

# ”גלוי וכסוי בלשון” על כתיבתה השיפוטית של דליה דורנר

## שולמית אלמוג

א. פתיחה ♦ ב. לשון, פואטיקה ומשפט ♦ ג. ”חכמת הלשון” השיפוטית ♦  
ד. וריאציות נרטיביות בכתיבתה של השופטת דורנר ♦ ה. סוף דבר: ”מידה  
נכונה” מהי?

”בוזה נבחן יקר לשוננו, באשר אין שמותיו ומלותיו  
מורים ענייניהם מצד החסכמה, כשאר הלשונות,  
אך יורו על מהות העניינים ועצמותם באמת.”  
(ר' משה חיים לוצאטו, ספר לשון למודים)

### א. פתיחה

בספרו ”הדמיון המשפטי”, גיימס בויד ורייט מציע להתכונן בטקסט המשפטי כסיפור:

חישבו על פסק דין או קראו אותו, דמיינו כי הדמויות יצאו לחופשי מן הרפים והן  
חיות בעולם סיפורי, ושאלו את עצמכם כיצד נראה הסיפור שלהן. ... אתם מכירים  
היטב, לדוגמה, את דמותו המצויה בכול של גיבור דיני הנזיקין, האדם הסביר, ותוכלו,  
אני מניח, לכתוב סיפור על אודותיו: ”יום בחייו של אדם סביר”. ... אם אינכם יכולים  
לדמות שרומן הנסוב סביב דמויות מסוג זה יעורר בכם עניין, כיצד יוכל השיח  
המשפטי על אותן דמויות, אותן התרחשויות, לעורר עניין כלשהו?<sup>1</sup>

אולם האם פסק הדין אמור ”לעורר עניין” בקרב קהל יעד רחב, או שתפקידו המרכזי, אולי  
היחיד, הוא להוות כלי יעיל להעברת מסר נורמטיבי? איזו רמת השקעה לשונית והנמקתית  
אנו מצפים למצוא בכתיבה שיפוטית? האם שופטת העושה שימוש בכלים יצירתיים  
משוכללים עושה שירות טוב למערכת המשפט, או שמא בוחרת בהשקעת משאבים מיותרת

\* המחברת היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה.

\*\* אני מבקשת להודות לרונית אלפרן-הרמתי, לפנינה אלון-שנקר ולאריאל בנדור על הערותיהם החשובות,  
וללטס פרי, יסמין רובין ודורון שגור על עזרתם במחקר.

J.B. White *The Legal Imagination* (Boston, 1973) 244-245 1

וביצירת טקסט המושך תשומת לב לסממנים חיצוניים ולזהותה של הכותבת ואינו חושף עצמו לביקורת הממוקדת בתוצאה המשפטית אלא ברטוריקה החיצונית לה? אלה רק דוגמאות מספר לסוג השאלות המתעוררות בכתיבה שיפוטית. שאלות כאלה מתבקשות, כיוון ששופטות ושופטים הם כותבים מסוג מיוחד. כתיבתם ציבורית ופרטית גם יחד. הם נדרשים לתרגם החלטה פנימית ואישית למבע חיצוני, פומבי ונגיש לעין כול. המסרים הכתובים היוצאים תחת ידיהם הם החלטות בעלות כוח נורמטיבי מחייב. אך העצמה הפרפורמטיבית הייחודית הנלווית לטקסט השיפוטי חושפת אותו לביקורת מעמיקה. כל בחירה מילולית תיבחן בהקפדה על ידי עורכי דין מיומנים התרים אחר טעות או אחר התנסחות לשונית שיפוטית לא מדויקת או רב-משמעית שניתן לבסס עליה עילת ערעור. פסקי הדין הם אף אחד מחומרי הגלם המרכזיים של המחקר המשפטי, הדש בהם לעומקם ובוחרן אותם מנקודות מבט ופרספקטיבות ביקורתיות, שלעתים קרובות לא עלו על דעת מחבריהם. אותם הקשיים העומדים בפני כל הכותבים אינם פוסחים על השופטים. האתגר הקשה לחלץ אמירה צחה, בהירה ומשכנעת מתוך סבך מחשבות מתערבלות ניצב בפניהם, כמו בפני כל האחרים הישובים לפני מקלדת. הגיוון בסגנונות הכתיבה, הסממנים האופייניים לשופטים ושופטות מסוימים, הדרכים השונות שהם בוחרים לגולל בהן את העובדות הרלוונטיות – כל אלה מעידים כי פסקי דין אינם בבחינת כלי קיבול הכרחי להכרעה והנמקתה, אלא גם מצע לביטוי אישי ומכשיר לביטוי שורה של בחירות אישיות. בדברים הבאים יועלו כמה מחשבות בנושא הכתיבה השיפוטית והאתגר המיוחד שהיא מציבה בפני יוצריה, מתוך התמקדות בכמה דוגמאות הלקוחות מפסקי הדין של השופטת דליה דורנר.

אפתח בקושי הבסיסי המתלווה לכל ניסיון לבטא רעיון מופשט באמצעות מילים ובתיאור הפואטיקה, שהיא מערכת של כללים ועקרונות המיועדת ליצירת מבעים שיעבירו משמעות ספציפית לקהלי יעד, ככלי המיועד לסייע בצליחת קושי זה. אעבור לתיאור קצר של הקשר המורכב, הכמעט נשכח לעתים, שבין המשפט לפואטיקה. למעשה המשפט הוא אחד השדות המשמעותיים שהצמיחו את השימוש המודע והמכוון-יעד בשפה, השימוש שגם האמנות יונקת ממנו.

בחלקים הבאים אתייחס לכמה מהאפיונים הכלליים המייחדים את כתיבתה של השופטת דורנר, תוך פירוט אופני השימוש שלה באחד מהאמצעים הפואטיים המרכזיים – הנרטיב. אבקש להראות כי המאפיין את שימושה של השופטת דורנר בלשון הוא הצנעה של אמצעים רטוריים, אך לא ויתור עליהם כאשר יש בכוחם לסייע לה בהשגת יעדה. הגיוון באמצעים לשוניים וסיפוריים, המותאמים למטרה הנורמטיבית ואולי החברתית שפסק הדין מבקש לבטא, יוצר טקסטים שיפוטיים, בעלי ייחוד, המאפשרים לכותבת למקד את עניין הנחשפים לפסקי-הדין בנרטיבים שעשויים היו להיות סמויים, להעמיק את מעגל הרלוונטיות החברתית של פסקי הדין, ולעורר עניין בקרב קהלים רחבים.

### ב. לשון, פואטיקה ומשפט

אין משפט ללא לשון. המשפט, ככל פרקטיקה חברתית, יוצר משמעות באמצעות השפה, והשגת יעדיו מחייבת שימוש במילים. אולם האם יש בכוחן של המילים לספק את המבוקש מהן? האם ניתן לייצר באמצעותן ביטוי שלם ומספק לרעיון או למחשבה? בשאלה הגדולה הזו נגע חיים נחמן ביאליק במסה העמוקה "גלוי וכסוי בלשון":

בני אדם זורים בכל יום לרות, בכונה ולפי תומם, מלים חמרים חמרים, אותן ואת צירופיהן השונים... על מה יש לתמוה? על אותו רגש הבטחון ועל אותה קורת הרוח שמלוים את האדם בדבורו, כאילו הוא מעביר באמת את מחשבתו או את הרגשתו המובעת... הרי הדבר ברור שהלשון לכל צירופיה אינה מכניסה אותנו כלל למחיצתם הפנימית, למהותם הגמורה של דברים, אלא אדרכא, היא עצמה חוצצת בפניהם.<sup>2</sup>

כך ביאליק. למרבה האירוניה, המסה שלו מבקשת להגיע אל הדבר שאת חוסר התוחלת שלו היא מבקשת לתאר – תרגום "מהותם הגמורה של דברים" לכלל מילים, למבעים לשוניים שלמים ומספקים. המילים, מספר לנו ביאליק, מכסות על התווה המצפין בתוכו את כל מה שלא ניתן להבין, לתפוס או ליישב. כל מה שבכוחן של מילים לספק לנו הוא "סימנים חיצוניים", הפועלים בתוך "גבולות מצומצמים של הגיון ומשא ומתן חברתי".<sup>3</sup> בתוך הגבולות המצומצמים של היגיון ומשא ומתן חברתי נערכים ברציפות וברמות שונות ניסיונות לייצג את "מהותם של דברים" באמצעות מילים. החיים החברתיים מושתתים על ייצוגים כאלה, הממומשים באופנים שונים ובתחומים שונים – כדיבור יום-יומי, באמנות, וביצירה עיונית ומחקרית. כל אחד מהתחומים מנסה להתמודד בהתאם לצרכיו המיוחדים ולאפשרויות הגלומות בו עם בעיית מוגבלות המילה, וליצור ייצוגים הולמים, המיועדים להשיג יעדים מסוימים.

כך פועל אף המשפט. באמצעות שימוש מושכל בשפה, בנרטיב, ברטוריקה, ובטקסטים חזותיים ולשוניים המשפט מבקש לייצג צדק.<sup>4</sup> כך, כאשר שופטת יושבת בדיון, כל הידע שהיא עשויה להשיג על התרחשות בעבר שלא הייתה עדה לה מתגבש במילים, שהן ייצוגי

2 ח"ג ביאליק "גלוי וכסוי בלשון", מתוך: *כל כתבי ח.ג. ביאליק* (מהדורה שמינית, תל אביב, תש"ז), בעמ' קצא.

3 שם. שם. ביאליק מתאר את פועלן של המילים באמצעות המונחים "שטר חוב" ו"פירעון". המילה היא בבחינת "נחיתת שטר חוב, או רשימתו בפנקס" (שם, בעמ' קצב), וכשחקוות ההבנה הגמורה, הלוא היא תקוות הפירעון, אינה מתקיימת, האדם "מחליף מלה במלה, שיטה בשיטה, כלומר, נותן שטר חדש תחת הישן ודוחה או מרחיב לעצמו את זמן הפירעון. בין כך ובין כך – והחוב אינו בא לידי גובינא לעולם" (שם, בעמ' קצב). השימוש של ביאליק במונחים מהשדה המשפטי, יוצר הקבלה מרתקת בין דרכי הפעולה של שתי הפרקטיקות החברתיות המרכזיות האלה – לשון ומשפט.

4 ייצור ייצוגים, אין צורך לומר, הוא רק אחד מתפקידי החברתיים של המשפט. כמו כן, בניגוד למתרחש במערכות אסתטיות שונות שבהן הייצוג מהווה מטרה מרכזית ומהותית, במשפט הייצוגים הם בבחינת אמצעים הבאים לשרת את המשפט להשגת יעדיו השונים. עוד יצוין כי המשפט, ככל פרקטיקה חברתית, אינו מתעצב רק באמצעות פרטים, והייצוגים שהוא מייצר אלא גם כלים נוספים, כגון מוסכמות חברתיות ותרבותיות ויחסים מורכבים בין מערכות כוח משמשים את המשפט להשגת יעדיו.

השונים של אותו אירוע, המתבטאים על ידי העדים ועורכי הדין. תיאורה של ההתרחשות בפסק הדין תייצג צדק מילולי, תוצר של מערכת מורכבת. אולם בין מציאות לייצוג, בין הצדק עצמו לבין השתקפותו של הצדק באולם המשפט או בהכרעה השיפוטית, קיים פער. כמונחיו של ביאליק, הייצוג הוא בכחינת גשר מרופף של מילים, הנפרס מעל תווה, מעל תהום כאוטית שאינה ניתנת למשטור, להבנה או לתרגום. הצלחתו של מעשה הייצוג המשפטי לשכנע כי נעשה צדק תלויה, בין היתר, ביכולתו להציג את התהום. הצלחה במשימה כבדה זו מצריכה שימוש בכלים ההולמים את ממדיה. אחד התשובים בהם הוא הכלי הפואטי.

במקור התייחס המונח "פואטיקה" למערכת עקרונות או חוקים המשמשים לכתיבת שירה.<sup>5</sup> מאוחר יותר החלו להשתמש במונח כדי לציין מערכת של עקרונות אסתטיים העומדת ביסוד כל מבע ספרותי, ולא רק שירה. היום המשמעות התרחבה עוד יותר, והפואטיקה מתייחסת לכל פעילות המפיקה ייצוג של מציאות.<sup>6</sup>

המונח "פואטיקה" נגזר מהמילה היוונית *poietes*, שמשמעו "עושה" או "משורר".<sup>7</sup> התאוריה הפואטית המוקדמת ביותר מצויה בפואטיקה של אריסטו.<sup>8</sup> אריסטו, שחשב על הפואטיקה כמונחים של ייצוג מציאות וחיקויה (*mimesis*),<sup>9</sup> כיוון לדרמה טרגית בלבד, אולם במהלך הדורות התרחבו מעגלי השיח והמחקר, וכיום מושאל המונח תדירות לתיאור אופן ייצור המשמעות בשדות שונים, לאו דווקא אסתטיים או ספרותיים.<sup>10</sup> בכל המקרים האלה הפואטיקה מציינת את הקשר בין מערכת מובחנת של כללים ליצירת ייצוגים המופעלת בשדה מסוים לבין המשמעות הנוצרת באמצעות אותם ייצוגים.<sup>11</sup>

לצד העניין הרצוף בפואטיקה ובתאוריה פואטית לסוגיה, קיימים פולמוסים קדומים הקשורים לשאלת הגדרת הפואטיקה, תרומתה לצורך יצירת משמעות, והיכולת להתחקות במדויק אחר מתארה. אפילו שדה האמנות, שבו העיסוק הרפלקסיבי בדרכי יצירת המשמעות

5 ראו: C.H. Holman & W. Harmon *A Handbook to Literature* (6th ed., New York, 1992) 364.

6 כהסברם של הולמן והרמון, *ש*: "In a large sense, justified by its supposed etymology, a *poetics* is the science of any mimetic activity that produces a product, whether a set of sonnets or a set of dentures"

7 ראו: D. Macey *The Penguin Dictionary of Critical Theory* (London, 2000) 300.

8 אריסטו *פואטיקה* (תרגום: שרה הלפרין, ירושלים, תשס"ג).

9 מייסי, לעיל הערה 7.

10 כך, למשל, המחקר העכשווי עוסק ב"פואטיקה של אמונה" (ראו: N.A. Scott, Jr. *The Poetics of Belief: Studies in Coleridge, Arnold, Pater, Santayana, Stevens, and Heidegger* (Chapel Hill, 1985); ב"פואטיקה של היסטוריה חדשה" (ראו: P. Carrard *Poetics of the New History: (French Historical Discourse from Braudel to Chartier* [Baltimore, 1992]; וב"פואטיקה של מגדר" (ראו: Nancy K. Miller [ed.] *The Poetics of Gender* (New York, 1986)).

11 תיאור יפה של תפקיד הפואטיקה מביא אודן (Auden). ראו: W.H. Auden *The Dyer's Hand and Other Essays* (New York, 1989) 58: and "A poem is a rite; hence its formal and ritualistic character. Its use of language is deliberately ostentatiously different from talk. Even when it employs the diction and rhythms of conversation, it employs them as a .deliberate informality, presupposing the norm with which they are intended to contrast"

הוא מסורת עתיקה,<sup>12</sup> ידע תקופות ”אנטי ורבליית” ככיניויו של טודורוב,<sup>13</sup> שבהן הסתייגו מעיסוק בשאלה כיצד המילים פועלות. אפלטון סבר ששירה נעלה נובעת ממוזה, השראה אלוהית, וכפייה.<sup>14</sup> קאנט ראה באמנות פרי של גאונות שלא ניתן להתחקות אחר אופן יצירתו.<sup>15</sup> ורדסוורת’ תיאר את הכתיבה כזרם עז וספונטני של רגשות.<sup>16</sup> דוגמה מפורסמת לרתיעה מהפואטי מהווה הפולמוס סביב המסה הידועה של אדגר אלן פו *”The Philosophy of Composition”*, שבה פו מתאר, צעד אחר צעד, את המסלול המחושב והמדויק שעבר דרכו כדי לכתוב את שירו ”העורב”.<sup>17</sup> הדברים עוררו רגשות עזים של התנגדות ודחייה, ונתפסו על ידי רבים כמהתלה או כתרמית, ולא כשחזור אותנטי של מהלך פואטי.<sup>18</sup> מגוון העמדות האסתטיות, שחלקן מנוגדות, באשר להיתכנות הפואטיקה ומשמעותה, מבטא את המתח האינהרנטי הגלום ברעיון הפואטי.<sup>19</sup> מתח זה מתחרד עוד יותר בחצרו של המשפט. מלכתחילה, תפיסת המשפט כמערכת יוצרת משמעות אינה מפותחת כשם שתפיסה זו מפותחת בשדה האמנות. מטעמים של הגנה על הלגיטימיות והסמכות של המערכת המשפטית נוח יותר להתייחס אל המשפט, בין שמתבוננים בו מתוכו ובין שמתבוננים בו מחוצה לו, כמסוד האמון על הפקת אמת, צדק או פרשנויות נכונות, מאשר כפרקטיקה המייצרת משמעות באמצעות כלים זרים או ארישים לשאלות של אמת, צדק או תקפות

12 שורשיה של מסורת זו מצויים, כאמור, ב”פואטיקה” של אריסטו, לעיל הערה 7, וביצירתו של הורטיוס *איגרת אל הפיונים או על אמנות הפיוט* (תרגום: יורם ברונובסקי, תל אביב, תשס”ד) 25, שבה הורטיוס מפרט כללי פעולה ועקרונות הנדרשים ליצירה מוצלחת.

13 ראו: 81 *T. Todorov The Poetics of Prose* (Ithaca N.Y., 1977).

14 אפלטון ”איאון”, מתוך: *כתבי אפלטון* (תרגום: יוסף ליבס, כרך ראשון, ירושלים תשט”ו-תשכ”ז).

15 ע’ קאנט *ביקורת כוח השיפוט* (תרגום: שמואל הוגו ברגמן ונתן רוטנשטריך, ירושלים, תשכ”א) 122-135.

16 ראו: 85 *Wordsworth’s Literary Criticism* (W.J.B. Owen [ed.], London 1974); עיקרו של המתח הוא הפער בין תפיסת היצירה כפעולה ריקה מרגש, לפי נוסחה ידועה מראש, לבין תפיסתה כתוצר של ”זרם ספונטני של רגש עז” (*spontaneous overflow of powerful feelings*), על כך ראו: B. Johnson “Strange Fits”, in: *A World of Difference* (Baltimore & London, 1987) 90. דומה שאין צורך להכריע בן שתי התפיסות המנוגדות, שכן מעשה היצירה אינו מתמצה בשימוש טכני בנוסחאות פואטיות, ולא בהחצנה של פרץ רגשות אלא משקף מהלך שיש בו אלמנטים משניהם. כתיאורה של ג’ונסון, הצלחתה של היצירה נובעת משילוב בין כמה מרכיבים: “If it were possible to differentiate clearly between the mechanical and the passionate, between the empty and the full, between the fit and the fit, between ‘real’ language and ‘adulterated phraseology’, there would probably be no need for extensive treatises on the nature of poetic language, but there would also, no doubt, be no need for poetry” בעמ’ 99.

17 “Philosophy of Composition”, in: *The Unabridged Edgar Allan Poe* (Philadelphia, 1983).

18 B. Johnson “Strange Fits”, in: *A World of Difference* (Baltimore & London 1987) 89;

18 E.W. Carlson “Introduction”, in: *Critical Essays on Edgar Allen Poe* (E.W. Carlson [ed.], Boston, 1987) 1, 10; D. Pahl “De-composing Poe’s ‘Philosophy’”, 38 *Texas Studies in Literature and Language* (1996) 1

19 לתיאור מתח זה ראו: ג’ונסון, לעיל הערה 16.

אובייקטיבית.<sup>20</sup> עם זאת, קשה להתכחש לממד הייצוגי של המשפט, ועל כן גם בשדה המחקר המשפטי קיים עיסוק בפואטיקה וברעיונות פואטיים בהקשרים שונים.<sup>21</sup>

### ג. "חכמת הלשון" השיפוטית

בפתח ספרו "המשפט", השופט חיים כהן כותב: "ראשית חכמה של איש משפט היא חכמת הלשון".<sup>22</sup> השופט כהן מזכיר בהמשך את סימני ההיכר של הלשון המשפטית, את אופי ההגדרות הנוצרות באמצעותה, את רישומה של שפת המשפט לעומת רישומה של שפת אנשי המדע או הלקסיקנים, וכדומה.<sup>23</sup> הוא מציג את המשפט לא כ"פסיפס של חוקי צדק ודיני אמת החיים יחד בשלום ורעות"<sup>24</sup> שנתכונן מעצמו, אלא כמערכת פעולה המוכוונת ומנוהלת כאמצעות כללים לשוניים; או, במילים אחרות, כאמצעות כללים פואטיים.

אכן, כתיבה שיפוטית ניתנת לאפיון פואטי כמו סוגי כתיבה אחרים.<sup>25</sup> דוגמה ידועה לניסיון לעמוד על מאפיינים פואטיים של כתיבה שיפוטית היא המסה המפורסמת של השופט קרדוזה, "משפט וספרות", שניתחה סגנונות כתיבה שונים של שופטים אמריקניים, כמו גם את ההתאמה של כל סגנון ליעד משפטי מסוים.<sup>26</sup> ואכן, ייתכנו שיטות כתיבה שיפוטית שונות, שביסודן עומדים גם מסורת ונוהג של שיטת המשפט,<sup>27</sup> אך גם השקפה לעתים פנימית

20 אפשר שטעם הרתיעה ממוקד המבט בפואטיקה, גם בשדה האמנותי וגם בשדה המשפטי, הוא כי תפיסת שתי המערכות הללו – האמנות והמשפט – כתופעות הנעזרות במערכות כללים להפקת משמעות, עשויה לשבש או שלא לעלות בקנה אחד עם ממד השעיית אי-האמון, הנדרש לפעולתו התקינה של המשפט, כשם שהוא נדרש לאפקטיביות של האמנות. חיש נוסף הוא החלשת הטמכות המערכתית. על כך ראו: P. Goodrich "Officium Poetae" 23(2) *Liverpool Law Review* (2001) 139, 145.

21 ראו, לדוגמה: J.B. White *Heracle's Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law* (1985) 107; R. Weisberg *Poethics and Other Strategies of Law and Literature* (New York, 1994); L. Ledwon "The Poetics of Evidence: Some Applications From Law & Literature" 21 *Law Review Association of the Quinnipiac University School of Law* 1145 (2003); גורדיץ', לעיל הערה 20.

22 ח' כהן *המשפט* (ירושלים, מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, תשנ"ו) 1.

23 שם, בעמ' 1-3.

24 בניסוחו של כהן שם, בעמ' 929.

25 הכתיבה השיפוטית היא רק אחד מהתחומים שבהם יש משמעות לעקרונות פואטיים. כך, למשל, הארכיטקטורה של בתי המשפט, המבנה הפנימי של אולמות המשפט, הטקסים השונים, הפורמליים והבלתי פורמליים הקשורים בניהול ההליך – ביסוד כל אלה ניתן למצוא מערכות פואטיות. ראו, בניין זה: S. Almog "Representing Justice: Legal Poetics in Digital Times" *Rutgers Computer & Technology Law Journal* (2006, forthcoming).

26 ראו: B.N. Cardozo *Law and Literature and Other Essays and Addresses* (New York, 1931).

27 ראו, למשל, ההבדלים בין הכתיבה השיפוטית הנוהגת בשיטת המשפט המקובל, המאפשרת הרחבת יריעה והופש נרטיבי ורטורי רב לשופטים, לכתיבה השיפוטית הקונטיננטלית, המתאפיינת בתמציתיות רבה. לתיאור השוני בין השיטות ראו: E. Orucu "Mixed and Mixing Systems: A Conceptual Search" *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing* (Hague, 1996); M.A. Glendon,

ומודחקת, ולעתים גלויה, בדבר יכולתה של פואטיקה מסוימת לשרת באופן מיטבי את מטרות הכתיבה והעשייה השיפוטיות.<sup>28</sup> כך תיבחר לעתים אריכות שאינה מותירה ביד המקרה הבנתה של שום נקודה בדרך אל ההכרעה, ויועדפו חזרות על פני השמטות. יש המאמינים בכוחם המשכנע של מטפורות לשוניות, דימויים, ושימושים לשוניים הנשאבים מתוך מאגרים חוץ משפטיים. אחרים דוגלים בקיצור, לפעמים קריפטי, כאמצעי שיש בכוחו למנוע שיבושי הבנה וסטיות מיותרות.

היכן ניתן למקם את הכתיבה השיפוטית בתוך מערך האפשרויות הפואטיות? כדי להשיב לשאלה זאת אשוב ל"גלוי וכסוי בלשון", ולהבחנה שערך ביאליק בין לשון בעלי פרוזה ללשון בעלי שירה. הראשונים, "בעלי הפשט",<sup>29</sup> "סומכים עצמם על 'הצד השווה' בלשון, ולפיכך הם עוברים דרכם בלשון בטח".<sup>30</sup> בעלי השירה, לעומתם, שהינם "בעלי הרמז, הדרש והסוד", תרים אחר ייחודם של הדברים, ולכן חייבים "לברוח מן הקבוע והדומם בלשון", ולהכניס בה "תנועה בלתי פוסקת, הרכבות וצירופים חדשים".<sup>31</sup> גם אלה וגם אלה עושים שימוש בכללים ובעקרונות פואטיים, המכונים בלשוננו של ביאליק "מפתחות מסורים בידיהם",<sup>32</sup> אלא שבכל אחד משני המקרים המפתחות הפואטיים משמשים להשגת תוצאה שונה.

על פי ראייה אפשרית אחת, כתיבה שיפוטית, מבחינת מטרותיה ויעדיה, מחייבת שימוש בסוג המפתחות שבידי בעלי לשון פרוזה. במיטבה, היא דומה לחציית נהר על פני קרח מוצק, תוך התעלמות ממצולת אי-הוודאות השוטפת מתחת, ומרוחקת מאוד מחציית נהר "על פני גלידין מתנדנדים וצפים",<sup>33</sup> שבין קרעיהם התהום מהבהבת. כתיבה שיפוטית המבקשת ליצור מבע שמשוקעים בו כוח מערכתי, סמכות ופצמת שכנוע, אינה "תרה אחר נשמתם היחידה וסגולתם העצמית של הדברים, כפי שנקלטו אלו ברגע מסוים בנפש רואיהם"<sup>34</sup> אלא מבקשת להגיע אל הקוטב המנוגד, הנסמך "על המשותף שבמראות ובמילים, על הקבוע ועומד בלשון, על הנוסח המקובל".<sup>35</sup> על פי ראייה זו, כתיבה שיפוטית שתטיב לשרת את צורכי מערכת המשפט היא כתיבה שתרחיק עצמה מן "הצד המיוחד" שבעלי לשון השירה תרים אחריו. זו כתיבה שקשה יהיה לעמוד על מאפייניה האישיים, החד-פעמיים. במילים אחרות, ייחודה הוא בשקיפותה.

M.W. Gordon, C. Osakwe *Comperative Legal Traditions* (Minn., 1982), especially pp. 133-141.

28 ראו, בעניין זה: ש' אלמוג "עיני המערער השכו – בין הנרטיבי לנורמטיבי" *מחקרי משפט* טו (2)

(תש"ס) 295, 306.

29 ביאליק, לעיל הערה 2, בעמ' קצג.

30 ש.ש. ש.ש.

31 ש.ש.

32 ש.ש.

33 ש.ש.

34 ש.ש.

35 ש.ש.

והנה, כתיבתה השיפוטית של השופטת דורנר מתבלטת דווקא בכך שאינה מתאפיינת בסגנון מובחן וקל לזיהוי או במובהקות לשונית.<sup>36</sup> השפה השיפוטית של השופטת דורנר אינה מושכת תשומת לב. היא מצניעה את מלאכת הכיסוי הסיזיפית של הלשון ואת פעולתה המתוכנתת של המילה.

ההנמקה המשפטית בכתיבתה של השופטת דורנר נוטה לקיצור. כך גם בפסקי דין מרכזיים שלה. לדוגמה, בפרשות *גנימאת*,<sup>37</sup> *עדאלה*<sup>38</sup> ו*טיבי*,<sup>39</sup> פסקי הדין שלה קצרים יותר מפסקי הדין של עמיתיה להרכב. הליכה שלהם, בדומה לליבת רוב פסקי הדין שלה, היא פירוט ממוקד ומהודק של הנמקות משפטיות לא רבות, הנחמכות במערך ציטוטים מצומצם למדיי.<sup>40</sup> אין היא נוטה לחשוף לבטים, קשיים או היסוסים המלווים את מהלך קבלת ההחלטות. גם במקרים קשים וסבוכים, המזמינים פירוט מסוג זה, השופטת דורנר נמנעת ממנו.<sup>41</sup> פסק הדין בנוי כמעין תרשים זרימה, המתאר את הדרך הנורמטיבית שהובילה את השופטת לתוצאה. התיאור הענייני והממוקד הופך את הדרך המתוארת לכזו שמתבקש לצעוד בה כשם שעשתה השופטת דורנר. כך הדרך, וכך התוצאה. אולם ייחודה של הכתיבה השיפוטית שיצאה תחת ידה של השופטת דורנר הוא גם בכך, שלעתים היא בוחרת בכלי פואטי מיוחד, המקדים את הצעידה בדרך הנורמטיבית, ואולי, במידה רבה, מאפשר אותה. כוונתי לשימושה המיוחד של השופטת דורנר בנרטיב.

36 לניסיונות לאפיין באופן כזה את כתיבתם של השופטים ברק וחשין ראו: ר' עמית "העמדות של (ה)קאנון (ה)טקסט הברקי כקאנון בהתהוות" *עינוי משפט* כא(1) (תשנ"ח) 81; ר' עמית *מה עצר עד תום ההליך מטפורה מטונימיה ומעבר* (תל אביב, 1996); לניסיונות לאפיין את כתיבתם של השופטים זילברג וברק ראו: מ' אלברשטיין "מרינגר ועד ברדה, והמצב האפורטי: עיון בסגנונות פרשנות משתנים בפסיקתו של בית המשפט העליון" *מחקרי משפט* יט(2) (תשס"ג) 633.

37 בש"פ 537/95 *גנימאת נ' מ"י*, פ"ד מט(3) 355.

38 בג"ץ 4112/99 *עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו*, פ"ד נו(5) 393.

39 א"ב 11280/02 *ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי*, פ"ד נו(4) 1.

40 כך בפרשת *גנימאת*, פסקי דינם של השופטים ברק וחשין ארוכים פי שלושה עד חמישה מפסק דינה של השופטת דורנר. נוסף על כך, בפרשת *עדאלה*, פסקי דינם של ברק וחשין נפרסים על פני 17 ו-54 עמודים (בהתאמה), ואילו פסק דינה של דורנר מתפרס על פני שמונה עמודים בלבד. יצוין, עם זאת, כי לעתים השופטת דורנר בוחרת לצטט או לאזכר מקורות ייחודיים או בלתי שגורתיים, המשמשים לא כאסמכתאות משפטיות אלא כמקורות השראה לדרך המשפטית שהלכה בה. ראו, לדוגמה, האזכורים מתוך כתיבתם של ויטגשטיין וטניסון בפרשת *מילד*. (בג"ץ 4541/94 *מילד נ' שד הביטחון*, פ"ד מט(4) 94, בעמ' 115, 117); פוקו בפרשת *דנילוביץ* (בג"ץ 721/94 *אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ*, פ"ד מח(5) 749); ויהודית הנדל בפרשת *ויכסלבאום* (בג"ץ 3209/93 *ויכסלבאום נ' שד הביטחון*, פ"ד מט(2) 195, 207).

41 דוגמה אופיינית היא הפסקה המסיימת את פסק הדין וההחלטה על משפט חוזר לעמוס ברנס. בהכרעה באחת הפרשיות המשפטיות הטעונות ביותר במדינת ישראל השופטת דורנר כתבה: "איני בטוחה עוד כלל ועיקר באשמתו או בחפותו של ברנס. אפשר שהמית את רחל הלר, אפשר שלא. בסופה של פרשה זו רק דבר אחד ברור לי – בהליך הרשעתו של ברנס נפלו פגמים חמורים. שוכנעתי, כי בפגמים אלו, הרובצים לפתחה של המדינה, בצירוף האפשרות כי מודעות להם הייתה משנה את תוצאות משפטו של ברנס, די כדי להורות על קיום משפט חוזר. אשר-על-כן אני מורה על קיום משפט חוזר לעמוס ברנס" (ראו: מ"ח 3032/99 *ברנס נ' מ"י*, נו(3) 354, 384).



#### ד. וריאציות נרטיביות בכתיבתה של השופטת דורנר

הנרטיב הוא אחת ההתגלמויות החשובות ביותר של המנגנון הפואטי. כפי שמנסחת זאת סוזן ק' לנגר, הנרטיב "עומד בבסיס 'המסורת הגדולה' של אמנות הפואטיקה בתרבותנו".<sup>42</sup> שופטות ושופטים בוחרים תדיר בכלי הנרטיבי, בייחוד כאשר הם מתארים את עובדות המקרה שהובא להכרעתם. כל סיפור עובדות המוצג בפסק דין כרוך, כיצירת כל נרטיב אחר, בשורת בחירות שעניינן, למשל, החלטות בדבר הפרטים שייכללו והפרטים שיושמטו, סדרם, ודרך תיאורם. כמו כן על השופט או השופטת לבחור בנקודת תצפית שממנה יסופרו הדברים; ברמות שתוביל את המסופר; ובאותן נקודות שבהן יתערב במובלע או במפורש קול מפרש או מבאר. יצירת נרטיבים שיפוטיים היא מלאכה מתוחכמת, הכוללת הרבה יותר מריכוז העובדות הרלוונטיות.<sup>43</sup> הנרטיב השיפוטי סולל את הדרך אל ההכרעה הנורמטיבית, ובכוחו לכונן את מעמדה של ההכרעה כטבעית וכמתבקשת מן המציאות שתוארה על ידי הנרטיב, ועל כן לקבוע אותה כנכונה, או לחלופין ליצור בקהל נמעני פסק הדין ספקות ופקפוקים באשר להכרחיותה של ההכרעה או לתוקפה. על כן הנרטיב ממלא תפקיד חשוב ביצירה השיפוטית, ויש עניין רב בבחינת בחירותיהם הנרטיביות של שופטות ושופטים ובהשוואה בין סוגי הבחירות.

הזכרתי בסעיף הקודם את נטייתה של השופטת דורנר לקצר בפירוט הדרך המשפטית שהובילה אותה להכרעה. לעומת זאת, בתיאור העובדות אין היא נוטה לקיצור מיוחד לעומת עמיתיה. הגם שחלק מפסקי הדין שלה כוללים פירוטי עובדות קצרים או תמציתיים, כפי שיודגם בהמשך, בפסקי דין שבהם הארת העניין מחייבת, לשיטתה, לספר סיפור בהרחבה, מאריכה השופטת בסיפור המעשה.

אציין תחילה, כי לא בכל פסקי הדין של השופטת דורנר ניתן למצוא נרטיב גלוי ונגיש. לעתים הדרך אל התוצאה נסללת בעזרת אמצעים לשוניים אחרים, ההולמים יותר בהקשר של המקרה. כך, לדוגמה, בפסקי הדין העוסקים בפרשת העצורים הלבנוניים<sup>44</sup> האלמנט הנרטיבי בפסק דינה של השופטת דורנר מצומצם, ומתמקד בהדגשת אופייה המתמשך של הפרשה,<sup>45</sup> ועיקרם של פסקי הדין הוא הסברים קצרים, יבשים למדי, באשר לדברו החד-משמעי של החוק. אולי ניתן לומר, כי במקרה הזה בחרה השופטת דורנר בנרטיב שבמרכזו הגילום המשפטי של הפרשה (פרקי הזמן בין תחנה משפטית אחת לבאה אחריה, טיעונים משפטיים רלוונטיים וכדומה), ולא סיפוריהם האישיים של העצורים. הבחירה להימנע מסיפור מסוים (לעתים מתוך העדפת קו רטורי אחר) אף היא בחירה פואטית. כזאת היא אף הבחירה לספר

S.K. Langer *Feeling and Form – A Theory of Art Developed from Philosophy in a New Key* (London, 1953) 261 42

A.G. Amsterdam & J. Bruner *Minding*: על תפקידו המרכזי של הנרטיב בכתיבה שיפוטית ראו: 43  
; *The Law* (Cambridge, Mass. 2000); J. Bruner *Making Stories* (Cambridge, Mass. 2002)  
פ' ברוקס "משטור סיפורים" *מחקרי משפט* יח(תשס"ב) 249; י' יובל "צדק נרטיבי" *מחקרי משפט* יח  
(תשס"ב) 283; אלמוג, לעיל הערה 28.

עמ"ם 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1), 97; דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1), 44  
721; על רישומו של הנרטיב השיפוטי בפרשה זו ראו: יובל, לעיל הערה 43, בעמ' 318-322.

ראו: אלמוג, לעיל הערה 28, בעמ' 317. 45

את הסיפור באופן מסוים. בפרשת העצורים הלבנוניים נראה, כי בחירתה של השופטת דורנר הייתה שלא לדחוק סיפור נוסף או גרסה נרטיבית נוספת למקום הרחוס עד לעיפה בסיפורים קשים, הן כאלה שבמרכזם רון ארד הנעדר ומשפחתו והן סיפורים שבמרכזם העצורים ומשפחותיהם, אלא להתמקד בהצבעה על אמת מידה ברורה וחוטכת להכרעה, שאין בלתה. כך, משפט אופייני לבחירותיה הלשוניות של השופטת דורנר באותה פרשה הוא: "בעניינינו, מטרתו של מעצר העותרים – קידום השחרור של רון ארד ושל שבויים ונעדרים אחרים – ראויה מעין כמותה. ברם, היא כשלעצמה אינה יכולה להקנות סמכות מעצר".<sup>46</sup> אמירתו הברורה של הדין במקרה זה, כפי שהיא מוצגת מפי השופטת דורנר, מייצגת את המשימה הבלתי אפשרית להכריע בין סיפורים טעוני רגש המלווים את הפרשה.<sup>47</sup> אולם המקרים שבהם בחרה השופטת להשתמש בכלי הנרטיבי חושפים מגוון מעניין של סיפורים שונים זה מזה, בעלי רוחב ועומק יריעה המותאמים ספציפית לצרכיה השיפוטיים בכל עניין.

עסקתי כבר בעבר בניחות כמה מבחירותיה הנרטיביות של השופטת דורנר,<sup>48</sup> ובין היתר, באחד הסיפורים הידועים ביותר, אם לא הידוע ביותר, בקורפוס הכתיבה השיפוטית שלה, הנמצא בפסק הדין בפרשת *כרמלה כוחבוט*.<sup>49</sup> על עצמתו של הסיפור השיפוטי הקצר הזה תעיד הפיכתו של המשפט הפותח – "כרמלה כוחבוט הייתה אשה מוכה"<sup>50</sup> – לסמן המייצג את מלוא כוכדה וחומריתה של הבעיה החברתית שבחרה השופטת דורנר להעלות לסדר היום בפסק הדין, במקביל ובקישור הכרחי לעיסוק בפרשה הפרטית.

פרשה נוספת בה עשתה השופטת שימוש בתבנית נרטיבית דומה, של קישור ההתעללות במקרה הפרטי עם הבעיה החברתית הרחבה, היא עניין יעקובובוב, בו נבחנה שאלת אחריותו של בעל מכה להתאבדות אשתו.<sup>51</sup> פסק-הדין נפתח במשפט הבא:

"בשעות אחר הצהריים בתאריך 25.8.1996, והיא אז כבת 31, קפצה גלינה יעקובוב אל מותה מחלון דירתה שבקומה הרביעית בבית בשכונת בן גוריון באור-עקיבא."<sup>52</sup> לאחר מכן מגוללת השופטת דורנר בפירוט את קורות אותו יום, החל בתלונתה של גלינה יעקובוב בפני מנהלת לשכת הרווחה במועצה המקומית באור-עקיבא, כי בעלה הכה אותה באותו בוקר בשל סירובה למסור לו את משכורתה, דרך הזעקת השוטרים על-ידי המנהלת, ליוויה של יעקובוב לביתה על ידי השוטרים ומסירת הודעה במעמד הבעל, תגובתו האלימה של הבעל ועקב כך ביטול התלונה על ידי האישה, התפרצות הבעל לאחר צאתם, ועד לקפיצתה אל מותה. בהמשך פסק-הדין נקשר סיפור אותו יום לשני סיפורים רחבים יותר, הן סיפור

46 דנ"פ פלונים, לעיל הערה 44, בעמ' 768.

47 דוגמה מעניינת נוספת לפסק דין נעדר-נרטיב הוא: בש"פ 4481/00 *יחזקאל נ' מ"י*, פ"ד (5) 245, שבו נקבעה הלכה חשובה בעניין זכויות נאשמים במשפט פלילי לא באמצעות נרטיב, כי אם באמצעות משפט קצר זה: "[כ]נגד הזכות לפרטיות של העבריין עומדת זכותו למשפט הוגן של בעל-דין ככלל ושל נאשם במשפט פלילי בפרט" (שם, בעמ' 250).

48 ראו: אלמוג, לעיל הערה 28.

49 ע"פ 6353/94 *כוחבוט נ' מ"י*, פ"ד (3) 647; לעיסוק בנרטיבים השיפוטיים בפסק דין זה ראו: אלמוג, לעיל הערה 28, בעמ' 303-304; ל"י בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" *פלילים* 1 (תשנ"ח) 5.

50 שם, בעמ' 654.

51 ע"פ 7832/00 *יעקובוב נ' מ"י*, פ"ד (2) 534.

52 שם, בעמ' 537.

הנישואין העגום של גלינה יעקובוב, אשר הוכתה בשיטתיות על ידי בעלה לאורך כל חייהם המשותפים, והן הסיפור החברתי הכללי, שבמרכזו נפוצות התופעה של אלימות כלפי נשים: “שמונה שנים התעלל בה [בגלינה יעקובוב] המערער, והיא שתקה – כנועה, נושאת בעול פרנסת המשפחה וחוששת לגלות את אשר נעשה בביתה. אך מעשי האלימות וההתעללות של המערער לא היו סוד. עובדי לשכת הרווחה בעירת מגורי בני-הזוג ידעו עליהם היטב, אך הם לא עשו דבר עד אשר מלאה סאת סבלה של המנוחה והיא העזה, לראשונה בחיי נישואיה, לבקש עזרה. לרגע לא נרתעה מן הנאצות שהטיח בה המערער בנוכחות השוטרים, ובמעמדו ולאזוניו מסרה הודעה על אשר עשה לה. או אז הצליח המערער להכניעה ולהביאה לביטול התלונה. די היה בהודעת המנוחה כדי לפתוח בחקירה נגד המערער, ובכיתולה לא היה כדי למנוע חקירה. אך השוטרים, לאחר שהזהירו את המערער שלא לפגוע במנוחה, עזבו את הדירה בהשאינם בדירה את המנוחה בחברת המערער. התפרצות המערער לאחר המאמץ האדיר שהשקיעה המנוחה לימדה אותה כי אין בפניה כל דרך לשים קץ לסבלה, והיא בחרה להתאבד. תגובת המנוחה לא הייתה חריגה או מיוחדת לה. היא אופיינית לאישה מוכה. מחקרים הראו כי אישה הסובלת מאלימות קשה ורצופה במשך שנים, באין עזרה מסביבתה הקרובה וללא התערבות תקיפה מצד הרשויות, נתקפת בייאוש עמוק העשוי להובילה לשים קץ לחייה שלה או לחיי בן-זוגה האלים.”<sup>53</sup>

הקישור בין סיפורה האישי של גלינה יעקובוב לבין הסיפור החברתי הרחב מאפשר לשופטת דורנר לקבוע הלכה באשר לצפיות הסבירה במקרה זה, כבמקרים אחרים בהם מדובר בהתעללות בנשים: לגבר המכה את אשתו יש יכולת לצפות כי התנהגותו האלימה תביא להתאבדות אשתו, ועל כן מוצדקת הרשעת הבעל בגרימת מותה של אשתו.

בפסק דין אחר, ידוע פחות, שגם במרכזו אישה-קרבן, שהחברה מעצימה את סבלה במקום להושיעה, השופטת דורנר מביאה סיפור ארוך ומפורט, שהצריך שורה של הכרעות נרטיביות.<sup>54</sup> באותו עניין נבחנה הרשעתו של אדם באונס לאור ראיה נוספת שהושגה בשלב מאוחר יותר – הקלטה שבה הנאנסת אומרת לחוקר פרטי, שהתחזה למחזר, כי בדתה את עניין האונס. במהלך קריאת הסיפור האנושי הסבוך, הכולל כמה גיבורים, אלמנטים רגשיים מורכבים, מניעים גלויים ונסתרים, שקרים ואמיתות, ההתרה כמו מתחזרת ומתפנחת באופן ישיר ובלתי נמנע, וזו גם ההכרעה השיפוטית: הנערה אכן נאנסה ושיקרה בשלב מאוחר יותר לחוקר הפרטי, עקב מניפולציה מילולית שלו, וכדי לזכות בתשומת לבו הרומנטית. הסיפור נבנה באופן המגהיר לקוראים, כי תמימותה של המתלוננת הייתה לה לרועץ,<sup>55</sup> וכי מי שעומדת בפועל ברקע ההתרחשויות היא רעייתו של האנס, דמות נפקדת-נוכחת, המחוסרת תפקיד פורמלי בהליכי העבר או בהליך הנוכחי. כך מתואר תפקידה האינסטרומנטלי והמרכזי של אשת האנס: “הציר המרכזי המאחד את שתי כתות הראיות שנשמעו בנפרד... הינו נסיון עקיב וממושך של האישה [אשת האנס] להביא את המתלוננת לחזור בה מתלוננתה כי המערער אנס אותה.”<sup>56</sup> פסק הדין חושף את סיפור הניסיון העקיב והממושך, על פרטיו.

53 שם, בעמ' 546.

54 ע"פ 819/96 גואטה נ' מ"י, פ"ד נא(1) 315.

55 כך, למשל, התמימות שבאישיית המתלוננת מובלטת באמצעות ציטוט ישיר מלשונה הבלתי מהוקצעת. המתלוננת הזמינה את החוקר הפרטי לביתה “כדי שאימה חכיר, כלשונה, יעם מי היא הולכת” (שם, בעמ' 321).

56 שם, בעמ' 323.

הטכניקה הפואטית כאן מציעה פרספקטיבה שדרכה מתפענחת שורה של עובדות באופן מסוים, ומשום שהיא מופעלת במיומנות רבה, הרושם המתקבל הוא כי הפענוח המוצע הוא מתבקש ומוביל במישרין ובאופן חד-משמעי להכרעה המשפטית – דחיית ערעורו של האנס. דוגמה מעניינת נוספת לשימוש בטכניקות סיפוריות מצויה בפסק דין שעסק בשאלת מתן צו אימוץ.<sup>57</sup> המערערת, בת למשפחה דתית, נכנסה למצוקה קשה כאשר הרתה מחוץ לנישואין לאדם שאת זהותו סירבה לגלות. אף שהתגוררה בבית הוריה, הצליחה להסתיר מפני בני משפחתה את הרינונה ואת לידת הילד עד הגיעו לגיל שלוש. הילד גדל במעונות, עד שבשלב מסוים נמסר למשפחה שביקשה לאמצו. בשלב הזה סיפרה האם לבני משפחתה על הילד, ואלה הצהירו כי הם מוכנים לסייע לה בגידולו. ערכאות קודמות הכריזו על הילד כבר-אימוץ, ואת הקביעה הזאת כהנה השופטת דורנר שוב בדין הנוסף. שוב מוצגת לפנינו אישה חלשה, קרבנית, מפותחת. אולם הפעם השופטת דורנר מציבה כמוקד הסיפור שהיא מעמידה לא את האישה הזאת, כי אם דמות חלשה ופגיעה ממנה – הילד. רובו של הסיפור מוקדש לתיאור חייו הקצרים ולמודי הסבל של הילד, ולתיאור המהפך הממוזל שהתרחש עם מסירתו למשפחה המאמצת. משפט אופייני לאותו פסק דין: "כל אותו זמן, הילד, ששהה במעון, ולא ידע אהבת אם, הלך ונבל. הוא הפך להיות עצוב, רציני, מכונס בעצמו. הילד כמעט שלא חייך, ולא נענה לאנשים שניסו לתקשר עמו."<sup>58</sup> שיאו של פסק הדין הוא הצבה של שני הסיפורים זה מול זה. מצד אחד, מועלה סיפור מצוקתה של האם: "התנהגותה של המשיבה כלפי הילד הייתה פרי של מצוקה שנקלעה אליה בשל חרדתה שהמשפחה תנדה אותה."<sup>59</sup> מנגד מוצב סיפור מצוקתו של ילד קטן, החרד להינטש. כדי להעמיד על צמית המצוקה הזאת, השופטת דורנר בוחרת להעניק קול לילד בן השלוש. גם כאן, כמו בדוגמה הקודמת, היא בוחרת להביא דברים בלשונו התמימה של אומרם, ומצטטת את הילד: "היא [האם המאמצת] אמא ישנה וגם אני ילד ישן של אמא שלי. אם יש אמא אחרת, חרשה, שתלך למקום רחוק רחוק ותמצא לה שם ילדים חדשים. אני לא מתאים. אני ילד ישן של אמא ישנה וטובה."<sup>60</sup> הסיפור מעוצב באופן כזה, שלשאלה המופיעה בסיומו, "השאלה אם חייב הקטין לעבור את המשבר הצפוי לו כדי למנוע משבר מאמו"<sup>61</sup>, תיתכן רק תשובה אפשרית אחת: לא, הקטין אינו מחויב לעבור משבר נוסף. זו אכן תשובתה של השופטת דורנר, ותשובת בית המשפט, שהחליט ברוב דעות להשאיר את הקטין בחיק משפחתו המאמצת.

המשותף לשלוש הדוגמאות האחרונות הוא העמדתן של שלוש דמויות חלשות, פגועות ומושתקות במרכז הבמה השיפוטית, והענקת קול לאותן דמויות באמצעות הבלטת סיפורן. אישה שהוכתה שנים, נערה שנוצלה ניצול רגשי ומיני, ילד קטן ולמוד סבל – כל אלה הופכים באמצעות פסקי הדין לגיבורים, שגורלם נוגע בקהל רחב הרבה יותר מקהל הנמנעים הישיר של פסק הדין. השופטת דורנר בחרה לא רק להכריע בעניינם אלא גם לספר את סיפורם, בהתאם לאופן שבו תפסה אותם.

57 דנ"א 7015/94 הויה"מ נ' פלונית, פ"ד (נ) 48.

58 שם, בעמ' 58.

59 שם, בעמ' 74.

60 שם.

61 שם.

### ה. סוף דבר: "מידה נכונה" מהי?

מה מדריך את הבחירות השונות במקרים שנסקרו כאן? כיצד מחליטה השופטת דורנר מתי להימנע מנרטיב המתמקד בסיפור האישי שהפרשה שלפניה מעוררת, מתי להסתפק בנרטיב מינימליסטי, מתי לפרוס בפנינו סיפור מורכב ומרובד וכיצד לגולל אותו? מדוע היא מעדיפה לעתים להאריך בסיפור המעשה, אולם בהשוואה לשופטים ולשופטות אחרים, לקצר בחיבור ההנמקה המשפטית לתוצאה? כיצד שופטים ושופטות אחרים מכריעים בסוגיות כאלה?<sup>62</sup> אפשר שהתשובה שנוכל לקבל משופטים ושופטות העוסקים בכתיבת פסקי דין תהיה דומה לתשובה שמציעים אופים ואופות מומחים לשאלה "כמה קמח בדיוק צריך לשים?" – "כמה שהבצק לוקח". כאשר באפייה עסקינן, ניתן לבחון את הדברים לאשורם ולהפיק מתכון מדויק של כמות הקמח הנדרשת, אבל האופים המומחים לא יודקקו לדיוק הזה. כאשר מדובר בכתיבה, ואף כתיבה שיפוטית בכלל זה, קשה יותר להפיק מראש או בדיעבד מעין "מתכונים" או מערכות כללים מובנות העומדות ביסוד הבחירות הלשוניות או שמנהירות אותן. אולם הקושי הזה אינו שולל את מעמדם של הטקסטים השיפוטיים כתוצרים פואטיים, ומכאן את היכולת, ואולי אף את הצורך, לבחון אותם באמצעות כלים פואטיים. אריסטו כותב, ב"רטוריקה", על האורך והקצב האידיאליים של סיפור:

כיום נוהגים לטעון טענה מגוחכת שהסיפור צריך להיות מהיר. הרי זה כאותו אופה ששאל את הקונה איך הוא מבקש את הבצק – קשה או רך? למה? ענה לו האיש, "ובמידה הנכונה אי אפשר"<sup>63</sup>

אריסטו עמד על כך, שעיקר החכמה היא להגיע למבע העשוי בדיוק במידה הנכונה. אולם מהי "מידה נכונה"? לפחות מבחינת יוצריה, כתיבה שיפוטית "במידה הנכונה" משמעה "לדבר בהיקף כזה, שיאפשר להאיר את העניין, לגרום לשומעים שיבינו שכך וכך אירע, שהיה נזק או עוול, או שמשקלם של הדברים הוא בדיוק זה שהדובר רוצה לייחס להם"<sup>64</sup>.

כפי שכבר צוין, על פי גישה אחת, השגה של מטרות כאלה מחייבת אורך יריעה, פריסה נדיבה של הנמקה משפטית וציטוטים למכביר, כשכל אלה מצטרפים לפסקי דין המחזיקים עשרות רבות של עמודים. רק כתיבה כזאת תאפשר, לגישת יוצריה, "להאיר את העניין". גישה אחרת מדריכה כפי הנראה את השופטות והשופטים שכתבתם השיפוטית אינה נוטה לאריכות, באופן המעלה על הדעת את המלצתו של הורטיוס: "קצר עצותיך, יהיו אשר

62 אולם יצוין כי המשפט, ככל פרקטיקה חברתית, אינו מתעצב רק באמצעות העדפות אישיות של פרטים, כגון: שופטים, מחוקקים ופרשנים הבוחרים בחירות אוטונומיות, אלא גם באמצעות אילוצים שונים, מוסדיים ואידאולוגיים, המשפיעים על אופי ומונע הבחירות האישיות. ראו: P. Eckert & S. McConnell-Ginet *Language and Gender* (Cambridge 2003) p. 5.

63 אריסטו *רטוריקה* (תרגום: גבריאל צורן, תל אביב 2002), בעמ' 181.

64 שם, שם.

יהיו, כדי שתקלוט מהר הנפש את דבריך ותכרם בנאמנות. המיותר דולף מן הלב העולה על גדותיו".<sup>65</sup>

אך נראה, כי לשאלה מהי המידה הנכונה בכתיבה שיפוטית אין תשובה גורפת. המענה נובע מהגדרות היעדים של כתיבה כזאת, שאף הם עשויים להיות שנויים במחלוקת או להשתנות מעניין לעניין. מיותר, אולי גם בלתי אפשרי, להכריע בשאלה, אילו בחירות שיפוטיות עדיפות, אך מעניין לנסות ולהתחקות אחר רישומם של סוגי כתיבה שונים. לכתיבתה של השופטת דורנר, המצניעה בדרך כלל את תפקידן המתווך של המילים, עוצמה רטורית הנעדרת לעתים מפסקי דין הבוחרים באריכות יתרה, שיש בה כדי לטשטש את מהלך הטיעון הלוגי והמשפטי ואת עצמתו. עם זאת, טקסטים שיפוטיים כשל השופטת דורנר, שאינם חושפים בקלות נטייה שיפוטית אישית קלה לאבחון ולזיהוי, או התחבטויות וחבלי יצירה, מצמצמים ומתחמים את טווח נושאי הביקורת והשיח שהם עשויים לעורר. לצד הצמצום וההצנעה הפואטית המאפיינים את ההנמקה המשפטית של השופטת דורנר מעניינת בחירתה לפרוס לעיתים נרטיבים ערוכים בקפידה, המצליחים לסמן ולהבליט גזרה מסוימת בתוך העניין המשפטי הנידון. מעניין בייחוד השימוש באמצעי הנרטיבי להענקת נראות לסיפורן ומצבן של מי שנתפסו כמצויות בעמדת נחיתות מיוחדת, ה"מתוקנת" במידת מה באמצעות הכלי הנרטיבי.

"המידה הנכונה" של השופטת דורנר היא אפוא הצנעה של אמצעים רטוריים אך לא ויתור עליהם כאשר יש בכוחם לסייע לה בהשגת יעדיה. עיון בכתיבתה חושף מגוון של אמצעים פואטיים משתנים, המותאמים בכל מקרה ליעדים המשפטיים, השלובים לעתים ביעדים חברתיים רחבים יותר. כתיבה זו אינה מושכת תשומת לב לעצמה (או למהלכים שקדמו לה), ומפיקה מבעים מתוחכמים ובעלי עוצמה, המאפשרים לכותבת לסמן את טווח השיח הביקורתי שפסק הדין יוצר, לחשוף נרטיבים סמויים, ולא אחת לעורר עניין רחב ומתמשך.

65 הורטיס אמנות הפיוט (תרגום: רבורה גילולה, ירושלים, תשס"ד) 39.