

כחבצלות במים טהורים

על המשפט ותורת המשפט של השופט חשין

דניאל שפרלינג *

בבואי לדבר היום על המשפט ותורת המשפט של השופט מישאל חשין אפתח במיאון אחריות, הוא תרגומו בעברית של המונח disclaimer. שהרי נושא הדין שבחרתי מניח שישנה תורת משפט אחת המאפיינת את השופט בכל ארבע-עשרה שנות כהונתו בבית המשפט העליון ושאינו, במלוא ענוותי בקיא ומכיר את כל החלטותיו המשפטיות שנתן בשנים אלה. ולא היא. שופט הוא אדם וכמו כל אדם תפישותיו האישיות ואיכויותיו המקצועיות מתעצבות ומתפתחות בשינוי העתים והנסיבות ולא נותר לדבר אלא על פסיפס של תפישות ואיכויות שסיכומן עולה על השלם, האחד. ואני, בהרצאתי, רק על השלם ביקשתי לדבר. והשלם — תמיד יהיה חסר. וכשם שלא אוכל להתחקות אחר אותן תורות והשקפות כולן אף לא אתיימר להציג כאן תמונה מלאה של העשייה השיפוטית כולה. הרצאתי מבוססת אך על מדגם של החלטות שנתן השופט חשין — בראשית, אמצע וסוף כהונתו — בתחומי משפט שונים. ומה שהחסרתי אני ישלימו חבריי ועמיתיי בהרצאותיהם הבאות.

בירור שאלת תורת המשפט של שופט מסוים הוא אינו בירור טיפוסי, שכן מה שמעניין בדרך כלל את קהילת המשפטנים היא השאלה מה קבע אותו שופט בנושא מסוים, בחינה פנימית, ולא — או פחות — מהי עמדתו הג'וריספרודנטית של השופט באשר למעמדו של המשפט בכלל ולמקומו ביחס למערכות נורמטיביות אחרות כמו מוסר, דת או קונבנציות חברתיות אחרות. בהרצאה היום, אני רוצה לנסות לברר שאלה זו באמצעות בחינת השתייכותה של תורת המשפט של השופט חשין לאחת מארבע הגישות המרכזיות בפילוסופיה של המשפט תוך הצגת הקשיים שגישות אלה מעלות. אזכיר תחילה ארבע גישות אלה ולאחר מכן אבחן את כתיבתו השיפוטית של השופט למול מאפייני כל גישה וגישה.

* דוקטור, מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. דואר אלקטרוני: sperling@netanya.ac.il. הדברים מבוססים על הרצאה בכנס "תרומתו של השופט מישאל חשין למשפט ולשיפוט", המכללה האקדמית נתניה, 14 בינואר 2007.

גישה אחת, הגישה הפוזיטיביסטית למשפט, גורסת כי מקורות המשפט הפורמאליים, הם ורק הם, קובעים את תקפותה של הנורמה המשפטית. המשפט הוא מה שניתן לזהות אותו כעניין שבעובדה בכלים אמפיריים-תצפיתיים, ואין לו אלא מה שמקורותיו הפורמאליים מורים אותו.¹ עקרונות של מוסר, צדק, שיקולי מדיניות כלליים וכיוצא באלה אינם חלק מן המשפט ואין הם מעידים על המשפט דבר. ככל שמדובר בתקפות הנורמה המשפטית, גורסת תיזת ההפרדה שבגישה הפוזיטיביסטית כי התנאים לתקפותה של נורמה משפטית נובעים מעובדות חברתיות ואינם תלויים בתוכן במוסרי של הנורמה. מכאן, שהשאלות "מהו המשפט" ו – "האם המשפט הוא טוב או רע" הן שתי שאלות נפרדות שלא בהכרח תלויות זו בזו.

על פי הגישה השנייה, גישת המשפט הטבעי, נקודת המוצא היא כי מקורותיו הפורמאליים של המשפט הם תנאי הכרחי אך לא מספיק לתקפותה של נורמה משפטית. על מנת שזו תחשב תקפה וראויה לציות על ידי הכפופים לה, עליה לעמוד במבחני תוכן שונים שעניינם בדיקה האם אותה נורמה עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הטבעי. טבעיותו של המשפט בכלל והנורמה המשפטית בפרט נזקפת להם בשל היותם ברורים מאליהם, מכילים את מה שנראה לכל כבעל ערך וראוי. בתפיסתה המסורתית, עמדת המשפט הטבעי היא שחוק רע מבחינה מוסרית אינו תקף ואין חובה לציית לו. על פי עמדה זו המשפט הוא אוניברסאלי, אינו משתנה ונגיש בכל מקום וזמן עבור מי שתפקידו לחוקק או לפתח משפט. המשפט ניתן לזיהוי על ידי ההיגיון (כך, תומאס אקווינס)² או על ידי הבנה פנימית, בדרך של ניסיון וחוויה אישית של האדם את הטבע שלו, את נטייתו האנושית (כך ג'ון פינס)³.

הגישה השלישית, גישת הנון-פוזיטיביזם המודרני, מבית מדרשו של רונלד דבורקין בכתביו המוקדמת,⁴ מחזיקה בדעה שמקורות המשפט הפורמאליים אינם אף תנאי הכרחי לתקפותה של הנורמה המשפטית, שכן לצד מקורות אלה המכונים "כללים", נמצאים במשפט סטנדרדים שאינם מתפקדים ככללים אותם יכנו אנשי הגישה "עקרונות". עקרונות אלה הם סטנדרדים הקובעים מטרות אותן יש להשיג בחינת שיקולי מדיניות וגם כאלה המשמשים דרישות צדק, הוגנות או מימד אחר של מוסריות. בניגוד

1 בשאלה זו חלוקים חכמי המשפט הפוזיטיביסטי. אוסטיין, למשל טוען כי המשפט הוא אוסף פקודות של הריבון המייצג את בעל הכוח הפוליטי המופנות אל הכפופים לו ושכצידן סנקציות על אי מילוי. לפי הארט, המשפט הוא אוסף של כללים ראשוניים ומשניים בעוד שלפי קלזן, המשפט הוא הנורמה הבסיסית של מה שקשור אליו בקשרים של הסמכה. ראו בהתאמה: John Austin *The Province of Jurisprudence Determined* (H.L.A. Hart ed., 1954) 9–33, 184–186; H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 2nd ed., 1994) 79–123; Hans Kelsen *General Theory of Law and State* (Cambridge Mass., 1945) 102

2 ראו: St. Thomas Aquinas *Summa Theological* (Timothy McDermott ed. 1989)

3 ראו: John Finnis *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, 1980)

4 כוונתי בעיקר למאמר: Ronald Dworkin "The Model of Rules" 35 *U. Chi. L. Rev.* (1967) 14.

לכללים, הפועלים במצב של "הכול או לא כלום" והיכולים לחול או לא לחול על נסיבות מסוימות ולהכתיב תוצאה משפטית ברורה, עקרונות אינם מובילים לתוצאה משפטית הכרחית אלא מספקים אך סיבה לשופט להגיע לתוצאה כזו או אחרת וזאת בשל העובדה שמצוידים הם במשקל יחסי, המשתנה ממקרה למקרה. על פי עמדת הנון-פוזיטיביזם המודרני האופן שבו ניתן להתחקות אחר העקרונות במשפט אינו רק עובדתי-אמפירי אלא הוא גם קשור לערך הטבוע בעקרונות עצמם ובשאלה עד כמה הכרה בעקרונות אלה ראויה בכלל. כאשר מביאים בחשבון את מכלול העקרונות והכללים שבמשפט, נמצא שלכל שאלה תשובה במשפט.

גישה רביעית, המבוססת על כתיבתו המאוחרת של דבורקין,⁵ אותה אכנה "המשפט המדבר בקול אחד" (Law as Integrity) כופרת בצורך לקבוע את תקפות הנורמה המשפטית בנקודת זמן סטטית על ידי בחינת זיקתה אל מול מקורות המשפט הפורמאליים, ולא מקבלת מצד שני את התפיסה כי תקפות זו נקבעת אך על פי תכניה המוסריים של הנורמה המשפטית. במקום, מציעה גישה זו שנורמות במשפט תקפות אם הן פועלות ב- או נובעות מעקרונות הצדק, ההגיונות ותקינות ההליך הדיוני המספקים את הפרשנות הטובה ביותר לפרקטיקה המשפטית של הקהילה. תקפות הנורמה נגזרת אפוא משילוב של עובדות חברתיות ושיקולים מוסריים. עוד גורסת גישה זו, שהמשפט הוא מוסד דינאמי וחי ושהשופט האוכף את הנורמה המשפטית – הוא בעל כוחות כמו אלה של הגיבור האגדי הרקולס. שופט זה צריך לבדוק בכל רגע נתון שני דברים: ראשית, האם הפרק החדש אותו הוא עומד לכתוב בהיסטוריה המשפטית תואם למה שקיים כבר במשפט ומציג הוא את העמדה המשפטית באור הטוב ביותר. בנוסף, על השופט לבחון האם יש בו, באותו הפרק, כדי להצדיק את כוחו הכופה של המשפט. יוצא, כי על מנת לקבוע מהי הנורמה המשפטית החלה על אירוע מסוים, על השופט להיות מעורב בפעילות פרשנית אשר צריכה להיות הכי צודקת בהינתן המועד בו נתקבלה. צדק זה יקבע על ידי הערכת שיקולי ההגיונות ההיפותטיים שהציבור או קהל האזרחים היה בוחר בהם, וגם שיקולי צדק הנקבעים על ידי השופט עצמו.

לאיזו מבין ארבע הגישות ניתן לסווג את כתיבתו השיפוטית והלך מחשבתו המשפטי של השופט חשין? הפכתי בה בשאלה זו רבות. חזרתי והפכתי. נדמה לי, שהכרעה בין ארבע גישות אלה חותרת, בסופו של דבר לשאלה הבסיסית והיא האם רואה השופט חשין קשר מושגי בין משפט ומוסר (או מערכת נורמטיבית אחרת), או במילים אחרות האם כאשר אנו מנסים להבין ולתאר את המשפט על פי השופט חשין אנו מגלים גם רכיבים השייכים לעולם הערכים והנורמות המוסריות או שלתפיסתו, רכיבי המשפט הם אותם הדברים שמשקפים אך את רצונו של הריבון או מה שמקובל על בני החברה שהוא משפט.

5 כוונתי לספרו של דבורקין: Ronald Dworkin *Law's Empire* (Cambridge, Mass., 1986).

בשאלה זו הכריע השופט חשין, הכרעה מפורשת, כשכתב את פסק הדין בעניין ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית.⁶ פסק דין זה עסק בשאלה האם יכול אדם נשוי, שהתקשר עם נערה בת 15 במטרה לקחת את ילדה לאחר שזו תהרה ממנו, לתבוע את מסירת הילד לידי, ואם לא יכול הוא לעשות כן, האם ניתן להכריז על הילד ככבר-אימוץ על אף שחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ) אינו מכיר בהתנהגות בלתי מוסרית של הורה כעילת אימוץ. בהכרזו על קיומו של העיקרון המוסרי "הרצחת וגם ירשת" בתוככי המשפט, ובהכירו כי עיקרון זה יונק מהמוסר, פרש לנו השופט חשין ולו מקצת מתפישתו אודות היחס שבין המשפט למוסר. תפישה זו דוחה את תיזת ההפרדה שבבסיס תורת הפוזיטיביזם ורואה את המשפט והמוסר כשני מעגלים נפגשים הנמצאים בתנועה מתמדת, כשכני המשפט עשויים לא רק לחפוף לתכני המוסר, אלא גם לינוק מהם. וכך הוא כותב בפסק הדין:

"המוסר וציוויו נדמים הם לאגם מים טהורים, והמשפט וציוויו נידמים הם לחבצלות-מים (נימפיאות) הטובלות במים, הפרושות על פני המים והשואבות מן המים חיים ועוצמה. המוסר מזין את המשפט בשורשיו והוא אף על סביבותיו של המשפט. יש מהם מפירחי חבצלות המים הנותנים תוקף משפטי לציווי מוסר; יש שפירחי החבצלות משמשים מושגי-מסגרת במשפט הנמלאים תוכן בציווי המוסר, מוסר אישי ומוסר חברתי: כך המושגים 'מוסר', 'צדק' וכך מושג 'תום הלב'; יש שהמוסר ימצא מקומו בינותינו כמות-שהוא, בלא שיידרש למתווכים; ויש פירחי חבצלת שאינם מתקיימים כלל מן המוסר."⁷

ואכן, בעניין פלוני, הודה השופט חשין כי הכרעתו המשפטית הושלמה על ידי עקרונות המוסר כדי להגיע לתוצאה צודקת שהחוק, כפשוטו, לא מוביל אליה.⁸ הנה כי כן, תפיסה משפטית זו אינה הולמת את עיקרי הפוזיטיביזם ואין לראות בשופט חשין כמשתייך אל עיקרים אלה.

התלבטתי ביני לביני אם לא ניתן לשייך את פסיקתו של השופט חשין לאסכולת המשפט הטבעי. התלבטות זו הייתה קשה במיוחד הואיל והשופט חשין עצמו נהג לכלול בלא מעט מהחלטותיו אמירות מפורשות שביקשו כאילו לזהות אותו עם אסכולה זו. כך למשל, בעניין פלוני כתב:

"משפט הטבע שילד יגדל בבית אביו ואמו; הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו וישקו אותו, הם שיחנכו אותו, הם שיעמידו אותו על רגליו עד אם גדל והיה

6 פ"ד נ"ד (3) 133 (1996) (להלן: עניין פלוני).

7 שם, בע' 182.

8 שם, בע' 183: "אין ספק כי ענייננו מציג לפנינו מקרה יחיד ומיוחד של שתי מלכויות הנוגעות זו בזו ונכנסות זו בתוך זו: מלכות המשפט מזה ומלכות המוסר מזה. ניתן לומר, כי מלך-של-משפט כמו פסק את פסוקו, לכאורה, ואילו אנו אמרנו והיכרענו כי מלכות המוסר תשלים את מלכות המשפט."

לאיש...זכותם זו של אם ושל אב הייתה ונתקיימה לפני חוק וחוקה. משפט הטבע הוא, משפט שבלבבנו פנימה. וגם אם יאמרו הדברים בחוק או בחוקה, לא יהיו הם אלא הד ובת קול לאותה זכות-מן-הטבע...ומשפט המדינה ילך בעקבות משפט הטבע.⁹

גם בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני¹⁰ בו נדונה זכותה של קטינה מוסלמית כי בית המשפט יצהיר שפלוני, שלא היה נשוי לאמה, הוא אביה הביולוגי החב לה גם חובת מזונות מתאר השופט חשין את הכרעות בתי המשפט דלמטה כנוגדות את עיקריו של משפט הטבע ומוסיף כי "משפט הטבע היה עימנו עוד לפני היות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומלווה אותנו באשר נלך".¹¹

משפט הטבע של השופט חשין ניכר כביכול גם בבג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת¹² שעסק בחיובו של אזרח לשלם אגרה לרשות השידור מקום שלא היה הוא בעל רדיו ברכבו. שם, ציין השופט חשין כי:

"בכפוף להוראות חוקה, לעיקרי תשתית במשפט הטבע ולעקרונות יסוד בדמוקרטיה, מוסמך המחוקק להורות כל נורמה שתיראה לו, גם אם בעינינו תיראה הנורמה בלתי מתקבלת על הדעת ובלתי ראויה..."¹³

אלא שעיון מדוקדק בהחלטותיו של השופט חשין מעלה שלצד השימוש ברטוריקה של משפט הטבע פעל השופט שלא בהתאם למקובל באסכולה זו, לפחות בגרסותיה המסורתיות. כך, בעניין פלוני מגיע השופט למסקנה כי חוק האימוץ עצמו אינו שולל מאב שסרח מבחינה מוסרית בהביאו ילד זה לעולם, מלהחזיק בכך.¹⁴ חוק האימוץ אמנם מביא, לדעת השופט, "לתוצאה בלתי מוסרית, בלתי צודקת ובלתי ראויה בעליל"¹⁵ אך הוא נותר תקף בעיניו. שלא לפי אסכולה המשפט הטבעי, אין השופט חשין מבטל את תוקף החוק בהיותו בלתי צודק. במקום, הוא יוצר – יש מאין, או

9 שם, בע' 155, 165. להנמקה דומה ראו גם ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995), 592-593: "כבוד האדם זכה כיום למעלה של זכות-על, שורשיו בדין עד הסלע, וינוק הוא חיותו מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. תהיינה אשר תהיינה חירויות שחוק וחוקה יעניקו לאדם – נדייק ונאמר: חירויות בנות משפט הטבע שחוק וחוקה יכירו בהן כבנות תוקף במשפט הנוהג – כבוד האדם הוא בשורשיהן...לו אמרנו לנעול שערי בית-משפט בפניה של פלונית הקטנה – ולהותיר שתוקית כל ימי חייה – כי אז הורינו הלכה הנוגדת את חוש ההגינות וההוגנות הטבוע בנו. קשה – קשה מאוד – להשלים עם הלכה מעין-זו. ולא בכדי דיברנו במשפט-הטבע אשר יצק עצמו אל תוך כבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."

10 פ"ד מט(2) 578 (1995) (להלן: עניין פלונית).

11 שם, בע' 593.

12 פ"ד נא(4) 529 (1997) (להלן: עניין סגל).

13 שם, בע' 554.

14 עניין פלוני, לעיל הערה 6.

15 שם, בע' 172.

מכריז – יש מי ש – על עקרון "הרצחת וגם ירשת?" במשפט הישראלי ובכך "עוקף" את הצורך להתמודד, התמודדות ישירה, עם נושא שאלת תקפות החוק. גם בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית¹⁶ בו נדון גורלו של ילד לא רצוי לאמו ולאביו שנמסר לאימוץ ושלאחר זמן מה ביקשה אותו האם בחזרה, מכריע השופט חשין בניגוד למקסימה שמשפט הטבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואמו, וזאת אך מהטעם שהדבר יהיה לטובת הקטין ושזניחת האם את ילדה הוא מעשה שנעשה ושאותו לא ניתן יהיה עוד להשיב.¹⁷

בשני פסקי דין נוספים הלך השופט חשין הצידה מדרך המלך של המשפט הטבעי: בקביעה כי למשפט יש מימד (מגביל) של זמן ובקביעה כי המשפט אינו אוניברסאלי. בניגוד לעמדת משפט הטבע, המשפט של השופט חשין אינו נגיש בכל זמן, אלא תלוי הוא בזמן. הזמן הוא גורם ממעלה ראשונה בהחלטה של נורמה על מערכת עובדות נתונה וכדברי השופט חשין בבע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים:¹⁸

"הכל זורם, אין אנו טובלים פעמיים באותו נהר, והמשפט כמערכת נורמות המבקשת להשתלב בחיים ולנתב את דרכם של בני אנוש, חייב להביא במניין את הזמן כגורם ראשון במעלה. הזמן הוא המימד הרביעי כך בחיינו וכך במשפט."¹⁹

כך להלכה וכך גם למעשה: הזמן הרב שחלף מאז ידע אביו הביולוגי של קטין, שנמצא בהחזקת זוג שביקש לאמצו, זאת מבלי להכין עצמו לקבלת הילד להחזקתו הוביל את השופט חשין למסקנה כי "קול הדם" של האב לא נשמע ברמה והזמן גרע מהאינטרס הטבעי שלו להיות הורה לילדו.²⁰

שלא כמצוות משפט הטבע, המשפט של השופט חשין הוא גם מקומי, לא-אוניברסאלי. בבג"ץ 4804/94 חב' סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים²¹ הנחה אותנו השופט חשין כי המשפט הוא בכואה של חיי החברה והמדינה כך שאין להיזקק למשפטה של שיטה זרה אלא ככל שמדובר בטכניקות משפטיות ולצורך פתרון שאלות. ככל שמדובר בשאלה מהותית, הנוגעת בהשקפות החברה ובתכנים הצומחים ממעמקי נפש האדם בחברה, נתקשה לייבא לשיטתנו פתרונות של שיטות זרות. באופן דומה, סירב השופט חשין בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים²² ללמוד גזירה שווה מהסדר המשפטי

16 פ"ד נ(1) 48 (1995) (להלן: עניין היועץ המשפטי).

17 שם, בע' 124.

18 טרם פורסם (2005) (להלן: עניין ההורים המיועדים).

19 שם, פסקה 17 לפסק-דינו של השופט חשין.

20 שם, פסקאות 22–24 לפסק-דינו של השופט חשין.

21 פ"ד נ(5) 661 (1997) (להלן: עניין סטיישן פילם).

22 טרם פורסם (2006) (להלן: עניין עדאלה).

במדינות אחרות בנושא הזכות להקים חיי משפחה בתחומי המדינה מקום שאחד מבני הזוג אינו אזרח המדינה, והדגיש כי הסדרים נורמטיביים שנוצרו ומתקיימים במקומות אחרים מתקיימים הם על רקע המציאות השוררת באותן מקומות ואל לנו ללכת שבי – "על דרך של התבוללות והתבטלות" – אחר אותם הסדרים.²³ יוצא, איפוא שחלק בלתי מבוטל ממאפייני גישת המשפט הטבעי נמצא למיצער לא מיוצג בפסיקת השופט חשין.

קשה לזהות גם את כתיבתו השיפוטית של השופט חשין עם הגישה הרביעית שהצגתי לעיל, היא גישת "המשפט המדבר בקול אחד", זאת משום שעיון בהחלטותיו המשפטיות לא מוביל להתרשמות לפיה המדובר בשופט הרקוליאני, שקוהרנטיות משפטית – מטריאלית וזמנית – היא זו המנחה אותו כעניין שבהכרח. השופט חשין אמנם מעניק מקום חשוב לשיקולים מוסריים-ערכיים בפעילותו השיפוטית, ואעמוד על כך בקרוב, אך מקום זה אינו בא לידי ביטוי בהליך פרשנות הנורמה המשפטית (כנדרש על פי גישת ה"משפט המדבר בקול אחד"), אלא הוא מופיע עוד בשלב ההחלטה האם להחיל את הנורמה המשפטית על מקרה נתון אם לאו (כנובע מגישת הנון-פוזיטיביזם המודרני). למשל, בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הבטחון²⁴ סירב השופט חשין ללכת בדרך הנשיא ברק ולהזקק לפרשנות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לעניין הפגיעה שמסב חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות, ובמקום, הגיע למסקנה כי החוק פוגע בעקרון האב של הקיום וההשרדות של המדינה שהוא תנאי להחלת כל זכויות היסוד, גם אלה מכוח חוק היסוד.

גם תפיסתו הפרשנית של השופט לגופה גורסת, שבירור מאוחר של כוונתו המשוערת של המחוקק ונקיטה בפרשנות שאינה הולמת עם מילות החוק, אך מהטעם שהדבר צודק ונכון בנסיבות העניין, אינה דרך ראויה ללכת בה. בכך, יש בה בתפיסה פרשנית זו משום אי הלימה עם תפיסת תורת הפרשנות הרחבה שבגישה הרביעית שהצגתי. למשל, בעניין פלוני הסתייג השופט חשין מללכת בדרכו של המשנה לנשיא שלמה לוין, לפיה יש לקרוא לתוך סעיף 13 לחוק האימוץ כלל נוסף הקובע שהורה אינו רשאי לסרב להכריז על קטין בר אימוץ אם הדבר נוגד טעמים שבתקנת הציבור הקשורים במעשים שהביאו להולדת הקטין.²⁵ באופן דומה, מסתייג השופט חשין ממהלך הפרשנות שעשה ביהמ"ש האמריקאי בפרשת *Riggs v. Palmer*²⁶ (בעניין הרוצח היורש) ומהתרשמותו של דבורקין עצמו ממהלך זה בגיבוש תורתו.²⁷ לדעת השופט חשין, "מעשה שופט

23 שם, פסקה 72 לפסק-דינו של השופט חשין.

24 טרם פורסם (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).

25 עניין פלוני, לעיל הערה 6, בע' 172–174.

26 188 (1889) N.E. 22.

27 עניין פלוני, לעיל הערה 6, בע' 172–173: "כשאני לעצמי, דרך-הפרשנות בעניינינו דרך חתחתים היא עבורי...אכן, לא יהיה זה לא מוסרי ולא צודק אם הרוצח יירש, וכפי שאמרנו, אין ספק מה היה המחוקק משיב לשאלתנו לו שאלנוהו על מעמדו של רוצח-יורש. ואולם אין בכל אלה כדי לשנות את מילותיו של החוק, מילים המביאות אמנם לתוצאה בלתי מוסרית, בלתי צודקת ובלתי

תחילתו היא בטקסט וסופו בטקסט, ובו לשון, רעיון, אינטרס ותכלית. ועד שיגיע שופט אל אינטרס ואל תכלית, שומה עליו להפוך בו בטקסט, להפך בו, לטחון אותו עד-דק. ואלה כולם יביאו אותנו אל תכלית".²⁸

תפיסה מצמצמת זו של המעשה הפרשני הביאה את השופט חשין בבג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת²⁹ לסבור, כי הביטוי "מועמד" בסעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת פירושו אדם שהוא מועמד טרם-בחירות, ולא כולל אדם שלא נבחר לכנסת ושנותר ברשימת המועמדים לאחר הבחירות.³⁰ עמדה מצמצמת זו השופט חשין בעניין סגל מוסברת היא בלשונו הציורית:

"בבקשנו איפוא מקורות לפירושו של חוק, ניזהר ונישמר שמא נצא מבלי משים אל מחוץ לתחומי הכבידה של החוק; שמא בסופו של יום נימצא כי כופים אנו על החוק – באונס – תכלית שאפשר ראויה היא לעצמה, אך אין היא תכלית העולה מתוכו של החוק. נזכור כי בסוף כל הסופות מפרשים אנו את דבר החוק כפי שהונח לפנינו. לסופו של מסע נחזור תמיד אל הארץ, אל החוק שבו החילוננו את מסענו. אמת נכון הדבר: דברים שהנשר הדואה יראה משמים לא תראה לטאה הזוחלת על הארץ. ואולם גם זו אמת, כי יש דברים שלטאה הזוחלת תראה ונשר הדואה משמים לא יראה."³¹

לבסוף, בעניין התנועה לאיכות השלטון התנגד השופט חשין לדרכו של הנשיא ברק שביקש לראות בחוק דחיית שירות כפוגע בכבוד האדם של המתגייס לצבא תוך נקיטת פרשנות מרחיבה לביטוי "כבוד האדם".³² בזאת, ביקש שלא "לדחוק אל תוככי המושג של כבוד האדם מסכת עובדות שאינה מתאימה כלל"³³ ולו כדי להימצא במסגרת חוקי היסוד. צעד שכזה עלול לדעתו לפגוע בהליך הפרשנות עצמו.³⁴ לפיכך, נראה לי, כי אם עליי לבחור מבין ארבע הגישות שהצגתי, הייתי ממקם

ראויה בעליל, אך מילים ברורות הן. הוא הדין בענייננו שלנו, שעפ"י חוק האימוץ כלשונו, זכאי הוא האב-המערער לקבל את ילדו להחזקתו... דומני כי ההולכים בדרך הפרשנות בענייננו מפקיעים את מושג ה'פרשנות' מגידרו הלגיטימי ומייחסים לו משמעות שאינה ממין העניין." 28 בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573, 611 (1996) (להלן: עניין ארד). 29 שם.

30 שם, בע' 613 אך השוו עניין סגל, לעיל הערה 12, בע' 562 בו הביע השופט חשין את דעתו כי "בבואנו אל חוק הכנסת, אין אנו באים בידיים ריקות. באים אנו ובצקלוננו מטען של שפה ולשון, הגדרות לשון ומשמעויות, מנהגות חברה ומוסר, מוסכמות ומושכלות ראשוניים, 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. ..שלא כבימים עברו, אין אנו מספקים עצמנו אך בלשונו של החוק...".

31 עניין סגל, שם, בע' 565.

32 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל הערה 24, פסקה 73 לפסק-דינו של השופט חשין.

33 שם, שם.

34 שם.

את פסיקתו והלך רוחו השיפוטי של השופט חשין יחד עם אנשי הנון-פוזיטיביזם המודרני, מבית מדרשו של דבורקין המוקדם. הטעם לכך אינו רק בהיעדר ביטוי מספק של מאפייני שלוש הגישות השונות שתיארתיו אלא גם במניפסטציה של תכונות גישה זו בפועלו השיפוטי של השופט. מניפסטציה זו – באה לידי ביטוי בשני פנים: הפן האחד, נעוץ בהשקפת השופט חשין לפיה המשפט מכיל לא רק כללים אלא גם עקרונות ואלה מהווים מקורות תקפים במשפט; הפן השני מקורו בתפיסת השופט חשין לפיה עקרונות אלה שבמשפט הם בעלי תוכן מוסרי-פוליטי. נגזרת משני פנים אלה המסקנה, שמסיקים אנשי התורה הנון-פוזיטיביסטית המודרנית, כי לכל שאלה תשובה במשפט. מסקנה זו ניכרת היא בדרכו השיפוטית של השופט חשין. על חשיבותם של עקרונות במשפט נמצאנו למדים בהרחבה בעניין פלוני.³⁵ בפסק דין זה, מצהיר השופט חשין על העיקרון של "הרצחת וגם ירשת?" כעקרון מהותי במשפט. וכך הוא כותב:

"אותה מהות הינה, לאמיתם של דברים, נורמה משפטית מחייבת במשפט הארץ, עקרון יסוד הנושא את עצמו, חי העומד על רגליו ומדבר מגרוננו ובלשונו. חי זה ידבר בשם עצמו ואין הוא נדרש לצינור כדי להעלות את בשורתו אל משפט הארץ, לא לצינור של פרשנות ולא לצינור של חסר. עקרון יסוד זה חי את חייו שלו במרחבי משפט ישראל, בצידם של עקרונות יסוד אחרים ובצידם של חוקים, חוקי יסוד ושאר מרכיבים היוצרים את משפט ישראל בכללו. עקרון יסוד זה רמתו רמת-חוק היא ואת חוקים יתהלך. אין הוא, בעיקרו, לא כלל של פרשנות ולא כלל של חסר (אם כי אגב-הילוכו יכול הוא לעזור גם בפרשנות גם במילוי חסר). נושא הוא את עצמו, עומד הוא על רגליו שלו, ומדבר הוא אל חוקים כשווה-אל-שוים."³⁶

ובהמשך, הוא מדגיש:

"דעתנו היא איפוא זו, שעקרון 'הרצחת וגם ירשת?' – במובנו הרחב – הינו עיקרון החי לעצמו במשפט ישראל, וקומת-חוק לו. אכן, עיקרון זה – בצידם של עקרונות אחרים כמותו – הינו מקור בין מקורות למשפט הארץ, בצידו של החוק החרות ושאר מקורות המשפט."³⁷

הנה כי כן, אומר לנו השופט חשין, בבהירות שאין למעלה ממנה, כי עקרונות במשפט הם מקור משפטי תקף כמו חוק או הלכה שיצאה מבית המשפט, ובהכרעו בסוגיה שלפניו, רשאי השופט להיזקק להם במישרין, מבלי שייצגו בחקיקה כלשהי, ומבלי שיהא צורך לנקוט בהליך פרשני או בזיהוי "חסר" במשפט כדי להתחקות אחריהם.

35 עניין פלוני, לעיל הערה 6.

36 שם, בע' 178.

37 שם, בע' 179.

ומהם עקרונות אלה וכיצד יתוודעו לו לשופט? עקרונות המשפט נודעים לו לשופט חשין באופן אינטואיטיבי, כזה שאינו מחייב הסבר או הנמקה, כמו אמיתות מתמטיות. עיון מדוקדק בהחלטותיו מעלה כי עקרונות אלה נחלקים לשתי קבוצות: הקבוצה האחת כוללת עקרונות הבאים להגן על יצרים או אינסטינקטים ראשוניים שבטבע – חלקם הגדול משותף לאדם ולחיה וחלקם האחר מיוחד לאדם בחינת מותר הוא מבהמה. דוגמא לעקרונות אלה תמצא בנטייתו הטבעית של הורה להחזיק בילדו,³⁸ בזכות כי יותן לנו להיות הורים לילדו,³⁹ בזכות הטבעית של הורים לגדל את ילדם ולדאוג למחסורו,⁴⁰ בזכותו הבסיסית של אדם לדעת מי הוא אביו מולידו,⁴¹ בצורך הנפשי העמוק של אדם לשם טוב⁴² ובעקרון "איש בעונונו ישא ואיש בחטאו יומת".⁴³ בקבוצה השנייה מצויים עקרונות הנגזרים מעיקרי השיטה הדמוקרטית ומרעיון שלטון החוק. עקרונות אלה מהווים את התשתית הקיומית עליה מונח הכל, לרבות המדינה והמשפט והם תנאי למימושה של כל זכות שבדין. בהקשר הזה ניתן למנות את זכות הגישה לבית המשפט,⁴⁴ עקרון העל שלאזרח ותושב המדינה שמורים גם חופש הדת וגם החופש מדת,⁴⁵ יצר הקיום וההישרדות המוביל לדוקטרינת ההגנה העצמית של הפרט ושל המדינה והחברה,⁴⁶ ועיקרון ריבונות המדינה המאפשר לה לקבוע מי יבוא בתחומה.⁴⁷

ומה מקומם של עקרונות אלה במשפט? בלשונו של השופט חשין: "מילת הצופן היא האינסטינקט שבאדם, אינסטינקט שהמשפט מאמץ אל חיקו, בונה הגנה סביבו ומעטה עליו גלימת זכות".⁴⁸ המשפט במובן הזה, לא בא אלא להגן על אותם אינסטינקטים מולדים, וכדברי השופט חשין בעניין היועץ המשפטי, המשפט "לא בא אלא בעקבות הטבע וספג אל קרבו את חוק הטבע".⁴⁹

שם. 38

39 עניין ההורים המיועדים, לעיל הערה 18.

40 עניין היועץ המשפטי, לעיל הערה 16.

41 עניין פלונית, לעיל הערה 10.

42 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג (3) 817 (1999).

43 בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ (1) 353 (1996);

בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז עוזי דיין, פ"ד נא (2) 651 (1997); דנ"פ

7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721 (2000).

44 ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא (3) 577 (1997) (להלן:

עניין ארפל).

45 בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד מז (5) 485 (1993).

46 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל הערה 24.

47 עניין עדאלה, לעיל הערה 22.

48 ענין פלוני, לעיל הערה 6, בע' 167.

49 עניין היועץ המשפטי, לעיל הערה 16, בע' 102, וראו עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל הערה

24, פסקה 9 לפסק דינו של השופט חשין: "החקיקה החרוטה – בין בחוקה בין אחרת –

בעיקרה אין היא אלא הצהרה על אותם ערכים ועיקרים שהמדינה מושתת עליהם. ...החקיקה

החרוטה בנושאים אלה כולם אינה בעיקרה, אלא מניפסטציה, גילוי, לערכי חברה המזינים את

כאשר מעיינים בהחלטות השופט חשין, לא מתעורר הספק כי עקרונות אלה הם בעלי תוקף מוסרי-פוליטי. כך למשל, בעניין פלוני השופט חשין מכריז, כי עקרונות אלה מהווים ביטוי לציווי מוסרי באותם חלקים במשפט שלהם תפקיד נורמטיבי.⁵⁰ אלא שבניגוד לתפיסה דבורקיאנית מסורתית לפיה עקרונות נמצאים במשפט לצדם של כללים, ומעמדם הנורמטיבי של הראשונים אינו עולה על זה של האחרונים, עמדת השופט חשין, כפי שבאה לידי ביטוי בפסקי הדין שכתב בעיקר במחצית השנייה לכהונתו בבית המשפט, היא שמעמדם הנורמטיבי של עקרונות במשפט, שכזכור משמשים מקור משפטי עצמאי, גבוה מזה של כללים, אפילו היו הם חוקי יסוד. כך בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ⁵¹ אנו למדים כי עקרונות אלה עומדים מעל חוקי היסוד, "הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית".⁵² תיזה אחרונה זו היא המשך טבעי לפסיקתו בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י⁵³ ולפיה עקרונות החירות והכבוד היו גם לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ודי היה בהם, אף לפני חקיקת חוק היסוד, כדי להעמיד עילת מעצר רק על תכליות המנויות בחוק סדר הדין הפלילי.⁵⁴

שיאה של גישה זו בא לידי ביטוי בעניין התנועה לאיכות השלטון בו קרא השופט חשין לבטל את חוק דחיית השירות מהטעם שחוק זה "עומד בסתירה משועת לכל עקרונות היסוד הארוגים בחינו, לכל האמיתות, לכל השאיפות, לכל התקוות שמדינת ישראל המתחדשת בנויה עליהן".⁵⁵ להדגיש, וכך גם השופט חשין מדגיש, לא מדובר בסתירה להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אלא בסתירה לעיקרים שהמדינה עצמה בנויה עליהם, באותם ערכים הנותנים חיים לחקיקת הכנסת, בעקרון האב המורנו כי תנאי ראש וראשון לכל שאר הזכויות הוא עצם קיומה של המדינה, בעקרון האב של הקיום וההישרדות.⁵⁶ על פי תיזה זו, ההכרעה במשפט יכולה להיעשות מכוח היזקקות לעקרונות יסוד אלה במישורין ואין היא מחויבת בתיווכן של הוראות חוק או חוקי יסוד.⁵⁷

החקיקה בשורשיה. "וראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), 546: "יש עקרונות על, אם תרצה: עקרונות מסד – הטבועים בעצם קיומה של הכנסת. יש תכונות אופי השוכנות בגנים של הכנסת – בהיותה מה שהיא – ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר."

50 עניין פלוני, לעיל הערה 6, בע' 181–182: "כולנו ידענו כי עיקרון זה [הרצחת וגם ירשת?] בן-המוסר הוא, המוסר מדריך אותנו בפעולותינו ובמחשבותינו: כמו טבוע הוא בצופן הגנטי שלנו, והוא כוח שעוצמתו עשויה להשתוות – בבחינה הנורמטיבית לעוצמת יצר הקיום וההישרדות."

51 לעיל הערה 44.

52 שם, בע' 629.

53 פ"ד מט(4) 589 (1995).

54 שם, בע' 639.

55 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל הערה 24, פסקה 6 לפסק דינו של השופט חשין.

56 שם, שם.

57 שם, פסקה 11 לפסק דינו של השופט חשין "במערכות ובאירועים יוצאי-דופן, יש שערכי היסוד

מקום שחוק הכנסת סותר עיקר מעיקרים אלה, מוסמך בית המשפט להכריז על החוק כי הוא בטל. וכך כותב השופט חשין:

"מאז פרשת בנק המזרחי אין איש חולק על סמכותו של בית-המשפט להכריז דבר חוק שיצא מלפני הכנסת והנוגד הוראה מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו להיות דבר חוק בטל מעיקרו. על דרך הכלל מדברים אנו בדבר חוק הנוגד זכות מזכויות היסוד המנויות בחוקי היסוד – זכות יסוד או שלוחה של זכות יסוד – ואולם אין כל כורח אפריורי, בוודאי שאין הצדק ראוי, כך לצמצם את סמכותו של ביהמ"ש לבטל דבר חוק של הכנסת. יש עיקרי יסוד בחיי המדינה שלא נוכל בלעדיהם ואין אנו זכאים להתעלם מהם. שאם נעבור ונתעלם, אנו לא עוד נהיה אנו. הדוגמא הבולטת ביותר שנקרתה על דרכנו עד כה היתה בפרשת ירדור. באותו מקרה לא דובר אמנם בכיטול דבר-חוק של הכנסת, ואולם עיקרים שנקבעו בפסק הדין יפים – על דרך ההיקש הישיר – לעניין כיטולו של חוק הכנסת אף הוא."⁵⁸

ומה שמניע את בית המשפט ליטול סמכות זו לעצמו הוא, לדעת השופט חשין, הערך של ההישרדות והקיום הטבוע ביצור החי ובמדינה אף היא.⁵⁹ אם אסכם דברים שאמרתי עד כה, תורת המשפט של השופט חשין מכירה בקיומם של עקרונות במשפט, לצדם של כללים. עקרונות אלה הם בעלי ערך מוסרי-פוליטי, והם נגזרים גזירה ישירה ממשפט הטבע. משפט המדינה אינו בא אלא לבטא "בשר ודם" את העיקר והתמצית שבעקרונות אלה. לפי תורה זו, רשאי שופט להיזקק לעקרונות אלה במישרין, בהכריעו את הסוגיה שלפניו, ומוסמך הוא אף לפסול חוק של הכנסת שסותר עקרון יסוד שכזה.

ניתוח זה של תורתו השיפוטית של השופט חשין מעלה כמה קשיים למול החלטות אחרות שלו. קשיים אלה ניתנים לתיאור בשלוש רמות: הרמה האחת קשורה בסיווגו הראשוני של המקרה כמצריך הכרעה בדרך של עקרונות לעומת הכרעה בדרך של כללים; הרמה השנייה מתמקדת בשקול הדעת בהתערבות שיפוטית מקום שמתגלה סתירה בין כלל או מעשה של הרשות לבין עקרון יסוד; הרמה השלישית נוגעת לסיטואציה בה נדרשת הכרעה שיפוטית מקום שקיימת סתירה בין שני עקרונות יסוד. לסיום הרצאתי, אבקש להעלות כמה תהיות הנובעות מקשיים אלה.

נדמה, כי הסיווג הראשוני של המקרה כמוכרע בדרך של כללים או בדרך של עקרונות יסוד בסיסיים במשפט, מכתוב באופן כמעט הכרחי את התוצאה המשפטית. בכמה החלטות שכתב השופט חשין בעניין חופש הביטוי, כמו למשל בבג"ץ 5432/03

עולים מן המעמקים כהר געש המתפרץ או כגיזור לוחט, ובחודרם מבעד לחוקה ולחוק מכריעים הם במישרין בשאלה בוערת שנתגלגלה אל פיתחו של בית-המשפט."

58 שם, פסקה 47 לפסק דינו של השופט חשין.

59 שם, פסקה 50 לפסק דינו של השופט חשין.

ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, 60 בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור, 61 ובעניין סטיישן פילם, 62 הסכים השופט חשין כי לכל אדם זכות ביטוי מסוג חירות אך עיון בדבריו מעלה כי חירות הביטוי אינה נתפסת בעיניו כעקרון יסודי. עצם סיווגה של זכות הביטוי ככלל (פסיקתי, במקרה הספציפי) ולא כעקרון יסודי איפשר לשופט חשין להוציא את הפורנוגרפיה מחסותה של חירות הביטוי, ולהעניק הגנה פחותה לביטוי המסחרי. בעניין סטיישן פילם סרב השופט חשין להתערב בהחלטת המועצה לביקורת סרטים שפסלה הקרנת חלקים מהסרט "אימפריית החושים" מהטעם שלא ידע "על-פי אילו אמות מידה נקבע את גבולות אותו מוסר חברתי אופרטיבי" שבכוחו לצמצם את חופש הביטוי?⁶³ השאלה בעיקרה, כתב חשין, "אינה שאלה משפטית. הכלים הניתנים בידינו הם גסים ומגושמים מדי מכדי שנוכל לכייר מהם כללי משפט ברורים ובהירים. המבחנים הינם כלליים ומעורפלים ונתקשה ליישם בחיי היום יום. היסודות הלב-משפטיים במאטריה שלפנינו ממלאים את עיקר החלל, ואיש המשפט מוצא עצמו משוטט בשדה לא לו."⁶⁴ קראתי דברים אלה של השופט חשין. חזרתי וקראתי ולא ידעתי כמה שונה עניין זה משאר העניינים בהם מצא השופט מקום להכריע בעניינים שאינסטינקט האדם שבו הורה אותו כיצד ללכת. מה מבחין בין חירות הביטוי לבין זכותה של המדינה להגן על עצמה או זכות הילד לגדול אצל אביו ואמו? מדוע זה רק כלל וזאת בת עקרון? האם מנחה אותנו השופט חשין מתי נימצא באותו מתחם של עקרונות יסודי, ומתי נוכל לדבר גבוהה בשפת העקרונות – אלה המהווים תשתית לה יכול השופט, אפילו נזקק הוא לטבע שבאדם שבו? אתמה.

גם כאשר הכריז השופט חשין על המקרה המשפטי שלפניו כחס תחת כנפיים של עקרונות, וכמשקף פגיעה בעיקר העיקרים ובתשתית מתשתיות הטבע, עד כי נדמה היה, מרוחו השיפוטית ומתורתו המשפטית, שקיימת הצדקה (ואף שלא יכול שלא תהיה הצדקה שלא) להתערב בהליך, נמנע הוא מלהתערב במקרה והסתפק אך בקריאה אל המחוקק לשנות את הכלל שקבע. כך היה למשל בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים,⁶⁵ שם עלתה השאלה האם יש לקבל עתירתה של אישה בת 44, רווקה ללא בן זוג, שבקשתה להשתמש בשירותי פונדקאות סורבה על ידי הוועדה הסטטוטורית. אכן, עיון בסעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), תשנ"ו–1996 (להלן: חוק הפונדקאות) מלמדנו כי הסכם פונדקאות יכול ויערך בין בני זוג, איש ואשה, ובין אם מיועדת, אלא שלשון

60 פ"ד נח(3) 65 (2004).

61 פ"ד מח(2) 1 (1994).

62 לעיל הערה 21.

63 שם, בע' 721.

64 שם, שם.

65 פ"ד נז(1) 419 (2002).

חוק הפונדקאות אינה קובעת בצורה מפורשת כי "רק" צדדים אלה יכולים לערוך את הסכם הפונדקאות, ויתירה מכך, ההיסטוריה החקיקתית מלמדת – כך מורינו השופט חשין בעצמו – שזכותה של אישה יחידה להיזקק להליכי פונדקאות לא נדונה לגופה לקראת חקיקת החוק.

על אף זאת, ועל אף שהשופט חשין קובע שלא קיימת לאקונה בחוק, ממשיך הוא ובוחר (וכל כך למה?) האם ההסדר שבחוק אינו גורם עוול לאישה שאין לה בן זוג והאם אין בו הפליה לרעה של אותה אישה. הוא מודה, כי שאלה זו היא שאלה ערכית ומתעקש לומר כי "הזכות שאנו מדברים בה – הזכות להורות – זכות היא שבאה אלינו מן הטבע" ו"עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות".⁶⁶ ונדע כולנו, כי נמצאים אנו בעולם עקרוני הטבע והאינסטינקטים שבאדם, אלה החזקים יותר מכל כלל משפטי, אפילו היו הם חוק יסוד. ואמנם, מסקנתו היא כי קיפוחה של האישה ללא בן זוג הוא "קיפוח בלתי נסבל ונעדר הצדק" ו"שלילת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג שקולה לכאורה כנגד הפלייתה לרעה של אותה אישה, הפלייה לכאורה שאין הצדק בצידה".⁶⁷

לבסוף, ואחרי שלימדנו השופט כל מה שלימדנו בפסק דינו ובהחלטותיו הקודמות עליהן דיברתי קודם, נמנע הוא – במפתיע – מלקבל את העתירה מהטעם שהמדובר הוא בהתערבות בחקיקה של הכנסת וגם בשל מיוחדותה של הפונדקאות המהווה התערבות במעשה הבריאה. במקום, הוא מסתפק בקריאה למחוקק לשקול בכובד ראש את הטעמים המחייבים והשוללים החלתו של החוק על נשים יחידות ולהכריע בשאלה לגופה.

קריאת פסק הדין מעלה פליאה. כיצד ועל שום מה נסוג במקרה זה עיקר העיקרים, מלך המלכים, יסוד מיסודות משפט הטבע, מפני חוק, אפילו חוק רגיל, של הכנסת? שהרי הכלל המשפטי סותר ומנוגד ניגוד של ממש לאותו עקרון יסוד תשתיתי, שבדם. נפלא ממני מדוע זה היה מקום להשיב פני האישה ריקם מקום שהחוק מהווה עוול, הפליה שאין הדעת סובלת, וזאת ללא כל הצדק בדין – דינו של השופט חשין. ומדוע זה העדיף הוא להמתין לכנסת שתעשה מעשה? וימים הגידו לנו את שעשתה הכנסת.

קושי אחרון, אותו אבקש לציין, נוגע למצבים בהם קיימת סתירה לכאורה בין שני עקרונות יסוד המהווים תשתית לנורמות המשפטיות. בעניין עדאלה⁶⁸ נדונה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג–2003, אשר הגביל במגבלות מסוימות את זכותם של תושבי איזור יהודה ושומרון הנישאים לאזרחים ישראלים או שאחד מהוריהם המשמורן נמצא בישראל, לקבל אישור ישיבה בארץ. בפסק דינו, העמיד השופט חשין אחד מול אחר שני עיקרי יסוד, והוא גם לימדנו

66 שם, בע' 445.

67 שם, בע' 455–456.

68 לעיל הערה 22.

כי הם עולים על הנורמות הכתובות במשפט. העיקרון האחד, הוא זכותו של אדם לנישואין ולקיומם של חיי משפחה עליה אמר השופט כי היא נוצרה "לפני היות המדינה ולפני שזכויות וחובות באו לעולם...בתחילת כל התחילות".⁶⁹ העיקרון השני, שעמד מתחרה, הוא עיקרון העל של ריבונות המדינה, ממנו נגזרה זכותה של המדינה לקבוע מי רשאי להיכנס לתחומה, להתגורר בה, ולהיחשב אזרח.⁷⁰ בהכריעו לטובת העיקרון השני, הורנו השופט חשין כי עוצמת העיקרון (או הזכות המגלמת אותו במשפט) נחלשת והולכת ככל שמתרחקים אנו מגרעינו ומתקרבים אנו אל המעטפת שלו.⁷¹ הואיל וזכותו של אדם להקים משפחה ולחיות עימה בשיתוף היא, לדעת השופט חשין, המעטפת של הזכות להינשא, עוצמתה חלשה יותר למול עקרון ריבונות המדינה המקנה לה זכות לקבוע מדיניות הגירה מפעם לפעם שהיא בגרעינו של עקרון זה. נמצאנו למדים, כי עיקר שהוא תשתית משפט הטבע, אותו נדע ונכיר ללא תיווכו של חוק, אפילו חוקה, יכול שיהיה תשתית, יכול שיהיה תשתית שבתשתית, ויכול שיהיה תשתית שבתשתית שבתשתית. והקובע הוא קירבתו לגרעין. כאשר ננוע אנו מהראשון לאחרון נמצא עצמנו נעים מהמעטפת לגרעין וחיזקנו ידי העקרון. אבל במקום אחר בפסק דינו של השופט חשין, נמצא שמה שמכריע במתח שבין שני עקרונות יסוד הוא לא השאלה אם נמצאים אנו בגרעין (של עקרון) או אך במעטפת, אלא אם מדובר בעקרון השייך לקבוצה הראשונה שהזכרתי – זה שמקורו באדם עצמו, או בעקרון מהקבוצה השנייה – זה הנגזר מעיקרי השיטה הדמוקרטית עצמה. וכך כותב השופט:

"זכויות ועקרונות [כמו הזכות להינשא] אלה חשובים הם מכל חשובים. נעלים הם מכל נעלים. בלעדיהם לא תיכון מדינה דמוקרטית ראויה לשמה. אך עצם קיומה של המדינה וזכותו של היחיד לחיים נעלים וחשובים הם מכל אלה. באין מדינה לא תהא תקומה לזכויותיו של היחיד, ואסור להן לזכויות יסוד של היחיד כי תהינה קרדום לחתור בו תחת קיומה של המדינה."⁷²

יוצא איפוא, שעקרונות מהסוג השני, השואבים ממשפט הטבע הפוליטי, אם תרצו, זה שמעגן ואת השיטה עצמה, גוברים הם, על פי הגדרה, על העקרונות מהסוג הראשון – הוא משפט הטבע של האדם, וקיומם של האחרונים אינו מובטח אלא באמצעות הראשונים. אם אלה פני הדברים, לא ידעתי מה עיקר ומה כלל, מהו חוק ומהו עקרון במשפט, מה בין הכרעה בדרך של חוק יסוד ומה בדרך של עקרון, ומהי נפקותו של הסיווג הראשוני של המקרה כמייצג תחרות בין עקרונות ממשפט הטבע לענייננו שלנו. וככל שהתעמקתי בחקירה, כך רבו השאלות. רבו ולא הניחו.

69 שם, פסקה 46 לפסק דינו של השופט חשין.

70 שם, פסקה 50 לפסק דינו של השופט חשין.

71 שם, פסקה 61 לפסק דינו של השופט חשין.

72 שם, פסקה 83 לפסק דינו של השופט חשין.

השופט חשין העשיר אותנו עד מאוד במשפטו. זרע הוא זרעי חבצלות (נימפיאות) במים טהורים וכמו ציווה עליהן לשתות מן המים, לשתות ולפרוח. המשפט של השופט חשין טובל במוסר וערכים. אלה חודרים לשורשיו בצורה ישירה כעקרונות יסוד, ומספקים לו גם מסד לצוף עליו ולהרבות את יופיו. ואולם גם זאת ידענו, כי לא קיימת להן לנימפיאות רקמת תמיכה נוקשה והנימפיאה בסכנת הכחדה היא.⁷³ נשמור ונישמר לכל ייבש מאגר המים, או ייתקו השורשים. חוכמתו השיפוטית של השופט חשין ודאי תדריך אותנו במלאכה חשובה זו.

73 הסיבות העיקריות להיעלמות הנימפיאות הן – יבוש החולה, זיהום נחלי החוף ומעבר לזה חיה בשם נוטריה. הנוטריה היא מין מכרסם אמריקאי גדול בעל פרווה יפה. הוא הובא לישראל בשנות החמישים בתקווה לפתח תעשיית פרווה. הפרויקט כשל, אולם כמה נוטריות ברחו לטבע והתרכו מאד. לדאבונו הנוטריות חובכות שורשי וענפי נימפיאה וכך באתרים הספורים הלא מזוהמים שנתרו, נעלמה לה הנימפיאה. כיום כדי לגדל נימפיאות בטבע בארץ רצוי לגדלם בכלובים לתוכם הנוטריות וטורפים אחרים אינם חודרים. <http://www.botanic.co.il/hebrew/research/nymphaea.htm> (נבדק ב-1.11.07).