

”יד קלה על ההדק” – רטוריקה ואידיאולוגיה של ידע בשיח המשפטי של אימוץ כפוי

דיון בספר

מירה ברקאי ומילי מאסס, משמעות המושגים ”מסוגלות הורית” ו”טובת
הילד” בפסקי-דין של בית-המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים¹

יונתן יובל*

[א]

סוכני המשפט עובדים באמצעות קטיגוריוזיות, שדרכן הם מכירים את העולם ומעצבים את הידע שלהם עליו. אחד האופנים המשפטיים הטיפוסיים של הבנת העולם – וכשלעצמו, מניפולציה המופעלת במישור עיצוב הידע – הוא שיבור של הסגולות והתכונות האנושיות ויצירת תמונות חלקיות, מקומיות, אידיאולוגיות, של הפעילות האנושית.² דילמות משפטיות שונות נענות בתשובות שונות לשאלות ”מה נחשבי?” ו”מהו הדבר החשוב בהיות אנושי בתחום זה?” המשפט מעצב ידע, שבאופן טיפוסי אינו תרגום

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. הוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע”ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ”ח.
2. למונח ”אידיאולוגיה” משמעויות שונות בהקשרים שונים (שחלקן אידיאולוגיות כשלעצמן).
במובן הרחב ביותר הרלבנטי לענייננו, אידיאולוגיה נדרשת לבחירות ולהיררכיות הטעונות משמעויות ערכיות ופוליטיות, שהתרבות רוויה בהן, והמוצגות במסווה של שיח ניטרלי מבחינה ערכית. לדיון ראשוני ראו: Terry Eagleton, *Ideology: An Introduction* (Verso, London, 1991). טקסטי-היסוד בהקר מושג ה”אידיאולוגיה” הלשונית הוא: Michael Silverstein, “Language Structure and Linguistic Ideology”, *The Elements: A Parasession on Linguistic Units and Levels* (Paul R. Clyne, William F. Hanks and Carol L. Hofbauer - eds., Chicago Linguistic Society, Chicago, 1979) 193

מדויק של התשובות הניתנות לשאלות דומות בתחומי ידיעה שונים, משום שהמשפט הוא מערכת השואלת את השאלות ומבקשת להכיר את העולם לצרכים ומטעמים שונים מאשר תחומי עיצוב ידע אחרים. למשל: בנסיונו לקבוע קטיגוריות לאי-נשיאה באחריות מטעמי אי-שפיות המשפט מעוניין בתופעות של פגיעה מנטלית באופן שונה מזה של המדען או הרופא, ולפיכך – בידע מסוג שונה.³ עיצוב הידע המשפטי הוא תמיד מכשירי, וההחלטות המעשיות (במובן הפילוסופי המרחיב של practical) שהשחקנים על במת המשפט, ומאחורי קלעיו, ובניהם מקבלים – מניעות את עיצוב ידע זה ומונעות על-ידו. החלטות אלו מונעות על-ידי טעמים ושיקולים נורמטיביים, והמשפט מעוניין לא בתמונת-עולם מדעית אלא בתמונת-עולם שתשרת באופן הטוב ביותר את הטעמים הנורמטיביים הללו. לעתים קרובות – היות שהמשפט מתממש בעולם, מספר ובוטן את העולם – משתדלים שופטי לאמץ דרכי הבנת עולם חיצוניות (ואז השאלה היא, הבנה של מי?) לא מן הטעם שידע זה תקף יותר ממשנהו, אלא ששיקולים נורמטיביים דורשים כי דרכי הבנת העולם שבית-המשפט אוכף לא תהיינה זרות ומנוכרות לגבי המציאויות החברתיות שעליהן הן חלות.⁴ לעתים המשפט מתעלם במכוון ממערכי ידע עממי, מדעי או מומחה, ולעתים, בהיעדר ידע מדעי, הם עוקפים ידע על בסיס מערכת של פיקציות.

אך לא רק השיקולים הגלויים של מדיניות משפטית מכוונים את בית-המשפט בפעילות עיצוב הידע. הידע שבית-המשפט מעצב מכוון על-גבי תפיסות תרבותיות ואידיאולוגיות

3. ראו: Michael Moore, *Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship* (Cambridge University Press, Cambridge, 1983). דיון מעניין (אך בלתי-שיטתי) הניזון מנקודת-מבט שיפוטית נמצא אצל: Patrick Devlin, *Samples of Lawmaking* (Oxford University Press, Oxford, 1962). העיקרון שלפיו כל שיח וכל מערכת ידע מחויבים לפרה-סופוזיציות פרשניות התוחמות ומגדירות את הפעילות במסגרתם נוסח על-ידי Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (2nd rev. ed., Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall - trans., Crossroad, New York, 1989). ראו מנחם מאוטנר, "גדרת המשפט", עיוני משפט כג (תש"ס) 367.
4. דוגמא לכך היא הגישה החווית הידועה כ-relational contract theory. לגישה זו גוונים ורבדים שונים ולא כאן המקום לדון בהם, אך אחר מעקרונותיה הוא כי על בתי-משפט ללמוד דרכי אינטראקציה והתקשרות שקהילות שונות תופסות כיוצרות יחסים חובביים (obligatory) ולהכיר בהם, גם אם הללו אינם תואמים מודלים אנליטיים המוכרים בדין (למשל: הנרטיב של כריתת חוזה על דרך של הצעה וקיבול). עמדה זו נובעת במידה מרובה ממחקרים אמפיריים שחקרו הבנות נורמטיביות לא-משפטניות של אינטראקציות כאלו. ראו: Stewart Macaulay, "An Empirical View of Contract", *Wis. L. Rev.* (1985) 465; Charles J. Goetz and Robert E. Scott, "Principles of Relational Contracts", 67 *Va. L. Rev.* (1981) 1089. על יחסים בין משפט ולשון בהקשר זה ראו: Jonathan Yovel, "What is contract Law 'About'? Speech Act Theory and a Critique of 'Skeletal Promises'", 94 *Northwestern L. Rev.* (2000) 937.

המתפקדות ברובד עמוק ובסיסי יותר מאשר הנורמות המשפטיות במובן הפוזיטיביסטי.⁵ שאלות, כגון מיהו אדם פרדיגמטי? מיהו אדם חלקי? מיהו סוטה? את קולה של מי מדמויות הנרטיב השיפוטי בית-המשפט מאמץ על דרך של דיבור פסבדו-אובייקטיבי? אילו סוגי סיפורים מעדיף בית-המשפט לשמוע? אילו אסטרטגיות של טיעון ואמצעים נרטיביים מוצאים אצלו קשב? ואף שאלות כלליות יותר, כגון לאילו סוגיות מקדיש בית-המשפט את הקשב והדיון שלו ואילו הוא דוחק לשוליים? ולמי, בפילוח פוליטי, חשובות דווקא הסוגיות הגדוהקות?

שאלות אלו ואחרות אינן נידונות באופן שיפוטי ברובד הטקסט הגלוי. התשובות להן נמצאות בסכ"ה-טקסט הרטורי של החלטות שיפוטיות. השפה אינה מכשיר שקוף לייצוג תכנים נורמטיביים ועובדתיים (במובן הפוזיטיביסטי),⁶ היות שרובדי השפה עצמם מחויבים לעמדות אידיאולוגיות. כותבים - שופטים ואחרים - משתמשים במנגנונים לשוניים תיאוריים המחייבים אותם לבצע בחירות (מודעות ולא-מודעות) בין אלטרנטיבות כשהם מעצבים ידע, ובאמצעותו - את ה"עובדות" שעליהן "מחילים" את המשפט. לדוגמא: בפרשת אזולוס ג' מדינת ישראל⁷ מספר בית-המשפט את סיפורה של אשה שבעלה הרג אותה ואת מאהבה בניסיונות שמשום-מה מקובל להגדיר "על רקע רומנטי". במהלך תיאור המקרה הקצר מצוינת המנוחה בשני אופנים, ששניהם מתייחסים באופן אנאפורי לבעלה: "כ"אשת המערער" וכ"אשתו" (סה"כ 23 פעמים). שמה היה שרה אזולוס, אך אף במקום אחד אין היא מוזכרת בשם זה. קיימות דרכים נוספות לציין, שאף אחת מהן אינה מדויקת יותר או פחות מן האחרת, אך לכל אחת מהן מרכיב תיאורי המבטא בחירה בין מרכיבי זהותה האפשריים וממקם אותה בהקשר ספציפי: "המנוחה",

5. ראו מנחם מאוטנר, "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים", פלילים 1 (תשנ"ט) 11; James Boyd White, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism* (The University of Chicago Press, Chicago, 1990); James Boyd White, "The Judicial Opinion and the Poem: Ways of Reading, Ways of Life", *Heracles' Bow* (University of Wisconsin Press, Madison, Wis., 1985) 107; Peter Brooks, "Storytelling Without Fear? Confessions in Law & Literature", 8 *Yale J.L. & Human.* (1996) 1; Paul Gewirtz, "Narrative and Rhetoric in the Law", *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (Peter Brooks and Paul Gewirtz - eds., Yale University Press, New Haven, 1996) 2.
6. התיבה "נורמטיביים ועובדתיים" הושמה לשם הבהרה. איני טוען, שתחומים אלו מוציאים זה את זה או עצמאיים זה ביחס לזה.
7. ע"פ 3071/92 אזולוס ג' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 573. פרשה זו נידונה לא-מעט בספרות המשפטית ועוד הוד נטויה. ראו אורית קמיר, "איך הרגה הסכירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' וה'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקינטור בהלכת אזולוס", פלילים 1 (תשנ"ז-תשנ"ח) 137; שולמית אלמוג, "עניי המערער חשכו" - בין הנרטיבי לנורמטיבי", מחקרי משפט טו (תש"ס) 295; שולמית אלמוג, משפט וספרות (נבו, 2000), 96-57.

"הקרבן", בשמה־שלה, כבת זווה, אם אלו ואלה, המאהבת של השכן וכדומה. אי־הופעתה האוטונומית של המנוחה בסיפור שלא מתוך יחסי־התלות של זהותה בבעלה יוצרת־ומכוננת (construct) תפיסת זהות ברובד כמעט אונטולוגי: מהותה של אשה זו – בהיותה אשה לבעלה. הקוראת את פשעו של הבעל – קרי: הריגת אשתו – ממקמת אותו בהכרח על רקע תטאה־שלה ("בגידה"), שאינו רק חטא גורמטיבי או מוסרי כלפי בעלה או קשרי־הנישואין שלהם, אלא חטא אקסיסטנציאלי כלפי עצם זהותה. מרכיבי־שיח אלו והפונקציות הרטוריות שלהם הם צירים מרכזיים בספרן המרתק של מירה ברקאי ומילי מאסס, משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי־דין של בית־המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים, שעל־אף רזון תיאורטי מסוים הוא מחקר אמפירי מאיר־עיניים בביקורת נרטיבית־לשונית של האידיאולוגיה האשכנזית־בורגנית השלטת בתחום דיספלינרי זה בבתי־המשפט בישראל ושל המנגנונים הלשוניים המשרתים את האידיאולוגיה, ובעת ובעונה אחת מסתירים אותה.

[ב]

נטילת ילדים מהוריהם ומסירתם לאימוץ נגד רצון הוריהם הביולוגיים היא אחת מן הפעולות הפולשניות ביותר שהמשפט מבצע, וייתכן שהפולשנית ביותר מחוץ למשפט הפלילי. בישראל, המאפיינים המרכזיים בקבלת התלטה על אימוץ כפוי הם קביעת בית־משפט שההורים נטולי "מסוגלות הורית" – תנאי לאימוץ, המתגבר על חוקת ההחזקה בילד של ההורה או ההורים – ו"טובת הילד", שבית־המשפט רשאי להביאה בחשבון רק לאחר שהוכחה עילת האימוץ.⁸ כבר בתהילת מהקרון של ברקאי ומאסס עולה, כי מבחנים

8. חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293, סעיפים 13(7) ו-11(ב). להתקיימות עילת האימוץ כתנאי הכרחי המנותק משיקולי טובת הילד ראו, למשל, ע"א 2075/96 פלוגים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט (5) 476, שם נקבע כי "אין די בשיקול של טובת הילד כדי להכריז [הילדה] היא בת־אימוץ, אלא צריך, קודם כול, גם להוכיח לפני בית המשפט שהתקיים תנאי מן התנאים שנקבעו בסעיף 13 לחוק האימוץ, ובמקרה זה התנאי של חוסר מסוגלות הורית לפי סעיף 13(1) לחוק" (שם, 480).

עם זאת, עיון בסעיף 13 הנ"ל מלמד כי המשגת המסוגלות ההורית אינה בהכרח מנותקת משאלת טובת־הילד. סעיף־קטן 7 מגדיר מצב בו "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו" (ההדגשה שלי – י"י): כראוי למי, אם לא לילד? בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ (1) 48, מפרשת דעת הרוב, הליברלית יותר בהתרת אימוץ כפוי (השופטת דורנר) את החוק כקובע סדרה של חוקות, שטובת הילד מחזיקה בהן מעמד על: באין עילת־אימוץ החזקה היא כי טובת הילד היא בחיותו עם הוריו הטבעיים, אך חוקה זו ניתנת לסתירה. מוסיף השופט חשין, כי עילת־האימוץ עצמן, אף שאינן מכירות בטובת־הילד כעילה כשלעצמה, נגזרות ממנה: "כל העילות המנויות בחוק אין הן אלא בנות לאינטרס הקטין, ומאותו אינטרס בונות הן את עצמן" (שם, 106). לעומת זאת, דעת המיעוט הנמרצת של השופט גולדברג רואה בעמדה זו קיפוח של ההורים הטבעיים, והוא מפרש את החוק כהיררכיה נוקשה בין עילת האימוץ ושיקולי טובת הילד,

ומושגים אלו אינם מנותקים זה מזה: מסוגלות הורית נתפסת בדרך-כלל כיכולת לקדם את טובת הילד באופן שבית-המשפט מבין אותו ועל-פי המודלים הנורמליים של משפחה וחברות המקובלים עליו.

הטיעון המרכזי העולה מן המחקר הוא, כי לדינמיקות גרטיביות ורטוריות תפקיד מרכזי בהחלטות אימוץ בבית-המשפט העליון וכי על-ידי ניתוח טקסטואלי מפורט אפשר לחשוף עמדות אידיאולוגיות שבית-המשפט מקדם בפרשו את מבחני המסוגלות ההורית וטובת הילד. הניתוח עצמו מעלה מסקנות ביקורתיות במונחי עיצוב הידע, כפי שתואר לעיל: בית-המשפט אוסף מודלים פרדיגמטיים ושמרניים של התא המשפחתי, האדם הראוי ו/או השלם, באופן בלתי-הקשרי, על מגוון רחב של מצבים שונים. אופני שחזור המציאות של בית-המשפט אינם פתוחים לקבל מודלים אלטרנטיביים לתפיסת המשפחה הדואלית הגרעינית ויחסי ההורים-ילדים שמודל זה מנביע באסוציאציות תרבותית. תוך שימוש באמצעים רטוריים מעביר בית-המשפט את הדיון בהורים מניתוח של מסוגלות ללשון של אשמה. המחקר גורס, כי "הדיון בבית-המשפט נסב על דרכי שחזור שונות של המציאות, והחלטת בית-המשפט מתבססת על צורת השיחזור המציעה את הסיפור המשכנע".⁹ החוקרות מנתחות את האמצעים הרטוריים שבהם משתמשים פסקי-הדין ונוסף על כך בודקות אמצעים רטוריים חלופיים לייצוג העובדות. זאת עשו על-ידי החלפה מודרגת של ביטויים ויצירת "גרסאות אלטרנטיביות" לגרטיבים השיפוטיים. כך, למשל, הוחלף במקום אחד הביטוי "יש חשש" ב"יש יסוד", והביטוי "מעללי האם" - ב"מעשי האם".

כך ש"על בית המשפט לבדוק אם קיימת עילת אימוץ לפי החוק קודם לבדיקת טובת הילד" (שם, 86); והוא מצטט בהסכמה "כלל גדול" מתוך בג"ץ 243/88, בשג"ץ 168/88 ואח' קונסלוס ואח' נ' ש' תורג'מן ואח', פ"ד מה (2) 626, לפיו "קיומן של אחת מעילות האימוץ המנויות בסעיף 13 ... הוא תנאי מקדמי וראשוני להכרות הילד כבר-אימוץ, באין הסכמת ההורה, והשיקול של טובת הילד בסוגיית האימוץ מקומו רק לאחר שהתקיימה ומצויה עילה מעילות האימוץ המנויות בסעיף 13 האמור" (ההדגשות במקור - י"י) (שם, 639). גם השופט ד' לוי גורס בדעת-מיעוט כי "משנכונה האם הביולוגית במסוגלות הורית ... אין ליטול ממנה את הילד ולמוסרו לאימוץ, אפילו אם זה מטובת הילד בשלב הזה, ואפילו הוריו המאמצים יכולים להעניק לו מכל טוב ובשפע רב" (שם, 83). לטעמי נראה כי הפיתרון הנכון הינו, שעילות-האימוץ האמורות מחייבות סף מינימום של דאגה לרווחת הילד (רגשית, חינוכית, כלכלית) ומבחינה זו הן אכן מבטאות את אינטרס טובת הילד, אך מעבר לרמת-סף זו הן אינן מרשות להביא בחשבון את טובת הילד "העודפת" כנגד חייו עם הורה/הוריו הטבעיים.

9. ברקאי ומאסס (לעיל, הערה 1) דנות בנפרד בהקשרים משפטיים-נורמטיביים ובהקשרים הלשוניים וה"אסתטיים". הייתי מציע להחליף את הפרדיקט "אסתטי" ב"רטורי" וב"גרטיבי" (לפי ההקשר), המדויקים יותר בהקשר זה. הדוגמאות שהמחקר מציג הן דוגמאות רטוריות מובהקות (בין השאר ביטויים עמוסים קונוטציות ערכיות, רגשיות ופסיכולוגיות. ראו להלן).

10. שם, 7.

הביטוי "פגעה", המייצג התנהגות באופן אובייקטיבי, החליף את הביטוי "התנכלה" המייחס מוטיבציה פסיכולוגית לאם. המשפט "האם לא טרחה לבקר את בנה" הוחלף במשפט "האם לא ביקרה את בנה".¹¹ באופן כזה "נוקו" טקסטים מאלמנטים רטוריים המוטים לכיוון מסוים ומאסוסיאציות של אשם, הונחה וכדו', כמו גם מאמירות חד-משמעיות ופוסקניות בעניינים אלו. הגרסאות האלטרנטיביות הוצגו לקוראים שונים ששימשו מדגם למחקר.¹² הקוראים נתבקשו לומר, האם וכיצד משנה המניפולציה הרטורית (הייגו: ביצוע שינויים לגבי הטקסט המקורי) את משמעות הטקסט, את הסיפור? באופן ברור נטו הקוראים לייחס לביטויים המוחלפים אפקטיביות באפיון הדמויות (באופן טיפוסי, בהצגת ההורה באור שלילי). באשר לטקסטים שנבחרו הורו הממצאים, כי גרסת בית המשפט נטתה להחמיר ברובד הרטורי עם ההורים ולהציגם לא כאנשים שנקלעו למצבים אלא כאחראים למצבים אלו. כך, למשל, באחד הטקסטים שונה המשפט "הגורמים המטפלים לא זכו לשיתוף פעולה מצדה של האם" למשפט "הגורמים המטפלים לא הצליחו להביא לשינוי בתפקודה של האם".¹³ 29 מתוך 36 קוראים קבעו, כי הטקסט המקורי של פסקה הדין מציג את ההורה באור שלילי ומאשים אותו בסיטואציה.

עם זאת, חשוב להדגיש – והמחקר אינו עושה זאת – כי גם הטקסט האלטרנטיבי אינו חסר אפקטיביות רטורית, סיבתית ואף אתית. אם הטקסט המקורי מתאר "גורמים מטפלים" תמימים ואם שהביאה על עצמה את צרתה, מתאר הטקסט האלטרנטיבי "גורמים מטפלים" שנכשלו במאמציהם, שיתכן כי הם חסרי-מסוגלות ובכל מקרה הם הצד הפעיל, לא הסביל, בכשלון מאמצי התפקוד. הוא שנאמר לעיל: שפה ניטרלית, נטולת רטוריקה, אינה קיימת. תכלית פרוייקטים ביקורתיים אינה צריכה לטהר נרטיבים שיפוטיים מרטוריקה, אלא להביא לידי מודעות רטורית שתקדם רטוריקה הוגנת.¹³ מחקרן של ברקאי ומאסס הוא צעד חשוב (גם אם מוגבל בהיקפו) בויהוי אלמנטים רטוריים וטכניקות

11. המחקר מבדיל בין לשונו של השופט ובין ציטוטים הטובאים בפסקה הדין מפי אחרים. המניפולציות הרטוריות האלטרנטיביות נעשו רק בלשון השופט. כאן המקום להעיר, כי ציטוט כשלעצמו הוא מניפולציה רטורית רבת-רבדים. הציטוט אינו "שם, בעולם", אלא בחירה של מקטע מתוך ההכנסות האפשריות של קטעי-עולם לחלל השית של בית המשפט. את מי בוחר בית המשפט לצטט? למי הוא מאפשר לדבר בלשונו בדיבור ישיר, לכאורה בלתי-מתווך? כיצד הוא עורך את הציטוט והיכן הוא ממקם אותו? שאלות אלו נכללות באותן קטיגוריות רטוריות שמחקר זה, ומחקרים דומים לו, עוסקים בהן. בין השאר ראו: *Masson v. New Yorker Magazine*, 881 F2d 1452 (9th Cir. 1989). לדיון במקצת מן האספקטים ראו: Scott C. Herlihy, "Actual Malice and Direct Quotations: The Constitutional Right to Lie", 65 *Notre Dame L. Rev.* (1990) 564.
12. המדגם היה קטן (36 קוראים, שלושה טקסטים) ולא היה אפשר לכמתו מבחינה סטטיסטית. הקוראים היו סטודנטים, שאין להם נגישות מיוחדת למשפט או הכשרה בקריאת טקסטים משפטיים.
13. לדיון ביקורתי בתפיסת ה"אתיקה של הנרטיב" ראו אלמוג (לעיל, הערה 7), 80-85, והספרות המצוינת שם.

רטוריות בפסקי־דין העוסקים באימוץ ילדים. אין הוא עונה – ולא זו היתה כוונת מחברותיו – לאתגר הקשה והמורכב של דרישת ההוגנות הרטורית כלפי הכלים האגליטיים הנדרשים לבחינתה. עם זאת (בבחינת סייג לסייג), גם כיוון כזה מוצג במדגם. מסתבר, כי פסקי־דין עשירים ברטוריקה אמוטיבית נוטים לפסוק לרעת ההורים. טקסטים שקביעותיהם פחות תדומשמעיות ברובד האמוטיבי (שעניינו עמדות ערכיות ביחס לנורמות של הורות) נוטים לשפוט הורים שחיהם אינם תואמים מודלים נורמטיביים בפחות הומרה מאשר טקסטים עתירי־רטוריקה. במדגם הועיר המובא במחקר זה – כך נטען – השפיע הדבר גם על תוצאת המשפט הסופית.¹⁴

[ג]

ממצא נוסף של ברקאי ומאסס הוא, כי בית־המשפט נוטה לתאר את המשפחה באופן שמרני, מובוליטי וחד־משמעי, תוך פקפוק, ואף התעלמות, מאפשרויות של קיום מסוגלות הורית – הנתפסת במונחים בינאריים של "הכול או לא־כלום" – וקידום טובת הילד במשפחות שאינן משפחות פרדיגמטיות. נדמה, כי השיח הנורמלי הוא של משפחה גרעינית הטרוסקסואלית בורגנית, כלומר: תא משפחתי הנמדד במאפיינים ביהיביוריסטיים ולא בהכרח ביכולתו לספק לילד אהבה, הגנה ותנאים להברות נאותה גם באמצעות מאפיינים אלטרנטיביים. אמנם, בתחום זה קיימת מתלוקת תיאורטית בין אנשי מקצוע: מחד גיסא, ישנם הטוענים, כי האינטרס הברור של הילד הוא לגדול בהתאם לערכי החברה שבמסגרתה יהיה ואשר על כן עדיף תא משפחתי המשקף ומקדם ערכים אלו (מצבים טעונים במיוחד

14. נוסף על כך ייאמר, כי המחקר ביקש מקוראים לנתח את תגובותיהם לביטויים ספציפיים ולא בחן באופן הוליסטי באיזו מידה היתה מסקנת ההליך השיפוטי – סיומו של הסיפור – מושפעת בפועל מאמצעים רטוריים אלו. המחקר הניח, כי אמצעים רטוריים אינם ניטרליים במסגרת הנרטיב המשפטי וכי הנרטיב עצמו אפקטיבי בהכוונת המסקנה השיפוטית. טענה אחרונה זו לא נבדקה: לא הונחו בפני קוראים משפטיים (כולל קבוצת־ביקורת) טקסטים שלמים שעברו מניפולציות רטוריות מודרנות כדי לבחון באיזו מידה, אם בכלל, ישנו הקוראים את מסקנתם הסופית ולא רק את עמדתם והערכתם כלפי הדמויות וסיפורן. בלא רכיב זה, שקשה מאוד לבדוק, אין הטיעון הביקורתי שלם (ככל שהוא מבקש להתבסס על נתונים אמפיריים ולא על תובנות ביקורתיות). אחד מיסודות הלגיטימציה של שיפוט על־ידי שופטים הנתפסים כמומחים (להבדיל ממושבעים) הוא יכולתם הנטענת להתעלם לפחות מחלק מן המניפולציות הרטוריות המשפיעות על קוראים (ושומעים) שאינם בעלי "מומחיות" בדבר. השופטים אינם רק מספרי סיפורים, אלא גם צרכני סיפורים שהצדדים וגורמים אחרים מספרים להם (וראו מאוטנר וברוקס (לעיל, הערה 6)). ייתכן שברקאי ומאסס ניסו ליישם כיוון מחקרי זה בעתיד ונצא כולנו נשכרים (אין זה ברור – לפחות לי – מהם מאפייני מומחיות זו בדיוק, אך ברי כי השופטים עצמם, ולמצער חלקם, מתייחסים אליה כאל מרכיב מרכזי של העשייה השיפוטית. ראו, לדוגמא, דברי השופט אגרט בע"א 65/49 פריזלר נ' וויס, פ"ד ה' 878, עמ' 892).

חלים בחברות-מהגרים במצבים של פער בין-דורי.¹⁵ מאידך גיסא, מחקר קודם של מאסס בוחן מאפיינים ישירים של טובת הילד – סובייקטיבים ואמוצינוליים בדרך-כלל – המקודמים במסגרת תאים משפחתיים בלתי-פרדיגמטיים, כהורים הומוסקסואלים.¹⁶ רשימה זו אינה המקום להיכנס לעובי הקורה בשאלה, באיזו מידה חברות נאותה תלויה בתא משפחתי פרדיגמטי (מחד גיסא, נוצר פוטנציאל ברור להתנגשות ערכית מול מוסכמות חברתיות מגיל צעיר, ומאידך גיסא, עשויים בהחלט להתקיים המאפיינים החשובים של אהבה, הגנה, תנאים להתפתחות וכדו', חברות אינה זהה לקונפורמיזם). מבחינה דוקטורית-משפטית יש להדגיש כי הדיון בטובת הילד אמור להיות בלתי-רלבנטי בנקודה זו, מכיוון שעילת אימוץ אינה תלויה בסוגיה של טובת הילד, אלא בשאלת המסוגלות ההורית. אך כפי שנטען לעיל, אין בית-המשפט מפריד תמיד בין שני מבחנים אלו ויש והוא בוחן את המסוגלות ההורית לפי היכולת לקדם את טובת הילד. הנקודה הביקורתית החשובה העולה ממחקרן של ברקאי ומאסס (וממחקרים אחרים שהן מצטטות) הוא, כי בית-המשפט מבצע אידיאולוגיזציה של מודלים פרדיגמטיים של התא המשפחתי. פירושו של דבר הוא, כי בית-המשפט מכליל, תוך הענקת ערך, את נסיבות החיים המוכרות בדרך-כלל לשופטותיו ולשופטיו ומתייחס אליהן כאל מודל הראוי לחיים נורמליים. חיים במסגרת מודלים אלטרנטיביים נתפסים – כך עולה מן הלשון הנרטיבית-משפטית – כחיים בדרגות שונות של סטייה. כאמור, בית-המשפט נוטה להאשים בסטייה את ההורים, אף שמבחינה דוקטורית שאלת האשם או האחריות לסטייה כלל איננה רלבנטית לשאלת המסוגלות ההורית. ברקאי ומאסס מתארות נסיונות של הורים להציג דרכים אלטרנטיביות לתא המשפחתי הפרדיגמטי שעדיין יקיימו מסוגלות הורית – בדרך-כלל, בסיוע סוכנויות-סעד שונות – וכי הנטל המוטל עליהם להפריך את חזקת הזהות בין מסוגלות הורית ובין המודל הנורמלי כמעט שאינו ניתן לנשיאה, גם באותם מקרים שבהם מובא לפני בית-המשפט ידע אלטרנטיבי שעניינו תפקוד נאות של הורות בלתי-פרדיגמטית.

בנקודה זו אנו שבים לנקודת-הפתיחה. האידיאולוגיזציה של מודלים משפחתיים נורמליים מחייבת עיצוב ידע שיבסס אותה ברמת השית. על-אף שלל המומחים ואנשי המקצוע המופיעים בפני בית-המשפט (שגם הידע שהם מנסים לשווק הוא ידע אידיאולוגי), תפקיד עיצוב הידע הסופי, הטיפול בשאלה "מה נחשב?" הוא בידי בית-המשפט. כפי שנטען לעיל, זהו אחד המאפיינים התורתי-משפטיים המרכזיים (והפוליטיים ביותר) של השיטה המשפטית. מאפיין זה – כוח זה – מטיל על בית-המשפט אחריות להתייחס בביקורתיות לידע שהוא כופה על העולם הנתון לשיפוטו. הסתרת הידע הזה, הסתרת השיקולים הערכיים באמצעות מבנים רטוריים, היא אי-הוגנות נרטיבית. בית-המשפט מעצב ידע, ותמיד יעשה זאת. מחובתו להיות מודע וליידע את הקהילה שבמסגרתה הוא פועל בהטיות האידיאולוגיות המכוונות את עיצוב הידע על-ידיו.

15. פול ד' שטיינהאואר, "הערכת כושרי הורות", חברה ורווחה 1 (1985) 131.

16. מילי מאסס, "טובת הילד" – על הבחירה הערכית ותפקיד המומחים", חברה ורווחה טו (1995) 415.

[ד]

כיצד יש לקרוא החלטות שיפוטיות? הקונבנציה הפדגוגית בבתי-ספר למשפטים היא התמקדות בניתוח המשפטי תוך התעלמות מהנרטיב, או במקרה הטוב - שימת דגש קל עליו. הבחנה זו נתמכת על-ידי האידיאולוגיה הטקסטואלית של פסקי-דין: מבחינה מורפולוגית, מקטעים טקסטואליים מסוימים מתיימרים לעסוק ב"עובדות" (לעיתים קרובות תחת כותרת זו), ואחרים - ב"מסגרת הנורמטיבית", היינו: בדין.¹⁷ ההבחנה המיתודולוגית (היעילה לצרכים שונים) מטעה את הקוראת (וייתכן שגם את הכותבת) לחשוב על מקטעים אלו במונחים של קטיגוריוזיה דואליסטית, עובדה לעומת נורמה. אף מבלי להיכנס לעובי הקורה של ביקורת החשיבה הדואליסטית בהקשר זה, מבקרת האנליזה הנרטיבית של פסקי-דין את ההבחנה בין עובדה לגורמה ברמות שונות של חומרה. מחקרן של ברקאי ומאסס מתמקד ברובד הלשוני והרטורי ומראה כיצד מניפולציות רטוריות "דוחפות" מסקנות משפטיות מסוימות באופן כזה שהדין הדוקטוריני נדחק לשוליים וכי מניפולציות אלו מחויבות בתורן לאידיאולוגיזציה של ידע נורמלי על "מהות" התא המשפחתי. זו עבודה משובחת בריאליזם משפטי: אם המשפט הוא מה שבתי-המשפט מייצרים, אזי ההטיות האידיאולוגיות ה"דוחפות" החלטות שיפוטיות הן חלק מן המשפט לא פחות - ולעיתים אף יותר - מן הנורמות המשפטיות במובן הפוזיטיביסטי.

ספרן של ברקאי ומאסס כתוב גם הוא מנקודת-מוצא אידיאולוגית. ביקורתן מכוונת לקלות-היתר שבה נוטלים בתי-משפט ילדים מהורים שאינם מקיימים את תנאי המורל הפרדיגמטי של התא המשפחתי בעילה של חוסר-מסוגלות הורית, כמו גם לפרשנות שמרנית ועתירת-מוסכמות של מושג "טובת הילד". לכותב שורות אלו אין כל "מומחיות" - עוד מבנה אידיאולוגי של הצדקת ידע - בסוגיה זו או בדיני משפחה, בכלל. ככל שהדבר נוגע לדוקטרינה, איני נוקט עמדה לגבי שאלת המדיניות השיפוטית הראויה בסוגיה זו. ענייני הישיר הוא בביקורת הדינמיקות הנרטיביות והאידיאולוגיות אשר להן - ובכך ברקאי ומאסס משכנעות בהחלט - השפעה מכרעת על הרציונליזציה של תהליך קבלת ההחלטות השיפוטיות. המדגם המתואר במחקר זה הוא קטן ושיטת-המחקר צנועה, ואף שהוא מעלה הקשר טוב לכל השאלות שהועלו לעיל, אין הוא יכול להתיימר להגיע למסקנות חד-משמעיות בסוגיה (והוא אינו עושה כן). מנגד, המחקר מספק מקרה-בוהן מעניין ליישום ביקורתי של אנליזות מתחום הלשון במשפט (law & language), בצירוף תמיכה בתובנות התיאורטיות החשובות של פרדיגמה מחקרית זו.

[ה]

אם הטענה הראשונה שנטענה ברשימה זו נכונה - היינו: מרכזיות עיצוב הידע והמניפולציות שהוא גורר בעשייה השיפוטית - אזי נסיונות ביקורתיים "לשחרר" את העשייה השיפוטית מן הנרטיב ומן הרבדים האידיאולוגיים של עיצוב הידע אינם רק

17. לנרטיבים נוכחות בשני החלקים, וחלק מן המניפולציות הנרטיביות המרכזיות והקשות יותר לאיתור נמצאות בניתוח הדוקטוריני. ראו מאוטנר (לעיל, הערה 5), 16, והדוגמאות המובאות שם.

בלתי־רצויים, אלא בלתי־אפשריים. העשייה המשפטית מחייבת נרטיבות מכיוון שהיא מחייבת הכרת־עולם באופן שאינו בלתי־אמצעי.¹⁸ על העשייה הביקורתית להתמקד אפוא במשמעויות האידיאולוגיות והפוליטיות של הנרטיבות. היינו: אם מערכת של "שלטון חוק" היא כזו המחייבת קבלת החלטות על בסיס הישמעות לנורמות משפטיות (במובן הפוזיטיביסטי ואף הדבורקיניאני), הרי שעקרונות המערכת הזו צריכים לחול גם על הנרטיבות עצמה. כך, למשל, מספרת הסיפור (נניח, שופטת) חייבת להתייחס בהגינות נרטיבית לכל הדמויות שבסיפורה (ואולי אף לאלו שאינן מופיעות בו).¹⁹ דרישה כזו אינה מנטרלת פסק־דין והליכים שיפוטיים מנרטיבות, אלא מכניסה את הנרטיבות עצמה לגדר תפיסה שלמה, ביקורתית ולא־פורמליסטית של מושג "ההליך ההגון" (narrative due process), שדיון מלא בה ידרש להודמנות אחרת.²⁰

18. אין זה המקום להידרש לשאלה הפילוסופית, האם קיימים אופני הכרת־עולם שאינם אמצעיים? ומהי בכלל המשמעות של הכרה כזו? השאלה המעניינת בהקשרנו אינה אם אנחנו מכירים את העולם "כמות שהוא", אלא מהן המשמעויות הפוליטיות של בחירות שמוסדות פוליטיים כבתי־משפט עושים בין הכרות־עולם שונות.

19. כאן המקום לציין, כי השופטים אינם מספרי הסיפורים היחידים במשפט, והם־עצמם צרכני סיפורים. תפיסה אתית־נרטיבית שלמה תחייב גם עורכי־דין לנורמות של הגינות נרטיבית. נורמות כאלה קיימות במידה מסוימת בשיטות אחרות, למשל: בתפיסת תפקיד התובע הפלילי במשפט הגרמני, המחויב לשקול ולהביא בפני בית־המשפט נקודות לזכות הנאשם שאינן עולות מן ההגנה.

20. ראו יונתן יובל, "צדק נרטיבי", מחקרי משפט (עתיד להתפרסם).