

צדק נרטיבי

יונתן יובל

פסק-הדין אינו בא בבת-אחת, מהלך המשפט הופך לאיטו להיות פסק-הדין. קאפקא, המשפט

- א. עיצוב הנרטיב כמעשה השיפוט: הצומת הבלתי-מרומזר של סיפור ודין** 1. על ניכור והזרה: הנרטיב המשפטי כטקסט אידיאולוגי 2. של מי הקול הזה? הדיבר המרובד והקול הפסוודו-אובייקטיבי 3. האשה, האיש והמוות: קוהרנטיות, זמן, וריתמיקה 4. שמות, אפיון דמויות ואידיאולוגיה 5. הסיפור החלופי: קוהרנטיות פנימית וחיזונית 6. קהילות-שיח, ניכור והזרה ♦ **ב. צדק נרטיבי** 1. לקראת תפיסה נרטיבית של עקרון ההליך הראוי 2. "זכות נרטיבית" כעילת ערעור 3. "הליך ראוי נרטיבי" ורפורמה של תפיסת האתיקה המקצועית של עורכי-דין: על החובה לספר סיפור הוגן 4. נרטיביות ותורת-משפט: לביקורת הדואליזם ובעיית היישום של נורמות בעובדות ♦ **ג. מגבלות, הבטחות, תהיות** 1. על מגבלות הניבוי: עינויים, חטיפות והחיפוש אחר הגביע הקדוש

א. עיצוב הנרטיב כמעשה השיפוט: הצומת הבלתי-מרומזר של סיפור ודין

1. על ניכור והזרה: הנרטיב המשפטי כטקסט אידיאולוגי

"בראותו את הרועים מתקרבים עם עדרם לקח את ילדיו אל העדר כדי שיהנו הילדים מהכבשים, ואחר כך נשכב לנוח."
ע"פ 26/89 זאב נ' מ"י¹

* המחבר הוא מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. הוקרתי ותודותי המתמידות נתונות למרים נאור ולחיים צדוק, שהדריכוני באומנות האירונית והמורכבת של "האזנה לעובדות". תודותי המאליפות לדין סיימון, לסנדי קידר, לשולמית אלמוג, לתלמידותי ולתלמידי, לחברות ולחברים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, שבשיחותינו ביקרו והעשירו את התובנות הנידונות במאמר זה. צבי ריש העמיד לרשותי את החלק שהותר לפרסום מפסק-הדין בעניין *פלזנים* הנידון להלן, וחומרים נוספים שלא פורסמו נאספו על-ידי עביר בכר ונעמי הררי. פנינה אלון עמלה על עריכת המובאות. תודתי לכולם.

1 פ"ד מג(4) 631, 656 (להלן: עניין זאב).

יונתן יובל

"[בראותה] קבוצת רועי צאן ערביים... ראתה הגב' מנצור להכניס את ילדיה לתוך ביתה ולטלפן אל רכז הביטחון השוטף הצבאי (הרבש"צ) של היישוב, וליידע אותו על המצב."
ע"פ 26/89 זאב נ' מ"י²

לכל סיפור יש אנרגיה וכיוון משלו. מתחילתו, הסיפור יכול להתפתח לכיוונים שונים; עם התקדמותו, נתיבים נרטיביים נטבעים ומעוצבים, זרעי הסיום נזרעים, וחלופות ההתפתחות הולכות ומתגבשות. לסיפורים שיפוטיים יש בדרך-כלל מבנה המתמקד בקשת הולכת וצרה של סיומים קוהרנטיים, הנדמים "טבעיים", המחברים בין סיפור המעשה לשיפוט. על המחברת-השופטת לשכנע את הקורא לא – ולמצער, לא רק – בתקפות התזות המשפטיות שהיא מיישמת, אלא בקוהרנטיות הספרותית של הנרטיב, בהגיון הסיפור שהיא מספרת ביחס לציפיות הקוראים והנחות הרקע שלהם. (להלן יובחנו שני מובנים שונים ל"קוהרנטיות" בהקשר זה.) אריסטו גרס כי תפקיד הנרטיב הוא למקם את סיומו כנובע מן התנופה והדחף המרכזיים של הסיפור, וכי הסיום זורה אור – בדיעבד – על המרכיבים הנרטיביים המטרימים אותו, ואף מגדיר מחדש את יסודות הסיפור במונחי סיומו. הטענה שתיבחן למרכיב במאמר זה הינה כי בניית הנרטיב השיפוטי אינה מהווה רובד עובדתי "אובייקטיבי" שכללים משפטיים "מיושמים" בו, אלא שבניית הנרטיב היא-היא העבודה השיפוטית המנביעה, לפחות בקטיגוריות רחבות של מקרים, את סיומו השיפוטי של הסיפור.³ במילים אחרות, מאמר זה ינסה לבסס את התזה כי אופני הסיפור, אופני הארגון של ההתרחשויות ושחזור המציאות בחלל המשפט ובפסק-הדין הטקסטואלי במיוחד, אינם תהליך עצמאי ביחס למעשה השיפוט. במקום לטעון את הטענה באופן תיאורטי, ייבחנו בחלק א של המאמר כמה מנגנונים נרטיביים לפרטיהם, ותבוסס הטענה כי פסק-הדין הינו טקסט אידיאולוגי במהותו (כלומר, האופי האידיאולוגי של הנרטיב השיפוטי אינו בגדר חריגה ממאפיין כללי יותר),

2 שם, בעמ' 634-635.

3 כפי שהמשל על שער החוק במשפט של קאפקא הינו המפתח להבנת הרומן, כך ניתן לקרוא את הרומן עצמו כמשל על החיבור בין משפט וחיים, משפט והתרחשויות. (קשה להימנע מגרירת המטפורה הלאה, וראיית יוסף ק' בספר כמודל אירוני, מבהיל, לכל אדם המבקש כמוהו "לגעת" במשפט.) המשפט בנוי כסדרה מחזורית הולכת ומתגברת של נסיונותיו של יוסף ק' להגיע אל המשפט שהוא נאשם במסגרתו, להיווכח בקיומו, לאתר אותו ולמקם אותו, לגעת בו. האמצעים שהוא נוקט בהם הינם פיתוי, תחנון, רציונליזציה, הפחדה, אהבה, בילוש, ריגול, סחיטה, היתממות. כוח כלשהו השתלט על חייו, ויוסף ק', לאחר תקופת חניכות קצרה, מנסה לאמץ לעצמו במגושים אותן שיטות תכסוסיות (מניפולטיביות) שהוא מייחס ל"בית-המשפט". וזו הנאיביות הגדולה שהוא חוטא בה: המחשבה שקיימת באופן כלשהו, בקוסמוס החברתי, שקילות-כוחות בסיסית; שפתוחות לפניו, בכוח אם לא בפועל, דרכי הפעולה של המערכת המוחצת אותו. ק' אינו מצליח לגעת במשפט כי טבעו המדויק של המשפט הוא שאינו נגיש ואינו מוחש. (אנו זוכרים את התרברבותו של צייר בית-המשפט ואת האשליה שהוא מציג לפני ק': ממש לראות את בית-המשפט.) ק' מחפש את הדבר הלא-נכון, שואל את השאלה הלא-נכונה. הוא מניח, כפי שגם הקוראת מניחה לאורך חלק מן הדרך לפחות, שאכן קיים בית-משפט שמתנהל בו משפט נגדו, ושמוסד זה קיים באופן דיסקרטי, כלומר, באופן נפרד מחייו. באופן הדרגתי הקוראת זוכה בראייה שיוסף ק' עיוור לה: שהמשפט הוא-הוא חייו, שהבחנה בין המשפט לחיים היא חזיון-עתועים.

צדק נרטיבי

אף-על-פי שמאפיינים צורניים שלו מטשטשים לעיתים אופי זה.⁴ האופי האידיאולוגי של הנרטיב השיפוטי כפי שאנו מכירים אותו הינו תכונה מכוונת שלו, ולא "רעש רקע", ונסיונות ל"דה-נרטיביזציה" של פסקי-דין פירושם בדרך-כלל הסתרת הנרטיב והטיותו האידיאולוגיות. אי-לכך ייטען בחלק ב כי הנרטיב הינו מושא להחלה של עקרון ההליך הראוי (due process) על האופן שסוכני המשפט מספרים בו את סיפוריהם – השופטים, ואפילו פרקליטים. דרישה זו מעניקה לאתיקה המקצועית אופי שונה, פחות פורמלי ומוכוון-כללים. בחלק ב ייבחנו גם ההשלכות התורת-משפטיות של הביקורת הנרטיבית, בעיקר ככל שהיא נוגעת בשְנויות נורמה/יישום: לכל נורמה, כך ייטען, יש מימד נרטיבי פנימי, מודל מופשט יחסית, ו"יישום" אינו במקרים רבים אלא בנייה דיאלקטית, מבנית ותוכנית של הנרטיב השיפוטי כחיבור בין הנרטיב הפנימי של הנורמה לבין ארגונו של סיפור ההתרחשויות – "העובדות" – במרחב חלל-זמני.⁵ הנרטיב השיפוטי בנוי באופן טלאולוגי, מכוון-יישום: אין לבית-המשפט טעם בסיפור-מעשה שמבנהו הנרטיבי אינו מאפשר לזהות בו את המבנה של המיני-נרטיב שבנורמה. בין השאר, בית-המשפט עושה שימוש באמות-מידה של רלוונטיות כדי לבנות את הנרטיב באופן שהקורא – בית-המשפט עצמו ואחרים⁶ – ישתכנע בקוהרנטיות שלו. בחלק א של מאמר זה מופרדים שני מובנים של "קוהרנטיות", שכל אחר מהם ניזון מתפיסת רלוונטיות משלו, ואנו קוראים, למשל, כיצד שני שופטים היושבים בדין באותו עניין מרכיבים נרטיבים שונים (וגם מגיעים למסקנה שיפוטית שונה), בין השאר על-ידי שימוש בשתי תפיסות שונות של קוהרנטיות: קוהרנטיות פנימית, המתייחסת לסיפור עצמו, וקוהרנטיות חיצונית, המתייחסת לכוחו השכנועי של הסיפור, תוך מיקומו ביחס לרשת תרבותית של ידע-רקע המיוחס לקוראיו, או למצער לחלק מהם – החלק הנחשב, החלק המהווה את קהיליית-השיח של פסק-הדין, לעומת הקוראים המנוכרים ממנו. הטענה הכללית שבבסיס גישה זו הינה כי בסוג כזה של מקרים, המנגנון השכנועי העיקרי

4 למונח "אידיאולוגיה" יש משמעויות שונות בהקשרים שונים (שחלקן אידיאולוגיות כשלעצמן). במונח הרחב ביותר הרלוונטי לענייננו, אידיאולוגיה מתייחסת לבחירות והיררכיות טעונית משמעויות ערכיות ופוליטיות שהתרבות רוויה בהן, והמוצגות במסווה של שיח ניטרלי מבחינה ערכית. בחירה "אידיאולוגית" פירושה בחירה העונה על השאלה: "מה נחשב בתופעה זו בהקשר זה?" באופן טיפוסי, הטיות אידיאולוגיות אינן שקופות לקוראים, אלא מסוות את עצמן במסווה של שפה ניטרלית. Terry Eagleton מאפיין אידיאולוגיה כמכלול ההאמנות, התובנות, וסברות השכל-הישר המהוות את הגישה השלטת בתרבות מסוימת לנושאים מסוימים. ראו: T. Eagleton *Ideology: An Introduction* (London 1991). טקסט-היסוד בחקר התופעה של אידיאולוגיה לשונית הינו: M. Silverstein "Language Structure and Linguistic Ideology" *The Elements: A Parasession on Linguistic Units and Levels* (R. Clyne, W. Hanks and C. Hofbauer eds., Chicago 1979) 193. לדיון בהיבטים האידיאולוגיים של לשון מתארת, מייצגת ומציינת, ראו להלן.

5 לאחרונה נפוץ השימוש בביטוי "synergy" – איחוד שמתוך התמזגות שתכונותיו אינן ניתנות לרדוקציה לתכונות של כל אחד ממרכיביו המכוננים (למשל, התוצא (אפקט) הנוצר משימוש ב"סל" של תרופות שונות או ממיזוג חברות). זה ביטוי פורה, אף כי השימוש בביטוי "דיאלקטיקה" נוח לי כאן, כי אני מבין בו יצירת מיזוג בין שני עקרונות שונים השומר על חלק מתכונות מרכיביו, ובאותה עת מעביר אותם שלב, למישור התייחסות אחר (אף אם לא בהכרח "גבוה" יותר, ב"שימה-לעל" אצל היגל).

6 ראו להלן הערה 9.

יונתן יובל

אינו אמינותה ההסתברותית של יחידת-מידע זו או אחרת – המוקד העיקרי של התיאוריה של דיני הראיות – אלא כוחו השכנועי של המבנה הרטורי כולו, יכולתו לעמוד בתחרות מול מבנים רטוריים מתחרים.⁷

הפרספקטיבה של מאמר זה רואה את ההיגדים השיפוטיים (כמו כל אמירה בשפה) כבעלי משמעות המכוננת באופן אינטרסובייקטיבי, כלומר, על-ידי התייחסויות-הגומלין (אינטראקציות) הלשוניות בהקשרן התקשורתי, ולא על-ידי תודעות בדידות או הישמעות פורמלית לקודקסים לקסיקליים. ההתמקדות הינה איפוא בביצועיות של הלשון: מה היא עושה?⁸ איזה מין עולם היא מכוננת? מי שייך אליו, ואיך מתייחסים אליו האחרים, הללו שקידודי הלשון מנכרים אותם? השאלה המרכזית היא מהי הדינמיקה המוסדית של

7 פסקי-דין מופנים לקוראים מסוגים שונים שכלפיהם הם מקיימים מנגנונים רטוריים שונים. פסק-דין אינו נקרא באותו אופן על-ידי בעלי-הדין, בית-משפט של ערעור, עמיתים על כס השיפוט (בכירים, זוטרים, מקבילים, זרים), משפטנים שיעסקו בטקסט לעתיד לבוא (במסגרת תקדים וכיוצא בזה), הקהילייה המשפטנית-האקדמית, קהלי-ייחוס ספציפיים רלוונטיים אחרים (חברים, אויבים, עמיתים מתחומים שונים, אנשים שדעתם נחשבת, נושאי-משרה במערכת הפוליטית או המנהלית), התקשורת, הציבור בכללותו והשופט עצמה. כמובן, פסקי-דין אינם נכתבים באופן מרובד המתייחס באופן מכוון לכל קהלי-היעד הללו. בהקשרים מסוימים, קהלי-היעד הינו קונקרטי; בהקשרים אחרים – מופשט. גם כתיבה שאינה מודעת לקהלים שונים אלה תיקרא על-ידיהם באופנים שחלקם משותפים, במסגרת השיח הציבורי הכללי או מערכי-שיח ממוקדים יותר, וחלקם אידיאליטיים לקוראים מסוימים או לקהילות קוראים מסוימות.

8 בעקבות הפילוסוף J.L. Austin, ניתן לזהות שלוש פרדיגמות לשוניות הנבדלות בביצועיות שלהן, אך לא בהכרח במבנה הצורני או הדקדוקי שלהן או בתוכנן הסמנטי: שפה תיאורית (locutionary), ביצועית (illocutionary, ובהקשרים מסוימים performative), ומשכנעת או רטורית (perlocutionary). (יש לציין כי הבלשן נועם חומסקי (Chomsky) מערער על הקביעה הראשונה, והפילוסוף John Searle על השנייה. לא כאן המקום להיכנס לבירור מדויק של עמדותיהם בעניין זה, אך ההפניות לכתביהם מצויות להלן.) דוגמה טיפוסית לשימוש בביצועי בלשון הינה מבע-הלשון (speech act) "אני מבטיח" – הפונקציה המרכזית של המבע אינה לתאר את המעשה או לנסות לשכנע מישהו, אלא לפעול. נוסף על כך, מבע הלשון הזה מתאר את הפעולה שהוא משמש לביצועה. זו דוגמה לרב-פונקציונליות של הלשון, במובן שמבעי-לשון עשויים לאגד כמה או יותר מן הממדים הפרדיגמטיים הללו (אף שאין זה הכרחי – למשל, למבע-הלשון "בוא!" אין תוכן תיאורי). ההבחנה בין שלוש הפרדיגמות אינה חדה, והשאלה מהם בדיוק אמצעי הביצועיות הלשונית וכיצד הם פועלים שנויה בפולמוס בין פילוסופים ובלשנים. במאמר זה איני נוקט עמדה ישירה בשאלה אם ביצועיות תלויה ביכולתה של הלשון להפגין (to manifest) התכוונות ביצועית (שהיא עמדתו של סרל (Searle)), או אם היא תלויה, במקום באינטנציונליות בלבד, בתקשורת אינטרסובייקטיבית (שהיא עמדתו של הברמס (Habermas)). התייחסויות-הגומלין המתוארות להלן מכילות רכיבים מכל אחת משלוש הפונקציות האמורות. לספרות-יסוד בנושא, ראו: J.L. Austin *How To Do Things With Words* (Oxford 1962); J. Searle *Speech Acts* (Cambridge 1969); J. Habermas "Comments on John Searle: Meaning, Communication, and Representation" *John Searle and His Critics* (Ernest Lepore and Robert van Gulick eds., Oxford 1991) 17; N. Chomsky *Reflections On Language* (rpt. in *On Language*, New York 1998 [1975]). לשימוש בפרדיגמה הביצועית לניתוח של התייחסויות-גומלין משפטיות מסוימות (הבטחות חוזיות), ראו: J. Yovel "What is Contract Law 'About'? Speech Act Theory and a Critique of Skeletal Promises" 94 *Northwestern L. Rev.* (2000) 937

צדק נרטיבי

מניפולציות רטוריות, ולא מה השופט המשתמש בה חושב (במובן המרחיב של ה-cogito). בהערה לקראת סיום אני מפקפק במשמעות, ולחליפין בתועלת, של מטפורות כגון "עולמו הפנימי של השופט", ומנסה להסביר את האופנים שהביקורת הנרטיבית נבדלת בהם מ"ביוגרפזום" משפטי.

כאמור, אחד התפקידים הרכזיים מבין תפקידי הנרטיב השיפוטי הינו לכונן, ועל-ידי כך לצמצם, את טווח השיפוט האפשריים, כלומר, אלה הנתפסים קוהרנטיים, "טבעיים", "מסתברים", "עולים מן הסיפור". הנרטיב השיפוטי אינו משקף בהכרח את טווח שיקול-הדעת ומרחב החלופות העומדים לפני השופטת בשחזור המציאות. בין השאר, הנרטיב הטיפוסי מנתב את שחזור המציאות ככל הניתן לאפיק אידיאולוגי מסוים, ומסתיר את שחזורי המציאות האפשריים האחרים, ולמצער מצביע על נחיתותם ביחס לשחזור המועדף. כמו כל סיפור, כל עלילה, המצייתים לאיכות הפואטית של קוהרנטיות נרטיבית – האיכות הפואטית האריסטוטלית המרכזית – גם הנרטיב השיפוטי בנוי כך שיצמצם את סיומו האפשריים של הסיפור. ההבדל בין נרטיב שיפוטי לנרטיב ספרותי הינו הבדל מבני-מוסדי: סופו של פסק-הדין הינו קביעה שיפוטית חד-משמעית, ולשם כך הוא נזקק לסגירות נרטיבית (closure). היעדר סגירות נרטיבית יגרום שהשיפוט יצטייר כשרירותי, ויערער בכך את מנגנוני הלגיטימציה שלו. הנרטיב הינו איפוא מכשיר המשרת את האידיאולוגיה הפוליטית-המוסדית של המשפט, כלומר, את השיח המצדיק אותו והופך אותו ללגיטימי במונחים חברתיים ופוליטיים.

בספרות, פונקציית הסגירות והשיפוט נשמרת לעיתים לקוראים. דוסטויבסקי אינו שופט את רסקולניקוב, ואחת מאיכויותיו המהפכניות של *החטא ועונשו* הינה הערעור על יכולתו כקוראים לשפוט אותו. אך לשופט ששלח את רסקולניקוב לעשר שנות גלות לא היתה בעיה כזו: האיכות המרכזית של הנרטיב השיפוטי היא כינונה השיחי המתמיד של יכולת השיפוט בהקשר המוסדי-המשפטי. קביעות משפטיות, בין שהן בינריות (אשם/זכאי) ובין שהן קביעות על גבי רצף, נזקקות לצורה נרטיבית מצדיקה – למנגנון של לגיטימציה נרטיבית – שתשרת את מנגנון השיפוט. סיומו של הנרטיב השיפוטי אינו בעובדות או בשחזור המציאות; סיומו הינו בשיפוט. טענה זו יש לנתח למרכיביה, אך ראשית ננסה להדגים את העיקרון הכללי, תוך נגיעה בכמה מן המנגנונים העיקריים של מניפולציות נרטיביות המשרתים אותו.

חלק ניכר מן האמצעים הנרטיביים והלשוניים שמאמר זה מנתח נקראים בלינגוויסטיקה בשם הכללי deixis. אלה הם חלקי-דיבר מצביעים (denotational) ו/או מפנים (referential) הכלולים במבני-דיבור, ואשר פרשנותם מפנה להקשר מסוים הממסגר את האמירה ביחס לשאלות כגון: מי הדובר? מהי נקודת-התצפית החלל-זמנית שממנה האמירה נאמרת או הסיפור מסופר? הפונקציה המרכזית של deixis הינה לחבר בין ביטויים סמנטיים להקשר הממסגר אותם, אך כפי שייטען להלן, אין הם טוליי תכנים סמנטיים משל עצמם, אף שהללו עשויים להיות גלויים פחות מאשר השימוש התחבירי הרגיל שלהם. כל כינויי-הגוף הינם deixis ("אני", "היא" וכדומה), כמו גם הפניות חלליות ("שם", "בכיוון זה") וביטויי סמיכות ושייכות ("אשתו"). חלק מן ה-deixis הינם מנגנוני-משמעות הנסמכים על ידע דיסקורסיבי או נרטיבי קודם, וחלקם על ידע-רקע, בין ידע "כללי" ובין מיוחד לקבוצות או ל"קהילות-

יונתן יובל

שיח" מסוימות (וידע פרטיקולרי יש שיתחזה להיות בעל תקפות כללית, למשל "היגיון" או "שכל-ישר").⁹ בהמשך מאמר זה יתמקד הדיון במניפולציות נרטיביות ובהטיות אידיאולוגיות שביטויי deixis משרתים.¹⁰

2. של מי הקול הזה? הדיבר המרובד והקול הפסוודו-אובייקטיבי

שני הציטוטים הפותחים מאמר זה לקוחים מאותו פסק-דין ומתייחסים כמעט לאותו אירוע ובאותו רצף של מרחב-זמן. עניינו של פסק-הדין היה ערעורו של מתנחל משילה שהורשע בהריגה ובפציעה בנסיבות מחמירות. שני הקורבנות היו פלשתינים, רועים שרעו את צאנם סמוך – או סמוך מדי – לשילה. שני הציטוטים מתבססים על דברי עדים שהופיעו במשפט. הציטוט הראשון פותח את הסיפור כפי שסיפרו שופט הרוב שדחה את הערעור. הציטוט השני פותח את הסיפור כפי שסיפרו שופט המיעוט שקיבל את הערעור באופן שהפחית את חומרת העברה מהריגה לגרם מוות ברשלנות.¹¹ שופט הרוב השני כתב שורות ספורות, והעיר: "נפל בחלקי לשמש לשון המאזניים בין דעותיהם החלוקות של חבריי המכובדים...

9 ראו מ' מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז (תשנ"ט) 76-11.

10 Deixis עשויים למסגר יחסים חברתיים בין דוברים או בין נדברים (social deixis), למשל שימוש בתוארי-כבוד או כינויי-גוף, או הטיה דקדוקית בשפות שונות (vous/tu בצרפתית, סימות "מקטינות" ככינויי חיבה בגרמנית, או הפנייה בגוף שלישי יחיד בעברית, כגון "כבודו"). לדיון מקיף, ראו: C.J. Fillmore *Lectures on Deixis* (Stanford 1997); S.C. Levinson *Pragmatics* (Cambridge 1983); J. Lyons *Semantics* (vol. II., Cambridge 1977).

11 השופטות והשופטים שדבריהם מובאים במאמר זה אינם מזוהים בשמותיהם. הדבר נועד למקד את הדיון ברכיבים מבניים של מעשה השיפוט, דהיינו, בטכניקות ובמניפולציות נרטיביות וביחסים ביניהן לבין הטיות אידיאולוגיות מובנות, ולהתגבר על פיתוי "ביוגרפי" להתמקד בדוברים ובמחברים אינדיווידואליים. גישה זו מתבססת על עמדותיהם בעניין זה של ארנדט (Arendt), חומסקי ופוקו (Foucault). חומסקי קרא להתמקד וללמוד את "השיטה" הפוליטית-התרבותית (תוך נסיונות לאפיינה בהקשר האימפריאליזם האמריקאי), ולא לבלבל בינה לבין האינדיווידואלים הפועלים בה, בניגוד להתמקדות המשחק הפוליטי הסטנדרטי והעיתונות ב"פוליטיקה של אישים". ראו: N. Chomsky *Language and Responsibility* (repr. in N. Chomsky *On Language* (New York 1998 – [1977]); *On Power and Ideology* (Boston 1980). ארנדט בחנה כיצד אידיאולוגיה ביורוקרטית – מסימני-ההיכר של המדינה המודרנית, ולא רק של המדינה הטוטליטרית – מאיימת לאיין את האוטונומיה של הפרט, את מנגנוני הבקרה האתיים שלו ואולי אפילו את היכולת לייחס לו אחריות במובנים ליברליים-מסורתיים. H. Arendt *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (New York 1994, rev. & enl. [1963]). ובאופן השיטתי ביותר, פוקו (Foucault) (שבחייו המוחצנים התנגד בתוקף לכל ניסיון לכתוב עליו ביוגרפיה) גרס שהנתון המעניין במערכות של כוח והפעלת כוח הינו ספיחת האישיות המסוימת ופעילותה אל ההקשר הנורמטיבי-המוסדי והפעילות בתוך ההקשר המוסדי, בניגוד ל"ביוגרפיה". M. Foucault *The Archeology of Knowledge* (London 1972). נדמה שעמדות אלה של פוקו וחומסקי תלויות פחות מאחרות באריזה התיאורטית שנתן לה הראשון ובהניעות (במוטיבציות) הפוליטיות של השני; ניתן להתייחס אליהן גם ללא מחויבות, למשל למכלול עמדותיו של פוקו ביחס להיסטוריות של ידע והיסטוריות של מוסדות ולביקורת האימפריאליזם של חומסקי.

צדק נרטיבי

התוצאה שאליה הגיע כל אחד מהם נשענת על נימוקים כבדי משקל. (ההדגשות שלי – י.י.) אך לשון המאזניים לא היתה בין עמדות דוקטרינריות או נימוקים פרשניים, אלא בין שני סיפורים שונים. אחד (זה של דעת הרוב) בחן וביקר את הקוהרנטיות הפנימית של גרסת הנאשם. השני בחר למקם את הסיפור במסגרת של קוהרנטיות חיצונית, במאמץ לייחסו לרשת תרבותית משותפת לקוראיו – או למצער, לחלקם – ולהעיר בהם תסמינים (אסוציאציות) שיספקו לסיפור את תנופת ההקשר המאיים שנדרש על-מנת למקם את המערער במצב המצוקה הקיצוני שייחס לו השופט. כיצד יצרו שני שופטים סיפורים כה שונים מחומרים זהים? כיצד סיפרו את סיפוריהם, וכיצד יש לנתח לפרטיהם את המנגנונים הנרטיביים, הלשוניים והמניפולטיביים שבהם עשו שימוש? מהו הקשר בין אופני הסיפור של הסיפורים שלהם ומסקנותיהם השיפוטיות? אם קיים קשר כזה, האם לא ראוי להרחיב את השיח המשפטי-הביקורתי אל הממדים הנרטיביים של פסקי-הדין, וכיצד יש לעשות זאת?¹² הפסקה שהציטוט דלעיל לקוח ממנה מספקת כר עשיר לתחילת הבדיקה.

בשעות אחר-הצהריים של יום האירוע ראתה תושבת היישוב, גב' אהובה מנצור, קבוצת רועי צאן ערביים במרחק 25 מטרים בלבד מביתה 51- מטרים מן הכביש המקיף את היישוב. תופעה זו היתה חריגה, לכן ראתה הגב' מנצור להכניס את ילדיה לתוך ביתה ולטלפן אל רכז הביטחון השוטף הצבאי (הרבש"צ) של היישוב, וליידע אותו על המצב. זה עודכן במכשיר הקשר על-ידי אשתו.¹³

איזה מידע המילים בלבד, חריגה, מצב, קבוצה מספקות? איזה סיפור הן מספרות? קולו של מי נשמע מבעדן, ולאן הוא מוביל את הנרטיב השיפוטי? מהו ההבדל בין "עשרים וחמישה מטרים" לבין "עשרים וחמישה מטרים בלבד"? כיצד הן מתקשרות אל הנחות-רקע

12 ככוונת מכוון לא נאמר "החלק הנרטיבי של פסקי-דין". בהמשך ייטען שפסקי-דין אינם מקיימים ואינם יכולים לקיים הפרדה אפקטיבית בין מרכיביהם הדוקטרינריים והסיפוריים, וכי הללו מתחברים באופן סינרגטי לאותה ישות טקסטואלית מורכבת – הנרטיב השיפוטי. זאת, גם כאשר אמצעים צורניים מתיימרים להבחין בין "עובדות" לבין "הדין" האמור להיות מיושם בהן. (קביעה זו תקפה גם לגבי טקסטים משפטיים אחרים, כחוזים וצוואות). מאוטנר, באמצעות שלל דוגמות, משכנע שהרכיבים הנרטיביים של פסקי-הדין ניתנים לזיהוי גם בדיון הדוקטרינרי; ראו מאוטנר, לעיל הערה 9; כמו גם חלק ב של מאמר זה (שבו נטען כי "יישום" של אובייקט מסוג נורמה באובייקט מסוג עובדה מתייחס פחות למימד הדאונטי של הנורמה ויותר להשוואה בין הנרטיבים הפנימיים של שניהם).

13 עניין זאב, לעיל הערה 1, בעמ' 634-635. ביוני 1999 נשא עורך-דין אביגדור פלדמן הרצאה מרתקת שנושאה היה הנרטיב בעניין זאב, ואשר התמקדה בהיבטים שרובם שונים מאלה הנדונים במאמר זה (שפרק זה שלו היה כתוב כבר אז). עורך-דין פלדמן התמקד בסמיוטיקה של שמות הדמויות, ביחס המסגרת הנרטיבית לארכיטיפים של אגדות-עם, ובמבנה הדטרמיניסטי-הטרגי של הסיפור. הרצאתו לא עסקה בשאלות הנידונות כאן של קול, נקודת-תצפית, אידיאולוגיה, רלוונטיות וקוהרנטיות פנימית וחיצונית; כמו-כן נגעה הרצאתו בטקסט של דעת המיעוט בלבד. לעומת זאת, חלק מן ההקשרים שעורך-דין פלדמן עסק בהם, כמו גם קריאתו המורכבת, הינם עשירים ורחבים יותר מן הנדונים כאן, ונותר לנו אך לצפות בשקיקה לפרסום הרצאתו. ההרצאה נישאה במסגרת הכינוס הבינלאומי מטעם המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה באוניברסיטת חיפה – Legal Realism and Empirical Research: Setting the Agenda (הגושרים, יוני 1999).

יונתן יובל

סמויות אצל הקוראים, ומיהם הקוראים שהנחות אלה מאגדות אותם, ומי אינם? מהו מבנה הידע שהן יוצרות ומהו היחס בינו לבין אידיאולוגיה? מי מן הצדדים הצליח "למכור" ביטויים אלה ונקודת-תצפית זו לבית-המשפט?

התובנה המרכזית בניתוח פסקה זו הינה כי הנרטיב המשפטי עושה שימוש בדיבור מרובד (או רב-רבדי), אידיאולוגי; וכי רבדי המשמעות נוצרים לעיתים מערכוב של נקודות-תצפית, ובאופן מורכב יותר מערכוב של קולות. השופט-המספר הכל-יכול – כלומר, זה שאינו מופיע כדמות בסיפורו – מדלג מדיבור אובייקטיבי לדיבור פסוודו-אובייקטיבי, זה המבטא במסווה אובייקטיבי את נקודת-מבטה של אחת הדמויות בסיפור. האפיון "תופעה חריגה" בפסקה דלעיל נמסר בלשונו של השופט כתיאור אובייקטיבי של "המצב", לא כציטוט או היסק המיוחס לאחת הדמויות שבסיפור השיפוטי. השפה אינה מייחסת ידיעה או עמדה נפשית לדמות כלשהי, כמו גם לא לגיבור הסיפור, שבשלב זה טרם הופיע (ואשר גם בהמשך לא נטען שידע או שהיה קשור באופן כלשהו אל הגב' מנצור ומה שראתה), ולכן אינו מיוחס, עובדתית, לתודעתו. האפיונים אינם מובאים כהבעת דעתו של השופט, אלא כממצא עובדתי לגבי המציאות הרלוונטית: היה במרחק זה משהו מטריד, מדאיג; אובייקטיבית, בנסיבות הרלוונטיות, עשרים וחמישה מטרים ראויים לאבחון "בלבד" (במה שנכנה בהמשך "הלשון הנורמלית" של פסק-הדין). המלה "בלבד" נועדה לקורא – וליתר דיוק, לקהלים שונים המתייחסים לטקסט השיפוטי – כאמצעי נרטיבי המנתב את הסיפור ופרשנויותיו לאפיק מסוים. הלשון שנעשה בה שימוש הינה לשון של תיאור אובייקטיבי. "בלבד" אינו הערכה – זו עובדה. הנרטיב מפרש את המציאות בקולה של אחת (או יותר) מן הדמויות שבסיפור. קווי-המתאר המכוננים של המציאות הנרטיבית משורטטים על בסיס הטיה אידיאולוגית. הגרון – גרון המספר, והקול – קולה של הדמות.¹⁴

זה דיבור פסוודו-אובייקטיבי, והוא משמש פונקציות נרטיביות שונות בהקשרים מוסדיים שונים. מיכאיל באחטין (Mikhail Bakhtin), מגדולי התיאורטיקאים ומבקרי הספרות הסובייטיים, מאפיין את הדיבור הפסוודו-אובייקטיבי כדיבור המתיימר לחול בקולו של המספר האובייקטיבי (שאינו דמות בסיפור), בעוד שעל האמת נשמעת דרכו לשונה של אחת הדמויות, על המאפיינים האידיאולוגיים והפואטיים שלה.¹⁵

14 הבחנה מעניינת וקשה יותר לזיהוי הינה בין קולו של המחבר לקולו של המספר שעוצבה לראשונה כצורה נרטיבית ברומן הפיקרסקי של המאה השש-עשרה בספרד. שם נטבעה דמותו של הגיבור-המספר המתגלגל בדרכי החיים (ה-picaro), שהריאליזם האירוני שלו בתיאור הרפתקאותיו נפרד בבירור מקולו של המחבר. היותם של המספר והמחבר אנשים שונים הינו איכות נרטיבית מכוננת של הרומן הפיקרסקי ואחד התנאים המאפשרים את האיכויות התמתיות שלו: האירוניה החברתית, הנון-קונפורמיזם או הספקנות הדתית, מתן הביטוי לעני, לזר, לנידה – כל אלה בקולו של המספר שאיננו ואינו יכול להיות המחבר (בין השאר מכיוון שהראשון אינו יודע קרוא וכתוב). הדוגמה המובהקת מכולן הינה הרומן עלום-השם *Lazarillo de Tormes* (1554) (מיוחס לעיתים לדייגו הורטדו דה מנדוזה).

15 מ' מ' באחטין *הדיבר ברומן* (ארי אבנר תרגם מרוסית, תל-אביב תשמ"ט, [1934-] Slovo v romane [1935]).
M.M. Bakhtin *The Dialogic Imagination* (Michael Holquist ed., Austin: 1935).
ראו גם: P.N. Medvedev *The Formal Method in Literary Scholarship: A Critical Introduction to Sociological Poetics* (Albert Wehrle trans., Cambridge 1985).

צדק נרטיבי

כמו מיני-רומן, גם הנרטיב המשפטי הינו רב-לשוני: במשולב עם לשונו התיאורית של השופט (להלן: "הלשון הנורמלית"), מופיעים קולותיהם השונים של הדמויות. הללו מדברות בלשונן הן – לשון מקצועית, לשון עממית, דיאלקט – אם על דרך דיבור ישיר (דהיינו, ציטוט) ואם על דרך דיבור עקיף. השפה מספקת כלים פורמליים להבחנה בין הקולות השונים – אם מבקשים להשתמש בהם. "הלשון הנורמלית" היא הלשון שהמחבר או השופט משתמש בה בתור הגישה המילולית התקינה בהקשר המוסדי שהוא פועל בו.¹⁶ זו יכולה להיות לשון אינדיווידואלית, מסוגנת, לקונית, מינימליסטית או יבשה – מה שמאפיינ אותה כלשון נורמלית הינה, העובדה שהיא הנותנת ביטוי לקולו של המחבר או השופט. ברומן, וברומן ההומוריסטי במיוחד, עירוב הלשונות והקולות הינו איכות פואטית מכוננת. באחטין מפנה את תשומת-ליבנו לאחד מתיאוריו של איש-הממון המיתולוגי, מר מרדל, בדורית הקטנה של דיקנס (Dickens):

מר מרדל [שב] הביתה מעמל יומו, אשר הוא לרומם את שם בריטניה ולהנחיל לה כבוד בכל חלקי כדור-הארץ התרבותיים, המסוגלים להעריך כיאות פעילות מסחרית חובקת-עולם ושילובי-אדירים של ידע והון.¹⁷

הרישא של המשפט כתוב בלשון תיאורית נורמלית. הסיפא שלו הינו פרודיה על הרטוריקה שהיה מר מרדל עצמו משתמש בה, או אדם כמוהו, או עיתוני הסיטי המתפעלים של לונדון. את השורות מן המלה "לרומם" ועד סוף הפסקה ניתן, צורנית, לתחום במרכאות, דבר שישקף (במקום להסתיר) את הדיבור הזר, אך יפגום באיכות הפרודית. הדיבור הזר מוסווה, הוא מופנם אל תוך הלשון הנורמלית ללא הבחנה צורנית. המעבר מן הלשון הנורמלית לפרודיה נעשה בגמישות באמצעות מלת-היחס "אשר". זרותו של הדיבור הזר סמויה. הסגנון אינו משקף את ריבודו ורב-לשוניותו ואינו מצביע עליהם.¹⁸

16 מאמר זה משתמש בביטוי "שפה נורמלית" לציון מה שבאחטין – שהציע את מכנה הניתוח המרכזי שפרק זה מיישם – כינה "שפה כללית". הבעייתיות שבמונח המקורי של באחטין נעוצה בכך שמסגרת פלורליסטית כמשפט מאופיינת בריבוי מבני-שיח מתחרים, ובמשפט המקובל – שבו שופטים שחים, או לפחות מתיימרים להשיח, באופן מסורתי, בקולותיהם שלהם – אין "שפה כללית" נרטיבית (אף שניתן אולי לייחס "כלליות" יחסית לשפה הדוקטרינרית). ראו באחטין, שם. כפי שהבלשן והאנתרופולוג מייקל סילברסטין מראה, יומרות ל"כלליות" לשונית הינן פרי של אידיאולוגיזציה לשונית, כלומר, הכללה של פרקטיקה לשונית (על הדקדוק שלה, מערכת ה-deixis שלה ושדותיה הסמנטיים) אל ועל מכלול השיח. בשוליים יוער כי בהקשרים פוליטיים-מוסדיים כמשפט, אידיאולוגיזציה לשונית הינה בדרך-כלל רכיב מכוון של הפעילות, לא חריגה חתרנית כלפיו. ראו: סילברשטיין, לעיל הערה 4.

17 C. Dickens *Little Dorrit* (London 1998), book I, chap. 33, p. 382 (התרגום שלי – י"י).

18 דיקנס הכיר בוודאי בכוחה של הלשון הפסודו-אובייקטיבית להתחפש ללשון נורמלית, כמו גם בסכנה הנובעת מכך – דהיינו, ייחוס הלשון הזאת אליו, כמספר – והוא דאג להבחין את עצמו מן הפרזיולוגיה שלה. בהמשך הפסקה הוא מוסיף כי "אף על פי שאף אחד לא ידע כלל מהו עיסוקו של מר מרדל, מלבד שייצר כסף, אלו היו הביטויים בהם השתמשו הכל בהזדמנויות חגיגיות, והנימוס דרש לקבל גירסה זו של משל הגמל וקוף-המחט ללא כל חקירה ודרישה".

יונתן יובל

בדיבור הפסוודו-אובייקטיבי, קול שאינו קולו של המספר "רוכב" על המבנה התחבירי-הסגנוני של הלשון הנורמלית, ללא חיץ או מנגנון ציון פורמלי במעבר ללשון הזרה. כאשר דיקנס מציין בדרך-אגב כי "מר טייט ברנקל היה אדם מכופתר למשעי, ולפיכך אדם בעל משקל",¹⁹ עצם השלמות התחבירית של המשפט – השימוש במלה "לפיכך" – מבסס את המעבר מקול לקול. על הטקסט בעניין זאב ניתן ליישם במדויק את ניתוחו של באחטין:

את כל הטקסט כולו אפשר היה לזרוע מרכאות ולהדגיש איים קטנים ומפוזרים של דיבור ישיר ושל דיבור שכולו של המחבר, איים שהם מוקפים גלי לשונות אחרות מכל העברים. אבל לעשות זאת אי-אפשר: כפי שראינו, אותה מילה עצמה נכללת בעת ובעונה אחת הן בדיבורו של המחבר והן בדיבור הזר... בשום מקום אין גבול ברור בין דיבור זה לבין דיבור המחבר.²⁰

אחד משימושו הטיפוסיים של הדיבור הפסוודו-אובייקטיבי בספרות הינו אירוני. אחת מטענותיו המרכזית של באחטין היתה כי הפוליפוניה – הדיבר הרב-קולי, המרובד – הינו איכות מכווננת של סוגת (ז'אנר) הרומן, אמצעי החיבור בין ההיבטים הפורמליים והאידיאולוגיים. הרומן זקוק לאנשים חיים, מדברים, לקולותיהם הצצים ועולים בהקשרים שונים. כך, למשל, טורגנייב מתאר את אחד מגיבורי הרומן הראשי שלו:

פאבל פטרוביץ' ישב אל השולחן. הוא היה לבוש חליפת בוקר הדורה, לפי האופנה האנגלית; את ראשו עטר תרבוש קטן... הצווארון הקטן והצר של הכותונת – אמנם לא לבנה אלא ססגונית, כפי שצריך בבוקר – לחצו כרגיל בלי רחם על סנטרו המגולח למשעי.²¹

שלוש המילים "כפי שצריך בבוקר" מספקות לדיבר הפסוודו-אובייקטיבי את איכותו האירונית. מסתבר כי התיאור של פאבל פטרוביץ' – שנחזה להיות אובייקטיבי – נמסר בלשון של ג'נטלמן כמוהו, כפי שהיה הוא-עצמו מתאר את טואלט הבוקר שלו. לו היה ביטוי זה מוקף מרכאות, היינו, כקוראים, נרמזים שקולו של טורגנייב התחלף לרגע בזה של הדמות. אך הטקסט אינו מפוצל, והדיבר המרובד אינו מובחן באופן צורני.

למחוז ס. בא קאלומייצב לחופשה של חודשיים, כדי לעסוק קצת במשק, כלומר, "להפחיד מישהו, ללחוץ על מישהו" הרי בלי זה אי-אפשר.²²

19 Dickens, *supra* note 17, book II, chap. 12, p. 543 (התרגום שלי – "י").

20 באחטין מתייחס כאן לטקסט הדיקנסי. ראו באחטין, לעיל הערה 15, בעמ' 105.

21 א' טורגנייב *אבות וזנים* פרק ה – מתוך באחטין, *שם*, בעמ' 117, בתרגומו של ארי אבנר.

22 א' טורגנייב *קרקע בתולה* פרק ה – מתוך באחטין, *שם*, בעמ' 118, בתרגומו של ארי אבנר.

צדק נרטיבי

המנגנון כאן מורכב יותר, כי המנגנון הצורני – המרכאות – מטעה את הקורא. לכאורה, המרכאות מבחינות את הדיבור הזר ותוחמות אותו, אך למעשה, הקול הפסודו-אובייקטיבי נמשך עד לסיום המשפט.

בעניין זאב הבחירה האידיאולוגית בעירוב קולות ובנקודת-תצפית ניכרת כבר במשפט הפתיחה, בבחירה לארגן את תיאור האירוע לא סביב סיפורם של המערער או הקורבנות (הרועים הערביים, שנורו בהמשך), אלא בזה של עדה, תושבת ההתנחלות, הנעלמת מן הסיפור קרוב להתחלתו. הביטוי "קבוצת רועי צאן ערביים" – שהשופט מאמץ – מתייחס גם הוא לנקודת-המבט הזאת. שופט הרוב, המספר סיפור שונה בתכלית – על בסיס אותן ראיות שהובאו במשפט – מתאר סצנה פסטורלית של "עדר צאן עם רועיו"²³, ובהמשך אטען שגם בחירה תיאורית זו – כמו כל אפיון של דמות או מקטע-מציאות – הינה אידיאולוגית.

3. האשה, האיש והמוות: קוהרנטיות, זמן וריתמיקה

הפורמליסטים הרוסיים הציעו את ההבחנה בין ה-*sjuzet* וה-*fabula*, האירועים כפי שאירעו בעולם שהשיח הנרטיבי מתייחס אליו והסדר והאופן שבו ציוני אירועים ותיאוריהם מאורגנים, ממוסגרים ומוצגים על-ידי השיח הנרטיבי באופן שייתן לו כיוון ומשמעות ושייצור אפקט אצל קוראיו או שומעיו.²⁴ רולנד בארת (Roland Barthes) ציין כי שימוש ברצפים כרונולוגיים מרמז על קשרים סיבתיים: הבחירה התיאורית לאורך צירי זמן יוצרת תדמית של מבני סיבה ומסובב, שקוראים, הרגילים להם ומחפשים אותם, משליכים על הסיפור (superimposition).²⁵ הבחנות אלה ישמשו אותנו בהמשך.

23 עניין זאב, לעיל הערה 1, בעמ' 656.

24 P. Brooks "The Law as Narrative and Rhetoric" *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., New Haven 1996) 14, 17 הסמיוטיקאי הצרפתי גרמס (Greimas) ראה בנרטיביות – דהיינו, בארגון סיפורי-אירועים על רצפי זמנים – מימד אנושי אוניוורסלי המאפיין כל חשיבה. כל פעולה, על-פי גרמס, הינה מוכוונת-מטרה, ובסיומה של כל פעולה הנרטיב נוצר כאשר האדם הפועל חושב בדיעבד על פעולתו לאור הצלחתה היחסית (במונחי הצלחה מקוריים או חדשים), ויוצר ומארגן לאורה את סיפור האירועים באופן שייתן להם משמעות. נרטיבים, לפיכך, מתייחסים לנרטיבים אחרים, ולא למציאות לא-נרטיבית; ראו להלן הערה 75; A.J. Greimas *On Meaning* (Minneapolis 1987); *Narrative Semiotics and Cognitive Discourses* (London 1990). מבנה זה של גרמס מיושם בניתוח של נרטיביות משפטית אצל B.S. Jackson *Law, Fact and Narrative Coherence* (Merseyside, UK 1991).

25 זה הכשל הלוגי הידוע כ-*post hoc ergo propter hoc* – הסקת קשר סיבתי מתוך סדר או רצף כרונולוגיים (ובהקשרים אחרים, אימפליקציה מטריאלית). יודגש כי ענייני במאמר זה אינו לזהות טעויות לוגיות, אלא לנתח באופן מדויק את המנגנונים הלשוניים והנרטיביים המתבססים על הנחות-רקע שכאלה, בין אם הן טעויות לוגיות ובין אם לאו, ובין אם יש לשאלה זו חשיבות ובין אם לאו. ראו: R. Barthes *Elements of Semiology* (London 1969); *Image, Music, Text* (New York 1977); J. D. Culler *Barthes* (London 1990).

יונתן יובל

בע"פ 3071/92 *אזואלוס נ' מ"י*²⁶ בית-המשפט מספר את סיפורה של אשה שבעלה ירה למוות בה ובמאהבה בנסיבות שמקובל משום-מה להגדירן "על רקע רומנטי". בפסק-הדין בערעור (שניתן פה-אחד) שירתה הצורה הנרטיבית את הצורך ביצירת סיפור שיתאם את הדוקטרינה במקרה מורכב במיוחד. כזכור, השאלה המרכזית באותו עניין היתה אם יש להרשיע את המערער מוריס אזואלוס ברצח (כגרסת בית-המשפט המחוזי) או בהריגה (כגרסת בית-המשפט העליון), כאשר ההפחתה בחומרת העברה הינה מחמת קנטור. המשימה שעמדה לפני בית-המשפט העליון לא היתה דוקטרינרית בלבד, אלא נרטיבית. במשך כחמש שנים חשד אזואלוס כי אשתו מנהלת מערכת יחסים רומנטית עם מאהבה, שהיה שכנם בעבר ובעת קרות מעשה ההריגה. אזואלוס אף עבר עם משפחתו לדירה אחרת כדי להרחיק את אשתו מן השכן (אך גם השכן עבר דירה עם משפחתו – לדירה סמוכה למשפחת אזואלוס). הוא שמע דברי-רכיל, חקר את אשתו (שהכחישה), ודרש ממנה לחדול מביקוריה בדירת השכנים, שם סייעה לאשת השכן בהכנת תכשיטים תמורת תשלום. בתגובה ביקשה שרה אזואלוס גט, ובעלה עזב את הבית ועבר להתגורר בדירת אימו. מעשה ההרג עצמו בוצע לילה אחד, כשחיפש מוריס אזואלוס את אשתו ומצאה עם השכן במכוניתו. הם התנשקו לעיניו באופן הפגנתי, ואז, במלותיו של בית-המשפט העליון, מוריס אזואלוס "דרך את האקדח וירה מספר כדורים לתוך הרכב. הם פגעו בשכן ובאשתו וגרמו למותם".²⁷ כאמור, בית-המשפט המחוזי הרשיע אותו ברצח, ובית-המשפט העליון הפחית את חומרת העברה להריגה.

רקע זה העמיד לפני יישומה של תזת הקנטור בבית-המשפט העליון משימה נרטיבית קשה: כיצד לתאר את השתלשלות העניינים כך שהמסקנה המתבקשת, הסגירות והרושם שיתקבלו אצל הקורא יתמכו בדרישה הדוקטרינרית שהמערער הופתע באופן סובייקטיבי: התעורר לילה אחד לגלות לתדהמתו כי אשתו מנהלת מערכת יחסים עם שכנו, באופן שונה איכותית מחדותיו ומן הידע הקודם שרכש, באופן ששיבץ את הידע הקודם במסגרת תפיסת גשטלט חדשה.²⁸ על הנרטיב המבוקש היה לספר את הסיפור באופן שייצור מתח ופתאומיות, באופן שינתב את הסיפור הטרגי לסיום שנתיבו לא נקבע מראש, ושעם זאת יהיה קוהרנטי עם ההיסטוריה הנרטיבית שתוארה. הדרישה הנרטיבית לא נבעה משיקולים פואטיים-אסתטיים עצמאיים, אלא מדרישות הדוקטרינה. עניין *אזואלוס* הינו case study טיפוסי לבחינת קשרי-הגומלין ההדוקים בין הרכיבים הדוקטרינריים של המשפט ורכיביו הנרטיביים, עד לקריסת

26 פ"ד נ(2) 573 (להלן: עניין *אזואלוס*).

27 שם, בעמ' 576.

28 בית-המשפט דיבר במונחים של "איבוד שליטה" ו"כוונת קטילה ספונטנית וללא יישוב דעת" (שם, בעמ' 579). לאובייקטיביזציה של המבחן ראו קמיר, להלן הערה 29. על תפיסות גשטלט כבסיס לשחזור המציאות בפסקי-דין ראו פרק 12 בספרו הקלסי של השופט האמריקאי ג'רום פרנק *J. Frank Courts on Trial* (Princeton 1949), המתבסס על העמדה כי – "All thinking is done in forms, patterns, configurations. A human response to a situation is "whole"... It is an organised entity which is greater than, and different from, the sum of what, on analysis appears to be its parts. The gestalt's favorite illustration is the melody... The melody, a pattern, determines the function of the notes, its parts" (*ibid*, at p. 170).

צדק נרטיבי

ההבחנה עצמה. כל עברה בחוק העונשין מספרת סיפור־זוטא; כל עברה מתארת מצב פרדיגמטי באופן מופשט ונטול־הקשרים ככל האפשר – כך שיהיה ניתן "ליישם" אותה בהקשרים שונים; אך "האפשר" האמור מוגבל, ורמת ההפשטה או הדה־קונטקסטואליזציה מוגבלת גם היא. תסריט בסיסי קיים בכל אחת מהגדרות העברות. יתר על־כן: העברות עצמן מנוסחות בלשון של תנאים הכרחיים ומספיקים ("יסודות העברה") הנטולים מעמדות בנוגע לטבע האדם ולמאפייני האנושיות (humaness). דוקטרינת הקנטור עמוסה במיוחד בהנחות־יסוד אידיאולוגיות סמויות כאלה.²⁹ כדי לטעון באופן קוהרנטי טענת קנטור, חייב הנרטיב השיפוטי להתחשב בהן ולמקם אותן ביחס לידע כללי (כלומר, אידיאולוגי, המעוצב במונחי שכל־ישר) בהקשר של התנהגות אנושית במצבים מסוימים.³⁰

כיצד נוצר, בסיום החלק הנרטיבי הראשון של עניין *אזאלוס*, רושם של פתאומיות? אחד הכלים הינו יצירת אינטנסיביות נרטיבית לקראת שיאו של הסיפור, תוך הטרמתו במקומות קודמים. ניתן ליצור אינטנסיביות נרטיבית בדרכים שונות, מהן סמנטיות, תסמיניות (אסוציאטיביות) וקונוטטיביות, כלומר, אופנים המתמקדים במשמעות המילים בהקשרים השונים; ומהן ריתמיות ותחביריות, כלומר אופנים המתמקדים במבנה המשפטים ובמקצבם המוסיקלי, כמו היה המקצב הלשוני אינדיקציה – אם לא תמונה ממש – של קצב ההתרחשות העובדתית שהוא מתייחס אליה. (איני טוען שאופנים פואטיים מתחלקים בחדות לקטיגוריות אלה, אלא שאלה ממדים פואטיים שונים של ארגון טקסט.)³¹ למשל, מעבר ממשפטים ארוכים יחסית ועמוסים בשמות־תואר למשפטים קצרים יחסית העמוסים בפעלים יוצר רושם של מתח ואינטנסיביות.³²

בעניין *אזאלוס* נעשה שימוש משולב בשני סוגי האופנים. פרק "העובדות" בפסק־הדין מכיל בסך־הכל ארבע מאות שלושים וארבע מילים המאורגנות בארבע פסקות ממוספרות.

29 ראו א' קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת *אזאלוס* "פלייליס" ו (תשנ"ח) 137.

30 ראו מאוטנר, לעיל הערה 9. פסק־הדין בערעור, כמו פסקי־דין רבים, משקף תפיסת משפט דואליסטית – המבחינה בחדות בין סיפור ודוקטרינה, בין דין ועובדות – באופן מורפולוגי, דהיינו, במבנה שלו: דיון ראשון תחת הכותרת "העובדות" ודיון שני תחת הכותרת "המסגרת הנורמטיבית". אך דווקא הדיון השני כולל רכיבים נרטיביים רבים, כולל עיון ברוב חלקי הסיפור שהחלק הראשון מספר. לביקורת העמדה הדואליסטית ראו חלק ב להלן.

31 מעניין לבחון בהקשר זה את "תורת התמונה" של ויטגנשטיין "המוקדם", שלפיה משפט הינו תמונה של האופן שבו אנו תופסים את מה שהוא מתאר: "A proposition is a picture of reality. A proposition is a model of reality as we think it to be." ראו ל' ויטגנשטיין *מאמר לוגי־פילוסופי* (ע' צמח תרגם, תל־אביב תשנ"ה), סעיף 4.031; ראו גם סעיף 2.1-2.1512, 3.01-21513, 3.42, 4.01-4.012, 4.021, 4.03-4.032, 4.06, 4.462-4.463, 5.156, 6.341-6.342, 6.35. לימים חזר בו ויטגנשטיין מעמדה זו, והחליפה בתורת "המשמעות כשימוש" (meaning as use), ראו ל' ויטגנשטיין *חקירות פילוסופיות* (ע' אולמן־מרגלית תרגמה, ירושלים תשנ"ה) סעיף 43.

32 לניתוח סמנטי ופואטי של פסק־הדין בעניין *אזאלוס* ראו אלמוג, הערה 34 להלן. לניתוח ריתמי וסמנטי (של פסק־הדין בעניינה של כרמלה בוחבוט), ראו ל' בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלייליס" ו (תשנ"ח) 5.

יונתן יובל

הפסקה הראשונה (מאה ושש-עשרה מילים) מוסרת את הרקע הכללי ואת תחילת הסיפור, מאידיליה משפחתית וקהילתית שארכה שנים רבות עד לתחילת בקיעתם של הסדקים, שנים אחדות לפני שיאו הדרמטי של הסיפור. הפסקה השנייה והארוכה ביותר (מאה שמונים ואחת מילים) מתארת את הידרדרות היחסים בין בני-הזוג, וממקמת אותם במחצית השנה האחרונה, עובר לטרגדיה. אזואלוס מאופיין כדמות טרגית, חלשה, סבילה, הנתון מדי פעם לנסיגות-נפל לעצב את המציאות כפי רצונו במקום להיכנע לחלוטין לתפקידו הסביל, אך נסיונות אלה אינם עולים יפה: אשתו מסרבת להפסיק את ביקוריה בבית השכן, וכשהוא מתעקש, המצב בוגד בו והיא מבקשת גט; הוא עוזב את הבית ועובר לבית אימו. תסכולו מתבטא בגידופים ואיומים, וייתכן שאף בתקיפה – אמצעים בלתי-יעילים לחלוטין במצבו. הפסקה השלישית היא בת מאה ואחת-עשרה מילים: לפני ההפתעה, ההסלמה הסופית והשיא, היא ממקמת את הסיפור ביום ההרג ומתארת את מסעו הסהרורי של מוריס אזואלוס ברחובות השכונה בחיפושיו אחר אשתו, בין ביתו לבית השכן. בפסקה זו הזמן מואט, ואנו עוברים למיקרו-זמן: הנרטיב נעשה מקוטע, לוחות-הזמנים שלנו מדויקים, אך ספק אם כך גם זמנו של אזואלוס. אפיונו כדמות טרגית וניכורו מעם העולם גובר. הוא מגדף את השכן ומאיים עליו, אך בסופו של דבר ממשיך בדרכו, לבדו; לאחר-מכן אנו למדים שכל אותה עת נשא עימו אקדח, אך עובדה מתמשכת זו מתגלה רק במשפטים האחרונים של הפסקה הרביעית והאחרונה.

הפסקה השלישית רוויה סבילות, תנועה איטית, מתונה, המיוחסת לאזואלוס: "הוא הסתובב באזור"; "הוא המתין לשכן"; "הוא הלך"; "הוא חזר"; "הוא פנה לאישתו"; "לאחר זמן המשיך המערער לדרכו." זרעי הפורענות מצויים בה, אך הם מתוארים בלשון נסתר או ריבוי, ואינם מיוחסים לאזואלוס במיוחד: "פרץ ויכוח בינו [השכן – י'] לבין המערער"; "הם קיללו זה את זה." אף-על-פי-כן, לקראת סיום הפסקה, ספק כאיום ספק כנבואה, "הוא איים שיהרוג את השכן".

ההסלמה הדרמטית מגיעה בפסקה הרביעית והקצרה מכולן (שמונים ושבע מילים), עמוסה באינטנסיביות פואטית, ריתמית וסמנטית. קצב האירועים גובר לקראת יציאה מכלל שליטה: "לפתע חזרה המכונית ונעצרה ליד המערער"; "השכן תפס את אשת המערער"; "הוא חיבק אותה. הוא נשק לה על פיה. הוא אמר למערער: 'הנה זה אמת, אתה יכול לקפוץ'"; "עיני המערער חשכו." ממוצע המילים למשפט בפסקה הראשונה הינו 8.9; בשנייה – 8.6; בשלישית – הפסקה הסהרורית, שוברת-המציאות – 5.8. הפסקה הרביעית הינה קצבית ומהירה, מכוונת בקצבה את קצב האירועים. גם בה ממוצע המילים למשפט הינו 5.8, ירידה של 34% ביחס לממוצע של שתי הפסקות הראשונות, שהקצב המתון שלהן, בשל קוצר הטקסט כולו, נוכח עדיין בסיומ הקריאה.³³ גם בפרק הדוקטרינרי, המאוחר יותר,

33 ממוצע המילים למשפט בפסקה הרביעית הוא 5.1 אם לא נביא בחשבון את משפט-הלוואי "שהיה עמו בהיתר ואשר נשא עמו כבדרך שגרה" (המיוחס לאקדח שנשא אזואלוס כל אותו זמן). שאינו תיאורי ביחס להתרחשות, אלא משמש יד-רקע (ותשובה לשאלה "מנין לו אקדח?"). אכן, משפט-לוואי זה מהווה מכשול מסוים לאינטנסיביות הנרטיבית. "הוא אמר למערער: 'הנה זה אמת, אתה יכול לקפוץ'." נספרו כשני משפטים; ספירתם כמשפט אחד מעלה את ממוצע המילים למשפט ל-6.2, ירידה של 29% ביחס לממוצע של שתי הפסקות הראשונות.

צדק נרטיבי

תיאורי הפעולה פועלים באמצעות הסלמה של משפטים קצרים, רתמיים, אמוטיביים: "רק אז חדרה בו ההכרה כי האמת לאמיתה היא בגידת אישתו. אמת זו נחתה עליו כרעם ביום בהיר. עיניו חשכו. עולמו חרב."³⁴

יש להעיר כי הנרטיב בעניין *אזאלוס* אינו עושה שימוש בקול פסוודו-אובייקטיבי, והוא חסר את הרובד המניפולטיבי המסוים הבולט כל-כך בעניין *זאב*. לבד מאפיון הדמויות, שיידון בנפרד, הנרטיב בעניין *אזאלוס* מסופר בבירור בקולו של השופט, ולא באמצעות ריבוד של קול השופט וקול אחת מדמויותיו, כבעניין *זאב*.³⁵

4. שמות, אפיון דמויות ואידיאולוגיה

Real names tell you the story of the things they belong to.

J.R.R. Tolkien, *The Lord of the Rings*

In this world one must have a name; it prevents confusion, even when it does not establish identity.

Ambrose Bierce, *The Moonlit Road*

What's in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet.

Shakespeare, *Romeo and Juliet*, act ii. sc. 2.

34 עניין *אזאלוס*, לעיל הערה 26, בעמ' 579; וראו ש' אלמוג "עיני המערער חשכו" – בין הנרטיבי לנורמטיבי" *מחקרי משפט* טו (תשנ"ט) 296; ש' אלמוג *משפט וספרות* (ירושלים 2000) 57-96, והדברים שם הרלוונטיים גם להמשך הדיון.

35 יודגש כי שאלת הקול ושאלת נקודת-התצפית אינן זהות, אף כי קיימת לעיתים חפיפה בין התשובות הניתנות להן וכמעט תמיד קשה להבחין ביניהן. השאלה הראשונה שואלת: "מי הדובר?" השנייה שואלת: "מנקודת-מבטו של מי דברים נתפסים?" רומן-המופת של פטר הוג *הגבוליים* מסופר לעיתים מנקודת-מבטו של הילד פטר, חניך/תלמיד/אסיר בבית-יתומים בקופנהגן, ולעיתים מנקודת-מבטו של פטר המבוגר. הקול הוא אחד – הוג אינו מקל על הקורא בשינויים צורניים או סגנוניים, ותפיסת הזמן של הדובר הינה בדרך-כלל המפתח להבחנה בין שתי נקודות-התצפית. Jonathan Culler מדגים את ההבחנה בניתוח הרומן של הנרי ג'יימס: H. James *What Maisie Knew* (New York 1963) [1936], שהמספר מציג בו חלקי-מפתח בסיפור בקולו, אך מנקודת-התצפית של הילדה מייזי (ובמיוחד את תפיסת היחסים המיניים בין הדמויות). כלפי מימד זה של הסיפור, נקודת-התצפית של מייזי משמשת כעדשה ממקדת, focalizer. גם אם תיתקל טענתי בדבר הצורך להבחין בין האמצעים השונים שנעשה בהם שימוש בעניין *זאב*, לעיל הערה 1, ובעניין *אזאלוס*, *שם*, בהתנגדות – כלומר, בטענה שנקודות-התצפית של השופט ושל הדמות הראשית מעורבות בשני הסיפורים – אין הדבר כך בבירור מבחינת הקול והסמכות המדברת בעדו, המובחנות בעניין *אזאלוס*, *שם*, במידה שאינה קיימת בעניין *זאב*, *שם*. ראו: J. Culler *The Pursuit of Signs: Semiotics, Literature, Deconstruction* (London 1981).

THE CORINTHIAN: What am I called?

MORPHEUS, LORD OF DREAMS: You are the Corinthian.

THE CORINTHIAN: Yes... I am. Good. An identity... yes. I am *me*.

Neil Gaiman, *The Sandman*

פרק "העובדות" בעניין *אזולוס* מקיים מנגנון אידיאולוגי מורכב של אפיון הדמויות המופיעות בסיפור וזהותן. לאורך תיאור המקרה המנוחה מצוינת בשני אופנים: כ"אשת המערער" וכ"אישתו" (סך-הכל עשרים וארבע פעמים), כלומר, באפיון לשוני הממקם אותה כטפילה ביחס לבעלה. מנגנון ייחוס כזה נקרא בבלשנות *anaphora*: משמעותו של ביטוי אנפורי תלויה בהקשר קו-טקסטואלי (*co-textual*), כלומר, לפחות ביחידת משמעות קודמת אחת שהוא מכוון אליה באופן אינדקסלי, בתוך הטקסט (למשל, במשפט זה עצמו המלה "הוא" – כמו כל כינוי-גוף – הינה בעלת משמעות אנפורית).³⁶ שמה של המנוחה היה שרה אזולוס, אך אף במקום אחד אין היא מוזכרת בשם זה וגם אינה מצוינת בפרק זה כאשר מתה או כ"מנוחה" (וגם ההרוג בעניין *זאב* אינו מצוין כך).³⁷ קיימות דרכים הלופיות נוספות לצינה, שאף אחת מהן אינה מדויקת יותר מאחרת, אך לכל אחת מהן מרכיב תיאורי המבטא בחירה אידיאולוגית בין מרכיבי זהותה האפשריים הממקמת אותה בהקשר הנחשב: בשמה-שלה, כבת זרזוה, אם אלה ואלה, עובדת כך-וכך, המאהבת של השכן, וכדומה. אי-הופעתה האוטונומית של המנוחה בסיפור שלא מתוך יחסי התלות של זהותה בבעלה, יוצרת (construct) תפיסת זהות ברובד אונטולוגי כמעט: מהותה של אשה זו בהיותה אשה לבעלה. בהכרח הקורא ממקם את פשעו של הבעל – קרי, הריגת אשתו – על רקע חטאה, שאינו רק חטא מוסרי כלפי בעלה או מוסד הנישואין, אלא חטא אקזיסטנציאלי כלפי עצם מהותה.³⁸ באותו אופן, ההרוג השני, אליהו אנקווה, מצוין עשרים ושלוש פעמים כ"שכן", אם כי הוא מצוין שלוש פעמים כ"מר אנקווה". אפילו מרת אנקווה מצוינת פעמיים כ"אישתו של מר אנקווה" ופעמיים כ"אשת השכן".

36 לדיון בשימושים משפטיים באנפורות, ובכינויי-גוף במיוחד – כמו גם לניתוחים בלשניים-סטרוקטורליים אחרים של טקסטים משפטיים – ראו: L.M. Solan *The Language of Judges* (Chicago 1993). לדיון פילוסופי באנפורות כמכשיר קומוניקטיבי, ראו: R. Brandom *Making it Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment* (Cambridge, Mass 1994). ליישום חלק מתובנותיו של ברנדום בהקשר השיח המשפטי, ראו: J. Yovel "Analogical Reasoning as Translation: The Contingency of Transitivity" 13 *International Journal for the Semiotics of Law* (2000) 1. לכתובה לינגוויסטית על אנפורות, ראו: K. Van Hoek *Anaphora and Conceptual Structure* (Chicago 1997); F. Cornish *Anaphora, Discourse and Understanding: Evidence from English and French* (Oxford 1999).

37 לניתוח פרשה זו יפים הפרמטרים הנידונים אצל א' קמיר "לכל אשה יש שם" *משפטים* כז (תשנ"ז) 327.

38 עניין *אזולוס*, לעיל הערה 26, מכיל רכיבים נרטיביים נוספים ומגוונים, לא רק באפיון הדמויות, אלא גם בחתכי זמן-מרחב, אינטנסיביות נרטיבית (כמפורט להלן) ופרמטרים נוספים. ראו אלמוג, לעיל הערה 34.

צדק נרטיבי

בעניין זאב הדמויות קרויות באופנים אידיאולוגים שונים. מתנחלי שילה היהודיים (מלבד המערער, שכך ציונו) מתוארים כ"גב' אהובה מנצור" או "גב' מנצור" (שלוש פעמים); "רכז הביטחון השוטף (הרבש"צ)", "הרבש"צ" ו"אשת הרבש"צ".³⁹ הרועים הערביים, לעומת זאת, מצוינים בשמותיהם הפרטיים ללא שם משפחה וללא כינוי כבוד: "ריזק" (ארבע פעמים) ו"ג'ודה" (פעמיים). ליתר דיוק, שמותיהם המלאים מוזכרים פעם אחת, ואחריהם מקודדים – באמצעות השימוש בתיבה "להלן" – בשמותיהם הפרטיים:

כתוצאה מן הירי נהרג אחד הרועים, ג'ודה עבדאללה עווד (להלן – ג'ודה), ונפצע רועה אחר, ריזק אבו נעים (להלן – ריזק). גם אחת הכבשים נהרגה.⁴⁰

מהי המשמעות הרטורית של אפיון הדמויות באמצעות שיטות קידוד שונות? מדוע דמויות מסוימות מופיעות תדיר בליווי מחוות כבוד ואחרות מתקצרות לציון נטול-תכנים כמעט? אי-אפשר להתעלם מן השאלה מהי הפונקציה הנרטיבית של שימוש במבנים לשוניים כה שונים לציון ואפיון של המתנחלים לעומת הרועים הערביים. בררת המחדל הינה להשתמש, במסגרת השפה הנורמלית של פסק-הדין, בשיטה אחידה של קידוד, ולמצער בשיטה פלורליסטית המבטאת את אופני הקידוד הפנימיים לתרבויות מסוימות (למשל, לציון אדם תוך ציון שמות מי מהוריו, מקום הולדתו, מקצועו וכדומה).⁴¹ הדמויות היהודיות מתוארות בתוך הקשרי חיהן הרגילים, אך על הרועים הערביים לא נאמר לנו כמעט דבר. מי

39 הטקסט הנבחן כאן הינו תיאור העובדות בדעת המיעוט, בעניין זאב, לעיל הערה 1, בעמ' 634-636. כך גם בהמשכה: העדים היהודיים מצוינים בשמותיהם המלאים ותפקידיהם ("הרועה ריזק" – מן-הסתם עד תביעה, אך הדבר אינו מצוין – לעומת "עד ההגנה מס' 6, שלמה לובינר, שהיה בעבר הרבש"צ של שילה" (שם, בעמ' 640); "אורח שהזדמן ליישוב, בשם יצחק בר-אור", המצוין לאחר-מכן כ"בר-אור", ולא כיצחק (שם, בעמ' 640). בר-אור הינו שם מתאים ברובד כמעט מיתי לעד "השופך אור" על האירועים). עד אחרון זה נדרש לשאלה אם נזרקו אבנים על המערער אם לאו. הערכאה הראשונה לא קבעה דבר לכאן או לכאן, ושופט המיעוט בערעור מצוין בצער שאף הוא אינו יכול להעדיף גרסה אחת על אחרת. הלשון, לעומת זאת, מציינת איזו גרסה היה נוח לו להעדיף: "...קשה לבסס מימצא עובדתי פוזיטיבי שמעבר לספק סביר. אולם ניתן לומר, כי גרסת המערער מתיישבת לכאורה עם מכלול הדברים, ואין לומר עליה שאינה אפשרית, אולם גם הגרסה כפי שעולה מעדות הרועים לעניין זה אינה לחלוטין חסרת יסוד ומופרכת." (שם, בעמ' 640, ההדגשות שלי – י.י.). לעניין השמות, ראו עוד בעמ' 643: "אביגדור ש"ץ, הרבש"צ" ("ש"ץ" הינם ראשי-תיבות של "שליח ציבור"); "סנ"צ דני חן" ו"דני חן" (שם, בעמ' 643-644); "עד ההגנה מס' 3, אמציה שועלי, מעיד על עצמו כי הוא מאמן חיילים" (שם, בעמ' 644) ועוד.

40 שם, בעמ' 635.

41 מיקום אדם בשלשלת גנאולוגית נחשב בתרבויות מסוימות לחלק אינטגרלי מהרכבת זהותו וכמידע הכרחי שבלעדיו אין טעם להשתמש בשם הפרטי (הגנאולוגיה הינה דטרמינטיבית ביחס לתכונות אופי ופרופיל מוסרי, לא רק מעמד חברתי וכדומה). דוגמות מובהקות לכך נמצאות בתנ"ך כמו גם בקטות האיסלנדיות של ימי-הביניים, שם הן רלוונטיות, בין השאר, להבנת ההתפתחות של התהליכים המשפטיים המתוארים בהן. ראו במיוחד: *Njal's Saga; Egil's Saga* (גיבורי שתי הסגות הגדולות הללו פועלים, בין השאר, כפרקליטים): ראו *Njala Njal's Saga* (Carl F. Bayerschmidt and Lee M. Hollander trans., New York 1955); *Egils Saga Skallagrimssonar Egil's Saga* (E.R. Eddison trans., New York 1968).

יונתן יובל

הם רועים אלה? איזה הקשר נרטיבי חל עליהם, מלבד הופעתם המאיימת כמתוך האין להעכיר את שלוות שילה? אביגדור פלדמן כותב בהקשר דומה:

סובייקט ללא נרטיב הנו אחיזת עיניים, צל חולף חסר אחיזה בציר העלילה... בכל פסק-דין נברא מחדש סובייקט ערבי אוניברסלי... בתחרות שבין סובייקט המאורגן היטב בנרטיב של זמן ומקום לבין סובייקט שאינו מצליח לייצר נרטיב עצמאי, והוא מתממש בחלל ללא מקומות ובזמן ללא המשכיות, ינצח הנרטיב של הזמן והמקום.⁴²

המשפט לעולם אינו עוסק באנשים שלמים. הוא עוסק באטריבוטים משוברים של טבעם, אופיים וחוויות חייהם.⁴³ הוא מספר סיפורים חלקיים המתמקדים בפעולות מסוימות ולא באחרות, ומשחזר את דמויותיו החלקיות באמצעות מערכות של מוסכמות נרטיביות, המאורגנות בחלקן בדיני הראיות, הפרוצדורה (למשל, המבנה של חקירה וחקירה נגדית) והאתיקה המקצועית, ובחלקן מהוות מוסכמות תרבותיות, סגנוניות ואחרות שאין להן מקור משפטי פוזיטיבי. המשפט מכיר בחלקיות סיפוריו, ולעיתים הוא נותן לכך ביטוי באפיון הדמויות באופן הממקם אותן ביחס לסיפור שבית-המשפט, על פי אמות-מידה של רלוונטיות שהוא מפעיל, מחליט לספר. הביטוי "המערער" ממקם את הדמות בהקשר ההליך השיפוטי וכל שסופר במסגרתו עד כה. "המנוח" מתייחס, מתוך כל האפיונים האפשריים, להיבט זה של הדמות. החריגה ממוסכמה זו, כבעניין זאב, שהרועים הירוים (האחד שנהרג והאחר שנפצע) מצוינים בו בשמותיהם הפרטיים בלבד, אינה ממקמת אותם כקורבנות. עובדת מותם ופגיעתם נדחית, והם קרויים באופן שבו החברה הישראלית היתה קוראת להם מן-הסתם בעודם בחיים או בטרם נפצעו, בתוך המון הדמויות היהודיות הקרויות בשמותיהן המלאים ובצירוף תארים מקצועיים או מביעי כבוד.

אי-אפשר לתאר או לאפיין אדם בשלמות: "תיאור מלא" הינו תמיד תיאור חלקי רלוונטי, כלומר, אידיאולוגי. לייבניץ גרס כי המושג המלא של כל ישות הינו אינסופי, מכיוון שהוא מורכב מכל הצביונות של המציאות הקשורים בה בכל זמן. רק האלוהים – התבונה האינסופית – יודע/ת את תיאורינו המלאים. אך לאמיתו של דבר, דיפרנציאציה סמנטית הינה דבר בסיסי בהרבה: כפי שטען מייסד הבלשנות הסטרוקטורלית, פרדיננד דה-סוסיר (Saussure), הדיפרנציאציה – עקרון השונות – היא יסודה של כל תפיסת משמעות. סמנטית, "תפוח" הינו ציון בעל מאפיינים מסוימים, אך מה שמאפשר להשתמש בו כדי לציין ישות מסוימת ולא אחרת הינו כי "תפוח" אינו כל מלה אחרת. כל דיבור, כל ציון, כל שימוש סמוי מתבסס על דיפרנציאציה. היכולת של סימן להיות בעל משמעות – כלומר, לסמן

42 א' פלדמן "המדינה הדמוקרטית מול המדינה היהודית: חלל ללא מקומות, זמן ללא המשכיות" עיני משפט יט(3) (תשנ"ד-תשנ"ה) 717, 720.

43 Richard Weisberg ו-Martha Nussbaum רואים (מכיוונים שונים) מאפיין זה של המשפט כפתולוגיה, שריפויה ירוש רפורמה של החינוך המשפטי באמצעות שילוב והפנמה של ראיות-האדם של מדעי-הרוח באמצעות הקנון הספרותי. ראו: R.H. Weisberg *Poethics and other Strategies of Law and Literature* (New York 1992); "Family Feud: A Response to Robert Weisberg on Law and Literature" 1 *Yale J. L. & Human.* (1988) 69; M.C. Nussbaum *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* (Cambridge, MA 1997)

משהו – תלויה ביכולתו להיות נפרד ומובחן מסימנים אחרים. ברובד האפיון הסמנטי, כל ציון של משמעות חייב לבצע דיפרנציאציות מסוימות. שמות פרטיים (proper names) עושים זאת כפונקציה המרכזית שלהם: הם מצביעים על אובייקט (denotation), ובכך מבחינים בינו ובין שאר עולם המסומנים.⁴⁴ השם, כמוכן, שייך ללשון, לא לאובייקט שהוא מציין: זו תכונה של השפה העברית שבמלה "תפוח" אנו משתמשים לציון דברים מסוימים ולא אחרים – אין זו תכונה של תפוחים.⁴⁵ אך הסימן אינו מכשיר צורני בלבד; בשפה טבעית יש לסימנים ולאמצעי הצבעה תכנים סמנטיים וזיקות הקשורות. כך, למשל, השימוש בשמות פרטיים רווי בהיבטים סמנטיים ופרגמטיים המקודדים בתבניתם הלשונית-התרבותית: שם פרטי מציין את השפה שבמסגרתה נעשה בו שימוש (נניח, עברית), והוא עשוי לספק מידע הקשרי, כגון מגדר (gender), שיוך משפחתי או דמוגרפי, מעמדי וכדומה.⁴⁶ לשימוש בשם פרטי – ולמצער בשמות מסוימים – יש זיקה מעודנת נוספת, והיא עצם ההתייחסות לאדם המצוין כאל ישות עצמאית, אוטונומית בעולם, שקיומה אינו טפל לאנשים אחרים. כל אפיון אחר של אדם חייב לבחור בין אינספור הצביונות שניתן לייחס לאותו אדם בהקשרים תקשורתיים. כולם הקשריים; כולם ממקמים את האדם ביחס להקשר שמבע-הדיבור גורס שהוא לא רק הקשר רלוונטי, אלא ההקשר המשמעותי, הדגש הראוי. כאשר אלוהים אומר לאברהם "קח נא את בנך את יחידך אשר אהבת את יצחק", הוא ממקם אותו בכל ההקשרים החשובים המייחסים אותו לאברהם.⁴⁷ וכך גם אנו בדברנו בשפת היומיום: "אחיו של המנוח"; "הבוס של זיוה"; "השוער שלנו בימי שישי"; "החבר שלך – זה עם השפם"; "ההוא ממס-הכנסה"; "המרצה הדיסלקטי" וכיוצא באלה – כולם ציונים אפשריים לאותו אדם, כל אחד ממקם אותו בהקשר ספציפי, ולפיכך נושא בחובו מטא-טענה של רלוונטיות תקשורתית. רלוונטיות אינה רק מכשיר סינטקטי לבחירה או פסילה של חלקי דיבור. היא מוכוונת-ערכים מהותיים המורים לה, בתור מכשיר סינטקטי, כיצד לפעול. היא עונה על השאלה: "מה חשוב? באיזה הקשר יש למקם אדם זה, וכיצד יש לאפיין אותו באותו הקשר?" לכן, אפיון הדמויות בפסקי-הדין המנותחים במאמר זה הינו אידיאולוגי, מכיוון שהוא מתבסס, משקף ומפנים תשובות לשאלות: "מה נחשב באותו אדם? כיצד יש להתייחס

44 לדיון בתפיסות פנייתיות, תיאוריות ואחרות של שמות פרטיים, ראו: S.A. Kripke *Naming and Neccessity* (Cambridge, Mass. 1972) 90-97, 30-34, 57-58.

45 המודעות של דוברים להיותם דוברים לשון, כלומר, פועלים במסגרת מערכת של סימנים המקבלים את משמעותם מן המערכת ומהקשרי הדיבור, לא מעצמים (למשל, הציון "תפוח" אינו תכונה של תפוחים, אלא של השפה העברית), הינה שלב מרכזי ומורכב ברכישת שפה, וניתן להבחין בהתפתחותה אצל ילדים ובמיוחד אצל לומדי שפות זרות; יש לה השלכות רטוריות, נרטיביות ואחרות. בבלשנות מודעות זו נקראת metalinguisic awareness. ראו: E. Mertz and J. Yovel "Metalinguistic Awareness" *Handbook of Pragmatics* (Dordrecht 1987-2001, forthcoming 2002).

46 לתיאוריה התיאורית של שמות פרטיים, ראו: Kripke, *supra* note 44. על תכונתה הרפלקסיבית של הלשון – יכולתה לקדד ידע לגבי עצמה, מבניה, שימושיה, ראו: J.A. Lucy (ed.) *Reflexive Language: Reported Speech and Metapragmatics* (Cambridge 1993) ובמיוחד: M. Silverstein "Metapragmatic Discourse and Metapragmatic Function", *ibid*, at p. 33.

יונתן יובל

אליו? מה חשוב בו בהקשר זה? מבלי שיהיה שקוף לתשובות המהותיות שהוא נותן לשאלות אלה. כלומר, שפה תיאורית אידיאולוגית הינה שפה המשתמשת בבחירות תיאוריות מסוימות העונות על השאלה "מה חשוב בהקשר זה?" תוך כדי הסרתן. בעניין *אזואלוס*, זהותן של כל הנפשות הפועלות מאופיינות מנקודת-מבטו של המערער, אף שיש להדגיש כי בניגוד לדעת המיעוט בעניין *זאב*, השופט בעניין *אזואלוס* שומר על קולו הנפרד, ואינו מתגלם בדמות שהוא מתאר.

נורמות ההגינות המכוננות את ההליך השיפוטי דורשות מלשוננו הנורמלית של השופט להעניק יחס שוויוני לדמויות שבסיפורו.⁴⁸ זו אינה דרישה מסוג *politically correct*: אם הנרטיב הינו אכן היבט מכונן של השיפוט – כפי שנטען בפתיחת רשימה זו – הרי שהלשון המרוכדת הינה חלק מפסק-הדין. בעניין *זאב*, הדיפרנציאציה בציון הדמויות מתחברת לאפיוניהן האחרים: נוכחותם המאיימת של הרועים הערביים הסובבים במרחק של חמישה מטרים "בלבד" ממה שבאופן ברור אינו עולמם ו"בקרבה מדאיגה ליישוב ובכלל זה לגן המשחקים שבו שהו הפעוטות".⁴⁹ השופט מאפיין את הדמויות – על ציוניהן והקשריהן – מנקודת-המבט של חלק מדמויות סיפורו, דהיינו, מתנחלי שילה, נקודת-מבט שהלשון הנורמלית מאמצת כנקודת-מבטה שלה. נקודת-המבט אינה רק נקודת-תצפית חלל-זמנית, מעין מצלמה אילמת שכל דמות ספרותית נושאת על כתפה, אלא נקודת-מוצא אידיאולוגית: היא מחייבת ראיית-עולם ופרשנות-עולם כפי שהיו נעשות על-ידי הדמות, והמכשיר לביטוי ראיית-העולם הזאת הינו הקול. ודוק: העדפת גרסה נרטיבית אחת על גרסה אחרת מטעמים שהמשפט רואה אותם כטעמים לגיטימיים הינה פעילות שיפוטית נורמלית ואפילו פרוידיגמטית, הנתמכת במנגנוני הלגיטימציה של השיפוט. אך האם הדבר אפשרי בעניין *זאב*? ההעדפות מופנמות ומקודדות אל תוך הנרטיב באופן בלתי-ביקורתי ובלתי-שקוף. זרעי סופו של הסיפור השיפוטי – דהיינו, השיפוט עצמו – נזרעים בנקודות שונות לאורך הדרך. זרעים אלה אינם טענות עובדתיות המתייחסות, ננית, למצבו הנפשי של הנאשם עובר להרג (למשל, לא נטען שהמערער ידע דבר על הפעוטות ששהו בגן-המשחקים או על התרעות-לכאורה

48 זו דרישת הליך ראוי (*due process*) מוסדית, לא דרישה פואטית (ראו חלק ב, להלן). למושג "הלשון הנורמלית" ראו לעיל, הטקסט שליד הערה 16. שיטות קידוד שונות משמשות לעיתים בספרות כדי למסגר את דגשי הסיפור ולכוון בדקות את הקשב של הקורא. כך, למשל, בסיפורו האירוני של ' קרונזון "הרופא ומגידיש עזיזי חוזרים (עם בוקר) לשרם-א-שיח" (בתוך *מי מקבל את בלגיה?* (תל-אביב תשנ"א). מסגרתו הנרטיבית של הסיפור היא הקרב-שלא-היה על כיבוש שרם-א-שיח' במלחמת ששת-הימים בידי "הנועזים שבגיבורי הצבא, שעד אז ידע עליהם הרופא מן השמועות ומן הידיעות שהתפרסמו בעיתון... הקצינים היו משתבחים בכך שזכו להכיר אותם ואפילו לפנות אליהם בכינוייהם" (*שם*, בעמ' 48). אלא שכינויים אלה נותרים בבחינת מסה בלתי-אישית: איש מן הדמויות שבסיפור, כולל מספרו, המכונה רק "הרופא", אינו נקרא בשמו, למעט איש-מילואים אחד ששמו מגידיש עזיזי, שהלוחמים המודעים למעשיהם ההיסטוריים מתביישים בנוכחותו הבלתי-צבאית וגועים בצחוק כאשר הוא תמה עליהם במבטאו הפרסי בשעה שהם חופרים שוחות טרם קרב: "אם אנחנו יחפור עמוק איך אנחנו יברח?" כששב הרופא אל העורך, צולע בשל כוויית-שמש בעכוזו מרחצה בים, הוא מתקבל בכבוד-מנצחים, בעוד מגידיש עזיזי, הדמות היחידה המתבלטת מתוך הסיפור בקולה-שלה, נותר ככובש שרם-א-שיח מצויד באת לכסות בעפר את צואת החיילים (האלמונים) המשלשלים.

49 עניין *זאב*, לעיל הערה 1, בעמ' 635.

צדק נרטיבי

מפני פיגועים ששופט המיעוט מתייחס אליהן בהמשך, וכדומה). הרקע המאיים וההטיות הנרטיביות-האידיאולוגיות שבסיפור השיפוטי נמצאות שם, לאמיתו של דבר, לא על-מנת לספק טענה כלשהי במסגרת השיח השיפוטי הנורמלי, אלא להחליף טענות כאלה, להסוות את אי-קיומן. הן מיועדות לקהל-קוראים הצפוי, בשל נתוני הרקע המשותפים, לקבל הטיות אלה כחלק לגיטימי של הלשון הנורמלית, ואולי אף לא להבחין בהן כלל.⁵⁰ העניין ואפילו הדחיפות שבביקורת הנרטיבית צומחים מנסיונה לחשוף את דרכי הבנייה של הנרטיב השיפוטי האידיאולוגי המרובד כעניין מהותי לאידיאולוגיה של המשפט עצמו, למחויבות שלו לעקרונות ההליך הראוי.⁵¹

5. הסיפור החלופי: קוהרנטיות פנימית וחיצונית

בהמשך סיפורו, שופט המיעוט בעניין זאב מארגן את הנרטיב בחסכנות ובתמציתיות הנותנות משקל לבחירותיו התיאוריות:

המערער, רועה צאן המתגורר בשילה ובתוקף עבודתו נמצא ביישוב בשעה שמרבית הגברים נמצאים מחוצה לו, קיבל את ההודעה בהיותו עם צאנו במינקת. משם רכב מיד על קטנועו לביתו, נטל את נשקו האישי (רוס"ר M-16) ... משהתברר לו שהרשב"צ נמצא מחוץ ליישוב – בא אל ביתה של גב' מנצור, החנה קטנועו והבחין במתרחש... המערער החליט לגרש את הערבים מן המקום. בתחילה צעק לעברם "רוח מן הון", שפירושו בערבית "לכו מכאן". אחר כך החל יורה צרורות באויר, תוך שהוא מתקדם לעברם, וכשגם זה לא הועיל להניסם, החליט המערער להגביר הסיכון על דרך של ירי אחר, דהיינו ירי לקרקע, לחצי המרחק שבינו לבין הרועים שהיו במרחק 40-50 מטר ממנו. המערער הוריד את רובהו למצב של אחיזה מן המותן, ובמצב זה ירה צרור בודד, בקשת לא רחבה של מעגל מדומה שהוא עצמו במרכזו.⁵²

כמו בעניין אזואלוס, הירי מתואר במונחים חלליים-גיאומטריים מדויקים, שאינם מתייחסים לנפגעים ממנו. אך דומה שהמרחקים אינם מסתדרים: הנרטיב מתאר את התקרבותם ואת "הסתובבותם" המתמדת של הרועים הפלשתיניים ביחס ליישוב. גברת מנצור רואה אותם, כאמור, במרחק עשרים וחמישה מטרים "בלבד" מביתה. המערער בא אל ביתה של גברת מנצור, כלומר, גם הוא נמצא כעת במרחק של כעשרים וחמישה מטרים מן הרועים. אחר-כך הוא "החל יורה צרורות באויר, תוך שהוא מתקדם לעברם" (ההדגשה

50 תדמית הטיעון נתמכת בכך שדעת המיעוט, שהפחיתה את דרגת האשם מקביעת בית-המשפט המחוזי, עושה שימוש נרחב בציטוטים דווקא מן הטקסט של פסק-הדין בבית-המשפט קמא, שעליו היא משיגה. אך זה שימוש ברירני (סלקטיבי), רווי אקדמות, הערות וציטוטים חלקיים, ושופט המיעוט ממשיך לבקר את פסק-הדין בהמשך בדיוק על כך שהוא "שותק ואינו מפרש דבר" בשאלות עובדתיות שונות. עניין זאב, לעיל הערה 1, בעמ' 638; ראו גם שם, בעמ' 639.

51 ראו להלן הערה 73.

52 עניין זאב, לעיל הערה 1, בעמ' 635.

יונתן יובל

שלי – י"י). אך כשפתח בירי "לחצי המרחק שבינו לבין הרועים", היה מרחקם ממנו "40-50 מטר". נמצא שאם יש לסמוך על התיאורים החלל-זמניים המדויקים הללו, הרי שכיוון תנועתם של הרועים היה כנראה לא לכיוון היישוב, אלא ממנו והלאה. שופט הרוב, שדחה את הערעור ואימץ את הרשעת המערער בהריגה, מספר סיפור שתחילתו וסופו שונים מאוד:

כשהזעק המערער, נאמר לו, כי רועים התקרבו עם צאנם התקרבות יתר אל היישוב וכי עליו לצאת לטפל בדבר. והמערער אמנם לא התייחס לאירוע כחריג, שכן היו כבר בעבר אירועים דומים שבהם גורשו רועים ללא שימוש בנשק, כפי שהוא סיפר על כך, והוא אף לא מצא לנכון להזעיק כוחות תגבור... הרבש"צ... אף הוא ראה את הדבר כאירוע שיגרתי ולא ביטחוני, שאינו מחייב להוציא לטיפול בו אנשי מילואים שהיו אותה עת ביישוב, והוא עצמו נסע ללוות את אשתו.⁵³

זה סיפור שונה מאוד מזה של שופט המיעוט.⁵⁴ בעוד שופט המיעוט מתאר יישוב זנוח על-ידי גבריו כמו גם רבש"צו,⁵⁵ מסופר בדעת הרוב סיפור שלפיו כוח חמוש מצוי ביישוב, ואף הרבש"צ יצא ממנו בשלווה לאחר תחילת "האירוע". שופט הרוב ממשיך:

ומה מצא המערער משבא למקום?

תחילה נצביע על תיאורו של העד יצחק בר-אור, אשר בראותו את הרועים מתקרבים עם עדרם לקח את ילדיו אל העדר כדי שיהנו הילדים מהכבשים, ואחר כך נשכב לנוח.⁵⁶

53 שם, בעמ' 655.

54 Jerome Frank נחשב בדרך-כלל לנושא קולה של "ספקנות העובדות" בריאליזם המשפטי האמריקאי. כשופט בעצמו, הוא מזכיר: "The facts of the case are not the actual facts as they happened in the past. At first glance they seem to be what the trial judge thinks happened. But that is a superficial analysis: when the judge published his findings, we can never be sure that they report what he thinks were the facts. Those findings report merely what he says he thinks the facts were." (*supra* note 28, at p. 167). לאמיתו של דבר, מקריאת עניין *אזולוס*, לעיל הערה 26, ועניין *זאב*, לעיל הערה 1, ודומיהם, מתקבל הרושם כי השופטים השונים מתארים בכנות את פרשנותם הטובה ביותר לאירועים כפי שהם מבינים אותם. איני רואה סיבה לחשוב ששופטים אינם מספרים סיפורים באופן כן בדרך-כלל, באופן שהם חושבים שהינו הנכון ביותר להצגת השחזור של האירועים. הדינמיקות הנרטיביות המתוארות במאמר זה חלות לא רק על קוראי פסקי-הדין, אלא גם על כותביהם, שהם בסופו של דבר צרכני סיפורים בעצמם: שומעי עדויות, קוראי מסמכים וכדומה. כאשר שופט אינו מספר סיפור – באופן מודע, בשל אילוצים שונים – באופן שהוא חושב אותו לטוב ביותר מבחינה נרטיבית (אם כי ייתכן שזה הסיפור הנכון מבחינה דוקטרינרית), עשויה להיווצר מצוקה נרטיבית ססופה אבסורד, כפי שקרה למשל בע"א 657/89 עפ"י זמירו ואח' נ' מ"י, פ"ד מח(4) 309, שבו אדון בהודמנות אחרת.

55 עניין *זאב*, שם, בעמ' 635.

צדק נרטיבי

אנו זוכרים כיצד פתח שופט המיעוט את סיפורו: בתיאור תושבת היישוב גברת מנצור, שבראותה קבוצה של רועי צאן ערביים הסתגרה עם ילדיה בביתה. ההקבלה היתה מושלמת כמעט אילולא היה בר-אור אורח בהתנחלות וגברת מנצור תושבת-קבע. אפילו גרסת המערער עצמו, רומז שופט הרוב, מספרת סיפור אחר מזה של שופט המיעוט:

המערער תיאר את בואו למקום, וכל שמצא הוא עדר צאן שהתקרב עם רועיו אל קצה היישוב.⁵⁷

כמה תיאור זה שונה מן האווירה מזרת-האימים שסיפורו של שופט המיעוט יוצר! אפילו הבחירה התיאורית ב"קצה היישוב", לעומת "הכביש המקיף את היישוב", הינה משמעותית, וכמובן גם ההתייחסויות ל"גן-המשחקים בו שהו אותה עת הפעוטות" וכדומה. שופט הרוב מצטט באריכות מדברי המערער, הגורס שהוא עצמו לא חשב שלפניו מחבלים (והרי כל טענתו היתה שלא התכוון לפגוע בהם, אלא רק להניסם).⁵⁸ מסתבר כי המערער עצמו לא טען לתנאים של לחץ סובייקטיבי שהצדיק ירי על-מנת לפגוע (מלבד טענתו כי הושלכו עליו אבנים, טענה שהוכחשה על-ידי העדים ריזק אבו נעים ויצחק בר-אור). המתווה המורכב שארג שופט המיעוט נועד להסוות זאת. הוא נועד ליצור רושם של מצוקה סובייקטיבית שתצדיק פתיחה באש על-ידי פנייה לרשת תרבותית של הנחות והבנות סמויות בקרב קוראי הטקסט השיפוטי. הנקודה המרכזית שדעת הרוב מפגינה כאן הינה כי מה שהופך נרטיב עובדתי לאמין או למשכנע אינו בהכרח תהליך פורמלי של הוכחה הפנייתית (referential) המתייחסת לכל אחד מחלקיו. אמינות והסתברות (credibility and plausibility) הן תוצרים נרטיביים המכוננים על-ידי הסיפור כולו כפי שהוא מסופר בהקשר תקשורתי מסוים, ותלויים בראש ובראשונה בקוהרנטיות שלו – הן זו הפנימית והן זו המתייחסת לרשת הרקע התרבותית-האידיאולוגית של קוראיו (להלן: קוהרנטיות "חיצונית"). קוראים מסוימים עשויים להזדהות באופן מייד, אולי אפילו בלתי-מודע, עם תחושת האיום והמצוקה שנרטיב המיעוט משדר בעניין זאב, מכיוון שהם חולקים ברשת התרבותית שהנרטיב מבוסס עליה כהנחה מוקדמת (presupposition). פסק-הדין מעיר בהם אותם נתוני רקע הממקמים את הסיפור בהקשרים שיעוררו בהם את התסמיכים (האסוציאציות) הנדרשים מנרטיבים אחרים. באופן ספציפי, הקוהרנטיות של נרטיב המיעוט בעניין זאב תלויה ביכולתו להעלות, כמו באוב מעורפל, רכיבים מתאימים מן הנרטיב הציוני, ולהתמקם בהמשך ישיר לסיפורי תל-חי, נהריה ומעלות (חדירת שכנים בוגדנית ליישוב מבודד, טרור רצחני והרג ילדים). הרשת התרבותית המשותפת מייתרת אמצעי הפניה צורניים (reference) לנרטיבים הללו, ומסווה את מה שכיניתי ה"העלאה באוב".

56 שם, בעמ' 656.

57 שם, שם.

58 "לא היה שום דבר שרציתי לפגוע בו אלא רק שיברחו... אילו חששתי שלפני מחבלים לא הייתי יורה לעברם." שם, בעמ' 656.

יונתן יובל

התפיסה הנרטיבית המתבססת על מניפולציה של קוהרנטיות חיצונית נדרשת לאמות-מידה של רלוונטיות משלה, שיאפשרו לה לייצר מאפייני אי-רלוונטיות פנימית או אף להתגבר עליהם. כדי להתחבר לרשת התרבותית האידיאולוגית ולנתוני הרקע שלה, הנרטיב עצמו זקוק לרקע, ל"מטא-נרטיב". המטא-נרטיב יניח תשתית מסוימת לפרשנות הנרטיב בכך שפרשנויות מסוימות ייתפסו כקוהרנטיות עם המטא-נרטיב יותר מאחרות. המטא-נרטיב אינו עומד, בדרך-כלל, בכללי הרלוונטיות והסיביות של נרטיבים משפטיים. הרלוונטיות שלו מתמצה ביצירת מסגרת פרשנית, לא בסיפור כשלעצמו. זו רלוונטיות חתרנית, חמקמקה – רלוונטיות "סיבתית" המופעלת הלכה למעשה, לא רלוונטיות נורמטיבית במונחי האידיאולוגיה הרשמית של המשפט.⁵⁹ הוא מספק קוהרנטיות חיצונית לנרטיב באופן המפצה על היעדר קוהרנטיות פנימית, ומתמודד מול גרסות נרטיביות מתחרות. המשפטן הבריטי ברנרד ג'קסון (Bernard Jackson) מאפיין את דרישת-היסוד של הקוהרנטיות החיצונית (מבלי לכנותה כך) – להבדיל מן הקוהרנטיות הפנימית בין חלקי הסיפור – כך:

The Telling of those events must be accompanied by some contextual detail, which may itself be irrelevant to the basic story-line, but nevertheless places it in a context recognizable to the audience.⁶⁰

לעומת זאת, דעת הרוב בעניין זאב אינה עושה שימוש בנרטיב פסודו-אובייקטיבי או בקוהרנטיות חיצונית, ומבחינה באופן צורני בין הקולות השונים. המספר אינו מתגלם בדמות ואינו חולק בנקודת-התצפית שלה, מה שמאפשר לו לבקר את קוהרנטיות הזמנים, שהיא איכות פואטית אריסטוטלית נוספת:

המערער... נסע תחילה לביתו להצטייד בנשק. אבל מדבריו שצוטטו לעיל... עולה בצורה חד-משמעית כי משהגיע למקום שוב לא היה לו כל חשש שמא במחבלים המדובר וכל מטרתו היתה לגרש הרועים עם הצאן, תוך ניצול היתרון שבדיו נשק ולהם אין. רק לשם כך התקרב לעברם תוך ירי, על-מנת להראות "שאני רציני. אם לא

59 באופן כללי ניתן להבחין בין רלוונטיות קוגניטיבית ורלוונטיות נורמטיבית בכך שהראשונה מזהה את כל מרכיבי השיח העשויים להשפיע בפועל על מקבל-החלטות כעניין תיאורי, והשנייה מזהה אותם מרכיבים שראוי שישפיעו עליו במסגרת שיח מסוים. על-פי ספרבר (Sperber) ווילסון (Wilson), רלוונטיות (קוגניטיבית) הינה מכשיר המשרת חסכנות: אמות-מידה של רלוונטיות הופכות שיח ליעיל, חסכוני, ומאפשרים מירב תוצר קוגניטיבי במזער עלויות עיבוד. D. Sperber and D. Wilson. *Relevance: Communication and Cognition* (Cambridge, Mass. 1986). לביקורת על עמדה זו ופיתוח מושג נורמטיבי של רלוונטיות כמכשיר סינטקטי-אידיאולוגי ברבדי-שיח שונים, ראו: J. Yovel "Two Conceptions of Relevance" *Artificial Intelligence & Law: Special Issue on the Theory of the Law of Evidence* (Forthcoming, Spring 2001).

60 B.S. Jackson *Law, Fact and Narrative Coherence* (Merseyside, UK 1991) 12. ג'קסון מציין כי עמדה זו קונה לה מקום בהכשרתם המעשית של משפטים, ומביא כראיה דוגמות מתוך ספר הכשרה לעורכי-דין: D.A. Binder and P. Bergman *Fact Investigation: >From Hypothesis to Proof* (New York 1984).

צדק נרטיבי

תופסים אותי כגורם רציני לא היו מסתלקים". ושוב יש להזכיר מפי המערער עצמו, כי כל האירוע... ארך בסך הכול 20 שניות, פחות מחצי דקה. משמע, המערער לא הותיר לרועים כל זמן להסתלק, כשם שדרש, ומיד ירה.⁶¹

כאן הקוהרנטיות הינה קוהרנטיות פנימית: גרסת המערער אינה קוהרנטית מכיוון שארגון הזמן שלה אינו מאפשר את ההתרחשות הנטענת. שופט הרוב מתמקד בשוני שבין הפוסטולטים הפואטיים של אריסטו – קוהרנטיות המרחב, הזמן והעלילה, המכונות לעיתים "רציפות" – ואינו מאפשר לקוהרנטיות החיצונית, דהיינו, התאמה להנחות־רקע תרבותיות סמויות, לפצות על היעדר קוהרנטיות פנימית.

מעניין שבניגוד לתיבה "בלבד" בפסק־הדין של המיעוט – המתייחסת לריחוק הרועים מן היישוב – התיבה "בסך הכול" בפסקה דלעיל (המתייחסת למשך האירוע כולו) אינה דיבור אידיאולוגי מובהק מכיוון שאין היא מבצעת בחירה ערכית ואינה מסתירה את הנחות־היסוד שהיא נשענת עליהן, אלא מפרשת אותן מייד: במונחי סיפורו של המערער עצמו, הוא קרא לעבר הרועים להסתלק, וכשלא עשו כן (ולטענתו, שלא הוכחה, השליכו עליו אבנים), ירה עליהם. "בסך הכול" הינה אמירה רלוונטית במונחי טענתו של המערער עצמו, כי היא מפריכה את לוח־הזמנים שגרסתו נדרשת לו. התיבה "אולי" 20 שניות נמשך האירוע, פחות מחצי דקה" הינה ציטוט מדברי המערער, והתיבה "בסך הכול" ממקדת את תשומת־הלב בחלק זה של סיפורו.⁶²

האפקטיביות של הטקסט בדעת המיעוט בעניין זאב – העובדה שתלמידי משפטים הנתקלים בו לראשונה בשיעור בדיני עונשין אינם מבחינים בדרך־כלל ואינם חושפים את מנגנוניו הנרטיביים והמניפולטיביים (בין השאר בגלל התמקדות החינוך המשפטי בדיון הדוקטרינרי) – מעידה ששופט המיעוט אכן הצליח להסתמך על רשת הבנות סמויות המוטמעת בתוך התרבות המשותפת לו ולקוראיו. תפקידה של הביקורת הינו לחשוף רשת זו ולבקר הן את הלגיטימיות שבהסתמכות עליה והן את תכניה. אומנם, ההסתמכות על הנחות־רקע משותפות הינה תנאי מקדים לתקשורת;⁶³ אך אין לעוות תובנה זו: השאלה מתמקדת במניפולציה שהטקסט עושה בהפעילו הנחות־רקע מסוימות ולא אחרות, לא בעצם ההסתמכות על רקע תקשורתי כלשהו, שהינה הכרחית, באשר פסק־הדין אינו יכול להמציא מחדש ובכל פעם את השפה שהוא נכתב בה. הבעיה הינה שהנחות־רקע מסוימות אינן הוגנות כלפי חלק מדמויות הסיפור, ואפילו כלפי חלק מקוראי פסק־הדין – אותם קוראים שיקראו אותו אחרת – כל מי שהרשת האידיאולוגית־התרבותית שהוא מתבסס עליה אינה מאגדת, אלא מנכרת אותו. עניין אחרון זה פותח את הדיון בקשר שבין שימושי המחבר־השופט בקוהרנטיות חיצונית ובינינו – קוראיו.

61 עניין זאב, לעיל הערה 1, בעמ' 656-657.

62 שם, בעמ' 656.

63 לדיונים מרכזיים מכיוונים שונים בעיקרון זה, ראו: J. Habermas *The Theory of Communicative Action* (Thomas McCarthy trans., Boston 1984); W.V. Quine "Ontological Relativity" *Ontological Relativity and Other Essays* (New York 1969).

6. קהיליות-שיח, ניכור והזרה

פונקציה מרכזית של הנרטיב השיפוטי היא כינון קהילייה רטורית, או קהיליית-שיח. לנרטיב יש יכולת לכונן את השותפות של קוראיו בעולם המשמעויות שלו באופנים הנעים על רצפים, מן המכליל (inclusive) למוציא (exclusive), ביחס לאנשים שונים ומסגרות-משמעות שונות. טענתי היא כי האופן העיקרי לזיהוי קהיליית-השיח הרלוונטית הינו איתורה של זו המאוגדת על-ידי הנחות-הרקע, התרבות והאידיאולוגיה שהנרטיב עצמו מניח.⁶⁴ השותפות בקהיליית-השיח יכולה להיות אמיתית או נטענת, כנה או מוטה, שלמה או מניפולטיבית – בין השאר ביחסה המנכר כלפי קוראים מסוימים, כמו גם כלפי דמויות מסוימות בנרטיב שזהותן מעוצבת כזר, כאחר. זו הסולידריות מתוך ניכור – תחושת הזהות והשייכות הנבנית על הזרה, על כינון זהותו של הזר ככזה. בעניין זאב אופיינו הדמויות על רצפי ניגודים: הרועים הנודדים מול יושבי-הקבע (אפיון אירוני-משהו כשמדובר בפלשתינים לעומת מתנחלים), קבוצת הגברים המאיימת לעומת קהילת המשפחות השלווה,⁶⁵ היישוב הסטטי לעומת הרועים ההולכים וקרבים אליו (היישוב לא ביקש את קרבכם, אינו מאיים עליהם, ורק מבקש להימנע ממגע עמם). אפקט האיום הצפון ברועים הקרבים מניח רקע תרבותי משותף למחבר ולקוראים: הוא מתבסס לא על מלות הטקסט בלבד, אלא על התסמיכים שהוא מעורר. הנרטיב לא היה יכול למלא את התפקיד שהשופט-המחבר ייעד לו לולא התבסס על שיתוף בקווים הבסיסיים של הנרטיב הציוני. קוראים שאינם חולקים בנרטיבים הללו או בדומים להם יקראו את הטקסט אחרת. היות שבמקרה זה אלה קוראים רלוונטיים – כדמויות בסיפור שמעמדן קנוי, כרועים הפלשתיניים שנורו – הטקסט מנכר אותם מקהיליית-השיח שלו. כבר אין מדובר בבחירה לספר את הסיפור דווקא מנקודת-מבט של דמות זו ולא של דמות אחרת, אלא לספר סיפור שחלק מתכונותיו המכוננות – רישות הרקע שהוא מציב – אינן נחלקות על-ידי כל מי שיש להם דרישה לגיטימית להימנות עם קוראיו. הטקסט מפצל את קהל הקוראים-בכוח שלו בין קוראים הנכללים בקהיליית-השיח, שתוכני הסב-טקסט יהיו מובנים להם ואף מובנים מאליהם, לבין הקוראים שהוא מנכר, באשר אינם חולקים בהם.⁶⁶

64 ייאמר כי אפיון אנתרופולוגי זה שונה הן משיטות הייחוס המקובלות בכלשנות הסטרוקטורלית – המאפיינת שפה בעיקר על-פי התפיסה הסוסיריאנית של langue, דהיינו, מערכת דקדוקית של קידוד משמעויות – והן מן האפיון הסוציולינגוויסטי המקובל, המזהה קהיליות-שיח על-פי הדיאלקט או השונות הלשונית המשותפת לחלק מדובריה (linguistic variance). ראו: J.K. Chambers. *Sociolinguistic Theory: Linguistic Variation and Its Social Significance* (Oxford 1995).

65 כמעט ואמרתי "פסטורלית" ... אך ה-pastor, כמובן, הינו דווקא הרועה.

66 לעיתים, נטיעת עוגנים הקשריים מסוג זה עשויה להכשיל את המחברת ולנכר מן היצירה או ההיגד קהל שעמו היא דווקא מבקשת ליצור תחושת שותפות בעולם קונוטטיבי. למשל, בתארה את מעגלה החברתי של גיבורתה קלריסה דאלוויי, וירגיניה וולף מציינת כי "[היא] אשה מקסימה, חשב סקרופ פורביס, שהכיר אותה כפי שמכירים שכנים בווסטמינסטר זה את זה". קהל הקוראים של וולף רחב ומגוון הרבה יותר מכדי שתוכל לסמוך על ידע-רקע בשאלה כיצד "שכנים בווסטמינסטר" מכירים זה את זה: היטב? קלושות? כלל לא? האם זו אמירה אירונית, ואם כן, מי הוא מושא האירוניה? V. Woolf Mrs.

צדק נרטיבי

מנגנוני הזרה והתנכרות מסוימים בולטים עוד יותר. דעת המיעוט בערעור מקפידה להתייחס אל הרועים כאל "רועים ערבים", בעוד שדעת הרוב מתייחסת אליהם כאל "רועי צאן", וכל אחד מן הטקסטים מסתמך על עדויות-הוא כדי לא ליצור רושם שאלה בחירות נרטיביות של בית-המשפט (דעת המיעוט מתייחסת לעדה מנצור ודעת הרוב לעד בר-אור). דברי הדמויות היהודיות – כולל המערער – מובאות בדיבור ישיר על-ידי ציטוטים: קולם-שלהם נשמע בפסק-הדין. אך דברי הרועים הערביים מובא רק בדיבור עקיף, באמצעות דיווח ופרשנות. כאמור, דעת המיעוט מציינת את הרועים בשמותיהם הפרטיים, לעומת תיאור הכיבוד "גב" וכינויים מקצועיים ושמות מלאים של הדמויות היהודיות. גם לראשי-התיבות "רוס"ר" ו"רבש"צ" יש פונקציה יוצרת-קהילייה-תוך-הזרה, בהיותן מילים רגילות בשימוש של קהילות מסוימות ולא אחרות.⁶⁷

בספרות – כמו גם בכל אומנות סמיוטית אחרת⁶⁸ – קידוד מסתורי של סמלים ותכנים הינו איכות מרתקת ומסוכנת: ביכולתה לאגד, לרגש, לברר, להביא לידי התעלות, לנכר ולהגעיל. שימושיו של עזרא פאונד בתיבות יוניות, לטיניות וסיניות בשיריו מקשים על רצף הקריאה, אך הן מזמינות את הקוראת למסע של תגליות, שככל שהוא מתקדם, כן החוויה האסתטית מתעשרת. ביוגרפים מייחסים לג'יימס ג'ויס את האמירה שתהילתו מובטחת משום שפרופסורים ימשיכו לחפש רמזים למשמעויות מקודדות ביוליסט במשך ארבע מאות השנים הבאות. אכן, יש לעיתים משהו מטריד בצורך להתחקות באופן כה מדוקדק אחר עולם

Dalloway (London 1960 [1925])

67 סופרים רבים התענגו על שימוש אירוני בראשי-תיבות, שבעקבות ההיסטוריה של נסיונות ההתחקות הנרחבים אחר זהותו של "Mr. W.H." בהקדשת הסונטות של שייקספיר, נהפכו לדוגמה מובהקת של טיפודן (אובססיה) פרשני בספרות האנגלית (כמו גם האירית, ראו: O. Wilde "The Portrait of Mr. W.H." *Lord Arthur Savile's Crime and Other Prose Pieces* (London 1908) 153). דיקנס פותח את *מועדון הפיקוויקים* בהצגת הדמויות העיקריות המתכבדות בתוארי-כבוד מגוחכים, להלן: "Joseph Smiggers, Esq., P.V.P.M.P.C. [Perpetual Vice-President – Member Pickwick Club], presiding. The following resolutions unanimously agreed to: – That this Association has heard read, with feelings of unmingled satisfaction, and unqualified approval, the paper communicated by Samuel Pickwick, Esq., G.C.M.P.C. [General Chairman – Member Pickwick Club], entitled 'Speculations on the Source of the Hampsted Ponds, with some Observations on the Theory of Tittlebgats;' and that this Association does hereby return its warmest thanks to the said Samuel Pickwick, Esq., G.C.M.P.C. for the same." (C. Dickens *The Pickwick Papers* (London 1970)). ג'ויס התענג על שימוש קריפטי בראשי-תיבות עד כדי אונניזם. גיבור *יוליסס* סטפן דלוס מיצר על הספרים שלא יכתוב לעולם ומכנה אותם באותיות שונות: "Have you read his F? O yes, but I prefer Q. Yes, but Y is wonderful. O yes, Y" המשורר A.E., ונזכר שהוא חייב לו כסף (A.E.I.O.U.), ונזכר בפרשנות האירית העממית לראשי-התיבות המקודשים (INRI Iron Nails Hammered In), במקום Iesus Nazarenus Rex (Ivdæorvm). כותרת אחת הפסקות בפרק 7 של *יוליסס* הינה (K.M.R.I.A. Kiss My Royal Irish Arse), ועוד כהנה וכהנה מכל טוב. הקוראת ביוליסט פוגשת ללא הרף באירוניות ובחידות לשוניות – הלשון אינה מדיום שקוף, ואף לרגע אינה ניצבת ברקע ההתרחשויות.

68 כלומר, אומנות של סימנים, להבדיל מאומנות מופשטת (למשל בציור, פיסול, תנועה, וסגנונות מוסיקליים מסוימים).

יונתן יובל

התסמיכים האידיוסיונקרטי של המחבר וגיבוריו, בלום וסטיבן דדלוס. (על ליל השימורים של פינגן נאמר שגם אלף פרופסורים לא יפענחוהו באלף שנים, וזו אכן יצירה גאונית מנכרת, על גבול חוסר-התקשורתיות.) החירות הפואטית של אומנים היא תנאי לאומנותם. המגבלה הרלוונטית לגבי שופטים וגופים פוליטיים אחרים אינה פואטית, אלא מוסדית: מבנה הלגיטימציה של פעילותם מחייב תקשורת כנה, אותנטיות ואי-התנכרות לקהלים הרלוונטיים. החירות שהשפה נושאת עמה היא פיתוי שהמגבלות המוטלות עליו הן מוסדיות ופוליטיות. אין פירוש הדבר היעדר קידוד תרבותי או מסתורין טקסטואלי, אלא רק היעדר קידוד בלתי-הוגן: כזה הפועל, במישור השיפוטי, באופן מוטעה נגד צד להליך (או אנשים רלוונטיים אחרים), ובמישור החוץ-שיפוטי כגורם מנכר ביחס לקהיליות קוראים מסוימות. אם טענתי הינה שאפיון מלא אינו אפשרי וכל אפיון מבסס אמת-מידה של רלוונטיות על הטיות אידיאולוגיות, הרי שאפיון זהות שהינו בלתי-אידיאולוגי במובהק אפשרי רק מבחינה זו שהאפיון יהיה שקוף להטייתו האידיאולוגית. הדרישה, במסגרת תיאוריה של לגיטימציה של המשפט ובמיוחד של תפיסת ההליך הראוי (due process), אינה לשפה בלתי-אידיאולוגית ואפילו לא לשפה שקופה, אלא לשפה הוגנת, שההבחנות שהיא עושה באפיונה השונים הינן שוויוניות, ואינן משמשות אמצעי להעדפת דמויות מסוימות או פרשנויות או נקודות-מוצא, בסיפורים המשפטיים או מחוצה להם, על דמויות אחרות שהשיח האידיאולוגי מתנכר להן: הזר, האשה, העני, השוטה – כל "אחר" שאינו אדם פרדיגמטי על-פי תפיסת המשפט השלטת. לעיתים, המודעות להטיות אידיאולוגיות ותיקונן הינה חסרת משמעות מבחינה חברתית ופוליטית (זו אחת הביקורות המרכזיות נגד תפיסת ה- politically correct); אך באותם מקרים שבהם ההטייה האידיאולוגית הינה המנוע המרכזי של הנרטיב, יש לה פונקציה פרגמטית ופוליטית, ולא אסתטית-פורמלית בלבד. לכן, בפרק הבא תורחב הדרישה להוגנות – הפוסטולט הראשי של המשפט – מן הרבדים הסמנטיים והפרגמטיים של הלשון המשפטית אל הרובד הנרטיבי. הקוראת הסבלנית שהגיעה עד כה לא תצפה ש"ביקורת הנרטיב" תבקש "לטהר" פסקי-דין מן הרבדים הנרטיביים. אדרבה, במסגרת תורת-משפט ביקורתית, מעמדו של הנרטיב הינו הכרחי: במקרים רבים, העשייה הנרטיבית היא-היא העשייה המשפטית; וכמעט תמיד העשייה הנרטיבית מספקת, באמצעות תמונת-העולם שהיא מכוננת, לגיטימציה לעשייה המשפטית ולהבחנות האידיאולוגיות שלה. לקחי הביקורת אינם איפוא להיפטר מן הנרטיב; הדבר הנדרש הינו להפסיק להתעלם מן הנרטיב, להכניסו לגדר תפיסה משפטית שלמה של "הליך הוגן נרטיבי" (process) (narrative due). חלק ב של מאמר זה יציג את הגישה וידון בכמה מהשלכותיה.

ב. צדק נרטיבי

הבעיה האמיתית של הלשון: איך לכופף אותה ולצור לה צורה, איך לגרום לה להיות לחרותנו, איך לשוב ולרכוש בעלות על בארותיה המורעלים. איך להשתלט על נהר המילים והזמן והדם...

סלמאן רושדי, פסוקי שטן (ירושלים 1988) 220

1. לקראת תפיסה נרטיבית של עקרון ההליך הראוי

צדק נרטיבי

בחלקו הראשון של מאמר זה הונחו כמה הנחות תורת-משפטיות באשר ליחס שבין האידיאולוגיה של המשפט לאידיאולוגיה נרטיבית. הטענה הכללית העיקרית שהועלתה היא כי לנרטיבים משפטיים יש אופי אידיאולוגי, וכי הם אינם משחזרי-מציאות ניטרליים. בחלקים השני והשלישי ימוקמו התובנות שהועלו בחלק הראשון במסגרת תיאורטית, ובמיוחד ייעשה מאמץ לחבר בין הרבדים הביקורתיים, התיאורטיים והנורמטיביים של האנליזה הנרטיבית והשלכותיה.

ביקורת מוסדות משפטיים הינה בעלת אופי מיוחד כאשר היא מונעת על-ידי האידיאולוגיה של המשפט עצמו. זו ביקורת מתונה, שאינה רואה במשפט עצמו – בצורה המשפטית ובקטיגוריה של הלגליות – מושאים לביקורת, כאגף הקיצוני של העמדה הביקורתית המרקסיסטית, הרואה במשפט עצמו תבנית בורגנית הנותנת מסווה של לגיטימציה להעתקה והגברה של יחסי הייצור, או האגף הקיצוני של ה-CLS.⁶⁹ הביקורת המתונה – המזוהה בהקשרים שונים עם תנועות ה"משפט והכרה" (law and society) ופלגים מסוימים של ה-CLS – הינה קונסטרוקטיבית במוטיווציות שלה. השאלה המרכזית המעניינת את הראשונה מבין התנועות האלה הינה כיצד המשפט עובד בפועל. אך המוטיווציה המניעה את הבחינה הזאת אינה מדעית גרידא, אלא חברתית-פוליטית. היא מנסה לברר כיצד ובאלו אופנים אין המשפט מקיים את האידיאולוגיה שלו-עצמו, דהיינו, הבטחת הוגנות ויחס שוויוני לכל. רק נקודת-מוצא המכבדת את האידיאולוגיה המשפטית ומאמינה ביכולת מוסדית לקיים אותה יכולה להביע ביקורת קונסטרוקטיבית.⁷⁰ זו ביקורת שתכליתה לא – לא רק – לחשוף את ההטיות המבניות והמוסדיות המהוות חלקים מן המשפט בפועל (ולא "רעשי רקע" סתם), אלא להוות בסיס לתיקון ההטיות הללו על-ידי הכנסתן אל תוך המבנים האידיאולוגיים שהמשפט נכשל בקיומם – מתוך שלילת ההנחה שהמשפט הינו, באופן הכרחי או אידיאי, פטריארכלי, קפיטליסטי או מפלה באופנים אינהרנטיים אחרים.

המסקנה שגובשה בפרק הקודם באשר לנרטיבים משפטיים הינה משולשת: ראשית, עיצוב הנרטיב בעשייה השיפוטית הינו תהליך החוצה את ההבחנה דין/עובדה או דין/יישום, ומערב עובדה ונורמה למבנה המציית (במידות שונות) לאיכויות הפואטיות והרטוריות; ארגון מידע ו"שחזור" באמצעים נרטיביים אינו נעשה באופן מנותק מן הדין ש"חול" על ה"מצע" העובדתי. שנית, כל נרטיב העושה שימוש בשפה תיאורית – דהיינו, כל נרטיב – חייב לבצע בחירות בשאלות של אפיון דמויות, ארגון ההתרחשויות בזמן ומרחב, קול ונקודת-תצפית. בחירות אלה עונות על השאלה "מה חשוב בהקשר זה?" והן איפוא אידיאולוגיות באופיין.

69 להצגה המלאה ביותר המוכרת לי של העמדה המרקסיסטית בעניין, ראו: E.B. Pashukanis *Law and Marxism: A General Theory* (London 1978).

70 כדי להסיר ספק, אין כאן טענה שביקורת קונסטרוקטיבית עדיפה על ביקורת הרסנית. זה אפיון, וככזה, הוא חל על הביקורת הנרטיבית.

יונתן יובל

שלישית, בחירות מסוימות הינן מניפולטיביות במובן שהן מטות את הנרטיב באופן שאינו מאפשר לקורא או מקשה עליו לזהות את הטיותיהן האידיאולוגיות תוך שימוש באמצעים הפואטיים והרטוריים שנותחו.

מה עולה מכל זה? ראשית, שאין כל טעם בנסיונות לדה-נרטיביזציה של פסקי-דין. הנרטיב הינו חלק אינהרנטי מפסק-הדין. שנית, שאין מנוס מהכרה באופיין האידיאולוגי של אמות-מידה של רלוונטיות, באשר הן מספקות תשובות (למצער, חלקיות) לשאלות כגון "מה נחשב?"; "איזה צביון אנושי נחשב בהקשר זה?"; "איזה ידע יש לייצר ואילו מחירים יש/אין לשלם תמורתו?"

אך – וזו הנקודה הקונסטרוקטיבית המרכזית – בחירה נרטיבית-אידיאולוגית אין פירושה בהכרח הטיה מניפולטיבית או חוסר שקיפות ביחס לבחירה. בפסקי-הדין שנותחו לעיל ראינו כיצד דמויות שונות זוכות ביחס שונה מצד המספר, כיצד קולות מסוימים נבחרים להתערב בקולו ונקודות-מבט מסוימות מועדפות על אחרות באופן היוצר דחף נרטיבי העולה בקנה אחד עם עמדתה של אותה דמות במשפט. הבעיה שזיהינו אינה איפוא נרטיביזם של פסקי-דין כשלעצמו, או קיום בחירות אידיאולוגיות במסגרת הנרטיבית, אלא אי-ציות הנרטיביות לעיקרון הכללי של דרישת ההליך הראוי.

ההבנה הדואליסטית של ההליך הראוי – זו היוצאת מהנחה של הבחנות חדות בין דין ועובדה ובין נורמה ויישומה – רואה את ההליך הראוי כחל על נורמות ועליהן בלבד: דוקטרינת ההליך הראוי מחייבת זיהוי נכון של הנורמות ליישום, בין שהן נורמות מסדר ראשון המיושמות בעובדות ובין מסדר שני המיושמות בנורמות. הבנה נרטיבית של עקרון ההליך הראוי תגרוס שעל הדרישה לחול לא רק על הרובד המשפטי-הפוזיטיבי של העשייה השיפוטית, אלא על הנרטיב עצמו. בסופו של דבר, התפיסה הנרטיבית של ההליך הראוי דורשת לא דה-נרטיביזציה של פסקי-דין, אלא *סיפור הוגן*. דרישת הביקורת הנרטיבית הינה ליישם בנרטיב בדיוק אותן נורמות המגדירות "צדק" במסגרת הפרוצדורלית של ההליך ההוגן. דרישת ההוגנות הינה זהה, בין שמדובר במרכיב השחזור העובדתי של פסק-הדין ובין במרכיב הניתוח הנורמטיבי, כי שני מרכיבים אלה חוברים בנרטיב ליצירת הפסיקה. זה עיקרון כללי, החורג מגבולות הביקורת הנרטיבית: את כל המרכיבים שהריאליזם המשפטי מזהה כמשפיעים על ההליך השיפוטי באופן שאינו ניתן ל"טיהור" יש לזהות ולנתח באופן שדרישות ההליך הראוי יחולו עליהם. בעניין *זאב* לא זכו כל הדמויות בסיפור בכבוד, קשב, ומעמד זהים: ההליך הראוי נפגע לא בשל "משפטינות" מוטעה – כזיהוי מוטעה של נורמה רלוונטית, פרשנותה, יישומה וכדומה – אלא בשל הטיית הנרטיב לכיוון אחד הצדדים, תוך שימוש באמצעים המניפולטיביים שתוארו לעיל. כתיבה מחדש של סיפור *זאב* – כפי שנעשה בדעת הרוב – תניב בהכרח תוצאה שונה, אף אם אין מחלוקת בין השופטים בשאלה משפטית דוקטרינרית או בשאלת נכונותה או הסתברותה של עובדה בדידה זו או אחרת (ולכן גם הניתוח הסטנדרטי של הסתברות כבסיס לראיות לא יחול כאן). כאן מגויסת עמדתם של ג'קסון (Jackson), בינדר (Binder) וברגמן (Bergman):⁷¹ הכוח השכנועי מצוי בנרטיב כמכלול סיפורי המתייחס לידע-רקע של קוראיו/שומעיו יותר מאשר בתחשיבי הסתברויות

71 ראו לעיל הערה 60.

צדק נרטיבי

של התרחשויות בדידות. התמקדות בהתרחשויות מסוימות, "ציריות" (pivotal), עשויה להביס בררת-מחדל זו, שאז נבנה נרטיב-זוטא סביב ההתרחשות הצירית, והנרטיב הכללי נהפך לרקע לה. בדעת הרוב בעניין זאב המוקד מוסט מן הקוהרנטיות החיצונית והרקע המאיים אל חוסר הקוהרנטיות הפנימית של גרסת המערער (להזכיר, חוסר הקוהרנטיות הפנימית התבטא בציר-זמן בלתי-אפשרי). עמדת הרוב מבקרת – בעדינות עמיתית – את עמדת המיעוט לא רק במישור הניתוח הפסיכולוגי של מצב המערער, אלא את עצם ההתעלמות מדרישות הקוהרנטיות הפנימית לטובת טוויית רשת של קוהרנטיות חיצונית. הביקורת האמיתית שדעת הרוב מפנה כלפי דעת המיעוט אינה ברובד המשפטי-הנורמטיבי הרגיל ואף לא ברובד פרשנות ההתרחשויות, אלא ברובד ההתעלמות מדרישותיו של עקרון ההליך הראוי כפי שהן חלות על בניית נרטיב.

2. "זכות נרטיבית" כעילת ערעור

אילו טענות משפטיות ספציפיות עשויה דוקטרינת ההליך ההוגן הנרטיבי, או "הצדק הנרטיבי", להעמיד לצד במשפט? אחת ההשלכות המעניינות של תזה זו הינה בחינה מחדש של סוגי הטענות שבית-המשפט יסכים להתייחס אליהן בערעור. אחת המוסכמות במשפט המקובל הינה שבת-המשפט של ערעור ישמעו טענות הנוגעות בדין, אך לא, בדרך-כלל, בעובדות: "אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאה של הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים ויוצאים מן הכלל."⁷² הנימוקים לעמדה זו שונים: מן האופי המוסדי של התרשמות "בלתי-אמצעית" מעדים, הנתונה רק לשופטי הערכאה הראשונה, ועד לניתוח כלכלי של הצורך בכללי מעשה-בית-דין בהקשרים שונים, שהרי צדק עולה במשאבים. לביקורת הנרטיבית אין השלכות על מדיניות משפטית מן הסוג השני, אך יש לה השלכות מובנות מאליהן כמעט באשר למדיניות מן הסוג הראשון, באשר זו מתבססת על הבחנה חדה פחות-אז יותר בין עובדה לדין. אך אם דרישת ההליך ההוגן אכן צריכה לחול לא רק על הנורמות המשפטיות הפוזיטיביות, אלא על דרכי הסיפור של ההליך השיפוטי, מדוע לא תעמיד דרישה זו עלות ערעור? ערכאת ערעור אינה זקוקה לקשר בלתי-אמצעי עם העדים במשפט כדי לבחון את הוגנות הנרטיב בפסקי-דין דוגמת עניין זאב. ערכאת ערעור מסוגלת לעשות שימוש בביקורת הנרטיבית כדי לבקר, אם לא את ההסתברויות שהערכאה הראשונה ייחסה לאירועים בדידים, הרי שאת ההוגנות וחוסר משוא-הפנים שבאופנים הנרטיביים המיושמים על-ידי הערכאה הראשונה. דעת הרוב בעניין זאב עושה דבר דומה, במובלע: היא מבקרת את הנרטיב שבנה שופט המיעוט על-סמך אותן עובדות שעלו מדיוני הערכאה הראשונה. הריאליזם המשפטי לימדנו לחפש את הגורמים האמיתיים המשפיעים על החלטות שיפוטיות בפועל, מעבר למבנים הנורמטיביים הכפופים באופן מובן מאליו לדרישות ההליך הראוי. אם המשפט הוא מה שבת-המשפט מייצרים בפועל, אזי ההטיות האידיאולוגיות

72 ע"מ (י-ם) 142/99 (טרם פורסם). ראו א"ע 445/82 חזן נ' שיטרית, פ"ד לט(2) 617; א"ע 496/89 אל קאלאב ואח' נ' אוניברסיטת בן גוריון ואח', פ"ד מה(4) 343 ע"א 7481/98 פד"ג נ' עו"ד מרקן, דינים עליון נה, בעמ' 271; י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995) 357.

יונתן יובל

ה"דוחפות" החלטות שיפוטיות הינן חלק מן המשפט לא פחות מן הנורמות המשפטיות במובן הפוזיטיביסטי, וכמוהן הן נתונות לדרישות של הליך ראוי. בידי בית-המשפט, אם יחפוץ, ליישם את מכשירי האנליזה הנרטיבית בערעור מכיוון שאנליזה זו אינה דורשת קשר בלתי-אמצעי עם סוכני העדות, אלא רק מפגש עם הטקסט שיצרה הערכאה הראשונה. על-מנת להגביל – מטעמי מעשה-בית-דין – את העילות הנרטיביות בערעור, ניתן לקבוע, כעניין של מדיניות שיפוטית, שבית-המשפט ישמע ערעור המתבסס על עילה של הפרת ההליך הראוי הנרטיבי רק במקרים שבהם ישתכנע שתהא לכך השפעה על תוצאתו הסופית של המשפט.⁷³ לצדדים קיימות "זכויות נרטיביות" כלפי בית-המשפט ובאופן הדדי, אך בית-המשפט יכול שיתבסס על זכויות אלה רק אם ישתכנע שהן משמעותיות ביחס לתוצאתו הסופית של ההליך. במילים אחרות, השאלה אם ניתן לבסס באופן קונספטואלי עילת ערעור נרטיבית מנותקת מן השאלה באילו מקרים, אם בכלל, על בתי-משפט להיזקק לעילות כאלה. ייתכן שהמקרים הראויים הם רק אלה שנעשה בהם עוול נרטיבי ברור, באופן שהכתיב את התוצאה השיפוטית, ושתיקונו עשוי, בהסתברות גבוהה, לתקן או לשנות תוצאה זו.

3. "הליך ראוי נרטיבי" ורפורמה של תפיסת האתיקה המקצועית של עורכי-דין:

על החובה לספר סיפור הוגן

שופטים אינם מספרי הסיפורים היחידים במשפט; הם גם צרכני סיפורים. תורם שלהם כמספרים מגיע בשלב עיצובו הנרטיבי של פסק-הדין. עד אז, הבימה הסיפורית נתונה לעורכי-הדין ולעדיהם. בתפיסה הישראלית פרקליטים הינם officers of the court, וכל פעולה מפעולותיהם, בפיקוח בית-המשפט ובהרשאתו, חייבת בכיבודו של עקרון ההליך הראוי. הפרספקטיבה הסטנדרטית מזהה איסור על עורכי-דין לשקר לבית-המשפט או להוליך אותו שולל באמצעות ניתוב של סיפורי העדים.⁷⁴ כמו דיני הראיות הסטנדרטיים, פרספקטיבה זו מתמקדת ביחידות מידע בדידות. אך לפי הביקורת שהובעה במאמר זה, ערך שכנועי מצוי בראש ובראשונה במבנה הנרטיבי ובתדמיות הקוהרנטיות הפנימית והחיצונית שלו. לכן, בהתמקדות ביחידות מידע בדידות יש משום החטאת המטרה. פרקליטים, ככל שהם מחויבים לעקרון ההליך הראוי, מחויבים לא להוליך שולל את בית-המשפט לא רק ביחס ליחידות מידע בדידות, אלא גם ביחס למניפולטיביות הנרטיבית. טלו, למשל, את

73 השאלה אם "זכות נרטיבית" הנה טפלה לסיכויי הזכייה במשפט או שהיא בעלת מעמד עצמאי היא מקרה פרטי של השאלה אם זכויות פרוצדורליות הינן בעלות מעמד עצמאי או טפל לתוצאת המשפט. עמדותי נוטה לעצמאות הזכות, משום שהפונקציה התרבותית והפוליטית של תביעות משפטיות אינה מתמצה בבחירה בין עמדות של צדדים ובהבאת סכסוכים לידי גמר; אך מכך לא נובע שבית-המשפט אינו רשאי להגביל את יישום הזכויות הנרטיביות, מטעמים של מדיניות משפטית, לאותם מקרים שבהם היישום הינו מכריע ביחס לתוצאת המשפט. ראו: L. Alexander "Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?" 17 *Law & Phil.* (1998) 19.

74 ראו ל' זר-גוטמן "חובת עורך-הדין לא להטעות את בית-המשפט" עיוני משפט כד (תש"ס-תשס"א) 413.

צדק נרטיבי

מלות-המפתח בעניין זאב: מניין הופיעו הביטויים "קרבה מדאיגה" ו"25 מטרים בלבד". (ההדגשות שלי – י' י'). מי הצליח "למכור" את השפה הזאת לבית-המשפט? אחד משדות-הקרב העיקריים בין פרקליטים במשפט הינו שדה-הקרב הנרטיבי: נקודת-התצפית של איזו דמות תוביל את הסיפור? קולו של מי יתערבב בקולו של השופט המספר ויטה אותו לכיוונים נרטיביים מסוימים? כיצד ניתן לעשות זאת מבלי שהשופט יבחין בכך? היש הבדל בעניין זה בין חובותיהם של פרקליטים מטעם המדינה (כתובעים) לחובותיהם של פרקליטים פרטיים? הריטואל המורכב של חלוקת הדיבר במהלך המשפט מגלה הבחנה בסיסית בין השחקנים החוזרים הקבועים בדרמה השיפוטית לבין המבקרים החד-פעמיים, בין עטויי הגלימה ללובשי בגדי היומיום, בין קודקודי המשולש פרקליטה-שופטת-פרקליטה לבין כל המצויים מחוץ למבנה החללי הזה. בעוד הללו שואבים את מעמדם ותפקידיהם מהליך ארוך של חניכה וקבלה (initiation) (תקופת לימודים, הסמכה וכדומה), השחקנים האחרים בדרמה השיפוטית – למשל, העדים – עוברים טקס הכנסה מקוצר אל חלל השיח השיפוטי. טקס זה, למשל על-ידי אזהרת העד בדבר חובתו לומר אמת והסיכונים שייטול על עצמו אם יעידו שקר, מכונן יחס מעניין בין האמת והצדק כערכים נרטיביים. העד מתחייב – או החיוב מושתת עליו – לומר אמת. בהקשר ההעדה, אמת הינב, לפחות על-פי תפיסות עממיות של לשון מפנה (referential) וקורספונדנטית, מושג פשוט ביחס לצדק.⁷⁵ צדק הינו מושג פרשני מורכב, והמשפט עצמו מעצב את דרישות האמת שלו על-פי אמות-מידה של צדק. כך, למשל, כללי הפסילה הראייתיים שביסוסם אינו בחשש למהימנות הנרטיב – אלה המוותרים על ייצוגים מהימנים לטובת קידום ערכים לא-אפיסטמולוגיים – מבטאים את קדימותו המוסדית של הצדק ביחס לאמת.⁷⁶ קדימות זו היא עניין מורכב, ויישומה מופקד בדרך-כלל בידי בית-המשפט. העדה אינה נדרשת – אינה מורשה! – לפעול על-פי הבחנות של אמת וצדק.⁷⁷ מרגע שהיא מוזהרת לומר אמת, עולם השיח שלה משתנה באופן רדיקלי. בעולם

75 אני נוטה לקבל את עמדתו של גרמס (Greimas), שנובע ממנה כי ההשוואות האפשריות היחידות הן בין נרטיב (ותפיסה נרטיבית) מוסדי ללא-מוסדי, לא בין לשון ומציאות לא-לשונית. כלומר, מה שמשוחזר במהלך ההליך המשפטי אינו "העובדות" או "המציאות", אלא נרטיב – אופני ההבנה והפרשנות של אירועים, לא ההתרחשות עצמה. קבלת עמדה זו אינה מחייבת את קבלת עמדתו הכללית של גרמס לגבי השפה ומערכות סמיוטיות בכלל, דהיינו, שאין הן הפנייתיות (referential), אלא מקיימות מערכי-משמעות נרטיביים פנימיים, עצמאיים וחסרי נגישות למציאות לא-סמיוטית. ראו לעיל הערה 24.

76 המשפט שואל שאלות מטעמים מסוימים שאינם זהים לאלה של השיח היומיומי או שיח-המומחה, וטעמים אלה מעצבים את סוג התשובות שהוא מוכן לשמוע, שחלקן יהיו נוגדות-מציאות (counterfactual) ביחס לשיח אחר. מכאן היחסים המורכבים בין השיח המשפטי לשיח-מומחה (מדעי או אחר). המשפט מעוניין בידע-מומחה רק במידה שהוא מסוגל להשתמש בו במסגרת תפיסות הצדק שלו; ידע חתרני הינו כזה המחייב את המשפט – מוסד שמרני במבנהו, גם אם לא תמיד בתכניו – לבחון מחדש תפיסות צדק מקובלות, ראו, למשל: M.S. Moore *Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship* (Cambridge 1984).

77 כך בשיטות משפט מערביות. בתרבויות אחרות העד עשוי להידרש לסייע לבית-המשפט לעשות צדק מבלי להגביל את פעילותו הנרטיבית לאמת מכשירית. ראו: D.A. Offiong *Witchcraft, Sorcery, Magic and Social Order* (New-Haven 1991).

יונתן יובל

שמחוץ לאולם בית-המשפט אין המשפט מתערב בדרך-כלל בהסדרה של אמת ושקר ככאלה. המשפט מתערב במצבים של ניצול הסתמכות על מצגים שקריים, או כאשר למצגים שקריים יש השלכות שניתן לעצב במונחי נזק, כבמצבי לשון-הרע; אך בעולם הכללי אין כל חובה כללית לומר אמת. מלבד בקטיגוריות מסוימות, אדם רשאי, במסגרת חירותו הכללית, לשקר. חירות זו נשללת ממנו כעד בחלל בית-המשפט, שם אין הוא רשאי לפעול על-פי מכלול הסטנדרטים הרגילים המכוונים את פעילותו הלשונית (אף שרבים מן הסטנדרטים הללו – עניין, קוהרנטיות, רלוונטיות, עיצוב אסתטי – מכוונים גם את פעולת ההעדה).⁷⁸ מושתתת עליו נורמה נרטיבית מכוונת – חובה של אמירת אמת – המוכרת לעד מן העולם החוץ-משפטי כפעילות לשונית שאין חובה משפטית בצידה, אך אשר השתתת השיח עליה הינה הבסיס להכנסת העד אל אולמו ועולמו של בית-המשפט. פרקליטים פטורים מריטואל חוזר ונשנה זה בזכות מעמדם שנקנה בדרכים אחרות. חובתם ביחס לבית-המשפט מורכבת יותר מזו של העדים מכיוון שאין הם, בדרך-כלל, ספקי-מידע ישירים. לעומת זאת, הם מעצבי ידע. פעילותם הינה נרטיבית ורטורית, ולא תיאורית, גם כאשר אמירותיהם כוללות לשון תיאורית. בית-המשפט הינו בעל הכוח לעשות בלשון שימוש ביצועי במובן החמור של המושג, והפרקליטים הינם בעלי הכוח הרטורי – אך בדרך-כלל חסרי הכוח הביצועי – להניע את בית-המשפט לעשות שימוש בכוחו הביצועי.⁷⁹ עצם הכוח הרטורי הוא המטיל על פרקליטים חובות נרטיביות ביחס להליך השיפוטי. מעמדם המיוחד מטיל עליהם מערכת נורמטיבית של אתיקה מקצועית המתייחסת, בחלקה לפחות, לפעולתם הלשונית, הנרטיבית והטקסטואלית. אי-לכך, תפיסה שלמה של האתיקה המקצועית של פרקליטים אינה יכולה להתמצות במערכת כללים פורמליים, כי החובה לספר סיפור הוגן, או להביא לידי סיפורו של סיפור הוגן, כרוכה באחריות נרטיבית שאינה מתמצה במערך ניתן לזיהוי של כללי פעולה. האתיקה המקצועית אינה סדרה של כללים שניתן לפעול בתוכם, מחוצה להם או תוך כדי פרשנותם, אלא תרבות שיש לה ממדים נרטיביים מרכזיים.⁸⁰

4. נרטיביות ותורת-משפט: לביקורת הדואליזם ובעיית היישום של נורמות

בעובדות

- 78 למכלול פורמלי של נורמות-שיח – כזה המתיימר לספק לוגיקה (להבדיל מאתיקה) אוניורסלית של שיח – ראו: H.P. Grice "Logic and Conversation" *Syntax and Semantics*, Vol. 3: *Speech Acts* (New York 1975) 41
- 79 ראו לעיל הערה 8. על-פי הפרמטרים של אוסטיין הנידונים שם, עיקר פעולתם של הפרקליטים נעשה במישורים הרטוריים והייצוגיים, ותכליתם להביא לידי הפעלת הכוח הלשוני הביצועי על-ידי בית-המשפט. זו אבחנה גסה, באשר כל השחקנים במשפט פועלים בכל האופנים הלשוניים הללו, אך היא לוכדת את ציר היחסים המרכזי שבין שחקנים אלה.
- 80 ראו מ' מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תל-אביב תשנ"ח) 545.

צדק נרטיבי

הדיון עד כה ניסה להתחמק, ייתכן שרק במידה חלקית של הצלחה, מהתחייבות לעמדות תיאורטיות תורת-משפטיות כהשלכות של הביקורת הנרטיבית. הטעם לכך אינו תיאורטי בעצמו, אלא אי-שביעות-רצון מנסיונות סטנדרטיים להשליך מתובנות ריאליסטיות-משפטיות על הדיון המסורתי בתורת-המשפט. נוצר פער בין תיאורטיקאים מודרניים רבים: חוקרי תורת-המשפט המובהקים ממשיכים לעדן את מסגרותיהם התיאורטיות לאורך קווי הדיון שהונחו בעיקר לאחר מלחמת-העולם השנייה, אם בעולם האנגלוסקסי ואם ביבשת האירופית. לעומתם, חוקרים הניגשים לבחינת המשפט באופן אמפירי – סוציולוגים וסוציולינגוויסטים, אנתרופולוגים וכדומה – ויתרו כמעט בשנים האחרונות על בחינת הקטיגוריה (או הקונסטרוקציה) הווברית של הלגליות (legality) כשלעצמה. הדחף העיקרי לכך ניתן על-ידי הריאליסטים המשפטיים האמריקאיים (וזוהה כמעט באימה על-ידי הארט).⁸¹ פתיחת השאלה בדבר טבע המשפט (או קטיגוריית הלגליות) ממבנים קונספטואליים – אם פוזיטיביסטיים ואם נונפוזיטיביסטיים – לשאלה "מה באמת קורה במוסדות משפטיים ומה באמת משפיע עליהם?" שברה, לגבי חוקרים רבים, את ההבחנה בין הרכיבים ה"משפטיים" של פעולת המוסדות המשפטיים ובין הרכיבים הלא-משפטיים; הצירוף "משפט וחברה" איבד לגבי חוקרים מסוימים את משמעותו כשגילו שאין להם אמות-מידה אפקטיביות להבדלה בין המשפט לבין הרכיבים החברתיים המכוננים של המשפט.⁸² לטעמי, זו תפיסה מופרכת, כמעט תבוסתנית מבחינה אינטלקטואלית: העובדה שקשה להבחין בתופעת המשפט בין רכיבים המזוהים באופן מסורתי עם קטיגוריית הלגליות לבין רכיבים לשוניים, כלכליים, חברתיים, פוליטיים, אסתטיים וכדומה – וכמה מן הפרדיקטים הללו חופפים בחלקם – אינה מנביעה את המסקנה שהמשפט הינו שפה או כלכלה או פוליטיקה או מערכת של העדפות אסתטיות וכדומה. מאידך גיסא, קשה יותר ויותר להסתפק באמות-המידה הפחות-אוריותר אנליטיות המתעקשות על האוטונומיה של המשפט – הקונספטואלית או המוסדית – כאשר הרכיבים שאמות-מידה אלה מזהות מתגלים כחסרי-יכולת לספק תשובות רציניות לשאלות בסיסיות של "מהו המשפט?" כתופעה הניתנת לאפיון וביקורת. מדעני-חברה היו אולי ראשונים לנתינת הדעת על החֶסֶר הזה. בספר מרתק שכתבו שניים מן האנתרופולוגים המשפטיים הבולטים של תקופתנו, ג'ון קומרוף (John Comaroff) וסיימון רוברטס (Simon Roberts), הם מתארים את מאמציהם האינטלקטואליים, במהלך מחקר רב-שנים על המשפט של חברות שבטיות ובתר-קולוניאליות באפריקה, לברר מה בדיוק צריך להיחשב למושג המחקר שלהם – דהיינו, המשפט.⁸³ אחת ממסקנות ספרם הינה שכל ההבחנות האנליטיות בין משפט ושאינו-משפט

H.L.A. Hart "The Nightmare and the Noble Dream" *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford 1983) 81

ראו, למשל: P. Ewick and S. Sibley *The Common Place of Law* (Chicago 1998) 34-35 82

J.L. Comaroff and S. Roberts *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context* (Chicago 1981) 83
מעניין להשוות את תסכולם של קומרוף ורוברטס לגבי ביקורת שדבורקין מכנה the semantic sting, שלפיה עמדות תורת-משפטיות מסורתיות (ובעיקר פוזיטיביסטיות) נכשלות מראש בשל מחויבותן להגדרות סמנטיות של המושג "משפט". ראו:

יונתן יובל

כושלות במאמץ הזה. יישום של כל מערכת קונספטואלית שהכירו הותר "בחוק" רכיבים שהיו רלוונטיים בבירור לעיקרון המשפטי של social ordering – דהיינו, שלא על דרך של אלימות ספונטנית, שוק מוחלט של פעולות וכדומה. מה שהולמס גרס מאה שנה לפניו אינו זהה לכך: אם תוצרי המשפט הינם מה שמוסדות משפטיים מייצרים, הרי שההקשר המוסדי לפחות קיים. ביקורתו של הולמס היתה כי תוצרי המשפט נקבעים (determined) על-ידי קשת רחבה של מרכיבים, שרק חלקם – ולא בהכרח החלק המכריע – מזוהה על-ידי תורות המשפט השונות, ולפיכך הוא כפוף לעקרון ההליך הראוי.

לא כאן המקום להיכנס בעובי הקורה של פירוק (דקונסטרוקציה) המושג "תורת-משפט" עצמו. ברצוני רק לציין כי הטענה שתורות המשפט שאנו מכירים מתקשות בנסיון לאפיין כל social ordering מעין-משפטי, קיים או אפשרי, הינה טענה ביקורתית ביחס לסטרוקטורליזם, ואינה כשלעצמה טענה הרסנית ביחס לתורת המשפט כדיסציפלינה או כסדרה של פרויקטים אינטלקטואליים. ייתכן שהלגליות הינה מאפיין של תרבויות מסוימות, ולא מאפיין אוניוורסלי של מערכות של ארגון חברתי. במובן זה טעו קומרוף ורוברטס בכך שחיפשו באפריקה את מה שאינו מצוי שם; תורות המשפט המסורתיות מאפיינות ומגדירות משפט, והתופעה החברתית שהם חקרו הינה משפט*, ולא משפט. משפטים נוהגים בדרך-כלל ללגלג על הצעתו של הארט לראות את תורת המשפט שלו כמחקר ב"סוציולוגיה פוזיטיבית", אך לפחות בכך הארט מציע מוצא: תורות המשפט הסטרוקטורליות טועות בכך שהן עושות אידיאולוגיזציה של מופעי המשפט בתרבויות המערב כמודל אוניוורסלי. לטוב ולרע, מוצא זה מוותר על כמה מהנחות היסוד של הסטרוקטורליזם, והוא גורר אחריו מחירים נוספים, שיצטרכו, שוב, להידון במקום אחר. כאן ברצוני לשוב לביקורת הנרטיבית ולהשלכותיה על תורות המשפט הדואליסטיות – כפי שיאופיינו להלן – ובמיוחד על הפוזיטיביזם המשפטי. אם הטענה דלהלן בדבר המבנה הנרטיבי האינהרנטי של נורמות נכונה, הרי שבהקשרים מסוימים – חלקם מרכזיים – היא עונה על אחד הקשיים המרכזיים של תורת המשפט למיניהן, והוא האפיון הנכון של פעולת היישום (application) של נורמה.

המשותף לכל תורות המשפט הפוזיטיביסטיות הוא עמדת-מוצא דואליסטית: ההבחנה היומיאנית (ולמעשה, האריסטוטלית) בין ערך ועובדה. על-פי גישה זו, הנורמה המשפטית הינה עניין שבעובדה, ותורת המשפט הינה מדע הנורמות הללו; השאלות הערכיות אינן חלק מן המשפט, ואם ניתן לענות על השאלה "מהו המשפט?", ניתן לעשות זאת בנפרד מן השאלה "מה המשפט צריך להיות?". אך הדואליזם מתקיים באופן נוסף, מסקרן, הקשור קשר הדוק להליך השיפוטי: ההבחנה בין הנורמה המשפטית לבין יישומה. הנורמה נתפסת כעצמאית ממכלול המקרים האפשריים שעליהם תחול, אימננטית ובלתי-מפנה (nonreferential). היישום, לעומת זאת, מחייב נרטיביות מסוג מסוים – ייצוג "מצע" עובדתי שהנרטיב האימננטי של הנורמה יתאם או לא יתאם אותו (לדוגמה, "אין כניסה למכוניות אל הפארק" – אם במשמעותו הפרדיגמטית הקונוונציונלית ואם ברמות שונות של פרשנות). דואליזם זה הינו המקור לחלוקה המורפולוגית של פסקי-דין הדנים ב"עובדות" וב"מסגרת

R. Dworkin *Law's Empire* (Cambridge, Mass. 1986)

צדק נרטיבי

הנורמטיבית", והוא אינו מוגבל לתורות-משפט פוזיטיביסטיות; למעשה, השניות נורמה/יישום מאפיינת את כל תורות-המשפט שהריאליזם המשפטי מבקר.⁸⁴ במאמר זה אופיין הנרטיב המשפטי לא כמצע עובדתי פרא-משפטי שחלות עליו הנורמות המשפטיות, אלא כמימד המעוצב הן על-ידי שחזורי-מציאות המצייתים למוסכמות סוגתיות שונות והן על-ידי מבני הנורמות באופן שמגיב על הנרטיבים הפנימיים שלהן. העובדה שהנורמה הרלוונטית בעניין מסוים היא "אין כניסה למכונות אל הפארק" הינה דטרמינטיבית ביחס לארגון ההתרחשות שהיא תיושם בו. הנרטיב הפנימי של נורמות מחייב יצירת סיפורים באופן שהנורמה תוכל להתייחס אליהם. לא המימד הדאוניטי של הנורמה הוא ה"מיושם", אלא הנרטיב הפנימי שלה מושווה ומותאם לארגון ההתרחשויות ושחזור המציאות המתקיים במהלך ההליך השיפוטי. עמדתו של ג'קסון דומה, אף כי בניגוד לעמדה המובעת במאמר זה, דומה שהוא מבחין בין הנורמה לבין הנרטיב העובדתי, אך גורס שלראשונה יש מבנה נרטיבי ניתן-להשוואה לזה של השני: הוא מפנה למחקרים של תהליכים קוגניטיביים של "התאמת תבניות" (pattern-matching), וגורס:

Decision-making in adjudication consists in comparing a narrative constructed from the facts of the case with the underlying narrative pattern either explicit in or underlying the conceptualised legal rule.⁸⁵

אחת הבעיות המרכזיות שהשניות התורת-משפטית נאבקות תמיד לפתור, דהיינו, מהו בדיוק "יישום" וכיצד ניתן "ליישם" אובייקט מסוג נורמה באובייקט מסוג עובדה ללא הידרדרות למודלים דדוקטיביים כסילוגיזם הקלסי, מתקרבת כאן לפתרון. לא הנורמה היא המיושמת במצע עובדתי, אלא הנרטיב הפנימי של הנורמה מושווה – תוך עיצובו ההקשרי באמצעות כלים פרשניים – אל הנרטיב הסיפורי, שהתייחס בתורו ובמהלך עיצובו אל הנרטיב הפנימי של הנורמה כמודל שלו. בעניין זאב כזה הוא היחס בין הנרטיבים הסיפוריים בדעות הרוב והמיעוט לבין הנרטיב הפנימי – המודל – של עברת גרם-מוות ברשלנות והריגה, בהתאמה. בעניין אזואלוס המודל הינו הנרטיב הפנימי של הגנת הקנטור; ובעניין זמילז ניסה בית-המשפט, במאולץ, לבנות נרטיב שלא יתייחס לאף עברת גרם-מוות כמודל שלו, ובעת ובעונה אחת יתאם את הקשר הסיבתי – רכיב נרטיבי מרכזי בכל סיפור – הנדרש מן המבנה של סעיף 77 לחוק העונשין; מכאן האבסורד ההרואי שבו נתקל בית-המשפט באותו עניין.

ג הגבלות, הבטחות, תהיות

84 גם תורת-המשפט הדבורקנינית של "משפט ככוליות" (law as integrity) מחילה את המודל הפרשני שלה על נורמות בהקשר של נורמות אחרות ובאופן מנותק מיישומן ב"עובדות", ותורת-המשפט של הברמס מתבססת בין השאר על ההבחנה בין עיקרון ליישום, אף ששתי תורות אלה מקבלות את העיקרון של גאדאמר (הנראה לי בלתי-ניתן להפרכה) שכל יישום הינו פרשנות של הנורמה.

85 ג'קסון, לעיל הערה 24, בעמ' 101.

יונתן יובל

1. על מגבלות הניבוי: עינויים, חטיפות, והחיפוש אחר הגביע הקדוש

כל גישה ביקורתית – והביקורת הנרטיבית בכלל זה – מסתכנת בשאפתנות יתר, בטוטליות, בניסיון לחול על תופעות רבות מדי, או בתדמית כזו. הביקורת הנרטיבית המשורטטת במאמר זה אינה מתימרת לחול על כל הרכיבים המכוננים את ההליך השיפוטי או להסביר את כל ההיבטים שלו. היא אינה גורסת ש"הכל נרטיב" או ש"הכל שפה", ולמעשה אינה אנטי-דוקטרינרית כלל. מתוך מחויבות לעיקרון המטא-דוקטרינרי של ההליך הראוי, היא מבקשת לחשוף את הרכיבים הנרטיביים המכוננים החלטות שיפוטיות, ולהכניס אותן לגדר דרישות ההליך הראוי. מכך לא נובע שכל הרכיבים המכוננים החלטות שיפוטיות הינם נרטיביים או לשוניים; הטענה היא שהנרטיביות היא מרכיב מכונן של החלטות שיפוטיות, לא רק אמצעי רטורי שהחלטות שהתקבלו באופנים לא-נרטיביים ("פורמליים", "פרשניים", "יישומיים") עושות בו שימוש שכנועי. לכן, הביקורת הנרטיבית המנוסחת במאמר זה חורגת מביקורת הרטוריקה במובן המקובל: היא אינה מתייחסת לאופנים ששופטים מנסים לשכנע בהם את קהליהם לקבל את החלטותיהם, אלא לעצם עיצוב החלטות. דומני שכל מי שעסק אי-פעם ברצינות בכתובה מודע לכוחה היצירתי, לקושי ולשטחיות שבהתייחסות לכתובה כאל כלי ניטרלי ל"שיגור" משמעויות פרא-נרטיביות, כ"החלטות שהתקבלו" באמצעים לא-נרטיביים.

הדוגמות שנותחו במאמר זה שקופות יחסית להטיות האידיאולוגיות שיוחסו להן. מבחינה זו יש דווקא להן היבט דמוקרטי: קשה יותר להתמודד עם טקסטים ערמוניים המסתירים את הטיותיהם; טקסטים כאלה מנכרים כמעט את כל קוראיהם במסווה של חוסר נרטיביות. בחירה אחרת של דוגמות תציג לפני הביקורת – שאינה עולה כאן לכלל מודל מדעי – אתגר ניבויי: בהנחה שאנו מצוידים בתובנות נרטיביות, האם תנביע חשיפה לרכיבים ה"סיפוריים" של פסקי-דין ניבויים טובים של החלטות השיפוטיות? הדוגמות שהובאו לעיל הינן, אולי, דוגמות קלות מבחינה זו. אומנם נטען לעיל כי הנרטיביזציה הינה דטרמיניטיבית ביחס להחלטה השיפוטית (בין השאר מכיוון שהנרטיב הפנימי של הנורמה הינו מודל לנרטיב השיפוטי), אך פניית הנרטיב לקהלים מורכבים, שאינם ידועים תמיד לכל קוראת וקורא, מסבכת את אפשרויות הניבוי.

פסק-הדין בעניין איסור העינויים בחקירות בטחונות, שנפסק לאחרונה פה-אחד בבית המשפט העליון, הינו דוגמה לבעייתיות הניבויי.⁸⁶ תיאור הרקע מתמקד במלחמה החיונית בטרור, ומצייר אותה בצבעים קודרים. למעשה, השפה אינה שונה במאפיינים רבים מזו של דעת הרוב בעניין "המובאים" – החטופים הלבנוניים המוחזקים בישראל, שבה נדחה הערעור על מעצרים המנהלי ללא מועד סיום כ"קלפי-מיקוח" במשא-ומתן עתידי על שחרור נעדרי צה"ל בלבנון.⁸⁷ אחד ההבדלים הסמיוטיים באפיון הדמויות הינו שבעניין פלוגים, אין בית-המשפט קורא לעותרים בשם ואינו מרשה לפרסם את שמותיהם, אף כי הטעם הבטחוני

86 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (להלן: עניין העינויים).

87 עמ"מ 10/94 פלוגים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (להלן: עניין פלוגים). אני מכיר תודה לעורך-דין צבי ריש על שהעמיד לרשותי את חלקי פסק-הדין שהותרו לפרסום.

לכך מוזר מאוד (אנשים אלה מוחזקים כ"קלפי-מיקוח", וברור שהאויב יודע את שמותיהם). איסור הפרסום מבטיח שאזרחי ישראל לא יוכלו להתייחס אליהם כאל בני-אדם מסוימים, אלא רק באופן קולקטיבי, כחברים בארגון עוין. (לפחות לגבי אחד החטופים, רסאן דיראני, שנחטף בהיותו סטודנט למשפטים בן עשרים, לא נקבע שהיה חבר בארגון עוין או שותף לפעילות עוינת, ואשמתו היחידה היתה בייחוסו המשפחתי לעציר אחר, מוסטפה דיראני, שיוחסה לו בתקופה מסוימת החזקה בנווט הישראלי הנעדר רון ארד.) בעניין העינויים, שמות העותרים המעונים גלויים: זהויותיהם אינן נדחפות ומוסותרות. בעניין פלונים, אפיון המערערים הינו סטרילי, עלום-שם, ויוצר הבחנה ברורה בין "אנחנו" לבין "הם" מול השפה האמוטיבית המתייחסת לחיילי צה"ל: מדובר ב"מעצרים של פרטים לשם שחרורם של שבוינו ונעדרינו" [ההדגשות שלי – י' י' –]⁸⁸ – מנגנון social deictic מובהק של הזרה וניכור.⁸⁹ בעקבות אביגדור פלדמן, ניתן גם כאן לקרוא את היחס שבין ה"מובאים" וה"נעדרים" במונחי ה"דיפרנד" (differend) של ליאטרד (Lyotard).⁹⁰ הדיפרנד מבחין בין אובייקטים שאין ביניהם שום מערכת משותפת של ייחוס, שאינם דומים או שונים זה מזה ואינם נתונים לפרדיקציה מאגדת כלל, מכיוון שחלקם – אלה שיחס הדיפרנד מכונן כ"קורבנות" – מנוכרים מן השפה. בלשונו של פלדמן, "בין דיפרנדים אין מקום להתדיינות משפטית המבוססת על הסכמה בדבר כללי משפט ודיון המחייבים את שני הצדדים",⁹¹ ודברים אלה יפים גם לגבי בית-המשפט המכונן את ה"מובאים" כדיפרנדים באמצעות פעילותו הלשונית. ניכור זה נחוץ להחלטה לאפשר את החזקתם של המובאים בישראל במעצר מנהלי ללא מועד שחרור צפוי כלשהו לאחר שמילאו את סאת עונשם על-פי המשפט הפלילי. הבעיה שבית-המשפט ניצב לפניה הינה שהרע שהוא מאפשר – שלילת חירותם של המובאים – זהה בסוגו ובאיכותו וגדול בכמותו מזה שהוא מבקש למנוע – שלילת חירותם של נעדרי צה"ל. רק כינון זהותם של ה"מובאים" כ"דיפרנדים" ביחס לנעדרי צה"ל, כמו גם ביחס למשפט עצמו – ניכורם מעם המשפט – יכול ליצור עולם שבו תעוצב הפגיעה הזאת בהם תוך שימוש בשפה מצדיקה. ההתייחסות ל"מובאים" הינה כאל מכשירים בלבד, תוך התעלמות מאנושיותם, ומבין השורות עולה מצוקתו של בית-המשפט המודע למניפולציה של אפיונם באורח כזה וממתן לגיטימציה לפעולת טרור מובהקת מצידה של מדינת-ישראל. לכן מדינת-ישראל מתוארת שם בביטויים אסכטולוגיים כמצויה באיום מתמיד מצד ארגוני הטרור ושרויה במצב של חירום, כאילו לא היתה ההכרזה החוזרת ונשנית על מצב זה עניין שבשגרה ביוורקרטית רצופה למן שנת 1949, ואף-על-פי שהמדינה לא טענה כלל שהחזקת ה"מובאים" במעצר ללא תום הינה בעלת היבט מניעתי כלשהו ביחס לטרור. לכן בית-המשפט גם מקפיד על ההקבלה הסמנטית-הריתמית "מדינת-ישראל" מול "ארגוני-הטרור", אף שחלק מן ה"מובאים" לא היו לוחמים ולא השתייכו לזרוע הצבאית של החיזבאללה, אלא

88 שם, בעמ' 108.

89 ראו לעיל הערה 10.

90 פלדמן, לעיל הערה 42.

91 שם, בעמ' 719.

יונתן יובל

לארגון הפוליטי (או אף לא זאת). ההתייחסות אליהם כמקשה אחת עלומת-שם מאפשרת את טשטוש ההבחנה הזאת.⁹²

כל הקוראת את דעת הרוב בעניין פלונים תוכל לנבא ללא חשש את ההחלטה, אך לא כך הקוראת את עניין עיניים. שם, עד לפסקה 15 (כולל), בית-המשפט מתרכז ברקע הבטחוני של מאבקה של מדינת-ישראל בטרור, שהינו, לטענת המדינה, הטעם לחקירות בעיניים. אך בהמשך מתרחשת תפנית: בית-המשפט מתמודד עם הרטוריקה של עצמו ומביס אותה. כמו במודל של אמסטרדם והרץ (Amsterdam & Hertz),⁹³ לא הצדדים, אלא בית-המשפט עצמו הינו גיבור הסיפור: כמו יאסון, לנסלוט, זיגפריד או ארתור היוצאים ל-quest הירואי או אתי ונתקלים בדרך במלכודות ובפיתויים המבקשים להסיט אותם מדרכם, בית-המשפט מתגבר עליהם ומתמיד במשימתו. הרטוריקה האסכטולוגית נחוצה לבית-המשפט כדי לברר, למקם ולאפיין את פעילותו-שלו ביחס לפיתויים אלה. בית-המשפט ממקם את עצמו כגיבור הטרגי-ההירואי המתייחס לכל שנאמר קודם-לכן לא כטעם ליניארי להחלטה, אלא כפיתוי שיש לעמוד בו. הפיתוי בעניין עיניים הינו לנהוג כמעשה אותו בית-משפט בעניין פלונים: לנכר את העותרים, להתייחס אליהם באופן מכשירי בלבד ולהתנכר לאנושיותם, לעומת המשימה האתית-ההירואית הדורשת התגברות על הפיתוי והתייחסות אל העותרים או המערערים כאל

92 מאז נכתבו דברים אלה שוחררו שישה מן החטופים. בדצמבר 1999 שוחררו חמישה במסגרת עסקה עם החיזבאללה שפרטיה חסויים, ביניהם כאמל ריזק, שהיה בן שש-עשרה כשנחטף, ב-1986, ואחמד עובייד והאשם פאחס, שנעצרו משום שהיו עם השיח' עובייד בשעה שנחטף. איני מהסס להביע על דעת עצמי את הדעה, שאינה מבוססת על ידיעה עובדתית, אלא על השערות בקרב חוגים משפטיים ועיתונאיים, ש"עסקה" זו היתה למראית-עין בלבד, ושימשה תירוץ למערכת הביטחון להיפטר מן החטופים שהמשך מעצרו נתפס, מבחינה משפטית ובצל איום בית-המשפט העליון, כבעייתי ביותר. ביום 5 באפריל 2000 שוחרר עציר שישי, רסאן פארס דיראני, שנחטף בשנת 1986 על-ידי הפלנגיסט הלבנוני סמיר ג'ע'ע (שאנשיו השתתפו בביצוע הטבח בסברה ושתילה) ו"נמכר" לישראל (בדיווח העיתונאי, למשל בהארץ מיום 6/4/2000, מופיעה המלה "נמכר" ללא מרכאות כפולות). דיראני אובחן על-ידי רופאי המדינה כסכיזופרן – מידע פרטי שיש טעם להסתירו, אך לא הוצא עליו איסור פרסום באשר דיראני נאלץ להשתמש בו להגנתו. הוא שוחרר בצו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב ללא התנגדות או ערעור מצד המדינה, לאחר שארבעה נסיונות קודמים לשחררו נחסמו על-ידי בתי-המשפט. מרגע ששוחרר, שוב לא הוסתרה זהותו של דיראני מן הציבור הישראלי: ההקשר שוחרר-הטוב הינו זה של שחרור, ולא של מאסר, ותמונתו של הצעיר מנושק על-ידי אימו פורסמה בהרחבה בעיתונות הישראלית.

93 A.G. Amsterdam and R. Hertz "An Analysis of Closing Arguments to a Jury" 37 NYLS 55 L. Rev. (1992). הכותבים מנתחים במאמר זה נאומי-סיום של פרקליטים אמריקאיים במשפטי המתה. הם מזהים שני מודלים: במודל האחד גיבור הסיפור הינו הקורבן/הנאשם, והסיפור מנקודת-ראותו מסופר למושבעים תוך תחרות עם הסיפור השני על חשיבות, רלוונטיות ויכולת שכנועית. הכותבים מתמקדים במודל שני, השם במרכז הסיפור את מעצבי ההחלטה השיפוטית. למשל, הם מתעדים פרקליט הגנה המאיץ במושבעים, כחלק מרצינות קולקטיבית שהוא שותף לה, לעשות את חובת הצדק תוך התגברות-עצמית הירואית על הטינה והזעם שעוררו בהם תיאורי הרצח שהנאשם הואשם בביצועו, הדחף להביא את סיפור המשפט לידי סגירות (closure) והפיתוי לעשיית צדק ויג'ילנטית.

צדק נרטיבי

בני-אדם, גם אם כאוייבים.⁹⁴ בית-המשפט מפותה בדרכו לא לנהוג כבית-משפט המחויב ביחס שוויוני לכל אדם, אלא כגוף מסוג אחר, המגיב ומודרך על-ידי לחצים פסיכולוגיים, דעת-קהל ורטוריקה מאיימת. במידת-מה בית-המשפט בעניין עינינו פועל על-פי הבחנתו המוקדמת – וללא ספק, הבעייתית – של דבורקין, בין עיקרון (תחמומו המובהק של בית-המשפט) ומדיניות (תחומה של המערכת הפוליטית), כאשר ההחלטה קובעת בלשון חד-משמעית, וכחריג לעמדה התורת-משפטית הסטנדרטית של בית-המשפט, כי באשר לאיסורים על עינויים, "איסורים אלה הם 'מוחלטים'. אין להם 'חריגים', ואין בהם איוונים" (ההדגשה במקור).⁹⁵ בג"ץ מצא כאן את ההזדמנות ההולמת להגביל את תורת-המשפט הכמעט-רשמית שלו, תורת האיוונים השלטת במשפט המנהלי והחוקתי הישראלי לפחות מימי קול העם נ' שר הפנים.⁹⁶ מבנה פסק-הדין הינו של "אף-על-פי-כן", והרקע נועד למקם את פעולת בית-המשפט כבית משפט ביחס למכלול השיקולים והטעמים-לכאורה המפתים שנועדו להסיטו מדרך-הישר, ולהראות עד כמה פיתויים אלו אכן הינם רציניים:

ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה, אך אנו חלק מהחברה הישראלית; יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעיתים. החשש כי פסק-דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים.⁹⁷

לנרטיב האסכטולוגי יש איפוא חלק מרכזי במיקום ההחלטה והצדקתה, אך זה תפקיד מורכב יותר מן הכיוון החד-משמעי שנתקלנו בה בדוגמות הקודמות שנותחו במאמר זה. בחלקו, הוא פונה אל הציבור הכללי ורשויות המדינה (שבחלקן התנפלו על בית-המשפט לאחר פסק-הדין כמחבל בבטחון המדינה) במטרה להבהיר כי בית-המשפט לא התעלם מן הפיתויים שהוצגו לו, אלא להיפך, דווקא מתוך הבהרתם הוא גיבש לעצמו את הבנת תפקידו האמיתי. בסופו של המסע אחר הגביע הקדוש, כמו בכל סיפור מיתי, מתחוללת האפיפניה: הגיבור, שרוט ואולי פצוע, יוצא מן הסיפור מזוכך, מגובש ושלים יותר מכפי שהיה בתחילתו.

94 יש לציין כי מבחינת השיח המוסדי-המשפטי, עניין פלוניס נבדל פורמלית ופרוצדורלית מעניין עינינו, כי הראשון הינו ערעור על מעצר מנהלי, והשני – עתירה לבג"ץ. על-פי ההבחנה שבית-המשפט עצמו עיצב במהלך השנים, בג"ץ דן בסבירות ובחוקיות של ההחלטה המנהלית, לא בנכונותה. לא כן בערעור, שם בית-המשפט מחויב לבחון את נכונות ההחלטה. איני בטוח עד כמה הבחנה זו קוהרנטית ומהם גבולותיה, אך כל עוד היא מהווה חלק מן השיח של בית-המשפט עצמו, היא מציגה את עניין פלוניס באור חמור עוד יותר, כי בית-המשפט אינו יכול להיפטר מן העניין תוך שימוש במונחי סבירות, אלא עליו לקבוע שההחלטה על המשך המעצר המנהלי ללא סוף הינה, מבחינה משפטית (להבדיל מבחינת המדיניות), נכונה.

95 עניין עינינו, לעיל הערה 86, בעמ' 836. וראו: R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass. 1977) 8-22, 90-100.

96 בג"ץ 73/53, פ"ד ז(2) 871.

97 שם, בעמ' 845-846.

יונתן יובל

נרטיב זה, אולי אף יותר מן הדיון הדוקטרינרי, הינו המרכיב המכריע ביצירת הלגיטימציה של ההחלטה. נותר רק לשאול מדוע לא כך אירע בעניין פלונים, שבו נכנע הגיבור לפיתויים דומים.

מאז נכתבו שורות אלה הפך בית-המשפט העליון את החלטתו בעניין פלונים, בדיון נוסף, ברוב של שישה מול שלושה, הורה לשחרר שלושה-עשר מן ה"מובאים", והתיר לפרסם את שמותיהם, את תמונותיהם ואת סיפורי חייהם, תוך שאחד השופטים מתאר, בצעד נדיר של כנות שיפוטית, כיצד טעה בקביעתו הקודמת. על-פי המודל של פלדמן, בית-המשפט הפקיע את הקורבנות (victimization) שלהם, לפחות על-פי מודל הדיפרנד, שכמובן אינו מודל הקורבנות היחיד.⁹⁸ מעניין ששמות שני הנותרים, מוסטפה דיראני ושייח' עובייד, הותרו לפרסום דווקא כדי לחבר אותם לנרטיב-הרקע שלהם כטרוריסטים ידועים, שמאמצים צבאיים ניכרים הושקעו בלכידתם, אף-על-פי שלזמן-מה נותר על כנו האיסור לפרסם את תמונותיהם (שגם הוא הוסר). פסקי-הדין האלה מספקים הזדמנות מעניינת להשוואה נרטיבית-לשונית, כמו גם בחינת מנגנוני הגילוי של המידע והחשאתו, שהחלטות אלה מבססות עליהם את בניית הנרטיבים שלהן. לא תם ולא נשלם.

98 לנרטיבים שונים של קורבנות ראו דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721; וכן בג"ץ 2967/00 בתיה ארד ואח' נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188.