

הרצאות

על תרומתו הייחודית של השופט מישאל חשין למשפט ולשיפוט

מישאל חשין: בין חכם המשפט לשופט צדק

ישראל צבי גילת *

לפני שנה יזמה המכללה בסיועו הנמרץ של דיקן בית הספר למשפטים, פרופ' סיני דויטש, כנס על תרומתו השיפוטית של השופט בדימוס, מישאל חשין, שהיה עד לפרישתו המשנה לנשיא בית המשפט העליון, והזמינה את השופט להיות נוכח בכנס. לצד השמחה על שזכינו להיות בקרבתו של אדם דגול שכל כך הרבה אנו עוסקים בפסקי דיניו ומדברים על אודותיו, ולצד קבלת פנים שערכנו לכבודו ובמיוחד לציין פרישתו מהשפיטה, ניסינו ללבן בכנס כל מיני לבטים והשגות על פסיקתו השיפוטית הרבה שנמשכה לה במשך ארבע עשרה שנות כהונתו בבית המשפט העליון, ולהסיק ממנה על הגותו במשפט ובעיקר על תפיסתו את תפקידה של השפיטה. שלא כדרך העוסקים במחקר טהור, הרואים בשופט "מדיום" להשגת הבנה במודל תיאורטי, שאליו הם חותרים בדרך עיונם, ניסו בכנס זה שלושה מחברי הסגל האקדמי של בית הספר למשפטים, ואורחת מלומדת מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, לצאת מגדר עיונם הרגיל, איש איש בתחומו, ולגלות את היסודות העיוניים שעליהם מושתתת פסיקתו של השופט חשין, לבחון את "ליבו ובשרו" כמודל שיפוטי. הרבה מן המשפטנים חשים כי פסיקותיו של השופט חשין הן וירטואוזיות ומאפיינות את אישיותו הנמרצת והסוחפת שיפי הביטוי והסגנון הנמלץ הם מסמנייה המובהקים. הרבה מהם יסכימו כי חשין היה שופט צדק במובן הפשוט והמעשי, שפתר בעיות קיומיות של האדם הקטן הנשחק בגלגלי הבירוקרטיה ושמצוקתו נבעה מסד הרשויות השלטוניות אך גם מן המסורת השיפוטית המאופקת שרווחה לפניו בבית המשפט העליון. אך, מאידך גיסא, עד כמה הפסיקה החשינית היא עקבית בתפיסתה? עד כמה מהווה היא מודל מושלם? כלום היא מתיישבת עם תורות משפטיות קלאסיות או ניאורקלאסיות או שמא אין בה מידה שווה וחתוכה אלא שבהשפעת הלהט הסגנוני ואמונה עמוקה בפתרון צודק נסחפה פסיקתו של השופט חשין כרוח סערה אחר מענה קונקרטי צודק בכל מקרה ומקרה בלי לעמוד בהכרח על סיפיה של אסכולה או תוכנה אחת ויחידה?

הנה ד"ר דניאל שפרלינג, העוסק בפילוסופיה של המשפט, שם למטרה את "בחינת

* דוקטור, מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

השתייכותה של תורת המשפט של השופט חשין לאחת מארבע הגישות המרכזיות בפילוסופיה של המשפט¹ ופורס בהרצאתו את הקשיים בשיוכה האוטומטי של תפיסת חשין לאסכולה מסוימת.¹ בסמוך ובנראה, ד"ר יהושע (שוקי) שגב העוסק במשמעותה הערכית של "המהפכה החוקתית" בישראל,² מנסה לקרוא קריאה חדשה בפסק דינו של השופט חשין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי.³ לדעתו של שגב, כפירתו של השופט חשין בתיאורית הסמכות המכוננת על דגמיה השונים, שאומצה בפסקי הדין של הנשיא בדימוס אהרן ברק ושל השופטים שנהו אחריו ועל ידי מי מהמלומדים, לא באה אלא מן המחויבות של חשין "...לאידיאל הדמוקרטי של חירות חיובית: חירותו של העם להחליט עבור עצמו כיצד לנהל את חייו ולקבוע בעצמו את הכללים והחוקים שעל פיהם יתנהלו".⁴ פרופ' דפנה ברק-ארוז מנסה לגעת בתרומת ההיסטוריה האישית המגוונת של השופט חשין בפרקליטות המדינה בהיותו מנהל מחלקת הבג"צים ולאחריה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מצד אחד, ועורך דין פרטי מצד אחר, על אופי הכרעתו בתחום המשפט המינהלי ומצביעה על העקביות הרבה בעשרות פסקי דינו בתחום זה.⁵ לדעתה, יותר מחבריו השופטים חושש חשין "מן המדינה המנהלית הגדולה" וחושד במניעייהן של ההחלטות המתקבלות על ידיה. חותם את מסכת הביקורת פרופ' מיכאל קוריןאלדי, העומד על היסודות העיוניים שהביאו את השופט חשין לידי פריצה נועזת בתחום הסטטוס המשפחתי שבהרבה מובנים כפוף הוא לדינים פרטיקולריים דתיים.⁶ בפסק הדין המהפכני ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני⁷ קבע השופט חשין כי בית משפט אזרחי רשאי להכיר באבהות של אב מוסלמי על תו מחוץ לנישואין אף שלפי דיני המעמד האישי בישראל אין הדין השרעי מכיר באבהות זו ואף שהסמכות לדון בענייני אבהות באותה עת הייתה מסורה "ייחודית" לבתי הדין השרעיים. קוריןאלדי סבור כי היה ניתן להמשיך ולהכיר בפיצול סטטוס האבהות במשפט האזרחי גופא: בין "אבהות חוקית" לבין "אבהות טבעית", כפי שיראה המעיין.

בנוסף להרצאות המלומדות שהתחקו אחר משנתו של השופט חשין עולה שאלה המעניינת אותי לא פחות: כיצד תופס השופט חשין את עצמו? כיצד פירש הוא

1 דניאל שפרלינג "כחבצלות במים טהורים: על המשפט ותורת המשפט של השופט חשין" מאזני משפט ז (תשס"ז) 445.
 2 יהושע (שוקי) שגב "'ההיית או חלמתי חלום': השופט חשין על סמכותה המכוננת של הכנסת" מאזני משפט ז (תשס"ז) 461.
 3 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 471 (1995).
 4 שגב, לעיל הערה 2, בע' 466.
 5 דפנה ברק-ארוז "המשפט המינהלי של מישאל חשין: בין עריכת דין לשפיטה" מאזני משפט ז (תשס"ז) 477.
 6 מיכאל קוריןאלדי "אבהות לילד מחוץ לנישואין ודיני הסטטוס: על תקדים שקבע השופט מישאל חשין" מאזני משפט ז (תשס"ז) 489.
 7 פ"ד מט(3) 578 (1995).

את מלאכתו, מלאכת השפיטה? האם לדעתו רשאי השופט בשיטת המשפט בישראל להיות רק שופט צדק כנבואת ישעיהו על המשיח: "ושפט בצדק דלים... והיה צדק אזור מתניו"?⁸ או אולי חייב הוא להיות גם חכם המשפט כמו הביטוי האגדתי "משיח שכל פתחי חכמה פתוחים לפניו"? ומן הפרט אל הכלל: כלום ראוי כי שופטי בית המשפט – בייחוד שופטי בית המשפט העליון – יהיו חכמי משפט מלבד היותם שופטי צדק? בעקבות המסורת האנגלו-אמריקנית מקובל בישראל כי המשפט נוצר על ידי השופטים בפסקי דיניהם ולא בבתי המדרש העיוניים, היינו במכוני המחקר האוניברסיטאיים. יתר על כן, גדולתם המעשית של חכמי המשפט נמדדת בעיקר במידת התקבלותם בקרב השופטים, באזכורם ובהבאת ציטטות מדבריהם של הראשונים בפסקי דיניהם. גם אם ישנם שופטים בארץ ובעולם שהם חכמי משפט מופלגים ומוערכים בקרב אנשי המחקר המשפטי, אין זה אלא ערך מוסף משלהם שאינו הכרחי למלאכת השפיטה. מאידך גיסא, אף חכמי המשפט מצדם אינם רואים עצמם "מורי הוראה" ליחידים או לרבים, אלא מקיימים בהרצאותיהם ובמאמריהם מחקר "טהור", שעיקרו איסוף עובדות, חוקים ופסקים וכיולם בכללים ובכללי משנה תיאורטיים, היינו ניתוח הספרות המשפטית באזמל נטול יומרה חוץ אקדמית. גם אם מקצת מן המלומדים קוראים ל"אקטיביזם מחקרי", למעורבות בציבוריות הישראלית ולהשמעת דעה בכל עניין ציבורי ראוי, אין זה בעיניהם אלא עיסוק פופוליסטי משהו, שאינו ממש מאושיות עיסוקם. שונה היה מעמדו של חכם המשפט במשפט הרומי הקלאסי.⁹ לחכם המשפט (*iurisprudens*) היה מקום מרכזי ביצירת המשפט: הפראטור (*praetor*) אמנם היה השופט המחיל את המשפט על הצדדים המתדיינים, אך מלאכת הפרשנות המשפטית, הקביעה אילו מן החוקים והכללים הידועים ראוי להחילם על המתדיינים הקונקרטיים ואילו לא, נעשתה על פי התשובה (*responsum*) שקיבל השופט מחכם המשפט על שאלתו כיצד לפעול. נמצא כי השופט היה פועל במקרים רבים על פי יצירתם הפרשנית של חכמי המשפט שאף הקימו אסכולות שונות והורו את יצירתם לפני מתלמדים שחפצו לעסוק במשפט. קיצוני מן הגישה של המשפט הרומי היה המשפט העברי התלמודי שנוצר על ידי חכמי ההלכה בבתי המדרש ובאולפנות בלבד ולא על ידי השופטים, הם הדיינים, כפי שסיכם פרופ' שלום אלבק במחקרו:

"...אין פרטי ההלכות והדינים, הפירושים והממרות, באים מתוך פסקי דין ותקדימים של בתי דינים ומעשים שהיו לפני דיינים, אלא להפך: מקורות ההלכה הם דיוני בתי המדרש ודברי החכמים לפני תלמידיהם. אף מקור ההלכה הראשון, התלמוד הבבלי והתלמוד הירושלמי, אינו מלמד פסקי הלכות, כללי הלכה ומסקנות פסוקות... אלא דיונים של בית המדרש המלמדים סברא, כלומר,

8 ישעיהו יא, 4-5.

9 H. F. Jolowicz & Barry Nicholas *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (3rd ed., Cambridge U.K., 1972) 88-97.

דרך מחשבה ושיטה להסיק מסקנות כשנמצאו סתירות בין המסורות השונות או בין המסורות ובין המציאות....נמצא שמקור ההלכה הוא בית המדרש ומשם לומדים אותה הדיינים ולא להפך. כוחו של מעשה שבא לפני הדיין הוא בסברא שבו נתקבלה על דעת החכמים ולא בכוחו כפסק דין של דיין.¹⁰

ולא זו אף זו, בתקופות רבות לא הייתה הפרדה של ממש בין חכמי ההלכה לבין הדיינים, אלא סכסוכים אמיתיים רבים נידונו לפני חכמי המשפט בבתי המדרש שלהם ובנוכחותם הפעילה של תלמידיהם, משל היו חלק מסדר היום הלימודי ומקור השראה רב לפיתוח תלמודם. נמצא הדיין הוא חכם ההלכה ופסקיו באים לא מכוח מינויו אלא רק מכוח חכמתו.

דומני כי מיוחד הוא אפוא השופט מישאל חשין הרואה עצמו "בעל הבית" בשני העולמות: גם חכם המשפט וגם שופט צדק. פסקי הדין שלו מעוטרים במקורות משפטיים מחקריים ולא זו בלבד אלא שהשופט חשין מרגיש חירות רבה לבקרם או ליתר דיוק להתפלמס עמם. אך יתרה מזו, אם נפליג לאחור באמירותיו של חשין טרם היותו שופט, נראה כי השופט חשין פתר את המתח בין חכם המשפט לשופט הצדק בדרך ייחודית משלו, בהקדמה לספרו מיטלטלין בדיני הנזיקין משנת 1970.¹¹ ספר זה מנסה להתוות דרך לתחולה הראויה של פקודת הנזיקין, שהורתה בזמן המנדט הבריטי, במדינת ישראל הריבונית. וכך הוא אומר:

"חיבור זה כתוב עברית, מיועד הוא למשפטן הישראלי ועניינו דין ישראל. נכון הוא ש'פירושו' הפקודה חייב להיעשות על פי המשפט האנגלי – ולכאורה הלכות שופטי אנגליה תקבענה – אך כל המקורב מעט אצל ענייני 'פרשנות' ידע מהי תכלית ה'פרשנות', ומה מקום תופסים בה עקרונות יסוד ודוקטרינות לבר החוק החרות. במסגרת הלגיטימית בה רשאי ה'פרשן' לנוע, נעשה כמיטב יכולתנו להשתחרר ממוסכמות, נבדוק את ההלכות שנקבעו ונסה למצוא אם אמנם יאות הן לנו בזמננו ובמקומנו. לעתים עשוי להתקבל הרושם שנתפשים אנו במלה זו או אחרת בפקודה ופירושו יראה מילולי, כביכול. יזכור הקורא מהו המדריך אותנו כל העת, ותהי לנו זו לנחמה."¹²

לעניות דעתי, דברים קצרים אלה לא באו ללמד רק על ספרו אלא על דרכו הייחודית של השופט חשין שתאפיין אותו בהתנהלותו בעתיד. אין השופט רשאי להתעלם מחוכמתם של חכמי המשפט ומפתרונותיהם הפרשניים, אך בוודאי אין הוא אסקופה הנדרסת לחוכמתם. השופט יוצר את המשפט ועל כן הוא אינו חייב להיות אדוק כל כך בתוכנות משפטיות תיאורטיות ובמסורת משפטית אם לדעתו אין הן מביאות את

10 שלום אלבק יסודות בדיני הממונות בתלמוד (תשנ"ד) 55–56.

11 מישאל חשין מיטלטלין בדיני הנזיקין (תשל"א).

12 שם, בע' 2.

ההכרעה לתוצאה צודקת. אך לא זו בלבד אלא שאף חכם המשפט אינו חייב להיות ספון במחקר "טהור": בריאת עולמות תיאורטיים והפרכתם בחוסר נגיעות ופניות להשקפת עולמו. חכם המשפט, לדידו של חשין, רשאי ואף רצוי שיהא "פרשן" יישומי תכליתי שמטרתו להתאים את דברי החוק החרותים לתוצאה מעשית צודקת ומותר לו להכריז על התכוונותו בריש גלי. בשלמות זו נהג, נוהג וכנראה ינהג מישאל חשין בשני כתריו: כתר הכהונה וכתר החוכמה.

