

לרגל פרישתו של המשנה לנשיא מישאל חשין

מאת

אהרן ברק*

נפרדים אנו היום משופט דגול; יחיד במינו, משכמו ומעלה. אם יש גאונות במשפט, השופט חשין ניחן בה. מה שלאחרים לוקח שנות לימוד רבות בא לו למישה אינטואיטיבית, כדבר המובן מאליו, כחלק מהקונסטיטוציה הפנימית שלו. הגה אך דוגמה אחת מיני רבות לדברים שכתב השופט חשין. דוגמה זו עוסקת בתורת הפרשנות:

בבואנו אל חוק הכנסת, אין אנו באים בידיים ריקות. באים אנו ובצקלוננו מטען של שפה ולשון, פירושים ומשמעויות, מנהגות-חברה ומוסר, מוסכמות ומושכלות ראשונים, צדק ויושר, עקרונות ועיקרים. בבואנו אל מלאכת-הפרשנות, לא ציידנו עצמנו אך במילון. גם התנ"ך ומורשתנו בנו, גם אהבת-האדם גם הצורך המובנה בנו להיות בני-חורין. כך באים אנו אל חוק הכנסת, מצוידים בכל אותם כלי-מלאכה, ועושים אנו כמיטבנו לפירושו של הטקסט המונח לפנינו. עוד ידענו, כי חוק של הכנסת לא לבדד ישכון. חוק הכנסת מדמה עצמו להלך המזדמן לעיר והמבקש לעשות משכנו קבע במקום. דרך הטבע הוא שאותו הלך יעשה כמיטבו להתאים עצמו למנהגי-המקום, הגם שבהשתכנו קבע ישפיע אף-הוא על אותם מנהגים ועל אורחות החיים.¹

זהו הביטוי העמוק של הבנת המשפט; זהו המסד להבנת הפרשנות במשפט; זוהי תורת הפרשנות התכליתית בטוהרתה.

פסקי דין רבים כתב מישה, בכל ענפי המשפט. מהאוניברסיטה ומהמחקר המדעי הביא עמו מומחיות במשפט הפרטי וממשרד המשפטים הביא שליטה מלאה במשפט הציבורי. בבית המשפט העליון ביטא את הסינתזה בין ענפי המשפט השונים ואת העקרונות והערכים המאחדים אותם. אכן, בארבע-עשרה שנות כהונתו בבית המשפט העליון עסק מישה במרבית תחומי המשפט ובכולם פיתח את הדין וקידם אותו. לא אוכל לעמוד על כל ענפי המשפט בהם פסק וקידם את הדין; הרשו נא לי להשקיף במבט-על על הפילוסופיה המשפטית העולה מפסקי הדין הרבים והיפים

* הדברים נישאו בטקס הפרישה של כב' המשנה לנשיא, שהתקיים ביום 16.2.2006.
1 דני"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 בעמ' 71, 72 (1998).

שכתב בבית המשפט העליון. לא על פנינים בודדות אעמוד אלא על שרשרת הפנינים בשלמותה.

ביסוד הפילוסופיה המשפטית של מישה עומד האדם, ועל פיה "אדם – כל אדם – הוא עולם לעצמו. אדם – כל אדם – הוא אחד, יחיד ומיוחד".² עם האדם בא כבוד האדם:³

נתקשה במאוד להבחין ולהבדיל בין האדם עצמו לבין כבוד האדם. האדם וכבודו ירדו לעולם שלובים ואחוזים זה בזה. האדם הוא כבודו וכבודו של אדם הוא האדם.

האדם וכבודו, שעליהם המשפט מגן ובהם אל לו לפגוע, הוא האדם כחלק מהחברה. "נזכור" – כתב מישה – "שהחברה הינה אוסף של יחידים".⁴ כאן נפתח הפתח לתפיסתו של מישה את האדם כחלק מהחברה, ואת המשפט כמסדיר את מערכת יחסיו הנורמטיביים של האדם בחברה:⁵

המשפט ייעודו הוא, בעיקרו, להסדיר את יחסיהם של יחיד החברה, בינם לבין עצמם, ולדאוג לארגונה של החברה בדרך ראויה. האדם הוא יצור מורכב להפליא. יחסי היחידים בחברה, ביניהם לבין עצמם, מורכבים אף הם, ובמובנים מסויימים מורכבים הם אף ממורכבותו של היחיד. מתוך שלל היחסים בין היחידים גזור המשפט קטע הנראה ראוי בעיניו להסדרה ולהגדרה בידי המשפט, ועל קטע זה מטיל הוא רשת של נורמות-משפט.

נורמות משפט אלה לא לשמן נוצרו. הן באות לשרת את היחיד ואת החברה שבה הוא חי. אכן, ביסוד תפיסתו המשפטית של מישה עומד היחיד כחלק מהחברה. המשפט בא לשרת את היחיד ואת החברה וערכיה. המשפט אינו מטרה לעצמו, כפי שכתב מישה:⁶

יישמר איש-המשפט לנפשו מהתנשאות ומיוהרה, שמא יתגדל בלבבו ויאמר: המשפט נושא את תכליתו על גבו – ואני איש המשפט. המשפט אין בו תכלית לעצמו. כלי הוא להשגתן של מטרות ותכליות לברי-משפטיות: גילוי האמת, עשיית צדק, הגשמתן של תכליות חברה ומשק. 'עשות משפט' (מיכה ר', ח') פירושו, עשות צדק בכלי המשפט.

הנה כי כן, ביסוד המשפט עומדת השאיפה להשיג כמה תכליות. במרכזן של תכליות אלה

2 ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289, 307 (1997).

3 פרשת קראוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74.

4 שם, בעמ' 75.

5 בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 360 (1998).

6 דגנ"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 826 (1998).

עומדים ערכי המשפט, ובמרכזם – עשיית הצדק, גילוי האמת והגשמת ההגינות. על פי תפיסתו של מישה, הגשמת הצדק, חיפוש האמת והבטחת ההגינות הם מערכי היסוד של המשפט, ואותם ביקש מישה להגשים בתפקידו כשופט. מכאן תפיסתו כי לעקרונות היסוד יש מעמד נורמטיבי בישראל כמעמדו של חוק הכנסת. לעניין הערך המוסרי כי אין הרוצח יורש כתב מישה:⁷

עקרון יסוד זה חי את חייו שלו במרחבי משפט ישראל, בצדם של עקרונות יסוד אחרים ובצדם של חוקים, חוקי יסוד ושאר מרכיבים היוצרים את משפט ישראל בכללו. עקרון יסוד זה, רמתו רמת חוק היא ואת חוקים יתהלך.

ביסוד תפיסתו המשפטית של מישה מונחים ערכי היסוד כבסיס וכתשתית; הם ההתחלה והם הסוף. דומה שהמרכזי בערכי היסוד, על פי תפיסתו של מישה, הוא הצדק והשאיפה להגשמתו:⁸

תכליתו ומטרתו של המשפט הן לעשות צדק בין-אדם-לחברו. בשבתו על כס לשפוט בין בעל-ריב, עוטרף שופט את גופו גלימה-של-צדק וחומו של צדק עולה בו, מרכיב הוא על אפו משקפיים-של-צדק, ומבעד לזוגיות-הצדק משקיף הוא על סביבותיו; מכוון הוא את לבו אל הצדק, ועושה הוא צדק וחסד... בצדק נפתח, בצדק נמשיך ובצדק נסיים. והצדק ימלא כל סדק, כל פער, כל חרך. 'צדק הוא תכלית המשפט, ועל-כן נעשה כמיטבנו לפרש את החוק לעשיית צדק'.

מתוך הצדק מישה מגיע אל האמת, שכן "האמת והצדק ירדו לעולם אוחזים זה-בזה. דרך האמת תוליך אל הצדק. האמת... לא לבדד תשכון. מתוך שתכלית המשפט הוא הצדק, וביודענו שהצדק והאמת כרוכים זה-בזה, נוסיף ונדע כי הצדק – כערך המונח באשפתנו – חייב להשפיע על האמת... שומה עלינו לעשות כמיטבנו כדי לבחור מבין 'אמיתות' חלופיות אותה 'אמת' שתגשים את תכלית המשפט, שתעשה צדק בין בעלי-הדין".⁹

בצד הצדק והאמת עומדת ההגינות. אכן, עקרון ההגינות פותח על ידי מישה בכמה פסקי דין העוסקים במשרתו של נבחר הציבור. כל איש ציבור חב בחובת ההגינות; איש הציבור הוא נאמן הציבור:¹⁰

7 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 178, 133 (1996).

8 פרשת קראוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 90.

9 שם, בעמ' 90.

10 בג"צ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 326, 309 (1996).

נבחר הציבור הינו שליח הציבור, וכאותו שליח ציבור האומר להיות פה לקהל ומציג עצמו כעני ממעש, נרעש ונפחד, כן הוא נבחר הציבור: משלו אין לו ולא כלום וכל אשר ברשותו בהחזקתו – משל הקהל והקהילה הוא. הגינות, יושר לבב וטוהר המידות הינם סימני היכר מובהקים שניתן בנבחר ציבור ראוי לשמו, ותכונות נפש אלו הן עמוד האש ועמוד הענן שיוליכו את נבחר הציבור הדרך. רק כך יוכל פרנס לנהג כראוי קהילה שבחרה בו לנהגה, ורק כך יזכה נבחר הציבור באמון הקהל. וכולנו ידענו כי באין אמון של הקהילה במנהיגיה, ייפרע עם ותאבד ממלכה. וככל שנעלה במעלה המנהיגות כן נתבע ממנהיגי הקהילה ביתר כי יקרנו יושר ואמת.

לגישה זו יש, כמובן, השלכות חשובות הן לעניין זכותו של היחיד כלפי השלטון, הן לעניין סמכותו של בית המשפט והן לעניין אחריותו הפלילית והאתית של איש הציבור.

מרכזיותם של ערכי המשפט בהבנת המשפט קשורה בקשר הרוק לתפיסה הוליסטית של המשפט. זוהי תפיסתו של מישה, הוא עמד על כך באחת הפרשות בצינו:¹¹

ואלה הם עקרונות-משפט המתגוששים ביניהם: מימין, עקרון-על המורה אותנו לקיים תכליתו של חוק העומד לפנינו לפירוש, ומשמאל, עיקרון עילאי אף-הוא, המורה אותנו כי נעשה כמיטבנו שלא נפורר את שיטת המשפט לפירוורים ושלא נפרש כל חוק כמו היה נסיכות עצמאית שאך קשרים רופפים בינה לבין שכנותיה. כל חוקים שבמדינה בני אותם אב ואם הם, ושומה עלינו לעשות את המרב והמיטב כדי שכל הארץ תהא שפה אחת ודברים אחדים.

אכן, תפיסתו של מישה היא כוללנית. לא לטיפונדיות עצמאיות, אלא חלקים של שלם. כך לעניין ערכי המשפט, כך לעניין תפיסות היסוד של המשפט, וכך לעניין ערכי היסוד של המדינה ובהם עצמאות שיפוטית, הפרדת (או ביזור) רשויות, שלטון החוק וזכויות האדם.

היסוד הערכי של המשפט הביא את מישה להתמודדות עם הדוגמטיקה המשפטית. הוא יצא נגד רודנותה של הדוגמטיקה ונגד שלטונם של מושגים מופשטים המנותקים מהתכלית המונחת ביסוד ההסדר המשפטי. מישה ציין כי לפתחו של איש המשפט רובץ החטא של המושגיות המופרזת. כבר בספרו על מיטלטלין בדין הנזיקין – הדוקטורט שלו, שפורסם ב-1971 – כתב מישה כי "נישמר מהפחת הטמונה לרגלי המשפטן.

11 עניין טרוסי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 835.

מאותה כמיהה נסתרת לדחוס את אירועי החיים כולם בצורות שיצר ובדפוסים שטבע".¹²
בפסק דין פופר הוא כתב:¹³

הבחינה המושגית אין בה תכלית לעצמה. אין היא אלא כלי לניתוח ולהבנה, ואת הכלי נעצב כדמותנו כצלמנו. גם לניתוח האנליטי הושמו גבולות. האנאליזה אינה כופה עצמה עלינו, והרי אנו אדוניה אנו, ולא משרתיה. תפוח שנשר מן העץ לעולם ייפול אל הארץ ולא ינסוק אליעל ואולם אנו לא בחוקי-טבע ענייננו אלא בנורמות-התנהגות שיועדו לאדם. ויוצרי הנורמות הם אנו. במקרה שבו בחינה מושגית-אנאליטית תכביד עלינו ותטרוד את מנוחתינו, נסוב על עקבינו וננסה לבדוק אם לא טעינו אי-שם בדרכנו. אכן, בעיצובן ובכיוולן של נורמות התנהגות... ידם של היסודות הערכיים והמוסריים כבדה עלינו, וכך אף יאה ונאה.

כמובן, מישה מבין כי אל לנו להמציא מחדש את המעגל. המושגיות במשפט חשובה היא, כפי שכתב: "הצורך ביצירתם של 'מושגים' הינו צורך מובנה במשפט"; אך הוא מוסיף מיד:¹⁴

ואולם, במעשה יצירתם של מושגים, עלינו להזהיר עצמנו – בה בעת – גם מפני צמצום-יתר גם מפני הרחבת-יתר. צמצום-יתר של מושג עלול לערום בצדו יוצאים רבים, ואילו הרחבת-יתר של מושג עלולה למהול אותו ביתר, לרוקנו מכל תוכן בן-משמעות".

מן המפורסמות היא כי מישה הוא אמן הלשון העברית. התלהבותו של הכותב ועולם הדימויים שלו משתלטת על הקורא, הרץ בין המשפטים, מתבשם מיופיים ומפנים את המסר הגלום בהם. ללשון ציורית זו חשיבות רבה עד כמה שיש בה כדי להבהיר מושגים סתומים ועד כמה שיש בה לקפל בכיטוי קצר דוקטרינה שלמה. כך, למשל, לא פעם ביקשתי להגדיר את גבולות הפרשנות. הדגשתי כי הפרשנות חייבת לתת לטקסט רק את המובן שהוא מסוגל לשאת בלשון שבה הוא מבוטא כי גבול הפרשנות הוא בלשון, וכיוצא בהם ניסוחים. והנה בא מישה, ובעברית הציורית שלו ביטא את הרעיון כולו באומרו, כי גבול הפרשנות הוא הנקודה "שבה יימתח קרום המעטפת עד לקצה- יכולתו".¹⁵ כמה יפה דימוי זה; כמה קצר וקולע הוא. רק מי שהפנים עד כלות את המשפט ופרשנותו מסוגל להגיע לרמת הפשטה פשוטה ונפלאה זו.

לא בכל הסכמתי עם מישה. היו ונותרו בינינו חילוקי דעות בעניינים בסיסיים של

12 מישאל חשין מיטלטלין בדין הנויקין 161 (1970).

13 עניין פופר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 306.

14 שם, בעמ' 837.

15 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253 (1999).

משפט ושיפוט. כך לעניין מעמדם של חוקי היסוד בכלל וזכויות האדם הקבועות בהם בפרט; כך לעניין האיזון הראוי בין זכויות האדם, בינן לבין עצמן ובינן לבין האינטרס הציבורי; כך לעניין אופן הפעלת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. המחלוקת בינינו הייתה תמיד עניינית. היא נובעת מחוסר-הוודאות הטבוע במשפט, והיא מבטאת את מתחם שיקול הדעת השיפוטי; היא משקפת את הפלורליזם של בית המשפט העליון ואת מורכבותה של החברה הישראלית; היא מהווה את אחד הנרככים עליהם הולך ונבנה המשפט והשיפוט בישראל; היא מוסיפה מתח אינטלקטואלי ויוצרת בסיס לעידון החשיבה המשפטית ולזיכוכה.

ייחודו של מישה במיזוג המרתק של שופט ואדם. אצל מישה השופט הוא האדם והאדם הוא השופט, השניים הם אחד. כשופט – כל המשפט מונח לפניו. אמן הוא במשפט, ובשעה שהוא צועד בשבילי המשפט הוא מחפש בו תמיד את האדם, את כבודו, את זהותו העצמית את שוויונו ואת שמו הטוב. כאדם – מבקש הוא את האמת: "לא נוכל לכנות חברה ראויה אלא אם נדבר אמת איש את-רעהו"¹⁶ אכן, יש בו במישה אהבת אדם ונאמנות לחבר ולחברה. אין בו רשעות. יש בו הבנה לנפשו של האחר. כולו ספוג אנושיות, ולב זהב לבו. יש בו מצפון ללא גבולות, זהו "האיש הקטן בתוכי, אותו אישון-מצפון השוכן בלבי... והאישון תמיד הראה אותה הדרך"¹⁷ ועל פי עצתו יפעל. אכן, ייחודו של מישה במיזוג הנפלא של שאיפה למשפט המבוסס על צדק, אמת והגינות, ועשיית הישר והטוב מתוך אהבת האדם ועל בסיס הכבוד לכל אדם באשר הוא.

איני יכול להיפרד ממישה מבלי להזכיר את אביו – שניאור זלמן חשין. זאת משני טעמים: ראשית, משום שהמשכיות הדורות מאפיינת את פסיקתו של בית המשפט העליון בכלל ואת זו של מישה בפרט. דור המייסדים, שעמו נמנה השופט ש"ז חשין, כתב את הפרקים הראשונים בספר המשפט והשיפוט של מדינת ישראל. זוהי שרשרת בלתי-פוסקת של שופטים, המעבירים מדור לדור את המסורת והתרבות של השפיטה בישראל. הגענו למה שהגענו בזכות דורות של שופטים שעל כתפיהם אנו עומדים ובזכותם אנו מרחיקים ראות. שנית, משום שבין חשין האב לחשין הבן היה קשר יחיד במינו, קשר שיש בו הבנת האב לכישרון הנדיר של הבן ויש בו הערצת הבן את האב. מעל לכול היתה בקשר הזה, מבחינתו של מישה, ספיגה של מהות השיפוט: ההתמסרות המלאה של השופט לתפקידו, תפיסת המשפט כתרבות, חשיבות המקורות היהודיים – ובראשם התנ"ך – בגיבוש תרבותנו כעם וכמדינה, חשיבות הלשון בעיצוב תוכנו של המשפט, ומעל כל אלה – חשיבות האדם, שזכויותיו טבעיות לו ולא באו לו מהמדינה, וחשיבות שלטון החוק ולא שלטון האדם. חשין האב – שהיה ממלא המקום הקבוע של נשיא בית המשפט העליון – נפטר בן 56 שנה בלבד. אחת-עשרה שנים כיהן חשין האב בבית המשפט העליון, ופסקי הדין שנתן מאירים עד היום את דרכנו כשופטים כמגדלור

16 פרשת קראוס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 81.

17 דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, 477 (1997).

רב-עצמה. הם האירו באור גדול את דרכי שלי, והם האירו את דרכו של מישה במשפט ובשיפוט. הרשו לי לצטט שני קטעים שמהם ניתן לראות את גדולתו של חשין האב ואת המעיין שממנו שחה והושפע חשין הבן. הקטע הראשון הוא מפרשת בזרנו. פסק הדין ניתן ב-10.2.49, וכך כתב חשין האב: ¹⁸

כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק... זוהי זכותם: זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מזיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה.

הקטע השני הוא מפרשת שייב. פסק הדין ניתן ביום 8.2.51, ואלה פרטיו: ישראל שייב נפסל – מכוח הוראת שר הביטחון בן-גוריון – מלעסוק בהוראה משום שהטיף, לטענת המדינה, לשימוש בנשק נגד צה"ל. העתירה התקבלה: נקבע שהתערבותו של שר הביטחון הייתה שלא כדין, וכי דינה של ההתנגדות לקבלתו כמורה – להתבטל. כך כתב השופט ש"ז חשין: ¹⁹

מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא על שלטון אישים. ואם הצנזורה עברה בשתיקה על פרסומי המבקש, ולא מיחתה בידו... להטיף למרד, לא פסק עוד, תודה לאל, דין מישראל. יתבעו השלטונות את המבקש לדין ויאשימוהו כחוק, ואז ישתמש לפחות בזכות הקנויה לכל אזרח במדינה, היא הזכות היסודית של אדם להגן על עצמו בדין. אם דעותיו של אזרח פסולות, חייו אינם הפקר ודמו אינו מותר; ואין נועלין בפניו שערי פרנסה, ואין יורדים לחייו בדרך אדמיניסטרטיבית בלבד.

הקשר "הגנטי" – אם להשתמש בביטוי של מישה – ניכר על פני הפסק. דרך ארוכה עשינו יחד, מישה ואני: בפקולטה למשפטים, במשרד המשפטים ובכית המשפט העליון. בכל אלה היית לי, מישה, חבר טוב, איש עצה נאמן ובעל פלוגתה הוגן ונחרץ. עתה שנינו עוברים לתחנה משותפת וחדשה בדרכנו הארוכה: החיים שלאחר בית המשפט העליון. מי ייתן ובריאות טובה תלווה אותך, את רותי רעייתך, את ילדיך ואת משפחותיהם. מי ייתן ותמשיך להיות, כמו עד עתה, כל כך צעיר ברוחך וכל כך תוסס במקוריותך. מי ייתן ותמשיך לשרת את החברה והמדינה אשר כה אהבת. בשמם של כל שופטי ישראל – תודה.

18 בג"צ 1/49 בזרנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 83 (1949).

19 בג"צ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399, 407 (1951).

