

אוטופיה, משפט, והשופט מישאל חשין

שולמית אלמוג, * אריאל בנדור**

"זה דברו של שופט: טובל בקסת עטו וכותב משפט
וצדק וחסד.¹"

המאמר נכתב בעקבות סיפור החלום הדמיוני הפותח את פסק דינו הגדול של המשנה לנשיא (בדימ') מישאל חשין בפרשת **עדאלה נ' שר הפנים**, שבה דחה בית המשפט העליון, ברוב דעות, עתירות להכרזה על בטלותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. המאמר מתאר את הדגם האוטופי – הכולל גם צבא ומלחמות – המוצג בספרו של תומס מור **אוטופיה**, אשר סיפור החלום של השופט חשין מרפרר אליו; מתאר את התייחסותו של השופט חשין לדגם האוטופי של מור ולמושג האוטופיה בכלל, ועומד על האופן שבו חשין, בעת ובעונה אחת, שולל את היתכנותה של אוטופיה במציאות של קונפליקט ומכיר באפשרות זו בפועל; מציג סוגים שונים של חשיבה אוטופית ואת ענף המחקר של לימודים אוטופיים, ומראה כי לצד מאפיין ה"אידיאליות", שהוא רכיב מהותי בהגדרת האוטופיה, המאפיין המוכר הנוסף המיוחס לאוטופיה, שהוא אי-התקיימות במציאות, אינו הכרחי; דן בהיבט האוטופי של המשפט, מציע הבחנה בין משפט נורמטיבי למשפט פרשני, ומצביע על זירות בשיח המשפטי העשויות להכיל היבטים אוטופיסטיים; עומד על ההיבטים האוטופיסטיים בפסיקתו של השופט חשין, מראה כיצד המאפיין העיקרי של מושג האוטופיה –

* פרופסור מן המניין, יועצת נשיא האוניברסיטה לקידום הוגנות מגדרית ומנהלת משותפת של הפורום למשפט, מגדר ומדיניות חברתית, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ' בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; היה מתמחה של מישאל חשין בתקופה שבה עמד בראש משרד עריכת דין, ותקופה קצרה אף עבד במשרד כעורך דין.

אנו מודים לעילי אהרונסון, לעורכת הקודמת של **משפט ועסקים** אוריה ניב, לחברי המערכת על הערותיהם החשובות, לאילנה פרנקל על עזרתה המצוינת במחקר, לגיא פרמינגר על העריכה המעולה והקפדנית, וכן לטל כהנא ולשלומית פלדמן על הסיוע.

1 מישאל חשין "מאיר שמגר – נשיא של שופטים – שופט ואדם" **משפטים** כו 203, 208 (1995).

האידיאליות של הסדר החברתי החלופי המוצע – מתבטא בהגותו ובפסיקותיו של השופט חשין, ומציע מתווה להתבוננות על מלאכת השיפוט שלו מבעד לעדשה של מושג האוטופייניזם; ולבסוף עומד על הזיקה המורכבת בין גדולתו המשפטית של מישאל חשין לבין ערכיו – האוטופיה האישית שלו כמשפטן.

פתיחה

פרק א: "אוטופיה" של תומס מור

פרק ב: "אוטופיה" של השופט מישאל חשין

פרק ג: אוטופיה ואוטופייניזם

פרק ד: אוטופיה ומשפט

פרק ה: מישאל חשין האוטופיסט

פרק ו: מישאל חשין המשפטן

פתיחה

בפסק הדין בפרשת **עדאלה נ' שר הפנים**² דחה בית המשפט העליון, ברוב דעות של שישה שופטים לעומת חמישה, שורה של עתירות להכרזה על בטלותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. המשנה לנשיא (בדימ') מישאל חשין פתח את פסק דינו, שבו קבע כי דין העתירות להידחות, בסיפור הזה:

"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 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' השיבנו 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.

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

'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?' (הנחנתו היתה, כמובן, שהאיש החכם ההוא מכיר את שיטת המשפט בישראל).

מר מור חיין 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.³

הסיפור הדמיוני הזה, שהשופט חשין הציב במקום הבולט ביותר באחד מפסקי דינו הגדולים, מעורר מחשבות על מהותה של אוטופיה, על הזיקות בין אוטופיה למשפט, ועל ייחודו של השופט חשין, המשלב במקרים רבים מחשבה אוטופית בהכרעות משפטיות.

2. מאמר זה עוסק בקשר בין משפט לאוטופיה כמייצגים מחשבה על סדרים חברתיים אידיאליים. המאמר מציג מאפיינים עיקריים של אוטופיות לצד היבטים אוטופיסטיים הקיימים במשפט, מצביע על הקשר ההדוק בין אוטופייניזם למשפט ועל התרומה ההדדית של השיח המשפטי והשיח האוטופיסטי זה לזה, ודן בביטויים האוטופיסטיים המשתמעים ממשנתו המשפטית ומפסיקתו של השופט חשין.

3. וזה מהלך המאמר. **פרק א** מתאר את הדגם האוטופי המוצג בספרו של תומס מור **אוטופיה**,⁴ אשר סיפור החלום של השופט חשין מרפרר אליו. בפרק מוצגים המאפיינים הייחודיים של האוטופיה של תומס מור, אשר כוללת, להבדיל מדגמים אוטופיים רווחים אחרים, גם צבא ומלחמות. **פרק ב** מתאר את התייחסותו של השופט חשין לדגם האוטופי של מור ולמושג האוטופיה בכלל, ועומד על האופן שבו חשין, בעת ובעונה אחת, שולל את היתכנותה של אוטופיה במציאות של קונפליקט ומכיר באפשרות זו בפועל. **פרק ג** מציג את האוטופייניזם – סוגים שונים של חשיבה אוטופית וענף המחקר של לימודים אוטופיים. פרק זה מראה כי לצד מאפיין ה"אידיאליות", שהוא רכיב מהותי בהגדרת האוטופיה, המאפיין המוכר הנוסף המיוחס לאוטופיה, שהוא אי-התקיימות במציאות,

3 שם, בפתח פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

4 THOMAS MORE, UTOPIA (Robert M. Adams ed., 2nd ed. 1992). הציטוטים שלהלן יובאו מתוך תרגום הספר לעברית. ראו תומאס מורוס **אוטופיה** (אפרים שמואלי מתרגם, 1946).

אינו הכרחי. **פרק ד** עוסק בהיבט האוטופי של המשפט, מציע הבחנה בין משפט נורמטיבי למשפט פרשני, ומצביע על זירות בשיח המשפטי העשויות להכיל היבטים אוטופיסטיים. **פרק ה** עומד על ההיבטים האוטופיסטיים בפסיקתו של השופט חשין. הפרק מראה כיצד המאפיין העיקרי של מושג האוטופיה – האידיאליות של הסדר החברתי החלופי המוצע – מתבטא בהגותו ובפסיקותיו של השופט חשין, ומציע מתווה להתבוננות על מלאכת השיפוט שלו מבעד לעדשה של מושג האוטופייניזם. לבסוף, **פרק ו** עומד על הזיקה המורכבת בין גדולתו המשפטית של מישאל חשין לבין ערכיו – האוטופיה האישית שלו כמשפטן.

פרק א: "אוטופיה" של תומס מור

4. בשנת 1516 יצא לאור בלונדון ספרו של תומס מור **אוטופיה**.⁵ זהו סיפור מסע הנמסר מפיו של הנוסע רפאל היתלודאוס⁶ לבן דמותו של המחבר. האחרון מגיב לעיתים על הדברים, שואל שאלות, ומחווה את דעתו באשר להתאמה לאנגליה של המשטר הנוהג באוטופיה על פי תיאורו של רפאל. המשטר האוטופי מייצג סדר חברתי חלופי לסדר החברתי אשר מור וקוראיו בני התקופה חיו בו.⁷ רפאל מספר למחבר, בין היתר, כי באוטופיה אין קניין פרטי, כי נוהג בה יום עבודה של שש שעות, כי ניתנים בה חינוך וטיפול רפואי חינם, וכי נוהגים בה סובלנות דתית לצד חוסר סובלנות קיצוני לעברות ניאוף.

להבדיל מן המשתמע מסיפור החלום של השופט חשין, אוטופיה מוקפת אויבים. המבנה הראשון שהקרכים אל אוטופיה מן הים פוגשים הוא צוק גדול, שעליו מתנוסס צריח ובו יושב חיל משמר.⁸ מסלעים אחרים, נסתרים יותר, אורכים בני אוטופיה לכל צר ואויב. הכניסה לאי אוטופיה מאובטחת עד כדי כך שאפילו אוטופים שיצאו מארצם ומבקשים לשוב אליה אינם יכולים לעשות זאת בלא חשש סכנה.⁹

5 שם.

6 שמו של הנוסע המספר, גיבור הספר, נושא כמה רבדים של משמעות. שמו הפרטי, רפאל, כשם המלאך, מרמז על רוחניות עליונה. ואילו שמו השני, היתלודאוס, נגזר מיוונית ומורכב מ"היתלוס" (מהתלות, דברי הבאי) ו"דאוס" (מומחה), כלומר, אדם הבקיא במהתלות. ראו את הערתו של המתרגם שמואלי, שם, בעמ' 301.

7 לאוטופייניזם כשיקוף דמיוני, חיובי או שלילי, של חברה אשר שונה במהותה מזו שהאוטופיסטים המתארים אותה חיים בה, ראו Gregory Claeys & Lyman Tower Sargent, *Introduction, in THE UTOPIA READER 1* (Gregory Claeys & Lyman Tower Sargent eds., 1999). למאפיינים שונים של אוטופיה ראו להלן פרק ג.

8 ראו מורוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 119.

9 ראו שם, בעמ' 119.

פרק שלם מוקדש לענייני מלחמה.¹⁰ מלחמות הגנה נגד הפולשים לשטחה של אוטופיה אינן זרות לאוטופים, אך גם מלחמות התקפה רווחות בה. עילה אחת למלחמה כזאת היא עזרה לידידים.¹¹ עילה אחרת למלחמת התקפה עשויה להיות פגיעה בשלומם של אזרחי אוטופיה שהתרחשה מחוץ לגבולות המדינה.¹² למרות זאת, המלחמה תועבה היא לאוטופים, והלהיטות אחר תהילת גיבורים נחשבת בעיניהם קלון. אך מציאות חייהם מחייבת לעסוק תדיר בתרגילי צבא, "ולא הגברים בלבד אלא גם הנשים מלמדות את ידיהן לקרב".¹³

5. הדינים של אוטופיה, למרות מיעוטם,¹⁴ מסדירים בפירוט עניינים דמוגרפיים באמצעות כללי הגירה – בתוך האי, אל מחוץ לו ולתוכו. באי יש 44 ערים, ובכל עיר מספר קבוע של תושבים.¹⁵ אם מספר התושבים באחת הערים פוחת, מעבירים אליה תושבים מהערים שבהן יש תושבים עודפים. כאשר מספר התושבים באי בכללותו עולה על המספר שנקבע, אזרחי המדינה נקראים להגר לארץ אחרת ולייסד שם מושבה. במושבות האלה אזרחי אוטופיה מנהיגים משטר המבוסס על דיני מולדתם, ומספחים אליהם את ילדי המקום. הסרבנים מגורשים מהשטח. במקרה הצורך מוכרות מלחמה "מוצדקת ביותר" לצורך גירושם.¹⁶ כאשר מתרחשת פורענות הפוגעת במספר התושבים הקבוע, תושבי המושבות נקראים לשוב לאוטופיה, גם אם כבר עשו חיל בנכר, "כי נוח להם שיאבדו המושבות, ולא תינזק אפילו אחת מעריו של האי".¹⁷

6. ההרמטיות המתוארת של האוטופיה של תומס מור, המשתקפת בכיטויים אידיאולוגיים (ההסדרה המוחלטת של כל היבט בחיים האנושיים) וצורניים (הקשיים הפיזיים-הגיאוגרפיים והנורמטיביים של הכניסה לאוטופיה והיציאה ממנה, והארגון

10 ראו שם, בספר השני, בפרק השמיני.

11 ראו שם, בעמ' 186: "...הם [האוטופים] מקדשים מלחמה, ואפילו בהתלהבות יתירה, לא בלבד בשעה שהאויבים התנפלו על ידידיהם ולקחו מהם שלל, אלא גם בשעה שאחד העמים מתאנה לסוחרים מבין ידידיהם, מתגולל עליהם ומציק להם..."

12 שם, בעמ' 187: "...אם אחד מאזרחי מדינתם ניזוק בגופו בחוצה-לארץ, לא כל שכן אם הוא נהרג, בין בגזירת העם ההוא ובין בידי מרצחים, הם שולחים שליחים לחקור ולדרוש את הדבר. וכשאינן מסגירים לידם את הורגי-הנפש לא ישקטו ולא ינחו עד שלא יקראו למלחמה."

13 שם, בעמ' 185.

14 באוטופיה נקבעו דינים מעטים בלבד, שכן "האוטופאים סבורים, שאין זו מידת יושר כל עיקר, שיהא אדם כפוף למרותם של דינים מרובים לאין ספור, שאי אפשר לו לדרוש בהם ולדעתם, או של דינים סתומים ונסתרים מבינתו, שאי אפשר לו לירד לסוף דעתם". שם, בעמ' 181.

15 לחשיבות העליונה של ההקפדה על מספר מרבי של אנשים בכל עיר באוטופיה ראו ישי בלנק "טכנולוגיה וגבולות האנושי: גבולות מקומיים וטכנולוגיה" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 123, 143 (משפט, חברה ותרבות, שי לביא עורך, 2003).

16 מרוס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 138.

17 שם.

הייחודי של מספר התושבים בערי המדינה), מוכרת כמאפיין של חברה אוטופית ככלל.¹⁸ לענייננו חשובה בעיקר העובדה שאוטופיה של מור הייתה מדינה מוקפת אויבים בפועל ואויבים בכוח. המדינה נלחמת על קיומה ועל יכולתה לנהל חיי קהילה, ומְשטרת בחומרה את מספר תושביה באמצעות חובות הגירה שונות. דיני ההגירה של אוטופיה מבוססים אך ורק על צורכי הכלל, ואין בהם כל רגישות לצרכים או למאויים של יחידים, לא כל שכן התחשבות זו או אחרת בזכויות האדם.

לא זו בלבד שקשה מאוד להשוות למשטר האוטופי את פסק דינו של הנשיא אהרן ברק, שפסל בפרשת **עדאלה** חוק הגירה עקב פגיעתו היתרה בזכויות האדם, קשה להשוות לאוטופיה גם את פסיקתו בענייני הגירה של השופט חשין, אשר רגישה אף היא לזכויות האדם.¹⁹

פרק ב: "אוטופיה" של השופט מישאל חשין

7. מחלומו של השופט חשין בפתח פסק דינו בפרשת **עדאלה**²⁰ משתמע כי למדינת אוטופיה אין אויבים המאיימים על קיומה או על חיי תושביה. כדברי השופט חשין במקום אחר בפסק הדין, "ישראל אינה אוטופיה. ישראל מצויה בעימות מזוין קשה אל-מול הפלסטינים".²¹ מכאן שאוטופיה אינה נזקקת לנורמות משפטיות המתייחסות למצבים של איום על המדינה או לעימותים בינה לבין מדינות או רשויות שכנות או תושביהן. הנחה זו עומדת ביסוד טענתו של השופט חשין – מפיו של תומס מור שבחלומו ובשמו שלו – בדבר אי-ההלימה בין דיני אוטופיה לבין דינייה של מדינת

18 גיימס דייוויס עומד על מאפיין זה של האוטופיה כחברה סגורה ששלמותה ומושלמותה (perfection) נובעות מהטוטליות שלה. ראו J.C. DAVIS, UTOPIA AND THE IDEAL SOCIETY: A STUDY OF ENGLISH UTOPIAN WRITING 1516-1700 (1981). לדיון ב"אידיאליות" כמאפיין של האוטופיה ראו להלן פרק ג.

19 כזו הייתה, למשל, פסיקתו של השופט חשין בבג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, פס' 73 (1999): "מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עמו משפחה בישראל. ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בין-לאומיות... והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-אז-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל – הכירה ומכירה היא – בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות – בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור – בזכותם של בני משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה." להצעה ליישובה של אי-ההתאמה בין ההסתייעות של האוטופיה של תומס מור באמצעי לחימה ומשפט כדי להגן על גבולותיה לבין הצגתה על ידי השופט חשין ככזו שאינה ניתנת ליישום במדינת ישראל, הנלחמת על קיומה, ראו להלן פרק ב.

20 ראו הציטוט לעיל ליד ה"ש 3 מתוך פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 2.

21 שם, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

ישראל, אשר לעת הזו נלחמת על קיומה מול אויביה "ויעבור זמן רב עד ש... תגיע למדרגת אוטופיה"²².

8. והנה, מבין כלל הדגמים האוטופיים האפשריים בחר השופט חשין להזכיר דווקא את דגם האוטופיה של מור, שמצב המלחמה מתואר בו כאינהרנטי לקיום מדיני שגרת, ואשר ההגנה על המדינה מפני אויביה מתבטאת בה, בין היתר, בדיני הגירה שמטרתם למנוע חדירה אפשרית של אויבים.

אי-ההלימה בין דבריו של השופט חשין לבין תוכנו של הדגם האוטופי של מור מצביעה על כך שהשופט חשין נדרש לאוטופיה של מור לא כמקור משפטי-פרשני, אלא כמעין איור פתיח (vignette), המעטר את עמדתו של חשין שבתנאיה של מדינת ישראל אי-אפשר להחיל דינים המגלמים צדק אידיאלי. צדק אידיאלי בהקשר זה הוא צדק מוחלט, שאותו ניתן להחיל רק בחברה נעדרת קונפליקטים כלשהם, ובמובן זה הוא צדק אוטופי.

בכך נקט השופט חשין מהלך דואלי. מצד אחד, הוא ביסס את חלומו על יצירה אוטופית ספציפית, אשר תוכנה משקף באופן ישיר את הכרעתו בפרשת **עדאלה** נגד התרת כניסתם לתחומי מדינת ישראל של אנשים העלולים לפגוע בבטחונה.²³ במילים אחרות, הוא הגשים בפסיקתו את הדגם האוטופי הספציפי על פי מור. מצד שני, באזכור של יצירה המהווה דגם מופתי לסוגה האוטופית, נסמך השופט חשין על המשמעות הרחבה יותר של המילה "אוטופיה", המסמנת רעיונות בלתי מעשיים, המבטאים אידיאל אך אינם תואמים את אילוצי המציאות. השופט חשין מתייג את פסיקתו של הנשיא ברק כמבטאת צדק אוטופי, שאינו ניתן להגשמה במציאות ישראלית קונקרטי, אך בעת ובעונה אחת דווקא הכרעתו של השופט חשין, לאחר שסטה מדרכו של הנשיא ברק, היא שמבטאת צדק אוטופי על פי הדגם של מור.

מהלך זה מצריך להידרש לשאלה עקרונית: האומנם מחשבה אוטופית עוסקת תמיד בהווה אידיאלית, נטולת אילוצים ואפילו בלתי אפשרית? לכך נפנה בפרק הבא.

פרק ג: אוטופיה ואוטופייניזם

9. אוטופיה, לפי התפיסה הרווחת המשתקפת גם בחלומו של השופט חשין, היא סדר חברתי אידיאלי מקיף, אשר אינו קיים במציאות ואף אינו יכול להתקיים בה.²⁴ אולם

22 שם, בפתח פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

23 שם, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

24 אכן, השופט חשין בחר לייחס לתומס מור הבדיוני את המשפט: "המילה 'אוטופיה' היא בלשון היוונית, ותרגומה לעברית הוא: 'שום מקום'". שם, בפתח פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

השיח האוטופי כולל מגוון גדול של וריאציות, וביניהן גם מודלים אוטופיים המתקיימים במציאות או כאלה שניתן לכוננם. אוטופיסטים מציגים דגמים מקיפים של סדרים חברתיים אידיאליים (ובמשתמע גם סדרים גרועים שבגרועים).²⁵ תיאורים ולימודים אוטופיים מכונים יחדיו "אוטופייניזם".

בפרק זה נבהיר מהם לימודים אוטופיים ומהם הקשרי השיח שבהם האוטופייניזם נדון ככלל, נדון בשלושה מאפיינים מרכזיים המזוהים עם אוטופיות ובמידה שבה הם מתבטאים בסוגים שונים של דגמים אוטופיים, ונעמוד על מאפיין האידיאליות המשותף לכל סוגי האוטופיות.

10. לימודים אוטופיים אינם דיסציפלינה מובחנת ומובנית באופן שלם. המחקרים בנושא אוטופיה הם בין-תחומיים, ומשלבים תחומים דוגמת ספרות, מדע המדינה, פילוסופיה או משפט. לכן כל מחקר כזה מושפע מתבניות השיח המקובלות בתחום "הלא-אוטופי" שאליו הוא קשור, ועד כה לא התפתחו תבניות שיח אוטופיות עצמאיות רבות.

עם זאת, קיימים שני תחומים מרכזיים שבהם אפשר להבחין בלימודים אוטופיים: ראשית, תיאור ופרשנות של אוטופיות מוצעות נתונות, לרבות אוטופיות אשר מוסקות או משתמעות מטקסטים שביסודם אינם אוטופיות, כגון רומנים או סיפורים שכוללים תמה אוטופית עקיפה, משתמעת או משנית; שנית, תיאוריה של אוטופיה, שהיא הכללה, בעלת מימד של הפשטה, העוסקת, בין היתר, באיתור יסודות המאפיינים אוטופיות, בתיאורם ובניתוחם, באמות מידה לאפיון טקסטים כאוטופיות ובסיווג אוטופיות. בפועל מחקרים רבים בתחום האוטופיה משלבים שיח בשני התחומים.

11. שאלת מפתח בתחום השני, של תיאוריה אוטופית, נוגעת במהות של אוטופיה. המילה "אוטופיה" מתייחסת במקורה לתיאור של חברה או מצב דברים אשר שונים מאלה הקיימים, ולא דווקא טובים מהם. המילה שיוחדה לאוטופיה חיובית היא eutopia.²⁶ תומס מור היה הראשון שהשתמש במילה "אוטופיה" כמסמנת הן מקום שאינו בנמצא ("שום מקום") והן מקום אידיאלי.²⁷ דוד גורביץ' ודן ערב מגדירים את המושג "אוטופיה" כך:

25 כל אוטופיה עוסקת אומנם בסדר חברתי רצוי, אך מתוך כל אוטופיה משתמעת דיסטופיה. כלומר, בתיאור סדר חברתי אידיאלי נרמז סדר חברתי גרוע שבגרועים, שהוא הפוך מן הסדר האידיאלי. ראו, למשל, Shulamit Almog, *Dystopian Narratives and Legal Imagination: Tales of Noir Cities and Dark Law*, in *LAW AND THE UTOPIAN IMAGINATION* 155 (Austin Sarat, Lawrence Douglas & Martha Merrill Umphrey eds., 2014).

26 ראו Claey's & Sargent, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1. אוטופיה במובנה החיובי (eutopia) שונה מהמילה "אוטופיה" שמשמעותה ביוונית "לא-מקום" או "שום מקום" (outopia או utopia).

27 ראו J.A. CUDDON, *A DICTIONARY OF LITERARY TERMS AND LITERARY THEORY* 750 (rev. by M.A.R. Habib, 5th ed. 2013).

"[אוטופיה היא] תוכנית לחברה אידאלית שאינה קיימת במציאות. מודל חשיבה המכוון אל הטוב התועלתית או המוסרי. אוטופיה היא אתר א־היסטורי, שאינו בנמצא (או־טופיה, ביוונית: 'שום מקום'), מקום ששורר בו סדר אידאלי, שאינו ניתן להגשמה בתנאי החברה הרגילים; סדר יחידאי, מוחלט וגואל, פרי הדמיון והמחשבה החופשית, המכוון ליצירתה של הרמוניה מושלמת."²⁸

אולם לדעתנו, מבין היסודות הנתפסים באופן טיפוסי כמכוננים אוטופיה, היסוד המצוי תמיד, שהוא גם היסוד ההכרחי היחיד, הוא האידיאליות של הסדר החברתי המתואר. אידיאליות עשויה להיות מוצהרת על ידי האוטופיסטים, ובכך לבטא את תפיסתם. עם זאת, כוונה להצגת סדר אידיאלי עשויה להיות מיוחסת לאוטופיסטים גם מבלי שתוצהר על ידיהם בטקסט האוטופי או מחוץ לו. כך, מוטיבים אוטופיים של סדר חברתי אידיאלי כוללים לרוב תיאורים של העדר מחסור והעדר קונפליקטים כלשהם בקרב בני האדם ובינם לבין הטבע והאלים.²⁹

28 דוד גורביץ' ודן ערב **אנציקלופדיה של הרעיונות – תרבות, מחשבה, תקשורת** 44 (2012). עם זאת, אף שגורביץ' וערב מציינים אי־קיום במציאות כרכיב של אוטופיה, הם אינם מונים אותו בין המרכיבים החוזרים בתבנית האוטופית. בלשונם, "התבנית האוטופית חוזרת על עצמה בווריאציות שונות והיא כוללת בתוכה שלושה מרכיבים: [1] דחיית המציאות הקיימת הנתפסת כפגומה ודכאנית. [2] האמונה באפשרות תיקון עולם: תיקון שלם הנותן מענה כולל לחוליים חברתיים ואישיים. [3] החתירה לחיים אידאליים שיספקו אושר לכול". שם, בעמ' 45. הגדרה שונה של המושג "אוטופיה", שאינה כוללת רכיב ערכי, מציע מישל פוקו. לדבריו, "אוטופיות הן מיקומים שאין להם מקום ממשי. אלה מיקומים המקיימים יחס כללי של אנלוגיה ישירה או מהופכת עם המרחב הממשי של החברה. זו החברה עצמה בצורתה המושלמת או שזה ההיפוך של החברה, אבל בכל אופן, אוטופיות אלה הן מרחבים שבמהותם ובעיקרם הם לא־ממשיים". ראו מישל פוקו "על מרחבים אחרים" **הטרטופיה – על מרחבים אחרים** 7, 13–14 (מהדורה מחודשת, אריאלה אזולאי מתרגמת, 2010). גם על פי הגדרה זו, האוטופיה היא מרחב אידיאלי, אך לא במובן של "הטוב ביותר", אלא כביטוי לרעיון של אולטימטיביות. אולם פוקו מציין כי "עם זאת, ישנם בכל תרבות, בכל ציוויליזציה, גם מקומות ממשיים, מקומות אפקטיביים, מקומות שרישומם ניכר בייסוד של החברה עצמה, והם סוג של מיקומי־נגד, סוג של אוטופיות שמומשו הלכה למעשה, ואשר בהן המיקומים הממשיים – כל יתר המיקומים הממשיים שניתן לפגוש בלב התרבות – מיוצגים, מעורערים ומהופכים". שם, בעמ' 14. לפי גישה אחרת, אוטופיה היא מושג מסוים יותר, ולא כל חברה אידיאלית היא אוטופיה. ראו Miguel Angel Ramiro Avilés, *The Law-Based Utopia*, 3 CRITICAL REV. INT'L. SOC. & POL. PHIL. 225 (2000). ראו גם את המשמעות הטיפולוגית למושג "אידיאלי" במשנתו של מקס ובר, שלפיה המושג מתייחס לתופעה במובנה המופשט, החף מאי־התאמות הקיימות במופעיה במציאות. ראו Max Weber, "Objectivity" in *Social Science and Social Policy*, in THE METHODOLOGY OF THE SOCIAL SCIENCES 50, 89–91 (Edward A. Shils & Henry A. Finch trans. & eds., 1949).

29 קלייו וסרג'נט, למשל, מבחינים בין שני דגמים מרכזיים של סדר חברתי מושלם וחיובי מסוג זה: האחד הוא תוצר של שפע המוענק לבני האדם כמתנה מן הטבע או מהאלים, והאחר מאופיין ביכולת של בני האדם להגיע לסדר חברתי מושלם או לייצר סדר חברתי כזה. ראו Claeys & Sargent, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2–3.

לעומת זאת, שני יסודות נוספים שנדרשים לאוטופיה על פי התדמית המקובלת אינם חיוניים בה למעשה. האחד הוא, כאמור, אי־קיום. לפי הבנה רווחת, אוטופיה היא מצב דברים שאינו קיים במציאות. היסוד האחר הוא אי־היתכנות. מקובל שסדר הדברים באוטופיה לא רק אינו קיים, אלא אי־אפשר שיתקיים. אי־היתכנות זו "משריינת" את יסוד אי־הקיום.

נדון עתה בשני היסודות הנוספים האלה שמקובל לייחס לאוטופיה, וננסה להראות כי למעשה אין הם חיוניים למחשבה אוטופית.

12. אי־קיום אינו מאפיין הכרחי של אוטופיה. אוטופיסטים בודקים תמיד את המתח בין הרצוי למצוי, אך אינם מחויבים למצוא דיסוננס בין השניים. שיח אוטופי עשוי לזהות סדר שהיה קיים בעבר לא רחוק או סדר שניתן להגיע אליו בקלות יחסית כסדר מושלם.

טלו, למשל, את הביקורת הפרימיטיביסטית על הציוויליזציה. במוקד ביקורת זו מצויה הטענה כי השיח של התרבות המערבית על אודות חברות פרימיטיביות מציג אותן באור אוטופי.³⁰ לפי תפיסה זו, הציוויליזציה והטכנולוגיות המאפשרות את קיום החברה האנושית מרחיקות אותה מקיום מיטבי ומוסרי. התעשייה המודרנית נתפסת כמקור לחולי הציוויליזציה, וחברות חקלאיות טרום־ציוויליזציוניות משמשות דגם לקיום חברתי אוטופי, שהיה קיים בעבר וקיים גם כיום בחברות שהציוויליזציה לא הגיעה אליהן.³¹ לפי התפיסה הפרימיטיביסטית, בקהילות כאלה לא נוצרו מבני כוח מדכאים, ולכן שוררים בהן שוויון, יחסי רעות ועזרה הדדית. האידיאליזציה האוטופיסטית משתקפת ביצירות אומנות חזותית, כגון יצירותיהם של גוגן ופיקסו. היא משתקפת גם ביצירות ספרות שבהן מופיע דימוי "הפרא האציל". לדוגמה, הסופר אלדוס הקסלי העמיד מול ציוויליזציה טכנולוגית משחיתה ומשעבדת חלופה של קיום טבעי, המיוצגת על ידי דמותו של "ג'ון הפרא", הנרדף על ידי החברה הטכנולוגית.³² דוגמה מן הספרות העברית להלך רוח פרימיטיביסטי אפשר להביא מיצירתו של ש"י עגנון **עיר ומלואה**.³³ הסיפור הפותח את היצירה, "בוטשאטש",³⁴ מתאר קבוצת יהודים שנקלעו, בדרכם אל ארץ ישראל, ל"יערות שאין להם סוף ועופות וחיות ובהמות".³⁵ מאחר שראש השנה

30 ראו אלעזר ברקן **פרימיטיביזם – אידאולוגיה ותשוקה בתרבות המודרנית** 12 (2001). ברקן מתאר מגוון של מקורות אנתרופולוגיים, אומנותיים וספרותיים, ששימשו רקע לתיאוריות הפרימיטיביסטיות.

31 לפירוט תפיסה הרואה מודל של אוטופיה פרימיטיביסטית כביטוי לדחייה של כבלי הציוויליזציה, תוך הפניה לכתיבתו של מלוויל, ראו Gorman Beauchamp, *Melville and the Tradition of Primitive Utopia*, 33 J. GEN. EDUC. 6 (1981).

32 אלדוס הקסלי **עולם חדש מופלא** 185 (מאיר ויזלטר מתרגם, 1985). לפירוט רעיונותיו האוטופיים של הקסלי ראו מיכאל קרן **ספרות פוליטית במאה העשרים** 34–41 (1999).

33 ש"י עגנון **עיר ומלואה** (1973).

34 שם, בעמ' 9.

35 שם.

התקרב, חנתה הקבוצה ביער. חבריה בנו להם צריפי עץ, חפרו לעצמם נעליים מקליפות עצים, וחשו מוגנים גם ממזג האוויר הקשה ומחיות היער. את ימיהם העבירו "בשמחה ובטוב לב",³⁶ בתפילה ובמלאכה. "קהילת בראשית"³⁷ זו מתוארת כהומוגנית: חבריה דומים זה לזה באורח חייהם ובנטיות ליבם; קניין אינו קיים בה; האינטרסים והרצונות הפרטיים של כל יחידה ויחיד מתוארים כמתלכדים עם אלה הקהילתיים; והחובות הקהילתיות מתמלאות בשיתוף פעולה מלא בין כל חברי הקהילה ובשוויון. אך משהקהילה עוברת אל העיר, וככל שהיא מתרחקת מהקיום ה"פרימיטיבי", ההרמוניה הקהילתית הולכת ומשתבשת. עם צבירת הקניין האישי, ההכפפות למוסדות הקהילתיים והמדינתיים וכל האילווצים הנוספים הכרוכים בקיום ציוויליזציוני, עולים אל פני השטח מתחים בין יחידים לבין הכלל, מתחילים להיווצר מקרים קשים של אי-שוויון וחוסר סובלנות, ותקופת הבראשית האוטופית נהפכת לדגם בלתי מושג.³⁸ בדוגמה זו, כמו במקרים רבים אחרים, אפשר שהקיום ה"טבעי" מוצג תוך רידוד הסתירות הפנימיות הקיימות בו והצגתו כהומוגני ושלם. אך גם אם קשירת הכתרים לקיום כזה משקפת לעיתים את דמיונם של הכותבים, ולא את מציאות חייהם של אלה המשמשים מודל אוטופי,³⁹ חברות כאלה קיימות באופן בלתי תלוי בצופים המתארים אותן. דוגמה נוספת להצגה של סדר קיים כאוטופיה היא ספרות מעין-אנתרופולוגית מסוימת הדנה בבעלי חיים. כך, מוריס מטרלינק, בספרו הקלסי **חיי הדבורים**,⁴⁰ מציג את חברת הדבורים כאוטופיה. וכך הוא כותב:

"זהו עם קטן ונחוש-החלטה, גם עמוק כל-כך, הניזון על חום ואור, ועל הטהור מכל אשר בטבע – נפש הפרחים, כלומר חיוכו המובהק ביותר של החומר, ומאמצו הנוגע-ללב ביותר אלי אושר ויופי..."⁴¹

36 שם.

37 ראו שולמית אלמוג **עיר, משפט, סיפור** 115 (2002).38 לפירוט המהלך **בעיר ומלואה** ראו אלמוג, שם, בעמ' 43–51. תפיסת היער כמייצג קיום מוקדם אוטופי המנוגד לקיום הדיסטופי, שאותו מייצגת העיר, היא תמה חוזרת אצל עגנון. ראו, לדוגמה, את התיאור בסיפורו "ביער ובעיר": "זה היער שנטע לו הקדוש ברוך הוא עד שלא נבנתה העיר, שמשעבדת את הגוף ומענה את הלב." ראו ש"י עגנון **אלו ואלו** רסו, רע (1969).

39 ראו בהקשר זה ברקן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 51–54.

40 מוריס מטרלינק **חיי הדבורים** (ח' אברבאיה מתרגם, 1967). השוו לדין בחברת הדבורים האוטופית המופיעה כהנגדה בדיון הדיסטופי של הובס. ראו תומס הובס **לוינתן** 163–165 (יוסף אור מתרגם, 2008).41 מטרלינק, שם, בעמ' 24. דוגמה דומה נוספת היא התבוננות גיבוריה של א"ס בייאט על עיר הנמלים האדומות. ראו א"ס בייאט **מלאכים וחרקים** 142–143 (אלינוער ברגר מתרגמת, 1996): "הסקרן כה משתהה בראותו כרך שחור של נמלים ביער, סמוך לגזע-עץ מרקיב! תוקף אותו הרהור מטריד, והוא מביט כבער: דומה כי יש תכנית פה וממשל, יש שנוגשות באחרות, ואלה גוררות משא-קנים, ואם כשל כוחן של נמלה או שתיים, ראה זה פלא, נחיל נקהל סביבן עד-מהרה, אץ להושיט לאחיותיו

מטרלינק סובר שחיי הדבורים עשויים לשמש מופת לבני האדם:

"שעה שמנסים אנו לתת את הדעת על חכמת הדבורים, נמצאים אנו, בסופו של דבר, חוקרים את היסוד יקר-המציאות ביותר שבמהותנו... הסגולה הנהדרת להביא לידי גלגול דמותם של צרכינו העוורים, לארגן, ליפות ולהכביר את החיים..."⁴²

דוגמה נוספת לסדר שקיים במציאות ואשר נתפס כאוטופי היא אוטופיות המבוססות על תפיסות דתיות, הכוללות מוטיבים הלקוחים ממציאות ממשית. כך, למשל, בחזון האוטופי המקראי של אחרית הימים:

"וְהָיָה בְּאַחֲרֵית הַיָּמִים יְהִיָה הַר בְּיַת יְהוָה נִכּוֹן בְּרֹאשׁ הַהָרִים וְנִשָּׂא הוּא מִגְבְּעוֹת וְנִהְרָוּ עָלָיו עַמִּים. וְהָלְכוּ גוֹיִם רַבִּים וְאָמְרוּ לָכוּ וְנַעֲלֶה אֵל הַר יְהוָה וְאֵל בֵּית אֱלֹהֵי יַעֲקֹב וְיִזְרְנוּ מִדְּרָכָיו וְנִלְכֶה בְּאַרְחֻתָיו... וְשֹׁפֵט בֵּין עַמִּים רַבִּים... וְכִתְּתוּ חֲרֻבְתֵיהֶם לְאַתִּים וְחֲנִיתֵיהֶם לְמִזְמְרוֹת – לֹא יִשְׂאוּ גוֹי אֵל גוֹי חָרֵב וְלֹא יִלְמְדוּן עוֹד מִלְחָמָה. וְיָשְׁבוּ אִישׁ תַּחַת גִּפְנוֹ וְתַחַת תְּאֲנָתוֹ וְאֵין מִתְרִיד, כִּי פִי יְהוָה צְבָאוֹת דָּבַר. כִּי כָּל הָעַמִּים יֵלְכוּ אִישׁ בְּשֵׁם אֱלֹהָיו..."⁴³

לפי החזון המקראי הזה, לצד השלום, האחדות והנכונות של כל העמים ללכת באורחותיו ואלוהי יעקב, קיימים עדיין משפט, קניין פרטי ("וישבו איש תחת גפנו ותחת תאנתו") ואף תות שונות ("ילכו איש בשם אלוהיו"). מוטיבים אלו מייצגים קשר מהותי בין העולם האוטופי העתידי לבין העולם המוכר העכשווי. שני העולמות הללו "עולם אחד הם בשורשם, וסופם שייעשו לאחד ממש"⁴⁴.

13. גם המאפיין השני המיוחס כאמור לאוטופיה, של סדר חברתי שאינו יכול להתקיים, אינו מאפיין הכרחי. לצד אוטופיות על-טבעיות קיימות גם אוטופיות ארציות, בין אם קיימת אפשרות סבירה להתממשותן ובין אם לאו. באשר לאוטופיות על-טבעיות, אכן מרכיב הכרחי בהן הוא אי-היתכנות. באוטופיה מסוג זה כלול יסוד אחד לפחות שהוא בלתי אפשרי, בהיותו סותר את חוקי הטבע, כגון אוטופיה שאחד ממרכיביה הוא שפע אינסופי או יצירת יש מאין.⁴⁵

עזרה. ברור שהן דוברות בקול דממה דקה שפה שאין שומעים. מדרכיהן ברור שגם מלכים להן וגם חוקה, והן שרידים משובשים מימי פיות."

42 מטרלינק, שם, בעמ' 56.

43 מיכה ד 1-5.

44 דברי חנוך מאלכסנדר אצל מרטין בובר **אור הגנוז** 466 (1946). כן ראו שולמית אלמוג **משפט וספרות** 194-195 (2000).

45 ראו Claeys & Sargent, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2, המכנים אוטופיות כאלה "אוטופיות של סיפוק חושים" (utopias of sensual gratification). לטענתה של חנה ארנרט, תפיסה אוטופית אמיתית

דוגמה לאוטופיה על-טבעית יש ב"מטמורפוזות" של אובידיוס, ששורשיה נעוצים במיתולוגיה היוונית. בחלק שכותרתו "דור הזהב" נכתב כך:

"אם-אדמה לא מנעה תנוכתה – ותדבנה בשפע,
שן-מחרשת ואת לא נגעו לרעה במעיה.
ששו מתים ליכולה שנתן לידיהם ללא יגע,
וילקטו גרגרים, תותי-בר בהרים ויאכלו,
ויקטפו פרי-אטד בין שיחי השדה וישבעו,
או בלוטי האלון, שליופיטר, מלך רקיע.
אף באביב-עולמים זפירים ענגים משמים
חרש לטפו את הפרח שצץ מאליו ללא זרע.
לא נחרשה אדמה, לא עבדה – ושדותיה הזהיבו:
שחו משפע ברכה שבלים ותקדנה לארץ.
נקטר נשאו נהרות וזרם החלב ממבוע,
נפת-צופים מאלון – אילנות את דבשם העניקו."⁴⁶

האוטופיה המתוארת בקטע זה כוללת יסודות שלא ייתכנו לפי חוקי הטבע – שפע הקיים מאליו, הפקת צורכי הקיום האנושי ללא עמל או כאב. התופעות המתוארות אינן היקרויות שהסתברות התממשותן נמוכה, אלא הן אינן אפשריות כלל. כאלה הם, בין היתר, אביב נצחי ונהרות חלב, דבש ונקטר.

לעומת זאת, באוטופיות ארציות אין כל רכיב הסותר את חוקי הטבע. גם כאשר אין הסתברות ממשית להתגשמות של אוטופיות כאלה, התגשמותן אינה בלתי אפשרית מבחינה אפיסטמולוגית. מסורת זו של שיח אוטופי יוצאת מתוך הנחה שכל הרכיבים הרלוונטיים לכינון אוטופיה כפופים לשליטה אנושית. ההוויה האוטופית עשויה להיות מושגת באמצעות קדמה מדעית או טכנולוגית, בדרך חוזית המבוססת על אמנה חברתית, או במסגרת משטר אבסולוטיסטי שמקור הסמכות שלו הוא שליט נאור או האל.⁴⁷ לפי

חייבת לכלול רכיב של חיי נצח. לדוגמה, אפילו ברעיונותיו של קרל מרקס בדבר שחרור מוחלט מעבודה לא היו יסודות אוטופיים אמיתיים, לדעת ארנדט, שכן רעיונות אלו חסרו את רכיב הקיום הנצחי. ראו HANNAH ARENDT, *THE HUMAN CONDITION* 130–131 (2nd ed. 1998).

⁴⁶ אובידיוס **מטמורפוזות** 35 (שלמה דיקמן מתרגם, 1965). והשוו לתיאור עגנוני נוסף של אוטופיה קדומה: "ועדיין היתה הארץ ארוכה ורחבה וגדולה פי כמה מרובה משהיא עכשיו... וצאן ובקר וחזירים היו צצים כל יום מן האדמה ככמהין ופטירות. וכל פרה היתה נותנת אלף מדות חלב מיד ליציאתה לעולם. ואדם נוטל פרות וחזירים כמה שרוצה. רוצה בעשרה, נוטל עשרה, במאה נוטל מאה, באלף נוטל אלף." עגנון **אלו ואלו**, לעיל ה"ש 38, בעמ' רעב.

⁴⁷ תפיסה ליברלית עשויה לכפור באפשרות לקיים אוטופיה שלא הוקמה על פי הרצון של חברי הקהילה או לפחות בהסכמתם, שכן משטר סמכותני כזה עשוי להתפרש כפוגע מעצם מהותו בכבוד האדם. לעיקרון הליברלי שלפיו כל שלטון שואב את הלגיטימיות שלו מהסכמת נתיניו ראו Jeremy Waldron, *Theoretical Foundations of Liberalism*, 37 PHIL. Q. 127 (1987).

זרם זה, פיזיקה, כימיה וביולוגיה אינן מכשול בדרך לאוטופיה, אלא נתונים במציאות אוטופית.

14. בעוד אוטופיה ארצית לא מסתברת אינה סותרת את חוקי הטבע אך אפשרות היקרותה היא אפשרית, אוטופיה ארצית ישימה מציגה מתווה התרחשויות מציאותי, גם אם קשה למימוש.

דוגמה לאוטופיה ארצית אך לא מסתברת היא "גן עדן בהישג יד" (*Paradise Within*) "של ג'ון אצלר: (*the Reach of All Men*)"

"I promise to show the means for creating a paradise within ten years, where every thing desirable for human life may be had for every man in superabundance, without labor, without pay... where man may live in the most magnificent palaces, in all imaginable refinements of luxury, in the most delightful gardens... he may level mountains, sink valleys, create lakes, drain lakes and swamps, intersect every-where the land with beautiful canals, with roads for transporting heavy loads of many thousand tuns and for travelling 1000 miles in 24 hours; he may cover the ocean with floating islands moveable in any desired direction with immense power and celerity, in perfect security and in all comforts and luxury, bearing gardens, palaces, with thousands of families, provided with rivulets of sweet water..."⁴⁸

"גן עדן עלי אדמות" זה של אצלר, למרות שמו והעובדה שאין בו כל רכיב שאינו יכול להתיישב עם חוקי הטבע, אינו ניתן למעשה לכינון. נראה שהאיכות המתעתעת של הטקסט נובעת במידה רבה מן המתח בין בטחונו המופגן מדי של הכותב בזמינות חזונו לבין אופיו הבלתי-מעשי לחלוטין של החזון הזה, המזמין את הקוראים לקריאה מחדש שלו – אולי כמבע אירוני.

לעומת זאת, מחשבה על אוטופיה ארצית ישימה ניתן למצוא אצל מיגל רמירו אבילדו,⁴⁹ המתאר אוטופיה כדגם של חברה אידיאלית שמתקיימת בה מערכת חברתית משפטית ופוליטית מושלמת. לדבריו של רמירו אבילדו, בחברה כזו המשפט הוא הכלי התקף לייצור הטרנספורמציה החברתית הרצויה ממצב של הווה בלתי מושלם לעבר המצב האוטופי.⁵⁰

J.A. ETZLER, THE PARADISE WITHIN THE REACH OF ALL MEN, WITHOUT LABOR, BY 48
POWERS OF NATURE AND MACHINERY 1-2 (1833)

Ramiro Avilés, לעיל ה"ש 28. 49

ראו שם, בעמ' 225-226. 50

באופן דומה, לפי ג'יימס דייוויס,⁵¹ האמצעים המשמשים את האוטופיה בשאיפתה ליצירת חברה הרמונית הם אמצעים משפטיים, מוסדיים ובירוקרטיים.⁵² דייוויס מבהיר כי ניתן לדמיין סדר חברתי אידיאלי במובנו החיובי לא רק כשאיפה אסקפיסטית או כשיקוף סטירי של המציאות, אלא גם כתוכנית פעולה המספקת מודל של התחליף הרצוי למצב הקיים.⁵³ דוגמה טובה לאוטופיה ישימה היא ה"רפובליקה" של אפלטון. הנה קטע טיפוסי מתיאור אוטופי זה:

"מדינה – מתהווה... כיוון שכל אחד מאתנו אינו דיו לעצמו, והוא זקוק לרבים זולתו... אחד, אפוא, מסתייע בחברו, בזה לצורך זה ובוזה לזה, וכך, בשל ריבוי הצרכים, הרי הם מכנסים שותפים ועוזרים רבים לישוב אחד, ולישוב זה שבצוותא קראנו בשם 'מדינה'... והלא הראשון והגדול שבצרכים הוא התקנת המזון, כדי להיות ולחיות... והשני במעלה – התקנתה של דירה; והשלישי – של לבוש וכיוצא בזה... כיצד יהיה בה במדינה כדי להתקין מספר זה של צרכים? הרי אחד יהיה איכר, שני – בנאי, ושלישי – אורג? או שמא נוסיף עליהם גם סנדלר, או מי שהוא אחר מהעוסקים בצורכי הגוף?"⁵⁴

התרחיש המתואר לא זו בלבד שאינו סותר את חוקי הטבע, אלא שהוא כולל מעין מתכון מפורט לסדר חברתי אידיאלי, הניתן לכאורה למימוש. כזו היא גם כתיבתו הליברטריאנית רבת ההשפעה של רוברט נוזיק על התיאוריה והפרקטיקה המשפטיות, שבמסגרתה הוא מציג את עקרונות המדינה המינימלית מכבטאים שלד של אוטופיה ("a framework for utopia").⁵⁵ גם האוטופיה הקלסית של אבי המילה "אוטופיה" תומס מור,⁵⁶ שהצגנו לעיל,⁵⁷ מתארת במידה רבה משטר שהוא בר מימוש לכאורה.

15. ההבחנות בין אוטופיות על-טבעיות לאוטופיות ארציות, וכן בין אוטופיות לא מסתברות לאוטופיות ישימות, אינן חדות, והגבולות בין סוגי האוטופיה השונים אינם בלתי עבירים.

ראשית, באותו תרחיש אוטופי עצמו עשויים להיכלל יסודות שניתן לשייך לסוגי אוטופיה שונים. למעשה, גם אוטופיה על-טבעית, כדי שתהיה לה משמעות, צריכה לכלול, לצד יסודות ניסיים, גם יסודות שאובים מן ההווה הקיימת – הפיזית,

51 DAVIS, לעיל ה"ש 18.

52 ראו שם, בעמ' 371. ראו גם Almog, לעיל ה"ש 25.

53 DAVIS, לעיל ה"ש 18, בעמ' 14.

54 כתבי אפלטון כרך שני 216–217 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1997).

55 ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 26, 333 (1974).

56 ראו לעיל ה"ש 4.

57 ראו לעיל ס' 4–5 למאמר.

הביולוגית, האנושית, ולעיתים אף החברתית. כך, למשל, התיאור האוטופי המובהק של גן העדן בספר בראשית⁵⁸ משלב יסודות על-טבעיים עם סביבה פיזית ורגשית השאובה מן המוכר.⁵⁹

שנית, מידת האפשרות להיקרות מסוימת או מידת המציאותיות שלה אינן ברורות בכל המקרים. אכן, הדעת נותנת כי לגבי דברים רבים שאינם קיימים כיום איננו יודעים לפי שעה – ואולי איננו מסוגלים לדעת – אם יוכלו להתקיים. ייתכן שאנו עשויים לטעות ולסבור כי דבר מסוים לא ייתכן בעוד למעשה הוא ייתכן. בדומה לכך, אנו עשויים לסבור בטעות כי דבר שאינו קיים לפי שעה יכול שיתקיים בעוד למעשה הוא בלתי אפשרי.

שלישית, ייתכנו הערכות שונות, העשויות להשתנות בתקופות שונות, באשר לשאלה אם תרחיש מסוים הוא אפשרי ועד כמה היקרותו מציאותית. מכל מקום, במאמר זה איננו עוסקים ביחס שבין שאלות אונטולוגיות, המתמקדות בקיום, לשאלות אפיסטמולוגיות, המתמקדות בידיעה על קיום. אכן, סיווג אוטופיה כבלתי אפשרית או כאפשרית עשוי להיות שנוי במחלוקת או מוטעה, אך אין בכך כדי לשלול את עצם ההבחנה או את קיומם של כלים לעריכתה, חלקיים ובלתי מושלמים ככל שיהיו.

רביעית, ההבחנה בין שני הסוגים של אוטופיות ארציות אינה חדה ביסודה, אלא מדובר במקשת שבתוכה אפשר למקם את התרחישים האוטופיים לפי מידת היתכנותם. מקשת זו עשויה להשתרע מתרחיש מציאותי וקל ליישום עד לתרחיש שיישומו אינו אפשרי למעשה, גם אם אין ודאות שהוא סותר את חוקי הטבע.

16. המכנה המשותף המהותי לשיח אוטופי אינו אפוא תיאור סדר דברים בלתי קיים או שאינו עשוי להתקיים, אלא תיאור מצב דברים אידיאלי. טענתנו היא כי מכלול הסוגות של השיח המשפטי הנורמטיבי, במובן של עיסוק מושכל בשאלות של מדיניות משפטית רצויה, מהווה שיח אוטופי, שכן השיח המשפטי הנורמטיבי מצביע על סדר אידיאלי או רומז עליו. כדי להסביר טענה זו, נפנה בפרק הבא להצגת מאפיינים אחדים של שיח משפטי נורמטיבי, לסוגותיו השונות.

58 ראו, למשל, את הקטע הבא מתוך בראשית ב 8–10: "וַיִּשַׁע יְהוָה אֱלֹהִים גֵּן עֵדֶן מִקֶּדֶם וַיִּשֶׂם שֵׁם אֶת הָאֲדָם אֲשֶׁר יָצַר. וַיִּצְמַח יְהוָה אֱלֹהִים מִן הָאֲדָמָה כָּל עֵץ נִחְמָד לְמִרְאֵה וְטוֹב לְמַאֲכָל וְעֵץ הַחַיִּים בְּתוֹךְ הַגֵּן וְעֵץ הַדַּעַת טוֹב וְרָע. וַנְּהַר יֵצֵא מִעֵדֶן לְהַשְׁקוֹת אֶת הַגֵּן וַיִּמְשֵׁם יְפֹרֵד וְהָיָה לְאַרְבָּעָה נְאֻשִׁים."

59 "וַתֵּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֵאָוָה הוּא לְעֵינַיִם וְנִחְמָד הָעֵץ לְהַשְׁכִּיל, וַתִּקַּח מִפְּרִיו וַתֹּאכַל, וַתִּתֵּן גַּם לְאִישָׁהּ עִמָּה וַיֹּאכַל. וַתִּפְקְחֶנָּה עֵינֶיהָ וַיִּדְעוּ כִּי עִרְמָם הֵם, וַיִּתְּפוּרוּ עָלֶיהָ תֹּאנָה וַיַּעֲשׂוּ לָהֶם חֲגָרוֹת... וַיִּגְרֹשׁ אֶת הָאָדָם וַיִּשְׁפֹּן מִקֶּדֶם לְגֵן עֵדֶן אֶת הַכְּרָבִים וְאֶת הַטַּחַרְבַּיִם הַמְתַּהַפְּכִים לְשֹׁמֵר אֶת דֶּרֶךְ עֵץ הַחַיִּים." בראשית ג 6, 7, 24.

פרק ד: אוטופיה ומשפט

17. ההיבט האוטופי של המשפט עניינו, כמובן, באוטופיה ארצית שהתממשה מסתברת.⁶⁰ המשפטנים הנורמטיביים עוסקים במהותו של מצב דברים ראוי. בכך יש זיקה מובהקת בינם לבין אוטופיסטים. המשפט מכיל עקרונות וכללים המסדירים את היחסים בין בני אדם על בסיס חוקי הטבע הקיימים. כללים משפטיים, וממילא גם פסיקותיהם של שופטים והצעותיהם של חוקרי משפט, מופנים לבני אדם, ולא לכוחות הטבע (אם כי יש הסוברים, וביניהם השופט חשין, כי נורמות משפטיות מסוימות משקפות את הטבע עצמו).⁶¹

אך ניתן לטעון כי אוטופיה – גם זו המתוחמת בחוקי הטבע הקיימים – עוסקת בצירור של עולם כולל מושלם. לפי טענה אפשרית זו, גם אם כתיבה מסוימת (שכדרך כלל אינה של שופטים או של משפטנים אקדמיים) עונה על דרישה זו, בכך שיש בה יסוד מרכזי של תיאור סדר משפטי כולל מושלם,⁶² לא כך הדבר לגבי כתיבה משפטית טיפוסית העוסקת במשפט רצוי. האחרונה עוסקת בקטעים מוגבלים וקטועים של קיום, ולא במכלול, וממילא אין היא שיח אוטופי.

אולם, לדעתנו, כל כתיבה משפטית נורמטיבית היא במובנים חשובים אוטופיסטית, שכן בכל קטע – נקודתי וספציפי ככל שיהיה – טמון, כמו בתא חי, ייצוג שלם של מכלול. גם הצעה לתיקון של הסדר מעשי ממוקד ומצומצם לכאורה נובעת מתוך תפיסה

60 אומנם, קיים קשר בין גישות של משפט הטבע – שעל פיהן יש עקרונות וכללים משפטיים שתוקפם נובע ממוסר ומצדק מוחלטים, ולא מרצון של בני אדם – לבין אוטופיות על-טבעיות (ראו RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 35 (1986)), שכן הן הגישות המשפטיות האמורות והן האוטופיות העל-טבעיות הן בלתי פוזיטיביסטיות, בהיותן מושתתות על אידיאות שמקורן או הצדקתן אינם נובעים ממעשים או מרצונות אנושיים. משפט הטבע הוא סוג של אוטופיה על-טבעית במובן זה שהוא אינו נתפס כנוצר או כיכול להיווצר על ידי בני אדם. עם זאת, מבחינה אחרת גם תורות של משפט הטבע נמנות עם הגישות המשפטיות הנדונות במאמר זה, שיש להן זיקה לשיח אוטופי ארצי, שכן העקרונות והכללים של משפט הטבע פועלים בעולם שבו חוקי הטבע אינם שונים מאלה הקיימים. לעקרונות והכללים האלה לא הייתה יכולה להיות משמעות באוטופיה על-טבעית. ממילא, השלטת משפט הטבע יכולה להיות נתונה לשליטה אנושית.

61 ראו, למשל, את דבריו של השופט חשין בדנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 102 (1995): "משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש... קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה... משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא 'אינטרס' של הורים ל'זכות' על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם."

62 דוגמאות קלאסיות הן האוטופיה של תומס מור, לעיל ה"ש 4, אשר אחדים מרכיביה המשפטיים פורטו לעיל בס' 4–5 למאמר, וכן ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY, THE FEDERALIST PAPERS (Jacob E. Cooke ed., 1961). **הפרדליסט** תורגם לעברית – ראו אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון ג'יי **הפרדליסט** (אהרן אמיר מתרגם, 2001).

של קיום מושלם. גם הצעה לתיקון נקודתי היא סינקדוכה של מכלול אוטופי. משמעות הזיקה בין כתיבה משפטית נורמטיבית לאוטופיה היא שתובנות תיאורטיות ואולי אפילו מעשיות מתחום הלימודים האוטופיים, ואף גישות השוללות כל שאיפה לסדר אוטופי, עשויות להיות רלוונטיות למשפט. בדומה לכך, תובנות משפטיות עשויות להיות רלוונטיות ללימודים אוטופיים כלליים, ואף ללימודים אוטופיים שלכאורה אין להם זיקה לתחום המשפט.⁶³

18. הרלוונטיות של אוטופייניזם למשפט אינה נפגעת מעובדת ריבויין של אוטופיות ואפילו של תיאוריות אוטופיה ומתחרות. כשם שקיום תורות מוסר רבות, אשר לפי שעה אין הכרעה מוחלטת ביניהן, אינו שולל את הרלוונטיות של שיח מוסרי לשיח המשפטי, כך מגוון האוטופיות אינו שולל את הזיקה בין אוטופייניזם למשפט.

19. תיאוריה של אוטופיה, כביטוייה בלימודים אוטופיים תיאורטיים, מכלילה ומפשיטה תיאורים של סדרים רצויים. גם למשפט, לכללים משפטיים ולחקר המשפט יש זיקות שונות לתיאור של סדר רצוי. מהן זיקות אלו, ומהן, על רקען, הזיקות בין אוטופייניזם לבין משפט?

הזירות המשפטיות שאוטופייניזם עשוי להיות רלוונטי להן הן אלה העוסקות בסדרים רצויים ובלתי רצויים. בהקשר זה מתבקשת הבחנה בין שיח משפטי נורמטיבי לשיח משפטי פרשני. שיח משפטי נורמטיבי מתמקד ברצוי ובבלתי רצוי. הוא מציב תכליות, מציג דרכים משפטיות לחתירה אל השגתן, ובתוך כך עשוי להציג גם דרכים המשיגות את היפוך התכליות הרצויות או דרכים ללא מוצא. הוא עשוי לכלול תיאור של עקרונות וכללים משפטיים ראויים, וביקורת על עקרונות וכללים משפטיים שאינם ראויים.

לעומת זאת, שיח משפטי פרשני חותר, בין היתר, להצבעה על מובנם של עקרונות וכללים משפטיים. הוא מבקש לעסוק בחשיפת הקיים ובהנהרתו. זאת, הן על פי תיאוריות מוניסטיות, המניחות קיום פירוש נכון יחיד לכל מבע משפטי;⁶⁴ הן על פי תיאוריות פלורליסטיות, המניחות אפשרות של פירושים חלופיים אחדים;⁶⁵ והן על פי תיאוריות רלטיביסטיות (קרובות משפחה של הגישות הספקניות הקלסיות),⁶⁶ המטילות ספק בקיומו של "קיים" העשוי להוות נושא לחשיפה פרשנית.⁶⁷ מבחינה זו –

63 ראו Ramiro Avilés, לעיל ה"ש 28.

64 ראו RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 120 (1985).

65 ראו JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 200–202 (1979); H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 139 (1961).

66 כגון זו של דקרט. ראו ג'ון קוטינגהאם **דקארט – הפילוסופיה של הנפש** (דורי מנור מתרגם, 2001). יש להבחין בין ספקנות על בסיס אונטולוגי לבין ספקנות על בסיס אפיסטמולוגי. הבסיס הראשון מטיל ספק בקיומה של מציאות, בעוד הבסיס השני מטיל ספק רק ביכולתנו להכיר את המציאות.

67 ראו Mark Kelman, *Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law*, 33 STAN. L. REV. 591, 673 (1981).

המתמקדת בשיח פרשני כחושף קיום ואי-קיום, להבדיל מרציות ואי-רציות – אפשר לכלול בשיח משפטי פרשני גם נסיונות לחשוף את ההשלכות של כללים משפטיים, כגון השלכותיהם הכלכליות, החברתיות או הפוליטיות.

כתיבה משפטית נורמטיבית נבדלת לכאורה מכתובה משפטית פרשנית, המתמקדת בחשיפת התוכן של הכללים הקיימים, ולא דווקא בביקורת עליהם או בהצעות לרפורמות בהם. עם זאת, כידוע, פרשנות של דינים קיימים מבוססת במקרים רבים, באופן גלוי או סמוי, על שיקולים בדבר מהותם של הסדרים רצויים.⁶⁸ ממילא, יסודות נורמטיביים, ולכן גם אוטופיים, מופיעים גם בכתיבה משפטית שסגנונה הכללי נחזה כפרשני.

20. לפיכך המידור בין שיח משפטי נורמטיבי לשיח משפטי פרשני אינו חד. כאמור בסעיף הקודם, על פי אסכולה חשובה, בכל פרשנות יש מימד נורמטיבי. לפי אסכולה זו, פעולת הפירוש כרוכה בהכרעות ובהבעות עמדה ערכיות. אך גם אם אין מקבלים עמדה כה רדיקלית, אין ספק שפרשנות בכלל ופרשנות משפטית במיוחד כרוכות לעיתים במתן משקל לשיקולים נורמטיביים של צדק, יעילות וסבירות. לכללים משפטיים עשוי להינתן פירוש המוביל – לדעת המפרשים – לתוצאות צודקות, יעילות וסבירות יותר מפירושים חלופיים.

גם כתיבה משפטית נורמטיבית עשויה להיות בעלת ממדים פרשניים. זאת, במקרים שבהם השיח הנורמטיבי עוסק בכלל משפטי קיים – משבח אותו, מבקר אותו או מציע לערוך בו רפורמות. התייחסות נורמטיבית לכלל קיים מחייבת תחילה פרשנות של אותו כלל (העשויה כאמור לערב היא עצמה שיקולים נורמטיביים). גם כתיבה משפטית אקדמית המציגה את התוצאות או ההשלכות של כללים משפטיים קיימים או היפותטיים – מבלי לנקוט עמדה בדבר רציותן (מוסריותן, יעילותן או סבירותן) – יש מימד פרשני, ומכל מקום יש לה מימד לא נורמטיבי. טענות בדבר מהות התוצאות הצפויות של כלל משפטי, גם אם הן נובעות ממניע נורמטיבי או מושפעות מהשקפות נורמטיביות, אינן נורמטיביות כשלעצמן. תוצאות והשלכות צפויות משתייכות כשלעצמן לקיים (או לבלתי קיים), ולא לרצוי (או לבלתי רצוי).

עם זאת, בעובדה שהמידור בין שיח נורמטיבי לשיח פרשני אינו מוחלט אין כדי לשלול את עצם ההבחנה או את הרלוונטיות שלה. כך הוא, בוודאי, אם מכירים באפשרות של שיח נורמטיבי שאינו מבוסס על שיח פרשני או באפשרות של שיח פרשני "אובייקטיבי" שאין בו רכיבים נורמטיביים. אך גם לפי תפיסות רדיקליות השוללות את עצם ההיתכנות של פרשנות המנותקת מערכים, ההבחנה בין פרשנות לבין תוכנות נורמטיביות אינה מיותרת בהכרח.

68 ראו, לדוגמה, את גישתו של גדמר, הגורס כי פרשנות מונעת בהכרח על ידי הפרויקט הספציפי אשר מעניין ומעסיק את המפרשים, ולא באמצעות ניסיון להגיע למשמעות אובייקטיבית. HANS-GEORG GADAMER, TRUTH AND METHOD (1975).

21. על רקע זה אפשר לומר שקיימות כמה זירות משפטיות אשר רלוונטיות לאוטופייניזם. אלה הזירות המשפטיות המתמקדות בשיח נורמטיבי. זירה מובהקת של שיח משפטי נורמטיבי היא הצעות, עבודות הכנה ודיונים מקדמיים בנוגע לכללים חקוקים, לרבות חוקה, חוקים ותקנות, ואפילו נורמות של משפט פרטי, כגון חוזים וצוואות. שיח זה, הקודם ליצירת הכללים המשפטיים, הוא שיח נורמטיבי. השאלה העיקרית ששיח זה עוסק בה היא מה רצוי, ולא מה קיים. יוצרי הנורמה המשפטית מבקשים לשפר באמצעותה את מצבם, את מצב הציבור או את מצב המדינה, ולשם כך דנים בשאלה מה רצוי (ומה אינו רצוי), וכיצד יוכלו נורמה משפטית חדשה או תיקון או ביטול של נורמה קיימת לשפר מצב זה. אומנם, גם לשיח כזה עשויים להשתרבב היבטים פרשניים – למשל, פרשנות של החוקה כדי לוודא שחוק שיחוקק יהלום את הוראותיה, או פרשנות של חוק, כדי להבטיח שלא ייכרת חוזה בלתי חוקי. יתר על כן, מאחר שבחינת ההשלכות של נורמה קרובה לשיח פרשני, ככל שההשלכות נבחנות במסגרת הליך החקיקה יש בכך יסוד פרשני כבר בשלב זה. אולם מוקד השיח הנערך במסגרת יצירת נורמות משפטיות הוא עדיין במהות הרצוי.

זירה שנייה של שיח משפטי נורמטיבי היא פסיקת בתי המשפט. זאת, לפחות במדינות שבהן נהגת מסורת המשפט המקובל – וביניהן, בהקשר זה, ישראל⁶⁹ – שבהן לצד תפיסה של עליונות הכללים המשפטיים הפורמליים, כגון החוקה והחוקים, חלות גם דוקטרינות של תקדים מחייב ומשפט מקובל. על רקע זה אפשר להבחין בין פסיקה פרשנית לבין פסיקה או קטעי פסיקה נורמטיביים, אשר משבחים את הדין הקיים או לחלופין מגנים אותו ומציעים לתקנו או לערוך בו רפורמה. בעוד פרשנות נדרשת בכל פסק דין, ויש לה אופי סמכותי ולעיתים אפילו מכונן, עמדות נורמטיביות אינן הכרחיות, ואפשר אף להטיל ספק בלגיטימיות שלהן. עם זאת, הפסיקה הפרשנית עצמה שלובה בשיח נורמטיבי. שופטים מצדיקים לא פעם את הפרשנות שהם נותנים לחוק או לנורמה של משפט מקובל כמונחים של צדק,⁷⁰ יעילות,⁷¹ סבירות,⁷²

69 ראו אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197, 203 (1992). אומנם, שיטת המשפט הישראלית היא מעורבת, ומושפעת לא רק משיטות המשפט המקובל, אך יסוד התקדים והמשפט המקובל כמקורות משפט הוא במסורת המשפט המקובל.

70 ראו, למשל, ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 370–371 (1996); רע"א 3339/00 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' דהן, פ"ד נז(1) 503 (2002); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 709–710 (1993); יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז 623, 628–632 (2004).

71 ראו, למשל, ע"א 5964/03 עיזבון ארידור נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד ס(4) 437, פס' 9–10 לפסק דינה של השופטת ארבל (2006); בג"ץ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד ס(2) 299, פס' 6 לפסק דינו של השופט לוי (2005).

72 ראו, למשל, דנ"פ 2980/04 אויקו נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 34, פס' 34 לפסק הדין (2005): "פירוש זה, לא אך שעשוי הוא להידרש מלשונו של החוק, אלא שלגופו פירוש סביר הוא ולא-כל-שכן שפירוש ראוי הוא, בייחוד בזוכרנו באיזה נושא עוסקים אנו."

היגיון⁷³ ומונחים דומים. הפירוש נקבע – ועל כל פנים מנומק – על יסוד שיקולים של משפט רצוי. כך לעניין פרשנות טקסט במובן הצר, וכך לעניין דוקטרינות לבר־פרשניות – "פרשנות במובן הרחב" – כגון השלמת חסר, אשר פנייה אליהן "יש בה כדי להגיע לפיתרון הראוי בלא להיתקל בקשיים פרשניים".⁷⁴ כך ניתן להגשים את "חוש הצדק [ה]מוביל למסקנה כי הרוצח אינו צריך לרשת [את הנרצח]"⁷⁵. פסיקה אשר יוצרת משפט מקובל או משנה אותו אמורה לשקף את הקיים, המקובל כבר בחברה.⁷⁶ כדברי השופט צבי ברנזון:

"לעולם שמורה לנו הזכות לסטות מהלכת המשפט המקובל, כאשר אנו סבורים שאינה הולמת את תנאי הארץ ותושביה לפי חוש הצדק המפעם בהם ושביט- המשפט צריך להיות להם לפה ולשמש להם את מופת".⁷⁷

במובן זה פסיקה זו היא פרשנית – היא עוסקת בתיאור הקיים. אך גם כאן הצגת הקיים עשויה להיות כרוכה בהצדקות נורמטיביות. יתר על כן, לעיתים הטענה כי המשפט המקובל, כפי שנקבע בפסיקה, משקף את מה שכבר מקובל, ולא את הדין הרצוי בעיני בית המשפט, עשויה להיות פיקטיבית.⁷⁸ במקרים כאלה נשארות לפסיקה ההצדקות הפוליטיות בלבד, כך שהיא מבטאת במהותה – ולפחות בעיקרה – שיח נורמטיבי. זאת, גם לפי התפיסה האובייקטיביסטית, שעל פיה שיח נורמטיבי זה צריך לשקף את ערכיה של החברה, ולא את אלה של השופטים.⁷⁹ זירה שלישית של שיח משפטי שיש בה יסודות נורמטיביים מובהקים היא כתיבה משפטית אקדמית. כתיבה כזאת, כאשר היא אינה אמפירית,⁸⁰ נעה בין שני קטבים –

73 ראו, למשל, את הגישה המקובלת (שיש הרואים בה גישה לבר־פרשנית) שאין לפרש חוק באופן שיוביל לתוצאה אבסורדית. ראו אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 122 (2003).

74 שם, בעמ' 103.

75 שם.

76 ראו את דבריה של השופטת דורנר בבג"ץ 721/94 **אל-על נחיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוכין**, פ"ד מח(5) 749, 790 (1994): "...החוק המתקן לא שינה את הדין הקיים בדבר שוויון זכויות ההומוסקסואלים, אלא אך נתן לו ביטוי. על-כן, אילו המשיב היה עומד על תביעתו המקורית לקבלת טובת ההנאה עבור בן הזוג... דהיינו בטרם חקיקת התיקון, הייתי נעתרת לו. מנגד, אלמלא התפתחות הנורמות החברתיות בישראל, שכבר אינן שוללות באופן נחרץ יחסים הומוסקסואליים, אפשר כי חוק שוויון ההזדמנויות היה מתפרש באופן מצר... שלא היה מקנה למשיב את ההטבות שאותן תבע... עקרון השוויון אינו פועל בחלל חברתי ריק. השאלה אם במקרה זה או אחר נוהגת הפליה בין שווים, או שמא מדובר ביחס שונה כלפי שונים, מוכרעת על סמך התפיסות החברתיות המקובלות."

77 ד"נ 22/73 **בן שחר נ' מחלב**, פ"ד כח(2) 89, 93 (1974).

78 ראו רע"א 8925/04 **סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון עבד אלחמיד**, פ"ד סא(1) 126, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

79 ראו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 73, בעמ' 210–218.

80 אף שגם מחקרים אמפיריים עשויים להיות מונעים מהשקפות או שאיפות נורמטיביות. ראו, למשל, הדר אבירם "האם המשפט משיג את מטרתו? תשובות מעולם המחקר האמפירי" **האם המשפט**

קוטב נורמטיבי וקוטב פרשני. בכתיבה המשפטית הנורמטיבית יש אסכולות וסגנונות רבים, העשויים להיות שונים זה מזה באופנים דרמטיים. כך, לדוגמה, הן כתיבה שמשבחת חוק קיים, שמציעה לערוך בו תיקונים מינוריים או שמציעה הסדר משפטי נקודתי בעניין שבו שוררת לקונה; הן כתיבה הקוראת לעריכת רפורמה כוללת בהסדרה הקיימת של תחום מסוים; והן כתיבה ביקורתית כוללנית אשר מבקרת את המערכת המשפטית בכללותה, את הקונספציה של שלטון החוק או אף את עצם המשפט ככזה, או תומכת בהם – הן כולן נורמטיביות, באשר הן מתמקדות בטוב וברע, ברצוי ובבלתי רצוי.

22. היבט זה טעון הבהרה באשר לכתיבה משפטית נורמטיבית העוסקת בהסדרים נקודתיים וממוקדים. כתיבה משפטית נורמטיבית נקודתית מעריכה את ההסדר הקיים ומציעה לו חלופות או מציעה הסדר לנושא כאשר הדין הקיים אינו כולל הסדר כזה. ההערכה או ההצעה, אף שהן מתמקדות בעניין נקודתי, מתבססות – בין באופן מוצהר ובין במשתמע – על תפיסה כללית יותר. טיעון נורמטיבי נקודתי מנומק תמיד על ידי טיעונים כלליים ממנו. נראה כי טיעון ניתן להגדרה כנקודתי **משום** שהוא טעון אישוש על ידי טיעונים כלליים או מופשטים יותר. טיעון שאינו ניתן לגזירה מטיעון כללי או מופשט ממנו אינו יכול להיות טיעון נקודתי.

לכאורה ניתן לטעון כנגד דברים אלו כי טיעונים נורמטיביים נקודתיים המנומקים באופן פוזיטיביסטי מעריכים או מציעים כללים משפטיים הנגזרים מכללים משפטיים קיימים, וביניהם כללים נקודתיים, ואינם מאוששים בהכרח על ידי טיעונים רחבים מהם. אך במוקד התפיסה הנורמטיבית הרחבה, הממלאת תפקיד מרכזי בסוג זה של טיעונים, עומדת חתירה אחר עקיבות וקוהרנטיות – "התפיסה המקובלת... של הרמוניה משפטית בין הסדרים שונים הנוגעים לאותה מאַטְרִיָה"⁸¹ – ואלה נגזרות כשלעצמן מעקרונות רחבים של שוויון והעדד שרירות. הסדר משפטי נקודתי הוא ראוי אם הוא משתלב היטב

חשוב? 27, 61 (משפט, חברה ותרבות, דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010): "חוסר האפשרות לנתק את המשפט מן המציאות המקיפה אותו הוא סיבה טובה לכך שמשפטים (כמו גם חוקרים מתחום מדעי החברה) צריכים להיות ערים ורגישים להקשרים שבהם הוא פועל. רגישות כזו מניבה שאלות מחקר מעניינות וממוקדות יותר. למשל, שילובן של המטרות הישירות והעקיפות מניע אותנו, כחוקרים, מן השאלה הנורמטיבית 'האם תפקידו של המשפט להתיע?' או מן השאלה האמפירית המעורפלת 'האם המשפט מרתיע?' לשאלות כגון 'את מי המשפט מרתיע?' באילו תנאים המשפט מרתיע?' וכיצד משרת תפקידו ההרתעתי של המשפט את הסדר החברתי?' מתן תשובות אמפיריות לשאלות אלה מאפשר לא רק הבנה טובה ומבוססת יותר של מיקום המשפט ביקום הסוציו-פוליטי, אלא גם מתן ביקורת נורמטיבית על יחסי הגומלין בין המשפט לסדר החברתי, ביקורת העשויה להניב שינויים חיוביים."

81 ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199, 231 (השופטת שטרסברג-כהן) (1999). כן ראו, בין היתר, עניין **עוזבון ארידור**, לעיל ה"ש 71, פס' 10 לפסק דינו של השופט גרוניס; ע"א 2622/01 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון**, פ"ד נז(5) 309, 332 (הנשיא ברק) (2003); רע"א 5768/94 **א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289, 458 (הנשיא ברק) (1998) (להלן: עניין **א.ש.י.ר.**).

במכלול הדינים האחרים הנוגעים בעניין שאותו הסדר מטפל בו, כלומר, אם הוא עקיב וקוהרנטי ביחס אליהם.⁸² העקיבות והקוהרנטיות האלה נובעות מרציונלים נורמטיביים דומים. הסדר משפטי נקודתי הוא בלתי ראוי אם הוא אינו משתלב היטב במכלול הדינים האחרים הנוגעים בעניין, כלומר, אם הוא אינו עקיב וקוהרנטי ביחס אליהם, בכך שהוא נובע מרציונלים נורמטיביים שונים.⁸³ שוויון או לפחות דומות בין רציונלים נורמטיביים של דינים נקודתיים שונים מתבקשים מתפיסה רחבה של עקרון השוויון והעדר השרירות, ובמידה רבה גם מן התפיסה האינטואיטיבית הרווחת של עקרון שלטון החוק. מאחר שהשוויון מחייב שכללים משפטיים נקודתיים יהיו עקיבים אלה כלפי אלה, שיח פוזיטיביסטי מעריך כללים משפטיים נתונים על פי מידת שוויונותם ביחס לכללים אחרים, ומציע כללים משפטיים חדשים שתהיה בהם שוויונות כזאת. הערך הפוליטי העמוק שביסוד טיעונים פוזיטיביסטיים הנוגעים בהסדרים משפטיים נקודתיים הוא אפוא השוויון והעדר השרירות. עם זאת, בסגנון טיעון פוזיטיביסטי ערך זה הוא תשתית נסתרת, שאינה נוכחת בטיעונים עצמם, ואף אינה מצויה בהכרח בתודעת הטוענים.

לעומת זאת, בכתיבה משפטית אקדמית נקודתית המתאפיינת בסגנונות טיעון שהינם מבוססי ערכים באופן מוצהר נדונות באופן ישיר ההשלכות הערכיות והמוסריות של הכלל המשפטי הנדון. דוגמאות לאסכולות שיח כאלה יכולות לשמש הגישה הכלכלית למשפט (בגרסתה הנורמטיבית, שאינה מסתפקת בהצבעה על ההשלכות הכלכליות של הכלל המשפטי, אלא דוגלת בכללים המְּרבים את התועלת המצרפית) והגישה הפמיניסטית למשפט. אך מן העובדה שהערכים שהסגנונות האלה מתמקדים בהם הם גלויים אין להסיק כי השיח הפוזיטיביסטי אינו נושא אופי ערכי.

23. מדברינו עד כה עולה כי השיח המשפטי הנורמטיבי (לרבות ההיבטים הנורמטיביים של השיח המשפטי הפרשני) מבוסס, באופן מוצהר או מובלע, על השקפות רחבות בדבר הרצוי. וכך גם האוטופייניזם – התיאוריה של אוטופיה – המכליל תיאורים של סדרים רצויים ומפשיט אותם. הכללות והפשטות אלו אינן אלא השקפות רחבות בדבר הרצוי. העיסוק בהשקפות רחבות בדבר הרצוי הוא אפוא מכנה משותף בין שיח משפטי לשיח אוטופי.

שיח מדעי בין־תחומי מיועד להתגבר על המלאכותיות שבקלסיפיקציות המקובלות של הידע האנושי לענפים ולדיסציפלינות. לעיתים רחוקות החומות בין הסייגים מנותצות. לעיתים קרובות יותר נוצרים ערוצי זרימה ביניהם. בהקשר שבו עסקינן במאמר זה, מפת המשפט, המייצגת את עולם המשפט בכללותו, חופפת בחלקים חשובים שלה –

82 השוו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 415. לגישה אחרת ראו אלון הראל "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט" עיוני משפט יח 387 (1994).

83 הציפייה לקוהרנטיות מעלה על הדעת את ההיבט האוטופי במשנתו של דוורקין בנוגע לשפיטה כיצירה של פרקים נוספים ביצירה אחת גדולה שיש לה כותבים רבים וקודמים. מעשה השפיטה, לפי דוורקין, מחויב להקשר כולל ולאיוונים בין השקפות עולם שונות. ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 60, בעמ' 239.

העוסקים בהשקפות רחבות בדבר הרצוי – את מפת האוטופייניזם. לכן החלקים של האוטופייניזם העוסקים בחשיפה ובתיאור של השקפות כאלה עשויים להיות רלוונטיים לידע המשפטי, כשם שחלקים מקבילים של הידע המשפטי עשויים להיות רלוונטיים לאוטופייניזם.

פרק ה: מישאל חשין האוטופיסט

24. פסקי הדין של השופט חשין רוויים הצהרות ערכיות גלויות.⁸⁴ דבר זה כשלעצמו אינו מעיד כי פסקי הדין של השופט חשין הם אוטופיסטיים או שהשופט חשין היה שופט אוטופיסט במובן של אוטופיזם שנדון לעיל, שהוא היזקקות לשיח נורמטיבי העוסק במדיניות ראויה. ערכים ועקרונות מדיניות הינם חלק מן המשפט עצמו, וההיזקקות להם היא נחלתם של משפטנים מקצועיים, בלא קשר לאמונותיהם הפרטיות בדבר הערכים ועקרונות המדיניות הראויים.⁸⁵

25. ייחודו של השופט חשין כאוטופיסט היה ברכיב האישי בפסיקתו, אשר ביטאה באופן גלוי ומוצהר את הצדק, הערכים וחוש המומחיות האישיים שלו.⁸⁶ זו אחת המשמעויות של תפיסת השופט חשין את עצמו כאומן, ולא כאומן;⁸⁷ זו

84 השוו, למשל, לעמדתו של השופט ברק, המצהיר על הימנעות מהחלת השקפה ערכית שהוא תופס כקיצונית בדרישותיה, ובחירה בעמדה המשקפת בעיניו את "בינוניות" ההווה האנושית: "אין הוא [בית המשפט] קובע רמת התנהגות, המתחשבת אך במשאות הנפש הנעלות של האדם, אלא מתחשב הוא גם בחולשותיו... לא נשאף לכך, כי היחסים בין המשתתפים במכרז יהיו כיחסי מלאכים זה לזה. רמת ההתנהגות של Homo Homini Deus אינה בת השגה. אך נשלול, כי ביחסים שבין המשתתפים במכרז תשרור הגישה של אדם לאדם – זאב Homo Homini Lupus. נשאף לכך, כי ביחסים שבין בני האדם המשתתפים במכרז ישרור העיקרון, כי אדם לאדם – אדם." ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 558, 533 (1982).

85 ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 41 (2004).

86 רושם דק, שקשה להוכיחו, הוא שההיבט האישי – ה"אוטופי" – של השופט חשין מתבטא באופן עז יותר בפסיקתו בתחומי המשפט הציבורי במובנו הרחב. רמז שכך הדבר גם בעיניו של השופט חשין עצמו יש בהתרעמותו על עמיתו, השופט יצחק זמיר, על שהעניק משקל עז מדי לשיקולי צדק בפסק דין שעסק בסוגיה קלסית של המשפט הפרטי – היחס בין דיני עשיית עושר ולא ובמשפט לבין תחומים אחרים, מסוימים יותר (באותו מקרה: דיני קניין רוחני), של המשפט הפרטי: "סבורני כי בהתוותו דרך להכרה – או לאי-הכרה – בעילה בעשיית עושר, מביא חברי [השופט זמיר] עמו קריטריונים היפים למשפט הציבורי אך אינם יפים, לדעתי, למשפט הפרטי." עניין א.ש.ר., לעיל ה"ש 81, בעמ' 409. והשוו גם לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006) (להלן: עניין ארגון מגדלי ירקות).

87 ראו יובל יעזו "ואני על עומדי אעמוד" **הארץ** 25.5.2006 www.haaretz.co.il/misc/1.1107945

המשמעות של אותו "אישון" – איש פנימי קטן – שהדריך אותו לעיתים, לפי עדותו של⁸⁸.

תורת השיפוט האוטופית של חשין עולה באופן מובהק מדברים ("אלגיה") שכתב על אודות מלאכת השפיטה עם פרישתו של השופט מאיר שמגר מכהונתו כנשיא בית המשפט העליון, ואשר אותם כלל חשין גם בדברי הפרידה שלו עצמו מבית המשפט העליון:

"את הבית הזה בנה אבא, יאמר בנו של האדריכל. ואת הגשר הזה הקים סבא, יאמר נכדו של המהנדס. ואת הגנים התלויים האלה שתל סבא-רבא, יאמר נינו של איש-הנוף-והגנים. ומה אומר אני, ישאל בנו של השופט? והגדת לבנך ביום ההוא לאמור: את מקום הנשמה ידעת? והמצפון, אותו ראית? המיששת צדק? ומה ריחה של אמת, טעמו של חסד? שופט לא ידע, לא לבנות בית לא להקים גשר לא לשתול גן-פלא. שופט לא לימד עצמו כל אלה. זה דברו של שופט: טובל בקסת עטו וכותב משפט וצדק וחסד. ואלה יהיו עימנו באשר נלך ונבוא, תמיד, בכל יום ובכל עת ובכל שעה..."

פסק-דין כמסיכה הוא על-פנים, ופניו של שופט לא ייראו. ואולם מבעד לסידקי-העיניים יבקעו נבכי-הנפש. קראת פסק-דין וידעת מי השופט ומה אורחו.⁸⁹

האנלוגיה שהשופט חשין עורך בדברים האלה בין צדק לבין מעשי ידי אדם אחרים, כבית, כגשר וכגנים תלויים, מאירה את הצדק המופשט כממשות בת קיימא, הניתנת להשגה. במובן זה, תפיסתו של השופט חשין בדבר עצם מעשה השפיטה היא במהותה תפיסה אוטופית. מבחינתו של חשין, למרות הקשיים באיתורן ובלכידתן של תפיסות מופשטות וקשות להמשגה כ"נשמה", "מצפון", "צדק" ו"אמת", יש בכוחו של מעשה השפיטה להקנות לשופטים יכולת להשיג צדק.⁹⁰

26. מעשה השפיטה מוצג על ידי השופט חשין כיצירה שנובעת מנבכי הנפש ואשר מבטאת את הכישרון והזהות הייחודיים לכל שופטת ושופט. שפיטה אינה רק שימוש

88 ראו דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, 477, 480 (1997); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 677 (2001); עניין עיזבון ארידור, לעיל ה"ש 71, פס' 45 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

89 חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 208 (ההדגשות הוספו).

90 אמונה זו מעלה על הדעת תפיסה נוספת דומה של שפיטה – תפיסתו של רונלד דוורקין. גם הרקולס של דוורקין, אותו שופט מדומיין, ניהן בכוח אינטלקטואלי עצום ובסובלנות, וגם הוא נדרש, על אף יכולותיו ועל פיהן, לנווט את דרכו במיומנות ביער הפרשנות, הערכים והתקדימים. מלאכת שיפוט זו, המהווה שילוב של יכולות שיפוטיות פנומנליות של השופט האחד עם היענות למשפט כלדמותו של סיפור כולל, אשר כל תוספת לו צריכה להשתבץ באופן מושלם עם יתר חלקיו, מייצגת מלאכת שיפוט אוטופית. ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 60, בעמ' 239.

בכלים אנליטיים, אלא היא פועל יוצא של משאת נפש – אידיאל. וכך כתב השופט חשין בפסיקתו:

"בשבתו על כס לשפוט בין בעלי-ריב, עוטף שופט את גופו גלימה-של-צדק וחומו של צדק עולה בו; מרכיב הוא על אפו משקפיים-של-צדק, ומבעד לזוגיות-הצדק משקיף הוא על סביבותיו; מכוון הוא את לבו אל הצדק, ועושה הוא צדק וחסד. 'שִׁפְטִים וְשִׁטְרִים תִּתֶן-לָךְ בְּכָל-שְׁעָרֶיךָ אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ לְשִׁבְטֶיךָ, וְשָׁפְטוּ אֶת-הָעָם מִשְׁפַּט-צֶדֶק' (דברים טז, יח). 'וְאַצְוֶה אֶת-שֹׁפְטֵיכֶם בְּעֵת הַהִיא לֵאמֹר שְׁמַע בֵּין-אֲחֵיכֶם וּשְׁפַטְתֶּם צֶדֶק בֵּין-אִישׁ וּבֵין-אָחִיו וּבֵין גֵּר' (דברים א, טז).

בצדק נפתח, בצדק נמשיך ובצדק נסיים. והצדק ימלא כל סדק, כל פער, כל חרך.⁹¹

אכן, הרטוריקה של פסיקת השופט חשין – אף כשלא הסתמך על האישון שבתוכו, שהראה לו לפעמים את דרכו⁹² – הייתה לא פעם אישית מאוד. לפעמים היא משקפת את תפיסתו בעיני עצמו כאומן יוצר, ולפעמים היא לוחטת כמניפסט אידיאולוגי היוצא מלב רתוח.

בבואו לנמק את דעתו, במיוחד כאשר הייתה שונה מדעותיהם של עמיתיו השופטים, כתב השופט חשין (בין היתר): "אפרוט על מיתרי שלי"⁹³; וגם "דימיתי שופט לסופר ולמשורר, לצייר ולפסל, למלחין ולמחזאי"⁹⁴; וגם "חוק מעין זה – בהיעדר חוקה של אמת – אני רואה בו סכנה אמיתית וקרובה לדמוקרטיה בישראל, גם להלכה גם למעשה, ואכלה בו את אשפתי"⁹⁵; וגם "את דעתי-שלי הבעתי [בפסק דין קודם]... וצחצוח-החרבות מאז עדיין מצלצל באוזניי... טרם רוקנתי את אשפתי, אך אסכים – בשמחה – להמתין לימים יבואו"⁹⁶; וגם "קריאה בהכרעת הדין על בית הדין הבין-לאומי בהאג קוממה אותי עד שאמרתי אל לבי אדברה וירווח לי... צר לי, אך החלטתו של בית הדין הבין-לאומי אין בכוחה להאיר את דרכי. אורה דל מכדי שאדריך עצמי על פיה לעשות

91 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 90 (1998).

92 ראו לעיל ס' 25 למאמר וההפניות בה"ש 88.

93 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 499 (1996).

94 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 184 (1996). דברים אלו נכתבו לראשונה בהרצאה

שנשא השופט חשין לכבוד הנשיא מאיר שמגר. ראו חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 206.

95 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 473 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).

96 ע"א 6490/97 אלהג' נ' אבו עקל, פ"ד נג(2) 49, 61 (1999).

משפט אמת וצדק בדרכו של שופט כפי שלמדתי ממני שקדמו לי ובבית אביי";⁹⁷ וגם "ואני אומר: לא ולא!"⁹⁸ וגם:

"הפורמאליסטון – נרחיק לכת ונוסיף: הפורמאליסטון חסר הלב – היה עוצר במקום זה ומכריז: הנה הוא הדין, כך הורנו המחוקק – וייקוב הדין את ההר. פורמאליסטון – פורמאליסטון אף הוא, אך מעט לב בקרבו – ייאנח ויאמר: *Fiat justitia et pereat mundus*: ייעשה הצדק(?) וייחרב העולם. וחברו של אותו פורמאליסטון – *Dura lex—sed lex*: (מה נעשה?) קשה הוא החוק – אך חוק הוא. ואפשר יוסיף עוד ויאמר, כי ראוי הוא שהמחוקק ייתן דעתו וישקול שמא ראוי לתקן את החוק. אינני מכיר פורמאליסטונים אלה, ולא ייחד כבודי בקהלם. בהתייצבנו אל מול מסקנה זו, מסקנה שלא נוכל להשלים עמה בהיותה 'בלתי ראויה ובלתי צודקת בעליל'... מסקנה קשה ומכבידה, נעמוד אנו ונשאל: האומנם כורח הוא שנעמוס מסקנה זו על כתפינו השופטים ונכריז כי כך דין? בעלותנו על כס השיפוט נשבענו – נשבע כל אחד מאתנו – '...לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים'... שבועה לקיום נועדה, ושבועתנו הייתה לשמור אמונים למשפט ולשפוט משפט צדק."⁹⁹

והנה מהדברים המרגשים שנכתבו בפסק דין אחר:

"ערכים אלה יולייכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה.

בחוות־הדעת שהזכרתי בדבריי למעלה אמרתי דברים בדומה לדברים שאני אומר עתה. ואולם דברים שאמרתי עתה לא אמרתי בעבר. טלטלה גדולה ניטלטלתי עד שאומר אני עתה דברים שאני אומר. זו תורה למדתי ממוריי וזו תורת המשפט שבידי. אחרת לא אוכל."¹⁰⁰

ועוד: "במצוקה זו שנקלענו אליה לא ידעתי אלא דרך ראשונים, והיא דרך משפט שלימדוני אבותיי. בשלום ובמלחמה כליי הם כלי המשפט – כלי מלחמה לא ידעתי – ובהם אעשה."¹⁰¹ לדברים האלה עוד נשוב.¹⁰²

97 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, פס" 1 ר-4 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2005).

98 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 523.

99 עניין פלוני, לעיל ה"ש 94, בעמ' 164.

100 בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלון פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997).

101 בג"ץ 6026/94 נואל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 351 (1994).

102 ראו להלן ליד ה"ש 112–113.

27. דברים אלו ודומים להם שנכתבו בפסקי הדין של השופט חשין ובהתבטאויות אחרות שלו לא נותרו הגיגים תיאורטיים בלבד; הם גם הוגשמו בפסיקותיו. כך, למשל, בדעת מיעוט תמך השופט חשין בביטול חוק של הכנסת (חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, המכונה "חוק טל") – הגם שהחוק לא סתר לדעתו כל הוראה בחוק יסוד – משום שמצא כי החוק "עומד בסתירה משוועת לכל עקרונות היסוד הארוגים בחיינו, לכל האמיתות, לכל השאיפות, לכל התקוות שמדינת ישראל המתחדשת בנויה עליהן".¹⁰³ זהו אולי פסק הדין ה"אקטיביסטי" ביותר שניתן אי פעם בישראל על ידי שופט של בית המשפט העליון. הנה דגימות נוספות מפסיקתו של השופט חשין בפסק דין חוק טל, המשקפות את תוכנה ואת רוחה.

"...האם עולה חוק דחיית השירות בקנה אחד עם עיקרי היסוד שהמדינה בנויה עליהם, עיקרי יסוד דמוקרטיים של מדינה יהודית בה שוררים שיוויון וצדק וערכות הדדיות? ... חשוב שנצבוט עצמנו מעת לעת, להזכירנו מי אנו והיכן אנו, שכן עם חלוף השנים קהו רגשותינו וכיום רואים אנו פטור הניתן לבני ישיבה משירות בצבא כתופעת טבע שאין אלא להשלים עימה. פטור הניתן לבני ישיבה משירות בצבא אינו תופעת טבע, ואנו לא נשלים עם תופעה חריגה זו..."

קיומה של מדינת ישראל כמישכנו של העם היהודי והיותה בית ועיר מיקלט ליהודים הנרדפים אך בשל יהדותם, מהווה... ערך עליון שיש להגן עליו בכל מאוּדְנו. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן שדווקא בשל היותה מדינה יהודית נתונה ישראל לאיומים – איומי-קיום ממש – בידי המבקשים להאבידה... צה"ל הוא אפוא כלי ראשון במעלה להבטחת המשך קיומה של המדינה היהודית. ואם אין אני לי – מי לי. באין צה"ל יקומו אויבי המדינה היהודית ויכו בה. באין צה"ל לא תהיה עוד מדינה יהודית. החובה לשרת בצה"ל נועדה אפוא לממש את הזכות הנתונה ליחיד ולמדינה – זכות ההישרדות והזכות להגנה עצמית... ההישרדות וההגנה העצמית, כל בני החברה נדרשים להם וממילא יישאו בנטל כל יחיד החברה כולם.

ביודענו כל אלה, נתקשיתי להבין מנין נטלה הכנסת סמכות וזכות מוסרית לפטור עשרות אלפי צעירים משירות בצה"ל...¹⁰⁴

זאת ועוד ועוד. דברים מתקני עולם אלו אפילו מתקרבים להיות אוטופיים במובן הרחוק (גם אם הלא-מדויק) של אידיאל שאין סיכוי של ממש שיתגשם.¹⁰⁵

103 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (2006) (להלן: עניין חוק טל).

104 שם, פס' 14 ו-17 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

105 השוו להבריו הספקניים של השופט גרוניס בגלגול נוסף של דיוניו של בית המשפט העליון בחוקתיותו של חוק הפוטר תלמידי ישיבות חרדים משירות בצבא: "התעסקותו החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות

28. דוגמה מובהקת נוספת של פסיקה אוטופית – כמשמעותה המדויקת – של השופט חשין היא דווקא חלקים מסוימים של פסיקתו בפרשת **עדאלה**, שבו תקף השופט חשין, מפיו של תומס מור, את פסיקתו של הנשיא ברק, באומרו: "דיני אוטופיה – במצבכם כהיום הזה – לא לכם הם."¹⁰⁶ הנה דוגמה:

"האם הזכות החוקתית לחיי משפחה, זכות הנגזרת מן הערך של כבוד האדם, משמיעה אותנו זכות הקנויה לאזרחים או לתושבים של ישראל להביא לישראל את בן משפחתם הזר (בן זוג או הורה), תושב ישות עוינת המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל? תשובתי לשאלה היא בשלילה. גם במקרה זה סבור אני כי אל-מול עוצמתה של הזכות לחיי משפחה מתייצב עומד לו אינטרס חזק ורב עוצמה אחר: חיייהם וביטחונם של האזרחים והתושבים בישראל וביטחונם ויציבותה של המדינה. אינטרסים אלה האחרונים בכוחם למנוע, לדעתי, הכרה בקיומה של זכות חוקתית לעת מלחמה להתיר כניסתו של תושב מדינת אויב לתחומי מדינת ישראל. האיזון הוא בין זכותם של יחידים לחיי משפחה לבין זכותם של אחרים לחיים."¹⁰⁷

דברים אלו אינם סבים על חוקתיותה של הגבלה מכוח פסקת ההגבלה של הזכות החוקתית לחיי משפחה הנגזרת מן הזכות (לשיטתו של השופט חשין: הערך) בדבר כבוד האדם, אלא על היקף פרישתה של הזכות במקורה.¹⁰⁸ השופט חשין אינו מבסס פירוש זה על מקור פרשנות או על תורת פרשנות, והוא אף אינו מציג קונספציה מופשטת של הזכות לחיי משפחה (או של ערך הכבוד) שפירושה זה נגזר מתוכה. כל שהשופט חשין טוען למעשה הוא כי שיקולים של חיי אדם, ביטחון ויציבות הופכים קיום של "זכות חוקתית לעת מלחמה להתיר כניסתו של תושב מדינת אויב לתחומי מדינת ישראל"¹⁰⁹ לבלתי רצוי, ולכן זכות חוקתית כזאת אינה קיימת. הנה לפנינו שופט אוטופיסט (וכזכור, לאוטופיה יש אויבים, שעמים היא עורכת מלחמות, ולהבדיל מעמדתו של השופט חשין באשר לדיני ההגירה של ישראל,¹¹⁰ דיני ההגירה שלה אינם מתחשבים כלל בזכויות האדם).¹¹¹

שיפוטית, ודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט. זאת ועוד, זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל ולכניסתם לשוק העבודה. שינויים חברתיים וכלכליים עשויים להביא לתוצאה המקווה. היכולת של בית המשפט להשפיע במקרה דוגמת זה שלפנינו, היא מועטה. "בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד (סה) 3, 1, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס (2012).

106 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 2, בפתח פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

107 שם, פס' 76 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

108 שם, פס' 56 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

109 שם, פס' 76 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

110 עניין **סטמקה**, לעיל ה"ש 19, והטקסט שליטה.

111 ראו לעיל ס' 5 למאמר.

29. השופט חשין עצמו, בעניין **נזאל** – שקדם לפרשת **עדאלה** – עמד על המתח הקיים בין משפט (לא אוטופיה) למלחמה:

“...ועל מעשה שהוא במהותו מעשה מלחמה משיבים במעשה שאף הוא במהותו מעשה מלחמה, וכדרך המלחמה. ואני כשופט לא הרגלתי את ידי לעסוק במלחמה ולא ידעתי את דרך הלוחמים. והנה מצווים עליי להחיל משפט של יום-יום ואמות מידה במשפט על מעשה שהוא במהותו מעשה מלחמה. כיצד אעשה זאת? ... במצוקה זו שנקלענו אליה לא ידעתי אלא דרך ראשוניים, והיא דרך משפט שלימדוני אבותיי. בשלום ובמלחמה כליי הם כלי המשפט – כלי מלחמה לא ידעתי – ובהם אעשה.”¹¹²

בדברים האלה השופט חשין מציג את היחס בין משפט למלחמה באופן דומה לאופן שבו הוא מציג בפרשת **עדאלה** את היחס בין אוטופיה למלחמה. אך להבדיל מדברי השופט חשין בפרשת **עדאלה**, שלפיהם המלחמה דוחה את האוטופיה, לפי דבריו בעניין **נזאל** המלחמה אינה דוחה את המשפט, למרות הקבלתו לאוטופיה. ושוב: “במצוקה זו שנקלענו אליה לא ידעתי אלא דרך ראשוניים, והיא דרך משפט שלימדוני אבותיי. בשלום ובמלחמה כליי הם כלי המשפט – כלי מלחמה לא ידעתי – ובהם אעשה.”¹¹³

הסקירה של פסיקותיו והנמקותיו של השופט חשין, כמו גם של אופני הביטוי היצירתיים והאישיים המאפיינים אותה, זורעת אור על טיב תפיסתו האוטופיסטית. לפי תפיסתו, מעשה השפיטה אינו רק מהלך רציונלי ומושכל של הסדרת המציאות לפי כללים, אלא גם ביטוי של עומקי אישיותם של השופטות והשופטים, ושל שאיפותיהם להגשמת צדק.

112 עניין **נזאל**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 351.

113 שם. אפשר לתהות גם על היחס בין דברים אלו לבין דברים מפורסמים אחרים של השופט חשין, שאותם כתב כבג"ץ 1730/96 **סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד נ(1) 353, 369 (1996): “...מעשה מדינה ומעשה מלחמה אינם משנים מאופיים גם אם נתונים הם לביקורתו של בית-משפט, ואופי המעשים, על-פי טבע הדברים, טובע את חותמו בדרכי ההתערבות. קשיים שאנו נאבקים בהם בביקורת על פעולתו של המפקד הצבאי, רבים הם וקשיחים הם מקשיים שאנו נתקלים בהם בביקורת ובפיקוח על רשויות המינהל הרגילות. וקשיים אלה מגבילים במאוד את יכולתו של בית המשפט להזריק שלטון חוק במעשי המפקד הצבאי. אכן, לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו, אך נודה על אמת: באותם מחוזות קולו כקול הפיקולו, זך וטהור אך נבלע בהמולה. כל אלה דברים ידענו מכבר, ועם זאת הוספתי ואמרתי אל לבי: אדברה וירווח לי.”

פרק ו: מישאל חשין המשפטן

30. מישאל חשין היה משפטן מזהיר. הנשיא אהרן ברק אמר עליו בטקס הפרידה של חשין מבית המשפט העליון: "אם יש גאונות במשפט, השופט חשין ניחן בה."¹¹⁴ כמה גאונותו המשפטית של השופט חשין מתבטאת? שופטים, ובמיוחד שופטי בית המשפט העליון, מתויגים לעיתים קרובות לפי מיקומם על הציר שבין שמרנות (או ריסון עצמי) לבין אקטיביזם (או ליברליזם).¹¹⁵ אולם את השופט חשין קשה למקם על ציר זה.¹¹⁶ כך, מחד גיסא גילה השופט חשין שמרנות בהסתייגותו מן הקביעה כי לכנסת ניתנה סמכות מכוננת שחוקי היסוד התקבלו מכוחה,¹¹⁷ בנטייתו במקרים שונים להעדיף את בטחון המדינה ואת צורכי המאבק בטרור על זכויות אדם,¹¹⁸ ובצמצום יחסי של היקף ההגנה על חופש הביטוי.¹¹⁹ מאידך גיסא, בהיבטים מסוימים – בין היתר מכוח דוקטרינת "הכנסת המחוקקת לעצמה" שפיתח¹²⁰ – דגל השופט חשין בביקורת רחבה במיוחד על החלטות ואף על חוקים של

- 114 אהרן ברק "לרגל פרישתו של המשנה לנשיא מישאל חשין" **משפטים** לז 279, 279 (2007).
- 115 ראו, למשל, קרן וינשל-מרגל **אידאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי** 48–42 (2016). ראו גם איתי בר-סימן טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" **דין ודברים** ט 67 (2015); יצחק אנגלרד "הפילוסופיה השיפוטית של הנשיא אהרן ברק" **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 123 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).
- 116 השוו יהושע (שוקי) שגב "ההיית או חלמתי חלום" – השופט חשין על סמכותה המכוננת של הכנסת" **מאזני משפט** ו 466, 461 (2007): "אינני בטוח כי הקריאה שלי בפסק דינו של השופט חשין [בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 95] מתיישבת עם תפיסת עולמו השיפוטית הרחבה, הדוגלת בביטול חוקים של הכנסת בשל פגיעה אנושה בעקרונות יסוד או בעקרונות על, כפי שהביעה... [בעניין **חוק טל**, לעיל ה"ש 103]. למעשה, אינני בטוח כי קריאתי את פסק המיעוט של חשין באשר לסמכותה המכוננת של הכנסת [שבו שלל קיום סמכות כזאת] תואמת עמדות אחרות שהביע בחלקים אחרים של פסק דינו בעניין **בנק המזרחי** שבהם אימץ כמעט בלא הסתייגות את המסקנה כי בית המשפט העליון קנה סמכות לקבוע כי חוק פלוני נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהכריז מאותו טעם כי אותו חוק בטל." לדיון בזהותו המקצועית של השופט חשין בהיבט אחר – תורת המשפט המופשטת שעימה ניתן לזהות את פסיקתו – ראו דניאל שפרלינג "כחבצלות במים טהורים – על המשפט ותורת המשפט של השופט חשין" **מאזני משפט** ו 445 (2007).
- 117 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 473–527 (השופט חשין).
- 118 ראו, למשל, את פסקי דינו של השופט חשין בדנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721 (2000); בבג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (1999); ובפרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 2.
- 119 ראו, למשל, את פסקי דינו של השופט חשין בבג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817 (1999); בבג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נ(5) 661 (1997); ובעע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136 (1996).
- 120 ראו, למשל, בג"ץ 971/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת**, פ"ד נו(6) 117,

הכנסת, 121 הפגין אקטיביזם בעניינים של דת ומדינה, 122 וגישתו בתחומים רבים של משפט מנהלי התאפינה ב"תימות של חשש מן המדינה המינהלית הגדולה וחדרנות בנוגע להחלטות המתקבלות בה".¹²³

אולם לא זו בלבד שקשה ללכוד את פסיקתו של השופט חשין בתיוג כלשהו, אלא שממילא הגאונות המשפטית שבה ניחן אינה קשורה כלל לציר שבין שמרנות לאקטיביזם. כך, השופט חשין, יותר מרוב השופטים האחרים של בית המשפט העליון, חלק על פסקי דינו של השופט ברק, ובכל זאת יש כנראה רק שופט נוסף אחד – השופט חיים כהן – שברק עצמו ייחס לו "גאונות במשפט".¹²⁴ האם אפשר באמת לומר שהתפיסות הערכיות של השופט חשין או האופן שבו הפעיל את שיקול דעתו הם שהפכו אותו למשפטן מזהיר? ואולי זהו ה"אישון" – אותו איש פנימי קטן שלדבריו הדרךך אותו לעיתים¹²⁵ – שניחן בגאונות? ואם כן, כיצד אפשר להסביר את ההערכה המקצועית לחשין כפרקליט – הן בשירות המדינה והן כעורך דין פרטי? האם גם הערכה זו מבוססת על הזדהות עם סדר יום ערכי, אידיאולוגי או פוליטי, שחשין קידם כביכול גם בתפקידים האלה? והאם כך הוא גם לגבי כתיבתו האקדמית של ד"ר חשין, רובה מלפני שנים – האם גם איכותה שלה וההערכה אליה נובעות מטיב הערכים שהיא מבטאת?

31. בסופו של דבר, יכולת משפטית – כמו היכולת ברוב המקצועות האחרים, גם כאלה דוגמת רפואה או מצביאות, שיש בהם יסודות ערכיים שאין להתכחש להם, העולים לעיתים על היסודות הערכיים שבמשפטנות ובשפיטה – אינה בעיקרה עניין פוליטי, אידיאולוגי או ערכי. משפטנים מקצועיים טובים נמדדים, בראש ובראשונה, לפי ידיעותיהם ולפי יכולותיהם האנליטיות, המאפשרות להם לגלות או להציע פתרונות לא טריוויאליים לשאלות לא טריוויאליות, שהתשובות להן אינן ברורות על פניהן.¹²⁶

144–145 (2002). לדוקטרינה הזאת שפיתח השופט חשין ראו יואב דותן "איסור החקיקה העצמית" כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון "משפטים" לא 771 (2001).

121 ראו, למשל, את פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימו') חשין בעניין **חוק טל**, לעיל ה"ש 103; יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149, 174–176 (1997).

122 ראו וינשל-מרגל, לעיל ה"ש 115, בעמ' 73–74. אך ראו את פסק דינו של השופט חשין בדנג"ץ 4128/00 **מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' הופמן**, פ"ד נז(3) 289 (2003).

123 דפנה ברק-ארו "המשפט המינהלי של מישאל חשין – בין עריכת דין לשפיטה" **מאזני משפט** ו 477, 479 (2007).

124 אהרן ברק "השופט חיים ה' כהן: פרקליט, יועץ, שופט, חוקר ומורה-דרך" **משפט וממשל** ג 389, 389 (1996).

125 עניין **בן-ארי**, לעיל ה"ש 88, בעמ' 477.

126 השוו לאריאל בנדור "הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי) – בעקבות ספרו של אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית" **משפט וממשל** ט 261, 274 (2005).

לדעתנו, הגאונות המשפטית של השופט חשין מתבטאת בסופו של דבר בידיעותיו וביכולותיו האנליטיות, שקשה להפריד בינו לבין לשון הכתיבה וסגנון הכתיבה המיוחדים במינם של חשין (אשר בדרך כלל רק אלה שעבדו לצידו ערים לכללים המפורטים והמדויקים המכוננים את הלשון ואת הסגנון)¹²⁷ והעושר והמקוריות של דימויו ומקורותיו. הנה דוגמה מקסימה.

"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. המושג תום-לב – בלשון בני-אדם – ניתן להרחיבו, אך לא עד-בלי-די. ובאמרנו כי תום-לבו של אדם ייקבע על-פי סטנדרדים אובייקטיביים ראויים שאותם יציב בית-המשפט, דומני כי בעצם אמירה זו נקרע את קרום המעטפת ותוכנו של המושג תום-לב יישפך אל הארץ. נעמיס על גבו של תום-לב משא אובייקטיבי של ערכים ושל סטנדרדים כפי שיקבעם בית-המשפט מעת-לעת, ותום-הלב יקרום ויימחץ תחת המשא. תום-הלב לא עוד יהא תום-לב. וכפי ששורר ת' ס' אליוט (Thomas Stearns Eliot) בקווארטט הראשון (Burnt Norton) של הפואמה Four Quartets... בתרגומה של אסתר כספי...

...מלים נִדְרָכוֹת,
נִסְדָּקוֹת, יֵשׁ וְנִשְׁבָּרוֹת, מִכְּבֹד הַנְּטֹל,
מְעַצְמַת הַמֶּתַח, מוֹעֲדוֹת, מְחִלִּיקוֹת, אוֹבְדוֹת,
נִמְקוֹת מְאִי-דְיוֹק וְלֹא יִפְרִין מְקוֹמָן,
לֹא יִדְעוּ מְנוּחַ...

וניזכר אף בשיחתה של אֵלִיס עם המפטי דמפטי, שיחה שנסבה על ענייני לשון...

'כשאני משתמש במלה', אמר המפטי דמפטי בנימה של בוז ניכר, 'מובנה הוא בדיוק המובן שאני בוחר בשבילה – לא פחות ולא יותר.'
'השאלה היא', אמרה אליס, 'אם אתה יכול לכפות על מלים מובנים כל-כך רבים ושונים.'
'השאלה היא', אמר המפטי דמפטי, 'מי כאן הארון – זה הכול.'

...

127 השוו לדבריו של השופט יצחק אנגלרד על אחד מפסקי הדין המעמיקים והמתוחכמים ביותר של השופט חשין – עניין א.ש.ר., לעיל ה"ש 81 – שבו, אולי בהיותו בתחום מובהק של המשפט הפרטי, המימד האישי בולט פחות: "חברי השופט חשין איזן ותיקר ותיקן בלשונו זהב את עקרונות עשיית עושר ולא במשפט במערכת שלנו." שם, בעמ' 437.

'השאלה היא מי כאן האדון'... אשר לנו: בית-המשפט אינו ממציא השפה, ולא אנו ה'אדון' בלשונו של המפטי דמפטי. המושג תוס-לב נבנה מסביב לגרעין של 'תוס-לב', וסביבו של אותו גרעין יחוגו אירועים ומקרים הנמשכים אל מרכז הכבידה שלו. המשמעות הגרעינית היא שתקבע את תחום הפרישה של המושג. הכנסת אלמנט אובייקטיבי למערכת זו של תוס-לב תשבש את הסדרים מעיקרם.¹²⁸

ההיבט הערכי (וכפי שהדגמנו בפרק הקודם, אפילו האוטופי) שכה בלט אצל השופט חשין – היבט שהוא מורכב כשלעצמו, כאמור – הינו טפל להערכה של איכות משפטנותו. הדבר נכון לא רק בתחומי המשפט הפרטי,¹²⁹ שבהם החל חשין את דרכו באקדמיה,¹³⁰ אלא גם במשפט הציבורי, ובתוכו בתחומים של זכויות האדם.

32. על רקע זה אפשר לתהות כיצד הגאונות המשפטית של השופט חשין מתיישבת עם אותו אישון אינטואיטיבי המנחה אותו, וכיצד האוטופיזם של חשין – שמתבטא בנטייתו לפסוק לעיתים תוך היוועצות עם אישון מצפוני העריץ¹³¹ – מתיישב עם גאונותו המשפטית-האנליטית, שלכאורה מאפיינת ביסודה פעילות פרשנית, ולא נורמטיבית.

נדמה לנו כי התשובה לתהיות האלה היא שגם כאשר פסיקתו של השופט חשין היא אוטופיסטית, כלומר מבטאת באופן עמוק את השקפת עולמו ומצפוניו האישי בקשר לראוי מבחינה נורמטיבית, שימשו לו ההשקפות הללו בסיס לפיתוח דוקטיבי של כללי משפט. כלשונו של חשין בדברי פרדתו מבית המשפט העליון, דרך החשיבה שלמד ממוריו בבית הספר ובאוניברסיטה היא "מסודרת וממושמעת", "נקייה ו... אנליטית".¹³² אכן, השופט חשין מנביע פתרונות לשאלות משפטיות באופן רציונלי מתוך כללים: נורמות בדרגה מדרגית וברמת מופשטות נמוכות נובעות מנורמות בדרגה מדרגית וברמת מופשטות גבוהות יותר, אשר מונבעות בתורן מערכי יסוד, המבטאים כאמור – לא פעם בגלוי, ואפילו באופן מוצהר – את השקפותיו של חשין. הברק האנליטי של חשין אינו סותר אפוא את הרכיב המצפוני-האישי המובהק שבפסיקתו.

כפי שציינו בפתיחה, אוטופיה מתיישבת היטב עם הרמוניה, קוהרנטיות ועקיבות – פרט נובע מכלל, והפרטים והכללים תואמים אלה את אלה. שרירותיות ומקריות לא זו בלבד שאינן מאפיינות מחשבה אוטופית, הן סותרות את עצם מהותה. הסדר נקודתי הוא ראוי אם הוא משתלב היטב במכלול. ככל שנקודות המוצא הערכיות הן אישיות

128 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253–254 (1999) (ההדגשות במקור).

129 ראו, בין היתר, עניין א.ש.ג.ר., לעיל ה"ש 81; עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 86; עניין עיזבון ארידור, לעיל ה"ש 71; דנ"א 6407/01 ערצני זהב ושות' נ' Tele Event Ltd., פ"ד נח(6) 6 (2004); דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נו(2) 632 (2003).

130 ראו, בעיקר, מישאל חשין מיטלטלין בדיון הנוזיקין (1971); י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, ג' טרסקי עורך, 1977).

131 מישאל חשין "מילות פרידה" משפטים 271, 275 (2007).

132 שם, בעמ' 271–272.

ומקוריות יותר כן עולה מידת הכישרון המשפטי האנליטי הנדרשת כדי לבנות על יסודן בניין נורמטיבי שלם.¹³³ יתר על כן, שופטים אוטופיסטים אינם חופשיים מן העול של מכלול הנורמות המשפטיות הקיימות בשיטת המשפט.¹³⁴ הם אינם רשאים לגזור מערכת נורמטיבית אך ורק מערכי יסוד שהם יוצרים או מפתחים. עליהם ליישב את פסיקתם עם המערכת הנורמטיבית הקיימת, על כל מורכבותה ופרטי פרטיה. מבחינה זו קשה ותובעני יותר להיות שופט אוטופיסט מאשר להיות סתם אוטופיסט ואולי גם מאשר להיות סתם שופט. השופט חשין היה שופט אוטופיסט מבריק, שבנייני המשפט היציבים והמפוארים שהקים בנויים מלבנים המשלבות את האידיאלים שלו עם כללי המשפט הישראלי.

133 השוו למשנתו של דוורקין על אודות מלאכת השפיטה, הדורשת מהשופטים יכולת להיענות לנרטיב משפטי כולל. ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 60, בעמ' 239.

134 על פי גישה אחת, קיים קשר הכרחי בין כל אוטופיה לבין המשפט. לפולמוס בעניין זה ראו Shulamit Almog, *Literary Legal Utopias—Alexander's Visit to Kasiah and Law at the End of Days*, 12 UTOPIAN STUD. 164 (2001); Shulamit Almog & Amnon Reichman, *On Law and Utopia: Rules vs. Principles?—A Comment on Ramiro Avilés's Reply*, 14 UTOPIAN STUD. 143 (2003). השוו ל- Miguel A. Ramiro Avilés, *On Law and Utopia: A Reply to* Shulamit Almog, 14 UTOPIAN STUD. 132 (2003).