

בעקבות "האהבה והפרט" למרתה נוסבאום: על עניין נוף נ' משרד הבטחון ומאפייניהם החד־פעמיים של נמצי המשפט

א. מבוא ◀ ב. על נקודות ההשקה של הפרט עם סביבתו ועל גבולות
השפה: הערות מקדימות ◀ ג. עיני האהב כמתודולוגיה: "האהבה
והפרט" למרתה נוסבאום ◀ ד. מבטו זשל המשפט: עניין נוף ◀ ה. סיום

"Each of us is a circle of experiences and
meaning that can occasionally, through
language, meet or overlap with others, at least
at the edges. What lies beyond language is
real alright, but it is not communicable,
certainly not in a language of concepts."¹

א. מבוא

המשפט נדרש תדירות להגדיר את התחום סביב הנמען המשפטי שאת גבולו, במידת
האפשר, אל לה למדינה או לפרטים אחרים להסיג. בהתוויית תחומים כאלה פועל המשפט,
בין במפורש ובין במובלע, על בסיס תיאוריה בדבר חשוב ומשני בהווייתו של אדם.
לכולנו יש תחושות בסיסיות באשר לשאלה אילו הם הרכיבים העיקריים ואילו הם
הרכיבים השוליים בהווייתנו. סביר להניח, לדוגמה, שלו היו מבקשים מאיתנו לדרג בין
זכותה של אשה להיבחר לכנסת לבין זכותה לשמור על שם משפחתה לאחר נישואיה,
היינו חשים שהראשונה הינה בסיסית וחיונית יותר. בדומה, סביר שבבחירה בין חופש
הביטוי הפוליטי לבין זכותו של אדם להאריך את שערו היינו מייחסים עדיפות לראשונה.
אינטואיציות כאלה הן תוצר של הבחנות מבוססות היטב בתרבות המערב, שעניינן
ההיררכיה בין תוכן לצורה, בין פנים לחוץ ובין נפש לגוף.²

* תלמידת דוקטורט בבית־הספר למשפטים של אוניברסיטת מישיגן באן־ארבור ועמיתה
במכון ללימודים הומניים באוניברסיטה זו. תודה לארנה בן־נפתלי, שאלמלא הזמנתה
הנחושה לא היתה רשימה זו נכתבת. תודות מקרב לב ליאיר אלדן, אלון הראל, צבי
טריגר, טל כוכבי, שגית מור ואמי אסתי תירוש על קריאות קשובות והערות יסודיות.
זהר כוכבי ליווה את הטקסט בכל שלביו, והוא נוכח בו באופנים רבים.

1 J.B. White *Justice as Translation* (Chicago, 1990) 35

2 איני עוסקת כאן בשאלה במה יש לעצוץ את הנטייה הרווחת בתרבויות מערביות להפריד
בין תוכן לצורה או בין נפש לגוף. השאלה האם, למשל, דחיית הצורה מקורה בחשיבה
היהודי־נוצרית, במסורת הנאורות או ביסודות אחרים של התרבות המערבית היא נושא
לדיון נפרד. אני מבקשת אך לזהות, כנקודת־מוצא לדיון, את נוכחותן של היררכיות
בינריות אלה ואת השפעתן על המשפט על־מנת לחשוף את הבעייתיות הכרוכה בהן

טביעות רגליהן של התפיסות לפיהן הזירה המרכזית של עצמיות ניתנת להבנה באמצעות מושגים מופשטים, כגון נפש, נשמה או תודעה, ניכרות בדפיהן של מגילות החירויות הבסיסיות בדמוקרטיה מערבית. המשפט בן-זמננו מספק הגנות נרחבות לחירויות שעניינן פעולות מופשטות, כגון מחשבה, מצפון וביטוי,³ אולם הוא מתקשה בהמשגה ובהכרעה בתחומים הנוגעים לקיומו הגופני, הקונקרטי והסמלי⁴ של הפרט המשפטי.

כך, למשל, בעוד הזכות לחופש דת מעוגנת בכל מגילת זכויות וחירויות מודרנית, שיטות המשפט המערביות מתקשות במתן מענה לשאלה כיצד יש להתייחס לביטויים החיצוניים והגופניים של אמונה דתית. בעוד שאף בית-משפט בארצות-הברית לא יקבע שיהודי דתי אינו יכול להיות קצין בחיל-האוויר בשל השתייכותו הדתית (הרעיון יהיה מופרך ובלתי-חוקתי בעליל), אותה שיטת משפט קבעה שחבישת כיפה על-ידי הקצין היהודי אינה חלק מחופש הדת שלו.⁵ בדומה לכך, שיטת המשפט האמריקאית אוסרת על הפליה מחמת גזע, אבל מן הפסיקה האמריקאית מסתמן חסר בהגנה על ההיבטים הגופניים והסמליים של לא-לבנים. כלומר, יש קושי בהתמודדות עם הנוכחות הקונקרטית – דרך הגוף, השם או הלבוש – של אלה שהמשפט מנסה להבטיח את שוויונם. המקרה של דיילת אמריקאית-אפריקאית שפוטרה ממקום עבודתה בשל תסרוקתה מדגים נקודה זו. הדיילת שזרה את שיערה בשורות של צמות קטנות, תסרוקת מקובלת בקרב גשם שחורות בארצות-הברית. בית-המשפט פסק שפיטוריה אינם בבחינת הפליה גזעית, מכיוון שהקשר בין סגנון שיער לגזע אינו הדוק דיו: לא כל הנשים השחורות קולעות את שיערן בצמות, וישנן גם לבנות שזו תסרוקתן.⁶ הקושי של בית-המשפט לזהות כי המעסיק פיטר את העובדת מכיוון שנראתה שחורה, וכנראה שחורה מדי, נעוץ בהיעדר כלים תיאורטיים להבנת ההיבטים הגופניים והסמליים של קיומו של הנמען המשפטי. המשפט מתמודד עם ענייניו של האדם השחור רק כעניין מופשט ורעיוני, ולא על-ידי בחינת הנסיבות שבהן מתפקדים שחקנים חברתיים קונקרטיים. כתוצאה מכך, ניתן לומר כי האדם השחור, שהחוקה מבטיחה את זכותו להזדמנות שווה במקום העבודה, יכול להיות נוכח במקום

ולחציע דרכים להתקדם מעבר להן. במובן זה, הפרויקט שלי אינו פרויקט של היסטוריה אינטלקטואלית. הפרויקט ראשיתו בהפרדה האמורה, ומטרתו היא לפתח תיאוריה למילוי החסרים הנוצרים כתוצאה מהפרדה זו.

3 בבסיסן של ההגנות על חירויות בסיסיות מונחים טעמים נוספים מלבד הצורך לסמן סביב הפרט תחום שמעבר לו אין להתערב. כך, למשל, בתחום חופש הביטוי, ההגשמה העצמית של הפרט והאוטונומיה שלו היא רק הצדקה אחת ממגוון הצדקות תיאורטיות לעיקרון זה, לצד הצורך להגיע אל האמת או החיוניות של ביטוי חופשי לקיומה של דמוקרטיה. לדיון בהצדקות השונות בהקשר זה ראו, למשל, א' דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (תשנ"ח) 377.

4 במונח "סמלי" כוונתי להיבטים כגון לבוש, שמות או סגנון שיער – מאפיינים שהתרבות שלנו מסווגת כחיצוניים וכבעלי פונקציה ייצוגית.

5 ראו: *Goldman v. Weinberger* 475 U.S. 503 (1986).

6 ראו: *Rogers v. American Airlines* 527 F.Supp. 229 (S.D.N.Y. 1981). לדיון ביקורתי בפסק-הדין, ראו: P.M. Caldwell "A Hair Piece – Perspectives on the Intersection of Race and Gender" 41 *Duke L. J.* (1991) 365; K. Yoshino "Covering" 111 *Yale L. J.* (2002) 769, 890–896.

העבודה רק אם הוא נטול ככל האפשר גוף קונקרטי או נוכחות סמלית (צבע עור, תסרוקת, צורת דיבור או שם המקובל בקרב בני קהילתו).
 דוגמה נוספת יכולה לשמש עתירתה של פוליטיקאית שווייצרית לבית-הדין האירופי לזכויות-אדם נגד הקנטון שלה, שחייב אותה לרוץ לבחירות בשם משפחתו של בעלה, ולא בשם נעוריה, שבו היתה מוכרת לבוחריה. עתירתה נדחתה על הסף. בעוד שערכאה זו לא היתה מעלה על הדעת לשלול מאשה את הזכות להיבחר, התקשו היושבים על המדוכה לזהות את חשיבותו של השם – הרכיב הייצוגי בזהותה של העותרת כפוליטיקאית.⁷ הפער בין החשיבה על הפרט המשפטי להלכה לבין החשיבה עליו למעשה, דרך הפרטים הקונקרטיים של הווייתו, הוא החסר התיאורטי שאני מבקשת להצביע עליו כאן.
 כשל בהתמודדות עם היבטים קונקרטיים וחיצוניים של עצמיות מתקיים לא רק בזירת המשפט, אלא גם בשדה החברתי. אנחנו מסוגלים, למשל, לטעון בכנות בעד זכותם של הומוסקסואלים להגנה מפני הפליה, אבל בעת ובעונה אחת לגלות חוסר סובלנות וקוצר-רוח כלפי היבטים גופניים או סמליים הנחשבים אופייניים להומוסקסואלים. למשל, אנו עשויים לגלות יחס שלילי כלפי גברים ששפת גופם נשית "ורכרוכית" מדי. נוכחותו הממשית של הפרט המשפטי המסוים מציבה לפנינו את אתגר השוויון במלואו, מעבר לרעיון השוויון המופשט, המתייחס לסובייקטים המשפטיים דרך מתודולוגיה של עיוורון למאפייניהם הגופניים והסמליים. הפער בין שקילתם של נמעני המשפט כישויות מופשטות בעלות זהות אוניוורסלית לבין שקילתם כבעלי קיום גשמי וספציפי מציב אתגר נכבד, שעלינו להתמודד איתו אם ברצוננו לפתח תיאוריות קוהרנטיות של זכויות בסיסיות.⁸
 חברות מערביות ושיטות המשפט שלהן עשירות במנגנונים מפותחים המאפשרים להן להיות עם אופן החשיבה על הפרטים בחברה ובמשפט רק באופן מופשט. מנגנון אחד כזה הוא הנטייה להטיל על בעלי אותם מאפיינים "מרגיזים" את הנטל לטשטשם על-ימנת לשחזר את היכולת שלנו להתמודד עם נוכחותם רק באופן עקרוני ולא באופן קונקרטי. "מה כבר אנחנו מבקשים? כל מה שאנחנו מצפים הוא שאותו הומוסקסואל

7 ראו: *Hagmann-Hüsler v. Switzerland* App. No 8042/77, 12 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 202 (1977). לדיון ביקורתי במקרה זה ובמקרים דומים בפסיקת בית-הדין האירופי לזכויות-אדם, ראו: A.M. Gross "Rights and Normalization – A Critical Study of European Human Rights Case Law on the Choice and Change of Names" 9 *Harv. Hum. Rts. J.* (1996) 269.
 8 כותבים מן העת האחרונה מצביעים על הצורך לחשוב על הפרט המשפטי דרך ההופעה הקונקרטית שלו, ומציעים פתרונות ודרכי התמודדות משפטיים לעניין זה. ראו: Yoshino, *supra* note 6; D. Carbado & M. Gulati "Working Identity" 85 *Cornell L. Rev.* (2000) 1259; D. Carbado & M. Gulati "Conversations at Work" 79 *Or. L. Rev.* (2000) 103; Nan D. Hunter "Expressive Identity: Recuperating Dissent for Equality" 35 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (2000) 1.
 9 M.C. Nussbaum "Love and the Individual: Romantic Rightness and Platonic Aspiration" *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature* (New York, 1990) (להלן: נוסבאום "האהבה והפרט"). החיבור נמצא גם בקובץ: *Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality, and the Self in Western Thought* (Stanford, T. Heller ed., 1986) 257.

(שמגיע לו, כמובן, שוויון מלא) לא ינפנף בחריגות שלו. מדובר בסך־הכל בהשתדלויות קטנות, בגדים צעקניים מעט פחות, טון דיבור עבה מעט יותר. וכך גם ביחס לדיילת האמריקאית־אפריקאית: המעביד, ובעקבותיו בית־המשפט, אמר למעשה שאם הדיילת רוצה להיראות מקצועית וייצוגית, עליה ליישר את שׁערה כדי לא להיות שונה ובולטת כל־כך. אחרי הכל, צמות אינן עניין כה עקרוני שיש להגן עליו משפטית. או אותה אשה שווייצרית שרוצה לשמור על שם נעוריה – יש כיום לנשים את כל הזכויות החשובות באמת: זכות הצבעה, חוקי הגנה מפני הפליה, אז מדוע להתעקש על הדבר הקטן הזה, שחשיבותו סמלית בלבד?

חוסר הקוהרנטיות של העמדות הללו בולט ודורש מיפוי ודיון מקיף הרבה יותר מזה המצוי כיום בידי תורת המשפט. ברשימה זו אני מבקשת לתרום לפרויקט המיפוי הזה על־ידי המשגת המתח בין המופשט וה"פנימי" בעצמיותם של נמעני המשפט לבין הקונקרטי, הגופני, הייצוגי והחד־פעמי בקיומם.

עד כה התייחסתי לאפשרות ההפרדה בין היבטים פנימיים להיבטים חיצוניים של הפרט כאל אפשרות מובנת מאליה. זה הרגל טבוע בתרבות המערב, לא רק מאז הבחנתו של דקארט בין גוף ל־דעת, אלא אפילו מאז טען אפלטון כי יש להעדיף את התכונות המהותיות שבנפש האהוב (כגון חוכמתו או מוסריותו) על תכונותיו הארציות והשוליות (כגון יופיו הפיזי או נעוריו). בחיבורה "האהבה והפרט", בוחנת הפילוסופית האמריקאית מרתה נוסבאום (Martha C. Nussbaum) את ההפרדה האפלטונית הזאת, ויוצאת נגדה. זה חלק מפרויקט פילוסופי גדול יותר, שבו מדגימה נוסבאום את הבעייתיות הכרוכה בהפרדה בין תוכן לסגנון. בחיבור זה היא מיישמת את התיאוריה שלה בסוגיה אחת, והיא השאלה מהי אינדיווידואליות. היא מאתגרת את ההבחנה בין כללי וקונקרטי, תוכן וסגנון או פנים וחוץ אצל הפרט. כלומר, היא יוצאת נגד אפשרות ההבחנה הנקייה בין תכונות של הפרט שאנו רגילים לחשוב עליהן כעל תכונות פנימיות ולדבר עליהן באמצעות פנייה לקטיגוריות כלליות (תכונות כגון חוכמה, מוסריות, חריצות או טוב־לב) לבין המאפיינים החד־פעמיים של הווייתנו, המתנגדים לייצוג לשוני באמצעות פנייה לשפה מושגית ולהכללות (כגון מראה, אופן תנועה ודיבור והאופן החד־פעמי שבו הפרט נפגש עם פרט אחר ומה שעולה ממפגש זה). הכללי והחד־פעמי מצויים ביחסים תמידיים של כינון הדדי, וגם אם מצויה הקלה באפשרות להמשיגם בנפרד זה מזה, הרי זו הקלה זמנית בלבד, ובסופו של דבר יש להתמודד עם רב־ממדיותו של האני, על התנועה הסינרגטית של רכיביו השונים.¹⁰ הדיון של נוסבאום מספק תשתית להבנת המתח בין הכללי לקונקרטי

10 במרכז הדיון שלי עומדת ההבחנה בין כללי לחד־פעמי, ולא ההבחנה בין נפש לגוף או בין פנים לחוץ, אם כי צמידים אלה חופפים במידת־מה את הצמד הראשון. טענתי תהיה כי לב הקושי של המשפט להתמודד עם מאפיינים כגון שמות או לבוש נעוץ באי־אפשרות ההכללה של פריטים כאלה לכדי קטיגוריות. הבעיה מצויה באתגר שמציבים מאפיינים כגון שיער או מבטא לאפשרות התיאור וההכללה של משמעותם ושל האופן שבו הם מתפקדים בחייהם של נתיני המשפט. אכן, יש מקרים שבהם שיטות משפט מערביות מכירות בחשיבותם של היבטים סמליים (לדוגמה, ההכרה החלקית בזכות הסיקים בקנדה לחבוש טורבן במקום קסדת האופנוע או כומתת השוטר). אולם – כפי שאני טוענת בהרחבה בעבודת הדוקטורט שלי ואדגים ברשימה זו באמצעות מקרה משפטי אחד – עלינו

ובין הפנימי לחיצוני אצל הפרט. ברשימה זו אשתמש בתשתית המושגית הזאת כשביל גישה למען התיאוריה המשפטית בהתמודדותה עם המתח האמור. אדגים את התרומה של דיונה של נוסבאום על פסק־דין אחד: בג"צ 205/94 נוף נ' משרד הבטחון,¹¹ ואציע כי האופן שבו נוסבאום מאתגרת את ההפרדה בין כללי לפרטי ובין תוכן לסגנון הוא בעל פוטנציאל להבנת מקרים דוגמת עניין נוף ולהתמודדות עמם.

בעניין נוף נדרש בג"צ להחליט איוו חשיבות צריך המשפט לייחס לפרט חיצוני, ולכאורה נטול הסבר או חשיבות, בהווייתו של הנמען המשפטי. השאלה שעמדה לדיון היא אם על המדינה לממן ערכת מגן יקרה לבעל זקן שאינו מגדל את זקנו מטעמים של אמונה דתית. בימי מלחמת המפרץ הראשונה חילקה מדינת־ישראל מסכות גז לתושביה. בעלי זקן נדרשו למסכת גז יקרה הרבה יותר, מכיוון שהמסכה הסטנדרטית לא אטמה את פניהם כראוי. המדינה החליטה לספק את המסכות היקרות יותר לאלה שיצהירו כי הם מגדלים את זקנם מטעמים דתיים. עקיבא נוף, בעל זקן שאינו דתי, טען בעתירתו לבג"צ כי ההבחנה בין בעל זקן דתי לבעל זקן לא דתי הינה הפליה בלתי־חוקתית. בית־המשפט נדרש להתמודד עם השאלה כיצד על המשפט להבין רכיבים של עצמיות¹² המצויים בנקודת ההשקה בין הפרט לבין סביבתו. כלומר, כיצד לחשוב משפטית על מאפיינים אישיים שאנו רגילים לסווגם כקנקן, להבדיל ממה שיש בו. זקנו של העותר היווה אתגר מושגי לבית־המשפט מכיוון שהיה זה לכאורה זקן ללא הסבר. העותר, אדם חילוני, סירב לחתום על טופס הצהרה לפיו הוא מגדל זקן מטעמי דת. זקנו לא היה נטוע בשום "מהות" פנימית או קטיגורית זהות מוכרת שאותה היה אמור לייצג או לסמן. לא היה זה זקן דתי ואף לא זקן "היפיי"; לא זקן של מישוהו עם פתק מהרופא שלפיו הוא מנוע מגילוח עקב בעיות עור ולא זקן מנהג אבלים.

המדינה, המשיבה לעתירה, טענה כי מכיוון שהזקן אינו מעוגן באמונה דתית, אין בסיס להכיר בחשיבותו לעותר ואין סיבה שהמדינה תממן בעבורו את מסכת הגז היקרה יותר על־מנת שיוכל להיותר עם זקנו; זאת להבדיל מזקנם של גברים דתיים, שזכותם לגדל זקן מעוגנת בחופש הדת שלהם.

בית־המשפט דחה את טיעוני המדינה וקיבל את העתירה, בהסבירו כי יש להכיר בזקנו

לבחון בזהירות את הבסיס המושגי להגנות אלה. כאשר המשפט מעגן את הזכות לטורבן, כיפה או פריט סמלי אחר בקטיגוריה של זהות, זוהי מסגרת מושגית מגבילה, מכיוון שהיא מייצרת דין־וחשבון צר מדי, שלפיו רק במקרים שבהם נמצא קשר יציב וחד־ערכי בין המסומן (זהות דתית סיקית) לבין המסמן (הטורבן) ראוי האחרון להגנה. כפי שאטען כאן, על המשפט להכיר בחשיבותו של הרפרטואר העשיר של פרקטיקות סמליות בחייהם של נתיני המשפט גם כאשר פרקטיקות אלה אינן ניתנות להכפפה לעיקרון או מסר כללי.

11 פ"ד נ5) 449 (להלן: עניין נוף).

12 בשימוש שלי במונח "עצמיות" לא טמונה הנחה בדבר גרעין של מהות אותנטית, המהווה את "האני האמיתי" של הפרט. הנקיסה שלי – ושל נוסבאום – במונחים כעצמיות נעשית מתוך הכרה בצורך לצרף פרטים לכדי כלל: התנהגויות ספציפיות לכדי דפוסים, מעשים ובחירות לכדי תכונות. זו לשון־קיצור שהיא בבחינת מחווה לצורך שלנו לחשוב על עצמנו ועל אחרים באמצעות מושג קוהרנטי ולהעניק משמעות לשאלה "מי אני?" עוד על כך ראו הטקסט הנלווה להערה 90 להלן.

של העותר כחלק מכבוד-האדם שלו. הזקן, לפי בית-המשפט, הוא חלק מדמותו ומאורחותיו, ולכן אין לומר שהוא אינו בעל חשיבות בעיניו, או שחשיבות הזקן לאדם הלא-דתי היא בהגדרה פחותה מחשיבותו של הזקן לאדם הדתי. לכן, ההבחנה הראויה אינה בין אלה המגדלים את זקנם מטעמי דת לאלה המגדלים אותו מטעמים אחרים; ההבחנה הראויה היא בין אלה שזקנם הוא בעל משמעות בעבורם כחלק מכבוד האדם שלהם לבין אלה שלזקנם אין משמעות כזו בעבורם.

ההנמקה והתוצאה שאליה הגיע בג"צ אינן מובנות מאליהן. בניגוד לדוגמאות שבהן פתחתי את הדיון, הלך-החשיבה של פסק-דין זה מייצג קו לא-נפוץ, שראוי להתעכב עליו בשל הפוטנציאל שלו להתוות דרך לתיאוריה המשפטית כאשר זו נדרשת לפתח כלים לדיון ולטיפול באותם היבטים ייחודיים של העצמי שאינם ניתנים לייצוג על-ידי קטיגוריות כלליות. פסק-הדין מתמודד באופן ראוי עם השאלה הסבוכה של היחס המשפטי הנאות למאפיינים של זהות המצויים בנקודות ההשקה שבין אדם לסביבתו.

ברשימה זו אני מבקשת למפות את האתגרים שמעלות שאלות מסוג זו שעמדה לפני בית-המשפט בעניין נוף, ולחלק את העקרונות הכלליים של ההיגיון המשפטי העולה מפסק-הדין על-מנת שניתן יהיה ליישם היגיון זה במקרים דומים בעתיד.

בחלק ב אציע אופנים שבאמצעותם ניתן לתחום את סוג פסקי-הדין שהדיון שלי רלוונטי לגביהם, וכן אציג תובנות ראשוניות אחדות על נושא הדיון. בחלק ג אציג את הטיפול של נוסבאום בשאלת עיני האוהב והמתח בין הפרטים המייחדים את הפרט ליסודות הניתנים להכללה בעצמיותו. בחלק ד אשתמש בכלים שבהם מצייד אותנו החיבור של נוסבאום כדי להציע את מבטו של האוהב כמתודולוגיה שעל המשפט לאמץ. מתודולוגיה זו מוצעת כדרך להכריע בתיקים המעלים את שאלת ההכרה המשפטית שראוי להעניק למאפיינים חד-פעמיים של עצמיות – אותם מאפיינים המצויים בנקודת ההשקה של העצמי עם סביבתו. אדגים את הצעתי באמצעות ניתוח עניין נוף. אסיים בהערות מסכמות אחדות בחלק ה.

ב. על נקודות ההשקה של הפרט עם סביבתו ועל גבולות השפה: הערות מקדימות

בחיבורה "האהבה והפרט"¹³ בו אדון ביתר הרחבה בחלק ג, ניגשת נוסבאום, בעקבות הדיאלוג האפלטוני פידרוס, לחשוב על ההבחנה בין הניתן להכללה לבין החד-פעמי אצל הפרט מנקודת המבט של עיני האוהב. האוהב רואה את מושא אהבתו לא באופן עקרוני, לא דרך הגדרות כלליות ואוניורסליות, אלא ראשית לכל דרך הפרטים הקטנים, אותם פרטים המייחדים את האוהב וההופכים אותו למי שהוא בעיני אחרים, ואולי גם בעיני עצמו. האוהב רואה את האופן שבו האוהב לוגם את התה שלו ואת האופן שבו האוהב גורם לו לצחוק. הוא אוהב דרך הגוף ודרך התנועה; דרך ה"איך", ולא רק בגלל ה"מה". אכן,

13 לעיל הערה 9.

תכונותיו של מושא האהבה שאנו מורגלים לחשוב עליהן כעל תכונות כלליות ומהותיות יותר מהוות יסוד חשוב בבסיס הרגש הזה: חשוב לאוהב שאהובו יהיה, למשל, אדם מוסרי ששאיפותיו בעלות ערך. חשוב לאוהב שאהובו יהיה אדם טוב, ישר ונכון; אולי גם מצליח, בריא ויפה. אבל אנו הרי לא אוהבים את כל האנשים הטובים, הישרים והנכונים; ואפילו לא את כל האנשים המצליחים, הבריאים והיפים.¹⁴ אנתנו אוהבים דרך פרטים חד-פעמיים, דרך מאפיינים קונקרטיים של האהוב וגם דרך דברים שאינם קשורים באהוב כשלעצמו, אלא במה שהמפגש שלו איתנו מייצר: סוג של תקשורת, הומור או מגע שאנו חווים כמיוחדים ובלתי-ניתנים לשחזור. אנתנו אוהבים דרך אותם דברים שקשה לנו לבודד לכדי הצדקה עקרונית או לתאר במילים. התכונות הקונקרטיות שדרכן אנו אוהבים הן אותן תכונות שקשה לנו להאמין שיהיה ניתן למצוא אותן באדם אחר או לשחזר במפגש עם אחר.

המתח בין הרכיבים החד-פעמיים של העצמי לבין הרכיבים שניתן לחשוב עליהם באופן כללי יותר הוא מתח מרכזי הן בחיבורה של נוסבאום והן בעניין נוף: בית-המשפט נדרש לשאלה אם הזקן חשוב רק כל עוד הוא מעוגן בהווה "פנימית" ועקרונית יותר, כגון אמונה דתית. בדומה לכך, נוסבאום שואלת אם ניתן לחשוב על האהוב שלא דרך רכיבים קונקרטיים בדמותו, או במלותיה, דרך "דימויים, מסכות ותחפושות",¹⁵ שהם כל מה שנגיש לנו בפגישה עם אדם אחר. כלומר, השאלה שעמדה הן לפני נוסבאום והן לפני שופטי בג"צ היא: האם אנתנו מחמיצים משהו משמעותי על-אודות הפרט כאשר אנתנו דוחקים החוצה ככל הניתן את תכונותיו הצורניות והחד-פעמיות? או, באופן כללי יותר, הן בית-המשפט והן נוסבאום שואלים: היש תוקף ומשמעות להבחנה בין מה שאנו נוהגים לחשוב עליו כעל עניין של תוכן לבין מה שאנו נוהגים להתייחס אליו כאל עניין של צורה?

נוסבאום מכוונת אומנם את דיונה נגד הנחות-היסוד בשיח הפילוסופי הרווח, אבל יציאתה נגד אפשרות ההפרדה בין היבטים חיצוניים להיבטים פנימיים של האני הינה רלוונטית גם לחשיבה המשפטית.¹⁶ בעמודים הבאים אציע כי לעיתים על המשפט להביט בנמעניו בעיני אוהב. עיני האוהב מוצעות כאן ככלי שבאמצעותו ניתן יהיה לבחון ולהכריע מקרים המעלים את שאלת המתח בין הקונקרטי לכללי אצל הפרט המשפטי.

14 איני מתכוונת להציע שרק אנשים מצליחים או יפים הם אנשים נאהבים או ראויים לאהבה. מן התזה של נוסבאום, שלפיה כל התייחסות לזולת כרוכה בתפיסה דקת-הבחנה ורגישה לפרטים ובהיפרדות מחשיבה דרך אידיאות מופשטות (על כך ראו להלן בחלק ג), נגזר בהכרח שאנו אוהבים אנשים לא-מושלמים. ראו: M.C. Nussbaum *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature* (New York, 1990) 216–217 (להלן: נוסבאום ידע האהבה).

15 "images, masks, and disguises". ראו נוסבאום, "האהבה והפרט", לעיל הערה 9, בע' 328, התנגדות ותשובה מס' 5.

16 הדיאלוג עם המשפט אינו זר לכותבת בינתחומית זו. נוסבאום מלמדת, בין השאר, בבית-הספר למשפטים באוניברסיטת שיקגו וכותבת רבות בתחום המשפט. ספרה, שתורגם לא מכבר לעברית, עוסק בחינוך משפטי ופונה במפורש לקהל המשפטנים. ראו מ' ק' נוסבאום (עורכת) צדק פואטי: הדמיון הספרותי והחיים הציבוריים (מ' שקודניקוב תרגם, 2003) (להלן: נוסבאום צדק פואטי).

אימוץ מבטו של האוהב, כפי שמבט זה מובן אצל נוסבאום, הוא אופן הסתכלות¹⁷ שיאפשר למשפט לזהות את הרכיבים של הוויית נמעניו שאינם נכנסים בדרך-כלל לשדה הראייה שלו ולהכיר בהם. המתודולוגיה של עיני האוהב תשמש את התיאוריה של המשפט בדיוק באותם מקרים שבהם המשפט עלול להיכשל בקוצר-רוח כלפי נמעניו, ברצותו לפענח אותם רק דרך מה שהוא מורגל לתפוס כמהותם הבסיסית, הפנימית והניתנת להכללה, תוך סירוב להתעכב על האופן שבו הם חווים את עצמם למעשה ולהכיר במאפיינים אישיים שהם בעלי חשיבות בעבורם.

על המשפט לאמץ את מבטו של האוהב כאמצעי לאפיסטמולוגיה חדשה על-מנת להתיק עצמו מדרכי ההתבוננות שבהן הוא מורגל. מבטו של האוהב יאפשר למשפט לשלב לתוך האופן שבו הוא רואה ומפרש מצב נתון על-אודות נמעניו פרטים שבדרך-כלל היו נותרים בצדי הדרך. אין מדובר בתביעה שהמשפט יאהב את נמעניו, כי אם בכך שעל המשפט לאמץ אופן התבוננות המאפשר לזהות רכיבים בהווייתו של הפרט המשפטי שאינם חלק מן התמונה שהמשפט מרכיב על נמעניו בדרך-כלל.

לכאורה, נראה שאין דבר וחצי דבר בין מבטו של האוהב לבין מבטו של המשפט. הראשון קשוב לפרטים הקונקרטיים של הפרט העומד לפניו, ואילו האחרון מורגל לחשוב על נמעניו דרך קטיגוריות כלליות, המנטרלות ככל האפשר הטיות שהן תוצאה של המאפיינים הפרטיקולריים של הפרט. הפרטיקולרי והרגשי זרים, לכאורה, למשפט. אהבה מקלקלת את השורה, ואת שורת-הדין בכלל זה. הדין רואה את נתיניו לא דרך השאלה "איך הם" אלא דרך השאלה "מה הם": דרך קטיגוריות כגון בעל רכוש או חייב, אזרח או פליט, אשם או זכאי, תובע או נתבע, עד או צד שלישי, נשא זכות או בעל חובה. קטיגוריות, מטבען, חותרות נגד הפרטיקולרי. הן תוצר של עקרונות וכללים. קטיגוריות הן בנות-שחזור. הן עשויות לחול, בהגדרה, על יותר מאשר פרט אחד. בהכללה שהן מאפשרות, מבטאות הקטיגוריות היגיון מנוגד לזה המבחין בחד-פעמיותו של האהוב. ניתן לומר כי מבטו של המשפט בנמעניו שואף להיות מבט עיוור. עיניה המכוסות של אלת הצדק מסמלות את השאיפה להיחלץ מסכנת ההטיה שבפרטים הבלתי-חשובים, ולהגיע היישר למהותיות הפנימיות, לשאלות העקרוניות ולתכונות הכלליות.

אפשרות הייצוג בשפה היא מדד חשוב להבחנה בין תכונות חד-פעמיות לתכונות כלליות. ניתן לומר שכאשר המשפט מביט בנמעניו, נכנסות לשדה הראייה שלו, בדרך-כלל, אותן תכונות שניתן לתארן באמצעות פנייה לשפה, ובמיוחד לשפה המושגית, להבדיל מן השפה הציורית (הפיגורטיבית).¹⁸ לעומת זאת, כאשר האוהב מביט במושא אהבתו, הוא רואה מאפיינים חד-פעמיים ואידיוסינקרטיים, המצריכים אותו להידרש לשפה פואטית ועשירת דימויים. בנסותו לתאר את ייחודו של האהוב בעיניו, בא האוהב במגע עם גבולות השפה, עם חוסר האפשרות שלה לבטא באופן מספק את מראה עיניו.

17 האופן שבו אנו רואים אינו ניטרלי. הוא מבוסס על הרגלים שהם תוצר של אידיאולוגיה באשר למה ואת מי חשוב לראות ומה זניה וטפל. ראו: J. Berger *Ways of Seeing* (London, 1972).

18 על ההבחנה בין שפה מושגית לשפה ציורית ראו: White "The Language of Concepts: A Case Study" *Justice as Translation*, *supra* note 1, at p. 22.

בחנינת ההבדל בין השאלה "מה הוא" לשאלה "איך הוא" תעזור להמחיש את הפער בין הרגלי המבט של המשפט להרגלי המבט של האוהב. לשאלה מיהו הנמען המשפטי ישיב המשפט בדרך-כלל באמצעות פנייה לשאלה "מה הוא": הוא יתאר את הנמען המשפטי, כפי שציינתי לעיל, דרך קטיגוריות כגון אורה, בעלים או חייב. אכן, גם האוהב יכול להשיב על השאלה מיהו אהובו דרך תיאור של מה הוא (באמצעות פנייה לתכונות כגון גילו, עיסוקו, תכונותיו ותחביביו – "הוא בן שלושים וארבע, דוקטורנט, בעל לב רחב, אוהב ג'אז וחתולים"). אלה נתונים חשובים, אבל כוחם מוגבל בייצוג דמותו וייחודו של האהוב כפי שהם נתפסים על-ידי האוהב. אחרי הכל, אנשים רבים מלבד האהוב עשויים להיות בעלי תכונות אלה ולא לעורר באוהב רגש דומה. השאלה "איך הוא", לעומת זאת, עשויה לספק תשובה התופסת במשהו את ייחודו של האהוב ומשחזרת בעבור האוהב ניצוץ מסוים של הווייתו של האהוב.

דא עקא, השאלה "איך הוא" מאתגרת הרבה יותר, מכיוון שלא ניתן להשיב עליה באמצעות שימוש בקטיגוריות כלליות כגון עיסוק, תכונות אופי או מקום מגורים. השאלה "איך הוא" תובעת מנמענה להיפרד מן השפה המושגית ולהידרש אל הדימוי. באנגלית, הדבר ניכר במפורש. כאשר רוצים לשאול "איך הוא", שואלים: *What is he like?* – כמו מה הוא? השואל מבקש דימוי, תמונה קונקרטיית, שתקרב אותו להבנה של מה שמייחד את האהוב, של מה שהופך אותו להוא-עצמו. זו שאלה שמביאה אותנו במגע עם קצה יכולתה של השפה; עם עוֹנֵיָה. אין לנו קטיגוריות כלליות לתיאור כזה, ולכן אנו נאחזים בדימוי, המעמיד מול עינינו תמונה ממשית וספציפית.¹⁹

ברצותם לתאר את אהובם, חווים אוהבים רבים את עוֹנֵיָה של השפה; את אי-יכולתן של מילים לבטא את ייחודו של האהוב לגביהם. האוהבים בשיר השירים, באהבתם העזה ומלאת הכיסופים, מייצרים אינספור דימויים על-אודות מושא אהבתם. "כשושנה בין החוחים כן רעיתי בין הבנות. כתפות בעצי היער כן דודי בין הבנים."²⁰ ברור לנו שמבטו האוהב של הדוד הוא המאפשר להבחין בשושניותה של הרעיה ובייחודה. בדומה לכך, אנו יודעים כי עצי היער האחרים עשויים להיות עצי פרי טעימים ונאים, אך לדידה של הרעיה, רק דודה הוא תפוח, והשאר – עצי יער פשוטים.

לעיתים, שום מטפורה אינה מספיקה לתיאור האהוב. השפה מגיעה לקצה יכולתה, וכל שאפשר לעשות הוא להצביע על חד-פעמיותה של התכונה של האהוב מבלי לנסות לתאר אותה עצמה. הדבר מתבטא, למשל, בשורותיו של איירה גרשווין:

19 אמרתי נאחזים, כי הדימוי הוא אומנם מפלט מפתה, אולם כל נחמה שהוא מציע כוללת בתוכה גם אכזבה ודאית. הדימוי הינו תמיד בלתי-מושלם. הוא עשוי לתפוס משמעות מסוימת שאנחנו מעוניינים להעביר ואיננו מסוגלים לעשות זאת אלא באמצעותו, אבל הוא יכול לתוכו לבטח גם משמעויות והקשרים נוספים שאין אנו מעוניינים בהם ויחסיר משמעויות אחרות שביקשנו להעביר באמצעותו.

20 שיר השירים ב, ב-ג. כפי שאמרתי על השימוש בדימוי בהערה לעיל, נדמה שהאוהבים בשיר השירים לא רק חוגגים את אפשרות הביטוי הטמונה בדימויים, אלא הם גם נאחזים בה כאפשרות שלא ניתן להימנע ממנה ובה-בעת היא מתסכלת ומכזיבה בשל כוחה המוגבל לבטא את עוצמת אהבתם ואת מלוא ייחודו של אהובם בעיניהם.

"The way you wear your hat
The way you sip your tea
The memory of all that
No, no, they can't take that away from me."²¹

בעבור האוהב, התיווך החזק ביותר לדמותו של האהוב הוא באמצעות הצבעה על האופן שבו הוא חובש את כובעו.²² את אופן חבישת הכובע, בשל היותו חד-פעמי, אין בכוחה של השפה לתאר, מלבד להצביע עליו כקיים. יש אופן כזה שבו הוא לוגם את התה שלו; אופן מיוחד מאוד, שאין מילים מתאימות בשביל לתפוס אותו במדויק. המשוררת האמריקאית שרון אולדס (Olds) מטפלת במתח הזה בשיר שבו היא מתארת כיצד היא מביטה בילדיה הישנים. אהבתה לילדיה משמעותה היכרות עמוקה עם היבטים דקים בגופניותם, עם הבעות פניהם, עם תגובותיהם. כדי לתאר היבטים אלה, הכותבת פונה למטפורה. ועדיין, עולה מן השיר קוצר-ידיה של השפה לתאר באופן מספק את האופן שבו נדמים ילדיה בעיניה. בסופו של דבר, הניסיון לתאר מה היא רואה בהביטה עליהם, וכמה הם מיוחדים ואהובים בעיניה, אינו עולה יפה מכיוון שקצרה ידה של השפה לעמוד במשימה כזאת. כל מה שהאם האוהבת יכולה לעשות הוא להצביע על הילד האהוב ולומר "זה" – זה מה שרואות עיני האוהבות; זה הידע שלי על-אודות האהבה. ידיעת האהבה לגבי האם היא ידיעת הקונקרטיים, ההיכרות עם "הילד הזה, הילדה הזאת."²³

"When I come home late at night and go in to kiss the children...

I look at him in his
quest, the thin muscles of his arms
passionate and tense, I look at her with her
face like the face of a snake who has swallowed a deer,
content, content...

...When love comes to me and says
What do you know, I say This girl, this boy."²⁴

"They can't take that away from me", lyrics I. Gershwin, music G. Gershwin, 21
perfor. F. Astaire & G. Rogers in the film *Shall We Dance?* (USA, M. Sandrich
.dir., 1937)

וראו גם השאלה באותו סרט ומאת אותם יוצרים (*ibid*) על האופן השונה שבו כל אחד 22
מבני-הזוג הוגה את המילים "עגבנייה" או "פיג'מה". אם במבט ראשון, עיסוק באופן
ההגייה נראה שולי וטרחני, הרי שבמבט שני ייתכן שההבדלים באופן ההגייה עשויים
להשפיע באופן קריטי על הצלחת היחסים בין בני-הזוג, הן משום שהם מייצגים רקע
חברתי שונה והן מפני שהשוני מציק בפני עצמו, כעניין של פערי סגנון. ראו: "Let's
.call the whole thing off", *ibid*

זאת בדיוק כפי שהאוהבים בשירו של גרשווין יכלו רק להצביע על כך שיש אופן מסוים 23
שבו האהוב חובש את כובעו, מתוך אי-יכולת לתפוס אותו במילים והכרה מראש
בכישלון הצפוי אם ינסו לתאר את אופן חבישת הכובע.

ראו: 90–91 "Looking at Them Asleep" *The Gold Cell* (New York, 1987) S. Olds. 24

ובשיר אחר, שבו המשוררת מביטה בבתה כשהיא מלווה אותה לשדה־התעופה בדרך למחנה קיץ, היא עומדת על האופן שבו פרטים שבו מראה ותנועה הם־הם המאפשרים להבחין בתכונות הניתנות לשחזור ולהכללה.

"When I see you off to camp, I see you
bending your neck to the weight of your cello, I
see your small torso under the
load of your heavy knapsack the way a boulder would rest on the body
of a child, and
suddenly I see your goodness, the weight of your
patient dogged goodness as you slog your
things to the plane..."²⁵

הכותבת רואה את טוב־ליבה של בתה דרך האופן שבו היא נושאת את תרמילה וצורת הכיפוף של צווארה בסותבה את הצ'לו. התכונה הכללית של טוב־לב נכנסת לשדה הראייה של האם המתבוננת דרך ה"איך", דרך הפרטים הקטנים בהווייתה של הבת האהובה. ואז, במעין תנועה מעגלית שחוזרת כעת לכיוון ההפוך, מן הכללי לקונקרטי, הפרטים הקונקרטיים נצבעים בצבעה של התכונה הכללית ומושפעים ממנה: האופן שבו הבת מתמודדת עם סחיבת התרמיל שלה למטוס מוגדר על־ידי טוב־ליבה ומעוצב על־ידי. גם בשיר זה אנו נוכחים באופן שבו אי־אפשר לדבר על גוף ללא פנייה למטפורות. יש הבחנות ותובנות שלא ניתן להגיע אליהן ללא היפרדות מן השפה המושגית. גווה הקטן של הבת, למשל, נראה תחת משא התרמיל כמו גופו של ילד תחת סלע. האוניורסליות שבהתמודדות של ילדים עם קשיים של קיום אנושי מתאפשרת דרך הדימוי הקונקרטי. ומתוך כך, האוניורסליות שבתכונת הטוב מתאפשרת דרך התמונה של הילד תחת הסלע. השימוש בדימוי הוא המאפשר את התובנה הכללית יותר, והאחרונה אינה יכולה לעמוד לעצמה. אלה יהיו, כפי שנראה בחלק ג, טענותיה של מרתה נוסבאום.

בדומה לקושי של האוהבים לתאר את המאפיינים הייחודיים למושא אהבתם, אנו נתקלים במגבלותיה של השפה גם בנסותנו לתאר את האופן שבו הזקן של עקיבא נוף הוא חלק מדמותו. אנו חשים בחסרונן של מילים מדויקות שיקלעו למה שאנחנו רואים ומנסים לבטא. בפסק־דינו הכיר בג"צ בקושי הזה, כיבד אותו ותחם אותו. הקושי בייצוגו של הזקן במילים ובקטיגוריות כלליות לא ריפה את ידי השופטים. הם מצאו דרך להכיר במשמעותו של הזקן לבעליו מבלי לדרוש ממנו עיגון של הזקן בהצדקות עקרוניות ובקטיגוריות כלליות. במילים אחרות, בית־המשפט אפשר לעותר לטעון שיש חשיבות ל"איך הוא" (הוא בעל זקן) גם מבלי שיוכל להסביר שהאיך הזה קשור ל"מה הוא" – לדתו או לכל קטיגוריה כללית אחרת.

פסקי־הדין שאותם אני מעוניינת לתחום כמושא הדיון הם אם־כן אלה שבהם המשפט נדרש, בהביטו בפרט העומד לפניו, להשיב על השאלה "איך הוא", להבדיל מן השאלה

25 ראו: "I See My Girl", *ibid*, at p. 79. על ידיעת הגוף וידיעה דרך הגוף כדרך לידיעת העולם בשירתה של אולדס, ראו: R. Flint "A Way of Knowing" 83 *Poet Lore* 39 (1988).

"מה הוא". כלומר, לראות את מאפייניו החד-פעמיים של הפרט תוך הכרה במגבלותיה של האפשרות להגדיר ולבטא במדויק את חשיבותם ותפקידם של מאפיינים אלה. דרך נוספת לחשוב על המאפיינים שהם ענייני כאן היא כעל מאפיינים המצויים בנקודות ההשקה של הפרט עם סביבתו. אלה הם המאפיינים שהם הדבר הראשון שאחרים פוגשים בו כשהם באים עמנו במגע – הם המתווך הבלעדי, שכל מי שמבקש להכיר אותנו חייב לעבור דרכם. מאפיינים המצויים בנקודות ההשקה של הפרט יהיו אם-כן תכונות כגון מראה חיצוני, סגנון לבוש, תנועה, שם או חיתוך דיבור (מבטא והגייה). התרבות שלנו אמביוולנטית לגבי מאפיינים כגון אלה. מחד גיסא, אנו משופעים באזהרות מפני הסתכלות בקנקן ולא כמה שיש בו, או מפני הליכת שבי אחר שקר החן והבל היופי. מאידך גיסא, אזהרות אלה משקפות בדיוק את ההיפך: את התלות העצומה שלנו בפענוח הזולת דרך מאפיינים המצויים בנקודות ההשקה שלו ואת חשיבותם של מאפיינים אלה. איננו מסוגלים להסתדר בעולם מבלי להסתמך על נקודות ההשקה, על "הקנקן" של האחר – זה המידע שזמין לנו, זהו המתווך שאין-בלתו לידיעת האחר. התלות העצומה שלנו בקריאת המאפיינים החיצוניים של האחר באופן מהיר ויעיל מעוררת חרדה, מכיוון שאנחנו יודעים כי למופעים הקונקרטיים של האחר יש, במידה רבה, פוטנציאל להטעות, במכוון או בתום לב. כל אחד יכול ללבוש מדי שוטר ולדרוש מאיתנו את רשיון הנהיגה שלנו. איך נדע שזה אכן שוטר אמיתי? במסיבת הקוקטייל, האיש שלבוש באופן המרושל ביותר עשוי להיות מנכ"ל החברה או דיקאן בית-הספר. שמו של מוג'הלב הגדול ביותר עשוי להיות עוץ. שמו של העולה החדש הטרי ביותר עשוי להיות ארי בן-כנען. הדברים אף מסובכים יותר. הידיעה שלנו בדבר הקללה והברכה המעורבים בקריאת נקודות ההשקה של האחר נגזרת קודם-כל מתחושתנו לגבי נקודות ההשקה של עצמנו עם סביבתנו. הפער בין האופן שבו אנו מבינים את זהותנו לבין המאפיינים שדרכם רואה אותנו סביבתנו – שמנו, לבושנו, גופנו או אופן דיבורנו – הוא לעיתים פער אקוטי. הכאב הכרוך בפער שבין אותה תחושה אישית ופנימית של עצמיות לבין מה שמתבטא דרך המאפיינים שאחרים באים עמם במגע למעשה הוא היבט בסיסי של הקיום האנושי. ההיבטים המצויים בנקודות ההשקה שלנו עם הסביבה מסוגלים לגרום לנו אושר או אומללות. לעיתים אנחנו חווים אותם כבעלי כוח מכונן ומחזק ("לבשתי את הוקט היפה שלי לריאיון, הרגשתי בטוחה בעצמי ומקצועית, והתקבלתי לעבודה");²⁶ "לאחר שעליתי לארץ עברתי את שמי ועבדתי על המבטא שלי, והיום אני עובד בתעשייה האווירית",²⁷ ולעיתים ככבלים המונעים אותנו מלבטא ומלשקף לאשורה את תחושתנו באשר לעצמיותנו, באשר למי שאנחנו ("קומתי נמוכה, אבל אני בעל כושר מנהיגות מעולה");

26 על הדינמיקה של רכישת ביטחון עצמי באמצעות סמנים חיצוניים, ראו: W.I. Miller "Experience: Becoming What You Pretend to Be" *Faking It* (Cambridge, 2003) 118.

27 חשיבותן של נקודות ההשקה של האחר חורגת מעבר לסיבות המעשיות המחייבות אותנו לפענח אותו דרך גופו, לבושו, שמו ואופן דיבורו – אנחנו גם שואבים תענוג עצום מפרטים אלה: מהתפעלות מיופי, מהתעכבות על פריט לבוש, על הקשר בין אדם לבין שמו, וכולי. הדבר נמשל לאהבתנו את השפה מעבר לשימוש הפונקציונלי שאנו עושים בה.

"אני לא יודע איך לעזאזל הגיע כתם קטשופ לחולצתי לפני הפגישה העיוורת - אבל האמיני לי שבדרך-כלל אני אדם נקי ומסודר".²⁸ הטעויות הללו עלולות לקרות בכל רגע, והשאלה עד כמה אנחנו מרגישים את עצמנו מיומנים בקריאת האחר דרך לבושו, שמו או חיתוך דיבורו היא בעלת יכולת להטריד את מנוחתנו. בקבלת-פנים בכנס אקדמי בקנדה ראיתי מישהי הנושאת את תג השם "מרים עמית". ניגשתי אליה להתחיל בשיחה, משוכנעת שהיא יהודייה, אם לא ישראלית ממש. במבוכה ואף בכעס עצור היא השיבה לי שהיא מפקיסטן, ולא היתה מעוניינת להמשיך בשיחתנו. עם זאת, גם בפעמים הבאות שבהם אקרא תגים שם בכנסים איאלץ להסתמך על המידע שהשם מספק לי, למרות סכנת הטעות האורבת תמיד.

מלבד זאת, לעיתים אנחנו משתמשים בחזית הסמלית והחיצונית של הווייתנו כאמצעי לשינוי שאנחנו תופסים כפנימי יותר. המאמץ של אלייזה דוליטל, גיבורת "גיברתי הנאווה", לשנות את צורת ההגייה של האנגלית שבפיה ואת האופן שבו היא לוגמת את התה שלה לא רק סיפק לה כרטיס-כניסה למעמד הגבוה, על כללי הכניסה הצבועים שלו; חשוב יותר, מאמץ זה היה אמצעי העצמה שהקנה לה כלים וכוח להתמודד עם קשיים שהיו קודם-לכן מכשולים בלתי-עבירים בחייה.

הצורך לפתח דין-וחשבון מספק על-אודות הקשר בין הפרטי והאידיאליסטי בעצמיות לבין העקרונות והניתן להכללה הוא האתגר הניצב לפני בית-המשפט במקרים דוגמת עניין נוף. זה גם האתגר שעמו מבקש החיבור של נוסבאום להתמודד. נוסבאום אינה לבד. גופי ידע עצומים עסוקים בשאלות אלה (שלא לומר רדופים על-ידיהן באופן כמעט אובססיבי). מקהלת ועד אריסטו, מפילוסופיה של הלשון ועד שיח הזהויות העכשווי במדעי החברה והרוח - אנחנו עשירים בנסיונות לעבד את הסוגיה הזאת. אין באפשרותי להיכנס במסגרת הנוכחית לעומקם של הטיפולים הרבים בשאלה זו. חשוב לי להצביע על מורכבותה ועל יכולתה לאחוז בנו מבלי אפשרות להרפות. העובדה שהשאלה כה מאתגרת אין משמעותה שהתיאוריה המשפטית יכולה להתעלם ממנה עד שלא תימצא לה התשובה הנחרצת. על תורת המשפט לפתח כלים לחשיבה על רכיבים חד-פעמיים של העצמי על-מנת להתמודד עם הצורך להכריע מתי וכיצד להקנות הכרה והגנה לרכיבי עצמיות כאלה.

28 לצד כוחם של בגדים, תסרוקות, עיצוב גוף או צורת דיבור להעשיר את חיינו ולמלאם עניין ושמחה, יש להם, כמוכן, גם כוח דכאני ומשתק. תעשיית הניתוחים הפלסטיים, הדיאטות והקוסמטיקה, שצרכניותיה וצרכניה פועלים לעיתים קרובות מתוך תחושה של צורך דחוף בתיקון פגמים בלתי-נסבלים, היא אתר עשיר להבחנה בכאבים אלה. לטיפולים ביקורתיים מצוינים בפרקטיקות של עיצוב הגוף, ראו, למשל: S. Bordo *Unbearable Weight: Feminism, Western Culture, and the Body* (Berkeley, 1993) (תיאורטיזציה של תפקידו של הרזון במסגרת תרבות המפרידה בין גוף לדעת ושבה הגוף הוא אתר מרכזי בסובייקטיביות של נשים); J.J. Brumberg *The Body Project: An Intimate History of American Girls* (New York, 1997) (היסטוריה של האופן שבו שימש עיצוב הגוף ומשמש זירה לכינון עצמיות אצל נערות); L. Frost "Doing Women's Bodies: Discipline and Transgression" *Women's Bodies: Discipline and Transgression* (London, J. Arthur & J. Grimshaw eds., 1999) 117 נגד הקולות בפמיניזם השוללים עיצוב הגוף כמעשה בלתי-פמיניסטי, מתוך הכרה בפוטנציאל העצמה הטמון במראה חיצוני.

ג. עיני האוהב כמתודולוגיה: "האהבה והפרט" למרתה נוסבאום

בקובץ המאמרים בספר ידע האהבה,²⁹ מבקשת מרתה נוסבאום לערער כמה מהנחות היסוד של השיח הפילוסופי האנגלו-אמריקאי הרווח. שיה זה מניח כי חקירה פילוסופית ראויה לשמה דורשת ריחוק רגשי ממושא הדיון וסגנון כתיבה מכליל, דווקני ופורמלי: נטול אנקדוטות, פרטים קטנים או שפה ציורית (פיגורטיבית). ניתן להפריד, לפי השקפה זו, בין תוכנו של טיעון פילוסופי לבין הסגנון שבו הוא נכתב, והסגנון הינו שולי ומשני בחשיבותו לתוכן.

ההבחנה בין תוכן לסגנון הינה בעייתית, טוענת נוסבאום. הסגנון הינו חלק בלתי-נפרד מן הטיעון. בחירת סגנון יש בה כבר במידה רבה, בין אם במודע ובין אם לאו, התחייבות לגבי התוכן שיהיה ניתן לפתח. הסגנון הוא בעל חשיבות למה שאפשר לבטא באמצעותו. השאלה איך מתפלספים מגדירה מה טוענים ומסיקים. יש חקירות פילוסופיות, ובראשן החקירה האתית,³⁰ שלא ניתן לפתחן על-ידי סגנון הכתיבה הרווח בפילוסופיה, השואף להיות שכלתני, מנותק מרגשות, מרוחק ממושא הדיון ונטול הטיות או משוא-פנים. החקירה האתית, כך נוסבאום, דורשת נקיטה בסגנון כתיבה אחר, הוא הסגנון הספרותי. בניגוד לטקסט הפילוסופי הנפוץ, הטקסט הספרותי תובע מן הקורא מעורבות רגשית, מתענג על עושר פרטים, נוקט שפה עשירת דימויים ומתחייב להקשר קונקרטי של מקום, זמן ונסיבות, ובכך דוחה לכאורה נקודת-מבט אוניוורסלית ומרוחקת.

אולם נוסבאום אינה מעוניינת לטעון, כרבים אחרים, טיעון בגנות הרציונליות ובשבח הרגשות, שלפיו רגשות הם כלי ראוי יותר מרציונליות בהליך השקילה האתי (או לכל הפחות כלי שווה-ערך לרציונליות). טענה כזו, למרות הביקורת שבה, מאששת במובלע את ההנחה שהשניים הם בני-הפרדה ושונים במהותם. הטיעון של נוסבאום מעניין בגלל סירובה לשרטט הנגדה בינרית של ספרות לעומת פילוסופיה ושל היגיון לעומת רגש, והתעקשותה כי עירובן של רגשות בתהליך החקירה האתית אינו מנוגד להיגיון. נהפוך הוא, המעורבות הרגשית מתוך עמדה קונקרטית הנטועה בפרטים הינה תמיד חלק בלתי-נפרד של ההיגיון. באופן שעשוי להישמע פרדוקסלי, ניתן לומר כי לטענת נוסבאום, פנייה לרגש בתוך תהליך החקירה המוסרית היא הדבר ההגיוני לעשותו. היכולת לחשוב דרך מצבים פרטיקולריים, שבהם מעורבים בני אדם ממשיים, אותה יכולת שהקריאה בספרות מאפשרת לנו, היא חלק אינהרנטי של ההיגיון.³¹ בכך יוצאת נוסבאום נגד גדר ההפרדה שבטעות יסודה – הגדר המפרידה בין הספרות לבין הפילוסופיה. גדר זו, לטענתה, מגבילה את שדה-הראייה שלנו ושוללת מאיתנו כלים חיוניים להבנת עולמנו. רק שקילה העוברת דרך חיינו כפי שאנחנו חיים אותם למעשה תאפשר לנו לבודד את אותם רכיבים של החיים שהינם בעלי חשיבות מוסרית. פעולת השיפוט המוסרי אינה

29 לעיל הערה 14.

30 השאלה המרכזית בחקירה האתית היא בעיני נוסבאום השאלה "כיצד ראוי לחיות?", אותה היא מאפיינת כשאלה האתית האריסטוטלית. שם, בע' 25.

31 לתיאור כללי של גישתה ראו ההקדמה לספר, נוסבאום ידע האהבה, שם, בע' 3-53; כן ראו נוסבאום צדק פואטי, לעיל הערה 16, פרק 3 ("רגשות רציונליים"), בע' 71-95.

שלמה אם היא כוללת רק ניתוח מרוחק וקר. היא מחייבת סוג של הבחנות דקות ומודעות למצבים מורכבים בשלמותם הכוללת. בספרות, ובמיוחד, לדעת נוסבאום, בסוגה הספרותית של הרומן,³² מצויה גישה כזו לחקירה אתית.³³ אדון בחיבור אחד מספרה, המבקש לחקור את מקרה הגבול בשאלת ההשלכות האתיות של אופן השימוש בשפה. החיבור שואל מה קורה בנקודת קצה-יכולתה של השפה, בנקודה שבה אף שימוש בשפה אינו מספיק או מספק.

"האהבה והפרט", החיבור נשוא דיוננו, הוא טקסט חוצה גבולות סוגה (ז'אנר), הנע בין סגנונות של כתיבת יומן, סיפור קצר ועיון פילוסופי.³⁴ חיבור זה בולט בין המאמרים בספר בהעזה שלו להוליך אותנו בדרך של עיון מעמיק בטיעונים השונים, ועדיין להותיר שאלות בלתי-פתורות, להשאיר אותנו עם התהייה ולהימנע מן הפיתוי לספק פתרונות נחרצים.³⁵ נדמה כי אופן הכתיבה של "האהבה והפרט" מאשש את טענתה הרחבה יותר של נוסבאום בדבר הקשר בין סגנון הדיון לתוכנו: ברגע שאף היא עצמה נפרדת מסגנון הטיעון הפילוסופי המקובל (והספר כתוב, ככלל, באותו סגנון טיעון פורמלי, אף-על-פי שמבצבץ בו מדי פעם קול אישי והומור דק), הטיעון שנוצר אינו עוד חד-משמעי. הוא מותיר אותנו מודעים באופן חד למורכבותו של הנושא הנידון יותר מאשר מצוידים במסקנות מוחלטות על-אודותיו. דרך התנועה בין סגנונות כתיבה שונים, מזמינה אותנו הכותבת להתנסות באופן מעשי בהבדלים ובמתחים שבין אופני ידיעה וחקירה שונים: מחד גיסא, הגישה הפילוסופית המסורתית, הבוחנת את השאלות מרחוק, ומאידך גיסא, הגישה

32 הרומן, לפי נוסבאום, הוא הסוגה המתאימה ביותר לתקופתנו ולתרבותנו. נראה כי תקופות אחרות ותרבויות אחרות עשויות למצוא סוגות אחרות כהולמות יותר. לדיון בשאלת הסוגה ההולמת לטיפול בשאלות של צדק ומוסר ראו ש' אלמוג "חירות המשוררים - הדמיון הספרותי ותפישת האני" צדק פואטי: הדמיון הספרותי והחיים הציבוריים (מ' ק' נוסבאום עורכת, מ' שקוידיקוב תרגם, 2003) 181.

33 נוסבאום ממשיכה וטוענת כי הקריאה ברומן עשויה לפתח אצל הקוראים אותו כושר לחקירה אתית המביאה בחשבון הן היגיון והן רגש, הן עקרונות כלליים והן עקרונות פרטיקולריים. איני משוכנעת באשר לחלק הפרוגרמטי של טענתה, שלפיו קריאה ברומנים תיטיב עם המתודולגיה של פילוסופים, משפטנים ואחרים העוסקים בשאלות אתיות. עדיין, דומני שראוי להתעכב על טענתה של נוסבאום לגבי חוסר האפשרות או התועלת בניתוק הסגנון מן התוכן והרגש מן ההיגיון, ועל התרומה הפוטנציאלית של טענה זו לתיאוריה המשפטית. לביקורת על טענתה הפרוגרמטית של נוסבאום ראו ד' סטטמן "ספרות, משפט ורחמים" מחקרי משפט יח (תשס"ב) 53.

34 נראה כי זה החיבור בעל הסגנון הנועז ביותר בספר. באחרית-הדבר מגדירה נוסבאום את סגנונו כנסיוני (ראו נוסבאום "האהבה והפרט", לעיל הערה 9, בע' 333), ומכירה בכך שחריגה מן הסגנון הפילוסופי היובשני היא דבר הנדרש ממנה לאור טיעונה בדבר חשיבותה של ההתרחקות מן הסגנון המרוחק והפורמלי של הדיון הפילוסופי המקובל. עקב סגנונו הבלתי-מסורתי, לא נראה לי נכון להתייחס אליו כאל "מאמר", ולכן בחרתי לכנותו "חיבור" - כינוי התופס מגוון רחב יותר של סגנונות כתיבה.

35 ביקורת נפוצה כלפי נוסבאום היא שהיא מחלצת מן הטקסטים שהיא קוראת, בין פילוסופיים בין ספרותיים, מסרים ברורים, כאילו אלה טמונים בטקסט באופן חד-משמעי. לדיון בביקורת זו ובביקורות נוספות ראו צ' זמיר "אתיקה, ספרות, משפט" צדק פואטי: הדמיון הספרותי והחיים הציבוריים (מ' ק' נוסבאום עורכת, מ' שקוידיקוב תרגם, 2003) 181.

שאינה יכולה אלא לכתוב ולחשוב מתוך נסיונה, מצבה ומיקומה הקונקרטי של הפילוסופית.³⁶

נוסבאום³⁷ מתארת בפתח החיבור כי הוזמנה להרצות על-אודות הפרט כמושא אהבה, ומכיוון שזמן קצר קודם-לכן כתבה מאמר על גישתו של אפלטון לשאלה זו, חשה כי אין לה יותר מה לומר, וכי היענותה להזמנה היתה נמהרת. בתוך כוך מתחת למדרגות באוניברסיטה, שבו אחסנה ספרים ורשימות, היא מוצאת באורה פלא טקסט שכותרתו זהה לכותרת שבחרה להרצאתה. תגובתה הראשונית היא תמיהה: מי כתב אותו? הכותבת הינה בבירור פילוסופית, מתעניינת באפלטון, מכירה את מרסל פרוסט, ג'יימס ג'ויס וסופרים אחרים שנוסבאום עוסקת בהם, ואף מעיזה לצטט מאמרים שנוסבאום עצמה כתבה ולנכסם לעצמה כאילו הם פרי עטה.

סקרנותה של נוסבאום גוברת, והיא מתיישבת על רצפת הכוך וקוראת את הטקסט עד תומו.³⁸ אט אט מתחוויר לה (ולנו) כי את הטקסט כתבה היא עצמה שנתיים קודם-לכן – או ליתר דיוק, האשה שהיא היתה לפני שנתיים. (לשם הבהירות, אתייחס להלן למה שמצאה נוסבאום בכוך כאל "הטקסט", להבדיל מן "החיבור", שהוא מושא דיוני הכולל כאן. את האשה שכתבה את הטקסט, כלומר נוסבאום שנתיים לפני כתיבת החיבור, אכנה "מרתה"). הזרות שמרגישה נוסבאום כלפי הטקסט נעוצה לא רק במרחק הזמן, אלא גם – ובעיקר – בעובדה כי מרתה, האשה שכתבה את הטקסט, היתה שבורת-לב כתוצאה מסימומו של קשר אהבה,³⁹ ואילו נוסבאום של היום מצויה בעיצומו של סיפור אהבה הממלא אותה שמחה ואופטימיות.

למרות ההבדלים במצב הרגשי בין השתיים, נוסבאום אינה מסוגלת להישאר אדישה לעוצמתו של הכאב הגלום באובדנה של מרתה, הניכר מדפי הטקסט. כאוהבים רבים,

36 בפסקות הבאות אפנה לתיאור החיבור ולדיון בטיעוניה. זו פעולה שלא תעשה עמו צדק, משום שהניסיון להעביר את הקסם וריבוי הרבדים של הטקסט הזה מנוגד לרוחו, המבקשת לאתגר את האפשרות להכליל ולדווח שלא דרך הפרטים הקונקרטיים וההתפתחות הספציפית של מהלך הדיון. במובן זה, ניתן, אם-כן, להתייחס לדיון שלי בחיבור של נוסבאום כאל תרגיל נוסף של חקירת המתח בין הכללי לקונקרטי – אותו מתח שבו עוסק חיבורה.

37 אתייחס אליה בשמה לשם בהירות הדיון, אם כי היה נכון יותר לחקור את השאלה אם, בְּטַקְסֵט שנע בין דיון פילוסופי לבין טקסט בְּדִיוֹנִי, נוסבאום נותרת המלומדת שהיא הבעלים של הטקסט על-פי המוסכמות האקדמיות, או שיהיה נכון יותר לדבר על קול המספר הבדיוני.

38 נראה שמקום הקריאה – הכוך – הוא מחווה שיש בה התרסה מרומזת נגד משל המערה האפלטונית. נוסבאום, הפילוסופית הנשארת מרצון במערה, מרמזת כאן כי הקריאה מתוך מקום קונקרטי מספקת זווית-ראייה, התנסויות ותובנות שבהינה כללית, נטולת הקשר ואוניוורסלית, אינה יכולה לספק.

39 איננו יודעים את פרטי הקשר או את נסיבות סימומו. זו בחירה מודעת של הכותבת, הבודקת בחיבור הזה גם את ההשלכות האתיות של כתיבה על רגשות ומאפיינים שהינם כה דקים, אינטימיים ושבריים, שכל נסיון ייצוג שלהם יהיה משטיח ודכאני, ולא משחרר או מלמד. לא ארחיב על כך כאן. לדיון בנקודה זו ראו נוסבאום "האהבה והפרט", לעיל הערה 9, בע' 321, 329–333, כן ראו במקום אחר בספר, נוסבאום ידע האהבה, לעיל הערה 14, בע' 311–312; כן ראו הערה 88 להלן והטקסט הנלווה לה.

מרתה מרגישה כי מה שאיבדה אינו ניתן לשחזור בגלל חד-פעמיותו וייחודו של האהוב ובשל טיבו המסוים והנדיר של הביחד שלהם.

בלילה ללא שינה, בבית זר, מרתה הכואבת את פרדתה מחפשת ניהומים בין הספרים בחדר שבו הלינו אותה מארחה. היא נתקלת בספר שהוא יומן של דורה קרינגטון, אומנית שהיתה חלק מחוג בלומסברי. היא מעלעלת בדפיו ומוצאת, להפתעתה, קטע מיומנה של קרינגטון המבטא באופן חזק ומדויק את אותה תחושת חד-פעמיות של האהוב האובד. אף אחד לא מספר בדיחות וגורם לקרינגטון לצחוק כמו שגרם לה אהובה. אף אחד אינו נראה כמותו. אף אחד אינו מסוגל לשוחח על ספרות כמותו. כל חבריה, המנסים לטעון אחרת על-מנת לנחמה, רק מעצבנים אותה בכשלונם להעריך את מהותו הנדירה של מה שאבד לה לעד. מרתה מגיבה על הטקסט הזה בהערכה והודהות:

"Here, she thought, was something worth reading about love... For she too knew those consolers and their games. She knew, and all too well, that what she loved and did not have was, as this woman said, a special perfectness, an exact, nonrepeatable thing that could not be found again. There was a value and a knowledge that were inseparable from this particular relation. To try to recapture or replace them would be as futile as to go hunting for a joke after it has gone by. And she thought of their jokes."⁴⁰

אכן, חושבת מרתה, מה שאבד עם האהוב אינו ניתן לחזרה, ואי-אפשר יהיה למוצאו שוב. ניסיון לתפוס את הערך או את הידע שהיה ייחודי ליחסים או להחליף אותם באחרים שוויערך יהיה ניסיון עקר.

כעת נפתח דיאלוג דמיוני נוסף, בין מרתה לבין דורה קרינגטון, המבטאת ביומנה בצורה כה מדויקת את כאבה של מרתה עצמה. אבל כאן מתעוררת לחיים הפילוסופית שבמרתה, המתקוממת נגד התזה כי אי-אפשר להכליל את תכונותיו של האהוב ולמוצאו אותם באחר, ואין כל אפשרות נחמה לנוכח אובדן כזה. התגובה שלה לנוכח מצוקת הלב השבור המשותפת לה ולקרינגטון היא לנקוט במהלך הפילוסופי המקובל מקדמת דנא: לפנות להפשטה ולהכללה. דרך מציאת התכונות העקרוניות והמאפיינים הכלליים של קשר האהבה ושל האהוב ניתן יהיה לבחון את האפשרות שמא האובדן, אחרי הכל, אינו חד-פעמי, ושהרגש אינו כזה שלא אפשר יהיה עוד לחוות כמותו לעולם.

מרתה מגייסת לעזרתה את גישתו של אפלטון לאהבה כפי שזו עולה מן הדיאלוג פידרוס. לפי אפלטון, שורשו של רגש האהבה הראוי לשמו אינו במאפייניו בני-החלוף של האהוב, כי אם בערכיו ושאיפותיו – באותן תכונות שנוסבאום מכנה אותן ⁴¹repeatable – וכוונתה היא הן לאפשרות התקיימותן של התכונות באדם אחר, והן – והוא עיקר ענייני

40 נוסבאום "האהבה והפרט", שם, בע' 20.

41 במקום אחר בספרה, ובהקשר דומה, נוסבאום מתייחסת להיבטים האוניוורסליים של האהוב כאל היבטים הניתנים לתיאור (describable). נוסבאום ידע האהבה, לעיל הערה 14, בע' 39.

כאן – לאפשרות לתאר אותן בשפה, להבינן ולסווגן באמצעות פנייה לקטיגוריות כלליות (בין קטיגוריות קיימות ובין כאלה שאנחנו מייצרים ומגדירים לצרכינו).⁴² רגש כה נשגב כאהבה, כך עולה מן הדיאלוג האפלטוני, לא ראוי שיהיה מבוסס על תכונות מקריות, שרירותיות, היצוניות ובנות־חלוף. אנחנו אוהבים באהוב את סוג הנפש שלו, את ערכיו ואת שאיפותיו. אנחנו מחפשים בו את השלמות ואת היופי האידיאלי; אותן תכונות תרומיות הממסות את המקומות הנוקשים בנפשנו אנו. (למען ההגיונות יש לומר שגם הדיאלוג האפלטוני מכיר בחשיבות סגולותיו המיוחדות של האהוב. כלומר, גם אפלטון מכיר בכך שלא ניתן להגיע אל ראיית המופשט והנשגב שבאהוב ללא סערת הרגשות שמתחילה, אכן, דרך ההתפעלות מתכונותיו הפרטיקולריות, כגון יופיו. אך עדיין, אלה הם רק מתווכים בעלי חשיבות משנית, שכל מטרתם היא להגיע לאבני־היסוד שהם מהותו של האהוב.) לפי תפיסה זו ניתן יהיה לשחזר את רגש האהבה כלפי אהובנו על־ידי מפגש עם אהוב אחר, בעל תכונות תרומיות זהות לאלה של האהוב שאבד לנו.

אבל התזה האפלטונית אינה משכנעת את קרינגטון. מרתה מחליטה לגשת לבעיה בשיטתיות: היא תעלה על הכתב את ההתנגדויות האפשריות של קרינגטון לתזה של אפלטון ואת התשובות שהיה אפלטון עשוי להשיב למבקרת שלו.

בדו־קרב של טיעונים חזקים משני הצדדים, אנחנו נעים שוב ושוב בין התקווה שאכן אפשר יהיה לתפוס ולהגדיר את הרכיבים הרלוונטיים בזהותו של האהוב על־מנת לאפשר את מציאתם באנשים אחרים לבין התחושה שזו משימה חסרת תוחלת, שהרי הדברים שבזכותם האהוב הוא אהוב הינם עדינים וחמקמקים.

מרתה נאחזת באפשרות להכניע את זהותו של האהוב לביטוי במילים, לתפוס אותה באמצעות פנייה לקטיגוריות כגון תכונות אופי, יכולות וערכים. לאורך הטקסט ברור לנו שהיא יודעת שזו אפשרות קלושה, אבל עדיין, בשל הנחמה הטמונה בה לאוהבת הכואבת את סיומה של האהבה, זו אפשרות מפתה.

הפסקה הבאה מסכמת יפה את לב ההתנגשות בין סוקרטס, גיבור הדיאלוג האפלטוני, לבין קרינגטון, או בין השאיפה הפילוסופית לנתח באמצעות עקרונות והכללות לבין הניסיון האנושי הנבנה דרך פרטים קונקרטיים המתנגדים להכללות. מרתה מצביעה על הבעייתיות בטענתו של סוקרטס שלפיה הוא מבין את מהותה של האהבה:

"[I]t turns out that [Socrates'] claim to have grasped and understood the nature of love is part and parcel of an enterprise that is busy converting loved persons into instantiations of a universal, and so into proper objects of (scientific) understanding, all in order to repudiate and transcend the phenomenon of love as ordinary mortals

42 השאלה של אפשרות החזרה ומחירה הינה שאלה מרכזית גם בדיאלוג פידרוס עצמו, סביב שאלות כגון האפשרות לחזור במדויק על נאום שנשא אדם אחר. ראו "פידרוס" כתבי אפלטון (י' ג' ליבס תרגם, תש"ד, כרך שלישי) 351. כן ראו דיון היוצא נגד אפשרות ההבחנה בין מקור להעתק העולה מן הדיאלוג: J. Derrida "Plato's Pharmacy" *Dissemination* (Chicago, B. Johnson trans., 1981) 61–172, esp. 137–141

experience it. The sight of the knowing intellect is incompatible... with the sight of the human body. Uttered about ordinary passion by an ordinary mortal, the claim to have a general understanding of love is as good an example of the self-refuting proposition as anything philosophy has to offer."⁴³

מרתה מצביעה על כך שטענתו של סוקרטס כי הוא יודע מהי אהבה היא חלק מהדחף המאפיין את הפילוסופיה להכללה ולהפשטה של חומרי חיים. לפי גישה זו, רק מה שניתן להכללה ולביטוי לשוני ראוי לתשומת-לב וניתן לידיעה, וכל השאר שולי ומסוכן בגלל כוחו להסיט את תשומת-הלב מן המהות והעיקר. אולם, חושבת מרתה, מה עם העובדה כי הידיעה האנושית מושגת דרך רגשות ודרך חוויותיהם של פרטים בעלי גוף, רגשות והיסטוריה? טענתו של סוקרטס בדבר האפשרות לדעת את טיבה של האהבה ולהבינה באמצעות חקירה פילוסופית מרוחקת הינה, בעיני מרתה, דוגמה למופרכותה של המתודה הפילוסופית המסורתית ולאיי-כולתה לקיים את הבטחתה כי יש בכוחה להנחות אותנו כיצד ראוי לחיות.

לפי אפלטון, אהבה ראויה לשמה מבוססת על אותם ערכים ותכונות של האהוב שניתן למוצאם באדם אחר, ולהמשיך לשאוף אליהם גם כאשר האהוב אינו עוד עמנו. אהבה שאינה תלויה בתכונות חד-פעמיות או אידיויסינקרטיות תוכל למצוא חיים בגלגול חדש עם אהוב אחר או להימשך אף בלעדי האהוב. כך, למשל, האוהב יוכל להגשים את הערכים שבהם החזיק האהוב גם לאחר מותו או עזיבתו. התכונות התרומיות של האהוב מהוות נקודת אחיזה חיצונית לקשר הקונקרטי, ונקודה זו היא-היא הבסיס של האהבה. אלה הן התכונות שצריכות לספק יציבות ונחמה לאוהב שחש תחושת שבר עם תום יחסי האהבה. הערכים הנעלים של האהוב הם אלה העומדים במבחן הזמן, כאשר המאפיינים השטחיים והמקריים שאליהם נמשך האוהב בהתחלה מתפוגגים או מפסיקים להלך עליו קסם. אם יכיר האוהב באותו בסיס עקרוני ומוסרי לאהבתו, הוא לא יוותר בסוף קשר האהבה בתחושה שאין עוד טעם לחייו, שבלעדי אהבתו הוא לא-כלום, מכיוון שאהבתו התבססה על יסודות בני-קיימא.

הוויכוח שמרתה מביימת בין אפלטון לקרינגטון מרתק. לא אביא כאן את כל טיעוני הצדדים, אולם אתעכב על חילופי הדברים הבאים מכיוון שהם רלוונטיים במיוחד לדיון הנוכחי: קרינגטון טוענת כי הרעיון שניתן לחפש אחר אהוב אפשרי לפי רשימה של סגולות נעלות מתעלם מן האופן שבו אנחנו נעשים ערים לאותן סגולות אצל אהובינו בחיים האמיתיים. ערכיו ותכונותיו התרומיות של האהוב אינם צועדים לפנינו בסך ושלטים בידיהם. אנו נעשים מודעים לקיומם דרך מקרים ומופעים קונקרטיים.⁴⁴ המופעים

43 נוסבאום "האהבה והפרט", לעיל הערה 9, בע' 316-317.

44 קרינגטון מוסיפה כי לעיתים, כל מה שהאוהב ידע בתחילת קשר האהבה, דרך אותם מופעים קונקרטיים ומאפיינים חד-פעמיים, הוא שלאהובו יש תכונות נעלות ומעוררות השראה, אבל אין הוא מסוגל עדיין למצוא את המילים לתאר סגולות אלה באופן מופשט וכללי.

הַקּוֹנְקְרֵטִים הַלְלוּ לְעֵיתִים חֲשׁוּבִים וּמְרֻזִים עַל מִשְׁהוּ עֲמוּק יוֹתֵר שְׁעוּמַד מֵאֲחֻרֵיהֶם, וְלְעֵיתִים לֵא.⁴⁵

אַפְלָטוֹן, כְּפִי שְׁמֵרְתָה מִפְרֶשֶׁת אוֹתוֹ כֵּאֵן, לֹא הִיָּה מִתְנַגֵּד לְבִיקוּרַת זֹו. לְהִיפֹךְ, אַפְלָטוֹן הִיָּה מִסְכִּים כִּי אֵי־אֶפְשֶׁר לְדַלֵּג עַל הַהֲתַנְסוֹת הַמִּמְשִׁית וְהַקּוֹנְקְרֵטִית הַיִּישֵׁר לְסִגּוּלוֹת הַתְּרוּמִיּוֹת שֶׁל הַנֶּפֶשׁ. רַק מְעוֹרְבוֹת בִּאֵהְבָה אִישִׁית וְאִינְטִימִית מֵאֶפְשֶׁר לְאוֹהֵב אֶת סוּג הַתְּקִשׁוּרַת וְהַבְּחִירוֹת שֵׁשׁ בְּהֵן כְּדִי לְגַלוֹת לוֹ, עִם חֲלוּף הַזְּמַן, אֶת מֵהוּתֵם שֶׁל עֲרֻכִים נְעִלִים כְּגוֹן אֱלֹהִים. אֲכֵן, יִסְכִּים אַפְלָטוֹן, רֵאשִׁיתָה שֶׁל הָאֵהְבָה אֵינּוּ בְּרֵאִיִּת הַסִּגּוּלוֹת הַנְּעִלוֹת, אֲלֵא בְּכַךְ שֶׁהָאוֹהֵב מוֹכֵה סְנוּוֹרִים עַל־יְדֵי מֵה שֶׁהוּא מְזַהֵה כְּסוּג מִסְתוּרֵי שֶׁל יוֹפֵי בִּאֵהְבּוֹ. אֲבָל מִכֵּאֵן אֵינּוּ מִשְׁתַּמֵּעַ, יִמְשִׁיךְ אַפְלָטוֹן, שְׁאוֹתוֹ מִפְגֵּשׁ עִם הַיּוֹפֵי הָרֵאשׁוֹנִי, עִם נִקְדוּת הַהֶשְׁקָה שֶׁל הָאֵהְבּוֹ עִם סְבִיבְתוֹ, הוּא מֵה שֶׁאֲנַחְנוּ אוֹהֵבִים לְמַעֲשֵׂה. גַּם אִם אֲנַחְנוּ רוֹאִים אֶת הָעֲרֻכִים הַנְּעִלִים רַק דֶּרֶךְ טְבִיעוֹת רְגִלֵיהֶם בִּאֵהְבּוֹ, דֶּרֶךְ הַמִּסְכּוֹת, הַמוֹפְעִים וְהַדִּימוּיִים הַקּוֹנְקְרֵטִים, הֵרִי שְׁמוּשָׁא אֵהְבְּתָנוּ הוּא מֵה שְׁעוּמַד מֵאֲחֻרֵיהֶם, כְּלוֹמֵר הָעֲרֻכִים הַנְּעִלִים עֲצֻמִּים, וְלֹא הַמוֹפְעִים שֶׁלֵּהֶם.

מֵרְתָה מְעִירָה לְגַבֵּי חִילוּפֵי הַדְּבָרִים הַדִּמְיוֹנִיִּים בֵּין אַפְלָטוֹן לְקִרְיִגְטוֹן כִּי הֵם אֵינֵם מְנִיחִים אֶת הַדְּעַת, מְכִיוּן שֶׁהַשְּׂאֵלָה הַגְּדוּלָה יוֹתֵר נּוֹתֵרֶת עֲדִיין לֹלֵא דִיוֹן אוֹ מַעֲנָה: הָאֵם נִיתֵן בְּכֻלָּל לְדַבֵּר עַל אֶפְשֶׁרוֹת הַפְּרָדָה בֵּין הַמֵּאֲפִינִים הַקּוֹנְקְרֵטִים לְבֵין הַסִּגּוּלוֹת הַנְּעִלוֹת? הָאֵם הֵיחַס בִּינֵיהֶם הוּא שֶׁהַמֵּאֲפִינִים הַקּוֹנְקְרֵטִים נּוֹבְעִים מִן הַסִּגּוּלוֹת הַנְּעִלוֹת וּמִשְׁמֵשִׁים רַק בְּתַפְקִיד שֶׁל יִיצוּג וְאִינְדִּיקְצִיָּה שֶׁל הַסִּגּוּלוֹת, וּבְכַךְ כָּל חֲשִׁבוֹתָם?

הַשְּׂאֵלָה הָעִיקְרִית שֶׁבָּה מִטְפֶּלֶת נּוֹסְבָאוּם בְּחִיבּוֹר זֶה הִיא הֵיכֵן מִמוּקָם הָאֵנִי שֶׁלְנוּ בְּעֵינֵי עֲצֻמָּנוּ וּבְעֵינֵי אַחֵרִים.⁴⁶ מֵה הוֹפֵךְ אוֹתָנוּ לְמִי שֶׁאֲנַחְנוּ? הֵישׁ מִשְׁמַעוֹת לְדִיבּוֹר עַל הָעֲצֻמִּי לֹלֵא הַמֵּאֲפִינִים הַחֲדִי־פְעֵמִים שֶׁלוֹ?

אֲנּוּ רְגִילִים לְדַבֵּר עַל עֲצֻמָּנוּ וְעַל אַחֵרִים דֶּרֶךְ תְּכוּנוֹת כְּלִלוֹת, וְעַל מֵאֲפִינִים קוֹנְקְרֵטִים רַק כְּעַל מוֹפְעִים שֶׁל הַתְּכוּנוֹת הַכְּלִלוֹת: "הִיא אֵשֶׁה רְחוּמָה, וְלִכֵּן הִיא נּוֹתֵנָת צְדָקָה לְכָל פּוֹשֵׁט־יָד בְּרַחֲבּוֹ." "הוּא יְהוּדִי מֵאֲמִין, וְלִכֵּן הוּא חוֹבֵשׁ כִּיפָה." אֲבָל הַדִּינְמִיקָה שְׁנִיתֵן לְכְּנוֹתָה פְּעוּלָה שֶׁל הַתְּגַבְּשׁוֹת הָעֲצֻמִּי "מִבְּחוּץ פְּנִימָה", חֲשׁוּבָה לֹא פְּחוֹת. לְמִשְׁל, עֲלִינוּ לְשִׁקוֹל אֶת הָאֶפְשֶׁרוֹת שֶׁהַפְּעוּלָה שֶׁל מֵתֵן צְדָקָה הִיא הַמֵּאֲפֶשֶׁר לְרַגֵּשׁ הַרְחָמִים לְהַתְּגַבֵּשׁ. אוֹ אִם נִתְעַכֵּב עַל דּוּגְמַת הַקֶּשֶׁר בֵּין הַכִּיפָה לְאֵמוּנָה: הַהֲכָרָה בְּכַךְ שֶׁהַמְּחֻיְבוֹת הַדְּתִית מִתְּגַבֵּשֶׁת דֶּרֶךְ הַיּוֹמִיּוֹם, דֶּרֶךְ הַמַּעֲשִׂים הַקְּטָנִים, וְלֹא בְּמִנּוֹתֵק מֵהֶם, מִשְׁתַּקְפֶּת בְּצִוּוּיִים יְהוּדִיִּים רַבִּים, וּבְאוּפֵן בּוֹלֵט בְּצִוּוּי "וּשְׁנַנְתֶּם לְבַנְיָן וְדִבְרַתְּ בִּם". סֵפֶר דְּבָרִים מוֹנֵה אֶת הַפְּעוּלוֹת הַיּוֹמִיּוֹת שֶׁתוֹךְ בִּיצוּעַן יֵשׁ לְשַׁנֵּן אֶת הַתּוֹרָה: "בְּשִׁבְתְּךָ בְּבֵיתְךָ וּבְלַכְתְּךָ בְּדֶרֶךְ וּבְשִׁכְבְּךָ וּבְקוּמְךָ."⁴⁷ אוֹ אִם נִידְרֵשׁ לְאֵמִירָה הַמְּפּוֹרְסַמַּת שֶׁל פְּסָקָל: "כְּרַע עַל

45 הַשְּׂאֵלָה הִיא: הָאֵם הַמֵּאֲפִינִים שְׁנַדְמָה לְנוּ שֶׁהֵם־הֵם הַמִּסְעִירִים אוֹתָנוּ וּמְעוֹרְרִים אֶת תְּשׁוּקָתָנוּ כְּלִפֵּי הָאֵהְבּוֹ הַיֵּגֵם מְקִרִיִּים וּשְׁרִירוֹתִיִּים, אוֹ הָאֵם גַּם מֵאֲפִינִים אֱלֹהִים מְקוֹרֵם בְּאוֹתָה הִילָה הַקּוֹרֵנֶת מִנְפֶּשׁוֹ, מִמֵּהוּתָה הַנִּיתְנָת לְתִיאוֹר עֶקְרוֹנִי וְלְמִצִּיאָה אֲצֵל אֲנָשִׁים אַחֵרִים? רֵאוּ נּוֹסְבָאוּם "הָאֵהְבָה וְהַפְּרֵט", לְעִיל הָעֵרָה 9, בְּע' 326-327, הַתְּנַגְדוֹת וְתוֹשׁוּבָה מִס' 2.

46 לְעֵנִיין הַשִּׁמּוּשׁ בְּמוֹנָה עֲצֻמִּיּוֹת רֵאוּ, שׁוֹב, לְעִיל הָעֵרָה 12. כֵּן רֵאוּ הַדִּיוֹן בְּטַקְסַט שֶׁלִּיד הָעֵרָה 50 לְהֵלֵן.

47 דְּבָרִים ו', 6-7.

ברכיך, הוּו את שפתיך בתפילה, ואו תאמין.⁴⁸ המעשה החיצוני, מה שהגוף עושה, הוא המייצר את האמונה, ואינו רק ביטוי של אמונה שכבר קיימת. ובדומה לכך, ייתכן שלפעולה היומיומית והחוזרת ונשנית של חבישת הכיפה יש חלק חשוב בגיבוש אמונתו של חובש הכיפה. להיבט החברתי של מעשה חבישת הכיפה יש חשיבות בהקשר זה. חבישת הכיפה אינה נעשית בין אדם לבין עצמו, אלא היא פעולה חברתית וסמלית. יש לשקול אם-כן את האפשרות שהמבט של האנשים בסביבתו של חובש הכיפה הופך אותו לבעל תפקיד חברתי של אדם מאמין, ופרסונה זו הינה מרכזית בכינונה ובשימורה של זהותו הדתית.⁴⁹ הקונקרטי והכללי, החיצוני והפנימי, מתקיימים ביחסים של כינון הדדי מתמיד. לא ניתן להפרידם זה מזה. אף פעם לא יהיה מדויק לומר כי הסימנים החיצוניים והפרקטיקות הפרטיות מייצגות תכונה שקיימת קודם להם ובנפרד מהם, כפי שלא יהיה מדויק לומר שסימנים ופרקטיקות אלה הם רק נקודות המוכללות ומתגבשות לבסוף לכדי תכונה או מהות פנימיות יותר.

שורות משיר של רחל חלפי ממחישות את הדילמה באשר לשאלה איפה ממוקם האני ואיזה רכיב בהווייתנו הוא אתר המאפשר לנו מגע עם עצמנו:

"הנה אני יושבת לרגע בתחנה רופפת בתוך
הזרימה השוצפת של לבת הימים.
הנה אני יושבת. היכן אני? היכן שרגלי?
היכן שמצחי המדאג?
האם אני היא היד הכותבת או איזה תעתוע
(יפה? מכער?) שמסתפל בו, כרגע, השעמום
הבוהק מתוך עיניו של מלצר?

...
ובין לבין, אני דולה צלילים מעוררים שמעסים לי את הנשמה,
כמו במסו' חושני. מה אמרת? נשמה?
סתם מלה. איפה
היא? ובכל זאת משהו נצבט למוסיקה.

...
ובתוך הסמטחה המהבהבת ההנזולית הזאת -

היכן אני לעזאזל היכן אני.⁵⁰

48 דוגמה זו נידונה אצל אלטוסר. ראו: L. Althusser *Lenin and Philosophy and Other Essays* (New York, 2001) 114.

49 שיקולים אלה בדבר חשיבותה של הכיפה לא רק כבעלת חשיבות סמלית, אלא כבעלת תפקיד בכינון הווייה פנימית של אמונה דתית, לא הובאו בחשבון בענייניו של הקצין היהודי בחיל-האוויר האמריקאי (ראו טקסט ליד הערה 5 לעיל). היעדרם של שיקולים מעין אלה בפסק-הדין מדגים את הצורך לפתח דיון מושכל יותר בחשיבותם של רכיבים חד-פעמיים של עצמיות למשפט. זוהי, כאמור, מטרת ברשימה זו.

50 רחל חלפי "תחנה רגעית בתוך הפצל הבוגדני" מלים על פי תהום: השירה והנפש (א' כהן עורך, תשנ"ו, כרך א) 94-95.

האם העצמיות ממוקמת בגוף? באיזה איבר בו? האם האני מצוי במקום מופשט כלשהו, כגון נשמה? (ושימו-לב שגם הנשמה דורשת, כדי לכתוב עליה, מטפורה קונקרטיית, גופנית - המוזיקה עושה עיסוי לנשמה.) האם, לחלופין, החיבור אל מיקומו של העצמי אפשרי דרך פעולה, כגון פעולת הכתיבה או קימוט המצח? או שמא האופן שבו ניתן לבוא במגע עם מי שאני הוא דרך מבטו של האחר בי (והעובדה שמבטו של המלצר המביט בדוברת הינו חלול, מבט שאינו ממש רואה את גיבורת השיר, היא-היא המקשה עליה להשיב לעצמה על השאלה היכן היא ולקבל תחושה ממשית של קיום ונוכחות)?

יודגש: הדוברת בשיר יודעת היטב שהחיפוש אחר האני הוא במובן מסוים חיפוש עקר; שלמעשה, האני הוא, כדבריה, "סמטוחה" - פֶּלִיל חסר צורה מגובשת המשתנה ללא הרף, ובו פעילים אינספור קולות, השפעות, רגשות, כיוונים ותכונות. או, כפי שהיא רומזת במקום אחר בשיר, היא יודעת שמה שאנחנו נוטים לדבר עליו כ"עצמי" הוא כמו בצל שכולו עוד ועוד קליפות ללא מרכז, ושכל ניסיון להגיע אל מהותו וליבתו הוא ניסיון חמקמק וחסר סיכוי. כך, גם נוסבאום יודעת שהדיבור על עצמיות והחיפוש אחר המאפיינים ההופכים את האדם למי שהוא הם רק שם קיצור, מחווה, לאותו ערב-רב של כוחות פנימיים. ולבסוף, גם השופטים שכתבו את פסק-הדין בעניין נוף יודעים זאת: הם אינם סבורים שהזקן של נוף הוא חלק מ"עצמיותו האמיתית". ובכל זאת, גם חלפי וגם נוסבאום, גם שופטי בג"צ וגם עקיבא נוף מבינים היטב את חשיבותו של הצורך לגבש תחושה של "אני", לבוא במגע עם מה שיוצק משמעות לזהותו של אדם. הם מכבדים נטייה זו כחלק מן החוויה האנושית.⁵¹ כאשר שופטי בג"צ הכירו בחשיבות שיש לזקן-העותר לגביו הם לא הכירו בכך שהזקן הוא אכן חלק מעצמיותו "האמיתית". הם הכירו בכך שהזקן הוא חלק מהווייתו, כלומר מן האופן שבו הוא מפרש וחווה את מי שהוא.

נוסבאום מזהה את הצורך שיש לאוהבים לשאול: "את מי אני אוהב? מיהו האהוב שלי באמת? מהן התכונות התופסות ומבטאות את האדם הזה שעליו אני מביט?" תכליתו של הדיון שלה אינה לספק נוסחה למציאת התשובה הנכונה לשאלות אלה. תכליותיו המרכזיות של הדיון הן, ראשית, לבסס את השאלה הזאת כשאלה חשובה אף-על-פי שלא ניתן להגיע לתשובה החלטית ויציבה בעניינה. ושנית, לעמוד על כך שכל תשובה לשאלה זו תהיה חייבת להיות מורכבת הן מן הקונקרטי והן מן הכללי, הן מן האקראי והן מן הסיבתי, הן מן הבלתי-ניתן לייצוג בשפה והן מן הניתן לחזרה.

כיצד מסתיים החיבור הזה? בסופה של ההתנצחות המתישה בין קרינגטון לאפלטון, מרתה נותרת חצויה. הפילוסופית השכלתנית והמסורתית שבה נאלצת להודות כי למרות כמה ויתורים ותיקונים בשוליים, אפלטון יצא מן ההתנצחות כשידו על העליונה. אבל מרתה האדם, הפרט הספציפי הנטוע בזמן ובנסיבות מסוימות והמייצר תובנות פילוסופיות מתוקן, מרתה שאהבה וכאבה את סופה של אהבה, יודעת בוודאות שקרינגטון צודקת. "למה אני מתכוונת", שואלת נוסבאום, "בכותבי שהיא (מרתה) ידעה בוודאות שקרינגטון צודקת?"

51 החיפוש אחר מדיום הבעה (שפה, תנועה או מדיום סמלי אחר) שיהיה אפשר לצקת באמצעותו משמעות לקיומנו הוא, להשקפתו של ג'יימס בויד ווייט, רכיב אלמנטרי של החוויה האנושית. ראו: J.B. White *The Edge of Meaning* (Chicago, 2001)

"What do I mean by writing 'she knew, and with certainty'? Not that she had come up with new and clever arguments destined to refute the skeptic on the plane of intellect. Argument, indeed, had led her to the opposite conclusion. I mean that she felt her stomach rising up into her mouth... For she saw how beautiful he was, and she did not want to be apart from him. All this is knowledge of love. And all this is happening now to me."⁵²

ידיעת האהוב היא ידיעה דרך הגוף ודרך הרגש; דרך ההתנסות האישית והספציפית; דרך המגע עם נקודות ההשקה של האהוב עם סביבתו. הידיעה הזאת היא חלק בלתי-נפרד מהידיעה הלכתחילית (אפריורית), העקרונית והשכלית, של התכונות הכלליות והניתנות לשחזור של האהוב. הניסיון להמשיג בנפרד כל סוג של תכונות אפשרי רק באופן זמני ולצורך הדיון. אין טעם לכוון לקראת מסקנה סופית שלפיה הפרטים הקונקרטיים והחד-פעמיים חשובים פחות (או חשובים יותר) מן התכונות הניתנות להכללה ולשחזור. שני הסוגים שזורים זה בזה, ואלה הטוענים להיותם נפרדים אינם מספקים תמונה מהימנה של החוויה האנושית, ולכן המסר שלהם יהיה חסר כוח שכנוע או רלוונטיות לגבינו. הטקסט של נוסבאום מכיר בהיעדר האפשרות לייצר דיין-וחשבון פילוסופי סופי וממצה באשר ליחס בין תכונות ניתנות לשחזור לתכונות חד-פעמיות. לכן, במקום מסקנה, הטקסט מבקש להעביר אותנו דרך ההתנסות בעוצמתה של השאלה, ולהביא אותנו לידי מגע עם הפוטנציאל והבעייתיות בטיעוניהן של האסכולות המתחרות.

ובכל-זאת, כדי להיחלץ איכשהו מן הסבך ולהגיע לאיזושהי נקודה שבה אפשר לחתום את הטקסט, מעלה מרתה על הכתב מעין סיכום של פרות הדיאלוג הדמיוני הזה בין קרינגטון לאפלטון שיאפשר לנו להמשיך הלאה אף-על-פי שאנו יודעים שאין בידינו פתרון נחרץ וכולל לשאלה נשוא החיבור. אצטט רק את הקטע הבא מן הדין-והחשבון הסופי של מרתה:

"[I]n any love that is based upon character, the lovers will also see in one another, and truly love, many relational and nonrepeatable properties. They will not love these in a merely incidental way; they will come to see one another as wholes, not as composites of essence and accident, so that the nonrepeatable will be just as intrinsic to the love as the repeatable."⁵³

מרתה מדגישה כי לא יהיה זה נכון להפריד בין הקונקרטי לעקרוני, בין ה"חיצוני" ל"פנימי" בזהותו של האהוב. האופן המוצלח ביותר לראות אדם, מסכמת הכותבת, הוא

52 נוסבאום "האהבה והפרט", לעיל הערה 9, בע' 330.

53 שם, בע' 331.

לוותר על הדחף לראות אותו כאוסף של רכיבים ותכונות נפרדים, ולראותו כשלמות חד-פעמית. משמע, לקבל את העובדה שחלק ממאפייניו החד-פעמיים קשור אולי לתכונות שניתן לתארן ביתר כלליות, וחלק הוא פשוט מה שהוא: אולי מקרי, שרירותי ומטעה, או אולי מהנה, יפה ומיוחד. מה שאינו ניתן לשחזור הינו אינהרנטי לאהוב בדיוק באותה מידה שתכונותיו הניתנות לשחזור ולהכללה של האהוב הן אינהרנטיות לו. Let it be, אומרת נוסבאום לפילוסופית הבלתי-נלאית שבתוכה, וגם לנו. הכותבת מותירה אותנו עם משפט הסיום הבא:

"Love, and be silent."

לאמור שאחרי כל זה, ייתכן שמילים אכן אינן מספיקות לתפוס את ייחודו של האהוב, והשתיקה היא המוצא היחיד האפשרי אל מול חד-פעמיותו.⁵⁴ לאהוב ולשתוק, נוסבאום ספק מציעה ספק מצוה. היא דוחקת בנו להכיר בגבולותיה של השפה בתיאור ייחודו של הפרט, ולהימנע מן הפיתוי לכתוב עוד ועוד בניסיון להכניע את הבעיה שחקרנו בדיון שלעיל לכדי ייצוג מילולי נאמן וממצה.

ד. מבטו של המשפט: עניין נוף

כפי שראינו, מרתה נוסבאום ממפה את חוסר האפשרות לראות את הזולת (ואף את עצמנו) רק באמצעות פנייה לתכונות מופשטות ו"פנימיות", או לחלופין, רק דרך הפרטים הגופניים, החד-פעמיים וה"חיצוניים". המשפט אמון על צורת הראייה הראשונה. תורות המשפט בנות-זמננו מצוידות בכלים המאפשרים למשפט לזהות דרך שגרה את חשיבותן של תכונות מופשטות וכלליות, כגון אמונתם הדתית של נמעניו, מצפונם, החופש שלהם להתבטא, להתאגד או לבחור משלח-יד. לעומת זאת, תורות אלה חסרות כלים לזיהוי חשיבותם של מאפיינים גופניים, סמליים וחד-פעמיים בהווייתם של נמעני המשפט. המחסור בכלים להכריע באילו מקרים ראוי להגן על מאפיינים המצויים בנקודות ההשקה של הפרט עם סביבתו ניכר במיוחד כאשר המאפיין שבו מבקש הפרט להכיר אינו נתפס כקשור לתכונה אחרת, הנחשבת פנימית או עמוקה יותר.

הצעתי היא שבפיתוח תיאוריה משפטית לטיפול ברכיבים המצויים בנקודות ההשקה של העצמי עם סביבתו, על המשפט ליישם את תפיסת הפרט של נוסבאום על-ידי שימוש במטפורה של מבטו של האהוב כאמצעי לזיהוי פרטי מצויאות בהם המשפט לא מורגל להבחין. המתודולוגיה של עיני האהוב מוצעת כאן כאופן של התבוננות. השאלה "מה עשוי להיכנס לשדה-ראייתו של המבט האהוב", כפי שנוכחנו דרך חיבורה של נוסבאום, תאפשר למשפט להכניס לשדה-הראייה שלו פרטים שהוא מורגל בדרך-כלל להדירם משדה זה. עיני האהוב הם אופן חקירה ראוי במקרים שבהם נמעני המשפט מבקשים הכרה

54 משפט הסיום של נוסבאום נראה כמחווה למשפט הסיום בטרקטטוס לויטגנשטיין: "מה שאי אפשר לדבר עליו, על אודותיו יש לשתוק". ראו ל' ויטגנשטיין מאמר לוגי פילוסופי (ע' צמח תרגם, 1994) משפט 7, בע' 81.

משפטית בחשיבותם של פרטים חד-פעמיים בהווייתם, שאינם ניתנים לביטוי ולהצדקה על-סמך עקרונות כלליים ושפה מושגית.

כך, בעניין נוף זיהתה המדינה בנקל את חשיבותו של זקן המשקף אמונה דתית, אבל התקשתה במציאת דרך להתייחס לזקן שנראה לכאורה אידיוסניקרטי, שאינו מוסבר ומוצדק באמצעות עקרונות כלליים ומונחים קיימים. השופטים, לעומת זאת, אימצו אופן הסתכלות בעותר שאפשר להם לזהות את העובדה שפרט כגון זקן חשוב לו. זה פרט קטן לכאורה – גחמתי אפילו – ובלתי-ניתן להצדקה עקרונית;⁵⁵ עם זאת, הזקן הוא מאפיין שהעותר מרגיש שהוא חלק בלתי-נפרד מעצמיותו, מאורח חייו ומהווייתו. זהו אופן ההסתכלות שבשמו טוענת נוסבאום. זהו מבט המעוניין להתעכב על מושאו ולזהות שיש דברים שהופכים אותו למי שהוא בעיני עצמו ובעיני אחרים. מבט כזה מאפשר הכרה בחשיבות הפרטים הקטנים ובמידה שבה הם יכולים לעיתים להיות בעלי חשיבות אקוטית בשביל הנמען המשפטי.

בחלק זה אנתח אס-כן את הדרך שבה הלך בית-המשפט במטרה לגזור ממנה קווים מנחים לצורך יישום במקרים דומים. כן אעמוד על האתגרים והקשיים הכרוכים בגישה העולה מפק-הדין.

בפנייתו לקבל את הכרתו של המשפט בוקנו לא יכול היה נוף להצדיק או להסביר את

55 הנכונות השיפוטית לזהות את חשיבותו של הזקן אינה עניין של מה בכך. גישה המבטלת את חשיבותם של מאפיינים המצויים בנקודת הממשק של הפרט עם סביבתו הינה נפוצה. מחווה רטורית שכיחה של שופטים בפסק-דין אמריקאיים שעניינם שיער, לבוש או שמות היא להביע אי-נחת בשל שוליות הנושא בעיניהם, בזבוז כספי הציבור וכדומה. בפסק-דין אמריקאי שדחה את טענתו של תלמיד בדבר זכותו לגדל שיער כתב בית-המשפט: "[O]ur decision... reflects recognition of the inescapable fact that neither the Constitution nor the federal judiciary it created were conceived to be keepers of the national conscience in every matter great and small. The regulations which impinge on our daily affairs are legion. Many of them are more intrusive and tenuous than the one involved here. The federal judiciary has urgent tasks to perform, and to be able to perform them we must recognize the physical impossibility that less than a thousand of us could ever enjoin a uniform concept of equal protection or due process on every American in every facet of his daily life." *Karr v. Schmidt* 460 F.2d 609, 618 (5th Cir. 1972) בפסק-דין שעניינו כללים לגבי אורך השיער במקום העבודה כתב שופט אחר: "Employer grooming codes requiring different hair lengths for men and women bear such a negligible relation to the purposes of Title VII that we cannot conclude they were a target of the Act." Judge Engel in *Barker v. Taft Broadcasting Co.* 549 F.2d 400, 401 (6th Cir. 1977) ולבסוף, בפסק-דין שהכיר בטענת ההפליה של נשים שנדרשו ללבוש מדים, בעוד שהגברים הורשו לבוא בחליפות עסקים, העיר שופט המיעוט במרירות: "Opponents of the Equal Rights amendment have argued that its adoption would be followed by extreme applications bordering on the ridiculous where no meaningful discrimination exists. The result reached by the majority opinion in the application of the state I can only regard as adding strength to that argument." Judge Pell in dissent in *Carroll v. Talman Federal Savings and Loan Assn. of Chicago* 604 F.2d 1028, 1037 (7th Cir. 1979).

הזקן באמצעות קטיגוריות זהות קיימות, כלומר באמצעות מענה לשאלה "מה הוא": זה אינו זקן הנובע מהיותו איש דתי. טיעונו של נוף יצא נגד ההיגיון שלפיו אם אין הזקן ניתן לעיגון בקטיגוריית זהות ברורה, אין להגן עליו. לכן טען העותר כי ההבחנה בינו לבין אלה המגדלים את זקנם מסיבות דתיות אינה רלוונטית בהקשר הנידון, ובכך היא מהווה הבחנה מפלה. כדי לבחון אם אכן מדובר בהבחנה מפלה, ניגש בית-המשפט לברור חשיבותו ומשמעותו של הזקן אצל בני קהילות דתיות. ראוי להתעכב על האופן שבו ביסס פסק-הדין את ההכרה המשפטית בחשיבותו של הזקן לבני קהילות אלה. בית-המשפט עיין במקורות ומצא כי הזקן אינו דרישה הלכתית מחייבת, בבחינת מצווה דתית מן המניין (עובדה שלא היתה שנויה במחלוקת);⁵⁶ אולם העובדה שהזקן אינו ציווי הלכתי – וזו נקודה חשובה – לא הובילה את בית-המשפט למסקנה כי יש להתייחס בביטול לחשיבותו של הזקן לאדם הדתי. משמע, אף-על-פי שאין מדובר בדרישה הלכתית, הכיר בית-המשפט בכך שכפרקטיקה נוהגת, הזקן מהווה פריט משמעותי במערכת הסמלים הנהוגה בחברה הדתית. בכך היה די לביסוס ההכרה בחשיבותו העקרונית ולבדיקה עד כמה ניתן, לאור הנסיבות, להקנות לו הגנה.⁵⁷

משמצא בית-המשפט שהשאלה לא צריכה להיות שאלת קיומו או אי-קיומו של ציווי דתי, קיבל בית-המשפט למעשה את טענתו של נוף כי ההבחנה בין דתיים ושאינם דתיים אינה ההבחנה הרלוונטית בהקשר זה. מרכז הכובד של הסוגיה עבר לשאלת המשמעות שיש לזקנים מבחינת בעליהם ולתפקידם ומקומם בחייהם. העובדה שנודעת לזקן משמעות עשירה מבחינתם של בני הקהילה הדתית, משמעות שהיא תוצר של נהגים מושרשים, היתה כבדת-משקל בעיני בית-המשפט. השאלה בדבר משמעות הזקן לבעליו היא השאלה הנכונה. ואם זו השאלה הנכונה, אין להניח באופן אפריורי שזקנו של מי שאינו דתי הינו חסר משמעות מבחינתו: יש לשאול אותה שאלה בדבר המשמעות והתפקיד של הזקן גם באשר לזקנו של העותר.

יש להבחין כי במסקנתו של בית-המשפט שיש להכיר בחשיבותו של הזקן הדתי גם אם

56 עניין נוף, לעיל הערה 11, בע' 460-461.

57 במאמרו המרתק מבקש יובל לבנת לבקר את פסק-הדין מזווית של הגישה הקהילתנית, וטוען כי בג"צ התייחס לשני הפרטים – העותר החילוני והאזרח הדתי המזוקן – כאילו הם נטולי הקשרים קהילתיים כלשהם. ראו י' לבנת "פרט וקהילה: ביקורת קומוניטריאנית על בג"צ 205/94 נוף נ' משרד הבטחון" משפטים לא (תש"ס) 219, 233: "בית-המשפט כלל לא נתן את דעתו לעניין ההשתייכות הקהילתית של בעל הזקן הדתי ושל בעל הזקן החילוני." ראו גם בע' 238. לדעתי, ביקורת זו אינה מוצדקת. בית-המשפט הכיר בחשיבות הזקן לבני קהילות דתיות, והכרתו ביטאה תפיסה מורכבת, ורגישה לחשיבות ההקשר הקהילתי. בג"צ לא ציפה, כאמור, שגידול זקן יעלה כדי חובה הלכתית כתנאי להכרה בצורך לאפשר (ככל הנחת) לבני הקהילה הדתית לשמור עליו. הוא הכיר בחשיבותו של הזקן כמאפיין בעל משמעות מעצם היותו פרקטיקה נוהגת. אין במחלוקת שלי עם לבנת ביקורת נגד גישת הקהילתנות כשלעצמה, והתרומה של מאמרו בהצגת גישה זו לשיח המשפטי בישראל חשובה בעיניי; אולם נדמה לי שהתפיסה שהתבטאה בפסק-הדין הולמת במידה רבה את התפיסה הקהילתנית, מכיוון שהיא מכירה באותם היבטים של עצמיות שאינם נופלים לגדרם של סיווגים רעיוניים מופשטים המקבלים את משמעותם כחלק מהקשר של היחיד לסביבתו.

גידול זקן אינו מתחייב מבחינה פורמלית טמונה הבנה רגישת־הקשר. זו הבנה שאותה פרקטיקה גופנית ממש עשויה לקבל משמעויות מגוונות בחברות שונות.⁵⁸ בשנות השישים היה הזקן סמל של מרדנות, חופש והתרסה נגד הנהגים הבורגניים של ריסון ועידון "גידולי הפרא" שהגוף מייצר.⁵⁹ או כדוגמה נוספת, במערב התיכון האמריקאי שבו למדתי אין זה נדיר לראות גברים מגדלים את זקנם לקראת בוא החורף כדי להגן על פניהם מפני הקור העז. (בפעם הראשונה שראיתי זקן כזה על פניו של חבר יהודי באוניברסיטה, שהורגלתי לראותו מגולח, הנחתי בטעות שזהו זקן אֵבליים.)

פסק־הדין מכיר בעובדה שמאפיינים מסוימים של העצמי, בין אם נסווגם כטבעיים ובין כסימן רצוני ומודע,⁶⁰ מקבלים משמעות וחשיבות מכוח מקומם במערכת סמלים בחברה נתונה. קל היה לבית־המשפט, ואולי אף מפתה,⁶¹ לנקוט דרך אחרת, ולדחות בביטול פרקטיקות כגון גידול זקן כחיצוניות, בלתי־מהותיות ובלתי־חשובות.

58 דיון בעל אופי דומה מצוי בפסק־דין אחר של בג"צ שעניינו החובה להבוש כסוי ראש המוטלת על הגברים הטוענים לפני בית־דין רבני. ראו בג"צ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650 (להלן: עניין ריש); כן ראו הנ"ל 107/99 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, תק"על 2(99) 533: בית־המשפט דחה את טענת העותר, עורך־דין, כי הדרישה להופיע בבית־הדין הרבני בכיסוי ראש פוגעת בחופש הדת והמצפון שלו, בשל היותו אתאיסט. השופטות מנתחות את משמעותה של חבישת כיפה בחברה הישראלית העכשווית. ניתוח זה (כולל המחלוקת בקריאת המשמעויות הרווחות בחברה הישראלית בעניין זה בין השופטת דורנר לשופטת ביניש) הוא בעיני ניתוח מצוין, שיכול לשמש דגם של יישום ראוי של המתודולוגיה של סמיוטיקה חברתית. דיסציפלינה זו מספקת כלים לקריאת משמעותם של סימנים ותפקודם החברתי, ובכך היא עשויה להועיל למשפט כאשר הוא נדרש לפרש את תפקידם של סימנים אלה, כמו בעניין נוף ובעניין ריש. לספר מבוטא בתחום זה, ראו: R. Hodge & G. Kress *Social Semiotics* (New York, 1988).

59 הסרט "The Same River Twice" (U.S.A., R. Moss dir., 2003) מתעד חבורת חברים בשתי נקודות בחייהם – בסוף שנות השבעים, בקיץ שבו חיו בקומונה בגרנד קניון, כשהם עירומים ובלתי־מגולחים רוב הזמן, ושוב בסוף שנות התשעים. אחד הגברים המרואיינים מביט בסרט מלפני עשרים שנה ומעיר: "באותם זמנים לא היית צריך להסביר מדוע אתה מגדל זקן. השאלה הייתה מדוע להתגלח." על המשמעויות המשתנות של זקנים בחברות שונות, ראו: A. Peterkin *One Thousand Beards: A Cultural History of Facial Hair* (Vancouver, 2001).

60 בעבודת הדוקטורט שלי, המנתחת נושא זה בהרחבה, אני משתמשת במונח אותות – markers. מונח זה מקפל בתוכו את הדו־משמעות בין עקבות או סימנים של גופניות ביולוגית לבין הבחירה הרצונית לעטות סימן ולבטא מסר באמצעותו.

61 ראו התבטאויות השופטים, המבטלות את חשיבותן של תביעות שעניינן מאפיינים חיצוניים, בהערה 55 לעיל. בתי־משפט ברחבי העולם, כאשר הם מתמודדים עם שאלות של חשיבות המאפיין החד־פעמי, כגון זקן, שיער או לבוש, נוטים לחפש עיגון למאפיין הזה בזהותו של הפרט המשפטי. הבעייתיות בחיפוש אחר עוגן של זהות אמיתית בפסק־דין כאלה זהה לבעייתיות שבעמדת המדינה בבג"צ נוף. היזכרו במקרה הדיילת השחורה שקלעה את שערך בצמות ופוטרה בשל כך (לעיל הערה 6 והטקסט הנלווה לה). בית־המשפט האמריקאי דחה את טענת ההפליה הגזעית בנימוק שלא כל הנשים השחורות קולעות את שערן בצמות כאלה, וניתן למצוא אף נשים לבנות המאמצות סגנון שיער זה. גישה דומה מצידו של בית־המשפט הישראלי היתה מובילה לא־הכרה במשמעות הזקן לבני הקהילה הדתית, מכיוון שלא כל הגברים הדתיים הם בעלי זקן, וישנם אף גברים לא־דתיים המגדלים זקן.

הבה נעבור לחלק הבא של ההנמקה: כיצד ניתן, מבחינה משפטית, להצדיק את זקנו של העותר שאינו דתי? כאמור, בטיעונו בבג"צ לא יכול היה עקיבא נוף לעגן את זקנו בזהות כלשהי או בעיקרון כלשהו. זה לא היה זקן המבטא אמונה דתית או חיים בתוך קהילה דתית. זה לא היה זקן "היפי" או אף זקן המעוגן בטעמי בריאות (למשל בשל סיבות רפואיות המונעות גילוח תכוף)⁶² או בטעמים מעשיים אחרים כלשהם (כגון שמירה על חום הפנים, כבדוגמת המערב התיכון לעיל). זה זקן שלא ניתן לייצגו בקלות באמצעות שפה או להסבירו תוך שימוש בעיגונים קטיגוריים (בדיוק כפי שאצל נוסבאום, המאפיינים המיוחדים של האהוב אינם ניתנים להצדקה, לעיגון בתכונות תרומיות או להפשטה). אילו אימץ בית המשפט את ההיגיון המשפטי התר אחר אפשרות ההכללה והייצוג בשפה, היה עליו לחפש אחר הקטיגוריה שבאמצעותה היה אפשר להצדיק את זקנו של העותר. אבל בית המשפט בחר בדרך אחרת, המבטאת הכרה בכך שישנם רכיבים בהווייתם של נמעני המשפט שגם אם אינם ניתנים לייצוג מילולי (דבר המהווה תנאי להצדקתם העקרונית), ממלאים תפקיד בחייהם. כמו עיני האהוב אצל נוסבאום, זיהה בית המשפט כי למרות היעדר ההצדקה הברורה, למרות שהזקן אינו ניתן לפענוח פשוט של מה שעומד מאחוריו, נהפך הזקן מבחינתו של העותר –

"לחלק בלתי נפרד לא רק מדמותו אלא גם מהווייתו. מבחינה זו אין כל הבדל בין מי שמגדל את זקנו מטעמים הכרוכים באמונתו הדתית לבין מי שעושה כן מטעמים אחרים. בין שהוא אדם דתי ובין שהוא חילוני, ברבות הימים הופך הזקן לחלק ממנו. כך הוא נתפס בעיני עצמו וכך גם בעיני הבריות."⁶³

בהבחנה בין "דמותו" ל"הווייתו" של העותר פסקהדין מבטא הבנה של יחסי הכינון ההדדי שבין עולמו של הפרט כפי שהוא חווה עולם זה ("הווייתו") לבין האופן שבו הוא נראה בעיני אחרים ("דמותו"). השניים תלויים זה בזה ונוצרים אחד־האחר. העובדה שזקנו של נוף נתפס בעיני הבריות כחלק בלתי־נפרד ממי שהוא נעשתה חלק מן הסיבה לכך שהזקן חשוב לו־עצמו. טענתו של העותר היא אומנם טענתו של פרט, של אינדיווידואל, אבל זה פרט שעולמו מכונן גם דרך התייחסויות־הגומלין (האינטראקציות) שלו עם סביבתו והאופן שבו סביבה זו מבינה ותופסת אותו. הוא אינו אי בודד, ישות נפרדת ואוטונומית לחלוטין. טענתו של העותר בדבר הצורך להישאר עם הזקן נובעת מהיותו יצור חברתי, איש בין אנשים, בעל מראה ותפקיד חברתי. הזקן מקבל משמעות בעיני העותר בתוך מעין מחול

62 לפסקי־דין העוסקים בטענתם של מועסקים אמריקאים־אפריקאיים שכללי הגילוח במקום העבודה נגועים בהפליה, מכיוון שהם מטילים נטל לא־פרופורציונלי על שחורים, שעורם בדרך־כלל רגיש ואינו עומד בגילוח יומיומי, ראו: *Smith v. Delta Airlines, Inc.* 486 F.2d 512 (5th Cir. 1973); *EEOC v. Greyhound Lines* 635 F.2d 188 (3d Cir. 1980). כן ראו: *Kennedy v. District of Columbia* 654 A.2d 847, 854–855 (1995) (בהינתן החוקיות של תקנות גילוח לכבאים, וביניהן תקנה המאפשרת גידול זקן לבעלי בעיות עור הקשורות לגילוח).

63 חוות־דעתו של השופט מצא בעניין נוף, לעיל הערה 11, בע' 457. כן ראו דבריו של השופט טל: "כשם שאין להעמיד אדם שומר מצוות בניסיון להסיר את זקנו (אפילו בדרך שלדעת הרבה פוסקים אין בה איסור), כך אין להעמיד בניסיון כזה את האדם שזקנו הוא, לטעמו 'הדרת פניו'." (ההפניות הושמטו). ראו שם, בע' 464–465.

הדדי של יצירת משמעויות בינו לבין סביבתו. אין לומר שהמשמעות נוצרה אך ורק על-ידי, על-ידי מעשה גידול הזקן ואי-גילוחו. גם אין לומר שהמשמעות נוצרה רק על-ידי סביבתו, דרך תגובתה (קבלתה, דחייתה והפירוש שייחסה לזקן).⁶⁴

כך שבה-בעת שהזקן נתפס כחלק מדמותו של העותר, זה האחרון לא התבקש להכניס עצמו לסד של קטיגוריית זהות מוגדרת היטב שתסביר את הזקן. השופטים ייחסו חשיבות לכך שהזקן הוא חלק מתחושת עצמיותו, מן האופן שבו הוא וסביבתו תופסים אותו ומן התחושה שללא הזקן, הוא לא יהיה הוא עצמו לאותן עיניים הרואות אותו כאדם קונקרטי. העיניים שעל בית-המשפט לאמץ כשיטה הן עיניים שכעיני האוהב, מביטות בעותר לאשורו, פֶּאדֶם הממשי והמסוים, ולא פֶּאדֶם "עקרוני". לעותר יש גוף, מראה, גיל והקשר חברתי. לו היו השופטים מביטים בו רק על-פי עקרונות ובאופן מופשט, לא היו מסוגלים לזהות את טענתו בדבר חשיבות הזקן. אופן ההסתכלות שאימצו השופטים על-מנת שיתאפשר להם לזהות את חשיבותו של הזקן לעותר היא המתודולוגיה של עיני האוהב אותה ביססה נוסבאום. אלה העיניים שהמשפט נדרש לגייסן בהביטו על נמעניו במקרים כדוגמת עניין נוף.

כאמור, המדינה טענה כי ההבחנה הראויה בהקשר זה היא בין אלה המגדלים זקן מטעמים של הכרה דתית לבין אלה שזקנם נעוץ בטעמים אחרים. בית-המשפט פסל הבחנה זו, ונכון עשה. במקומה מצא בית-המשפט כי ההבחנה הרלוונטית היא זו שבין – "מגודלי זקן שהזקן הפך לחלק מדמותם ומאורח חייהם, ושחיוכם להסירו יפגע בכבוד האדם שלהם, לבין בעלי זקן אחרים, כגון מי שלשם התהדרות חולפת או מטעמי נוחות לפרק זמן מוגדר החלו זה מקרוב לגדל זקן."⁶⁵

לפי הבחנה זו, הן נוף והן בני הקהילה הדתית זכאים להגנה מפני גילוח זקנם כחלק מן הזכות לכבוד-האדם.⁶⁶ ההבחנה שמציע השופט מצא עדיפה בעיני על זו שהציעה

64 מעבר לכך, גם העותר וגם סביבתו החברתית נתונים בתוך מערכת סמיוטית, רפרטואר של מונחים, טעמים ואפשרויות בחירה שהם פועלים במסגרתו בין אם ירצו בכך ובין אם לאו. לכן, מעבר למשמעות שהעותר או סביבתו החברתית מייחסים לזקן, יש לזקן הקשרים תרבותיים, אסוציאציות ומובנים שכולם פועלים במסגרתם. ראו על כך בטקסט הנלווה להערה 81 להלן. כן ראו דיונו של דון הרצוג בהיעדרה של אפשרות לצאת אל מחוץ למערכת המשמעויות הרווחת, ו"פשוט להסתפר": [S]omeone whose hairstyle is simple doesn't escape making any symbolic claims, even if he wants to. Instead, he claims – depending on the local code – to be classically austere, athletically disciplined, vigorously masculine, hardnosed, efficiency-minded, or whatever else. And he will effortlessly be read as pressing those claims, even if he doesn't intend to, even if he is oblivious to the code" D. Herzog; ראו:

Poisoning the Minds of the Lower Orders (Princeton, N.J., 1998) 462–463

65 דבריו של השופט מצא בעניין נוף, לעיל הערה 11, בע' 463. השופט ט' שטרסברג-כהן והשופט צ' טל הצטרפו לחוות-דעתו של השופט מצא בלוויית הערות משלהם.

66 לבנת מבקרת את העובדה שבית-המשפט הציג את העניין כשאלה של זכויות בסיסיות, בנימוק ששיה הזכויות "מתמקד באינדיבידואל ומתכחש להקשרים החברתיים, ההיסטוריים והתרבותיים שלו, תוך התכסות באיצטלה של אוניברסליות". לבנת, לעיל

המדינה, גם אם אינה, כשלעצמה, נטולת בעיות. זו הבחנה עדיפה מכיוון שהיא מכוונת למשמעותו של המאפיין הקונקרטי מבחינתו של הפרט הניצב לפני בית-המשפט. אכן, על המבחן המשפטי לשאול על-אודות החשיבות והמשמעות של המאפיין האישי מבחינתו של הסובייקט; על המשפט לשאול עד כמה המאפיין שהפרט מבקש להגן עליו בבית-המשפט (זקנו, שמו, סגנון שער, לבוש) חשוב לו כחלק מדמותו והווייתו. זו כמובן שאלה שלצידה הן קשיים עקרוניים והן קשיים ראייתיים; אבל זה עקרון הבירור ההולם מקרים דוגמת עניין נוף. המטפורה שהצעתי כאן באמצעות חיבורה של מרתה נוסבאום, המטפורה של עיניים אוהבות המוכנות ומסוגלות לזהות את המאפיינים המייחדים את הפרט, שבלעדיהם "הוא כבר אינו הוא", משקפת את מהותו של המבחן הרצוי. האתגר של עיצוב מבחן שיברור בין מאפיינים אישיים שראוי שהמשפט יגן עליהם לבין כאלה שאין מקום שהמשפט ייחלץ להגנתם הוא ללא ספק אתגר נכבד. זהו סוג הנושאים שנדמה כי התקדמות פיתוחה של ההלכה בהם ממקרה אחד לאחר היא הדרך הטובה ביותר

הערה 57, בע' 234) עמדתי היא שגם אם יש מקום עקרוני לביקורת כזו כלפי שיה הזכויות, הרי שבמקרה הנתון, ובמיוחד באשר לזכות לכבוד שבה מעגן בג"צ את פסיקתו, ניתן-גם-ניתן מקום להקשרים חברתיים, היסטוריים ותרבותיים. השאלה אילו עניינים נופלים לגדר כבוד-האדם משתנה מחברה לחברה ומזמן לזמן. כאן, לא רק שבית-המשפט הכיר בחשיבותו של הזקן לבן הקהילה הדתית כחלק מכבוד-האדם של האדם הדתי, אלא שייטכן אף שהכרתו בחשיבות הזקן לאזרחי ישראלי יהודי שאינו שומר מצוות היתה גם היא נטועה בזהות הישראלית ובהקשר של ההיסטוריה והתרבות היהודית. בשיחה על פסק-הדין הזה העלתה חברתי חגית לרנאו את האפשרות שבית-המשפט ראה את זקנו של נוף כעניין הכלול בכבוד-האדם בגלל ההיסטוריה הטראומטית של גילוח זקניהם של יהודים בפומבי ובכפייה, כאקט משפיל של אנטישמיות באירופה. אף בית-משפט במדינת-ישראל, כך הציעה, לא ייתן יד לסיטואציה שבה אדם יהודי נאלץ לגלח את זקנו. נקודה זו לא נידונה במפורש בפסק-הדין, אבל היא נראית לי כאפשרות סבירה ביותר. השאלה אילו חלקי גוף ורכיבי הופעה חיצונית הינם בעלי משמעות טעונה ו"סימכה" משתנה בהתאם להקשר התרבותי והחברתי. העובדה שלבעלי הזקן הדתיים היתה קטיגוריה זמינה להסביר ולהצדיק את זקנם אינה צריכה לשלול את האפשרות של מי שאינו דתי לשמור על זקנו. בשולי הדברים אומר עוד כי ייתכן שהזכות לכבוד, להבדיל, למשל, מן הזכות לשוויון, פתוחה דיה לפטור אותנו מן הצורך להכניס את הסובייקט, ראשית-לכל, לתוך סד של הגדרה ברורה של זהותו, ורק אחרי שהגדרנו מי הוא מבחינה משפטית, לשקול את טענתו. בכל שאלה של שוויון, בטרם ניתן לבדוק את קיומה של הפליה, יש לסווג ביחס למי עשויה ההפליה להתקיים. עניין זה מחייב את הטוען להפליה להכניס עצמו לגדרי זהות משפטית כלשהי. למשל, אם פלוני טוען כי הופלה מחמת נטייתו המינית, על המשפט לברר אם היה זוכה ביחס שונה לו היה בעל נטייה מינית אחרת. כך, פלוני חייב ראשית-לכל להגדיר במפורש את נטייתו המינית כדי שיהיה אפשר להשוות אותה לנטייה המינית האחרת, של הקבוצה שביחס אליה הוא מופלה. הצורך הזה בסיווג תחת קטיגוריית זהות ברורה נחסך כאשר השאלה מובנת כשאלה של כבוד-האדם. במובן זה, השאלה מנוסחת אומנם בשפה של זכויות, אבל עיצובה של הזכות הוא בעל פוטנציאל להיות פחות סגור ופורמלי ויותר מעוגן בהקשרים תרבותיים. עוד על הפוטנציאל הטמון בהמשגה דרך הזכות לכבוד, להבדיל מן הזכות לשוויון, ראו א' קמיר "יש סקס אחר": עבירת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון, וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם" (יפורסם במשפט וממשל, תשנ"ה).

לגשת אליהם.⁶⁷ למשל, השופט מצא מייחס חשיבות לעובדה כי העותר היה בעל זקן במשך עשרות שנים קודם לעתירה. ספק אם אמת-מידה זו, לפיה רק מאפיין אישי ותיק יזכה בהכרה משפטית, היא אמת-מידה הולמת בכל מקרה והקשר. לעיתים, גם מאפיינים שהפרט אימץ זה מקרוב יהיו ראויים להגנה. לשם המחשת הבעיה, האם נאמר, לדוגמה, שאין להכיר בזכותו של עולה חדש לעברת את שמו בשל כך שהוא מבקש הכרה משפטית במאפיין אישי חדש, שלא היה נחלתו במשך עשרות שנים? מה שנראה כחידוש מבטא לעיתים תחושת זהות עמוקה ומושרשת, הראויה להכרה. העולה החדש עשוי לטעון שהעברות מקרב אותו לשורשיו ההיסטוריים והלאומיים, ולכן דווקא השם הגלוי שהיה שמו כל חייו הוא בעיניו השם הארעי במהותו.

נוסף על כך, השופט מצא מבחין את הזקן של העותר מזקן שמגודל "כניסוי אופנתי ארעי". גם אם זו נראית לי הבחנה נכונה עקרונית, הרי שהמשימה של יישום ההבחנה הזאת הלכה למעשה הינה מורכבת. שינוי שמתחיל כניסוי או כגחמה מתברר לעיתים בדיעבד כחלק מכוון של תהליך שינוי כללי יותר בהווייתו של הפרט. התחושות שלנו באשר לעצמיותנו מכוונות ומתגבשות לעיתים דרך השינוי החיצוני ובאמצעותו, ולא מתוך מה שנחוה כפנימי ועקרוני במקורו. בחינת כל מקרה בהקשרו מאפשרת שימוש באינדיקציות חיצוניות שיעזרו לנו להחליט בדבר שאלת המשמעות והחשיבות של המאפיין העומד לדיון לבעליו. בעניין נוף הציע השופט מצא מענה פרוצדורלי מעשי, שיעזור להתמקד בבעלי הזקן שזקנם משמעותי להם, על-ידי קביעה בתקנות "כי הספקת ערכה מיוחדת מותנית בכך שבעל הזקן יחתום על הצהרה כי הזקן הינו חלק מדמותו ומאורה חייו, וכי אין בכוונתו לגלותו, אך אם יסיר את זקנו יחזיר את הערכה המיוחדת כנגד הספקתה של ערכה סטנדרטית".⁶⁸

שאלה נוספת הנותרת פתוחה לאחר פסק-דין זה היא אם יהיה בית-המשפט נכון להכיר בחשיבותם של רכיבים המצויים בנקודות ההשקה של העצמי גם כאשר יהיה מדובר ברכיבים פחות מקובלים ונפוצים. לא קשה להזדהות עם עולמו של גבר בעל זקן, אבל רוב המקרים שבהם מגיעים שאלות בעניינים של לבוש או שיער לבית-המשפט מובאים על-ידי בני קבוצות מודרות, בעקבות תגובות בלתי-סובלניות כלפי מאפייניהם החיצוניים. האתגר שיוצב לפני השופטים, לזהות את חשיבותו של המאפיין האישי לנמען המשפטי, יהיה גדול יותר במקרים שעניינם, למשל, מאפיין של מיעוט אתני, או לבוש המייצג מגדר שאינו תואם את מינו הביולוגי של הלוכש.⁶⁹ זו נקודה חשובה, אולם אין בה כדי לבטל את

67 דומני שזו גם דרך הנגזרת מגישתה של נוסבאום כי תפיסה קוהרנטית של הקיום האנושי אינה אפשרית רק במונחי שיח אוניוורסלי, ודורשת הבחנה במאפיינים הקונקרטיים של מצב נתון, בתוך הקשרו. ראו נוסבאום ידע האהבה, לעיל הערה 14, בע' 37.

68 עניין נוף, לעיל הערה 11, בע' 464. לטענת-הנגד של אפשרות ההתחזות משיב השופט שכבר בהסדר הקיים יש חשש התחזות, שהרי אלה החותמים על הצהרה שהם מגדלים את זקנם מטעמי דת אינם נדרשים לכל ראייה חיצונית לגבי אורח חייהם הדתי, והמדינה מסתמכת על הצהרתם לבדה.

69 לבנת רומז גם הוא לבעייתיות שבנקודה זו בביקורתו על השימוש בשפתו נטולת-המגדר של בית-המשפט (המדבר על זכותו של "אדם", ולא על זכותו של "גבר" לגדל זקן). ראו לבנת, לעיל הערה 57, בע' 234, הערה 40.

הדרך הנכונה שבה הלך פסק־הדין במקרה זה, גם אם זה מקרה קל יותר מהמקרה שבו, לדוגמה, תעתור אשה לבקש הגנה מפני הצורך למרוט את זקנה.⁷⁰ יש לקוות שההיגיון שהותווה בפסיקה הזאת ינחה את בית־המשפט בהכרעותיו במקרים שבהם יהיה לו קשה יותר לדמות לעצמו את אותם עיני אוהב דקות־הבחנה ורגישות־פרטים בהביטו על הפרט המשפטי.

נוסף על כך, יש לשים לב שאותו היגיון החולק, למשל, על זכותם של טרנסג'נדרים ללבוש בגדים שאינם תואמים את מינם הביולוגי היה, במובן מסוים, מנת־חלקו של נוף במצעו עם המדינה. ההצהרה שעליה התבקש נוף לחתום בבואו לתחנה לחלוקת ערכות המגן היתה מעין "טופס־הסבר" של זקנו. הציפייה שהזקן של נוף יהיה ניתן להסבר פָּרוֹר ולהצדקה מתקבלת על הדעת הינה ציפייה פשטנית, לפיה הפרטים בחברה מתהלכים לפנינו כשהם ניתנים לסיווג בנקל. זו השקפה שנראית אמפירית גרידא, אבל פעולתה היא גם נורמטיבית: זוהי דרך העולם הטבעית, ואת מי שאינו מתיישר עם הכלל המובן מאליו הוזה יש לרסן. אנשים מתהלכים בעולם כשהם מסומנים בתוויות קלות לקריאה, וכך צריך להיות. כשם שגבר נראה (וצריך להיראות) גבר, ואל לו לטשטש את אפשרות הפענוח המהירה של מינו, כך, בעל זקן – משמע דתי, ומי שאינו דתי, אל לו להתעקש לבלבל לנו את הסדר החזותי הנוח עם זקן נטול־הצדקה.

אבל (למרבה המזל) לפרטים בחברה מופְּעִים מורכבים הרבה יותר, מכיוון שהסיפורים שלהם מורכבים הרבה יותר. זאת, ניזכר, בניגוד לגישתו של אפלטון, המניחה אפשרות לסווג כל אחד לפי המהויות הבסיסיות של נפשו. עובדה זו אכן מסבכת את האפשרות שלנו לפענח את האחר בנקל (נטייה טבעית שהיא חלק מהצורך שלנו להתמצא בעולם);⁷¹ אבל, כפי שהדגימה נוסבאום, זוהי מורכבות מחויבת המציאות: הניסיון שלנו לפשט את מלאכת הפענוח של האנשים סביבנו בכך שנעניק הכרה משפטית רק לזקן שאנחנו מסוגלים לזהות ולהסביר בקלות, הוא ניסיון עקר.⁷² מגמה כזו תוליד לא רק שיממון חזותי, אלא שיטת משפט שאינה מספקת מענה להווייתם של נמעניה על כל רובדי הקיום שלהם.

הפוליטיקה של כיפות בישראל תדגים נקודה זו. בחברה הישראלית אנחנו אמונים על סיווג מהיר של השתייכות קבוצתית לפי כיסוי ראש.⁷³ מה עושה מי שמרגיש שהוא משתייך מבחינה אמונית לחובשי הכיפה הסרוגה, אבל מחזיק בדעות "שמאלניות" ואינו

70 לסקירה היסטורית של שיער פנים אצל נשים, ראו: Peterkin "The Feminine Beard", *supra* note 59, at p. 97. כן ראו: R. Whitaker "Women with Facial Hair" 22 *Source* (2000), פורסם באתר: <http://www.source.ie/issues/issues2140/issue22/is22artwomfac.html> (ביקורת תערוכה של הצלמת Trish Morrissey).

71 על הצורך שלנו לשפוט את המציאות במהירות ראו אצל א' רייכמן "משפט, ספרות ואמפתיה: בין השעיית השיפוט להשהייתו" צדק פואטי: הדמיון הספרותי והחיים הציבוריים (מ' ק' נוסבאום עורכת, מ' שקודניקוב תרגם, 2003) 161, 165-166.

72 נוסבאום מצביעה על האופן שבו הפנייה לכתובה על דברים כמו אהבה או התכונות החד־פעמיות של העצמי היא פנייה לנסיון פענוח מהיר, לעיתים מהיר מדי, המנוגד להשתוות ולהמתנה, שהם לעיתים מה שנדרש אל מול מושא מבטינו. ראו נוסבאום "האהבה והפרט", לעיל הערה 9, בעמ' 321.

73 ראו ד' ארנון "מעניין פרטי לסמל ציבורי: על הכיפות שעל ראשי היהודים ועל מה שהן

רוצה להיתפס ברחוב הישראלי העכשווי כ"מתנחל"? לפני שנים מספר עבדתי לצד אדם שחבש כיפה סרוגה, אבל שחורה. כלומר כיפה שלא התאימה לדגם הכיפה הסרוגה של גוש אמונים ולא לדגם כיפת המשי השחורה, החרדית יותר. האם היינו שוללים מאדם כזה את האפשרות לחבוש כיפה סרוגה שחורה אילו התקשה (וסביר שהיה מתקשה, או לפחות מסרב) להגדיר באופן מובהק את הקטיגוריה הדתית שאליה הוא משתייך? האם היינו מבקשים מאדם זה להחליט מה הוא? ב"איך הוא" של הכיפה שלו יש כדי לערער את ההנחות שלנו בדבר היכולת לפענח כל אדם בנקל, ולהתעכב מעט לפני השיפוט המהיר בדבר זהותו.

הזקן הדתי הוא המקרה הקל. זה הזקן שדי לו בעיניים המרוחקות, הבלתי-מתעניינות והבלתי-מעורבות, שיש להן נכונות ויכולת להבחין רק במה שניתן לפענח מהיר. לכן, הזקן הדתי הוא המקרה הפחות מעניין ומאתגר מבחינת התיאוריה של המשפט. הזקן החילוני מדגים כי העיניים המורגלות בחילוף הכללי מן הפרטי אינן מספיקות לעיתים. הזקן החילוני הוא המקרה הדורש הבחנה בפרט בנסיבותיו הקונקרטיות וברב-הממדיות של קיומו.

סיפור אישי: בימי מלחמת המפרץ הראשונה עבדתי בחנות צילום בתל-אביב. יום אחד, בעודי מאחורי הדלפק, נכנס לחנות אדם, עמד מולי, וחיך חיוך רחב. לאחר כמה שניות של מבוכה כמעט בלתי-נסבלת, הוא הודעה, בפנים נפולות המבטאות עלבון ואכזבה. התחוור לי שלפני עומד חבר קרוב, שאני מכירה שנים רבות. מאז היכרתיהו היה עם זקן, והסיבה שלא זיהיתי אותו היא כי הוא גילח את זקנו מחמת האיום הכימי. ההבדל בדמותו היה, למרות היכרותנו הקרובה, גדול מכדי לאפשר לי לזהותו.⁷⁴

אכן, בעניינם של בעלי הזקנים במלחמת המפרץ לא היה מדובר באיסור פוּזיטיבי על הפרט מפני גידול זקן, כי אם (כפי שכתבה השופטת שטרסברג-כהן בהערתה המצטרפת לפסק-הדין) במצב מינורי הרבה יותר, שבו הפרט יידרש לשלם בעד המסכה היקרה יותר על-ימנת לשמור על זקנו אם מסכה זו לא תסופק על-ידי המדינה. ככל זכות, גם ההגנה על

מסמלות" כובעים בראש: על כיסויי ראש בארץ-ישראל ועל מה שמתחתם (תשנ"ה) 92. כן ראו א' לוי "מסדר זיהוי" החרדים (1998) 40.

74 חבר אחר ששוחחתי עמו על פסק-הדין סיפר לי שהרס"ר בבסיס שבו שירת, בעל זקן זה שנים, חש מושפל עקב הצורך להופיע לפני פקודים ועמיתים ללא הזקן. דוגמה אחרת לקשר בין זקן לכבוד מצויה בעיסוק האובססיבי של התקשורת האמריקאית בזקן של פידל קסטרו, ובתוכניות של שירותי הביטחון החשאיים להוציא לפועל מבצע שבו יגלחו את זקנו: "The symbol has replaced the man and his political reality. The most absurd and expensive and ludicrous example is the CIA plot – acknowledged before Congress – to deprive the Cuban leader of his copious beard through a chemical introduced in his cigars or some other equally outlandish device. A costly and delicate assignment in which an agent would risk years in prison or even his own life. The premise was that without his beard Fidel Castro would become politically impotent... He would no longer have any authority or prestige – in other words, he would become a stage comedian in a E. Desoes, gag, the laughing stock of his Cuban and third world audience" "Will You Ever Shave Your Beard?" *On Signs* (Baltimore, M. Blonsky ed., 1985) 12–13.

הזכות לכבוד אינה מוחלטת, אלא מקבלת את משקלה הראוי אל מול שיקולים מתחרים. איני טוענת כי יש להגן על זכותו של אדם לזקנו בלא שקילת שיקולים כגון הנטל על קופת הציבור; טענתי היא שבין אם יש למדינה ובין אם אין למדינה משאבים למימון מסכות גז לכל המזוקנים, הרי שההבחנה דתי/לא-דתי אינה ההבחנה הרלוונטית לשאלה מי ראוי לקבל את ערכת המגן היקרה מקופת הציבור.⁷⁵ במקומה, ההבחנה השואפת להקנות הגנה למי שהזקן הוא בעל משמעות נכבדה בעבורו היא ההבחנה הראויה. משעמדתי על האופן שבו זיהה בית-המשפט את חשיבותו של הזקן לעותר ועל האתגרים שיעמדו לפני בית-המשפט במקרים דומים בעתיד, אדון בהיבט מרכזי נוסף של העתירה, והוא הקטיגוריות שבאמצעותן אנו נוהגים להבין מאפיינים חיצוניים. קטיגוריות אלה כוללות סיווגים כגון טבעי/מלאכותי, קבוע/בר-שינוי, חשוב/גחמתי. המדינה טענה כי יש להבחין בין אלה המגדלים זקן מטעמי דת לאלה המגדלים זקן מטעמים אחרים. אבל הטעמים האחרים האפשריים שמנתה המדינה היו רק טעמים שעניינם "נטיות פרטיות מיוחדות" או "לשם נוי או מטעמי נוחות".⁷⁶ כלומר, המדינה הציעה דיכוטומיה שלפיה כל זקן שאינו דתי הינו לכאורה זקן זניה, מכיוון שהוא עניין של גחמה אישית או אופנה חולפת.

דיכוטומיה כזו מתבססת על ההנחות הרווחות בתרבות המערב, כפי שהזכרתי בפתיחה, בדבר ההיררכיה בין פנים לחוץ, נפש וגוף ותוכן וצורה. הבחנות כאלה מושרשות במחשבתנו ונראות לנו נכונות אינטואיטיבית, ולכן חשוב לבחון אותן בזהירות. הצגתו של כל מי שמגדל זקן מסיבות שאינן דת (או טעמים אחרים הניתנים להכללה ולייצוג, כגון בעיות עור או מחאה חברתית) כמי שניתן לצפות ממנו להיפרד מזקנו בן-לילה ללא קושי, מכיוון שזה עניין של גחמה, טעם או נוחות, היא הצגה פשטנית, המתבססת על הנחות בעייתיות באשר לטיבן וחשיבותן של פרקטיקות גופניות וייצוגיות. אִמְנָה שתיים מהן. ההנחה הבעייתית הראשונה היא שהפרט הוא בעיקרו פנימיות מופשטת, וכי פנימיות זו ניתנת להפרדה מגופניותו וחיצוניותו, ועולה בחשיבותה על זו האחרונה. ההנחה הבעייתית השנייה היא ההנחה שאדם קם בבוקר ויש לו יכולת להמציא את עצמו מחדש באופן חופשי ואוטונומי, נטול קשר לביוגרפיה שלו, להרגלים שלו ולסביבתו החברתית. אדון בקצרה בבעייתיות הטמונה בהנחות אלה.

באשר להנחה הראשונה, כי הדברים שאנו רגילים לדבר עליהם כעל פנימיים ומופשטים ניתנים להפרדה ועולים בחשיבותם על הדברים שאנו חושבים עליהם כעל

75 ראו דיונו של השופט מצא בעניין זה, עניין נוף, לעיל הערה 11, בע' 463-464. אין ספק, כפי שמעיר השופט טל, כי העותר המסוים הזה יכול היה להרשות לעצמו לשלם את מחירה של מסכת הגז היקרה יותר (שם, בע' 464). הזקן של עקיבא נוף אינו אתר דחוף של עוול או מצוקה חברתית (וניתן אכן לבקר את פסק-הדין בהיותו חלק משורה של פסיקות בעניין כבוד-האדם שעניינם בזכויותיה ובעולמה של הקבוצה ההגמונית, המבוססת חברתית וכלכלית). אך משניתן פסק-הדין, ובעקבותיו קולות הביקורת כלפיו, ראוי להתעכב עליו ולטעון בדבר נכונות ההנמקה שיצאה מתחת ידיו של בית-המשפט – המוצאת דרך להכיר בחשיבות המאפיינים החד-פעמיים של העצמי גם כאשר אלה אינם ניתנים לעיגון בקטיגוריה כללית כלשהי.

76 שם, בע' 456.

חיצוניים, פרטיקולריים ומקריים: לפי הנחה זו, מכיוון שהפנימיות עולה בחשיבותה על החיצוניות, ראוי להכיר בחשיבותה של החיצוניות רק אם היא מייצגת נאמנה את אותה פנימיות. כלומר, נכיר במאפיין החיצוני רק אם אנחנו מסוגלים להרכיב סיפור שלפיו המאפיין החיצוני נגזר מאיזושהי מהות פנימית ומוסבר על-ידיה. כך, אילו התקבלה טענת המדינה, היה עלינו להסיק שזקן שלא נמצא לו עיגון בזהות "פנימית" כלשהי (כמו אמונה דתית) הינו חסר חשיבות, ולכן זנית. על כך היתה אומרת נוסבאום כי הסגנון הוא בעל כוח מכונן באשר לתוכן, וכי לא ניתן למתוח קו הפרדה חד בין השניים (גם אם לעיתים – ואין לה אלו ויכוח עם נקודה זו – הפרדה כזאת עשויה לשרת אותנו ככלי ניתוח). ואם עניינה של נוסבאום הוא בהפרדה הבעייתית בין סגנון לתוכן בכתיבת טקסטים, הרי שבדיון שלי ההפרדה הבעייתית היא בין מה שניתן לכנות סגנון ותוכן של עצמיות. הרקמה החיצונית שלנו היא חלק בלתי-נפרד מעצמיותנו. לא ניתן, טוענת נוסבאום, לחשוב על אדם מסוים (להבדיל מעל האדם כשאלה כללית) דרך קטיגוריות עקרוניות גרידא. תהיה זו פעולה חסרת משמעות. אין כבישים עוקפי-זקנים, שמות או לבוש, המוליכים בדרך מהירה אל "מהותו העקרונית" של הזולת. דרכי הגישה היחידות שלנו אליו הן דרך הגוף, הסגנון, הפרטים הקונקרטיים – דרך נקודות ההשקה שלו עמנו. לפי נוסבאום, השיטה הפילוסופית התובעת הכללות סטנדרטיות, הניתנות לסיווג מדויק (ועליכן גם לביטוי בשפה), מתעלמת מהיבטים חשובים של עצמיותנו שאינם מוסרים עצמם בקלות להסבר עקרוני ולייצוג דרך קטיגוריות כלליות. בדומה לכך, להיבטים חשובים של עצמיותנו אין עוגן זמין בשפה, ולכן המדינה נוטה לבטל אותם. ביטול זה הוא ההקטר הבעייתי שעליו אני מצביעה כאן.

אין זה משכנע לומר שהזקן של הדתיים הוא בבחינת נוהג קהילתי, ולכן ראוי להגנה יותר מזקנו של העותר, שהוא לכאורה עניין פרטי. ההבחנה בין קהילתי לפרטי מורכבת הרבה יותר, מכיוון שהשניים תלויים וכרוכים זה בזה. גם עקיבא נוף הוא איש בין אנשים. גם לו, כמו לדתיים בעלי הזקן, יש דמות, וגם לזקנו יש משמעות מבחינתו. ובהשלמה, למרות היותם של הדתיים בעלי הזקן חלק מהקהילה, הם גם פרטים. חלק מקהל – כן, ובמובנים רבים, כמו כולנו, אישיותם והווייתם מעוצבת בתוך קהלם ותלויה בו. חלק מקהל – אבל עדיין גם פרטים.⁷⁷ אין חולק שהזקן אכן מקבל משמעות מעצם היותו חלק

77 הסוציולוג זיגמונט באומן (Bauman) מעיר כי בעולם בן-ימינו לא ניתן לדבר על סיטואציה שבה אנחנו שייכים לקבוצה הומוגנית. כולנו שייכים לכמה וכמה תת-קהילות, ואנחנו שייכים אליהן תמיד רק באופן חלקי. מידה מסוימת של זרות נותרת תמיד. טענתו היא כי העובדה שבכל הקשר קבוצתי אנחנו מעט זרים היא-היא המכוננת אינדיווידואליות. טענה זו מתקשרת לעניין שמגלה נוסבאום בפרט ונראית לי רלוונטית מאוד להקשר הדיון הנוכחי. בהינתן הזרות החלקית התמידית, ממשיך באומן, הנטל לשחזר את השלמות האבודה של העולם, אותה שלמות שההשתייכות הקהילתית כבר אינה מסוגלת לספק, מוטל על העצמי. נטל זה, מזהה באומן, הוא לרוב חלקי ואינו מבטיח ביטחון, אבל, לטענתי, זהו נטל המהווה חלק מעולמם של נמעני המשפט בתקופתנו, ולפיכך על המשפט לפתח כלים לזהותו ולהבינו.

"[T]he mode of 'being a stranger' is experienced, to a varying degree, by all and every member of contemporary society with its extreme division of labour and separation of functionally separated spheres... [T]he individual is a 'displaced

מנוהג בקהילה שבתוכה הם מעורבים ושעמה הם מזדהים; אבל תחושת ההלם, הקושי או הצרימה שהיו נגרמים להם אילו נאלצו לגלח את זקנם היתה נחוות לא רק ברמה הקהילתית, אלא גם ברמה האישית – אצל בעלי הזקן עצמם. פלוני הדתי, המגדל זקן עשרות שנים, היה עשוי לחוות תחושה לא־קלה בקומו ובהתגלחו מול המראה בבוקר ובלכתו בדרך בפנים חשופות. יתר על־כן, ניתן לטעון כי בהשוואה לאדם חילוני דוגמת העותר, לאדם דתי החי בקרב קהילה של בעלי זקן היה קל יותר במוכן מסוים להתמודד עם השינוי, מזאת כיוון שלא רק הוא לבדו, אלא כל הגברים בסביבתו היו ניצבים מול ההכרח לגלח את זקנם: השינוי היה נחלת הכלל, ומשמעותו היתה נהירה לכל וניתנת לעיבוד ולהסתגלות קולקטיביים. מבחינה זו, סביר שלעותר היה קשה יותר להתמודד עם גילוח הזקן כאשר רוב הגברים בסביבתו אינם ניצבים, כמותו, מול ההכרח לשנות את מראה פניהם באופן דרמטי עקב האיום הבטחוני. לכן, בהכירו בדמיון שבין מקרה הזקן החילוני למקרה הזקן הדתי, נמנע בית־המשפט מגישה פטרנליסטית כלפי בעלי הזקנים הדתיים. בית־המשפט דחה את הגישה המוכנה לקבל בלא ביקורת כל הצדקה בשם רלטיביזם תרבותי ורגישות לאחר גם כאשר באיצטלה של רגישות וסובלנות ניטל למעשה מאותו אחר מעמדו כפועל בוחר בעל יכולת התמודדות עם מציאות מורכבת.⁷⁸

מנגד, כמובן, יש היבטים שבהם לאדם הדתי היה קשה יותר מלאדם החילוני להתמודד עם הצורך לגלח את הזקן. העובדה שהנוהג אומנם אינו מצווה דתית פורמלית, אבל בפועל הוא מתפקד כסמן של אמונה ושמירת מצוות, היא החשובה כאן. עושר המשמעויות, ההיסטוריה והדימויים של הזקן בזיכרון ובדמיון של האדם הדתי הופך את פעולת הגילוח לטעונה וקשה. האפשרות שאבותיו וסמכויותיו הרוחניות של אותו אדם דתי היו גם הם

person' by definition: it is the very fact that he cannot be fully subsumed under any of the numerous functional subsystems which only in their combination constitute the fullness of his life process (the fact, in other words, that he does not belong fully to any of the subsystems and no subsystem can claim his sole allegiance) that makes him an individual... One is tempted to say that he is 'fully at home' only with himself... The self is burdened with the impossible task of rebuilding the lost integrity of the world; or, more modestly, with the task of sustaining the production of self-identity; doing on its own what was once entrusted to the native community. In fact, it is now inside the self that such a 'native community', as the frame of reference for self-identity, must be constructed". ראו: Z. Bauman *Modernity and Ambivalence* (Cambridge, 1991): 94–96.

עוד בעניין אתגר העצמיות בעולם המתאפיין בחוסר יציבות, ריבוי מסגרות של משמעות והיעדר קוהרנטיות ראו דיון בטקסט הנלווה להערה 90 להלן.

78 ראו דבריו של השופט מצא: "אכן, ביסוד הוראתה [של התקנה המעניקה זכאות לערכות מגן יקרות רק לבעלי זקן דתיים – י' ת'] ניצבת ההנחה, כי רק מגודל הזקן הדתי, אך לא מגודל הזקן החילוני, עלול להסתכן בכרירה הקשה אם לגלח את זקנו אף בנסיבות של סכנה קרובה. אלא שהנחה זו, לבד מהיותה בלתי מבוססת, אף אינה ממין העניין. מתקבל על הדעת, כי במצב של פיקוח נפש, האיש הדתי והאיש החילוני ינהגו מנהג שווה... השאלה אימתי נוצר מצב של פיקוח נפש, היא שאלה קשה ומורכבת. וברירה קשה זו אין זה מן המידה להציב, לא רק בפני העבדקן הדתי, אלא גם בפני רעהו החילוני. זה גם זה ראויים ביחס זהה." עניין נוף, לעיל הערה 11, בע' 461.

בעלי זקן במשך דורות; העובדה שבקרב קהילות מסוימות זקן הוא חלק בלתי־נפרד מן האופן שבו מגולמת גבריות, גם אלה אינן מקילות. כפי שציינתי לעיל,⁷⁹ נראה שמשמעויות אלה מילאו תפקיד באפשרות של בית־המשפט להכיר בחשיבותו של הזקן הדתי למרות העובדה שהוא אינו מצווה הלכתית.

ובאשר להנחה השנייה, כי זקנים ורכיבים אחרים המצויים בנקודות ההשקה של העצמי שאינם מעוגנים בהצדקה עקרונית הם בהגדרה עניין של גחמה, הרי שלא כך אנחנו מתלבשים, מסתפרים, נושאים שם ומדברים.⁸⁰ הדרישה המובלעת בהבחנה שהציעה המדינה, כי יש להגן רק על זקנים המבוססים על הצדקות ברורות כגון אמונה דתית, מניחה שמאפיינים חיצוניים שאינם מעוגנים במניע ברור ומנוסח היטב הם עניין של טעם חולף, שרירותי, שאינו מעוגן בהקשר, במשמעות או בערכים. אבל גם הטעם והבחירה האישיים ביותר נעשים בתוך הקשר של משמעויות תרבותיות. התספורת שלנו, למשל, מוגדרת תמיד לא רק על־ידי הוראותינו לספר, אלא גם על־ידי מערכת בלתי־נראית של קונוונציות אסתטיות ואידיאולוגיות. בחירת התספורת שלנו, והמשמעות שהיא תקבל,⁸¹ נעשות תמיד, בין אם נרצה ובין אם לאו, בתוך רפרטואר קיים של תספורות אפשריות. זוהי בחירה שלנו, אבל לא לחלוטין שלנו. קוראים וקוראות בני דור מסוים יזדהו עם החוויה של חברותי ושלי כשאנו מסתכלות על תמונות של עצמנו משנות השמונים ומשתאות איך לא נראינו או לעצמנו מגוחכות כפי שאנו נראות לעצמנו כיום בתמונות אלה: עם השיער הנפוה, כריות הריפוד בכתפיים והחותלות על הקרסוליים. בעת התרחשות הדברים לא היינו קורבנות אופנה. כן, רצינו להיראות אופנתיות, אבל השיער הנפוה נראה לנו יפה: יפה באמת, מתאים לפנים שלי, לטעם שלי. הדוגמה הזאת מובאת כאן כדי להבהיר שההקשר החברתי, התקופה ושפת הבגדים, השיער או השמות המקובלים מעצבים את הבחירות שאנו חווים כבחירות הכי אישיות. דוגמה נוספת: הורים רבים בוחרים לילדיהם שם מתוך תחושה שזה השם הטוב והמתאים, העומד באתגר המסובך של להיות לא נפוץ מדי אבל לא נדיר מאוד, לבטא את הייחוד של כוונתם, ועם זאת להיוותר בעל משמעות נאה בשפתם. ואז, כעבור כמה שנים, הם נוכחים לאכזבתם שהילד שלהם נמצא בגן או בכיתה יחד עם עוד שלושה "יהונתן", או לצד ארבעה "תום". הטעם שלנו בשמות יפים ומוצלחים נחוה כאישי, אבל הוא תמיד גם כאילו מצוי באוויר, באיזו רוח של

79 ראו הערה 66 לעיל.

80 אני מסכימה עם לבנת כי בתיאורו של השופט מצא, שלפיו הזקן הוא עניין של הגשמת רצון פרטי אוטונומי, יש מימד בעייתי, מכיוון שהוא עשוי להתפרש כתיאור פשטני מדי של האופן שבו אדם נעשה בעל זקן. (ראו לבנת, לעיל הערה 57, בע' 230, וכן עניין נוף, לעיל הערה 11, בע' 457.) כפי שאני מבקשת להדגים בגוף הטקסט הצמוד להערה זו, האופן שבו זקן עולה על פניו של אדם מצוי בקו־הגבול שבין טבע לבין תרבות, בין בחירה לבין הרגל, בין אימוץ מודע של מראה ושל אמירה לבין אותות גופניים המותירים את חותמם בגופנו ובהופעתנו מבלי משים. עם זאת, המתח בין בחירה חופשית לבין פעולה בתוך ומתוך הקשר חברתי קיים לא רק לגבי זקנו של העותר, אלא גם לגבי זקנם של אנשים דתיים.

81 על חוסר האפשרות לצאת לחלוטין אל מעבר למערך המשמעויות המקובל בחברה נתונה ראו שוב לעיל הערה 64.

תקופה, אידיאולוגיה ואסתטיקה שכולנו נטועים בתוכה ומושפעים ממנה, אם נרצה ואם לאו.⁸²

איי-אפּשֶׁר אִם־כֵּן לִהְבִּין אֶת הַפְּעוּלָה שֶׁל סִמּוֹן הָעֲצָמִי כַּמְנוֹתֶקֶת מִן הַסְּבִיבָה הַחִבְרָתִית. הוֹמָן וְהַתְּרֻבּוֹת שֶׁבָּהֶם אֲנִי חַיִּים (עַל הָאִי־דִיאוֹלוֹגִיָה שֶׁלָּהּ וִיחֲסֵי הַכּוּחוֹת בְּתוֹכָהּ) טוֹבְעִים אֶת אוֹתוֹתֵיהֶם בַּגּוֹפֵנוּ, בְּטַעֲמֵינוּ וּבְהַרְגֵלֵנוּ כַּמְעַט מִבְּלֵי מִשִּׁים.

סִיוּגִים רוֹוָחִים שֶׁל זְהוּיּוֹת וְתַפְקִידִים חִבְרָתִיִּים הוֹפְכִים בְּלִת־נְרָאִים וְקוֹנִים אַחִיזָה בְּאוֹפֵן שֶׁבוּ הַפְּרֵט לּוֹבֵשׁ אֶת מַכְנָסָיו, מַסְדֵּר אֶת שַׁעְרוֹ אוֹ גּוֹזֵר אֶת צִיפּוֹרְנָיו. מִיקוֹמוֹ עַל צִירֵי זְהוּת כְּגוֹן מִין, גֹּזֵעַ וּמַעֲמֵד חִבְרָתִי "צוֹרְבִים" בַּגּוֹפֵנוּ אֶת מְרָאָהוּ, מַעֲצָבִים אֶת טַעֲמֵינוּ וְאֵת מָה שֶׁנִּדְמָה נֶכּוֹן וְטַבְעִי לוֹ.⁸³ אִינְסַפּוֹר פְּרַקְטִיקוֹת יוֹמִיּוּמִיּוֹת, כְּגוֹן טִיפּוּחַ גּוֹף, תְּנוּעָה, לְבוּשׁ, דִּיבּוּר אוֹ אֲכִילָה, מַתְקַבְּצוֹת לְכַדֵּי הַדְּבַר שְׁאוֹתוֹ אֲנַחְנוּ וְאַחֵרִים סְבִיבָנוּ חוּוִים כַּחֲלָק בְּלִת־נִפְרֵד מַעֲצָמִיּוֹתֵנוּ. בְּשִׁיר "אֲנַחְנוּ שְׁנֵינוּ מֵאוֹתוֹ הַכֶּפֶר", הַדְּמִיּוֹן שֶׁל הַחֶבֶר שֶׁנִּפְלַח בְּקֶרֶב לַחֲבֵרוֹ שְׁנוֹתֵר בְּחַיִּים אֵינוּ עֲנִיִּין בִּיּוֹלוֹגִי. "אוֹתָהּ קוֹמָה, אוֹתָהּ בְּלוֹרִית שִׁיעָר, אוֹתוֹ חִיתוּךְ דִּיבּוּר, מָה יֵשׁ לוֹמֵר" – הַקּוֹמָה כֹּאן, אֲנִי מַצִּיעָה, אֵינָה עֲנִיִּין שֶׁל סְנַטִּימֵטְרִים גְּרִידָא, אֲלֵא שֶׁל אִיזָה אוֹפֵן מִשׁוֹתֶף שֶׁל הַחֻזְקָת הַגּוֹף, שֶׁל מְרָאָה כְּלָלִי (חִישְׁבוּ עַל הָאוֹפֵן שֶׁבוּ מִזְהִים מוֹשְׁבֵנִיק בַּחֲבֵרָה הַיִּשְׂרָאֵלִית לְפִי אוֹפֵן הַלִּכְתּוֹ, עֲמִידָתוֹ אוֹ דִּיבּוּרוֹ). כֵּךְ גַּם בְּאִשֶּׁר לְבִלּוֹרִית הַשִּׁיעָר שְׁבִשִׁיר – אֵין מְדוּבֵר בַּתְּסַפּוֹרֶת מְדוּיֶקֶת אוֹ בְּצַבֵּעַ שִׁיעָר זֶה, אֲלֵא בְּאוֹפֵן שֶׁבוּ הַרְקַע הַמִּשׁוֹתֶף מִשְׁפִּיעַ מִבְּלֵי מִשִּׁים עַל צוֹרְתָהּ שֶׁל הַבְּלוֹרִית.⁸⁴ בְּמוֹבֵן זֶה, הוֹקֵן שֶׁל הָאָדָם הַדְּתִי אֵינוּ נִבְדֵּל כְּלִיכֵךְ מִזְקֵנוּ שֶׁל הָעוֹתֵר. רֵאֵינוּ שְׁאֵין זֶה זֶקֶן הַמַּעֲוֹגֵן בְּצִוּוֵי הַלְּכָתִי פּוֹרְמָלִי. סְבִיר לִהְנִיחַ שֶׁגַּבֵּר הַגְּדֵל בַּקְּהִילָה דְתִית שְׁמַנְהָ הוֹקֵן מוֹשְׁרֵשׁ בַּהּ מַגְדֵּל זֶקֶן כַּמְעַט

82 ראו: Denise Riley "Your Name Which Isn't Yours" *Impersonal Passion: Language's Affect* (forthcoming 2005, Duke University Press) (ניתוח של אופן פעולתם של שמות כמצוי במתח שבין הביטוי הפרטי למוסכמות הטעם הבלתי-נראות).

83 חוקרים בתחומי-דעת שונים (מבלשנות עד סוציולוגיה, מפסיכולוגיה ועד מחשבה מדינית) ממפים את האופנים שבהם פרקטיקות יומיומיות בתחומים כגון לבוש, צורת דיבור, אכילה ואופן החזקת הגוף הם תוצר של חלוקת תפקידים חברתית, אידיאולוגיה ומארג של כוחות, שככל שהם מושרשים יותר, כן הם נעשים שקופים יותר. דיון נרחב בתיאוריות אלה חורג ממסגרת הדיון הנוכחית. כמה מקורות קלאסיים חשובים כוללים: E. Goffman *The Presentation of Self in Everyday Life* (New York, 1959); P. Bourdieu *Distinction: A Social Critique of the Judgment of Taste* (Cambridge, R. Nice trans., 1984); W. Labov "The Reflection of Social Processes in Linguistic Structures" *Readings in the Sociology of Language* (New York, J.A. Fishman ed., 1968) 240; J. Butler *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of 'Sex'* (New York, 1993). נוסבאום עצמה מקדישה פרק בספר אחר שלה לתיאור תפקידה של החברה בהשפעה על הנהגים והתפיסות הנחשבים בתרבות שלנו כאינטימיים ופרטיים במהותם, כגון מאפיינים מגדריים, תשוקה ונטייה מינית. ראו: M.C. Nussbaum "Constructing Love, Desire, and Care" *Sex and Social Justice* (New York, 1999) 253.

84 מילים ולחן נעמי שמר. אף שמר עצמה, יש להבחין, חשה ביכולתה המוגבלת של השפה לתאר את האופנים הכל-כך קונקרטיים וחמקמקים, אבל עדיין בלתי-ניתנים להכחשה, ששני החברים דומים בהם (היא מציינת שמדובר בדמיון בקומה, בבלורית ובחיתוך דיבור, אבל מכיוון שקשה לתאר את טבעו המדויק של הדמיון, כיצד נראית הקומה או הבלורית, היא עושה מחווה למוגבלותה של אפשרות הביטוי בכותבה "מה יש לומר").

באופן טבעי, כבררת־מחדל, מכיוון שכך עושים כולם.⁸⁵ רק אחר־כך, אולי, הוא מתפנה לעיין ברעיונות שמאחורי מנהג זה ושורשיו בהגות היהודית. תפקידם של ההרגל והקונוונציה, של הסיבות הבלתי־ניתנות לביטוי בשפה, של הטעמים וההרגלים, הינו גדול הן במקרה של הוקן הדתי והן במקרה של הוקן של עקיבא נוף.

לפני סיום אתיחס בקצרה לשתי ביקורות אפשריות באשר לטענתי בדבר החשיבות שבפיתוח תיאוריה משפטית להבנת טיבם וחשיבותם של מאפייני זהות פרטיקולריים. ביקורת אפשרית אחת נגד קו הטיעון שלי היא שהוא עשוי להוביל לביטול אחד ההישגים הגדולים של שיטות המשפט המודרניות, הישג שהוא תולדה של מסורת הנאורות, והוא ההכרה בשוויון של כל אדם באשר הוא אדם, ללא תלות בתכונותיו הפיזיות והפרטיקולריות (מינו, גזעו, גילו ואף תוארו או עושרו). לפי ביקורת זו, החזרת משתנים כאלה לתוך ההיגיון המשפטי עלולה לסכן את חירותו ושוויונו של הפרט, שמעמדו המשפטי יהפוך תלוי באותם מאפיינים חיצוניים, שרירותיים ולא־עקרוניים. ההנחה בבסיסה של הביקורת היא ששוויון הוא היפוכו של שוני, ושוויון אמיתי אינו יכול לסבול הבדלים. לפי גישה זו, בתהליך השקלא־וטריא של ענייני נמעניו, על המשפט להיות עיוור, לא לראות אותם עצמם, אלא לחלץ את המאפיינים הכלליים של המקרה הקונקרטי שלהם. אולם קולות הולכים וגוברים בשיח המשפטי מכירים בכך שהעקרונות של עיוורון ושל דמיון פשטו את הרגל, והם אינם נגזרות הכרחיות של שוויון. בביקורת רבת־עוצמה על המודל הרולסיאני של מסך הבערות, מראה רוברט פוסט, למשל, כיצד בשורה ארוכה של פסקי־דין אמריקאיים שעניינם איסור הפליה נאלץ בית־המשפט להכיר בכך שאין באפשרותו להיות עיוור למינם או להופעתם החיצונית של נמעני המשפט.⁸⁶ פוסט ואחרים סוברים כי ניתן וצריך לפתח תיאוריה משפטית של שוויון שאינה עיוורת; שמכניסה הקשרים רחבים יותר למשוואה, ובתוכם התכונות הייחודיות, הקונקרטיות, של הפרט העומד לפני בית־המשפט.⁸⁷ דומני כי הגיעה העת להיפרד בגלוי ממיתוס העיוורון,

85 כפל המשמעות של המלה האנגלית habit משקף את האופן שבו פרקטיקות גופניות כגון לבוש נעשים שקופים לגבינו וכמעט בלתי־וולונטריים, חסרי הצדקה סדורה או מחשבה מוקדמת. המשמעות הארכאית של מלה זו היא, Bodily apparel or attire; clothing, "A settled disposition or raiment, dress", ואילו המשמעות בת־זמננו היא, כידוע, "A tendency to act in a certain way; one acquired by frequent repetition of the same act until it becomes almost or quite involuntary" Oxford English Dictionary, 2nd ed., 1989.

86 ראו מאמרו של פוסט ומאמרי תגובה בספר: R. Post *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law* (Durham N. Car., 2002). כן ראו טענתה של אייריס יאנג בדבר הצורך להכניס לתיאוריה הפוליטית דין־וחשבון מפורט על־אודות תפקידו של הגוף בשמירת יחסי הכוח הפוליטיים והנגישות לצדק: איזה גוף נחשב יפה ואיזה גוף נחשב דוחה? כיצד אנחנו מבטאים במחוות שבאות לנו באופן טבעי את היחס שלנו לגופים שסביבנו? מה הם תכונותיו ומראהו של הגוף המקצועי, נשא התבונה ושיקול־הדעת? – כל אלה הן שאלות פוליטיות, ולא רק אסתטיות. I.M. Young "The Scaling of Bodies" *Justice and the Politics of Difference* (Princeton N.J., 1990) 122–155, esp. 149.

87 בתחום אחר שבו כותבת נוסבאום היא מבקרת את המודל הרולסיאני ברוח דומה. בגישת היכולות (The capabilities approach) שפיתחה נוסבאום, יחד עם הכלכלן אמרטיה סן,

ולאפשר לנמעני המשפט להיכנס לגדרי המשפט באופן תלת-ממדי וקונקרטי, על כל האתגרים והמורכבויות של צעד כזה.⁸⁸

כפי שזכור, בה-בעת שעיני האוהב אצל נוסבאום מבחינות בפרטים הקטנים והמיוחדים, הן רואות גם את התכונות הכלליות יותר, הניתנות לייצוג בשפה דרך מושגים כלליים. משמע, הן עיניים המסוגלות להכיל בעת ובעונה אחת הן את הפרטיקולרי והן את האוניוורסלי בהווייתו של מושא מבטן.

בית-המשפט מכנה את נוף לאורך פסק-הדין "בעל-זקן". אף אם הנקיטה בביטוי זה היתה מקרית (בגלל מטבע-הלשון הזמין בשפה העברית), זה ביטוי קולע בעיני גם מן הבחינה התיאורטית, מכיוון שהוא משקף יפה את אותו מתח בין חד-פעמי לכללי שאליו אני מבקשת להסב את תשומת-הלב. המטבע "בעל-זקן" מבטא את חוסר אפשרות ההפרדה בין נוף לבין זקנו, ובה בעת את הסירוב לעשות דרוקציה של נוף לכדי זקנו. מחד גיסא, מטבע-הלשון "בעל-זקן" משדר כי אנחנו רואים את הפרט דרך זקנו. מאידך גיסא, אין הוא מפחית את הפרט לכדי זקנו.⁸⁹ המלה "בעל" מבטאת ומשמרת את היותו של נוף סובייקט

טמונה ביקורת על כך שהמודל של ג'ון רולס אינו מתמודד די הצורך עם השונות ביכולת הפיזית של הפרטים בחברה הצודקת שהמודל שלו מבקש לכוון. היא ממקדת את ביקורתה במיוחד נגד האופן שבו רולס מוותר במפורש על כך שהמודל שלו יביא בחשבון אנשים עם מוגבלויות מנטליות. ראו: M.C. Nussbaum *Beyond the Social Contract: Toward Global Justice* (forthcoming, Harvard University Press).

88 אכן, יש לעשות זאת בוהירות. יש להיזהר, למשל, מן ההנחה כי על-מנת להעניק הכרה, הגנה ויחס של כבוד לרכיבים פרטיקולריים בעצמי, יש לסווג אותם ולהגדיר אותם לעיפה, באופן שיש בו סכנה דכאנית. הציווי של נוסבאום בדבר השתיקה (ראו לעיל סוף חלק ג) חשוב כאן. מטרתה של השתיקה בהקשר שלנו היא הימנעות מן הדחף להגדיר באופן ממצה את סוגי הזקנים האפשריים. כאשר בג"צ הכיר בזקן של נוף כחלק מכבוד-האדם שלו, הוא התנגד לרפלקס המותנה של המשפט להגדיר את סוג הזקן ולהכפיף אותו לטעם כללי יותר, שמונה, לכאורה, בבסיסו. בכך ביטא בית-המשפט את אותה תובנה של נוסבאום בדבר כוחה של השתיקה. הוא לא נכנע לפיתוי להכביר מילים וסיווגים על הזקן. בראיית הזקן כחלק מכבוד-האדם, התווה בג"צ סביב הזקן מעין תחום שבו מותר לנמען המשפטי (גם כאשר הוא מבקש להגן על זקנו) לשתוק – לא להסביר תחת איזו קטיגוריה ותת-קטיגוריה יש להבין את הזקן. עוד ראוי להבחין כי אפשרויות הסיווג בעניינים של מאפיינים חד-פעמיים הן אינסופיות כמעט. יש משמעות, למשל, להבדלים דקים יותר מאשר הצמד ההופכי מזוקן/לא מזוקן (האם הזקן ארוך וגדל פרא או מעוצב ומסודר? האם הוא זקן-תיש? האם הוא כולל שפם או פיאות? וכו'). שוב, המסוימות החד-פעמית של זקנים מתנגדת מעצם טיבה לתיאור באמצעות קטיגוריות מכלליות הזמינות בשפה.

89 מהלך דומה נעשה במעבר בשיח המשפטי מדיבור על זכויותיהם של "נכים" לדיבור על זכויותיהם של "אנשים עם מוגבלויות". המונח האחרון, להבדיל מקודמו, אינו מצמצם את מושאו לכדי הנכות שלו. הוא נותר אדם, ישות משפטית וחברתית. ההכרה במוגבלותו הפיזית היא אומנם חלק חשוב וחיוני להבנת עולמו, צרכיו וזכויותיו, אבל היא רק חלק, ולא חוות הכלל המגדירה אותו דרך נכותו. ראו א' אופיר וד' אורנשטיין "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998: אמנציפציה בסוף המאה ה-20" ספר מנחם גולדברג (א' ברק ואח' עורכים, 2001), 41, במיוחד בע' 54, 60-62. כן ראו דיון מצוין בחשיבותן הן של ההגדרות הפורמליות והן של אופני הדיבור היומיומיים על מוגבלות: S. Linton *Claiming Disability: Knowledge and Identity* (New York, 1998) 8-33. אני מודה לשגית מור על שהסבה את תשומת-לבי להפניות אלה.

שאינו רק זקן מהלך. הוא נותר בעלים, היצוני במידת־מה לזקנו. בית־המשפט נכון לראות את העותר דרך זקנו מבלי לנסות לסווג את הזקן כפרט היצוני ומשני בחשיבותו ל"פנימיותו" או כזקן הקשור לרכיבים "מהותיים יותר" של זהות זו. בהקשר זה, ניסיון להגדיר את הפונקציה של הזקן היה ניסיון עקר. השאלה מה מבטא הזקן ב"פנימיותו" של נוף היה מחמיץ את טבעה של פנייתו לבית־המשפט, מכיוון שהמרקם היצוני של עצמיותו אינו ניתן להפרדה מכל מושג שעשוי להיות לנו על־אודות "פנימיותו".

ביקורת אפשרית שנייה כלפי קו הטיעון שלי תצביע על הדילמה הבאה: כיצד ניתן לטעון שעל המשפט להכיר בעצמיותו וייחודיותו של הפרט, ובאותה נשימה לטעון שאותה עצמיות אינה עניין של בחירה ופועלות בלבד, אלא גם תוצר של נסיבות היצוניות, כוחות חברתיים, תרבותיים ואידיאולוגיים בלתי־נראים? שוב, זו בעיה שעליה נשפך דיו רב. המתח בין הבנייה חברתית לבין אוטונומיה ופועלות הוא מתח מורכב, וניווט כנראה עם האתגר שבהבנתו עוד זמן רב. אני נמנית עם אלה הסוברים כי יש אומנם לקבל הרבה מן הביקורת הפוסט־סטרוקטורליסטית המצביעה על היותו של הפרט נטוע בתוך שפה ותרבות, תוצר של הבניה חברתית, אך עם זאת אל לנו לוותר על תפיסה הומניסטית המשמרת את רעיונות הפועלות והבחירה. זה דיון רחב מכדי להיכנס אליו במסגרת זו. אביא רק ציטוט אחד המבטא את כיוונה של התשובה שלי לביקורת מסוג זה:

"Modern men and women are contingent; they are also aware of their contingency. Mere possibilities are empty, yet they can be filled with a great, even infinite variety of contents. Mere possibilities is the potential of personal autonomy, it is also the potential of a total loss thereof. Modern men and women are unstable and fragile, yet they seek a certain degree of firmness. They easily stumble into chaos, therefore they need at least a fragment of 'cosmos' to make sense of their own lives and, possibly, render meaning to it."⁹⁰

עולמם של נמעני המשפט הוא אכן לא יציב וחסר משמעויות החלטיות. הם מכוננים על־ידי ערב רב של כוחות ופועלים בתוך מגוון רחב של הקשרים. אבל בכך אין כדי לשמוט את הקרקע מתחת לנסיונותיהם להבין את חייהם, לצקת לתוכם משמעות ולהגן על הווייתם, כפי שהם מבינים אותה, בבית־המשפט.

ה. סיום

בחיבורה "האהבה והפרט" נוסבאום שואבת אותנו לתוך מחלוקת אקוטית. אולם

90 A. Heller "Death of the Subject?" *Constructions of the Self* (New Brunswick, N.J.G. Levine ed., 1992) 269, 282. לגישה דומה, ראו גם: S. Benhabib *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics* (New York, 1992) 1–19.

בעודנו משקיעים עצמנו בתוכה, אנו עשויים לא להבחין בהנחת־מוצא משותפת, ששני הצדדים לוויכוח מסכימים עליה. גם אלה המצדדים בחשיבותם של ההיבטים החד־פעמיים של האהוב וגם אלה המצדדים באפשרות לתאר אותו במונחים כלליים ולמצוא את התואם לו באדם אחר מסכימים כי עיני האהוב רואות דברים בעצמותו של האחר שעניינם אחרות אינן מסוגלות, אינן פנויות או אינן מעוניינות להבחין בהם.

ביקשתי להציע כאן כי המטפורה של עיניים אוהבות יכולה לשמש את התיאוריה של המשפט בדיוק באותם מקרים שבהם המשפט עלול להיכשל בקוצר־רוח כלפי נמעניו, ברצותו לייחס חשיבות רק למה שהוא מורגל לתפוס כמהותם הבסיסית, הפנימית, ללא מוכנות להתעכב על האופן שבו הם חווים את עצמם למעשה ועל הפרטים החשובים להם בעצמותם.

הקריאה של נוסבאום לאהוב ולשתוק דוחקת בנו להכיר במגבלותיה של האפשרות לתאר באמצעות מושגים כלליים מהו בדיוק מושא אהבתנו. גם בהיעדר שפה שתתאר את טיבו של המאפיין החד־פעמי שעליו מבקש הנמען המשפטי להגן, אין הדבר צריך למנוע את המשפט מלעשות כמיטב יכולתו לספק הכרה והגנה כאלה. איני קוראת לשופטים ולמחוקקים לאהוב את נמעני המשפט, אלא לראות אותם כישויות קונקרטריות, ולא רק דרך מושגים עקרוניים, ולהקשיב רוב קשב לדיווח שלהם באשר להיבטים החשובים להם בהווייתם ובדמותם. ניתן להבין את הצעתי לאימוץ המתודולוגיה של עיני האהוב כאמצעי ליישום שלם יותר של עקרון כבוד־האדם. לולא היתה התרבות המשפטית שלנו מעוצבת תחת השפעת מסורות הדוחות את הגופני ואת הקונקרטי, ניתן היה להסתפק ברעיון של כבוד־האדם כאמצעי לזיהוי חשיבותם של מאפיינים חד־פעמיים. אולם בהינתן הנטייה החזקה של שיטות המשפט המערביות להעדיף את העקרוני והמופשט, יש צורך לפתח כלים שיכניסו את הקונקרטי והגשמי בחזרה אל תוך עקרונות־יסוד דוגמת כבוד־האדם. בקטע מן החמישייה הקאמרית עומדים החיילים במסדר, והמפקד שואל את אחד מפקודיו מדוע אינו מגולח. "ספירת העומר, המפקד!" משיב החייל, שברור שאין בינו לבין מנהג ספירת העומר דבר מלבד התואנה שמנהג זה מספק לו כדי להתחמק מגילוח.⁹¹ איננו הפצים בשיטת משפט שבה בעלי זקן יצטרכו לאחוז בתואנות ועילות משפטיות לא־להם על־מנת לזכות בהגנה למה שהם מבינים וחווים כחיוני לתחושת העצמיות שלהם. לכן, כפי שביקשתי לטעון כאן באמצעות חיבורה של נוסבאום ועניין נוף, עלינו לפתח כלים להכרה בחשיבותם של מאפיינים של נמעני המשפט המצויים בנקודות ההשקה שלהם עם סביבתם, גם אם קשה לתאר מאפיינים אלה באמצעות שפה מושגית ולסווגם תחת קטיגוריית זהות מובהקת.

91 ראו "רס"ר" החמישייה הקאמרית בירוק (DVD הד ארצי, במאי: איתן צור, 2002).