

## פרשנות החקיקה: גישתו של השופט מישאל חשין

אהרן ברק\*

למישה ולי הייתה אהבה משותפת: הפרשנות במשפט, ובעיקר פרשנות החקיקה. אני ביקשתי להפוך את הפרשנות למדע; מישה ביקש להפוך אותה לאומנות. אני יודע אם הצלחתי במשימתי; אני יודע שמישה הצליח. ביד אומן שרטט לפנינו מישה את המוטיבים העיקריים השולטים בפירושה של החקיקה. והנה, המרחק בין המחקר המדעי שלי לבין מעשה האומנות שלו אינו רב. את שאני דליתי בעבודת מדע קשה ומפרכת ובשישה ספרים על פרשנות, דלה מישה ביד אומן, פרי גאונותו. לגאונות זו אני מבקש להקדיש את דבריי כאן, שבהם אנתח את תורתו הפרשנית של מישה.

- פרק א: חקיקה ופרשנות  
פרק ב: הגישה של השופט הפרשן אל דבר החקיקה  
פרק ג: הגישה הפרשנית של מישה
1. היסוד הראשון: לשון החוק
  2. היסוד השני: תכלית החוק
  3. היסוד השלישי: סבירותו (הגיונו) של החוק
  4. איזון בין שלושת היסודות

סיום

### פרק א: חקיקה ופרשנות

פרשנות החקיקה, לפי מישה, היא "פענוח מסר הנשלח אלינו בידי חוק של הכנסת".<sup>1</sup> על מלאכת הפרשנות כתב מישה:

---

\* נשיא בית המשפט העליון בדימוס; בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.  
1 בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 562, 529 (1997). ראו גם בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 624, 573 (1996).

"שהרי מלאכת הפרשנות – שמא נאמר: אָמנות הפרשנות – יכולה שתיסוב על דקויות לשון – לשון חוק ולשון פסיקה – בהקשרים שבתוך החוק, לעניין היחס בין החוק לבין חוקים אחרים, וכך אף לעניינם של עקרונות יסוד ודוקטרינות לבר-החוק העשויים להסוות פירושה של מילה או פירושו של ביטוי, כאותו כוכב המסטה קרן אור המגיעה אל כדור הארץ ממרחקים... והרי כל מילה, כל ביטוי, אינם אלא גילויים של רובדי לשון נסתרים, של היסטוריה, של אסוציאציה, של קונוטציה בחברה פלונית בזמן פלוני."<sup>2</sup>

בהסבירו את מהותה של הפרשנות כתב מישה :

"פרשנות של טקסט המונח לפנינו הינה ביאור והסבר של אותו טקסט, רעיון ותכלית. הטקסט הוא המונח במרכז הבימה ואנו הפרשנים הולכים-סובבים אותו סחור-סחור. אכן, פירושו של טקסט אינו אך פירוש המילים שבו, מילה אחר מילה. אותיות חוברות למילים, מילים מאגדות עצמן לפסוקים, פסוקים מארגנים עצמם לטקסט שלם, והמשמעויות של המילים, של הפסוקים ושל הטקסט כולו – רעיון ותכלית – נגזרות מכל אלה ומן הסובב אותם, מעגלים מעגלים, מעגלים קרובים ומעגלים שאינם כה קרובים. ואולם בסוף כל הסופות מטרטנו היא פרשנות, וככל שנרחיק לכת באותם מעגלים קונצנטריים – מעגלים שהטקסט במרכזם ובו כוח הכבידה – תמיד נחזור אל הטקסט."<sup>3</sup>

"סמכות חקיקת חוקים לרשות המחוקקת ניתנה – לה, ולה בלבד",<sup>4</sup> ואילו "הסמכות לפירושו של חוק לבית-המשפט ניתנה"<sup>5</sup> חלוקת העבודה בין המחוקק לשופט מונחת ביסודו של עקרון הפרדת הרשויות. מישה כינה זאת "עקרון ביזור הכוחות בין הרשויות", וכך כתב:

"המחוקק יחוקק; המבצע יבצע; והשופט ישפוט: יפרש ויקבע את תחומי התפרשותו של החוק. וכך, משעה שהוציא המחוקק חוק מתחת ידו, הסמכות לפירושו היא סמכותו של בית-המשפט, וסמכותו-שלו בלבד."<sup>6</sup>

את חקיקתו של חוק ראה מישה כלידתו של ילד :

2 דנ"א 11196/03 גרנות נ' הרשות המוסמכת לפי חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פ"ד ס (3) 108, 88 (2005) (ההדגשה הוספה).

3 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ (3) 133, 172-173 (1996) (ההדגשה במקור).

4 רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח (3) 500, 485 (1994).

5 בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 743, 728 (1999).

6 שם.

"...משראה הילד אוויר עולם, ניתק טבורו מאמו, המחוקק הוא בבחינת מי שסיים מלאכתו (לאותה עת) – מעין *functus officio* – ומעתה בעל הסמכות הוא בית המשפט, לפירושו של החוק ולקביעת תוקפו, תחום התפרסותו ותוכנו. זו – על רגל אחת – תורת הפרדת הרשויות בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת, ואידך – פירושא, זיל גמור. כשם שהמחוקק, ככלל, אינו 'טועה' – מבחינה משפטית – בהורותו כך או אחרת... כן אין בית-משפט 'טועה' – מבחינה משפטית, ולאותה עת – בפרשו חוק כך או אחרת, שהרי פירושו של בית המשפט (בפסק סופי) הוא 'האמת המשפטית': *pro veritate accipitur*... הגישה היא גישה מוסדית ולא אישית, וכל אחת מן הרשויות עושה בשלה ועל-פי סמכויותיה. אם כך ככלל, לא כל שכן שבעימות בין נסח החוק לבין בית המשפט, לא יוכל הנסח להפטיר כלפי בית המשפט כי החמיץ את 'כוונת המחוקק' והחטיא את מטרתו. לאחר השלמתו של מעשה חקיקה, יצא החוק מחצרה של הרשות המחוקקת. חי הוא כמו לעצמו, ופירושו – במובנו הרחב של המושג – ניתן הוא, בסופו של תהליך, לבתי המשפט, ולהם בלבד..."<sup>7</sup>

על פי מישה, "בית-המשפט הוא הפרשן ה'אותנטי' של החוק, ועל דרך זו משתתף הוא הלכה למעשה בתהליך היצירה"<sup>8</sup>. הפרשנות היא הנופחת בחוק את רוח החיים.<sup>9</sup>

## פרק ב: הגישה של השופט הפרשן אל דבר החקיקה

כיצד השופט ניגש למלאכת הפרשנות? כיצד הוא "יפענח" את המסר הנשלח אליו על ידי המחוקק? על כך השיב מישה בדברים הנפלאים הבאים:

"פירושו של חוק הכנסת אין הוא כפירושו של חרס עתיק, שלא ידענו מאיזו תקופה בא ומי חרת בו. כבואנו 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. מוחנו ולבנו הוכשרו למעשה הפרשנות, ביודעין ובלא-יודעין. כבואנו אל מלאכת הפרשנות לא ציידנו עצמנו אך במילון. גם התנ"ך ומורשתנו בנו, גם אהבת האדם, גם הצורך המובנה בנו להיות בני-חורין. כך באים אנו אל חוק

7 פרשת קליין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 500–501 (ההדגשה במקור).

8 דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1, 58 (2006).

9 בג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש, עמותה רשומה נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69, 89 (2000) (להלן: פרשת רשת גני חב"ד).

הכנסת, מצויידיים בכל אותם כלי מלאכה, ועושים אנו כמיטבנו לפירושו של הטקסט.<sup>10</sup>

גישה זו הובילה את מישה לתפיסה כי פרשנותו של בית המשפט עושה את "חוק הכנסת... כריקמה חיה ונושמת המזינה עצמה ברוח ובחומר של החברה כפי שהיא מעת לעת".<sup>11</sup> ועוד הוסיף מישה:

"עיקרי יסוד ודוקטרינות שהם בני התקופה, דרכם שהם חודרים אל תוככי החוק ומזינים אותו בשורשיו. אנו עצמנו הננו בנות ובנים ל'רוח הזמן', וברוחנו – 'רוח הזמן' – נציב ונייצב את החוק על רגליו."<sup>12</sup>

### פרק ג: הגישה הפרשנית של מישה

תפיסתו הפרשנית של מישה מבוססת על שלושה יסודות, ובלשונו:

"שלושה המה גדולים, ובמועצתם יוכרע דבר: לשונו של חוק, תכליתו של חוק, סבירותו (הגיונו) של חוק (במובנו הרחב של מושג הסבירות, ובו עיקרי יסוד של השיטה)."<sup>13</sup>

אעמוד בקצרה על כל יסודות השיטה.

#### 1. היסוד הראשון: לשון החוק

"...ראש וראשון בפירושו של חוק הוא החוק עצמו, דבר המחוקק ולשון המחוקק. בלשון המחוקק נפתח מסע של פרשנות..."<sup>14</sup>

מישה, כאומן הלשון, הקדיש ליסוד זה מקום נכבד בפסיקתו. על השפה והלשון הוא כתב:

---

10 פרשת סגל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 562.  
11 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 575, 461 (2006).  
12 שם.  
13 בג"ץ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1, 68 (1994).  
14 ע"א 3576/92 מנהל מס ערך מוסף נ' חברת מפגש האון, פ"ד מט(3) 746, 726 (1995).

"שפה ולשון, כל שפה וכל לשון... הטבע והאדם יצרו אותן, וייעודן לשמש אמצעי קשר בין אדם לרעהו. כך אצל החיה, העוף ושוכן המים וכך אצל האדם... שפה ולשון היו כרקמה חיה ונושמת. שיבושה של שפה, עיוותה של לשון, יביאו מעצמם להחנקתה של הרקמה, להשבתת החיים בה, לאובדן התחושה. כך אירע במגדל בבל."<sup>15</sup>

על כן, "בדרכנו לפירוש נפתח בלשונו של החוק: לפנים, לאחור ולצדדים, וננסה להבין מה השמיענו מחוקק..."<sup>16</sup> "אל יישכח מאתנו", כתב מישה, "כי עיקר היא לשון המחוקק, והיא הנותנת לנו חיים"<sup>17</sup> "שומה עליו [על השופט]", הורה מישה, "להפוך בו בטקסט, להפך בו, לטחון אותו עד דק... נקרב מבטנו אל דבר החוק, נשטח אותו אל מתחת לעינית המיקרוסקופ..."<sup>18</sup>

"בפירושו של חוק", כתב מישה, "כלואים אנו בלשונו של החוק, ורשאים אנו לנוע אך בדל"ת אמותיהן של מסגרות שיצר עבורנו הכתוב"<sup>19</sup>. על החוק הלא-כתוב הוסיף:

"כל מילה, כל ביטוי בשפה ניתן לפרשם בצמצום וניתן לפרשם ברחבות, אף ברחבות-יתר. ואולם ככל שנרחיב ונוסיף ונרחיב נגיע לנקודה שבה יימתח קרום המעטפת עד לקצה-יכולתו. משהגענו לכאן, ואם נוסיף ונרחיב, יפקע הקרום והמילה או הביטוי יאבדו ממשמעותם הגרעינית."<sup>20</sup>

על רעיון קריעת המעטפת חזר מישה בפרשה אחרת, בציינו:

"כל הוראת-חוק שהיא בונה עצמה על מקרה 'טיפוסי', מערכת גרעינית, וכולנו ידענו כי במהלך הפרשנות הרגיל אפשר נגיע לכלל מסקנה כי מחילה היא עצמה גם על מקרים וסוגי אירועים שאינם 'טיפוסיים' כולי האי. ואולם, יש שפירוש ידחק עצמו אל קצה-הקצה, שיהא הפירוש כה רחב בתחום פרישתו, עד שתכליתו המקורית של ההסדר תעוֹנת ותשתבש. במקרה מעין-זה, בקבלנו את הפירוש המרחיב להוראת-החוק שלעניין, נקרע במו-ידינו את הקרום העוטף את ההוראה, נשפוך את לבת-ההוראה אל הארץ ונשבש את הסדר החוק מעיקרו... חוק נדמה הוא ליצור חי האמור להסתגל לסביבתו, שאם לא יתאים עצמו לסביבה יגווע ברעב, יתייבש בצמא, ייטרף, ימות בקרה או בחוס. ואולם יכולתו

15 ע"א 1109/00 מזרחי נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(2) 49, 62 (2001), ופסקי הדין המצוטטים שם. ראו גם פרשת פלוני, לעיל ה"ש 3.  
16 פרשת ארגון "בצדק", לעיל ה"ש 13, בעמ' 68.  
17 פרשת סגל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 562.  
18 פרשת ארד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 611.  
19 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נו(1) 419, 440 (2002).  
20 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253 (1999).

(הנורמטיבית) של חוק להרחיב את תחומי פרישתו גם היא מוגבלת במידתה, שאם לא תוגבל, החוק לא עוד יהא חוק.<sup>21</sup>

מיסוד הלשון נעבור כעת ליסוד השני, הוא יסוד התכלית.

## 2. היסוד השני: תכלית החוק

המושגיות של "תכלית" החוק שימשה אצל מישה בעיקר – אך לא רק – למטרה שהחוק מבקש להשיג, כפי שהיא נלמדת מתוך לשונו של החוק עצמו. לשם כך הפרשן נעזר בכללי הפרשנות: "כלל הפרשנות של מן-הישר-אל-ההפוך (ולהפך); כלל הפרשנות של מכלל-ההן-יילמד-הלאו (ולהפך) וכלל הפרשנות שאין המחוקק משחית מיליו לריק".<sup>22</sup> מישה כינה אותם כללי פרשנות "חלשים", שכן "אין הם אלא כללי היגיון, בבחינת פנסים האמורים להאיר את דרכנו במבוכיו של החוק".<sup>23</sup> אלה הם, לפי מישה, "כללי פרשנות אמיתיים", במובן זה שהם כלים טכניים שהורים שאין מאחוריהם ערכים וזכויות.<sup>24</sup>

בצד כללי הפרשנות "החלשים" וה"אמיתיים" עומדים כללי הפרשנות ה"חזקים". כללים אלה הם "כללים הבאים לבטא עקרונות-יסוד במשפט".<sup>25</sup> באמצעותם עיצב מישה את היסוד השלישי של הפרשנות, הוא יסוד סבירותו (הגיונו) של החוק.

## 3. היסוד השלישי: סבירותו (הגיונו) של החוק

במסגרת יסוד שלישי זה בחן מישה את מטרת החוק (או תכליתו) תוך התחשבות גם בעיקרי היסוד של השיטה. אלה הם, למשל:

"...כללים הנאצלים מזכויות היסוד של היחיד, כגון חזקת החפות, כבוד האדם, חופש העיסוק, חופש הדיבור וכיוצא באלה, או מעקרונות יסוד של החברה."<sup>26</sup>

אחד מאותם עיקרי יסוד הוא עקרון השוויון, שעליו כתב מישה:

21 בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 91 (1999) (ההדגשות הוספו).

22 בג"ץ 5012/97 מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה בע"מ נ' משרד הבריאות, פ"ד נב(1) 49, 60 (1998) (להלן: פרשת מתן שירותי בריאות).

23 רע"א 2853/96 קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' פרת, פ"ד נג(1) 680, 695 (1999) (להלן: פרשת קרנית).

24 פרשת מתן שירותי בריאות, לעיל ה"ש 22, בעמ' 61.

25 שם.

26 שם.

"הכול מסכימים כי עקרון השוויון – כנגזר מעקרון הצדק והיושר – טבוע עמוק בלב כל אוהבי־טוב, והוא ראשון במלכות בין עקרונות־פרשנות של חוקים."<sup>27</sup>

על כללים אלה כתב מישה:

"כללי פרשנות אלה האחרונים הינם כללי פרשנות 'חזקים', ובעצם אין הם כללי פרשנות כלל. עקרונות־יסוד הם של החברה ושל המשפט, ואך מתחפשים הם לכללי פרשנות. המסווה הוא מסווה של 'פרשנות'; הסר את המסווה וידעת כי עומד אתה לפני עקרון־יסוד... כללי הפרשנות ה'חזקים' – אלה כללים המוקרנים מעקרונות־יסוד של השיטה, כללים שאינם אלא 'נציגים' של אותם עקרונות יסוד – הינם כללים הכופים עצמם עלינו, ואמורים לנו לעובדם ולשרתם."<sup>28</sup>

עיקרי היסוד של השיטה הם המציע שלשון החוק מונחת עליו.<sup>29</sup>

#### 4. איזון בין שלושת היסודות

עמדנו על שלושת היסודות שפירושו של החוק בנוי עליהם. מהו היחס בין יסודות אלה? על כך כתב מישה:

"כל אחד מן השלושה מושך לעברו הוא, ובין השלושה ישרור – או עלול לשרור – מתח תמיד. עיסוקו של הפרשן הוא לנסות ולמצוא נקודת איזון ראויה, אותה נקודה ארכימדית אופטימלית שבעזרתה יוכל החוק לשמש מנוף נורמאטיבי ראוי ויעיל להשגת מטרה שה'מחוקק' – קרי: שיטת המשפט בכללה – ביקש להשיגה."<sup>30</sup>

בקביעתה של אותה נקודת אחיזה ארכימדית, על הפרשן לנתק עצמו מ"זחילה במבוכיה של הוראת סעיף", ו"להגביה... מעלה־מעלה, לבחינתו של דבר־החוק מגבוה, על רקע פרישתו הכוללת ותכליתו"<sup>31</sup>. על תיאור זה הוסיף מישה:

27 בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 177 (1998).

28 פרשת מתן שירותי בריאות, לעיל ה"ש 22, בעמ' 61.

29 בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 686 (2001).

30 פרשת ארגון "בצדק", לעיל ה"ש 13, בעמ' 68 (ההדרגה הוספה).

31 פרשת קרניח, לעיל ה"ש 23, בעמ' 685.

"הדג במים לא יראה אלא את אשר סביבותיו ואילו הנשר בשמים ידע מניין יבוא הנהר ולאן ילך. ואנו נבקש לנו כי נדע לשחות כדג אך גם כי נדאה כנשר. והנשר, ידענו, יראה את החוק על רקע סביבתו, ידע את תכליתו הכללית, יבין את סברו. אכן כן: לערבו של יום – ולעולם – נחזור אל הוראת-החוק – היא ביתנו – אלא שזו הפעם נבין לא אך את צירופי-המילים אלא נוסף ונראה בעדם, לא אך נפרש את החוק אלא נדע את החוק, נדע מניין בא הנהר ולאן הוא הולך."<sup>32</sup>

אכן, הפרשן ניצב בפני שלושת היסודות, ועליו לקבוע על פיהם את מובנו של החוק. עליו ליצור "תרכובת במינון הראוי. המוצר שנקבל הוא-הוא פירושו של החוק."<sup>33</sup> בקביעתה של תרכובת זו יהיה על השופט להפעיל "מונה-עוצמה מיוחד למדידת עוצמתו של האינטרס הגנוז באותה הוראה."<sup>34</sup> על הפרשן לקבוע את המשקל שהוא מייחס ליסודות השונים. הפרשן מצוי עתה "בכבשון היצירה עצמו."<sup>35</sup> על כבשון זה כתב מישה:

"מנסים אנו לזהות את הקווארק (quark), אותו חלקיק הזעיר-מכול שאינו ניתן עוד לחלוקה. מבחני-משנה לא עוד יהיו לנו לעזר. נותרנו, כל-אחד מאתנו, ואמיתו עמו. ואולם כך, משום שזו דרך העולם וזה דרכו של השיפוט. לא בשל השוני בגופם של המבחנים. וכפי שהתבטאתי במקום אחר: 'שופט, כל שופט לעצמו, הוא פרש בודד בערבות החוק והמשפט... האחריות לפירושו של דין והלכה לפתחנו היא רובצת, ולא נוכל להתנצלה מעלינו'."<sup>36</sup>

## סיום

אלה אם כן בקצרה – ועל קצה המזלג – עיקרי גישתו של מישה לפרשנות החקיקה. בעניינים אחדים גישה זו תואמת את גישתי; בעניינים אחרים היא נוגדת אותה, ואף נכתבה כתגובה על גישתי. לא באתי להתווכח עם גישתו של מישה. באתי להציגה במלוא יופייה והדרה. לצערי, לא עמד לו למישה מספיק זמן שיפוטי להמשיך לפתח את גישתו. אני מקווה שמדע המשפט הישראלי ימשיך מן המקום שבו הוא הפסיק.

32 שם (ההדגשה הוספה).

33 רע"א 12/99 מרעי נ' סאבק, פ"ד נג(2), 128, 135 (1999).

34 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 128 (2005).

35 בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865, 905 (2005).

36 שם (ההדגשות הוספו) ופסקי הדין המצוטטים שם. ראו גם בג"ץ 3679/94 אגודה ארצית של מנהלים מורשי חתימה של הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, פ"ד מט(1) 573, 593 (1995).



גישתו הפרשנית של מישאל היא אך קצה הקרחון להבנת גישתו של מישאל למשפט ולשיפוט. חשובה במיוחד – דווקא בימינו אלה – גישתו למשפט הטבע ולזכויות הטבעיות.<sup>37</sup> בגישתו זו הוא פיתח תפיסה משפטית הפועלת מעבר לפרשנותו של הטקסט, ובלשונו:

"כחופש הביטוי כן הוא חופש התחרות, כזה כן זה השניים-שהם-אחד מקורם בטבעו של האדם, בטבע. דרך הטבע ומשפט הטבע הם אלה: האדם נולד בן-חורין, ועם הינתק חבל הטבור מבקש היחיד – כל אחד בדרכו – לבטא את עצמו בדרכו-שלו. זו התחילה, אלה השורשים, והמשפט ילך בעקבות הטבע. וכשם שהמשפט עטף צורכי-נפש אחרים של האדם – צורכי-נפש מן-הטבע – בזכויות משפטיות, כך עשה גם בעניינו של חופש התחרות. כך הפכו מאווייו של אדם מן-הטבע – 'זכויותו הטבעיות' – לזכויות מן המשפט."<sup>38</sup>

משפט הטבע, על פי גישה זו, עומד מעל לחוקי היסוד, ועשוי להגיע לתוצאות הנוגדות את חוקי היסוד. ובלשונו של מישאל:

"חוקי-היסוד הם החוקים הנעלים במרקם החקיקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקם גם מבחינת עוצמתם הפורמאלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים – ואני נמנה עמם – שאין לה לכנסת סמכות מכוננת. ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומר."<sup>39</sup>

למישה היה "קול" משלו בעולם המשפט הישראלי. וקולו של מישאל – אם אשתמש באחד מדימויו – לא היה "אך כקולו של הפיקולו".<sup>40</sup> היה זה קול "זך וטהור" שנגע בנבכי הנפש של כולנו.

37 ראו עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה" **עיוני משפט** יז 717 (1993); גיא הימן "ערכי היסוד של השיטה" וסיפור היסוד של החברה" **ספר אדמונד לוי** 95, 99 (אוהד גורדון עורך, 2017).

38 דנ"א 4465/98 **טבעול** (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 78–79 (2001).

39 ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).

40 בג"ץ 8192/04 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נט(3) 145, 177 (2004).