

## לשים את האדם במרכז כאפשרות אפשרית – תגובה לפתח דבר מאת דפנה ברק-ארז: "לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט"

מאת

צבי טריגר\*

המשפט – כפרפרזה על דבריה של סימון וייל (1909-1943) – הופך כל אדם לְדָבָר.<sup>1</sup> גב' בוחבוט נהפכת ל"נאשמת",<sup>2</sup> גב' רבינאי ל"מערערת",<sup>3</sup> אישה שמתגרשת נהפכת ל"פלונית" ובעלה ל"אלמוני" (שהרי דיונים מסוימים, כגון בתיקי משפחה, מתקיימים בדלתיים סגורות), ובתוך כך אחד מהם הוא "התובע" והאחר הוא "הנתבע", וילדיהם – אם יש להם ילדים – הם מעתה "הקטינים" (בציון גילם, כאשר זה רלוונטי). אחרים נהפכים מאנשים עם שם פרטי ושם משפחה ל"מתלונן" או ל"נילוץ", ל"עותרת" או ל"משיבה". לכל איש יש שם שנותן לו המשפט. כבר בפתחו האנשים מופשטים מבגדיהם שלבשו כאשר יצאו מביתם, ומולבשים בפיג'מת בית-חולים לשונית של כינויים משפטיים-גנריים, בתוך חדר ההלבשה הצר המוכר בסוגריים שבתוכם המילה "להלן", אחריה נקודתיים או מקף, ואחריהם הפיג'מה המתאימה – (להלן: המשיב), לדוגמה.

אבל לא רק העצמי והיחודי מופשטים מהבאים ומהבאות בשערי המשפט, אלא לעיתים גם סיכוייהם לקבל את מבוקשם, שכן המסמן החדש שמוצמד להם אינו ניטרלי תמיד, והוא רווי משמעויות תרבותיות (ולעיתים אף השלכות משפטיות של ממש), עוד בטרם נטען ולו טיעון משפטי אחד. כך, יש פיג'מות ומדים נחשקים יותר, ויש כאלה שנחשקים פחות. יש אף כאלה שלבישתם היא בגדר עטיית אות-קין של ממש, דוגמת "הנאשם" בתרבות שבה חזקת החפות חלשה או "המתלוננת" בתרבות פטריארכלית שבה כל אישה חשודה בכך שהיא מבקשת להיות מותקפת. מדים אחרים מנבאים בהסתברות גבוהה את התוצאה: ה"אם" לעומת ה"אב" בסכסוכי משמורת (בשל חזקת הגיל הרך, המקנה עדיפות לאימהות

---

\* פרופסור-חבר, בית-הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי – המכללה למינהל. תודה לפרופ' דפנה הקר על הזמנה להגיב על פתח-הדבר, לחברות ולחברי מערכת עיוני משפט מירב ליבנה, תומר שחל ותמרה שמרת, ולעורך אלעזר וייס, על הערותיהם המועילות. 1 דבריה המקוריים של סימון וייל היו כי "האלימות הפוכת כל אדם לְדָבָר". ראו סימון וייל "האיליאדה, או שירת הכוח" (1940); 18; Simone Weil, *The Iliad, or the Poem of Force*, Chic. Rev. 5 (1965).

2 ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647 (1995).

3 ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281 (1979). לניתוח של עובדות פסק-הדין, אשר שם את האדם במרכז, ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות 297-296 (2008).

על אבות במשמורת ילדים עד גיל שש, כאשר ההורים חלוקים בדעתם בנוגע למשמורת),<sup>4</sup> ה"תובע" לעומת ה"נתבעת" בתביעות גירושים (בשל פוטנציאל הסחטנות המוגבר של הגבר)<sup>5</sup> ועוד ועוד.

המטפורה שאני משתמש בה – פיג'מת בית-חולים – אינה מקרית. בעיית מרכזיות של האדם מעסיקה רופאים, פילוסופים ואתיקאים של הרפואה לא מעט שנים. הדבר עשוי להישמע מפתיע, משום שכאשר אנחנו חושבים על רופאים וחולים, אנחנו רואים מייד לנגד עינינו את האדם כעומד במרכז. יתר על כן, אנחנו משתמשים במונחים כגון "עבודת-קודש" כדי לתאר את עבודתם של רופאים ורופאות, אחים ואחיות, וקשה לנו לדמיין מקצוע שדורש יותר אמפתיה וקשב לזולת ממקצוע הרפואה. אומנם, יש הבדל משמעותי ועמוק בין המגע שבין הרופא למטופל לבין זה שמתקיים בין בעל-דין לבין שופטת: בעוד לגבי היחסים הראשוניים האידיאל הוא של יחסים לא-מתווכים, ישירים ונגישים, האחרונים – היחסים שבין בעלי-הדין לשופטים – מתווכים לרוב על-ידי עורכי-דין (אם ידם של בעלי-הדין משגת לשכור את שירותיהם) ומוסדרים בקפידה על-ידי כללי טקס מפורטים ורשמיים. "צריך לזכור", כותב יואל הופמן במה שלומך דולורס, "שעל הגבול שבין הפנים לחוץ ישנה שכיבה של עורכי דין".<sup>6</sup> לכן, לכאורה, בעיית מרכזיותו של האדם אינה אמורה להיות רלוונטית כלל לעולם הרפואה. אלא שמתברר שמה שנדמה כמוכן מאליו אינו כזה כלל, אפילו לא כאשר מדובר במערכת הבריאות.

בתחום הרפואה מתקיימת כבר כמה שנים התמודדות מרתקת עם המסורת הרפואית של הרופא היודע-כל, בעל הסמכות המוחלטת שאין לערער עליה, מי ששומר לעצמו את המידע ומקפיד לחלוק אותו במשורה בלבד, תוך שימוש בכתב-יד בלתי-קריא ובעגה מקצועית רוויה מונחים לטיניים שאינם מוכרים לחולה ולמשפחתו,<sup>7</sup> ואשר רואה בחולה מצבור של תסמינים ומחלות שיש לרפא, ולא אדם שלם עם חיים שקרמו לאשפוז ואשר יש לקוות שיתקיימו גם אחריו. כל אלה עולים לעיתים כדי דה-הומניזציה של ממש של החולים, והדה-הומניזציה הזו שהם עוברים בהיכנסם בשערי בית-החולים משפיעה לרעה, כך מבינים כיום, על איכות הטיפול הרפואי שהם מקבלים ועל סיכויי ההחלמה שלהם.

התמודדות זו מתרחשת בעשורים האחרונים במלוא העוצמה בארצות-הברית, למשל,<sup>8</sup> ובמידה מסוימת גם בארץ.<sup>9</sup> כתוצאה מכך ניתן למצוא גם בביקורת הרפואה קריאת-תיגר על מושגים שיש להם מקבילות במשפט. לדוגמה, תפיסת "האדם הממוצע" כאמת-המידה

4 ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. ראו גם בפתח-הדבר של דפנה ברק-ארז "לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" בכרך זה, ליד ה"ש 149-148 (להלן: פתח-הדבר).

5 ראו, למשל, רות הלפרין-קדרי "איש, אישה, קידושין ושביה: הבניית המגדר בדיני נישואין וגירושין בהלכה" תלפיות כב 451 (התש"ס).

6 יואל הופמן מה שלומך דולורס פס' 129 (1995).

7 פרודיה משעשעת במיוחד על מאפיין זה של רופאים ושל תפיסת המקצוענות הרפואית כמצריכה שימוש במונחים לא-מוכנים (ולעיתים אף חסרי משמעות של ממש) ניתן למצוא אצל מולייר החולה המדומה (נתן אלטרמן מתרגם, 1959).

8 ראו, למשל, Rita Charon, Narrative Medicine: Honoring the Stories of Illness (2008).

9 ראו, למשל, בנימין מוזס אדם חסר פנים: משבר הזהות של הרפואה המודרנית (2006).

המרכזית בחשיבה המדעית הרפואית – תפיסה שמקורה בראשית המאה התשע-עשרה כפריז – דומה מאוד למושג "האדם הסביר" המשמש במשפט, וגם הביקורות על שני המושגים הללו דומות.<sup>10</sup> כפי שכותב בנימין מוזס על "האדם הממוצע" ברפואה:

"...התפיסה של 'האדם הממוצע' פלשה לכל תחומי המחשבה הקלינית והיא הליכה של ההגדרה המודרנית של בריאות כנורמליות סטטיסטית של תפקוד. זהו הבסיס התאורטי להשוואות במחקרים הקליניים; זוהי המערכת המושגית העומדת ביסוד הערכתו של החולה הבודד. שלושת הרעיונות המרכזים (כך במקור) של הרפואה המודרנית מתכנסים אפוא למטרה משותפת – להפוך את האדם מיחודי לפרט ביולוגי, לעשות דקונסטרוקציה של האדם כפרט בעל שאיפות, נטיות אישיות, מאוויים, יעדים ומטרות, העמל ללא ליאות לממשן למרות מגבלותיו הביולוגיות."<sup>11</sup>

כמו "האדם הסביר" המשפטי, גם "האדם הממוצע" הרפואי הוא גבר.<sup>12</sup> במשך עשורים רבים נערכו תילי-תילים של מחקרים וניסויים רפואיים על גברים בלבד, למרות הברלים חשובים בין גברים לנשים, מתוך הנחה שהאישה היא גבר עם הפרעה הורמונלית ולכן ניסוי תרופות חדשות עליה יוליד תוצאות משובשות.<sup>13</sup> הנשיות נחשבה משתנה שמפריע בדרך לגילוי אופן פעולתה של התרופה על האדם. רק כעת מתחילים להבין שנשים מגיבות באופן שונה מגברים על תרופות מסוימות, שהן זקוקות לעיתים למינון שונה של תרופות מגברים, ושמצלות זהות מתבטאות אצלן בתסמינים אחרים מאשר אצל גברים.<sup>14</sup> בריאותן של מיליוני נשים הועמדה בסכנה בשל הנחת-המוצא של "האדם הממוצע", ותנועת הרפואה המגדרית מתחילה בשנים האחרונות להתמודד עם ההשלכות של מחיקת הנשים והגוף הנשי מהמחקר הרפואי.<sup>15</sup>

צעד חשוב שננקט בארץ כדי להגן על ייחודיותם של המטופלים היה חקיקת חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, אשר העלה את המודעות להיותו של החולה בראש ובראשונה אדם, "בעל שאיפות, נטיות אישיות, מאוויים, יעדים ומטרות" במילותיו של מוזס, ולא רק צֶבֶר של מחלות ותסמינים, ואף העניק סעדים במקרים מסוימים של פגיעה באנושיותו של החולה.

10 שם, בעמ' 36.

11 שם, בעמ' 40.

12 רפנה ברק-ארו "האשה הסבירה" פלילים ו 115 (1997); אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חוס דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס" פלילים ו 137 (1997).

13 ראו, למשל, אומי לייסנר "רפואה מגדרית: האם היא טובה לנשים?" המשפט טז 481 (2011); מרק גלזרמן "גברים ממאדים – נשים מנוגה: אז איך תיתכן רפואה אחת לכולם?" רבין – המגזין 5, 14 (2009); איילת שני "רפואה נפרדת לנשים ולגברים? פרופ' מרק גלזרמן חושב שהגיע הזמן" הארץ 26.6.2014 26.6.2014. [www.haaretz.co.il/magazine/ayelet-shani/premium-1.2359667](http://www.haaretz.co.il/magazine/ayelet-shani/premium-1.2359667).

14 Martha Weinman Lear, *The Woman's Heart Attack*, N.Y. TIMES (Sept. 26, 2014).

15 שני, לעיל ה"ש 13.

אלא שבמחלקות רבות בבתי-חולים ברחבי הארץ נותר החוק אות מתה,<sup>16</sup> ואחד האתגרים המרכזיים של מערכת הבריאות הישראלית היה ועודנו להעמיד את האדם במרכז.<sup>17</sup> על רקע זה, של העיסוק התרבותי הגובר בייחודיות של כל אחת ואחד, פתח-הדבר של השופטת פרופ' ברק-ארז מבקש להפנות את הזרקור הן אל האופנים השונים שבהם המשפט הפוזיטיבי מעמיד את האדם במרכז והן אל האזורים שבהם יש לחשוב, לדעתה, כיצד ניתן לשפר את המצב ולשים את האדם במרכז. פרסום המאמר תחת האכסניה של פתח-הדבר מתאים במיוחד, שכן המאמר, כפי שברק-ארז כותבת, מבקש לפתוח בשיחה על המטרות, הקשיים והדילמות שבהעמדת האדם במרכז.

אף-על-פי שהמאמר עוסק בדילמות – למשל, הדילמה שבין הרצון להתייחס לכל אחד ואחת בהתאם לנתונייהם ולנסיבות חייהם האישיות לבין השאיפה להציג יחס שוויוני לכולם ולגבש הסדרה אחידה ויעילה של החיים – אני סבור שהוא מצביע דווקא על הפרדוקסים שהמשפט נתקל בהם כאשר הוא מתמודד עם סוגיית הצבתו של האדם במרכז.

נדמה לי שלא אסתכן בהכללה גסה מדי אם אומר כי אחד הדברים שמשפטים חוששים מהם במיוחד הוא הפרדוקס. אפשר לחיות עם התנגשויות – של אינטרסים, של זכויות, של חובות; אנחנו פשוט מאזנים ביניהם. אבל פרדוקס הוא כבר יותר מדי בשבילנו, משום שהוא מכריח אותנו להתמודד עם מה שנתפס כבלתי-ניתן להתמודדות. רבים מהמתחים שמוציגים כהתנגשויות – כהתנגשות בין אינטרסים או כהתנגשות בין זכויות – ניתנים להצגה גם כפרדוקסים. יתר על כן, אולי נכון יותר להתייחס אליהם כאל פרדוקסים, ואף צריך להתחיל להרגיש נוח איתם. החיסרון של פרדוקס הוא שאי-אפשר לאזן בין א ל-ב, כי א ו-ב אינם יכולים לדור בכפיפה אחת; הם שוללים האחד את קיומו של האחר. אולם היתרון של הפרדוקס הוא שהמודעות לו יכולה אולי לעזור לנו למצוא פתרונות טובים יותר ויצירתיים יותר, ובוודאי מודעים לעצמם יותר מאשר "איוון", אשר יש בו בסופו של דבר – ולמרות שמו – צד מפסיד וצד מנצח. במילים אחרות, ייתכן מאוד שמה שמוצג כ"איוון" אינו אלא הסוואה של פרדוקס, והסוואה זו אינה מסייעת בהכרח בהעלמת הפרדוקס או במציאת פתרונות, אלא רק משתתפת בהכחשתו.

מי שאהב מאוד פרדוקסים וחי אותם, מי שכל קיומו – הן החומרי והן הרוחני – היה פרדוקסלי, היה הדוקטור למשפטים פרנץ קפקא: סופר ולימים המזכיר המשפטי הראשי והמנכ"ל בפועל של המוסד לביטוח מפני תאונות-עבודה בטריטוריות הצ'כיות,<sup>18</sup> אומן ופקיד,

16 ראו, למשל, את טוריה של ד"ר נעמה כרמי בבלוג קרוא וכתוב, העוסקים, בין היתר, בזלזול בהוראות החוק וברדה-הומניזציה הנמשכת של חולים בבתי-חולים, למרות החוק: נעמה כרמי "בית חולים, מדינת קסרקטין וחוסר החמלה" 3.3.2015 <http://tinyurl.com/ohuzl9e>; נעמה כרמי "הרקמה מסביב לצלקת (ב)" 27.8.2015 <http://tinyurl.com/hma3lo4>; נעמה כרמי "טיפול נמרץ: שתי תמונות קצרות ותמונה אחת גדולה" 14.8.2015 <http://tinyurl.com/jpsf6eq>. כן ראו אווה אילוז "קיצור תולדות חוסר האנושיות: ביקור בבית חולים ישראלי" הארץ 25.2.2015 [www.haaretz.co.il/magazine/premium-1.2574839](http://www.haaretz.co.il/magazine/premium-1.2574839).

17 ראו גם מבקר המדינה "השמירה על זכויות החולה המאושפז ועל כבודו" דוח שנתי 2013 – לשנת 2014 ולחשבונית שנת הכספים 2013 503 (2015).

18 FRANZ KAFKA: THE OFFICE WRITINGS ix (Stanley Corngold, Jack Greenberg & Benno Wagner eds., 2009) (להלן: KAFKA: OFFICE WRITINGS).

איש ספרות ועורך־דין, מחזר אובססיבי ובן־זוג בלתי־מושג. קפקא האיש, כמו־גם הכתיבה שלו, היו דבר והיפוכו: מצד אחד, הוא כתב על עצמו ש"אני לא כלום חוץ מספרות ואני לא יכול ולא רוצה להיות משהו אחר", וש"כל מה שהוא לא ספרות משעמם אותי ואני שונא אותו, כי הוא מפריע לי או מעכב אותי".<sup>19</sup> הוא התייחס אל "הכתיבה כצורה של תפילה".<sup>20</sup> מצד אחר, הוא היה מסור לעבודתו במוסד לביטוח מפני תאונות־עבודה, וחווה־הדעת שלו הן מופת של מחקר וטיעון משפטי, שרק מי שמחויב למחקר יכול לכתוב כמותן.<sup>21</sup> רבות נכתב על כתיבתו של קפקא ועל השפעתה על קריאת כל מה שנכתב אחריו,<sup>22</sup> אבל באופן פרדוקסלי גם לפניו.<sup>23</sup> ברשימה זו ברצוני להציע קריאה ברוח זו של פתח־הדבר של ברק־ארז: קריאה קפקאית של העמדת האדם במרכז (דרך אגב, איני כופה את הקריאה הקפקאית על הטקסט, משום שברק־ארז עצמה מזמינה אותנו, בסיום דבריה, לחשוב על המשל "לפני החוק" של קפקא על רקע כל מה שנכתב ונטען לאורך פתח־הדבר).

ובכן, המשפט הוא יצור קפקאי מיסודו, אולם לא דווקא במוכן השגור של הביטוי "קפקאי". "קפקאי", גם בפי מי שלא קרא שורה אחת של קפקא, "כותב שמעון זנדבנק, ממשמע מסדרונות של מבוך וביורוקרטיה פתלתלה".<sup>24</sup> אולם הקפקאיות שאתייחס אליה נוגעת במתח שבין האישי לכללי, שעומד במוקד פתח־הדבר של ברק־ארז. מתח זה – בין העמדת האדם במרכז לבין כושר התפקוד של המשפט ויכולתו להנחיל נורמות והסדרה כללית – הוא לא רק מתח, הוא פרדוקס של ממש.

פרנץ קפקא עסק לא מעט במתח הזה, הן בעבודתו כעורך־דין בכיר בתפקיד מעין־שיפוטי במוסד לביטוח מפני תאונות־עבודה בטריטוריות הצ'כיות, הן ביומניו והן בכתיבתו הספרותית. בניגוד לסופרים ולמשוררים דגולים אחרים, דוגמת פסואה, סבבו או אליוט, קפקא לא היה פקיד זוט, אלא עסק בהתוויית מדיניות, בעיצובן ובקידומן של רפורמות משפטיות־ביטוחיות ורפורמות הנוגעות בבטיחות בעבודה.<sup>25</sup>

הקפקאיות בטקסטים של קפקא מושתתת על פרדוקסים. בחרתי להתמקד ברשימה זו ברומן הטירה,<sup>26</sup> שהוא השלישי מבין הרומנים שכתב (הראשון היה אמריקה, שפורסם לאחר־מכן תחת השם הנעדר,<sup>27</sup> והשני היה המשפט<sup>28</sup>), ואשר כמו שני קודמיו, התפרסם

- 
- 19 שני הציטוטים מופיעים אצל שמעון זנדבנק אבות ואחים 72 (2004).
- 20 פרנץ קפקא תיאור של מאבק 262 (אברהם כרמל מתרגם, 1974).
- 21 KAFKA: OFFICE WRITINGS, לעיל ה"ש 18, בעמ' x.
- 22 SHIMON SANDBANK, AFTER KAFKA: THE INFLUENCE OF KAFKA'S FICTION (1989).
- 23 חורחה לואיס בורחס "קפקא ומבשריו" גן השבילים המתפצלים 156–158 (יורם ברונובסקי מתרגם, 1976); זנדבנק אבות ואחים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 74.
- 24 זנדבנק אבות ואחים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 74.
- 25 KAFKA: OFFICE WRITINGS, לעיל ה"ש 18, בעמ' ix.
- 26 פרנץ קפקא הטירה (שמעון זנדבנק מתרגם, 1978).
- 27 פרנץ קפקא אמריקה (הנעדר) (אברהם כרמל מתרגם, 1997). קפקא החל לכתוב את אמריקה ב־29 בספטמבר 1912. ראו: SANDER GILMAN, FRANZ KAFKA (CRITICAL LIVES) 66 (2005).
- 28 פרנץ קפקא המשפט (אברהם כרמל מתרגם, 1992). קפקא החל לכתוב את המשפט ב־1914. GILMAN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 80. ראו גם אליאס קנטי המשפט האחר: המכתבים של קפקא אל פליצה 92 (רחל ברחיים מתרגמת, 2003).

רק לאחר מותו. שמותיהם של גיבורי שלושת הרומנים מתחילים באות ק, כשם משפחתו של קפקא: גיבור אמריקה (הנעדר) הוא קרל רוסמן; גיבור המשפט הוא יוזף ק; וגיבור הטירה – שכתבתו החלה בשנת 1922, כשנתיים לפני מותו של קפקא – הוא בפשטות ק. גם הם, כמו בעלי-דין בהליך המשפטי, מופשטים משמם, באמצעות השימוש באות ק, וכתוצאה מכך מאנושיותם המלאה, והערטול הזה מתגבר מרומן לרומן – משם פרטי מלא (המתחיל באות ק) ושם משפחה מלא באמריקה (הנעדר), דרך שם פרטי ואות ראשונה בלבד של שם המשפחה בהמשפט, ועד לאות הראשונה (ק) של שם כלשהו – שם המשפחה או השם הפרטי? – בהטירה.

הרומן הטירה, המהווה מעין גרסה מורחבת של "לפני החוק"<sup>29</sup>, מספר את סיפורו של ק – מודד קרקעות המגיע לכפר שלמרגלות הטירה וטוען כי הטירה שכרה את שירותיו. מהטירה יוצאת בתחילה הכחשה נמרצת של טענותיו של ק. מאוחר יותר, בהמשך הרומן, שכירת שירותיו מתאפשרת, ואף ממונים לו שני עוזרים, ארתור וירמיה,<sup>30</sup> אולם לא מתאפשר לו לעבוד כמודד קרקעות. "הטירה", על-אף שמה, היא מצבור של מבנים נמוכים, עלובים למראה ולא-מרשימים בעליל:

"הטירה בכללה, כדרך שנראתה כאן מרחוק, היתה כמה שציפה לו ק. לא מבצר-אבירים ישן ולא בניין-פאר חדש, אלא מבנה מפורש, המורכב מבניינים מעטים בני קומותיים ובניינים רבים נמוכים מצופפים יחדיו. אילולא ידעת שטירה היא, ודאי היית סבור שהיא עיירה. רק מגדל אחד ויחיד ראה ק..."<sup>31</sup>

כאשר ק' (המכונה במהלך הרומן על-ידי נציג עלום של הטירה "המודד הנצחי"<sup>32</sup>) מנסה ללכת אל הטירה, הוא מגלה שאי-אפשר להגיע אליה. הוא הולך והולך, "ואף כי לא התרחק מן הטירה, גם לא התקרב אליה"<sup>33</sup>. גם ניסיון להגיע אל הטירה דרך יצירת קשר עם העובדים בה אינו מסייע בידיו של ק' להתקרב אל הטירה. הוא מנסה נואשות להתקבל אצל פקיד לא בכיר מדי המייצג את הטירה – איש ששמו מתחיל גם הוא באות ק' (קלאם) – ואף-על-פי שהוא זוכה לזמן-מה בנערתו של קלאם, הוא מחמיץ תמיד את ההזדמנויות המועטות שנקרות בדרכו להיפגש עם קלאם פנים-אל-פנים. במהלך חיפושיו של ק' אחר דרכי גישה אל הטירה, או לכל-הפחות אל הפקיד הבכיר למחצה קלאם, הקוראות והקוראים נתקלים בתליתילים של נאומים על אפשריותה של ההגעה אל הטירה או של הפגישה עם קלאם, ומתוך כך על חוסר היתכנותן המוחלט של השתיים.

29 ראו גם Gilman, לעיל ה"ש 27, בעמ' 116; שמעון זנרבנק דרך ההיסוס: על אי הודאות וגילוייה ביצירת קפקא 56 (1975).

30 קפקא הטירה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 23.

31 שם, בעמ' 11.

32 שם, בעמ' 23. אף שהיהדות אינה מופיעה במפורש ברומן הטירה, כמו-גם במרבית כתיבתו של קפקא, פרשנים רבים טוענים כי הוא עוסק בה ביצירתו. סנדר גילמן, למשל, סבר כי המשפט הושפע מפרשת דרייפוס. Gilman, לעיל ה"ש 27, בעמ' 80-88.

33 קפקא הטירה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 13.

כל טענה המושמעת על-ידי אחת הדמויות הנקרות בדרכו של ק' נסתרת מייד בטענות-נגד. מצד אחד, "הדרך לטירה היא אפשרות בלתי-אפשרית";<sup>34</sup> מצד אחר, "הדרך לטירה היא לעשות מה שאתה עושה";<sup>35</sup> מצד שלישי, "הדרך לטירה היא בלתי-רשמית; הדרך הרשמית הסומה מראש".<sup>36</sup> בסופו של דבר, בסוף הרומן, בשעה שמזכיר בלתי-מוסמך בשם בירגל, אשר ק' מפתיעו בחדרו באישון לילה, מגלה ל-ק' את הדרך לטירה – ק' נרדם ומחמיץ את ההסבר. שמעון זנדבנק זיהה שלושה פרדוקסים מרכזיים המשמשים בדברי הדמויות ברומן הטירה, ומאחוריהן את קפקא עצמו.<sup>37</sup> פרדוקסים אלה מחדדים את היות הדרך לטירה אפשרות בלתי-אפשרית: פרדוקס השלילה המופיעה בזו אחר זו – "א' ואחר-כך לא-א"<sup>38</sup> ("נכון, היא לא אהבה אותו, אך אולי אהבה אותו...")<sup>39</sup>; פרדוקס המתקיים בריזומנית – "א' ואתה שעה לא-א"<sup>40</sup> ("לאמיתו של דבר אין שום דבר נאבד... ואף-על-פי-כן הולכים תיקים לאיבוד...")<sup>41</sup>; והפרדוקס השלישי, "הפרדוקסלי והנועז מכולם", לדברי זנדבנק, הקושר את החיוב והשלילה בקשר סיבתי – "א' ועל כן לא-א"<sup>42</sup> ("יש הזדמנויות שהן גדולות במידת-מה מכדי לנצלן, יש דברים הנכשלים רק בגלל עצמם"<sup>43</sup>, כלומר, יש הזדמנויות, אבל הן גדולות מדי, ולכן הן לא-הזדמנויות).

שתי דוגמות לפרדוקסים הטבועים בעולם המשפט מובאות כבר בראשית פתח-הדבר של פרופ' ברק-ארוז: ראשית, תפירתם של ההסדרים המשפטיים למידותיו של כל אדם ואדם תבטא הכרה בייחודיות של כל אחד ואחד מאיתנו, ולכן גם באנושיותנו, אבל גם תבטל את תפקידו של המשפט להסדיר את חיינו על בסיס של יחס שוויוני לכולם; שנית, עקרון השוויון עצמו מתוח – לעיתים עד להתפקע – בין אידיאל השוויון, מצד אחד, לבין ההכרה בייחודיותו של כל פרט ופרט בחברה, מן הצד האחר.<sup>44</sup>

עקרון השוויון הוא לכאורה פרדוקס קפקאי מהסוג השלישי: א ועל-כן לא-א. בפרדוקס זה מתקיים קשר סיבתי בין החיוב לבין השלילה, ובמילותיו של זנדבנק, "לא זו בלבד שהאפשרי

- 
- 34 זנדבנק דרך ההיסוס, לעיל ה"ש 29, בעמ' 8.
- 35 שם, בעמ' 9.
- 36 שם, בעמ' 9. ראו קפקא הטירה, לעיל ה"ש 26, למשל בעמ' 257 ו-313.
- 37 זנדבנק אבות ואחים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 78.
- 38 שם.
- 39 קפקא הטירה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 190.
- 40 זנדבנק אבות ואחים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 78.
- 41 קפקא הטירה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 280.
- 42 זנדבנק אבות ואחים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 78 (ההדגשה במקור); זנדבנק דרך ההיסוס, לעיל ה"ש 29, בעמ' 60.
- 43 קפקא הטירה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 261.
- 44 ראו, למשל, את דבריה של ברק-ארוז בפתח-הדבר, לעיל ה"ש 4, ליד ה"ש 49: "תכונתו הבסיסית של המשפט היא כלליותו. לא בכדי צוין עוד לפני שנים רבות כי אחת מתכונותיה של החקיקה היא כלליותה – היותה מכוונת לכלל הציבור או לחלק בלתי-מוסום ממנו. הכלליות מתחייבת, קודם-כל, משיקולים יסודיים של צדק, הגינות ושוויון. מקרים שווים אמורים להיות כפופים לכללים שווים. כללים שונים לקבוצות או ליחידים 'מיוחסים' נחשבים סממן של שיטות לא-דמוקרטיות שעבר זמנן."

הוא גם בלתי-אפשרי, אלא הוא בלתי-אפשרי משום שהוא אפשרי.<sup>45</sup> השלילה מתקיימת משום שקיים החיוב, ובתרגום לעקרון השוויון, הפליה עשויה לכוא לעולם בגלל השוויון, לפחות לפי תחושותיו הסובייקטיביות של האדם המופלה. כך, למשל, הפעלת העדפה מתקנת עשויה להוביל לדחיית מועמדת מקבוצת הרוב בשל השתייכותה לקבוצת הרוב ולהעדפת מועמדת מקבוצת מיעוט.<sup>46</sup> פרופ' ברק-ארז מתייחסת לפרדוקס זה בצורה שונה, בכותבה כי התייחסות לאדם כאל חלק מקבוצה פוגעת מנה ובה בהתייחסות לייחודיותו.<sup>47</sup> השוויון, הממוקד במבט על הכלל ובתיקון עוולות חברתיות והיסטוריות, עלול ליצור הפליה נגד הפרט. גם הכרה בזכויות קבוצתיות – צעד שנחשב בעיני רבים למתקדם, בהכירו בעוולות העבר כלפי קבוצות מיעוט – עלולה לפגוע בזכויות הפרטים המרכיבים את הקבוצה (ובמיוחד בנשים – צניעות, הפרדה וכולי).<sup>48</sup>

הנה דוגמה נוספת לפרדוקס הקפקאי מהסוג של א ועל-כן לא-א: המונופול הדתי האוסר נישואים לא-דתיים בישראל הוביל להכרה מן הנרחבות בעולם בזוגיות ללא נישואים ובזוגיות חד-מינית. ההכרה בייחודיות האנושית (כאן – באופן שבו כל אדם ואדם בוחר את אופי הזוגיות שלו) מתאפשרת דווקא בגלל מחיקתה. גם בתחום דיני החוזים ניתן למצוא מופעים של הפרדוקס א ועל-כן לא-א – למשל, הפרשנות התכליתית של החוזה, אשר מסכלת במקרים מסוימים את תכלית החוזה הספציפי או עומדת בניגוד לרוח תכליתו של החוזה הספציפי, כפי שנטען על-ידי מבקריה של הלכת אפרופים.<sup>49</sup>

- 45 זנדבנק דרך ההיסוס, לעיל ה"ש 29, בעמ' 60 (ההדגשה במקור).
- 46 עתירה של תלמידה לבנה אשר טענתה לא התקבלה ללימודים בקולג' באוניברסיטת טקסס בשל גזעה ותוכנית ההעדפה המתקנת המיושמת באוניברסיטה נדחתה על-ידי בית המשפט העליון האמריקני בסוף חודש יוני 2016. ראו: Adam Liptak, *Supreme Court Justices*: *Comments Don't Bode Well for Affirmative Action*, N.Y. TIMES (Dec. 9, 2015) התיק: Fisher v. University of Texas, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016), [http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-981\\_4g15.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-981_4g15.pdf).
- 47 פתח-הדבר, לעיל ה"ש 4, ליד ה"ש 45-47.
- 48 שם, ליד ה"ש 38-44.
- 49 להלכת אפרופים ולפסק-דין שהביע תמיכה בה ראו, בהתאמה, ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995); דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006). לשני פסקי-דין של השופט דנציגר שביטאו את הביקורת על הפרשנות התכליתית של הלכת אפרופים ראו ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו-סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2008). לדיון בחוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011 – אשר נועד, כך לפי יוזמיו, לבטל את הלכת אפרופים ולהחזיר את מעמד הבכורה ללשון החוזה – ראו נילי כהן "נאמנות הפרשן עיוני משפט לה 587 (2013); יורם דנציגר וצביקה מצקין "האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה לאחר תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973?" משפט ועסקים טו 27 (2012). ראו גם ע"א 2232/12 הפטריארכיה הלטינית בירושלים נ' פארוואגי (פורסם בנבו, 11.5.2014), שבו הביעה השופטת ברק-ארז את עמדתה כי תיקון מס' 2 לחוק לא ביטל את הלכת אפרופים, וכי הפרשנות התכליתית בעינה עומדת, אם כי היא סברה שיש לתת משקל משתנה ללשון החוזה, לפי הנסיבות המיוחדות של כל חוזה וחוזה. למשל, לדבריה, "אין דומה



בהסתכלות קפקאית, אפוא, העמדת האדם במרכז היא פרדוקס – היא "אפשרות בלתי-אפשרית" – אבל דווקא משום כך היא מתקיימת ויש להמשיך לשאוף אליה כל הזמן. לעיתים המשפט נדרם בדיוק כאשר מספרים לו איך להעמיד את האדם במרכז, אבל במקרים רבים אחרים, כפי שברק-ארז מדגימה, הוא מצליח להתקרב עוד קצת אל הטירה. אגב, השאיפה להתאמה אישית של המשפט והסכנות שבתפירתו למידותיו של כל אדם ואדם מזכירות לא אחת את הדילמות המרכזיות שעומדות בבסיסה של פוליטיקת הזהויות, ואשר במקרים אחדים אף הובילו לשיתוקה ואף לחורבנה.<sup>50</sup> כך, למשל, הפרגמנטציה בפמיניזם גרמה, לדעת חוקרות, לצמצום האפשרות לשנות את המציאות ולנקוט פעולה פוליטית, ולעיתים אף להגבלה ממשית של היכולת לדבר.<sup>51</sup> אין להכחיש שיש הברלים מהותיים בין ההפליה שנשים אשכנזיות סובלות ממנה לבין זו המופנית כלפי נשים מזרחיות, נשים פלסטיניות, נשים לסביות, נשים ביסקסואליות ואחרות, אולם הזיקוק התיאורטי של ההברלים בין נשים תורגם לפרגמנטציה פוליטית ואקטיביסטית, והחליש את המחויבות של הפמיניזמים השונים לחולל שינוי ולהביא לידי מיגורן של צורות האפליה השונות. זוהי דוגמה לפוטנציאל השלילי, המשתק, של העמדת האישה הפרטנית, על כל תכונותיה הייחודיות, במרכז.

דבריי נשמעים אולי פסימיים, בין היתר, אולי, בגלל ההיזקקות לקפקא, אשר התקבע בתודעתם של קוראות וקוראים רבים כשייך למגירה של האפל, השרירותי והמייאש. אבל יש אצל קפקא גם הרבה הומור, והספר הטירה, על 352 עמודיו הצפופים, הוא רומן משועשע ולעיתים אף פרוזי. קפקא לא תכנן לגמור את כתיבתו, כשם שמסעו של ק' לא היה אמור להסתיים, אבל באופן פרדוקסלי זהו רומן שיש בו תקווה. כפי שקפקא מציין במקום אחר, קיומם של מכשולים בדרך מהווה מבחינתו הוכחה לכך שהוא חי – "דומה עליו כי מתוך שהוא חי חוסם הוא בפניו את דרכו. מן המכשלה הזאת הוא שב וגוזר את ההוכחה לכך שהוא חי".<sup>52</sup> ובמכתב לידיד הוא כותב כי קשיים אינם צריכים להרתיע, מאחר "שאנחנו בדרך שרק מוליכה לדרך שנייה, וזו לשלישית וכן הלאה, וגם אז עוד רחוקה הדרך הנכונה

---

חווה שנוסח על-ידי בקיאים ויודעי דת ודין, אשר שקלו כל מילה ותג, לבין חווה שנוסח על-ידי אנשי מעשה, שכוחם אינו דווקא בניסוחיהם, וזאת על רקע מערכת יחסים נמשכת ביניהם" (שם, פסק-דינה של השופטת ברק-ארז).

50 רונה ברייר-גארב "תרגיל בהשמדה עצמית: פוליטיקה פמיניסטית באקדמיה" תיאוריה וביקורת 24, 221, 224 (2004); דפנה הקר "פמיניזם דיילמתי ומודל המשמורת הפיזית הרצוי בגירושין" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 699, 702-703 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007); סילביה פוגל-ביזאוי דמוקרטיה ופמיניזם – מגדר, אזרחות וזכויות אדם 197 (2011); חנה ספרן "פמיניזמוס", נשים ומגדר במרחב האקדמי" המשפט טז 321 (2011); אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין (הומו) נורמטיביות ו(הומו) לאומיות לפוליטיקה קווירית" מעשי משפט 101, 114-115, 116 (2013); צבי טריגר "תיאוריות פמיניסטיות וזכויות להט"ביות" ספר זכויות הקהילה הגאה בישראל 81 (אלון הראל, עינב מורגנשטרן ויניב לושינסקי עורכים, 2016).

51 ברייר-גארב, לעיל ה"ש 50.

52 מצוטט אצל זנרבנק אבות ואחים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 80, בתרגומו של זנרבנק. לתרגום שונה מעט, של אברהם כרמל, ראו קפקא תיאור של מאבק, לעיל ה"ש 20, בעמ' 264.

ואולי לא נגיע אליה כלל, ואנחנו מופקרים אפוא לגמרי לאי-ודאות, אבל גם לריבוי יפה מלתאר – הרי התגשמות התקוות, ובייחוד תקוות כאלה, היא נס, בלתי-צפוי תמיד אבל לעומת זאת אפשרי תמיד".<sup>53</sup>

כך גם דרכו של המשפט, ובתוך כך של המחוקקות והמחוקקים ושל השופטות והשופטים, בחתירה להעמדת האדם במרכז: היא תמיד מובילה לעוד דרך שמובילה לדרך נוספת וכן הלאה, ועל-פי תפיסתה של ברק-ארז – לשיפור ביכולתו של המשפט לממש את השאיפה להעמיד את האדם במרכז. תנועות המשפט הטיפולי והמשפט השיתופי, למשל, מחפשות את הדרך להפוך את האפשרות של העמדת האדם במרכז לאפשרית באמצעות שינוי תפקידה של השופטת מהכרעה בהליך אדוורסרי לבירור הסכסוכים ופתרוןם באופן שיתופי.<sup>54</sup>

פתחתי בפרפרזה על דבריה של סימון וייל – המשפט הופך כל אדם לְדָבָר. פתח-הדבר של ברק-ארז מתריע מפני הסכנה של הפיכת האדם לְדָבָר, והוא כולל הזמנה לשיחה על חלק מהמופעים של סכנה זו במשפט הישראלי, כמו-גם על האפשרויות להימנעות ממנה. על-אף הפרדוקסליות הלכאורית שבשאיפה להעמיד את האדם במרכזה של מערכת אשר מיועדת להסדרה כללית ומושגת על ערך השוויון (פרדוקסליות שמדגימה, כך טענתי, את קפקאיתו העמוקה והאינהרנטית של המשפט), מדובר, כפי שמראה השופטת פרופ' ברק-ארז, באפשרות אפשרית; וגם זו – האפשרות האפשרית – היא אפשרות קפקאית לגמרי, כפי שטענתי, ולכן גם מעניקה סיבה לאופטימיות.

53 מצוטט אצל זנדבנק אבות ואחים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 80.

54 קרני פרלמן יישוב סכסוכים – משפט שיתופי וטיפולי (2015). ראו גם את ההקדמה של השופטת ברק-ארז לספר זה – שם, בעמ' ג-ה.