

“לעשות משפט אמת וצדק בדרכו של שופט כפי שלמדתי ממי שקדמו לי ובבית אבי”* – הרהורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישאל חשין לפני פרישתו

אבי מיליקובסקי**

השופט מישאל חשין פרש מכהונתו כמשנה לנשיא בית המשפט העליון בשנת 2006, ובכך חתם קריירה משפטית ארוכה ומפוארת. השנה האחרונה לישיבתו על כס השיפוט – ערב נעילת השער על כהונתו בבית המשפט העליון – הייתה אמוציונלית מאוד עבורו, והוא נתן לכך ביטוי בפורומים פומביים ובראיונות שהעניק. מאמר זה מבקש לבחון את השאלה הבאה: האם פסקי הדין שכתב השופט חשין בשנת המשפט האחרונה לכהונתו נותנים ביטוי אישי להלך רוחו באותה עת, וככל שכן – מהו אותו הלך רוח? כפי שנראה להלן, עיון בפסקי הדין האחרונים שנתן השופט חשין לפני פרישתו מצביע על הדים שונים לתחושת הסיום ונעילת השער המתקרבת שהעסיקה את השופט מאוד באותה עת. כלולות בהם, בין היתר, סגירות מעגל שונות והתייחסויות אישיות לפרקים מוקדמים יותר בקריירה המשפטית שלו. המאמר מדגים זאת באמצעות שלושה מעגלים שניתן לאתר

* הציטוט בכותרת המאמר לקוח מבג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד (ס) 477, 558 (2005).

** ממונה על ענייני בג"צים, מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה; בשנים 2005–2006 שימש מתמחה בלשכתו של כבוד המשנה לנשיא בית המשפט העליון דאז השופט מישאל חשין. המאמר שלהלן עוסק בפסקי הדין שנתן השופט חשין בשנת המשפט האחרונה לכהונתו. בהיבטים אחרים של תקופה זו בכהונתו של השופט חשין עסקתי ברשימה קצרה פרי עטי שפורסמה לאחרונה. ראו אבי מיליקובסקי “פרישתם של הנשיא ברק והמשנה לנשיא חשין מכס השיפוט – מערכת היחסים בין בית המשפט העליון לרשות המבצעת על רקע חילופי הדורות בבית המשפט העליון” **שורשים במשפט** 769 (דינה זילבר עורכת, 2020). כפי שציינתי באותה רשימה, זכיתי להתייעץ עם מורי השופט חשין בראשית הדרך, בטרם הגשתי את מועמדותי למשרת פרקליט במחלקת הבג"צים, והוא אשר עודד אותי ללכת בדרך זו. על כך – ועל עצות טובות נוספות שהשופט חשין זיכני בהן – אני אסיר תודה לו. אני מודה לאביעד הכהן, לאיל ינון, ליובל רויטמן ולחברי מערכת כתב העת **משפט ועסקים** על הערותיהם המעולות לטיוטת מאמר זה, ולעמית גלעדי על סיוע טכני מצוין. כל האמור במאמר זה משקף, למען הסר ספק, את דעתי בלבד.

בפסקי הדין האחרונים של השופט חשין. המעגל הראשון, שבו יעסוק עיקרו של המאמר, נוגע בקריירה האקדמית של השופט חשין, אשר נגדעה בצעירותו ומעולם לא הושלמה. פסקי הדין האחרונים שנתן השופט חשין כוללים אזכורים חוזרים ונשנים של קריירה אקדמית זו, וניכרים בהם געגועיו אל שלב מוקדם זה בחייו המקצועיים. המעגל השני, שיוזכר בקצרה, נוגע במערכת יחסיו המקצועית של השופט חשין עם הנשיא ברק – אותה מערכת יחסים נדירה, ייחודית ומורכבת, שנמשכה לאורך עשרות שנים. המעגל השלישי עוסק – אף הוא בקצרה בלבד – באופן שבו בחר השופט חשין להזכיר בפסיקה שנתן לקראת פרישתו את הדמות שהשפיעה עליו ביותר בימי חייו: אביו, השופט ש"ז חשין, ממלא מקום נשיא בית המשפט העליון.

מבוא

- פרק א: מעגל ראשון – געגועיו של השופט חשין לקריירה האקדמית ולחקר המשפט הפרטי
- פרק ב: מעגל שני – הדים למערכת יחסיו הנדירה של השופט חשין עם הנשיא ברק
- פרק ג: מעגל שלישי – הד להשפעתו של אביו על עיצוב דרכו של השופט חשין
- סיכום

מבוא

ביום 16.2.2006, במלאת לו שבעים שנה, פרש המשנה לנשיא בית המשפט העליון מישאל חשין מכהונתו כשופט, כמצוות החוק. לאחר יום זה הוא עמל במשך שלושה חודשים נוספים על סיום כתיבתם של פסקי דין שהדיון בהם החל לפני יציאתו לקצבה, ועם תום תקופה זו נחתם מסע משפטי מופלא בן עשרות שנים של אחד מענקי המשפט הישראלי לדורותיו. שיאו של המסע היה כהונתו המזהירה בת ארבע-עשרה השנים בבית המשפט העליון, אם כי יש אי אלה שזכו לראותו מהלך קסם על שומעיו בשלבים מוקדמים יותר של הקריירה המשפטית שלו – כפרקליט מטעם המדינה וכעורך דין פרטי – ואשר טוענים כי זוהרו בתפקידים אלו האפיל לעיתים אף על גדולתו כשופט.¹

1 לסקירה על אודות תקופת עבודתו של השופט חשין כפרקליט במחלקת הבג"צים ובתפקידיו האחרים במשרד המשפטים ראו יובל רויטמן "דמותו של הפרקליט הציבורי בראי עבודתו של הפרקליט ד"ר מישאל חשין" בכרך זה. כן ראו ההפניות המובאות שם, ובמיוחד דפנה ברק-ארו "המשפט המינהלי של מישאל חשין – בין עריכת דין לשפיטה" מאזני משפט ו 477 (2007); דינה זילבר בשם החוק – היועץ המשפטי לממשלה והפרשות שטלטלו את המדינה (2012).

משפט ועסקים כו, תשפ"ג הרהורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישאל חשין

בשנת כהונתו האחרונה של השופט חשין זכיתי להימנות עם אלה שיצקו מעט מים על ידיו, כמתמחה בלשכתו. הגם שתקופה זו חלפה לה לפני יותר מעשור ומחצה, מאורעות אותם ימים טבועים בזכרוני היטב. כבר בזמן אמת נראתה אותה עת – לי ולעמיתיי המתמחים בבית המשפט העליון – כסופה של תקופה היסטורית, אשר נקרתה בדרכנו הזכות להציץ בדמדומיה. באותה תקופה נתן בית המשפט העליון כמה וכמה פסקי דין, מן המשפיעים ביותר בדברי ימי המשפט הישראלי, שלכתיבתם היה השופט חשין שותף. כך היה הדבר, בין היתר, בעטיו של צירוף נסיבות – פרישתם של המשנה לנשיא חשין והנשיא ברק מכס השיפוט בזה אחר זה, במהלכו של פרק זמן קצר ביותר. שני שופטים דגולים אלו נולדו בשנת 1936, בהפרש של כשבעה חודשים, ולפיכך שניהם פרושו מכהונתם בשנת 2006. בהיותם שני השופטים הבכירים ביותר בבית המשפט העליון באותה עת – הנשיא והמשנה לנשיא – התגלגלו לשולחנם תיקים מן המשמעותיים ביותר שנותרו תלויים ועומדים, ופסקי הדין בתיקים אלו ניתנו סמוך לפרישתם. מאחר שהשופט חשין היה הראשון מבין השניים שפרש (בהיותו מבוגר מן הנשיא ברק בכשבעה חודשים, כאמור), התיקים המשותפים שבהם ישבו בדין שניהם גם יחד היו כאלה שפסקי הדין בהם ניתנו ערב פרישתו של השופט חשין.

תקופה זו של ערב פרישה, של בטרם יינעל שער, הייתה אמוציונלית מאוד עבור השופט חשין, והוא נתן לכך ביטוי בפורומים פומביים שונים ובראיונות שהעניק. דומה כי תקופה זו שסמוכה לסיום הקריירה המקצועית מהווה לגבי כל אדם עת מורכבת הכרוכה בסיכומים צופים פני עבר ובמחשבות צופות פני עתיד. קל וחומר נכון הדבר ביחס לשופט, ולשופט בית המשפט העליון במיוחד, אשר פרישתו אינה כוללת מימד הדרגתי כלשהו, אלא נהפוך הוא – עד לרגע האחרון של כהונתו הוא כותב פסקי דין חשובים, מרכזיים, רבי השפעה, ואז בחטף ניטל ממנו כוחו השיפוטי ומתאיין. על אחת כמה וכמה היה הדבר נכון ביחס לשופט חשין, על מזגו ואופיו הייחודיים. כאמור, בפורומים פומביים שהתקיימו בתקופה הסמוכה לפרישתו ביטא השופט חשין באופן גלוי וחשוף ביותר את מחשבותיו, טרדותיו, חששותיו ותקוותיו בנוגע לעתיד. במיוחד ניכר הדבר בנאום הפְּרֵדָה המונומנטלי שנשא בטקס הפרישה שלו מבית המשפט העליון ביום 16.2.2006.² בנאום זה הוא מנה, במבט עורג ומלא הכרת הטוב, את תחנות חייו השונות,³ אחת לאחת, החל בבית אביו ובבית הספר היסודי, דרך ילדותו בתל אביב ולאחר מכן בירושלים, ועד לפרקי חייו האקדמיים ולקורותיו על כס השיפוט.

עדות נאמנה, מכלי ראשון, לתקופה האמוציונלית שחוהה השופט חשין סמוך לפרישתו ניתן למצוא בדברים שכתב הוא עצמו במכתב מיום 26.3.2006, חודש ועשרה ימים לאחר פרישתו מכס השיפוט, לסופר מאיר שלו. סמוך לאחר שסיים את קריאת ספרו **יונה ונער**, שיצא לאור באותה תקופה, כתב השופט חשין לסופר הנערץ כך:

2 מישאל חשין "מילות פרידה" ספר מישאל חשין 9 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009) (להלן: חשין "נאום פְּרֵדָה"). הנאום פורסם גם אצל מישאל חשין "מילות פרידה" משפטים 271 (2007).

3 ראו חשין "נאום פְּרֵדָה", שם, בעמ' 9–10.

"למאיר שלו שלום,

לפני יומיים סיימתי לקרוא, ואני בתוך עצמי. מאז 'הלב' (הדוור הקטן), ואני ילד כבן 8; מאז 'יורם' (תמונת הגסיסה), ואני ילד כבן 10; מאז 'עמק הארזים' (אהבת פדרו ומרים) ואני ילד כבן 11; ומאז 'יבכה' של עמיחי, ואני איש בא-בימים; לא עורר בי ספר או שיר שקראתי – וקראתי לא מעט ספרים – ריגשה כה עזה כריגשה שאחזה בי לעת שקראתי את סיפרך 'יונה ונער'. בימים יבואו אנסה להבהיר לעצמי מה-טעם כך – אפשר שהגיל המתקדם עושה את שלו – ואולם גם הסבר כי ימצא לא יהיה בו כדי להקל על לפיתת הגרון שחשתי בה כמעט לאורכו של כל הספר. וגם עתה.

ועוד זאת ביקשתי לומר, שמאז ביאליק לא קם לה ללשון העברית מאהב כמאיר שלו.

ומה עוד יבקש לו אדם?

בברכה,

מישאל חשין⁴

דבריו של השופט חשין במכתב זה אינם נוגעים כמובן ישירות בכתיבתו המשפטית, והם אף אינם מאזכרים את אירוע פרישתו מכס השיפוט, אשר התקיים כאמור חודש ועשרה ימים לפני כן. אך יש בהם כדי לספק חרך הצצה, גם אם אנקדוטלי, לייחודיותה של תקופת הפרישה מבית המשפט העליון בחייו, ולרגשות העזים שתקופה זו הציפה בו.

4 אני מודה מקרב לב לסופר מאיר שלו על איתורו של מכתב זה והעברתו לעיוני. יצוין כי קיימים קווי דמיון בין ילדותו של השופט חשין לבין ה"ילדות" המתוארת בספר **יונה ונער** של גיבור העלילה יאיר מנדלסון, פרי דמיונו של מחבר הספר. כך, השופט חשין גדל לחוף ימים בתל אביב, ועבר לירושלים בתחילת גיל הנעורים בעקבות מינויו של אביו, השופט ש"ז חשין, לכהונה בבית המשפט העליון, וגם גיבור עלילת **יונה ונער**, יאיר מנדלסון, עבר כילד ממגורים בתל אביב לירושלים, וגם אצלו היה זה בעקבות עבודת אביו, כרופא שהובטחה לו משרה בבית החולים "הדסה" (ראו מאיר שלו **יונה ונער** 46 (2006)); השופט חשין התגורר בילדותו ברחוב רוטשילד בתל אביב, וגיבור **יונה ונער** גר לא הרחק משם, ברחוב בן יהודה, סמוך לרחוב טרומפלדור (ראו שם, בעמ' 37); ושניהם פקדו בילדותם – בשנות הארבעים (חשין) והחמישים (גיבור **יונה ונער**) של המאה הקודמת – אתרים דומים, דוגמת חוף הים של תל אביב (על געגועיו של השופט חשין לחוף הים של תל אביב ראו מישאל חשין "מאיר שמגר – נשיא של שופטים – שופט ואדם" **משפטים** כו 203 (1995) (להלן: חשין "מאיר שמגר – נשיא של שופטים"), ועל הליכתו היומית של גיבור **יונה ונער** לחוף הים בתל אביב ראו שלו, שם, בעמ' 43) או גן החיות של תל אביב, אתר בעל תפקיד מרכזי בעלילת **יונה ונער** (על ביקוריו של השופט חשין כילד בגן החיות התל-אביבי ראו יואב ספיר "חשין, השופט שיצא להגנת התנינים" **הארץ** – **דעות** 20.9.2015 www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2734761, ועל ביקורו של גיבור **יונה ונער** בגן החיות התל-אביבי ראו שלו, שם, בעמ' 37–38). על רקע קווי דמיון אלו – ואחרים – ייתכן שהזדהותו עם גיבור הספר בשילוב עם קריאת הספר סמוך לטקס הפרישה מבית המשפט העליון הם שהובילו לתגובתו האמוציונלית כל כך של השופט חשין דווקא על קריאת ספר זה. הדברים הם כמובן בגדר השערה בלבד של הח"מ.

משפט ועסקים כו, תשפ"ג הרחורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישראל חשין

דומני כי באופן בולט במיוחד ייגעו את מוחו של השופט חשין באותה עת – במקביל לכתיבת פסקי הדין שנותרו על שולחנו – מחשבות שונות על מעשיו הצפויים בתקופה שלאחר פרישתו ועל השלב הבא שאליו יפנה מסעו המשפטי. הוא התייחס לפרישתו הצפויה בהשלמה, בנובעה ממצוות החוק שאין בלתי, אך גם בחשש מסוים ובלתי מוסתר. כך, לדוגמה, בריאיון שנתן בפברואר 2006, ערב פרישתו, השיב השופט חשין לשאלת המראיין "מה אתה הולך לעשות מחר בבוקר?" כך: "מה שאני הולך לעשות אחרי הפרישה הוא מבחינתי חלל, חור שחור. אין לי מושג. יותר מדיי שואלים אותי, וזה מתחיל עוד מעט להדאיג אותי".⁵ ובריאיון אחר מאותה תקופה הוא תיאר באופן מצמרר, ייחודי ואופייני את אי-הוודאות האופפת אותו ביחס לתוכניותיו להמשך:

"אין לי כרגע תוכניות להמשך. בשלב זה אני מוזמן מעת לעת להרצות, לכתוב דברים. כאשר אברהם לקח את יצחק לשחיטה, שאל אותו יצחק: 'ויאמר יצחק אל-אברהם אביו, ויאמר אבי, ויאמר, הנני בני; ויאמר, הנה האש והעצים, ואיה השה, לעולה. ויאמר אברהם אלוהים יראה-לו השה לעולה בני...' זו סצנה כל כך נוגעת ללב. אלוהים יראה לו את השה לעולה. זאת אומרת, משהו סתמי כזה. אז אני אומר – לימים, אלוהים יראה לי את העיסוק לעולה, את העיסוק לעתיד. כמו אצל אברהם ויצחק. נראה. אני לא ממהר לשום מקום."⁶

ניתן לשער כי מחשבות אלו ביחס לעברו ולגבי עתידו מצאו את דרכן באופן זה או אחר גם לכתיבתו השיפוטית של השופט, ובכלל זה לפסקי דינו האחרונים.⁷ אכן, במאמר קצר זה אבקש לבחון את השאלה הבאה: האם פסקי הדין שכתב השופט חשין בשנת המשפט האחרונה לכהונתו נותנים ביטוי אישי להלך רוחו באותה

5 רון דרור "נפרדים ממישה", מובא בתוך **השופט מישראל חשין** 302 (2006).
6 טל כהנא ואילנה פרנקל "ריאיון עם המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מישראל חשין" **דין ודברים** ג 195, 233 (2007) (להלן: "ריאיון עם השופט חשין" (2007)).
7 כאן המקום לציין אנקדוטה הזכורה לי היטב שקשורה למחשבותיו של השופט חשין על עתידו לאחר הפרישה. השופט חשין היה משכים קום, ונהג להתייצב בוקר בוקר לעבודת יומו בלשכה סמוך לאחר ששערי בית המשפט נפתחו. כך הוא היה יכול לנצל את תחילת הבוקר באין מפריע לצורך כתיבה אינטנסיבית ומרוכזת, ובשעה שהיו מגיעים ללשכה העוזרים המשפטיים, המתמחים או מנהלת הלשכה, כבר הייתה נצברת על שולחנו מסה קריטית של טיוטות בכתב ידו, שאותן היה אפשר לחלק לעובדי הלשכה לצורך הקלדה, העמדה, הגהה ושאר מלאכות. ביום האחרון לשלושת חודשי הכתיבה של השופט חשין (15.5.2006) עלתה תהייה מה הוא יעשה בבוקר שלמחרת, קרי, ביום הראשון שלאחר פרישתו הסופית מכס השיפוט. והנה, ביום שלמחרת הוא הגיע ללשכתו באותה שעה מוקדמת, תיקו בידו וצעדיו נחושים לכיוון לשכתו. זאת, אף שאך יום קודם לכן הוא פרש כאמור מכהונתו. דומני כי הוא היה נחוש לסדר את הלשכה ולהתחיל להכינה לקראת מעברה לקומת השופטים בדימוס, אף על פי שבעבודה זו לא הייתה כל דחיפות מיוחדת שהצריכה את עשייתה השכם בבוקר. נראה כי היה בכך ביטוי לכך שהוא טרם התרגל לכך שהוא נהפך באחת לאדם חופשי, ולכך שהשלב הבא שלאחר קריירת השיפוט אכן הגיע זה עתה.

עת, וככל שכן – מהו אותו הלך רוח? לשון אחר, האם פסקי דין אלו, העוסקים בענפי משפט שונים ומגוונים, כוללים מאפיינים משותפים, דוגמת מימד אישי מובהק בכתיבתם, הנובע מהמועד שבו הם נכתבו? האם יש בהם אזכור רב מן הרגיל של תחנות ביוגרפיות בעברו, נטייה מוגברת לעסוק דווקא בענפי משפט מסוימים או ערגה לפרקים קודמים במעגל חייו או בקריירה המשפטית שלו? האם היה חשוב לו להזכיר בפסקי דין אלו אירועים כלשהם ממסעו המשפטי, בטרם יינעל שער ושוב לא יהיה אצור בידיו הכוח לכתוב פסקי דין?

אקדים אחרית לראשית ואציין בתמצית כך: עיון בפסקי דין שנתן השופט חשין בשנה האחרונה לכהונתו מצביע על הדים שונים לתחושת הסיום ונעילת השער המתקרבת שהעסיקה את השופט מאוד באותה עת; פסקי דין אלו כוללים סגירות מעגל שונות והתייחסויות אישיות לפרקים מוקדמים יותר בקריירה המשפטית של השופט חשין, וכן מימד של כתיבה הנוגעת – במישורין או בעקיפין – בתחנות שונות בביוגרפיה הסוערת שלו, האישית והמקצועית. אדגים זאת באמצעות שלושה מעגלים שניתן לאתר בפסקי הדין האחרונים של השופט חשין ואשר נוגעים בתחנות ביוגרפיות בדרכו.

המעגל הראשון, שבו יעסוק עיקרו של מאמר קצר זה, נוגע בקריירה האקדמית של השופט חשין, אשר נגדעה בצעירותו ומעולם לא הושלמה. פסקי הדין האחרונים שנתן השופט חשין כוללים אזכורים חוזרים ונשנים של קריירה אקדמית זו, וניכרים בהם געגועיו אל שלב מוקדם זה בחייו המקצועיים. קריירה זו נקטעה סמוך לאחר שהגיש חשין את עבודת הדוקטורט שלו, בשנות העשרים לחייו, והיא מעולם לא הבשילה לכלל היותו אקדמאי במשרה מלאה ולאורך זמן, על אף תוכניותיו וציפיותיו בצעירותו להיות חוקר ואיש אקדמיה. במיוחד ניכרת בפסקי הדין האחרונים של השופט חשין ערגה לשדה המשפט הפרטי, שבו חרש בתחילת דרכו האקדמית, שבו עסק בעבודת הדוקטורט שכתב, ואשר בו ראה עד סוף ימיו את כור מחצבתו המשפטי (הגם שנסיעות החיים הובילו אותו למחוזות אחרים, והוא נהפך למזוהה כל כך עם תחום המשפט הציבורי). כפי שנראה, למשפט הפרטי בחר השופט חשין לייחד חלק ניכר מכתבתו בשנת המשפט האחרונה לכהונתו.⁸ לכל זאת נתייחס באמצעות עיון בפסקי הדין בפרשת

8 עצם הבחירה לכתוב פסק דין בנושא מסוים, בענף משפטי מסוים, או להאריך או לקצר בעניינה של סוגיה משפטית מסוימת יכולה להעיד, כמובן, על אופיין של הסוגיות המשפטיות הקרובות לליבו של שופט, ועל ההכרעות המשפטיות שהוא מבקש להתמקד בהן. הדבר נכון במיוחד בתקופה הסמוכה לפרישתו של השופט, בשעה שעיתותיו קצובות וזמנו השיפוטי מוגבל וקרוב לקיצו. אומנם, כידוע, שופט אינו אדון לגורלו, במובן זה שהוא אינו שולט בזהות התיקים שיתגלגלו לפתחו. אולם לשופט – במיוחד בהיותו ראש מותב – יש החירות להחליט אם לכתוב בעניין מסוים חוות דעת מנחה, מפורטת ועקרונית או שמא קצרה ותמציתית; יש החופש להאריך או לקצר בנושא מסוים; יש השפעה על אפשרות הרחבתו של ההרכב הדין בתיק וכיוצא באלה. כך הדבר, קל וחומר, ביחס לשופט כחשין, שהיה בקיא עד אין קץ בענפי משפט רבים ומגוונים, תוצאה של קריירה עשירה ורבת פנים באקדמיה, בשירות הציבורי, בשוק הפרטי ובבית המשפט. אכן, לאורך כהונתו כתב השופט חשין פסקי דין עקרוניים ומשפיעים במגוון רחב של ענפי משפט. לפיכך עצם בחירתו להתמקד

משפט ועסקים כו, תשפ"ג הרחורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישאל חשין

ארידור,⁹ בפרשת סולל בונה¹⁰ ובפרשת ארגון מגדלי ירקות.¹¹ המעגל השני שיוזכר במאמר זה, וזאת בקצרה בלבד ובוודאי באופן בלתי ממצה, עוסק בפרק משמעותי נוסף במסעו המשפטי של השופט חשין, אשר קיבל ביטוי אף הוא בפסקי הדין האחרונים שניתנו על ידיו: זהו הפרק הנוגע במערכת יחסיו המקצועית עם הנשיא ברק – אותה מערכת יחסים נדירה, ייחודית ומורכבת, שנמשכה לאורך עשרות שנים, החל בהיותם סטודנטים לתואר ראשון באוניברסיטה העברית, דרך תחנות מקצועיות משותפות רבות, ועד להיותם נשיא של בית המשפט העליון ומשנהו. אתיחס לכך באמצעות עיון בפרשת עדאלה¹² וכן בפרשת סולל בונה שצוינה לעיל. המעגל השלישי, ובו ייחתם המאמר, עוסק – אף הוא בקצרה בלבד – באופן שבו בחר השופט חשין להזכיר בפסיקה שנתן לקראת פרישתו את הדמות שהשפיעה עליו ביותר בימי חייו, מכלל הבחינות: אביו, השופט ש"ז חשין. מערכת יחסים זו בין בן

בשנת כהונתו האחרונה – בשעה שזמנו היה מוגבל ביותר ועיתותיו השיפוטיות עמדו להסתיים – בענף משפטי כזה ולא באחר, בסוגיה משפטית כזו ולא באחרת, יכולה להעיד כי סוגיה זו הייתה קרובה לליבו. על הרבגוניות המשפטית שבה ניחן השופט חשין, ואשר אפשרה לו להשפיע בכתיבתו על ענפי משפט רבים ושונים, ראו, למשל, אביעד הכהן עורך, (2015): "הקו המאפיין את משנתו של השופט חשין הוא עשיית עושר. עשיית עושר במשפט. עושר זה מתבטא במגוון הנושאים המשפטיים שבהם עסק השופט חשין, ודומה שאין לך תחום במשפט שלא עסק בו: משפט פרטי ומשפט ציבורי; דיני חוזים ודיני נזיקין; דיני קניין ודיני עשיית עושר; משפט דתי ומשפט בינלאומי; דיני פטנטים וזכויות יוצרים; דיני עונשין ודיני עבודה; משפט חוקתי ומשפט מנהלי, סדר דין אזרחי וסדר דין פלילי, וכמובן ערכי יסוד של חוק ומשפט, פרשנות חוק וזכויות אדם. כטוסקניני הגדול, עומד השופט חשין עם שרביטו, ומנצח על כל אלה ביד רמה ובוטחת. וכל כלי בתזמורת הגדולה שלו, למן קולה הרועם של חוצצרת המלך ועד קולו הדקיק, דק מכל דק, של הפיקולו, משתלבים ביצירה בהרמוניה נפלאה." ראו עוד בהקשר זה אביעד הכהן "מישאל חשין: אדם, שופט, משפטן" **שערי משפט** ט 361 (2017). כן ראו אהרן ברק "לרגל פרישתו של המשנה לנשיא מישאל חשין" **משפטים** לו 279, 279 (2007) (להלן: "דברי הנשיא ברק בטקס הפרישה"): "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."

9 ע"א 5964/03 **עוזבון ארידור נ' עיריית פתח-תקה**, פ"ד ס(4) 437 (2006) (להלן: פרשת ארידור). יצוין כי פסק הדין עמד לדין נוסף – ראו דנ"א 1595/06 **עוזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה**, פ"ד ס(2) 58 (2013).

10 רע"א 8925/04 **סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עוזבון אלחמיד**, פ"ד סא(1) 126 (2006) (להלן: פרשת סולל בונה).

11 דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(2) 1 (2006) (להלן: פרשת ארגון מגדלי ירקות).

12 בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת עדאלה).

לאביו, בין שופט לקודמו, ראוייה כמובן לסקירה מקיפה ורחבת יריעה, אך במסגרת העמודים שלפנינו נתייחס אליה בתמצית הקיצור באמצעות עיון בפרשת **מראעבה**.¹³ נוסף על התחנות הביוגרפיות ומעגלי החיים האמורים שאזכורם עולה מעיון בפסיקותיו האחרונות של השופט חשין, ניתן לומר באופן כללי כי בפסקי הדין שניתנו על ידיו בשנת פרישתו ניכר הלך רוח אמוציונלי של שופט אשר נאלץ, אף על פי שכוחו עוד היה במותניו, להשלים עם כך שבקרוב הוא ייאלץ להניח את עטו ולהיות כ"שמשון נגוזו מחלפותיו",¹⁴ כדימויו הנפלא של השופט חשין עצמו בתארו שופט שפרש מכהונתו.¹⁵

- 13 בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2) 477 (2005).
- 14 ראו חשין "נאום פְּרָדָה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 13. יוער כי השופט חשין עשה גם בעבר שימוש בדימוי זה בהקשרים שונים: "...שופט הנעדר תחושה של אמת היה כשמשון נגוזו מחלפותיו" (ע"א 1109/00 **מזרחי נ' מגורה חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נו(2) 49, 62 (2001)); "...אין בו בתיקון ולו קצה-חוט העשוי להוליכנו למסקנה כי לאחר היות חוק התיקון הֵיִינו כשמשון לאחר היגוז מחלפותיו, כי כוחו של בית-המשפט העליון סר מעליו להפוך על פיה הלכה שהוא עצמו קבע" (ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199, 277 (1999)).
- 15 מובן כי לא רק פסקי הדין שכתב השופט חשין בתקופת הדמדומים של כהונתו שזורים לאורכם ולרוחבם בשפה אישית ואמוציונלית מאוד, וניחנים בסגנון ייחודי שניתן לזהותו על נקלה. מן המפורסמות הוא ששפת הכתיבה של השופט חשין לאורך כל תקופת כהונתו הייתה מן העשירות, שובת הלב ועזות המבע שראה בית המשפט העליון מימיו. הייתה זו שפה שהצליחה להפוך את התיאורי והמופשט ביותר למוחשי ולברור. על כך נכתבו תילי תילים של מילים, והדבר חורג מענייננו. ראו בהקשר זה, מבין רבים, הכהן "אקדמות מילין", לעיל ה"ש 8, שם מצוי אוצר בלום של פנינים ממשנתו של השופט. בפסק דין של בית המשפט העליון שניתן לאחרונה תיאר השופט עמית את שפת כתיבתו של השופט חשין בפשטות קולעת: "השופט חשין, כמו השופט חשין, פרש בפסק דינו משנה סדורה בשפתו העזה והמיוחדת. אביא להלן מספר משפטים המדברים בעד עצמם, אך ארשום בפני הקורא 'הערת אזהרה' כי המעט במקרה דנן אינו מחזיק את המרובה, וכוחו של פסק דינו של השופט חשין הוא בשלמותו..." (ע"פ 4466/12 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 6 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 12.8.2019)). ראו גם את דבריו של השופט חשין עצמו, בריאיון עימו, על סגנון הכתיבה של פסקי הדין שלו: רות גביוון, צבי אגמון ורמי חיימוביץ' "ריאיון – השופט (בדימוס) מישאל חשין" **ספר מישאל חשין** 17, 62–64 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009) (להלן: "ריאיון עם השופט חשין" (2009)). אכן, השופט חשין הרבה לתת ביטוי לתחושותיו האישיות, לחיבוטי נפשו ולהלך מחשבתו גם בפסקי דינו המוקדמים יותר. ראו, מבין דוגמאות רבות, ע"א 4639/91 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' חזון**, פ"ד מח(3) 156, 170 (1994); ע"פ 1289/93 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 158, 170 (1994); דנ"א 1522/94 **נייגר נ' מיטלברג**, פ"ד מט(5) 314, 348 (1996); בג"ץ 5503/94 **סגל נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נא(4) 529 (1997); בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 355 (1998); דנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס**, פ"ד נב(3) 1 (1998). השוו בהקשר זה לדברי מורו של השופט חשין, פרופ' בנימין אקצין: "פסק-דין טוב אינו צריך למסור לקוראיו את השקלא-וטריא שבמוחו של השופט ולא את מהלך מחשבותיו והאסוציאציות שלו לפני הגיעו למסקנתו, כעין ספר של מרסל פרוסט המפרט לקורא כל שלב ושלב במחשבות המחבר, אלא את המסקנה עצמה כשהיא מנומקת נימוקים לענין". בנימין אקצין "פסק דין ביאלר ומערכת המשפט בישראל" **הפּרוּקְלִיט** י 114, 117–118 (1954). אכן,

משפט ועסקים כו, תשפ"ג הרהורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישראל חשין

באומרו כל זאת, נעבור עתה לסקור – באמצעות עיון בפסקי הדין שנזכרו לעיל – את התחנות הביוגרפיות ואת מעגלי החיים השונים שעלו בדמיונו של השופט חשין כאשר כתב את פסקי דינו האחרונים. ואולי יאפשרו לנו פסקי דין אלו הצצה מסוימת לנפשו של השופט, אל "הבנים שהתרוצצו בקרבו",¹⁶ בשנת כהונתו האחרונה ובימים הסמוכים לפרישתו. לשון אחר, אולי ניתן לאתר בפסקי הדין שייסקרו להלן כמה וכמה "סדקי עיניים" שדרכם בקעו והציצו פה ושם, מבין שורותיה של כתיבה משפטית סיופית, נבכי הנפש של השופט. כמאמר השופט חשין עצמו:

"פסק-דין כמסיכה הוא על-פנים, ופניו של שופט לא יראו. ואולם מבעד לסדקי-העיניים יבקעו נבכי-הנפש. קראת פסק-דין וידעת מי השופט ומה אורחו."¹⁷

פרק א: מעגל ראשון – געגועיו של השופט חשין לקריירה האקדמית ולחקר המשפט הפרטי

ראוי לפתוח פרק זה בעיון בפסק הדין שאותו בחר השופט חשין להקריא בטקס הפרישה שלו ביום 16.2.2006. פעמים רבות שופטים בוחרים לפרסם במעמד פרישתם פסק דין מהדהד ועקרונות העוסק בסוגיה ציבורית רבת חשיבות, בקידום זכויות הפרט או בקביעת הלכה משפטית בעלת השפעות עומק על החברה והעם. לא כך היה בענייננו. במועד פרישתו בחר השופט חשין להקריא פסק דין מינורי, נטול הד ציבורי, שעסק בסוגיה משפטית אזוטריה לכאורה, ככל שהדברים נשקפים מנקודת מבטו של הציבור הרחב. היה זה פסק הדין בפרשת **ארידור**, שעניינו בשאלת מועד תחילתו של מרוץ ההתיישנות החל על פיצויי הפקעת מקרקעין. בפסק דין זה חזר השופט חשין אל ראשית דרכו המשפטית, סגר מעגל בין עשרות שנים, ושב לעסוק בסוגיות שבהן ייגע את מוחו במסגרת עבודת הדוקטורט שלו, עידן ועידנים קודם למועד פרישתו מכס השיפוט. עבודת הדוקטורט שכתב השופט חשין בשנות העשרים לחייו – שכותרתה הייתה "הגנת זכויות הקניין בדיני הנזיקין או מקומה של החזקה בדיני הנזיקין לענין הגנת זכויות

בשים לב לכל זאת, הניסיון לזהות מימד אישי שהוא ייחודי **דווקא לפסקי דינו האחרונים** של השופט חשין הוא סבוך, מצריך בחינה השוואתית רחבה, ואינו מתמצה מן הסתם באמור במאמר זה. ברי כי חלק מהמימד האישי שקיבל ביטוי בפסיקותיו האחרונות של השופט חשין צץ והשתקף גם בפרקים קודמים בפסיקתו, גם אם לא באותה עוצמה שבאה לידי ביטוי ערב הפרישה.

16 בהשאלה מן הכתוב בבראשית כה 22: "ויתרצו הבנים בקרבה".

17 ראו חשין "מאיר שמגר – נשיא של שופטים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 208; אוזכר גם בחשין "נאום פְרְדָה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 11.

הקניין¹⁸ – עובדה לספר מיטלטלין בדין הנוזקין, שפורסם שנים מספר לאחר מכן.¹⁹ בפרשת ארידור הזכיר השופט חשין את ספרו זה, הפנה אל הכתוב בו, הפליג בזכרונותיו אל ימיו באקדמיה, ונהנה מן העיסוק בסוגיות משפטיות שטרדו את מוחו שנים רבות קודם לכן. בפסק הדין הוא העלה מן האוב שאלות שבהן התעמק כדוקטורנט צעיר, ועתה הוא שב ודרש בהן כשופט ביום פרישתו. כך, לדוגמה, הוא עסק במסגרת פסק הדין בשאלת היחס בין פיצויי קניין לפיצויי נזיקין:

“פיצויי קניין, שלא כפיצויי נזיקין – הם פיצויים המייצגים ‘ערך קנייני’ שנגרם לנפגע, פיצויים הם הבאים תחת ערך הקניין שנשלל מהנפגע. על דרך הכלל כוללים פיצויים אלה את ערך הנכס נושא הדין (או את הפיחות בערכו) ונוסף עליו – או תחתיו – פיצוי בגין שלילת השימוש ה‘קנייני’ בנכס, דהיינו: פיצוי בגין ערך הנכס בזמן השלילה. ‘פיצויי נזיקין’, שלא כ‘פיצויי קניין’, נועדו לכסות נזקים החורגים אל-מעבר לקניין בנכס. ראו עוד והשוו מ’ חשין מיטלטלין בדין הנוזקין... קלסיפיקציה זו ל‘פיצויי קניין’ ול‘פיצויי נזיקין’ מקדמת אותנו מעט בהבנת טיבם של פיצויי הפקעה.”²⁰

אכן, בריאיון פרישה שנערך עימו לאחר פרישתו התייחס השופט חשין לעבודת הדוקטורט שכתב, נזכר בה בערגה, וציין כי בפסק הדין בפרשת ארידור הוא הסתמך על דברים שבהם עסק במסגרתה:

18 ראו מישראל חשין הגנת זכויות הקניין בדיני הנוזקין או מקומה של החזקה בדיני הנוזקין לענין הגנת זכויות הקניין (חיבור לשם קבלת התואר “דוקטור למשפטים”, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1960).

19 מישראל חשין מיטלטלין בדין הנוזקין (1971). אזכורו של ספר זה על ידי השופט עצמו בפסק הדין שהוקרא ביום פרישתו אינו רק בגדר סגירת המעגל האולטימטיבית. ניתן לשער כי הייתה זו גם הזדמנות אחרונה בעיניו של השופט לתקן את מה שהיה בעיניו עוול מסוים – תחושתו, שהובעה על ידיו בכמה מקומות, כי ספרו מיטלטלין בדין הנוזקין לא זכה במקום הראוי לו ושקע בתהומות הנשייה. אני מודה לאיל ינון, בעברו מתמחה של השופט חשין, על שהסב את תשומת ליבי להשערה זו. אכן, בריאיון עימו ציין השופט חשין ביחס לספרו זה, תוך שימוש במה שנדמה כנימה סרקסטית, כי “זה ספר שהוא אולי הספר שהכי פחות מצוטט בפסיקה, אם בכלל ציטטו אותו אי-פעם” (“ריאיון עם השופט חשין” (2009), לעיל ה”ש 15, בעמ’ 28). בתגובה על הערת המראיין, עו”ד צבי אגמון, כי “אני חושב שספרך על המיטלטלין בדין הנוזקין הוא הספר הפחות מצוטט בספרות המשפטית העברית ובפסקי-דין, אולי מפני שלא מבינים אותו”, הוסיף השופט חשין (שם, בעמ’ 64–65) כך: “מה אני יכול לעשות? כך אני כותב. בזמנו, ספר זה היה מועמד לפרס ישראל. אני חושב שעו”ד יעקב וינרוט היה האדם היחיד שאמר לי פעם שקרא את הספר, והוא היה מן הספרים הנהדרים ביותר שקרא.”

20 פרשת ארידור, לעיל ה”ש 9, פס’ 18 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. ראו עוד בהקשר זה את דבריו של השופט חשין בריאיון עימו: “הרוצה שיחכים – יעסוק בדיני ממונות”. כך נאמר במקורותינו. דיני ממונות מחדדים את השכל. יש בהם קלסיפיקציות, הבנה.” (“ריאיון עם השופט חשין” (2009), לעיל ה”ש 15, בעמ’ 25).

"כתבתי את הדוקטורט בלילות, תוך כדי הסטאז'. בשנת 1960 הגשתי אותו, ולאחר מכן נסעתי לחוץ-לארץ למשך שנה. ישבתי הרבה זמן בספרייה, קראתי המון, אך כעת אני יודע שבזכותי יותר מדי זמן על המשפט האנגלי. מאוד נהניתי מכתיבת הדוקטורט, מהתובנות שגיליתי. זה היה כמו פקק שנחלץ לפתע מתוך הבקבוק. פתאום הכל זרם מתוך עקרונות היסוד, מתוך המידתיות, כמו שכיניתי אותה. הכל זרם כל כך יפה, חלק כמו שמן, כל-כך נקי, כל העוולות: גזל, עיכוב נכס שלא כדין, הסגת גבול במיטלטלין, השוק הפתוח ('תקנת השוק'), ההתיישנות וכל השאר. באחד מפסקי הדין שלי שעסקו בהתיישנות, אגב שאלה בדיני הפקעה, הסתמכתי על דברים שבהם עסקתי בעבודת הדוקטורט, ואפילו בעבודת הגמר שלי."²¹

אם כן, פסק הדין בפרשת ארידור,²² שהוקרא בטקס הפרישה של השופט חשין, היווה הזדמנות פז אחרונה מבחינתו לסגור מעגל, לזכור ולאזכר בפסיקתו את הקריירה

21 "ריאיון עם השופט חשין" (2009), שם, בעמ' 37. השפעתו של המשפט האנגלי על חשין בעת תקופת כתיבת הדוקטורט, ואולי בעת לימודיו בתחילת שנות השישים ב-London School of Economics (LSE), ניכרת אף היא בפסק הדין בפרשת ארידור, לעיל ה"ש 9, פס' 32 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין: "הנה, הלכה היא כי ראובן שקיבל משמעון נכס להחזיק בו, ותוך תקופת ההחזקה מכר את הנכס לצד שלישי (ובכך עוול עוולה של גול), לא יישמע בטענה כי עברה התיישנות על מעשה הגול. ההתיישנות תחילתה תהא רק לאחר ששמעון דרש מראובן כי יחזיר את הנכס להחזקתו ושמעון סירב לו. וכך נפסק בפרשת *Wilkinson v. Verity* (1871). מעשה שהיה כך היה, שכומר בכנסייה החזיק ברשותו את צלחת לחם הקודש. בשנת 1859 מכר הכומר את הצלחת בלא שהממונים על הכנסייה ידעו על כך, והניח במקומה בכנסייה צלחת אחרת. בשנת 1870 גילו הממונים את המעשה ודרשו מן הכומר כי יחזיר את הגול. הכומר טען להתיישנות עילת התביעה, ועל כך פסק בית המשפט כי מירון ההתיישנות החל ביום הסירוב להשיב את הצלחת, ומכאן שטענת ההתיישנות אינה טענה."

22 מעניין שבמסגרת פסק הדין בפרשת ארידור חזר השופט חשין במסעו בזמן לא רק ללימודי הדוקטורט באוניברסיטה העברית, אלא אף ללימודיו אצל פרופ' אביגדור לבונטין, שהיה מורהו כבר בתואר הראשון. ראו פרשת ארידור, לעיל ה"ש 9, פס' 21 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין: "זכותו של בעל הזכויות כלפי הרשות המפקיעה זכות *sui generis* היא – כפי שנאמר – ואולם אנו נוסיף שהזכות היא *sui generis* במובן זה שהצופן הגנטי שלה מחזיק הן תכונות של זכות אישית, זכות אובליגטורית, הן תכונות של זכות קניין, וביתר דיוק: זכות של מעין-קניין (*quasi in rem*). נוהגים אנו בזכות אובליגטורית כמו הייתה זכות קניין – ולו לשעה ולתכלית ספציפית ומצומצמת – הליך שמורנו הפרופ' אביגדור לבונטין כינה אותו הליך של 'אִיפִּיקְצִיָה': הפיכת דבר ל-*res*. מְקַנְיִנים אנו, לתכלית מסוימת, את הזכות האובליגטורית." הייתה זו אולי מחווה של ערב פרישה, של פסקאות אחרונות שהקריא השופט חשין בטרם נהפך לשופט בדימוס, כלפי אחד ממוריו הדגולים, שאותו העריך השופט חשין הערכה רבה במיוחד. על הערכתו של השופט חשין למורהו פרופ' לבונטין ניתן ללמוד ממילותיו של השופט חשין בנאומו הפרישה שלו, שנישא דקות מעטות לאחר השמעת פסק הדין בפרשת ארידור, כאשר מנה וציין מקצת ממוריו שלימדוהו באוניברסיטה: "פרופ' גד טדסקי, המורה האולטימטיבי למשפט פרטי; פרופ' הנס קלינגהופר, שלימדנו מהו משפט מינהלי, ובעיקר – פרופ' אביגדור לבונטין שלימדני מהו משפט, שלימדני לחשוב, ששבה את לבי

האקדמית שהחל בה את דרכו המקצועית – קריירה שאומנם מעולם לא נהפכה למשרה מלאה, משעבר לשדה הפרקטיקה בתום לימודי הדוקטורט, אך הייתה ראשית דרכו המשפטית ומושא שאיפותיו המקוריות, אשר לא זכו להתגשם.

דוגמה נוספת לבחירתו של השופט חשין להזכיר בסוף דרכו השיפוטית את ראשית ימיו האקדמיים תימצא לנו בפסק הדין בפרשת **סולל בונה**. פסק דין זה ניתן אף הוא באותה תקופה של דמדומי הפרישה. גם פרשת **סולל בונה**, בדומה לפרשת **ארידור**, לא זכתה בהד ציבורי, והיא אינה עוסקת בסוגיות המפלחות את ליבה של החברה הישראלית. עניינה הוא בהכרעות מתחום המשפט הפרטי – אשר היה כאמור מושא אהבתו האקדמית הראשונית של השופט חשין – ובסוגיות תורת-משפטיות טהורות, כאלה שאינן נכנסות לליבו של איש מלבד יודעי ח"ן העוסקים בעולם היווריספרודנטלי. פרשה זו עסקה בשאלת תחולתה על ציר הזמן של הלכת "השנים האבודות" בדיני הנזיקין. פסק הדין ניתן בהרכב מורחב בדעת רוב, ובמסגרתו הגיעו שניים משופטי ההרכב – הנשיא ברק והמשנה לנשיא חשין – לאותה תוצאה, אך תוך התגלעות של מחלוקות מרתקות בין הנמקותיהם. נזכיר כי בתקופתם האקדמית כתבו ד"ר חשין ופרופ' ברק במשותף (בצוותא עם פרופ' יצחק אנגלרד) את ספר היסוד הישראלי בדיני נזיקין.²³ הקורא בפסק הדין בפרשת **סולל בונה** יכול להבחין על נקלה כי בשעה שהשופט חשין דן בסוגיה מתחום דיני הנזיקין, ומתחום המשפט הפרטי בכללותו, ניעור בו אותו ניצוץ שדלק בו למן ראשית ימיו באקדמיה וטרם כבה.

לא זאת אף זאת, גם בפרשת **סולל בונה**, כמו בפרשת **ארידור**, אזכר השופט חשין כתיבה אקדמית שלו עצמו מראשית דרכו, והפעם העלה מן האוב מאמר נשכח פרי עטו, שפורסם בשנת 1968 **ברבעון לענייני מסים**, בשם "עוד על העיון מחדש על ידי נציב מס הכנסה".²⁴ לגבי שופטים שהתמנו לכהונתם השיפוטית לאחר קריירה אקדמית ארוכה, זהו דבר יום ביומו שהם מפנים לכתיבה אקדמית משל עצמם, אך אצל השופט חשין, שהקריירה האקדמית שלו נקטעה כאמור עוד בטרם החלה, ההפניה למאמר מראשית דרכו אינה עניין שבשגרה, מטבע הדברים.

דוגמה נוספת לעיסוק עקרוני, רוחבי ומשמעותי במשפט פרטי, כזה שביקש השופט חשין להספיקו עוד לפני פרישה, תימצא לנו בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**. פסק דין זה ניתן במסגרת דיון נוסף, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, ביום 11.5.2006, קרי, בשבוע האחרון לשלושת חודשי הכתיבה שלאחר פרישתו של המשנה לנשיא חשין. פסק

באהבת המחשבה הנקייה והאנליטית. ישלח לו אלוהים רפואה שלמה במהרה בימינו אמן." חשין "נאום פְּרָדָה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 10. ראו עוד והשוו מישאל חשין "אביגדור לבונטין שבלבי" ספר **לבונטין – מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין** 23 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים, 2013); וכן "ריאיון עם השופט חשין" (2009), לעיל ה"ש 15, בעמ' 24–25.

23 י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, ג' טדסקי עורך, 1976).

24 מישאל חשין "עוד על העיון מחדש על ידי נציב מס הכנסה" **רבעון לענייני מסים** 3 (1968). ראו פרשת **סולל בונה**, לעיל ה"ש 10, פס' 20 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

משפט ועסקים כו, תשפ"ג הרחורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישאל חשין

הדין עסק בשאלת דרכי פירושו של חוזה. הדיון הנוסף בפרשה זו התקיים בהתאם להחלטתו של המשנה לנשיא חשין עצמו,²⁵ ובפסק הדין הוא מתאר את הסיבות שהניעו אותו להורות על קיומו של דיון נוסף:

"...משהונחה לפני בקשתו של העותר לקיומו של דיון נוסף בפסק הדין שבערעור, הפכתי בדעתי לא מעט. כולנו ידענו כי הדיון הנוסף נועד להלכה משפטית חדשה, ושאלתי עצמי מה טעם אחרוג הפעם ממנהגנו ואורה על קיומו של דיון נוסף במקום שספק אם נפסקה בו הלכה חדשה. אלא שאז עיינתי בכתובים; נתתי דעתי ליישומה של הילכת אפרופים בידי בתי-המשפט, בעיקר על ניסוחה במקורה – ניסוח רחב-מני-רחב; ונגד עיני נצטיירה תמונה כי מעט מעט, עקב בצד אגודל, בא לעולם דפוס פרשנות חדש וקיצוני בדיני החוזים. אמת, מאז הילכת אפרופים אפשר לא נפסקה הלכה חדשה, אך פירושה של הילכת אפרופים הקצין והלך, וכל פרשה שבה יושמה ההלכה הוסיפה להלכה המקורית נדבך חדש שהרחיב את כוחו ואת סמכויותיו של בית המשפט לעת פירושו של חוזה. כך נערמו הנדבכים זה על-גבי זה בהקימם קיר גבוה המתנשא אל-מעבר לדוקטרינה שיצרה הילכת אפרופים במקורה. בנסיבות אלו, כך אמרתי אל-ליבי, ראוי לנו כי נעצור במקומנו ונשקול בכובד-ראש את המשך דרכנו לעת שנושא של פירוש חוזה ניצב לפנינו."²⁶

הנה כי כן, בפרשת **ארגון מגדלי ירקות** – הן בכתיבתו במסגרת פסק הדין בדיון הנוסף, הן בעצם החלטתו להורות על קיום דיון נוסף – ראה המשנה לנשיא חשין הזדמנות נדירה ואחרונה להשפיע שפע רב על תחום דיני החוזים. גם תחום זה היה מוכר לו משלל זוויותיו, וקרוב לליבו הן מתקופת לימודיו באוניברסיטה העברית, במסגרת עיסוקו במשפט פרטי, הן מתקופת עבודתו כעורך דין פרטי. הבחירה להאריך בנושא זה בשעה שזמנו מוגבל, והרצון לשוב ולבחון את הלכת **אפרופים**²⁷ בטרם יהיה מאוחר מדי, עשויים לבטא את החשיבות שייחס השופט חשין לנושא זה. דומה כי הוא חש שאילולא יביא הוא עצמו את רוחה של הלכת **אפרופים** לדיון נוסף בטרם יהיה מאוחר מדי, ויטיל את כל כובד משקלו על בחינת הנושא, ספק אם יהיה מאן דהוא שיעשה זאת. אכן, מפרשת **ארגון מגדלי ירקות**, כמו גם מפרשת **ארידור**, מפרשת **סולל בונה** ומפסקי דין אחרים שנתן השופט חשין סמוך לפרישתו,²⁸ צצה ועולה התובנה – שהוא עצמו עמד

25 על החלטתו של השופט חשין להורות על קיום דיון נוסף בפרשת **ארגון מגדלי ירקות** ראו גם גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" **ספר מישאל חשין** 645, 648 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009). כן ראו את דבריו של השופט חשין עצמו בריאיון עימו – "ריאיון עם השופט חשין" (2007), לעיל ה"ש 6, בעמ' 220–221.

26 פרשת **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 11, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימי) חשין.

27 ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון וזום (1991) בע"מ**, פ"ד מט(2) 265 (1995).

28 ראו, לדוגמה, את פסק הדין בע"א 1761/02 **רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ**, פ"ד ס(4) 545 (2006), שניתן אף הוא בשנת כהונתו האחרונה של השופט חשין, ואשר בו פרש בהרחבה, בעומדו

עליה פעמים רבות – כי המשפט הפרטי, שבו החל את דרכו האקדמית בצעירותו, היה ונותר קרוב כל כך לליבו, הרבה יותר מענפי משפט אחרים (זאת, הגם שבציבור הרחב זוהה השופט חשין באופן מובהק עם נוכחות בשדה המשפט הציבורי). ניכר כי אי-השתלבותו של השופט חשין באקדמיה המשפטית בתחילת דרכו, ובאופן ספציפי בתחום הוראת המשפט הפרטי, נותרה לגביו במידה מסוימת פצע פתוח לאורך שנים. השופט חשין עצמו התייחס לכך במילותיו שלו בהזדמנויות שונות: "ראיתי את עצמי משתלב רק באקדמיה";²⁹ "היה לי ברור שמה שמעניין אותי הוא האקדמיה. אני רוצה להיות באקדמיה. זה היה ברור לחלוטין. לא היה לי כל ספק בכך";³⁰ "החיים נשאו את רגליי למקום שנשאו. אני רציתי ללמד באוניברסיטה, לעסוק במשפט הפרטי כשלתע מצאתי עצמי במחלקת הבג"צים בפרקליטות".³¹ אך הדברים לא הסתייעו בזמנו, למגינת ליבו. והנה, בשנת כהונתו האחרונה, בפסקי הדין האחרונים שנתן, ובמיוחד ביום הפרישה שלו מכס שופט בית המשפט העליון, נקרתה בדרכו, כאמור, הזדמנות לסגור מעגל בהקשר זה, ואולי לתרום במשהו להגלדתו של פצע פתוח זה,

בראש הרכב מורחב, את משנתו בסוגיות שונות בדיני עשיית עושר ולא במשפט. ראוי אף לציין, אף שהדברים חורגים מהנדרש לעניינו, כי מבין ענפי המשפט הפרטי הייתה לשופט חשין חיבה יתרה ומיוחדת לתחום של עשיית עושר ולא במשפט. כידוע, חיבתו המיוחדת של השופט חשין לענף משפטי זה כרוכה בכך ששמו העברי של ענף זה ניתן לו על ידי אביו, השופט ש"ז חשין, על בסיס פסוק מן הנביא (ירמיהו י"ז 11). ראו הצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ח-1978, ה"ח 266. השופט מ' חשין אף לימד תחום זה בעבר באוניברסיטה העברית. לא למותר לציין כי ביום האחרון שבו הייתה נתונה בידו סמכות לחתום על פסקי דין (15.5.2006) היה השופט חשין שותף למתן פסק הדין בבג"ץ 10338/03 **וש טלקנל בע"מ נ' שר החקשורת** (פורסם באר"ש, 15.5.2006), שעסק בדיני עשיית עושר ולא במשפט, ובמסגרתו ציטט השופט חשין מן הפסוק האמור מספר ירמיהו (שם, פס' 3 לפסק דינו).

29 "ריאיון עם השופט חשין" (2009), לעיל ה"ש 15, בעמ' 38. על תחושותיו של השופט חשין ביחס לקריירה האקדמית אשר לה ייחל בראשית הדרך ולא יצאה אל הפועל, ועל האפשרות שהוא נפגע מן הדרך שבה נקטעה הקריירה האקדמית שלו עוד בטרם החלה, ראו בהרחבה שם, בעמ' 38-39 ו-43. השופט חשין מתאר שם פגישה עם פרופ' בנימין אקצין, שהציע לו ללמד קורסים שונים שבהם לא היה חשין מעוניין, דוגמת דיני ים, דיני אוויר וכיוצא בהם. לפי תיאורו של השופט חשין, בעקבות פגישה זו ירד המסך על חלום האקדמיה שלו. חשין עומד בריאיון עימו, שם, על תחושת הפגיעה שלו בזמן אמת ועל השלמתו עם הדברים בדיעבד: "איני יכול לשכוח זאת. עד היום אני זוכר את הרגע שבו הוא קם מכסאו. זה היה אחד הימים או השעה, חצי השעה ורבע שעה, שרק לימים אתה יודע – כפי שמקובל לומר היום – שהיה זה רגע מכונן. רגע קשה, קשה מנשוא. באותו יום ירד המסך על חלום האקדמיה שלי. היה לי ברור שמה שמעניין אותי הוא האקדמיה. אני רוצה להיות באקדמיה. זה היה ברור לחלוטין. לא היה לי כל ספק בכך... החיים לימדו אותי, ואני רואה זאת שוב ושוב, שהאוניברסיטה – ולא רק הפקולטה למשפטים – היא מקום לחוץ, מקום דחוס. אנשים מתרוצצים בה כמו ראשנים בתוך שלולית קטנה של מים, מתנגשים זה בזה כל הזמן. וכל הזמן אתה יושב ספון בחדרך, חוקר וחוקר וחוקר". שם, בעמ' 42-43.

30 שם, בעמ' 43.

31 "ריאיון עם השופט חשין" (2007), לעיל ה"ש 6, בעמ' 221. עוד על אהבתו של השופט חשין למשפט הפרטי ראו, בהרחבה, "ריאיון עם השופט חשין" (2009), לעיל ה"ש 15, בעמ' 25-27.

משפט ועסקים כו, תשפ"ג הרחורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישאל חשין

בחלוף עשורים רבים. השופט חשין ניצל הזדמנות זו עד תומה, וחזר שוב ושוב בפסיקותיו האחרונות אל ראשית דרכו המקצועית. נראה כי לפני פרישה בערה בקרבו האש להזכיר נשכחות ולהציב גל-עד קטן לאותה קריירה אקדמית בתחום המשפט הפרטי שעליה חלם ואשר לא מומשה מעולם.

פרק ב: מעגל שני – הדים למערכת יחסיו הנדירה של השופט חשין עם הנשיא ברק

כאמור, עם פרישתו מכס השיפוט סיים השופט חשין פרק משמעותי נוסף במסעו המשפטי: זה הנוגע במערכת יחסיו המקצועית עם הנשיא ברק – אותה מערכת יחסים נדירה, ייחודית ומורכבת, שנמשכה לאורך עשרות שנים, החל בהיותם סטודנטים לתואר ראשון באוניברסיטה העברית,³² דרך תחנות מקצועיות משותפות רבות, ועד להיותם נשיא של בית המשפט העליון ומשנהו. תקצר היריעה מלנתח כאן את מערכת היחסים הזאת לכל רבדיה, אולם ראוי להתעכב על אקורד הסיום שלה באמצעות שתי דוגמאות הלקוחות מפסיקותיו האחרונות של השופט חשין – פרשת **עדאלה** ופרשת **סולל בונה**.
זכור, שני ענקי משפט אלו, ברק וחשין, היו חתומים בעברם על מספר אדיר של מסמכים משותפים, לרבות שורה ארוכה של פסקי דין מכוננים. והנה מגיע לו יום 14.5.2006 – יום אחד לפני המועד האחרון לחתימת פסקי דין על ידי המשנה לנשיא (בדימ') חשין, שהוא כבר שופט בדימוס באותה עת – והשניים, חשין וברק, מנהלים דו-קרב משפטי נוקב וחד במסגרת פסק הדין בפרשת **עדאלה**, שמתפרסם באותו יום. בפרשה זו, זכור, נדחו עתירות נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, שעניינן העיקרי היה בסוגיית האיחוד בין בן זוג ערבי-ישראלי לבין בן זוגו הערבי המתגורר ביהודה והשומרון או בחבל עזה. פסק הדין ניתן ברוב של שישה שופטים כנגד חמישה, ובמסגרתו הוביל כידוע המשנה לנשיא (בדימ') חשין את דעת הרוב, ואילו הנשיא ברק כתב את חוות הדעת העיקרית של שופטי המיעוט. וכך פתח המשנה לנשיא (בדימ') חשין את חוות דעתו – במענה לחוות דעתו של הנשיא ברק – בפסקאות שכבר נהפכו לנכס צאן ברזל בקרב סטודנטים למשפטים (ולא רק בקרבם), ומהוות גם כר פורה למחקר עבור מלומדים משדה המשפט וספרות:

“משהונחה לפני חוות-דעתו של חברי, הנשיא ברק, נתתי ידי בידו והינחתי לו להובילני בדרכו. כך הילכנו בדרכים שייצבון עיקרי-יסוד, עלינו הרים שבפיסגותיהם זכויות יסוד, עברנו על פניהן של דוקטרינות, ירדנו אל כללי

32 את תחילת דרכו המשותפת עם הנשיא ברק תיאר השופט חשין, בין היתר, בדימויים אלו: “שתינו מאותה באר, אכלנו מאותה פיתה, ישנו באותה מיטה.” “ריאיון עם השופט חשין” (2009), לעיל ה”ש 15, בעמ’ 54–55.

משפט פרטיקולריים, ובדרכנו ליוו אותנו כל העת הצדק, האמת, היושר והשכל הישר. לקראת סופו של המסע עלינו על אניה והיגענו אל אי באמצע האוקיאנוס. ירדנו מן האניה, ועל המזח הקביל את פנינו איש נשוא פנים. 'ברוכים הבאים', ברכנו האיש במאור פנים. 'ברוכים הנמצאים' השיבונו והוספנו: 'אנו מישראל, מבית המשפט העליון של ישראל. ומי אדוני?', שאלנו. 'שמי הוא תומאס, תומאס מור. ויש המכנים אותי תומאס מורוס'. 'נעים מאוד. ומהו המקום שאנו נמצאים בו?', שאלנו. 'אתם נמצאים [צ"ל נמצאים] במדינת אוטופיה', השיב האיש, והוסיף: 'מדינת אוטופיה הוקמה על-פי תוכנית שהיתוותי בספר שכתבתי ואשר שמו הוא כשם המדינה: אוטופיה. דרך-אגב, הוסיף האיש, 'המילה 'אוטופיה' היא בלשון היוונית, ותרגומה לעברית הוא: 'שום מקום'. 'מעניין, מעניין מאד', אמרנו, 'וכאנשי משפט נוסף ונשאל אותך: ומהי שיטת המשפט השוררת באוטופיה? האם דומה היא לשיטת המשפט שבישראל?' (הנחתנו היתה, כמובן, שהאיש החכם ההוא מכיר את שיטת המשפט בישראל). מר מור חייך והשיב: 'צר לי, אך יש הבדלים עמוקים בין שתי שיטות המשפט, ויעבור זמן רב עד שישאל תגיע למדרגת אוטופיה. לעת הזו אתם נלחמים על חייכם, על קיומה של המדינה, על יכולתו של העם היהודי לנהל חיי קהילה ומדינה ככל העמים. דיני אוטופיה – במצבכם כהיום הזה – לא לכם הם. עדיין לא. שימרו על עצמכם, עשו כמיטבכם, וחיו', כך אמר האיש ולא יסף. ואיקץ, והנה חלום.³³

פסקאות אלו, שנכתבו מדם ליבו של השופט חשין, עשויות להוות הומז' לדרכם המשותפת והארוכה של הנשיא ברק ושלו; מעין קפסולת כתיבה מרוכזת שאליה התנקזו התגוששויות משפטיות רבות מספור בין שני חברים אלו, גאוני המשפט, שהסכימו זה עם זה וחלקו זה על זה פעמים כה רבות ביובל שנים כמעט של קריירה משפטית מקבילה.

דוגמה נוספת לסגירת מעגל הקשורה לדרכם המשפטית המשותפת של המשנה לנשיא חשין והנשיא ברק תימצא לנו בפסק הדין בפרשת **סולל בונה** האמורה. כפי שתיארנו לעיל, בפרשה זו נקרתה בדרכו של השופט חשין – עשרות שנים לאחר שדן בצוותא עם הנשיא ברק בסוגיות נזיקיות במסגרת ספרם המשותף – הזדמנות לשחזר חווייה זו.³⁴ כפי שכתב השופט חשין ברישא לחוות דעתו בפרשת **סולל בונה**:

33 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 12, בפתח פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין. עוד בעניין פסקאות אלו ראו: שולמית אלמוג ואריאל בנדור "אוטופיה, משפט, והשופט מישאל חשין" בכרך זה.

34 אם כי ראוי לציין כי הדיון במסגרת חוות הדעת של השופטים ברק וחשין בפרשת **סולל בונה** אינו נזיקי טהור. למעשה, עיקרו הוא בשאלה תורת-משפטית – שאלת תחולתה של הלכה משפטית חדשה על ציר הזמן – ורק יישומה של שאלה זו במקרה מושא הפרשה הוא על דיני הנזיקין.

משפט ועסקים כו, תשפ"ג הרהורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישראל חשין

"קראתי את חוות-דעתו של חברי הנשיא ברק והיתה זו בעיניי כ'נקודה סינגולרית' שהכול בה ובדחיסות שלא תיאמן. חברי מציג את הנושא הסבוך של 'פרוספקטיביות-רטרוספקטיביות', בבהירות ובנקיון-דעת, והצגה זו מקילה עימי בהצגת גירסה שונה במעט מגירסתו של חברי הגם שמסכים אני למסקנתו הסופית."³⁵

ספק אם דיון במחלוקות שהתגלעו בינו לבין הנשיא ברק, שאינן צריכות לענייננו, אכן נדרשו לשופט חשין לצורך הכרעה בתיק. כפי שצוין לעיל, במסגרת פסק הדין הגיעו ממילא הנשיא ברק והמשנה לנשיא (בדימ') חשין לאותה תוצאה (בנוגע לשאלת תחולתה על ציר הזמן של הלכת "השנים האבודות"), וספק אם היריעה הרחבה שפרש השופט חשין בכל הקשור לדרכים השונות להגעה לאותה תוצאה אכן נדרשה לצרכיו האופרטיביים של פסק הדין. אך הייתה זו הזדמנות כמעט אחרונה עבורו ליטול חלק בהתפלפלות משפטית בעניינים של משפט פרטי, כאשר לצידו ומולו הנשיא ברק, כפי שעשו שניהם עשרות שנים קודם לכן. דומה כי הוא לא היה יכול להימנע מלנצל הזדמנות זו היטב. וכך זכו קוראי הפד"י והתעשרו בפסק דין תורת-משפטי ונזיקי מרתק וסוער, שתענוג לקוראו, ואשר אולי לא היה בא לעולם באופן שבו בא אילולא נטלו חלק בכתיבתו השופט חשין והנשיא ברק, ואילולא התרחש הדבר דווקא בתקופה זו של ערב פרישתו של השופט חשין מכהונתו.

כאמור, תקצר היריעה מלנתח במסגרת זו את מערכת היחסים הנדירה שבין השופט חשין לנשיא ברק, לרבות פסיקתם המשותפת,³⁶ אך כפי שהראינו כאן בתמצית, גם הדים למערכת יחסים מיוחדת זו ולמשמעותה בחייו המקצועיים קיבלו ביטוי בפסיקותיו האחרונות של השופט חשין.

ג. מעגל שלישי – הד להשפעתו של אביו על עיצוב דרכו של השופט חשין

לפני סיום ראוי לייחד פרק ברשימה זו לאזכור אחד מפסקי הדין בעלי הנימה האישית ביותר שהעלה השופט חשין על הכתב במסגרת פסיקותיו האחרונות (ואולי במסגרת פסיקתו הענפה בכללותה) – פסק דין שבו אזכר, ולו בעקיפין, את הדמות המשפיעה עליו ביותר: אביו, השופט ש"ז חשין. כוונתי לפסק הדין בפרשת **מראעבה**, שם נדון

35 פרשת **טולל בונה**, לעיל ה"ש 10, בפתח פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

36 לדוגמה נוספת של פסיקה עקרונית שבה נטלו חלק הנשיא ברק והשופט חשין, שניתנה גם היא בימים האחרונים ממש לכהונתו של השופט חשין, ואשר אף בה היו השניים חלוקים זה על זה, ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619 (2006) (בעניין "חוק טל", שעסק בגיוס בחורי הישיבות).

תוואי גדר הביטחון באזור אלפי מנשה, ובמסגרתו נתן בית המשפט העליון את דעתו לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי בהאג.³⁷ פסק הדין ניתן פה אחד בהרכב של תשעה שופטים. את חוות הדעת העיקרית כתב הנשיא ברק, ושבעה שופטים נוספים הסכימו לחוות דעתו מבלי שהוסיפו עליה. אולם השופט חשין, כמו השופט חשין, לא היה יכול לא להוסיף פסקאות אחדות על דברי הנשיא ברק. את הבערה שאחזה בו להוסיף דבר מה משלו הוא נימק במילים אלו:

“קראתי את חוות דעתו המקיפה והמעמיקה של חברי הנשיא ברק, ואני מסכים להכרעתו בדין ולדרכו בשבילי העובדות וההלכה עד שהסיק מסקנות שהסיק. במהלך הדברים הרגיל לא הייתי מוסיף על דבריו של חברי – והרי כולנו ידענו כי לעתים מזומנות יש שהמוסיף גורע – ואולם קריאה בהכרעת הדין של בית הדין הבין-לאומי בהאג קוממה אותי עד שאמרתי אל לבי אדברה וירווח לי.”³⁸

לאחר דברי פתיחה אלו פנה השופט חשין לעמוד על אופיו של המשפט הבין-לאומי הפומבי כענף משפטי, וזאת על מנת לבחון את טיבה של חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי בהאג. במסגרת זאת שב השופט חשין אל ימיו כסטודנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, והזכיר נשכחות מתחילת דרכו האקדמית, כפי שכבר ראינו שעשה בכמה וכמה פסקי דין מתקופת הפרישה. זהו בעצם הומוז' נוסף לימיו בעולם האקדמיה – כסטודנט או כחוקר – אשר המחשבות על אודותיהם העסיקו אותו בתקופת הפרישה ומצאו ביטוי בכתיבתו מאותה עת, כפי שהראינו לעיל. וכך היה דברו בפרשת **מראעבה**:

“המשפט הבין-לאומי עבר תהפוכות רבות ומבורכות בעשרות השנים האחרונות. זכורני כי לפני יובל שנים – ואני סטודנט צעיר בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים – היה מקצוע המשפט הבין-לאומי הפומבי (להבדילו מהמשפט הבין-לאומי הפרטי) מקצוע זניח ושולי (הגם שנלמד בקורס חובה). המשפט הבין-לאומי הפומבי לא ראינוהו כלל – אנו הסטודנטים – ראוי לתואר 'משפט', וליחס דומה זכו המוסדות של הקהילייה הבין-לאומית, ובהם בית הדין הבין-לאומי. חלפו שנים, והמשפט הבין-לאומי הפומבי צבר כוח והחל עומד על רגליו-שלו כשיטת משפט הראויה לתואר משפט. כך הוא, למצער, בענייניהם של אזורים מסוימים או בענייניהן של מדינות מסוימות על פני הגלובוס. טוב שכך נתפתח המשפט הבין-לאומי הפומבי, אף שעוד דרך רבה לפניו עד שיהפוך להיותו שיטת משפט מן-המניין, שיטת משפט שניתן לאכוף את הנורמות שבה על מי שמפר אותן נורמות. עם זאת, ובתוך כל זאת, נדע

37 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (International Court of Justice, July 9, 2004), 43 ILM 1009 (2004).

38 פרשת **מראעבה**, לעיל ה"ש 13, בפתח פסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

משפט ועסקים כו, תשפ"ג הרחורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישאל חשין

ונזכור, כי בית הדין הביין-לאומי בהאג – בית משפט הוא גם במקום שמתבקש הוא לכתוב חוות דעת מייעצת (Advisory Opinion). אכן, בשבתו של בית הדין לדין כמחווה דעה מייעצת, ההליכים שלפניו אין הם הליכים אדוורסריים רגילים, ולהחלטתו אין נודעת משמעות אופרטיבית מידית – להבדילה מהחלטת בית משפט רגילה – ואולם, דרכו של בית הדין בכותבו את חוות דעתו דרך בית משפט היא. דרך הילוכו של בית הדין היא, כעיקרון, דרך הילוכו של בית משפט, והשופטים היושבים לדין עוטים את גלימת השופט כפי שהיא מוכרת לנו מבתי המשפט הרגילים. טול מבית הדין סממני-הליכים אלה המאפיינים בית משפט, ונטלת ממנו את רוחו כבית משפט. והרי פורומים פוליטיים יש לנו למכביר.³⁹

אלא שהפעם הזו, בפרשת **מראעבה**, לא הסתפק השופט חשין בהעלאת זכרונות מימיו באוניברסיטה העברית ומתקופתו כאיש אקדמיה צעיר. הפעם הוא הגדיל לעשות ופנה להזכיר מקור השפעה נוסף, ומוקדם יותר, שעיצב את דרכו, הלא הוא מקור ההשפעה המובהק מבחינתו, הן במישור המשפטי הן במישור האישי – בית אביו. וכך הוא חותם את דבריו בפרשת **מראעבה**, לאחר שניתח את חוות הדעת המייעצת של בית הדין הביין-לאומי בהאג⁴⁰ והסיק את אשר הסיק ביחס לטיבה:

”צר לי, אך החלטתו של בית הדין הביין-לאומי אין בכוחה להאיר את דרכי. אורה דל מכדי שאדריך עצמי על פיה לעשות משפט אמת וצדק בדרכו של שופט כפי שלמדתי ממי שקדמו לי ובבית אבי.”⁴¹

אין זה דבר של מה בכך ששופט מאזכר בגופו של פסק דין את בית אביו. במקרה של המשנה לנשיא חשין, כידוע, המילים ”בית אבי” כמקור השפעה שיפוטי מקבלות משמעות כפולה ומכופלת, בהיותו בנו של שופט. אכן, המשפט המצוטט מקבל משמעות

39 שם, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

40 מעניין שבהתייחסו לאופייה של חוות הדעת המייעצת כותב השופט חשין כך: ”כלליות וסתמיות המאפיינות את חוות הדעת בהיבט העובדות אינן מאותם סימנים הראויים כי יינתנו בחוות דעת משפטית או בפסק דין. יתר על כן: סתמיות וכלליות אלו נוסכות בחוות הדעת יסוד אמוציונלי במידה גדושה שאינה ראויה לחוות דעת משפטית.” שם, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. יטען הטוען כי יש מימד מסוים של אירוניה בכך שהשופט חשין מבקר את שופטי בית הדין הביין-לאומי על כך שנסכו בחוות הדעת יסוד אמוציונלי, וזאת בשעה שניתן לראות בחוות הדעת שלו עצמו בפרשת **מראעבה** יסוד אמוציונלי מובהק, עד כדי היזכרות ואזכור של בית אביו. אולם ניתן לדעתי להבחין בין היסודות האמוציונליים הנטענים בשני הטקסטים באופנים רבים. בין היתר, מובן כי הפסקאות בעלות היסוד האמוציונלי בחוות דעתו של השופט חשין מובאות **נוסף** על ניתוח משפטי טהור (אשר עיקרו הובא בחוות דעתו של הנשיא ברק, שהשופט חשין הסכים לה), **ולא במקומו**. לעומת זאת, מתיאורו של השופט חשין עולה כי היסוד האמוציונלי בחוות הדעת של בית הדין הביין-לאומי נכלל בה, לשיטתו, על חשבון **ובמקום** הניתוח המשפטי הנדרש, **ולא נוסף** עליו.

41 שם.

מילולית – בבית אביו הוא למד עקרונות של אמת וצדק, ובבית אביו הוא למד גם מה היא דרכו של שופט.⁴² על השפעתו של האב, השופט ש"ז חשין, על בנו, השופט מישאל חשין, אין צורך להכביר מילים. די אם נביא דברים שאמר המשנה לנשיא חשין בטקס הפרישה מבית המשפט העליון:

"וביום יחיד ומיוחד זה ביקשתי להזכיר בשמותיהם מקצת מאותם אנשים שעיצבו את אופיי והדריכו אותי בחיי. ראש וראשון הוא אבא, שניאור זלמן חשין, ממלא מקום קבוע לנשיא בית המשפט העליון. מורה, מחנך, שופט, אדם. אבא הלך לעולמו על משמרתו והוא בחצי ימיו. בן חמישים ושש היה, רוחו עז ודברו חכמה. הטוב אשר בי – אהבת האדם, אהבת העם, אהבת תנ"ך – מאבא בא לי. אני גא בהיותי בן לו, גא עד בלי די."⁴³

נביא גם דברים שאמר בנושא זה הנשיא ברק בדברי הפרידה שלו באותו טקס מהמשנה לנשיא חשין:

"...בין 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 רב-עצמה. הם האירו באור גדול את דרכי שלי, והם האירו את דרכו של מישה במשפט ובשיפוט."⁴⁴

הנה כי כן, בעובדה שבאחד מפסקי הדין שנתן השופט חשין בשנת המשפט האחרונה לכהונתו הוא בחר לאזכר מפורשות את בית אביו – אולי באופן מטפורי ואולי באופן מוחשי – כמקום שבו למד דרכו של שופט מה היא יש משום סגירת מעגל מובהקת. יש בכך התלכדות וחיבור בין תחילת דרכו המשפטית לבין סיומה הקרב, בין

42 ראו בהקשר זה את דבריו של השופט חשין בריאיון עימו: "גם כשהיה לי לקוח, תמיד ראיתי את עצמי כמין שופט קטן. הייתי עושה כל מה שצריך, אבל תמיד חיפשתי אחרי קונסטרוקציה משפטית שגם תהיה צודקת. היה איכפת לי שהצדק ייצא לאור. איני יודע מניין זה בא. אולי מהבית." "ריאיון עם השופט חשין" (2009), לעיל ה"ש 15, בעמ' 107–108.

43 ראו חשין "נאום פרידה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 9.

44 "דברי הנשיא ברק בטקס הפרישה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 284–285.

משפט ועסקים כו, תשפ"ג הרחורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישאל חשין

מדומי כהונתו כשופט לבין ראשית הציירים האישיה והמשפטית. יש בכך משום אזכור מפורש של אביו⁴⁵ – מקור ההשראה העיקרי שעיצב את תפיסת עולמו.⁴⁶ והשופט חשין בחר לעשות זאת לא במסגרת נאום, ולא באכסניה של הרצאה או ריאיון, אלא בליבת טקסט של פסק דין מכונן של בית המשפט העליון. בתקופה שבה שתל בפסקי דינו אזכורים לתחנות החיים שעיצבו את דרכו המשפטית – לימודיו לתואר ראשון, אהבתו למשפט הפרטי, כתיבתו האקדמית, ספר שכתב בעברו הרחוק – לא בכדי בחר השופט חשין לאזכר מפורשות בפסק דין גם את בית אביו.

סיכום

כפי שראינו לעיל, פסקי הדין האחרונים שנתן השופט חשין סמוך לפרישתו משופעים באזכורים של תחנות ביוגרפיות שונות בחייו, שבהן נזכר ואליהן חזר לפני סיומה של קריירה משפטית ארוכת שנים. בראש ובראשונה העלה השופט חשין באוב, במסגרת פסקי דין אלו, את הקריירה האקדמית שבה החל בראשית דרכו המשפטית, ואשר נגדעה בצעירותו מבלי שזכתה לקרום עור וגידים במלואה, על אף תקוותיו המוקדמות להיות חוקר ואיש אקדמיה. פסקי הדין האחרונים שנתן השופט חשין כוללים אזכורים שונים של קריירה אקדמית זו, וניכרים געגועיו אל שלב מוקדם זה בחייו המקצועיים. במיוחד ניכרת בפסקי הדין האחרונים הללו ערגה לשדה המשפט הפרטי, שבו חרש בתחילת דרכו האקדמית, ואשר בו ראה עד סוף ימיו את כור מחצבתו המשפטי. נוסף על כך ראינו בפסיקותיו האחרונות של השופט חשין הדים למערכת יחסיו המורכבת, הנדירה והמיוחדת עם הנשיא ברק. כמו כן, באמצעות עיון בפרשת **מראעבה** ראינו ביטוי מיוחד

45 יצוין כי בכמה החלטות ופסקי דין נוספים שנתן השופט חשין במהלך כהונתו הוא מצטט ומפנה לפסיקה של אביו, אך זאת בתצורת ההפניה השגרתית לכתיבה של שופט עבר, ללא כל התייחסות מיוחדת לעובדת היותו של מושא הציטוט אביו של המצטט. ראו, למשל, פרשת **רשות העתיקות**, לעיל ה"ש 28, פס' 26 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; על"ע 7892/04 **הועד המחוזי של לישכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' בוטח**, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 10.5.2005); תב"כ 4/16 **פינס נ' תנועת "אהבת ישראל"**, פס' 6 להחלטתו של השופט חשין (פורסם בנבו, 15.12.2002). המובאה מפרשת **מראעבה** נבדלת מן המקרים הללו בכך שבמסגרתה אזכר השופט חשין את בית אביו, וזאת לא בהקשר של פסק דין ספציפי שנתן אביו בשבתו כשופט.

46 ראו בהקשר זה את דבריו של השופט חשין בריאיון עימו לאחר פרישתו: "אם היית מבקשת ממני לנקוב בשמו של אדם אחד שהשפיע עלי, הרי זה אבא שלי. זה האיש שהשפיע על חיי במידה הרבה ביותר, אם כי איני זוכר שדיברתי אתו הרבה על חיי המשפט. היה אולי מקרה נדיר, שבו ביקרתי פסק-דין שכתב וזה לא מצא חן בעיניו. אני זוכר זאת עד היום." "ריאיון עם השופט חשין" (2009), לעיל ה"ש 15, בעמ' 48. ראו עוד בהקשר זה שם, בעמ' 19–21.

אבי מיליקובסקי

משפט ועסקים כו, תשפ"ג

שנתן השופט חשין, במסגרת פסיקה של ערב פרישה, להשפעה שספג מן הדמות
הבולטת ביותר בחייו האישיים והמקצועיים – אביו.
כל זאת ממש ערב סיומה של קריירה משפטית מזהירה, בטרם יינעל שער, בטרם יהא
השופט חשין עצמו ל"שמשון נגוזו מחלפותיו".