנות זו מתנגשת עם דברי ההסבר, על אף לשונם המפורשת. קודם לכן הוא הדגיש כי הפרשנות הסובייקטיבית של החוק נמדדת ראשית מלשון החוק, אשר אין בו כדי לסתור את התוצאה הפרשנית שאליה הגיע, שנית, מההיסטוריה החקיקתית שלו, שבמסגרת זו מצויים דברי ההסבר. אולם, הוא הגביל מאוד את היקפם. משום חשיבות הדברים, נביא אותם בלשונם:

"קיימות גישות שונות באשר לקבילותם ולמשקלם של דברי ההסבר להצעת החוק לענין איתור תכלית החקיקה (ברק - פרשנות החקיקה 370–378). יש המסתייגים מפנייה לדברי ההסבר להצעת החוק כמכשיר פרשני [...] ואולם הגישה המקובלת בפסיקתו של בית משפט זה היא שניתן להיזקק לדברי ההסבר, כמו לכל מקור אחר בהיסטוריה התחקיתית, ככלי עזר להתחקות אחר כוונת המחוקק, אך הם מהווים אך אחד מכלי הפרשנות ואין בהם כדי להכריע לבדם בשאלה הפרשנית העומדת על הפרק".¹¹⁴

ועוד הוסיף:

"ברם, אין חולק כי פרשנותו והבנתו של מציע החוק, כפי שבאה לידי ביטוי בדברי ההסבר, אינה מחייבת את השופט-הפרשן עת הוא נדרש לפרש את החוק. נזכיר כי בעוד אנו מבקשים לעמוד על תכליתו הסובייקטיבית של החוק, היינו כוונת על המחוקק,

¹⁰⁹ שם, פס' 14 לפסק הדין.

¹¹⁰ שם, פס' 16–17 לפסק הדין.

¹¹¹ רע"א מי טל, לעיל ה"ש 1.

¹¹² שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט מזוז.

¹¹³ שם, פס' 24–28 לפסק דינו של השופט מזוז.

¹¹⁴ שם, פס' 33 לפסק דינו של השופט מזוז.

דברי ההסבר משקפים את כוונת מנסח הצעת החוק, שהוא לרוב "הנסח של המשרד הנוגע בדבר" (כלשון השופט זוסמן בענין סביצקי). לכך יש להוסיף כי הצעות חוק עוברות לעתים קרובות שינויים משמעותיים בשלבי החקיקה השונים, ואילו דברי ההסבר להצעת החוק אינם מעודכנים בהתאם לשינויים אלה.¹¹⁵

מתוך תוכנם של דברי ההסבר הוא ביקש דווקא ללמוד מהמבוא, שתומך במסקנתו הפרשנית,¹¹⁶ ומהמחויבות של ישראל לעקרון השוויון כפי שהוכרה באמנות בינלאומיות, שתומכת גם היא במסקנתו הפרשנית.¹¹⁷ מההערה האמורה על אי-תחולת החוק על מקרקעין הוא ביקש שלא ללמוד מסקנה שכן דברים אלו לא נכנסו ללשון החוק, וייתכן כי נועדה לחול על הקצאת מקרקעין להתיישבות. ברוח זו, קבע לבסוף: "מכל מקום, תהא כוונת הדברים בדברי ההסבר אשר תהא, לא ניתן לייחס לאותה הערה לאקונית בדברי ההסבר – המבטאת בכל מקרה את גישת מנסח הצעת החוק ולא את עמדת המחוקק – משקל פרשני שיש בו כדי לגבור על לשון החוק ועל תכליתו המשתקפת בסעיף המטרה ובדברים שעלו בהליך חקיקת החוק, כמפורט לעיל".¹¹⁸

הוא אף הוסיף כי אף אם היה מוצא כי התכלית הסובייקטיבית תומכת במסקנה פרשנית שונה, היא הייתה נדחית מפאת הפרשנות של לשון החוק והתכלית האובייקטיבית שלו, מסקנה שמתחזקת עוד יותר לנוכח החזקה להעדיף פרשנות המקדמת את עקרון השוויון על פני פרשנות שדוחה אותו.¹¹⁹

השופט שטיין הגיע למסקנה שונה ביסודה. הוא סבר כי חזקה שהמחוקק נוקט לשון פשוטה, ובלשון זו דירה אינה מוצר, אלא נכס דלא נידי.¹²⁰ פרשנות זו של לשון החוק, הוא קבע, נתמכת בדברי ההסבר לחוק. על כן, "עינינו הרואות, כי המחוקק הבהיר מפורשות את כוונתו שדירה לא תיחשב 'מוצר' לעניינו של חוק איסור הפליה. לנו כשופטים לא נותר אפוא אלא ליישם את לשונו ואת כוונתו הברורה".¹²¹ הוא המשיך ופנה לדברי חקיקה נוספים על מנת לחזק את מסקנתו בדבר פרשנות המילה "מוצר".¹²²

השופט הנדל, שהיווה את לשון המאזניים, בחר שלא להכריע בשאלה הפרשנית, משום שחבריו הסכימו לעניין התוצאה באמצעות הנמקות שונות.¹²³

הארכנו בתיאור פסק הדין על גלגוליו השונים משום חשיבותה של המחלוקת, ומשום שהלכה למעשה היא לא באה אל פתרונה. כפי שפועלו של המחוקק במצב הדיום אינו מאפשר לסתת קווים ברורים בשאלת מקומו וטיבו של מוסד דברי ההסבר, כך גם הכרעתו של בית המשפט העליון אינה מאפשרת לעשות זאת.

115 שם.

116 שם, פס' 34 לפסק דינו של השופט מזוז.

117 שם, פס' 35 לפסק דינו של השופט מזוז.

118 שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט מזוז.

119 שם, פס' 42 לפסק דינו של השופט מזוז.

120 שם, פס' 3–4 לפסק דינו של השופט שטיין.

121 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט שטיין.

122 שם, פס' 6–9 לפסק דינו של השופט שטיין.

123 שם, פסק דינו של השופט הנדל.

גם פסיקה עדכנית נוספת שניתנה אך לאחרונה לא הצליחה לחדד את השאלה. היא שבה ונדונה בעניין פוקס, שם עתר העותר להורות על בטלות הודעת יו"ר סיעת יש עתיד, חבר הכנסת יאיר לפיד, כי עלה בידו להקים ממשלה.¹²⁴ העותרים ביקשו להסתמך על הכתוב בדברי ההסבר, התומכים בפרשנות כי על חבר הכנסת שהקים ממשלה לכהן ראשון במסגרת ממשלת החילופים.¹²⁵ גישת המשיבים לעומת זאת, ובראשם היועצת המשפטית לכנסת, הייתה כי "יש להבין את דברי ההסבר כהדגמה בלבד, ולא כקביעת סדר כהונה קשיח, וזאת במיוחד מקום שבו אין בהם כל רציונל או תכלית בקביעת סדר כהונה קשיח כאמור, וכאשר הם אינם מקבלים כל ביטוי בלשון החוק".¹²⁶ היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי "משאין בחוק היסוד כל הוראה המחייבת כי חבר הכנסת שהרכיב את הממשלה יכהן ראשון ברוטציה, אין מקום לקבוע חובה שכזו אך בשל דברי ההסבר המובאים בתיקון מס' 8 לחוק. כך במיוחד מקום בו חובה זו אינה מתיישבת עם תכלית הסדר ממשלת החילופים, כפי שהוסברה באותם דברי ההסבר עליהם נסמכים העותרים".¹²⁷

השופט גרוסקופף, לאחר שהסתמך על דברי ההסבר בהקשר אחר,¹²⁸ דחה את ההישענות על דברי ההסבר על בסיס שלושה טעמים: הראשון, דברי ההסבר אינם מבססים תכלית או רציונל לפרשנות המוצעת אלא משקפים את מצב הדברים שהיה בעת חקיקתם; השני הוא היעדר ההלימה בין דברי ההסבר לחוק; הטעם השלישי הוא התייחסות לדברי הסבר ככלי פרשני לא קונקלוסיבי שאין בו לבדו כדי להכריע במחלוקת פרשנית או לגבור על לשון החוק, בהינתן שהלשון האובייקטיבית היא זו שזוכה לבכורה.¹²⁹

עמדות שיפוטיות נוספות בשורת פסיקות מרכזיות גילו לאחרונה נכונות לפקפק במהימנות דברי ההסבר. יתרה מכך, נדמה כי מתגבשת בקרב שופטים ושופטות מסוימים הבנה כי דברי ההסבר עשויים להיות מניפולטיביים וכי אינם מתארים נכונה את המצב המשפטי או את הכוונות שעמדו בעת חקיקת החוק. דברים אלו מהדהדים את עמדותיהם של השופטים כהן וזוסמן, שהעלו חששות אלו כבר בשנות השישים. גישה זו ניתנת לזהות בפסקי דינם של השופט קרא, במיעוט, בעניין חוקתיותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שם הבחין בין התכלית "המוצהרת" של החוק כפי שהופיעה בדברי ההסבר לבין מה שזיהה בתור התכלית האמיתית;¹³⁰ בפסק דינה של השופטת ברון בעניין חוקתיות ממשלת החילופים, אשר דחתה, כלאחר יד, את ההסתמכות על דברי ההסבר על אודות תיקון מס' 8 שעמד בלב הסוגיה;¹³¹

¹²⁴ בג"ץ 3897/21 פוקס נ' לפיד (נבו) (7.6.2021).

¹²⁵ שם, פס' 5 לפסק הדין.

¹²⁶ שם, פס' 9 לפסק הדין.

¹²⁷ שם, פס' 14 לפסק הדין.

¹²⁸ שם, פס' 20 לפסק דינו.

¹²⁹ שם, פס' 31 לפסק דינו.

¹³⁰ עניין חסון, לעיל ה"ש 3, פס' 46 לפסק דינו של השופט קרא.

¹³¹ עניין ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 4, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברון.

ובפסק דינו של השופט סולברג בעניין חוקתיות הסדר שלילת הקצבאות מהורים של קטינים שהורשעו בעבירות ביטחון, שם כתב מפורשות על הפער שבין התכלית שהוצגה בדברי ההסבר לבין התכלית שהוצגה בשלב מאוחר יותר של ההליך.¹³² פסק דינו של השופט סולברג באותו עניין מעלה עניין מיוחד משום הסתירה שבו ומשום שסתירה אנליטית זו מדגימה במידה רבה את הטענה שבלב מאמר זה. סולברג, כאמור, מוכן לפקפק בנכונות התכלית שהוצגה בדברי ההסבר. יתרה מכך, הוא כותב כך:

"הפרשנות החוקתית זקוקה להכשר דמוקרטי (מדינה "שוויון", בעמ' 83). במבנה החוקתי "נוסח ישראל", הצורך בהכשר שכזה אך גובר. משמעות הדברים, הלכה למעשה, היא שמבין המקורות הרבים שהפרשן נסמך עליהם בבואו לשזור את הפרשנות התכליתית לנורמה החוקתית – עליו לעשות מאמץ, ככל הניתן, לבסס את מסקנתו על מקורות אשר נהנים מלגיטימציה דמוקרטית מוצקה".¹³³ לא ברור כלל שדברי ההסבר נהנים מלגיטימציה דמוקרטית – קל וחומר כאשר סולברג עצמו מוכן לפקפק במהימנותם. על אף זאת, סולברג ממשיך ונשען על דברי ההסבר בפרשנותו באותה פרשה.¹³⁴ הפער בין פסקי הדין בולט לעין. בחלקם יש נכונות ניכרת להעניק מעמד לדברי ההסבר בפרשנות החקיקה וחלקם נעדרים נכונות זו. בחלקם של המקרים דברי ההסבר מאומצים לתוך הפרשנות, כפי שהם, ואילו לעיתים אמינותם מוטלת בספק והמאפיינים האסטרטגיים שחבויים בהם מתחילים לצאת לאור. שאלות רבות הנוגעות לאופן השפעתם של דברי ההסבר על הפרשנות השיפוטית נותרו פתוחות, וגם באחרות ניתן להניח כי התשובה היא זמנית ותלויה-מקרה. משכך, מבט רחב אל הפסיקה ואל האופנים השונים שבהם אימצה לחיקה את דברי ההסבר בעשורים האחרונים יוכל לסייע בהבנה מעמיקה יותר של הגישה הפסיקתית אל מוסד דברי ההסבר.

2. מקומם של דברי ההסבר בביקורת השיפוטית החוקתית

כאמור בפרק א, שיטת הפרשנות התכליתית הנהוגה בישראל מבוססת בעיקרה על פרשנות אובייקטיבית. עם זאת, מספר חוקרים במשפט הישראלי כבר הכירו בכך שאיתור התכלית במסגרת פרשנות חוקתית הוא במידה רבה סובייקטיבי ביסודו.¹³⁵ בחלק זה נמחיש כי במקרים רבים אכן ניתן משקל רב לרכיב הסובייקטיבי של החקיקה. נסייע לבסס טענה זו באמצעות ניתוח תוכן שיטתי של פסיקת בית המשפט העליון

¹³² עניין שלילת הקצבאות, לעיל ה"ש 5, פס' 144 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹³³ שם, פס' 62 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹³⁴ שם, פס' 149 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹³⁵ מרזל, לעיל ה"ש 99, בעמ' 368; ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 143; זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569, 617 (התשע"ד).

בשאלות של חוקתיות החקיקה. בהמשך, נישען על ממצאים אלה על מנת להציע עיון מחודש באשר לאופנים שבהם בית המשפט משתמש בדברי ההסבר לצורך תהליך הפרשנות.

לצורך הבחינה סקרנו כמאתיים פסקי דין של בית המשפט העליון ובחנו, באמצעות ניתוח תוכן שיטתי, את האופן שבו בית המשפט, על שופטותיו ושופטיו השונים, נתנו מעמד לדברי ההסבר. ככלל, שיאה של הדינמיקה החוקתית בין בית המשפט העליון לבין הרשויות הפוליטיות מתרחשת בעת בחינת חוקתיות חקיקה ראשית.¹³⁶ בנקודה זו, באופן טבעי, גם מתרחש הדיון המעמיק יותר בפרשנות החוקתית. בשל כך, וכיוון שדינמיקה זו ופרשנות זו הן שעומדות במרכז דיונונו, סוג הפסיקה אשר בחרנו להתמקד בו הוא עתירות שמעמידות במרכזן את שאלת חוקתיות החקיקה הראשית. יתרה מכך, התמקדות זו היא שמאפשרת לנו לקבץ אוסף נרחב של פסקי דין בעלי קו מקשר ברור, אשר ככולם דוקטרינה דומה,¹³⁷ ולערוך עליהם את ניתוח התוכן השיטתי שהוצע במחקר.

מאגר המידע, אשר מתוכו מוצגות התוצאות, מורכב מכל פסקי הדין שבהם עלתה טענה כנגד חוקתיות חקיקה ראשית.¹³⁸ מאגר זה מקיף את כל פסקי הדין שניתנו בשאלות של חוקתיות חקיקה עד סוף שנת 2020. יצירת המאגר נעשתה תוך הסתמכות על מאגר המידע המשפטי "נבו", המאפשר חיפוש על פי תוכן. במסגרת זו נעשה סינון בהתאם לקריטריונים הבאים: (1) אזכור של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק-יסוד: חופש העיסוק; (2) פסק הדין ניתן בבית המשפט העליון. סינון זה נעשה עבור כל שנה אזורית בנפרד, כאשר נקודת הזמן הראשונית היא מרץ 1992 – עם חקיקת חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם. כל התוצאות עבור כל שנה נקראו ונבחנו על מנת לזהות אם יש בהן טענה לעניין בטלות חקיקה ראשית. מתוך כלל התוצאות נותרו במאגר פסקי הדין שבהם טענה לבטלות חקיקה משום פגיעתה בחוקי-היסוד. לאחר יצירת המאגר, כל פסקי הדין נקראו, וזוהתה בהם כל הסתמכות, מכל סוג, על דברי הסבר.

בחינה זו הובילה אותנו לזהות שלוש קבוצות מרכזיות של התייחסות שיפוטית אל דברי ההסבר: למידה אפקטיבית מדברי ההסבר, דברי הסבר כהשראה פרשנית והתחקות אחר תכלית החקיקה מתוך דברי ההסבר. נסביר כעת על כל אחת

¹³⁶ בשנים האחרונות, כידוע, התווספה גם ביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים. עם זאת, היעדר קו דוקטרינרי ברור בפסיקה בהקשר זה, והיות הנושא בהתפתחות ראשונית למדי, מקשים לטעמנו על התבססות על כך לצורך הסקת מסקנות בשלב זה.

¹³⁷ קרי, שלבי הניתוח החוקתי על בסיס פסקת ההגבלה, על מבחניה ותת-מבחניה השונים.

¹³⁸ המאגר אינו כולל החלטות ביניים והליכים בתיק אלא רק פסקי דין שפורסמו.

מההתייחסויות.¹³⁹ נציין כבר כעת כי לא הצלחנו לעמוד על קשר ישיר בין סוג ההתייחסות השיפוטית לבין סוג דברי ההסבר.¹⁴⁰ אופי אחד של התייחסות שיפוטית הוא של "למידה אפקטיבית" מדברי ההסבר, למשל באשר להסדרים הקודמים בחוק, למשמעות הסדרים קיימים בחוק, להליך החקיקה, הלך הרוח של המחוקק וכדומה. ראו למשל בפסק הדין בעניין הטיפול הכפוי בשותפי רעב:

"כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, לאחר 55–75 ימים של שביתת רעב מוחלטת נמצא האסיר בסכנת מוות מוחשית. עוד מצוין בהצעת החוק, כי אין עדות בעולם לשביתת רעב מלאה ורצופה של למעלה מ-75 ימים שלאחריה נותר שובת הרעב בחיים (ראו דברי ההסבר להצעת החוק הצעות חוק הממשלה (תשע"ד-2014) 763, 870)." ¹⁴¹ מדובר בעשרות פסקי דין שאימצו "שיטת למידה" זו על הסדרי החוק ועל האופן שבו הוא התגבש. במקרים רבים, כאשר בית המשפט נשען על דברי ההסבר כדי ללמוד על החוק, הוא עשה זאת ביותר מהקשר אחד.¹⁴² במובן זה של למידה, יש להדגיש,

פסקי דין מסוימים מופיעים ביותר מקטגוריה אחת מקרב אלו שיתוארו להלן, וזאת מהטעם ששופטים שונים הסתמכו על דברי ההסבר באופן אחר או מהטעם שאותה שופטת הסתמכה על דברי הסבר בכמה אופנים שונים.

¹⁴⁰ לדיון בסוגי דברי ההסבר ראו פרק ב(3).

¹⁴¹ בג"ץ 5304/15 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל**, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 11.9.2016).

¹⁴² ראו בקרב פסקי דין שהורו על בטלות חקיקה: בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 253–255, 257 (1999); בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 11.2.2010) (להלן: בש"פ פלוני); בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו 16.9.2013); בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת**, פס' 3(ג) לפסק דינו של השופט מלצר, פס' 20 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 15.4.2015); בג"ץ **נסר**, לעיל ה"ש 84, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 47, 69–70 לפסק דינה של הנשיאה נאור, פס' ה' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 12.9.2017) (להלן: עניין **גיוס בחורי ישיבות 2017**); בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פס' 4 ו-10 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 23.5.2021) (שם בית המשפט הצביע על הפגם החוקתי אך הסתפק בהתראת בטלות); עניין **שליחת הקצבאות**, לעיל ה"ש 5, פס' 81 לפסק דינו של השופט סולברג.

כמו כן בקרב בחינה של חוקתיות חקיקה בהיעדר הוראה שיפוטית על בטלות: בג"ץ 878/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441, פס' 3 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1994); עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 100, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) שמגר; בג"ץ 4562/92 **זנברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996); בג"ץ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996); בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**,

פ"ד נז(1) 235, 245, 275 (2002); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, פס' 7 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2002); בג"ץ 4128/02 אדם, טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, פס' 2 לפסק דינו של השופט חשין (2004); בג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 1.9.2005); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פס' 4 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 22.3.2009); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, (נבו 12.1.2011); בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פס' 2–3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו 7.4.2011); בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פס' א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 26.6.2013); בג"ץ 5998/12 רונן נ' כנסת, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (נבו 25.8.2013); בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 26 ו-30 לפסק דינה של השופטת ארביל (נבו 17.9.2014); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פס' 4–5 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 18.9.2014); בג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 9.7.2015); בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 21.4.2016); בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 17.8.2016); עניין ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 141, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין; בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 29.9.2016) (להלן: עניין שכר הבכירים); בע"מ 9447/16 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה, פס' 9 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 28.2.2017); בג"ץ 6321/14 "כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים" נ' שר האוצר, פס' ל"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 9.3.2017); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פס' 26 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו 3.8.2017); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' 1–2 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 6.9.2017) (להלן: עניין התקציב הדו-שנתי II); בג"ץ 8886/15 רפובליקנים מחו"ל בישראל (ע"ר) נ' ממשלת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 2.1.2018); בג"ץ 6411/16 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות נ' כנסת ישראל, פס' 3 ו-11 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 19.6.2018); ע"פ 3083/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 25 לפסק דינו של השופט (בדימ') שהם (נבו 14.8.2018); בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל נ' ראש הממשלה, פס' 6 ו-16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 23.1.2019); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פס' 24 ו-30 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 27.2.2020); בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' כנסת, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 1.3.2021) (להלן: עניין האיכונים); עניין חסון, לעיל

דברי ההסבר תורמים לאופן שבו בית המשפט מבין את החוק, את הסדריו ואת תהליך הבשלתו, הם תורמים לבהירות ההסדר ולאופן שבו בית המשפט מפרש אותו והם בעלי איכויות דליברטיביות בכך שהם מוסיפים את קולו של המחוקק, זה שמחוץ לחוק עצמו, לתהליך הביקורת השיפוטית החוקתית.

קבוצה אחרת של התייחסויות אל דברי ההסבר, אשר מתחילה להדגים את המתח הפרשני, היא כ"השראה פרשנית". הווה אומר, מקור נוסף שבית המשפט יכול ללמוד ממנו ולהסיק כיצד לפרש את החוק שמונח לפניו, כחלק מתהליך פרשנות החקיקה או הפרשנות החוקתית. כך למשל כתבה הנשיאה חיות בעניין **בן מאיר** שעסק בחוקתיות הליך ההדחה של חברי כנסת:

"חשוב להעיר כי בהינתן התכלית המשותפת העומדת ביסוד חוק ההדחה מזה ובסעיף 7 לחוק היסוד מזה, מן הראוי כי אמות המידה שנקבעו בפסיקה לעניין הפעלת המנגנון הקבוע בסעיף 7 לחוק היסוד ינחו את הכנסת גם לצורך הפעלת המנגנון הקבוע בחוק ההדחה. גישה זו קיבלה ביטוי גם בדברי ההסבר לחוק ההדחה (ראו: הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 45) [השעיית חבר הכנסת שהתקיים בו האמורה בסעיף 7א], ה"ח 74, 74–75)"¹⁴³.

התייחסות זו מקובלת מאוד בפסיקה,¹⁴⁴ והיא משקפת אימוץ של דברי ההסבר לצורך פרשנות השראתית, המנותקת מהשאלה בעניין תכלית החקיקה לצורך בחינת

ה"ש 3, פס' 75 לפסק דינה של הנשיאה חיות; עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 4, פס' 113 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מלצר.

בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת** פס' 33 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 27.5.2018).¹⁴³
 ראו בקרב פסקי הדין שביטלו חקיקה: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 693–694 (2005); בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל**, פס' 1–2 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 6.8.2017); עניין **שליחת הקצבאות**, לעיל ה"ש 5, פס' 13 ו-38 לפסק דינו של השופט מינץ, פס' 4 ו-10 לפסק דינו של השופט הנדל.¹⁴⁴

כמו כן ראו בקרב פסקי הדין שעסקו בחינת חוקתיות חקיקה ולא הורו על בטלותה: בג"ץ 6652/96 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, פ"ד נב(3) 117, פס' 31–32 לפסק דינו של השופט גולדברג (1998); בג"ץ 1662/05 **לוי נ' ממשלת ישראל**, פס' 42 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו 3.3.2009); בג"ץ 4124/00 **יקותיאלי ז"ל נ' השר לעניני דתות**, פס' 37 ו-39 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו 14.6.2010); בג"ץ 6304/09 **לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 42 ו-48 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 2.9.2010); בג"ץ 729/10 **תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל**, פס' 27 ו-29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו 24.5.2012); בג"ץ 4511/12 **גמליאלי נ' המוסד לביטוח לאומי**, פס' 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 6.1.2013); בג"ץ 6792/10 **די.בי.אס. שרותי לוויץ (1998) בע"מ נ' כנסת ישראל**, פס' 16, 58 ו-72 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (נבו 20.7.2014); בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת**, פס' 10 ו-18 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 17.9.2014); עניין **משה**, לעיל

פסקת ההגבלה. לטעמנו, ככל שמדובר במעמד שהוא השראתי בלבד, אין נפקות ניכרת לשאלה אם מדובר בפרשנות חקיקה או בפרשנות חוקתית, שכן לדברי ההסבר בקבוצה זו אין השפעה על התוצאה הסופית, הם מהווים תמיכה (יש שיאמרו פורמלית או מקנת-לגיטימציה אפילו) לתוצאה הסופית, אחת מני רבות.

קבוצה שלישית, והיא המעניינת יותר, אך גם הבעייתית יותר, היא של למידה על תכלית החקיקה, כחלק מבחינת פסקת ההגבלה, באמצעות דברי ההסבר. כך למשל עולה מדבריה של הנשיאה ביניש בעניין **חסן**:

"חוק הבטחת הכנסה, במסגרתו נקבע ההסדר הנתקף בעתירות, נחקק בשנת 1980. הוראותיו המסופעות טוות את רשת המגן האחרונה העומדת לתושבי המדינה הנחשפים למצב של מחסור קיומי. תכליתו המרכזית של החוק היא לתמוך בתושבי המדינה הנקלעים למצב בו אין ביכולתם לספק לעצמם את צרכיהם הבסיסיים. כפי שנקבע בדברי ההסבר להצעת חוק הבטחת הכנסה, "מטרת החוק המוצע היא להבטיח לכל אדם ומשפחה בישראל, שאין בכוחם לספק לעצמם הכנסה הדרושה לקיום, את המשאבים לסיפוק צרכיהם החיוניים"¹⁴⁵.

התופעה שבה בית המשפט מתחקה אחר תכלית החקיקה באמצעות דברי ההסבר אינה תופעה נדירה, ונתח משמעותי של פסקי דין מתאפיין בלמידה זו. בעשרות פסקי דין ביקש בית המשפט להתחקות אחר תכלית החקיקה באמצעות דברי ההסבר.¹⁴⁶

ה"ש 142, פס' י"א ו-ל"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין); עניין **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה"ש 142, פס' מ"ז לפסק דינו של המשנה לנשיא רובינשטיין (נבו 28.2.2017); עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 143, פס' 33 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין **ארד-פנקס 2020**, לעיל ה"ש 142, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 27.2.2020); עניין **האיכונים**, לעיל ה"ש 142, פס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 1.3.2021); עניין **חסון**, לעיל ה"ש 3, פס' 39 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 22 לפסק דינו של השופט קרא; עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 4, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁴⁵ בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי**, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו 28.2.2012).

¹⁴⁶ באשר לפסקי הדין שהובילו לבטלות חקיקה ראו: בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545, פס' 30 ו-35 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 7 לפסק דינו של השופט לוי (2009); בש"פ **פלוגי**, לעיל ה"ש 142, פס' 13 ו-14 לפסק דינו של השופט ריבלין, פסק דינה של השופטת ארבל; עניין **חסן**, לעיל ה"ש 145, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' ב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין **אדם**, לעיל ה"ש 142, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ארבל; בג"ץ 7385/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל**, פס' 8, 50, 52, 149, ו-197 לפסק דינו של השופט פוגלמן, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת**, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה נאור, פס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 11.8.2015); עניין **גיוס בחורי ישיבות 2017**, לעיל ה"ש 142,

המידה שבה הסתמך בית המשפט על דברי ההסבר שונה ממקרה למקרה, אך בכולם הן היו רכיב גלוי בעבודת הפרשנות התכליתית של השופטת וחלק מתהליך ההנמקה.

פס' 3 ו-4 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין **שלילת הקצבאות**, לעיל ה"ש 5, פס' 144 לפסק דינו של השופט סולברג.

ראו גם בנוגע לבחינת חוקתיות חקיקה שבה לא הורה בית המשפט על בטלות: עניין **כלל**, לעיל ה"ש 142, פס' 40 לפסק דינו של השופט ד' לוי; בג"ץ 14/98 **מנבר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 97, פס' 6 ו-9 לפסק דינו של השופט זמיר (1998); ע"פ 7303/02 **הקש נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נז(6) 481, פס' 14-15 לפסק דינו של השופט מצא (2003); בג"ץ 9098/01 **גניס נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נט(4) 241, פס' 3 לפסק דינו של השופט חשין, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004); ע"פ 6914/04 **פיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(6) 49, פס' 13 לפסק דינו של השופט חשין (2005); בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי (2005); בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פס' 64 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פס' 79 לפסק דינו של הנשיא ברק, פס' 19, 21, 101, 114 ו-117 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין, פס' 6 לפסק דינו של השופט עדיאל, פס' 17 לפסק דינו של השופט ריבלין (2006); בג"ץ 153/06 **טקסי "המרכז" בע"מ נ' כנסת ישראל**, פס' י"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 28.8.2006); בג"ץ 956/06 **איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת**, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 25.3.2007); בג"ץ 4948/03 **אלחנתי נ' שר האוצר**, פ"ד סב(4) 406, פס' 31 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 5 לפסק דינו של השופט ריבלין (2008); עניין **לוי**, לעיל ה"ש 144, פס' 56 לפסק דינה של השופטת נאור; בג"ץ 4007/11 **ליאנגי נ' הכנסת**, פס' י"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 6.10.2011); בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 6 לפסק דינו של השופט לוי, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו 11.1.2012); בג"ץ 1213/10 **ניר נ' יו"ר הכנסת**, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו 23.2.2012); עניין **שטנגר**, לעיל ה"ש 142, פס' 39 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; עניין **סבח**, לעיל ה"ש 144, פס' 71 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; בג"ץ 4857/14 **משולמי נ' הכנסת**, פס' ב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 19.10.2014); בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 12.3.2015); בג"ץ 6133/14 **גורביץ נ' כנסת ישראל**, פס' נ לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 26.3.2015); עניין **גביש**, לעיל ה"ש 142, פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה נאור; בג"ץ 6494/14 **גיני נ' הרבנות הראשית**, פס' 8 לפסק דינו של השופט שוהם (נבו 6.6.2016); עניין **ההסתדרות הרפואית בישראל**, לעיל ה"ש 141, פס' ק"ט ו-קכ"א לפסק דינו של המשנה לנשיא רובינשטיין, פס' 3 לפסק דינו של השופט סולברג; עניין **כץ לזקן**, לעיל ה"ש 142, פס' ד' ו-ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; עניין **ארד-פנקס 2017**, לעיל ה"ש 142, פס' 36 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; עניין **חסון**, לעיל ה"ש 3, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

החלוקה לסוגים שונים של שימוש שיפוטי בדברי ההסבר, וביסוס אמפירי של הטענה כי כל אלה מתקיימים תדיר במשפט הציבורי הישראלי, מלמדים כי לא מדובר במעמד ספורדי או קצר מועד. יתרה מכך, בחינת עומק של אותם מקרים מאפשרת להצביע על מסקנות נוספות. ראשית, בית המשפט אינו עומד על הזהירות הנדרשת בלמידה מדברי ההסבר.¹⁴⁷ הדיונים השונים שמסתמכים על דברי ההסבר אינם מגלים עירנות לחלקיות של דברי ההסבר ולכך שהם לא בהכרח משקפים נכוחה את ההסדר שנחקק לבסוף. הם גם אינם מגלים עירנות מספקת ליכולת החקיקתית להשתמש בהם ככלי שכנועי ואף מניפולטיבי.

שנית, ניתן לראות שהשימוש השיפוטי בדברי ההסבר מוביל להרחבת היריעה באשר לכוח הפרשני של דברי ההסבר. כך, למשל, במספר מקרים ביקש בית המשפט ללמוד מסקנות בדבר מידתיות ההסדר מתוך דברי ההסבר.¹⁴⁸ במקרה אחד אף ביקש בית המשפט ללמוד מסקנה ממה שאין בדברי ההסבר.¹⁴⁹ ניתן לקשור את הדברים לשיטתנו לכך שבית המשפט מבקש לשאוב לגיטימציה בין-מוסדית מעצם ההסתמכות על דברי ההסבר. הוא למעשה שולח למחוקק מסר כי המהלך הפרשני שבית המשפט נוקט באותו מקרה נעוץ בגישת המחוקק עצמו. לא רק לשון החוק, אלא גם האווירה החקיקתית אשר אופפת אותו. כמו כן, ניתן לאפיין את כל אותם מקרים בכך שהלמידה מדברי ההסבר כל כך רוחבית שאינה משתייכת לסגנון שיפוטי מסוים. היא אינה ייחודית לשופטים מסוימים, אינה מאפיינת שופטי רוב לעומת מיעוט ואינה מצויה בקשר הדוק עם הפעלה של דוקטרינות שיפוטיות מסוימות. היא חובקת-כול.

בשל כל אלה מתחזקת הבעייתיות של המסקנה השלישית: בית המשפט עצמו אינו מונחה על ידי אמות מידה כלשהן כיצד להסתמך על דברי ההסבר, באיזו עצימות ובאילו מקרים. ניתוח התוכן השיטתי מלמד שאין כל קריטריונים – ודאי שלא סדורים – אך נדמה שגם לא סמויים – המצדיקים את הבחירה להשתמש בדברי ההסבר. תרצה השופטת, ודברי ההסבר משרתים את דבריה? תסתמך עליהם. לא תרצה? לא תסתמך. נקודה עקרונית זו ניכרת גם מהצגת פסקי הדין העכשוויים בסוגיה.

¹⁴⁷ ראו להשוואה את ההכרה השיפוטית בכך שנדרשת זהירות בלמידה מהיסטוריה חקיקתית: למשל עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 142, פס' 47 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין **סבח**, לעיל ה"ש 144, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלצר. עוד ראו את הזהירות הננקטת ביחס ללמידה ממשפט משווה: בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 402–403 (1997); עניין **עדאלה נ' שר הפנים**, לעיל ה"ש 146, פס' 71 לפסק דינו של השופט חשין; עניין **איתן**, לעיל ה"ש 146, פס' 72 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 142, פס' 52 לפסק דינו של השופט דנציגר, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית; בג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נ' שר הפנים**, פס' 35 לפסק דינו של השופטת ברק-ארז (נבר 13.9.2017).

¹⁴⁸ עניין **ניר**, לעיל ה"ש 146, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **ההסתדרות הרפואית בישראל**, לעיל ה"ש 141, פס' ק"ל לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין **שכר הבכירים**, לעיל ה"ש 142, פס' 39 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

¹⁴⁹ עניין **התקציב הדו-שנתי II**, לעיל ה"ש 142, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

3. קשיים בפרשנות חוקתית

עצם ההסתמכות של בית המשפט על דברי הסבר מעלה קושי פרשני. בישראל, בכל הנוגע לפרשנות חקיקה, נהוגה שיטת הפרשנות התכליתית. כפי שהארנו, תורת הפרשנות התכליתית באופן שעוצבה במשפט הישראלי נותנת בכורה לתכלית האובייקטיבית ומקום משני בלבד לתכלית הסובייקטיבית.¹⁵⁰ על תכלית סובייקטיבית זו בית המשפט לומד מתוך פרוטוקולים ודברי הכנסת למשל, לצד דברי ההסבר. בפועל, וכפי שהראינו לעיל, במקרים רבים ההישענות השיפוטית על דברי ההסבר היא הרבה מעבר למשנית. מתן משקל מכריע בפרשנות החקיקה לדברי ההסבר עומד בסתירה לגישת הפרשנות התכליתית, גישה המבכרת את התכלית האובייקטיבית של החקיקה, אשר מורכבת ביסודה מהמוסד המשפטי המוסדר, עקרונות היסוד של השיטה, המבנה הכללי של החקיקה ומטרות היסוד של שיטת המשפט.¹⁵¹ על כן בגדריה של גישה זו יש להימנע מלהעניק בכורה, עדיפות או משקל יתר לכוונה הסובייקטיבית של המחוקק, אפילו אם דברי ההסבר משקפים אותה נאמנה, ולשיטתנו אין הם כאלה.

הקושי היסודי יותר שעולה מהסתמכות פרשנית על דברי ההסבר הוא כאשר מדובר בפרשנות חוקתית. או אז הקושי, כפי שנצביע כעת, מתעצם. בחלק ג(2) הראינו גם שבמקרים רבים (דובר שם בעשרות מקרים, כזכור) בית המשפט נשען על התכלית החקיקתית כפי שזו מופיעה בדברי ההסבר על מנת להכריע מהי תכלית החקיקה במסגרת הבחינה החוקתית. דווקא במקרה זה, שבו ההישענות על תכלית אובייקטיבית היא בעלת הערך הניכר ביותר, היא נדחקה הצידה. התכלית האובייקטיבית "משקפת את ההווה, והיא נקבעת על-פי עמדותיה הבסיסיות של החברה מודרנית באשר לחירות, שוויון, זכויות האדם, שלטון החוק, הפרדת רשויות ודמוקרטיה".¹⁵² ראוי שאלה יעמדו בלב הפרשנות החוקתית, אך הם אינם מקבלים את המקום הראוי להם, שכן בית המשפט מעדיף את התכלית שהמחוקק צייר עבורו, מבלי לעבור תהליך פרשני עצמאי של התחקות אחר תכלית החקיקה. זאת מלבד מרווח הטעות הניכר שקיים, בהינתן שדברי ההסבר, במהותם, הם חלקיים ותיכנה אי-התאמות משמעותיות בין מה שמוצג בדברי ההסבר לבין התוצר הסופי שבחוק.

הדברים מקבלים משנה תוקף בהינתן הקלות שבה ניתן לתמרן ולעוות את דברי ההסבר לצרכים אסטרטגיים ופוליטיים. שהרי בית המשפט הוא אחד הקהלים הבולטים שאליהם דברי ההסבר מיועדים מלכתחילה. דברי ההסבר, כך נדמה לא פעם, מיועדים לסייע לרשויות הפוליטיות לצלוח תקיפה חוקתית (בייחוד בחקיקה בעלת רגישות חוקתית כבר בעת חקיקתה), ולא דווקא להציע הסבר אמין על תכליות החקיקה. כפי

¹⁵⁰ ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 151. אין עוררין כי זו הגישה השלטת גם כיום. ראו גם שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים: המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" מאזני משפט ה 23, 34–35 (התשס"ו).

¹⁵¹ ברק, פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 249–250.

¹⁵² ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 161.

שראינו, במבחן התוצאה, לעיתים בית המשפט ממחר להשתכנע מדברי ההסבר, ובכך מכשיר תכליות חקיקתיות שפעמים אחרות לא היו עוברות את המשוכה החוקתית בקלות רבה כל כך.¹⁵³

העובדה כי מבחן התכלית נחצה בקלות יתרה מובילה גם לכך שהבחינה החוקתית אינה מדויקת בכל הנוגע ליישום מבחני המידתיות. בהתאם למבחני המשנה של המידתיות כפי שהם מקובלים בפרשנות החוקתית הישראלית,¹⁵⁴ מידתיות האמצעים צריכה להיגזר מתכלית החקיקה.¹⁵⁵ בחירה שיפוטית לאמץ תכלית שמצויה בדברי ההסבר, שאינה מבטאת את התכלית ה"אמיתית" של החוק, הופכת את הבחינה החוקתית בכללותה ללא מדויקת. הבעיה כאן היא, אם כן, פגיעה יסודית בתהליך הבחינה החוקתית והפרשנות החוקתית כולו. במדינות מבוססות מידתיות יש נטייה ממילא להזניח את תכלית החקיקה, ההתחקות אחריה והעיסוק בה.¹⁵⁶ הישענות מוגברת על דברי ההסבר על מנת להתחקות אחר תכלית החקיקה מחזקת את הצורך להכיר מפורשות בקושי זה.

יתרה מכך, להישענות השיפוטית המוגברת על דברי ההסבר כדי לחלץ את תכלית החקיקה השלכה נוספת: היא מובילה לכך שבית המשפט מחמיץ הזדמנות לנהל דיאלוג חוקתי עם המחוקק, מה שמשיע גם הוא, בתורו, על פסיקת בית המשפט. פוטנציאלית למצער, לדברי ההסבר יכול להיות ערך רב בכל הנוגע לקיום דיאלוג בין בית המשפט למחוקק, שבו סוגיה חוקתית עוברת מרשות שלטון אחת לאחרת, ולכל אחת השפעה על העיצוב החוקתי. דברי ההסבר מאפשרים למחוקק לפרוס בפני בית המשפט תמונה רחבה למדי: הרציונל מאחורי החוק, אופן הפרשנות הרצוי בעיני המחוקק, כיצד התרחש הליך החקיקה ומהם האיזונים והבחירות שנעשו במסגרתו. כל אלו עשויים לעמוד בפני בית המשפט בין אם מדובר בחוק שחוקתיותו נתקפת

¹⁵³ לביקורת ברוח זו, התומכת בהקשחת מבחני התכלית, ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' " **משפט ועסקים** טו 281, 309–314 (2012); מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה** 10, 39–40, 45–47 (2016).

¹⁵⁴ ראו עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 147, פס' 17–20 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק.

¹⁵⁵ ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** 166 (2016).

¹⁵⁶ ראו בישראל: קרמניצר, המידתיות החוקתית, לעיל ה"ש 153, בעמ' 38–41. בקנדה:

JANET HIEBERT, CHARTER CONFLICTS: WHAT IS PARLIAMENT ROLE? 47 (2002)

Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional*

Jurisprudence, 57 U. TORONTO L.J. 383, 388 (2007)

Talya Steiner, Andrej Lang and Mordechai Kremnitzer, ראו

Comparative and Empirical Insights into Judicial Practice: Towards an Integrative Model of Proportionality, in PROPORTIONALITY IN ACTION: COMPARATIVE AND

EMPIRICAL PERSPECTIVES ON THE JUDICIAL PRACTICE 542 (Mordechai Kremnitzer,

Talya Steiner & Andrej Lang eds., 2020).

לראשונה ובין אם מדובר בתגובה חקיקתית לפסיקה קודמת.¹⁵⁷ דברי ההסבר למעשה מהווים פלטפורמה נוספת עבור המחוקק להביע את דעתו באופן רחב יותר מזה שלשון החוק מאפשרת לו לעיתים, ולבית המשפט להתרשם מהמהלך החקיקתי בכללותו, בתוך ההקשר השלם שלו. זהו ערוץ תקשורת ישיר ונוסף בין המחוקק לבית המשפט, מלבד החוק עצמו. הם מהווים מה שכונה בפי מרזל "דיאלוג בשלב הביניים".¹⁵⁸ הם מאפשרים למחוקק להאיר בפני בית המשפט מהי התכלית החקיקתית; מהו האיזון שהמחוקק ביכר (בין אם הוא זהה, דומה או שונה מזה שבית המשפט ערך); מהי הפרשנות הרצויה בעיניו;¹⁵⁹ מדוע הוא בחר לדחות את העיצוב החוקתי שנקבע בפסק הדין, במקום שהוא בחר לעשות כן; או באופן רחב יותר, להראות כי דבריו של בית המשפט נלקחו ברצינות הראויה.¹⁶⁰ המחוקק מאמץ את השפה והמושגים החוקתיים שבהם בית המשפט משתמש בפרשנותו, וגם בכך תורם לדיאלוג.¹⁶¹ ואולם, בישראל, במבחן המציאות, הערך הדיאלוגי לא בא לידי מימוש. בניתוח התוכן השיטתי של הפסיקה התקשינו לזהות כי בית המשפט עוטר את השימוש בדברי ההסבר בהנמקה דיאלוגית או שיחנית. בית המשפט, כך נדמה, רואה בדברי ההסבר ערך אינסטרומנטלי בלבד, אשר משמש אותו כאמור לאפשר לתכליות שעשוי להיות

¹⁵⁷ תגובה חקיקתית הינה חקיקה שמיועדת להגיב לפסק דין. התנהלות זו מקובלת במשפט הישראלי והתקיימה עוד לפני חוקי היסוד של זכויות האדם, למשל ביחס לביטולי חקיקה על בסיס ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת. להרחבה ראו יוסף, לעיל ה"ש 85, בעמ' 402–404; Rivka Weill, *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power*, 39 HASTINGS CON. L. Q. 457, 487–498 (2011). יש שמכנים אותה, בשגגה לטעמנו, חוק עוקף בג"ץ, אך ראו את ההסבר המאלף של אהרונסון: "זהו ביטוי אומלל, משום שלמעשה הכנסת אינה עוקפת את בג"ץ במהלכים אלה, אלא דווקא נתקלת בו, מכירה בפעולתו, ומנסה להתמודד עימה בכליההיא". אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני" **עיוני משפט** לז' 509, 520 (2016).

¹⁵⁸ מרזל הכיר בכך שלב הדיאלוג מתנהל בין החוק לפסק הדין. ואולם, כל עוד כל רשות שומרת על תפקידיה, אין הצדקה לשלול את הדיאלוג הזה באותה "רמת ביניים", בתוך התהליכים שכל רשות מקיימת מתוקף סמכותה. מרזל, מעמד הכנסת בעתירות, לעיל ה"ש 99, בעמ' 362.

¹⁵⁹ ראו אצל היברט, שהדגישה את הפוטנציאל השיחי שבהבאת הפרשנות החוקתית של המחוקק לקדמת הבמה על ידי דברי ההסבר. HIEBERT, לעיל ה"ש 156, בעמ' 50.

¹⁶⁰ Kent Roach, *Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislators*, 80 CAN. BAR REV. 481, 523 (2001).

¹⁶¹ Roach, לעיל ה"ש 48, בעמ' 155–157. ראו גם: Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (OR perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75, 101 (1997); Emmet Macfarlane, *Conceptual Precision and Parliamentary Systems of Rights: Disambiguating "Dialogue"*, 17 REV. CONST. STUD. 73, 86 (2012).

בהן פגם חוקתי לעבור את הבחינה החוקתית, באופן שכונה "לגליזציה של הפוליטיקה".¹⁶² כך היה למשל בפרשיית מבקשי המקלט: בית המשפט הטיל ספק בחלקן של התכליות ביסוד החוק למניעת הסתננות (בפרט התכליות ההרתעתיות שחוקתיותן עמדה בספק). ובכל זאת, דברי ההסבר אפשרו לבית המשפט להכשיר את התכליות הקיימות ובמידה מסוימת אף להתחמק מהדיון הנדרש בעניין חוקתיותן.¹⁶³ כפי שתיארנו בחלק ג(1), התמונה שעולה מהפסיקה שדנה בסוגיה העקרונית של מעמדם של דברי ההסבר היא קונקלוסיבית במובן זה שהיא מעידה כי מדובר בחלק אינטגרלי מהתהליך הפרשני. עם זאת, היא אינה קונקלוסיבית כלל בשאלת ההכרעה על אודות מעמדם. לכך יש להוסיף קריאות בפסיקה בעד מתן משקל מוגבר יותר לרכיבים סובייקטיביים במסגרת מלאכת הפרשנות.¹⁶⁴ כאמור, דברי ההסבר גם אינם מקור אותנטי או מדויק ללמידה על הסדרי החוק השונים. גם אין, כפי שהזכרנו, "כללי הפעלה" או מתודולוגיה שיטתית מתי ואיך לפנות אל דברי ההסבר ובאיזה אופן ולאילו צרכים ניתן ללמוד מהם. הפוטנציאל הדיאלוגי שבדברי ההסבר נותר עלי ספר. גם הגישה ה"ברקית" אשר תומכת (ובהקשרים מסוימים אף מחייבת) פנייה אל דברי ההסבר כחלק מהתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית של החוק מציעה ערבוביה של כלים פרשניים שמשנתה ממקרה למקרה, ואינה מתווה דרך לחלץ את תכלית החוק מדברי ההסבר. מכלול הקשיים הפרשניים, האנליטיים והמוסדיים שהצבענו עליהם

MICHAEL MANDEL, THE CHARTER OF RIGHTS AND THE LEGALIZATION OF POLITICS IN CANADA (1989) 162

עניין אדם, לעיל ה"ש 142; עניין איתן, לעיל ה"ש 146; עניין דסטה, לעיל ה"ש 146. להשלמת התמונה (האבסורדית) בדבר מידת האמינות של התכלית שהוצגה שם, ראו את הדברים הבאים שנכתבו בערעור מנהלי כנגד הוראת התייצבות ושהייה במתקן חולות של אחד השוהים במשמורת: "כפני בית המשפט המחוזי טען נציג המדינה כי 'הכוונה אינה לאפשר להם [למסתננים] לשהות פה ולהנעים את זמנם בצורה מיטבית, אלא למצוא את הדרך בה בסופו של דבר יצאו מישראל [...] הם נכנסו שלא כדין ואינם אמורים להישאר פה' (עמ' 6 לפסק הדין מושא הערעור). טיעון זה עומד בניגוד מוחלט לעמדת המדינה כפי שהוצגה בפני בית המשפט בעניין דסטה [...] ניתן להיווכח אפוא כי עמדת המדינה בפני בית משפט קמא הוצגה באופן בלתי ראוי, ולא בכדי נטען על ידי המערערים כי 'יצא המרצע מן השק'. בדיון שהתקיים בפנינו, הבחיר בא-כוח המדינה כי מדובר בשגגה, וכי לא חל שינוי בעמדת המדינה כפי שהוצגה בעניין דסטה. ראינו צורך להביא את הדברים בצורה מפורשת, כדי לוודא שעמדתה המוצהרת של המדינה היא אכן זו שמישמת בטשח". עמ"מ 849/16 פלוני נ' משרד הפנים, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 25.10.2017).

בולטות במיוחד קריאותיו של השופט סולברג בהקשר זה. ראו למשל דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פס' 4-24 לפסק דינו (נבו 12.9.2017); דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פס' 6-13 לפסק דינו (נבו 26.10.2017). להרחבה ראו רוניק, לעיל ה"ש 13. 164

מובילים – וצריכים להוביל – לחדנות רבה על אודות מקומם של דברי ההסבר בפרשנות תכליתית בכלל, ובפרשנות חוקתית בפרט.

ד. הצעה לעיצוב מוסדי חדש

עד בפרקים הקודמים עמדנו בהרחבה על מהותם של דברי ההסבר, מתוך שתי נקודות מבט שונות: נקודת המבט החקיקתית, המתארת את אופן היווסדו והפרקטיקות השונות שנקטות ביחס להם; ונקודת המבט השיפוטית, המתארת את האופן שבו הם משמשים לפרשנות השיפוטית. באלה כמו באלה יש קשיים משמעותיים המשליכים על שיטת הפרשנות התכליתית עצמה. משכך, יש צורך בהבניה של מוסד דברי ההסבר בישראל מאותה נקודת מבט דו-ממדית: הן אופן ההסדרה של המוסד והן אופן השימוש בו מצד בית המשפט.

מהלך מחשבתי סדור: ראשון, אנו סבורות כי נדרש קיומו של מהלך מחשבתי סדור בנוגע למוסד דברי ההסבר בישראל, בהשתתפות גורמים פוליטיים ומקצועיים גם יחד, שבו יהיו מעורבים כל האמונים על הליך החקיקה על רבדיו השונים, בכנסת, בממשלה ובציבור. כפי שהראינו, עד כה מהלך מעין זה לא התקיים מאז קום המדינה, ולפחות לא מהלך שקיבל ביטוי פומבי. מהלך מחשבתי זה חייב לכלול התייחסות לשאלה העקרונית מהן התכליות המרכזיות שמוסד דברי ההסבר צריך לשרת. לשיטתנו, התכלית המרכזית שמוסד דברי ההסבר צריך לשרת היא תרומה לבהירות ולפומביות החקיקה והטלת אור נוסף על הליך החקיקה, הצורך בו והאיזונים שנעשו במסגרתו. מטרה זו היא יסוד ומסד לכל שאר המטרות שעליהן עמדה הספרות העיונית.¹⁶⁵ תכלית זו תוכל לשרת שלושה גורמים שונים באופנים שונים: (1) המחוקקים עצמם ובעלי עניין המשתתפים בדיון, באופן שיתרום לשיפור איכות החקיקה ולשיפור התהליך הדליברטיבי;¹⁶⁶ (2) הציבור בכללותו, על מנת שידע באופן ברור מהם ההסדרים שעתידיים לחול עליו, והחקיקה החדשה תהיה נגישה יותר עבורו; (3) בית המשפט, שהבניית דברי ההסבר תסייע לו לעמוד על מורכבות הצעת החוק וההטיות הגלומות בה, ובכך לחשוף באופן מדויק יותר את תכלית החקיקה ולמנוע את עיוות הבחינה החוקתית.

מובן כי כמו בכל תהליך של גיבוש מטרה עשויות להתעורר אי-הסכמות יסודיות. לשיטתנו הדבר אינו מאיין את הצורך בקיומו של תהליך זה, משני טעמים. הראשון, משום שהצעתנו אינה מחייבת בחירה במטרה אחת ויחידה אלא מאפשרת להכיל סט של מטרות, כל עוד הן תהיינה רגישות להשפעה ולחשיבות של דברי ההסבר. השני,

¹⁶⁵ ראו לעיל את הטקסט הנלווה לה"ש 47 עד ה"ש 54.

¹⁶⁶ לדיון רחב יותר באשר לטיוב הליך החקיקה ראו איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט 645 (2016).

במישור הפרקטי, קל יותר להגיע להסכמה בשאלות הליכיות דוגמת המוצעות כאן מאשר בסוגיות מהותיות.¹⁶⁷

עיגון דברי ההסבר: נוסף על כך נדרש **עיגון מפורש** בתקנון הכנסת של הנוהג הקיים כיום להוסיף דברי הסבר לחקיקה, הן פרטית, הן ממשלתית והן מטעם ועדה. התמונה המצטיירת, של פרקטיקה התלויה במיהות גורמי החקיקה ומידת מקצועיותם, מעלה צורך בקביעה אחת ברורה ויחידה בתקנון הכנסת שמסדיר את הליך החקיקה בישראל (למצער עד לכינונו של חוק-יסוד: החקיקה), באשר לאופן שבו יש לכתוב את דברי ההסבר ולתוכם הרצוי. עם זאת, מכיוון שתקנון הכנסת הוא במעמד של חקיקת משנה,¹⁶⁸ מהבחינה הפורמלית אין הוא מחייב את הממשלה בהליכי ההכנה של הצעת חוק ממשלתית. על מנת לחייב את הממשלה לכלול דברי הסבר בשלב הכנת הצעת החוק בממשלה, בפרט טרם הפצת התזכיר להערות, מוטב לעגן את החובה המוצעת בחקיקה ראשית. עם זאת, גם ככל שהעיגון יישאר ברמה הנורמטיבית של התקנון, הוא יחול כאמור גם על הצעות חוק ממשלתיות מרגע שאלו הונחו על שולחן הכנסת. לשיטתנו, ההצעות המוצגות כאן אינן מצריכות הליך של אישור נפרד או שונה מהמצב הקיים כיום. חברות וחברי הכנסת לא יידרשו לאשר את דברי ההסבר, ותוכנם לא יחייב את הציבור באופן ישיר.¹⁶⁹

השלבים של כתיבת דברי ההסבר: ראשית, יש לצמצם את הפער הקיים בין תוכן הצעת החוק כפי שהוא מתואר בדברי ההסבר, לבין תוכן החוק שאישרה הכנסת. כזכור, הפרקטיקה הקיימת היום היא של צירוף דברי הסבר להצעת החוק רק עד לשלב הקריאה הראשונה במליאה. שלב זה קודם לעבודת ועדות הכנסת על ההצעה, שבה נערכים מרבית השינויים. לפיכך, דברי ההסבר להצעה אינם משקפים בהכרח את תוכן החוק שהתקבל בכנסת. על מנת לצמצם פער זה, יש לצרף דברי הסבר להצעה גם **לאחר הדיון בוועדה הרלוונטית** לקראת הקריאה השנייה והקריאה השלישית. בכך יובטח כי תוכן דברי ההסבר ישקף במידה רבה, כמעט מוחלטת, את תוכן החקיקה הסופי, ויימנעו מצבים של פער משמעותי בין דברי ההסבר לבין ההסדר הקיים בחוק כפי שהדגמנו. יתרה מכך, ככל שדברי ההסבר ישקפו גם את תהליך החקיקה ואת הצגת העמדות השונות שהועלו במסגרתו, יש הכרח לקבוע את מועד כתיבת דברי ההסבר בשלב מאוחר יותר מאשר המועד כיום. זאת שכן כל מועד הקודם לסיום עבודת הוועדה הרלוונטית להכנה לקריאה שנייה ושלישית לא יוכל לשקף נאמנה את תהליך הבחירה החקיקתית של בחירות ואיזונים אלו. אכן הצעה זו עשויה להשית עלויות נוספות על

Tom R. Tyler, *Governing amid Diversity: The Effect of Fair Decisionmaking Procedures on the Legitimacy of Government*, 28 LAW & SOC'Y REV. 809, 814 (1994) ¹⁶⁷

בנדרו "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת", לעיל ה"ש 61. ¹⁶⁸

ראו לעיל חלק ב(2). ¹⁶⁹

הגורמים השונים בהליך החקיקה. עם זאת, ההבנה המקובלת כיום היא שעל אף העלויות הכרוכות בהליך חקיקה משמעותי ואפקטיבי, מעלותיו מצדיקות עלות זו.¹⁷⁰ **תוכן דברי ההסבר:** ראשית, על מנת לשקף את מורכבות ההצעה באופן שיכול לסייע לעמוד על תכליותיה, יש לטעמנו לכלול בדברי ההסבר תיאור כרונולוגי של הליך החקיקה. תיאור זה יכול להוסיף מידע רב למעיינת בהצעת החוק כאשר למורכבות החוק, למידת החשיבות הציבורית של החוק או לקושי להגיע להסכמה על הסדרים מסוימים בו. כך, למשל, התיאור יוכל לשקף האם התקיימו בהצעת החוק שלושה דיונים או שלושים; האם הוקמו ועדות מיוחדות או ועדות משנה לצורך הטיפול בהצעת החוק; האם הצעת החוק המתינה תקופה בוועדת הכנסת בשל אי-הסכמה על הוועדה המתאימה; האם הוחל על ההצעה דין רציפות; ועוד. לכל אחת מסוגיות אלו עשויה להיות השלכה עבור כל אחד מהקהלים של הצעת החוק.¹⁷¹ שכן, הקמת ועדה משותפת לשתי ועדות כנסת שונות עשויה להעיד על ריבוי התחומים שהחוק עוסק בהם. לחילופין, הקמת ועדת משנה עשויה להעיד על מידת מורכבות גבוהה של ההסדרים בהצעה. היבטים אלו עשויים לאותת לבית המשפט כי עליו לנקוט משנה זהירות בבואו לקבוע את תכליות החוק.

שנית, על מנת לשקף את מורכבות ההצעה ואת תכליותיה, יש לטעמנו לתאר בדברי ההסבר את העמדות המרכזיות השונות במהלך דיוני הכנסת בהצעה, בין אם על ידי נציגי הממשלה, חברי הקואליציה, האופוזיציה ובעלי העניין האחרים בהליך. עולה השאלה האם הצעה זו אינה מעלה חשש לקיומם של ויכוחים ומאבקים סביב ניסוחים אלה. לשיטתנו, מובן כי במהלך הדיונים יתקיימו ויכוחים בין העמדות השונות. על דברי ההסבר לשקף נכוחה דיונים אלה. תיאור עמדות אלה הוא חשוב משום שבאמצעותו ניתן לעמוד על קווי המחלוקת שעלו בעת הדיונים בהצעת החוק. הוא גם מאפשר למחוקק להצדיק בפני בית המשפט את הבחירות החוקתיות שנעשו.¹⁷² יתרה מכך, כוונת המחוקק אינה אחידה. המחוקק מורכב למעשה ממחוקקים בודדים רבים, בעלי עמדות שונות בהתייחס להסדרים שונים בהצעת החוק.¹⁷³ לפיכך, התייחסות אל "כוונת המחוקק" משל הייתה עשויה מקשה אחת, היא פשטנית מדי. תיאור המחלוקות

¹⁷⁰ וראו בהקשר זה את דבריו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ בעניין מתווה הגז: "אין דומה הצבעה כללית על 'המוצר המוגמר' להליך חקיקה מלא על כל שלביו. הליך חקיקה מאפשר דיון מקיף והצגת מגוון דעות וחשיבה מעמיקה. הליך חקיקה הוא שקוף ופרוס לעיני הציבור [...] הליך חקיקה אף מגביל את יכולת התמרון של קבוצות אינטרסים מאורגנות, בניסיון להשפיע על הרשות המינהלית לקבל החלטות שישרתו אותן". בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"י) נ' ראש ממשלת ישראל, פס' קמ"א לפסק דינו של רובינשטיין (נבו 27.3.2016).

¹⁷¹ כזכור, אנו מנינו את הקהל הפוליטי (פנים-מוסדי פוליטי ובין-מוסדי פוליטי), בתי המשפט והציבור.

¹⁷² לעבודה תאורטית מקיפה בנושא של הצדקת הפגיעה ראו MOSHE COHEN-ELIYA AND IDDO PORAT, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE 103-133 (2013).

¹⁷³ ראו לעיל ה"ש 30.

המרכזיות בדברי ההסבר, בהתייחס לשיוך המוסדי של חברי הכנסת שביטאו אותם, וכל לשקף בצורה אותנטית יותר את כוונת חברי הכנסת כאשר אישרו את הצעת החוק במליאה, ולהעיד, בהתאם לכך ובצורה מורכבת יותר, על תכליתו של החוק.¹⁷⁴ במסגרת הנוכחית ניתן לחשוב גם על תוספת שלישית, שעניינה החלופות שנסקרו כחלק מהליך החקיקה וכן להשלכות הצפויות של הצעת החוק.¹⁷⁵ אלו יחדו את היכולת לצלוח את מבחני המידתיות, בעיקר כאשר מדובר בהערכת המידתיות (החוקתית) של תגובה חקיקתית.¹⁷⁶ הצעה זו גם מתיישבת עם מגמות קיימות בחקר הרגולציה לגלות העדפה לתהליכי RIA (Regulatory Impact Assessment), שבעבר הוצע כבר כי יאומצו גם במסגרת הליכי חקיקה ראשית בכנסת.¹⁷⁷ עם זאת, לשיטתנו, הטלת מלאכה זו באופן קטגורי על כל הצעות החוק חורגת מהתכלית של מוסד דברי ההסבר. יתרה מכך, הצעה זו תעמיס באופן משמעותי על כל הגורמים המעורבים בניסוח החקיקה ובגיבושה. יש לזכור שהכנסת מייצגת את עצמה בפני בית המשפט והיא יכולה להביא את כל העובדות החברתיות (social facts) באופן עצמאי בפניו.¹⁷⁸

¹⁷⁴ לפי Roach, לעיל ה"ש 48, נוצר בקנדה דפוס חדש בנוגע לכתיבת דברי הסבר במקרים של חקיקה המאשררת או מכניסה לתוקף הסכמים בין-ממשלתיים (inter-governmental agreements). דפוס זה נפוץ יחסית בכתיבת הסכמים במשפט הבינלאומי, וכן במקרה של הסכם בין הממשלה הפדרלי בקנדה לבין הפרובינציות. במקרה כזה, החלה פרקטיקה של תיאור העמדות של כל אחד מהצדדים להסכם כלפי האינטראקציה שהובילה לחקיקה, כמו גם לשאיפות של כל אחד מהצדדים כלפי הצעת החוק.

¹⁷⁵ יש לציין כי לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, במקרה של הצעות חוק ממשלתיות במהלך עבודת המטה על הצעת החוק, על המשרד הממשלתי לבחור בחלופה המשפטית שהפגיעה בה בזכויות היא פחותה. ס' 3 ו-8 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 69. להצעה בדבר האופן שבו יש לערוך תהליך הערכת השפעות עבור הצעת החוק ראו מרדכי, קרמניצר ופוקס **מדריך לחוקק, לעיל ה"ש 52**, בעמ' 174–180; להמלצה לכלול תיאור של הערכה זו בדברי ההסבר, ראו חן פרידברג **איך משפרים את עבודת הכנסת כגוף מחוקק ומפקח?** 12 (2018).

¹⁷⁶ ראו לעניין זה את המודל הסמי-פרוצדורלי שהציג בר-סימן טוב: איתי בר-סימן-טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" **ספר דורית ביניש 299** (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים) 2018.

¹⁷⁷ הדבר אינו גורע מהצורך במקרים מסוימים לכלול הוראות נוספות בדברי ההסבר, כפי שקיימים כיום למשל כאשר להצעת חוק תקציבית או להשפעה על זכויות הילד. להוראות הקיימות בנוגע לחקיקה תקציבית ראו חוק יסודות התקציב, לעיל ה"ש 64; להוראות בנוגע להשפעה על זכויות הילד ראו חוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, לעיל ה"ש 68.

¹⁷⁸ ס' 17 (ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994. החוק זוכה לפרשנות רחבה, ובעניין בג"ץ 4550/13 **בהט נ' שרת הבריאות**, פס' 22 לפסק דינו של השופט זילברטל (אר"ש

כמו כן, הפרוטוקולים בוועדה ודברי הכנסת במליאה הם פומביים ועומדים לרשות השופטים כל אימת שירצו. בהינתן היבטים אלו, אנו סבורות כי החיסרון של דרישות אלה עולה על הערך שבהן.

כסיכום ביניים, מבנה רצוי לדברי הסבר יתחיל בתיאור המצב הקיים מבחינה חברתית ומשפטית גם יחד, יתאר את הבעיה במצב הנוכחי עובר להצעת החוק וכן את הפתרון המשפטי המוצע במסגרת הצעת החוק. לאחר אלה יאמרו דברי הסבר את ההשלכות הצפויות של הצעת החוק, אם תתקבל לכדי חקיקה, וכן יציגו תיאור כרונולוגי של הליך חקיקה אשר מלווה בתיאור העמדות המרכזיות שנשמעו בהליך. ניתן להציע גם מתווה ביניים שלפיו ההצעות שלעיל, העוסקות בהליך החקיקה, תוטמענה בנוגע לחוקים בעלי חשיבות ציבורית או חוקתית מיוחדת.

ההצעות שלהלן מאפשרות גם להבחין באופן חד יותר וברור יותר בין מוסד דברי ההסבר לבין סעיפי מטרה. סעיפי המטרה מהווים הוראה מחייבת של החוק. הם קצרים וממוקדים.¹⁷⁹ דברי ההסבר, לעומת זאת, ודאי באופן שבו אנו מציעות לעצב אותם, כוללים תיאור נרחב של המציאות העובדתית והמשפטית שהתקיימה במהלך הליך החקיקה. לכן הליך החקיקה שמעוצב במסגרתם, הן באופן שבו הוא מתקיים ברשות המחוקקת והן באופן שבו ישתקף מאוחר יותר בעיניה של הרשות השופטת, הוא נרחב יותר מזה שסעיפי המטרה מאפשרים, ובכך הם עדיפים על חלופה זו.

צידה השני של מלאכת העיצוב החוקתי של מוסד דברי ההסבר נעוץ, כפי שביקשנו להראות בדיון לעיל, באופן שבו בית המשפט מאמץ אותם ובמשקל שניתן להם בפסיקה. מכאן שאנו סבורות כי גם אם הבכורה בכל הנוגע לדברי ההסבר נתונה למחוקק, שבו עסקנו עד כה בפרק זה, יש משקל גם לבית המשפט בתהליך זה.

על כן, כאשר בית המשפט מגיע לשקול את דברי ההסבר ואת המשקל שיש ליתן להם, עליו להסתמך על דברי ההסבר בנוסח שנכתב לאחר הדיונים בקריאה השנייה ולא על הנוסח לפני הקריאה הראשונה. שהרי, דברי ההסבר לאחר הקריאה השנייה במליאה הם שישקפו את העבודה הרבה שנעשתה בוועדה הרלוונטית באשר להצעת החוק, וקרובים הרבה יותר לתוכן הסופי של החוק.

הצבענו על דרכים שונות שבהן בית המשפט משתמש בדברי ההסבר. השימוש הפרשני והשימוש לצורך למידה אפקטיבית אינם מעלים, לשיטתנו, את אותו קושי נורמטיבי שהתחזק אחר תכלית החקיקה באמצעות דברי ההסבר מעלה. לפיכך, באשר לאחרונה בלבד, חיוני לשיטתנו לקבוע אמות מידה מנחות להסתמכות על דברי הסבר. אמות מידה אלו צריכות להיקבע בפסיקה, באופן גלוי וסדור, באמצעות תהליך הנמקה כמקובל בפסיקה. עליהן לקחת בחשבון את החסרונות האניהרנטיים של דברי

6.10.2013) בית המשפט אף שקל לדחות על הסף עותר בשל אי-צירוף הכנסת להליך התקיפה החוקתית.

הם גם מעלים שאלות פרשניות חשובות ורלוונטיות (ראו למשל בבג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009)), אך אלו חורגות מגדרי מאמר זה. להעמקת היריעה בהקשר ההשוואתי ראו גם Roach, לעיל ה"ש 48.

ההסבר, כמו גם את הפוטנציאל הגלום בהם, ולאזן בין השניים. כאשר לראשונים ניתן להמשיך ולהסתמך על דברי ההסבר כל עוד ההסתמכות היא על נוסח לקראת קריאה שנייה ושלישית.

יתרה מכך, מנסחי דברי ההסבר לעולם יהיו כפופים להטיות סובייקטיביות מסוימות, וכך גם השופטות כאשר הן קוראות את דברי ההסבר ובוחנות האם יש ללמוד מהם מסקנות ואילו. על כן, כאשר בית המשפט נתקל בדברי ההסבר, עליו לעשות זאת מתוך הכרה באופי הסובייקטיבי והשכנועי שלהם. נדרשת מבית המשפט מודעות לכך שהוא מהווה קהל ייעודי ומכוון לדברי ההסבר, שלא פעם נועדו לשכנע אותו ולהשפיע על פסיקתו. מודעות זו מטרתה למנוע הישנות של מקרים שבהם בית המשפט הולך שבי אחר תכליות מפוקפקות אך משום שהן נתמכות בדברי הסבר חד-משמעיים, אשר במבחן המציאות מתגלים כלא נכונים.¹⁸⁰

ההסתמכות שאנו מציעות על דברי ההסבר לצורך מלאכת הפרשנות התכליתית נשענת על ההצעות לעיל לטיוב דברי ההסבר. במתכונתם הנוכחית, אנו סבורות שהם אינם ראויים להסתמכות, ודאי שלא בלעדית, בשל הקשיים שהצבענו עליהם לעיל. לעומתם, המתכונת החדשה המוצעת כאן תאפשר לבית המשפט להיחשף להליך החקיקה באופן מלא יותר ומשמעותי יותר כפי שהתקיים בבית המחוקקים. הסתמכות רחבה שיוודת לעומקו של ההליך, כפי שנגלה מדברי הסבר מלאים, ברורים ומקיפים, תוכל לצמצם את הפגיעה שעליה עמדנו בתהליך הפרשני.

סיכום

במאמר זה ביקשנו להאיר לראשונה על מוסד דברי ההסבר והקשיים הכרוכים בו בשיטה הישראלית, בפרקטיקות שקיימת בה ובדינמיקות בין רשויות השלטון השונות. טיעון מרכזי שהיה שזור לכל אורך הפרקים השונים במאמר הוא אופן ההסדרה החלקי והרעוע של מוסד דברי ההסבר בישראל. להיעדר ההסדרה, לחלקיות שלה ולקשיים שנובעים ממנה השפעה רבה על האופן שבו בית המשפט מתייחס אל דברי ההסבר. ניתן היה לזהות זאת הן מבחינה של פסיקות עדכניות בנושא והן באמצעות עריכת ניתוח תוכן שיטתי של כמאתיים פסקי דין של בית המשפט העליון מאז כוננו חוקי היסוד של זכויות האדם בשנת 1992. עם זאת, הקשיים הנעוצים בהסדרת המוסד הם אך חלקה של התמונה. האופן שבו דברי ההסבר משתלבים במתודת הפרשנות התכליתית מעלה גם הוא קושי עצמאי, במיוחד עת בית המשפט נסמך עליהם על מנת להתחקות אחר תכלית החקיקה במסגרת בחינה חוקתית של חוקתיות החקיקה. עם זיהוי הקשיים המרכזיים במצב הקיים, הצענו גם קווי יסוד למחשבה מחודשת על מוסד דברי ההסבר בישראל. מחשבה מחודשת זו נוקטת נקודת מבט כפולה, הן של המחוקק והן של בתי המשפט, מתוך הבנה מערכתית שבין המוסדות – כחלק מתהליך הבחינה

¹⁸⁰ ראו את הדוגמה לעיל בה"ש 163.

החוקתית – מתקיים היזון מתמיד והאופן שבו אחד מתקיים הוא בעל השפעה מכרעת גם על השני.

בנקודה זו ראוי להעיר כי בכתיבה האקדמית בישראל תשומת לב חוקתית רבה מופנית לבית המשפט העליון. עם זאת, חשוב לתת את הדעת כי תחילת הדיון נעוצה בכנסת. תהליך מסודר של חשיבה על מוסד דברי ההסבר בישראל, על התכליות שרצוי וראוי כי הוא יגשים, כמו גם על האופנים שבהם ניתן לעשות זאת, הוא חיוני. מהלך זה הוא בעל השפעה רבה לא רק בכנסת פנימה, אלא גם באופן שבו מתנהלים יחסי הגומלין שלה עם רשויות השלטון האחרות, עם שחקנים אחרים הלוקחים חלק בהליך החקיקה ועם הציבור. לדברי ההסבר השפעה רבה על כל אלו, לא רק על בתי המשפט ועל אופן פרשנותם. מהלך נפרד, וראוי לא פחות, הוא מהלך מחשבתי נוסף בבית המשפט העליון פנימה: מה המקום שראוי כי דברי ההסבר יקבלו ובאילו נסיבות? אגב הדיונים השונים והאנליזות השונות שהצענו התעוררו שאלות של לגיטימציה ושל בחירות אסטרטגיות. אלו אינן מנותקות מהדוקטרינה שהצענו, אלא במידה רבה כרוכות בה. העיצוב המוסדי שהצענו מתחשב בקיומן ומציע לעצב הסדרים בהתאם. למוסד דברי ההסבר יש פוטנציאל ניכר לטייב את החקיקה, את הפרשנות התכליתית ואת הדינמיקה שבין רשויות השלטון אגב תהליכים אלה. במצב הקיים – בכל הנוגע לאופן הסדרתם ולאופן השימוש בהם בפסיקה – הם רחוקים מלמלא אותו. מאמר זה ביקש, בראש ובראשונה, לפתוח את השיח בנושא חשוב זה, שזוכה למעט מאוד מחקר ודיון, לנתח סוגיות שעד כה נותרו סמויות או בלתי מדוברות, ולהציע קווים מנחים להסדרה של מוסד דברי ההסבר ושל השפעתו על הפרשנות התכליתית. אנו מקוות שהגשמת איזו ממטרות אלו תוכל להוביל להגשמת הפוטנציאל הרב הגלום במוסד דברי ההסבר במשפט הישראלי.