

שוויון וצדק פרשנות ותחולה

כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כתברות בקהילייה המוסרית אמנון רייכמן*

כולם היו יודעים אז טוב מאוד
למי, למי, יש יותר כבוד
(מתוך המחזמר קזבלן)¹

במאמר זה מוצעות שלוש תרומות עיקריות להבנת הזכות לכבוד האדם. ראשית, נטען כי אין לזהות בין הביטוי 'כבוד האדם' ובין השפלה. בין שנבין את התביעה לאי-השפלה כמתייחסת לתחושתו הסובייקטיבית של האדם ובין שנבין אותה כסטנדרט אובייקטיבי, מיקום התביעה לאי-השפלה בלבת הזכות לכבוד האדם מעורר קושי מושגי רב העולה כדי סתירה פנימית, ואף עלול להוביל להחרפת הפגיעה בכבוד האדם. כמו כן אפשר שהנזק הטמון בביסוסו של המשפט החוקתי הישראלי על מושג השפלה עולה על התועלת הטמונה בביעור ההשפלה.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. ברצוני להודות לאריאל בנדור, אלון הראל, דורון מנשה, דני סטטמן ואריאל פורת על הערותיהם המאלפות לטיוטות קודמות של חיבור זה. תודה מיוחדת לגב' אושרת אלבין על עזרת המחקר המעולה. האחריות לכתוב ובכלל זה לכל שגיאה היא כמובן שלי.

1. "כל הכבוד" (מילים: דן אלמגור, עיבוד ולחן: דב זלצר, ביצוע: יהורם גאון). השיר בוצע בסרט קזבלן (בימוי: מנחם גולן, ישראל 1973). הסרט מבוסס על המחזה "קזבלן" מאת יגאל מוסיגנון, זרוק אותו לכלבים; קזבלן (גדיש, תשי"ח), 83.

שנית, מוצעת אלטרנטיבה לתזת אי־ההשפלה. על־פי אלטרנטיבה זו, יש לפרש את המושג 'כבוד האדם' כמייצג את חברותו של כל אדם - כיצור אוטונומי בעל פוטנציאל בחירה בין טוב לרע - בקהיליית בני האנוש. בקהילייה זו, המוגדרת בעולם המעשה כ'חברה אזרחית', ממלאים בני האדם תפקידים מגוונים זה כלפי זה, כגון: קונה־מוכר, עובד־מעביד, אזרח־פקיד המדינה וכיוצא באלה. המאמר מציע להבין את הזכות לכבוד האדם כתביעה ליחס שאינו חורג מהדרישות הנובעות מהתפקידים הללו וממערכות היחסים המקימות אותן. כך, הזכות לכבוד האדם, כזכות המגנה על חברותם של בני אדם אוטונומיים בקהיליית בני האדם, מגנה מפני הדרתו של אדם מקהילייה זו, שכן יחס חורג שכזה משמעו שאדם אחד, הממלא תפקיד מסוים כלפי אדם אחר, אינו מתייחס לאחר כאל חבר שווה ומלא בקהילייה.

שלישית, וכפועל יוצא מההבנה המוצעת לזכות לכבוד האדם, המאמר טוען כי זכות זו מצויה הן במשפט הציבורי, כלפי המדינה, והן במשפט הפרטי, דהיינו במשפט החולש על מערכות יחסים בין פרטים. משום שהזכות כבר מצויה במשפט הפרטי, אין צורך להחיל את חוק־יסוד: כבוד האדם על המשפט הפרטי, ובכך לעוות את ההפרדה בין הפרטי לציבורי. כל פועלה של הזכות לכבוד האדם המצויה בחוק היסוד הוא בהסמכת בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת הפוגעת בזכות זו.

המאמר טוען כי אין לזהות בין הזכות לכבוד האדם ובין הזכות לשוויון, אך טוען כי הזכות לכבוד האדם נדרשת לעקרון השוויון בשני רבדים: ראשית, ככל זכות, כוללת גם הזכות לכבוד האדם את התביעה להחלה שוויונית, תביעה הקרויה "שוויון זכויות". בכך הזכות לכבוד האדם אינה שונה מכל זכות אחרת. שנית, מכיוון שזכות זו נועדה להגן, משפטית, על חברותו השווה של כל אדם בחברה האזרחית, מרכיב השוויון מצוי גם בעצם הגדרת הזכות. במובן זה, הזכות לכבוד האדם מגנה על היבט מסוים של המכלול הקרוי "שוויון אריסטוטלי", שבבסיסו תביעת יחס שוויוני לשווים (דהיינו לאלו המצויים, פורמלית, במצב שווה). מכיוון שכולנו חברים בקהיליית בני האנוש, כולנו במצב "שווה" לעניין היחס אשר לו אנו זכאים בבואנו למלא תפקידים שונים ולהקים מערכות יחסים עם ממלאי תפקידים אחרים. כל אחד מאתנו זכאי לאותו היחס לו היה זכאי כל אדם אחר אשר היה ממלא את אותו התפקיד או היה מצוי באותה מערכת יחסים. המאמר מציין כי נוסף על דרישת היחס השווה, צריך שהיחס הנובע ממילוי תפקיד כזה או אחר לא יעמוד בסתירה ליחס הבסיסי אשר לו זכאי כל אדם כאדם, דהיינו כישות אוטונומית שהיא תכלית לעצמה, ולא אמצעי להגשמת תכליות אחרות.

- א. פתח דבר. ב. כבוד האדם כיהס לא משפיל. ג. כבוד האדם כביטוי לחברות בקהילייה המוסרית של בני האנוש: 1. תשתית מושגית; 2. בחזרה לסטטוס? 3. אוניברסליות מול פרטיקולריות; 4. אופי הזכות: In Rem או In Personam? 5. "כבוד האדם" ו"אוטונומיה". ד. כבוד האדם כלפי רעהו: כבוד האדם במשפט הפרטי: 1. מערכות יחסים פורמליות: הזכות שלמולה חובה; 2. כבוד האדם כעילת תביעה; 3. "כבוד האדם" כראש נזק; 4. תיחום זכויות מוכרות וההכרה בזכות למינימום הדרוש לקיום אנושי; 5. כבוד האדם במשפט הפרטי - סיכום. ה. כבוד האדם כזכות חוקתית: 1. כבוד האדם ומערכת היחסים בין האזרח למדינה: עקרון החוקיות; 2. כבוד האדם, ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית והזכות לשוויון; 3. כבוד האדם, הרשות המבצעת והרשות השופטת. ו. סיכום.

א. פתח דבר

מהו 'כבוד האדם'? מהו תוכנה של הזכות לכבוד האדם? מהו היקפה? על מה נועדה היא להגן? כיצד עלינו ליישמה במסגרות המשפטיות המוכרות? בית המשפט העליון טרם הכריע בשאלות אלו.² שופטים בערכאות שונות נדרשים להן לא אחת, ולא רק במסגרת המשפט הציבורי.³ חכמי המשפט מתחבטים בשאלה אף הם, והמרחק בין העמדות רב.⁴ זה

2. למשל, טרם נקבע האם הזכות לשוויון היא חלק מן הזכות לכבוד האדם. השוויון בין הגישות השונות: לגישת הנשיא ברק, השוויון כלול בגדר כבוד האדם: בג"ץ 1113/99 עדאלה-המרכו המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164 (להלן: בג"ץ עדאלה), בעמ' 186-187. השופטת דורנר גורסת כי השוויון רלוונטי רק ביחס לקבוצות חשודות: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (להלן: בג"ץ מילר), בעמ' 131-133. השופט זמיר אינו מוכן לקבוע בוודאות כי השוויון כלול במונח כבוד האדם: בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (להלן: בג"ץ שדולת הנשים 1), בעמ' 534-536. לדיון בסוגיה ראו להלן דיון בפרק ה' 2 בחיבור זה.
3. ראו למשל ת"א (י-ם) 11258/93 נעאמנה נ' קיבוץ קליה (לא פורסם) (להלן: ת"א נעאמנה); ת"א (ת"א) 15/97 שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי (לא פורסם) (להלן: ת"א שמסיאן).
4. למשל, השוויון בין גישתו של הפרופסור אהרן ברק לעניין היקף הזכות לכבוד האדם; אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 417-420, המתבסס על מאמרה של יהודית קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה (תשנ"ה) 129, עם גישתו של המלומד הלל סומר במאמרו "הזכויות הבלתי־מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כה (תשנ"ז) 257.

מספר מאות שנים שהנושא מעסיק גם את אנשי הפילוסופיה.⁵ דומה כי אחת הסיבות למצב זה הגה היעדר מודל קונספטואלי מוסכם, שבבסיסו מושג 'כבוד האדם', וממנו נגזרת הזכות המשפטית לכבוד האדם. בחיבור זה אציע מודל מושגי שכוה, ואשרטט בקווים כלליים כיצד עלינו ליישמו כחלק משיטת המשפט הישראלית.

אינני כותב בחלל ריק, במשפט ובאקדמיה הישראלית הולכת וקונה לה אחיזה גישה על פיה עלינו להבין את המונח 'כבוד האדם' כתביעה ליחס לא משפיל.⁶ שופטים פונים לחוויית ההשפלה בהגדירם את הזכות לכבוד האדם כהיפוכה של ההשפלה.⁷ כתבי מלומדים משובצים דוגמאות לשימוש המזהה את הפרתו של כבוד האדם עם חוויית ההשפלה.⁸ הנטייה

5. לסקירה היסטורית של התפתחות מושג כבוד האדם ראו: Joern Eckart, "Legal Roots of Human Dignity in German Law", *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (David Kretzmer and Eckart Klein - eds., Kluwer Law International, 2002) 41, pp. 43-47; Izhak Englard, "Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework", 21 *Cardozo L. Rev.* (2000) 1903; Haim H. Cohn, "On the Meaning of Human Dignity", 13 *Israel Y. B. Human Rights* (1983) 226. לבחינת המושג וחשיבותו כערך מרכזי בעולם היהדות ראו חיים ה. כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטיה; עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", *הפרקליט - ספר היובל* (ארנן גבריאלי ומיגל דויטש - עורכים, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ד) 9; נחום רקובר, *גדול כבוד הבריות - כבוד האדם כערך על* (מורשת המשפט בישראל, תשנ"ט). להרחבה ועיון בנושא כבוד האדם והיותו בסיס לזכויותיו המוסריות והחוקתיות עיינו: The Constitution of Rights; Human Dignity and American Values (Michael J. Meyer and William A. Parent - eds., Cornell University Press, 1992); Human Dignity: This Century and the Next (Rubin Gotesky and Ervin Laszlo - eds., Gordon and Breach, 1970) 3-65; David Feldman, "Human Dignity as a Legal Value - Part 1", *Public Law* (winter 1999) 682; *כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל* (אלוף הראבן וחן ברם - עורכים, הקיבוץ המאוחד, תש"ס). לקט מקורות בנושא כבוד האדם ביהדות ובתרבויות העולם מצוי באוסף *כבוד האדם באשר הוא אדם* (אלוף הראבן - איסוף ועריכה, סיכוי - העמותה לקידום שוויון הזדמנויות, תשנ"ט).

6. למאמר היסוד הפרוש גישה זו ראו דני סטטמן, "שני מושגים של כבוד", *עיוני משפט* כד (תשס"א) 541. כבוד האדם כחס לא משפיל נשען בעיקרו על "תופעת קבע של המציאות הפסיכולוגית האנושית" בה אנשים נפגעים ממעשים הנתפסים כמשפילים, בכפוף, כך טוען סטטמן, לביקורת נורמטיבית על מוצדקות תחושות ההשפלה (שם, בעמ' 562).

7. למשל, ראו עמדת השופט דורנר לעיל, הערה 2, ואת עמדתה של השופטת ביניש בבג"ץ 1163/98 *שדות נ' שירות בתי הסוהר*, פ"ד נה(4) 817 (להלן: *בג"ץ שדות*).

8. כך, למשל, המלומדת אורית קמיר גורסת כי "אחת המשמעויות החשובות של ההגנה על כבוד האדם היא מניעת השפלתם של בני אדם. בשל הבדלים התרבותיים בין אנשים, בני אדם השייכים לקבוצות שונות רגישים לסוגים שונים של השפלות, ולכן ההגנה על כבוד האדם מחייבת מניעת התנהגויות משפילות מסוגים שונים המכוונות לאנשים המשתייכים לציבורים

להתמקד בכבוד האדם על-דרך הנגדתו לביזוי והשפלה מובנת: מבחינה מילולית, כבוד והשפלה הם הפכים; מבחינה רעיונית, אין אלטרנטיבה אטרקטיבית וזמינה לתזת אי-ההשפלה.⁹ המסקנה האופרטיבית, כך נראה, מתזת אי-ההשפלה היא כי על המשפט להגן מפני פעולות הכרוכות במסר משפיל. לדעתי, תזת אי-ההשפלה, כפי שהולכת ומתגבשת בפסיקה וכפי שהוצגה על-ידי המלומדים, אינה מספקת, לכל הפחות מבחינה משפטית. מכיוון שתזת זו זוכה, כך נראה, לעדנה,¹⁰ ראויה היא לבחינה מקרוב. חלקו הראשון של

שונים". אורית קמיר, **פמיניזם, זכויות ומשפט** (משרד הביטחון – ההוצאה לאור, תשס"ב), 176.

9. במאמרו מראה סטטמן את יתרונות הגישה על פיה כבוד האדם מגלם תביעה לאי-השפלה על פני מתחרתה, היא תזת 'היחס המוסרי'. על פי תזה זו כבוד האדם משמעו יחס מוסרי, דהיינו יחס, ובכלל זה התנהגות, המייחדים את האדם כבעל ערך פנימי. מובן זה "מתבטא בכך שלעולם אין להשתמש באדם כבאמצעי בלבד כי אם גם כבתכלית, והתרגום המעשי של דרישה זו תואם באופן מלא את ההכרות המוסריות הרגילות שלנו – שאסור לשקר, שחובה לעזור לזולת וכך הלאה". סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 546. כפי שמראה סטטמן, תזת "היחס המוסרי" איננה אטרקטיבית, משום שהיא "ריקה": הביטוי 'כבוד האדם' אינו מוסיף דבר לדיון, אם בעיקרו הוא אך קיצור לכל הצווים המוסריים כולם.

10. תזת אי-השפלה מזוהה בעת כתיבת שורות אלו עם גישתה של השופטת דורנר. בבג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 2), קבעה כי "לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות" (שם, בעמ' 132). מכאן מסקנתה כי "חוק היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם" (שם, בעמ' 133). על עמדה זו חזרה בבג"ץ 8238/96 **אבו עראר נ' שר הפנים**, פ"ד נב(4) 26, בעמ' 45, כאשר קבעה כי פגיעה בזכויות בלתי-מנויות תיחשב כפגיעה בכבוד האדם רק אם הפגיעה עולה כדי השפלה: "מקום שפגיעה בזכות יסוד אשר לא צוינה במפורש בחוק היסוד משפילה את האדם ופוגעת בכבודו באשר הוא אדם – כגון במצב של שלילת זכות כלשהי על רקע השתייכות קבוצתית זו או אחרת – הרי שהיא מהווה פגיעה בזכות לכבוד כמשמעותה בחוק היסוד." ראו גם דבריה בעע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נב(4) 136, בעמ' 191: "כאשר שלילת חופש הביטוי משפילה את האדם ופוגעת בכבודו באשר הוא אדם, אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד הקבועה בחוק היסוד כך שהשפלה זו לא תיחשב כפוגעת בה." ראו לאחרונה גם את דברי השופטת דורנר בבג"ץ 5432/93 **ש.י.ג. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי בבלים ולשידורי לווין** (טרם פורסם), בסעיף 16 לפסק דינה: "בליבת הזכות לכבוד מצויה הגנה מפני השפלה." הסכמה לגישה זו ו/או איזכורה מצויים בפסקי דין נוספים. ראו השופט זמיר בבג"ץ 4806/94 **ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד נב(2) 193, בעמ' 204: "גם מי שגורס כי הזכות לשוויון היא חלק מן הזכות לכבוד, אינו גורס בהכרח שכל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד. אפשר שפגיעה בשוויון על יסוד גזע או מין, שיש בה השפלה, תיחשב גם פגיעה בכבוד"; בבג"ץ 2671/98 **שרולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**,

חיבור זה יוקדש לביקורת על תזה זו. בחלק זה אראה כי תזת אי-ההשפלה בעייתית מבחינה מושגית-פורמלית, וכי מבחינה פרגמטית אימוצה עלול לגרום נזק דווקא באותם מישורים חברתיים בהם אמורה היא להועיל.

עיקרו הקונסטרוקטיבי של חיבור זה יתמקד בהצגת אפשרות אחרת – ולדעתי עדיפה – להבנת המושג "כבוד האדם", ובכלל זה להבנת כבוד האדם כזכות משפטית. ביסוד אלטרנטיבה זו ניצב המושג הפילוסופי "כבוד האדם" כמבטא את החברות membership – בקהיליית בני האנוש. בקהילייה זו חברים כל בני האדם מכוח היותם בני אדם, דהיינו יצורים בעלי יכולת (או לפחות פוטנציאל) להבחין בין טוב ובין רע (קרי לפעול באופן מוסרי). לקהילייה מופשטת זו אקרא, לפיכך, "קהילייה מוסרית": כל אחד מהחברים בקהילייה זו נדרש לפעול באופן מוסרי, ופעילות החברים (כמו גם הקהילייה) היא רלבנטית מבחינה מוסרית.¹¹ אחד המאפיינים של החברות בקהילייה זו ראוי להדגשה כבר עתה: מכיוון שהחברות בקהילייה נובעת מעצם היותנו בני אדם, חברותנו בקהילייה שווה. אין אדם חבר "יותר" או "פחות" מעמיתו, שכן מבחינה פורמלית, כבני אדם כולנו נדרשים במידה שווה לשאוף ולממש את הפוטנציאל הטמון בנו לבחור בין טוב ורע.

אם הקהילייה המוסרית קיימת כייצוג מופשט של המשותף לכולנו כיצורים אוטונומיים, הרי שבעולם המעשה, הוא העולם החברתי-ממשי, ניתן לדבר על "החברה האזרחית" כקהילייה אליה כולנו, כאנשים, משתייכים. החברה האזרחית מוגדרת אפוא כביטוי הארצי של הקהילייה המוסרית המופשטת. כך ניתן לדבר על הביטוי, בעולם המעשה, לחברות השווה בקהילייה, או במילים אחרות, על מימוש החברות בקהילייה. מימוש זה כולל מספר מאפיינים משפטיים; המרכזי שבהם הוא הכוח להתקשר – להקים ולקיים מערכות יחסים – עם עמיתים לקהילייה, דהיינו עם כל אדם אחר. סוגים מסוימים של מערכות יחסים אלו, כפי שאראה להלן, ניתנים להמשגה כמעין תפקידים חברתיים אותם יכול כל חבר לאייש

פ"ד נב(3) 630 (להלן: בג"ץ שדולת הנשים 2), בעמ' 657; השופטת ביניש בבג"ץ שדות (לעיל, הערה 7), בעמ' 864: "הזכות לכבוד בהיבט החוקתי היא מעיקרה זכות רחבת היקף שבמרכזה זכותו של האדם שלא להיות מושפל או מבוזה. משום מעמדה וחשיבותה של הזכות לכבוד האדם הייתי רואה לתת ביטוי למימושה כזכות חוקתית רק באותם עניינים שעל-פי טיבם מבטאים פגיעה בערך של כבוד האדם במובנו המהותי. תנאי כליאה משפילים או הטלת עבודה במגמה להשפיל עלולים להיות פגיעה בכבוד במשמעותו החוקתית. נראה, כי גם שכר עבודה נמוך עשוי בתנאים ובהקשרים מסוימים המבטאים השפלת האדם להגיע לכדי פגיעה בכבוד." השוו גם לדעתו של השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נב(3) 485, בעמ' 496-497. לפיתוח התזה במאמרים ראו דליה דורנר, "ההגנה החוקתית על כבוד האדם", כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל (אלוף הראבן וחו ברם – עורכים, הקיבוץ המאוחד, תש"ס) 16, בעמ' 23-25; דליה דורנר, "בין שוויון לכבוד האדם", ספר שמנר (חלק א, הוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"ג) 9, בעמ' 17-23.

11. The Community of Moral Agents. אין כוונתי, כמובן, לכך שהחלטות האנשים הן ראויות מבחינה מוסרית, אלא רק שהחלטות חברי הקהילייה רלבנטיות מבחינה מוסרית – ניתן לדרוש כי תעמודנה בדרישות מוסריות.

ומכוחם יכול חבר אחד להתקשר עם חבר אחר (אשר אף הוא ממלא תפקידים כאלה או אחרים). לדוגמה: קונה-מוכר, עובד-מעביד או אזרח-פקיד רשות. על פי הטענה הגלומה בחיבור זה, מחברותנו בקהילייה נובע כי בבואנו להתקשר עם עמיתינו, עלינו לפעול באופן העולה בקנה אחד עם תכלית התפקיד החברתי אותו אנו ממלאים כלפי חבר אחר במסגרת הקהילייה. כל חבר זכאי ליחס העולה בקנה אחד עם מערכת היחסים המכוננת את התפקיד מכוחו חבר אחר מתקשר עמו. יחס אחר, דהיינו יחס שאיננו עומד בדרישה זו, אינו "מכבד" את המתקשרים במובן זה שאינו מעניק להם את מלוא מעמדם כחברים (שווים). לפיכך יחס כזה אינו מכבד גם את עצם מוסד החברות בקהילייה. הזכות המשפטית לכבוד האדם, כך הטענה, מגנה בדיוק מפני התנהגות שכזו: יחס של אדם אחד כלפי אדם אחר באופן הסותר את תכלית התפקידים מכוחם הם מתקשרים ומערכות היחסים בהן הם ממוקמים.

מתפישת כבוד האדם כחברות בקהילייה (המופשטת והקונקרטי) עולה כי תוכנה המעשי של הזכות המשפטית להגנה על כבוד האדם אינו כולו מוחלט ואוניברסלי כי אם תלוי-הסדרים המגדירים את הביטוי המשפטי של החברות בחברה אזרחית ספציפית. בכל חברה תפקידים ומערכות יחסים הייחודיים לה. אך למען הסר ספק יצוין כי אין להסיק מן הנימה הרליטיביסטית העולה מן המשפט האחרון כאילו ההגנה על כבוד האדם הנה הגנה על הסדרים משפטיים ותפקידים חברתיים כפי שהתפתחו באופן שרירותי או מקרי (או גרוע מכך, כפי שהתפתחו מתוך ניצול החלש). כדי שתפקידים אלו יוכרו כביטוי לגיטימי של החברות בקהילייה עליהם לעמוד בתנאי יסודי: נדרש כי יעלו בקנה אחד עם היותו של האדם סוכן מוסרי (אוטונומי). מתנאי יסודי זה, כפי שהראה קאנט, נובע הציווי הקטגורי, על פיו אין להתייחס לאדם אחר כאל אמצעי אלא רק כאל תכלית בפני עצמה.¹² רק לתפקידים הניתנים להצדקה כעומדים בתנאי זה ניתן להתייחס כחלק כן ואינטגרלי של מימוש החברות בקהילייה. דרישה זו, למותר לציין, היא דרישה אוניברסלית.

המודל אותו אציג כאן מאפשר, לדעתי, לפרש באופן הטוב ביותר את פיסקתו המוקשה של הנשיא ברק בבג"ץ 5688/92 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**,¹³ האמורה להנחות אותנו בדבר תוכנו של המושג "כבוד האדם". הנשיא ברק קבע כי "תכנו של כבוד האדם יקבע על פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק-יסוד: כבוד האדם

12. לפירוט הצווים הקטיגוריים על פי קאנט ראו עמנואל קאנט, **הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות** (מ' שפי - תרגום, ש' שטיין - עורך, הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, תשנ"ח), 37, 78, 95, 106-107. לדיון באדם כתכלית בלבד על פי משנתו של קאנט ראו: Thomas E. Hill, Jr., "Humanity as an End in Itself", 91 *Ethics* (1980) 84. לדיון באספקטים המשפטיים של הסוגיה ראו אריאל בנדור, "שימוש באדם כאמצעי בלבד - ההיבט המשפטי", **דברים** 1 (תשנ"ט) 76.

13. פ"ד מז(2) 812 (להלן: **בג"ץ ויכסלבאום**), בעמ' 827. להתפתחות ההלכה ראו דנג"ץ 3299/93 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(2) 195. לעניין הזכות לכיתוב אישי על מצבת חלל ראו אליקים רובינשטיין, "על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 21, בעמ' 46-49.

והירותו". דומה שלא ניתן להבין את דברי הנשיא ברק כפשוטם, שכן לא ברור כיצד ניתן לצקת תוכן שאיננו שרירותי אל תוך ההשקפות של הציבור הנאור בישראל באופן המעניק משמעות משכנעת לכבוד האדם.¹⁴ ברק ממשיך ואומר כי "בבסיסו של מושג זה [כבוד האדם – א"ר] עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו, וזאת במסגרת החברתית שעזימה הוא קשור ושבה הוא תלוי".¹⁵ הטיעון אותו אנסה לפתח הוא כי במשפט זה הנשיא ברק מגדיר למעשה את הזכות לכבוד האדם כמגנה מפני מעשה הסותר את הביטוי המשפטי לחברות שווה בקהילייה המוסרית.

בכך יש לראות פיתוח (או עידון) לתפישה הקאנטיאנית שכן אין אנו נשענים אך ורק על האוטונומיה של הסוכן המוסרי באשר הוא כבסיס לחובות משפטיות,¹⁶ אלא נכונים אנו למקם את האוטונומיה במרחב חברתי נתון (דהיינו בחברה אזרחית) ובכך להגדיר את משמעות החברות בקהילייה. כך, הזכות לכבוד האדם כזכות משפטית איננה זהה לתביעה האתית ליחס מוסרי באופן מופשט, מחוץ להקשר חברתי, אלא מגנה היא על היחס המוסרי לו זכאי אדם הפועל מכוח תפקיד חברתי מסוים בבואו במגע עם אדם אחר המאייש אף הוא תפקיד חברתי מסוים, לפי דרישות מערכת היחסים בין תפקידים אלו. תביעה זו אינה תביעה 'ריקה',¹⁷ שכל כולה מחזור התביעה להתייחס לאדם כאל תכלית ולא כאל אמצעי, שכן ממקמת היא את האדם בחברה אזרחית קונקרטי, בה לתפקידים החברתיים יש משמעות ספציפית.¹⁸

מן האמור לעיל עולה כי הזכות לכבוד האדם, כפי שאציג אותה כאן, איננה מיוחדת למשפט החוקתי. הביטוי המשפטי לכבוד האדם שזור גם בתפישת הזכויות במשפט המקובל הפרטי, ככל שהמחוקק הותיר תפישה זו על כנה.¹⁹ כך בבואנו להעניק תוכן קונקרטי

14. ואכן, גם סטטמן לא השתכנע. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 542-544.

15. בג"ץ ויכסלבאום (לעיל, הערה 13), שם.

16. לדיון בחובות הפוזיטיביות-משפטיות כנגזרת של האוטונומיה ראו: Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Harvard University Press, 1995); Christine M. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends* (Cambridge University Press, 1966).

17. לביקורת על תזת היחס המוסרי המופשט ראו סטטמן (לעיל, הערה 6).

18. מבחינה אנליטית ניתן לראות באפשרות המוצעת כאן פיתוח לעמדתו המקורית של קאנט. במרכז פיתוח זה מצוי רעיון החברה האזרחית כפי שעוצב על-ידי המלומד הגל; Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Hegel's Philosophy of Right* (T. M. Knox – trans., Clarendon Press, 1967), 122-223. המוצג במאמר זה אפוא איננו אלא דוגמה לתשובה הגליאנית אפשרית לקשיים שמעלה סטטמן בקשר ליישום המשפטי של מושג כבוד האדם כפי שגובש בתורתו של קאנט.

19. כמושג משפטי, כבוד האדם משמש בכל שלושת המשטרים המשפטיים המכונים דמוקרטיה חוקתית המשתייכת למשפחת המשפט המקובל (שלושת המשטרים המשפטיים הם: המשפט המקובל, המשפט הסטטוטורי והמשפט החוקתי). לניתוח היחס בין המשטרים המשפטיים ראה: Amnon Reichman, "Formal Legal Pluralism", Under Submission 2002. הדיון שאערוך

לזכות הקניין כמו גם לחופש החושים – זכויות הנובעות מן המשפט המקובל – איננו רשאים להתעלם מן הזכות לכבוד האדם. הענקת כוח משפטי כלשהו למאן דהוא – לזכות חוזה או לעשות שימוש בקניין – איננה יכולה לכלול את הכוח לשלול מאחר את ביטוייה המשפטי של חברותו בקהילייה. לפיכך, כפי שאראה להלן, לכבוד האדם משמעות משפטית עצמאית במשפט הפרטי, ללא קשר הכרחי לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁰ תרומתו המיוחדת של חוק-יסוד זה למשפט הישראלי, או ליתר דיוק, התרומה הגלומה בעיגון הזכות לכבוד האדם בחוק היסוד, נעוצה בכך שעם קבלתו לא רק שרשויות השלטון כפופות לחובה לנהוג באופן שאיננו שולל ממאן דהוא את הביטוי המשפטי לחברותו בקהילייה המוסרית האנושית – לטענתי כך היה המצב המשפטי גם טרם קבלת חוק היסוד – אלא שעם קבלת חוק היסוד הוענקה לבית המשפט הסמכות לבקר את חוקיותם של חוקי הכנסת לאור היבטיה השונים של הזכות לכבוד האדם.²¹

זאת ועוד: לטענתי מושג "כבוד האדם" הוא כה מרכזי עד כי ניתן לטעון כי חלק ניכר מן הכללים המשפטיים המצויים עמנו הינם דוגמאות ספציפיות ליישום הזכות לכבוד האדם במקרה כזה או אחר. לא בכדי הזכות לכבוד האדם היא זכות יסוד: עומדת היא ביסוד הסדרים משפטיים רבים. דומה כי במקרים אלו הדיון בזכות לכבוד האדם איננו מוסיף לפתרון סוגיה משפטית כזו או אחרת, שכן הזכות זכתה לקונקרטיזציה מספקת, ואין צורך לפנות אל התשתית המופשטת המונחת ביסוד הזכות לכבוד האדם. אך מכיוון שכללים ודוקטרינות אלו, כפי שהתגבשו, אינם מכסים בהכרח את כל שדה התפרשותה של הזכות (כך שבמרווחים שבין הכללים הקיימים חלה הזכות לכבוד האדם ללא כללים מתווכים) ומכיוון שלעיתים טעינו בגזירת הזכות הכללית למקרה ספציפי, דהיינו לעתים הכלל, כפי שהתגבש בבתי המשפט או בידי המחוקק, סותר את הזכות לכבוד האדם, שכרו של הביסוס התיאורטי, שיתבצע להלן, בצדו.

כמעט לסיום מבוא מורחב זה, מתבקשת אמירה לעניין היחס בין כבוד האדם ובין עקרון השוויון. כפי שצוין לעיל, חברותנו בקהילייה המוסרית בה חברים כל בני האנוש מעצם היותם בני אנוש הנה חברות שווה. חברות קונקרטיית בחברה האזרחית נדרשת לשמר את מרכיב החברות השווה הלכה למעשה. מכאן, הזכות לכבוד האדם דורשת כי היחס בין בעלי התפקידים השונים יהיה יחס שווה, במובן זה שאדם הממלא תפקיד כלשהו (או המצוי במערכת יחסים תלוית-תפקיד) לא יזכה ליחס מועדף בהשוואה לאדם אחר הממלא אותו תפקיד (או המצוי במערכת יחסים זהה), וכל זאת, כמובן, לפי תכלית התפקיד. מבחינה משפטית, הזכות לכבוד האדם, ככל זכות, כוללת בחובה את הדרישה לשוויון זכויות. משאמרת "הזכות לכבוד האדם", אמרת "הזכות השווה לכבוד האדם", במובן זה שכל אדם זכאי להגנתה השווה של הזכות, אחרת אין לך זכות אלא הטבה תלוית שיקול דעת. כך אין

בהמשך לעניין המשפט הפרטי מסתמך על המשפט המקובל, אולם ניתן לקיים דיון דומה ביחס לזכויות וחובות יצירות המשפט הסטטוטורי.

20. ס"ח תשנ"ב 150.

21. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מוגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: ע"א

בנק המזרחי), בעמ' 418-419, 427, 447.

להעניק הגנה לזכות המשפטית לכבוד האדם של פלוני ולא לזו של אלמוני. מכאן נובע כי לעתים תהא הפגיעה בזכות לכבוד האדם פגיעה בעצם החברות של פלוני, ללא קשר ליחס לאלמוני. מכאן – הזכות לכבוד האדם אינה זהה לזכות לשוויון. אך לעתים תתמקד הפגיעה במרכיב השוויון, דהיינו פגיעה המתמקדת ביחס השונה לפלוני לעומת אלמוני, שוני שאיננו מתיישב עם החברות השווה בקהילייה ועם תכלית התפקידים ומערכות היחסים הנדונים. במקרה זה תהיה חפיפה בין הזכות לשוויון ובין הזכות לכבוד האדם. כפי שאראה, המשמעות המעשית של הזכות לכבוד האדם המובנת כך הנה הכרה במרכיב של הזכות לשוויון כמרכיב אינטגרלי במשפט הפרטי והציבורי כאחד. עם זה, מכיוון שאין זהות בין הזכות לשוויון לזכות לכבוד האדם הרי שבמשפט החוקתי, בו טרם עוגנה הזכות לשוויון כמאפשרת ביטול חקיקה ראשית של הכנסת, הזכות לכבוד האדם איננה ריקה. כפי שאראה להלן, ביכולתה להגן מפני התנהגות שלטונית הפוגעת בחובת רשויות השלטון כלפי בני האדם הכפופים להן, ללא קשר הכרחי לזכות החוקתית לשוויון.²²

לבסוף, מילה על רמת ההפשטה. הביטוי "כבוד האדם" מעצם טיבו משתייך לקטגוריית הביטויים הממוקמים ברמת הפשטה גבוהה. לפיכך, סטודנט מתחיל, המחפש במאמר זה תפריט, רשימת מכולת או הוראות הפעלה פרטניות ומכאניות שבעזרתן ניתן יהא לפסוק חיש קל האם לפנינו פגיעה בכבוד האדם, ודאי יתאכזב. לעומת זאת, משפטנית מפוכחת מעט יותר תמצא במאמר זה את השאלות אותן יש לשאול, שאלות אשר התשובה להן תוביל להכרעה האם נפגע כבוד האדם של מאן דהוא בסיטואציה מסוימת. מאמר זה מציע מארג מושגי ולא מרשם. יתרונו של מארג זה איננו בהכרח בכך שמבטל הוא מקרי גבול, תחומים אפורים או את הצורך להפעיל שיקול דעת "חזק".²³ יתרונו הוא בכך שהשאלות אותן הוא

22. אורית קמיר טוענת כי יש להעדיף את השימוש בערך כבוד האדם כדי להגן על זכויות האישה על פני שימוש בערך השוויון. קמיר (לעיל, הערה 8), בעמ' 70-71. "כבוד האדם" מכיר בשונות האנושית ומקבל אותה... חשיבה מתוך עקרון כבוד האדם, אם כן, אינה מזמינה השוואת תכונותיהם של אנשים מסוימים לתכונותיהם של אנשים אחרים, ואינה דורשת "דומות" בין אנשים שונים. נשים הנן אנושיות ובעלות כבוד אדם לא פחות ולא יותר מגברים, בלא כל קשר לשאלה אם הן דומות או שונות מהם בתכונות אלה או אחרות. במובן זה, כבוד האדם הוא מסגרת נוחה לדיון במעמדן החברתי של נשים, שכן הוא מאפשר התייחסות אליהן כשלעצמן, בלא השוואה לגברים, השוואה אשר מזמינה התערבותם של סטראוטיפים ודעות קדומות והיא, לכן, מזיקה ומקפחת". שם, בעמ' 175. ברם, קמיר איננה מספקת תשתית נאותה עליה ניתן לבסס את התביעה ל"כבוד שווה". מדוע שנעניק כבוד שווה לנשים ולגברים, אם אמנם הם כה שונים? נדרש אפוא פיתוח של מושג 'האנושיות', ביחס אליו כולנו שווים. רעיון החברות השווה בחברה האזרחית מספק פתרון לבעיה מושגית זו. התפקידים החברתיים השונים ומערכות היחסים המכוננות אותם – תפקידים ומערכות יחסים הדורשים הצדקה רציונלית – מאפשרים יצירת תוכן במושג החברות השווה, תוך יצירת אמת מידה שוויונית.

23. באשר לגישתו של פרופ' ברק לגבי משמעות מונח זה, אותו טבע דבורקין, ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ראשון, נבו, תשנ"ב), 413-416.

מציב במרכז הדיון המשפטי משתלבות טוב יותר עם מבנה השיטה המשפטית באופן כללי. לכן הוא "נכון" יותר. פרט לכך, לטעמי, מארג מושגי זה עדיף גם משקולים פרגמטיים: לא רק שלדעתי קל הוא יותר ליישום במקרים רבים לעומת האלטרנטיבה – תזת אי ההשפלה – אלא שמאפשר הוא לנו גם לחסוך את ההשלכות השליליות העלולות לנבוע מהעיסוק התמידי בהשפלה, כפי שאראה להלן.

מהלך הטיעון יהיה כדלקמן: ראשית אציג בקצרה את הקושי שבאימוץ מלא של תזת כבוד האדם כתביעה ליחס לא משפיל. לאחר מכן אפנה לשרטט את התשתית הרעיונית של כבוד האדם כתברות בקהיליית הסוכנים המוסריים (the community of moral agents). לבסוף אטען כי כבוד האדם כזכות משפטית כולל בחובו טענות מגן וסיף כנגד מגוון של פעולות המבוצעות על-ידי הפרט או הרשות, ובכלל זה הפליה.

ב. כבוד האדם כיוחס לא משפיל

התזה בדבר כבוד האדם כאי-השפלה, על גווניה השונים,²⁴ נשענת על ההכרה כי השפלה הנה סוג של נזק ללא קשר הכרחי לפגיעה באוטונומיה של הקרבן (או בגופו). תזה זו פותחה היטב, כאמור, הן בידי פילוסופים²⁵ והן בפסיקה,²⁶ ופירוטה בצורתה השלמה ביותר חורגת מהיקף חיבור זה. במרכז ניצבת הקביעה כי הזכות לכבוד האדם מגנה מפני השפלתו של האדם על-ידי אדם אחר או על-ידי המדינה. בשורות הבאות אציין מקצת ממאפייניה המיוחדים של גישה זו, ואצביע על יתרונותיה. לאחר מכן אפנה לביקורת.

24. בין תומכי תזת אי-ההשפלה ניטש ויכוח בשאלה באיזו מידה ההשפלה היא אובייקטיבית או סובייקטיבית. אבישי מרגלית, בספרו Avishai Margalit, *The Decent Society* (Harvard University Press, 1996), 28–29, 43–44, 52, 262, בוחן את מושג ההשפלה באספקלריה אובייקטיבית-נורמטיבית, שכן לגישתו, ההשפלה מקורה בסיבה הגיונית ומבוססת (reason sound) הפוגעת בכבודו העצמי של האדם. על כך זכה לביקורת. ראו סטמנן (לעיל, הערה 6), בעמ' 589–593. וכן: Daniel Statman, "Humiliation, Dignity and Self-Respect", 13 *Philosophical Psychology* (2000) 523. סטמנן מעדיף להגדיר את מושג ההשפלה מהווית הסובייקטיבית-פסיכולוגית. לתיפישתו, דרישת "הסיבה ההגיונית והמבוססת" מביאה להתעלמות מתחושותיו הפנימיות של קרבן ההשפלה ומובילה לתוצאה אבסורדית, שכן מנקודת מבט סובייקטיבית תיתכן תחושת השפלה גם בהיעדר סיבה כזו. מרגלית מתמקד בפן המוסרי, ואילו השקפתו של סטמנן הנה פרגמטית בעיקרה (ובמילותיו של סטמנן: "a down to earth understanding of humiliation"). אליבא דסטמנן, אותה "סיבה הגיונית" המביאה לתחושת ההשפלה נחלשת ככל שהפגיעה אינה מכוונת ואינה מיועדת להשפיל, ובהתאמה נחלשת גם הצדקת התביעה הנורמטיבית להגבלת התנהגותו של הצד השני, דהיינו המשפיל הפוטנציאלי. בנוסף, לגישת מרגלית, בהיעדר תפישה מושגית של כבוד האדם לא ייתכן גם קיום לקונספט של מושג ההשפלה. סטמנן מסביר כי כריכת שני המושגים יחדיו הנה בעייתית, שכן מושג כבוד האדם אינו מתאים או נהיר דיו לצורך המשגת מושג ההשפלה.

25. ראו סטמנן (לעיל, הערה 6), בעמ' 552.

26. ראו לעיל, הערה 10.

ראשית, שוללת התזה את הכרחיות הקשר בין האוטונומיה לכבוד האדם, וזאת בניגוד לתפישה שכבוד האדם נגזר מהאוטונומיה האנושית, תפישה המשויכת לקאנט.²⁷ בכך מתאפשר דיון בכבוד האדם בלי להתעמת ישירות עם טיעוני היסוד המטאפיסיים של התיאוריה הקאנטיאנית או של תיאוריות מקבילות לעניין זה, הנשענות על מעשה הבריאה האלוהי או על משפט הטבע כבסיס לאוטונומיה של האדם או לייחודו אל מול ברואים אחרים.²⁸ בה בעת מאפשרת תזה זו להחיל את עקרון אי־ההשפלה גם על אלו אשר האוטונומיה שלהם בעולם המציאות מוטלת בספק, כגון התינוקות או הלוקים בשכלם.²⁹ לתזת אי־ההשפלה יתרון נוסף: על פי התפישה הקנטיאנית כלל אי אפשר לפגוע בכבוד האדם של הזולת. לאדם כבוד אינהרנטי שאיננו בר־פגיעה בידי בני תמותה אחרים, וזאת משום שכבודו כאדם הנו ערך פנימי ומוחלט.³⁰ על פי תפישה זו כבוד האדם הוא "יש" מוסרי, ואין יכולת לאיש ליטול אותו. הוא איננו תלוי יחס כזה או אחר. לכל אדם כבודו כאדם, ואין אפשרות לשלול כבוד זה אף אם האדם התנהג באופן מחפיר או אף אם מצוי האדם בסיטואציה מחפירה. גם עבד הוא אדם הכפוף לציוויים הקטגוריים כסוכן מוסרי, וכאדם, כבודו כערך פנימי מצוי מחוץ להישג ידם של כל המנסים לפגוע בו. לפיכך, כל ניסיון לפגיעה בכבוד האדם הנו ניסיון בלתי צליח מעצם טיבו, שכן כבוד האדם הנו מרכיב

27. באשר לתפישתו של קנט את האוטונומיה האנושית: Yehoshua Arieli, "On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and His Rights", *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (David Kretzmer and Eckart Klein - eds., Kluwer Law International, 2002) 1, p. 7; Thomas E. Hill, Jr. *Autonomy and Self-Respect* (Cambridge University Press, 1991), 43–51. לניתוח גישתו של קאנט כלפי היחס שבין כבוד האדם לזכויותיו: G. P. Fletcher, "Human Dignity as a Constitutional Value", 22 *U. Western Ont. L. Rev.* (1984) 171. להרחבה כללית בנושא משנתו האתית של קאנט עיינו: Allen W. Wood, *Kant's Ethical Thought* (Cambridge University Press, 1999).

28. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 561-562.

29. לדיון מקיף ונרחב בקשיים העולים בבואנו להגדיר את המונח 'אדם' ראו שולמית אלמוג ואבינועם בן־זאב, **משפט האדם** (הקיבוץ המאוחד, 1996), 77-115.

30. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 556. השוו למאמרו של A. Gewirth, הטוען כי קיימות שתי תפישות למושג הכבוד: על־פי תפישה אחת, כבוד הנו מרכיב אינהרנטי הטבוע באופן שווה בכל אדם באשר הוא; כבוד מסוג זה משמש בבניין זכויות האדם. על פי התפישה השנייה הכבוד הוא נתון אמפירי, דהיינו אדם אשר בהשוואה לאחרים מתייחס לעצמו בכבוד או מתנהג באופן מכובד (dignified). ראו: Alan Gewirth, "Human Dignity as the Basis of Rights", *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (לעיל, הערה 5), 10-11. לעניין תפישת "הכבוד האמפירי" ראו גם את הפנייתו של David Hume, "Of the Dignity or Meanness of Human Nature", *Essays; Moral, Political, and Literary* (Liberty Classics, 1985), 80–86.

הכרחי בכינון הישות האנושית. לכל היותר ניתן לטעון כי אם קיימת פגיעה כלשהי בכבוד האדם, הריהי פגיעה שנעשית בידי המעוול, או העבריין המוסרי, כלפי עצמו שכן במעשיו אינו מייחס לעצמו סוכנות מוסרית. תפישה זו משאירה אותנו עם תחושת החמצה, מכיוון שברור לנו שעבדות פוגעת בכבוד האדם של העבד, כפי שהטרדה מינית פוגעת בכבוד האדם של החשופים להטרדה.³¹

זאת ועוד: מושג "כבוד האדם" במסגרת תזת היחס המוסרי הקנטיאני הנו מושג "ריק" במובן זה שאינו מוסיף דבר לדיון: החובות המוסריות נובעות מהיותו של האדם אוטונומי, ולפיכך, אם כבוד האדם איננו אלא התביעה המוסרית לקיים את החובה המוסרית להתייחס אל האדם כאל יצור אוטונומי, לפנינו מעגל שאיננו מוסיף להבנת תוכן החובה.³² הגדרת כבוד האדם כאי-השפלה מעניקה לנו ממד נוסף לבחינת הפגיעה בכבוד האדם; היא יוצקת תוכן – חווית ההשפלה – אל אותו 'ביטוי מעשי' לכבוד האדם.

עם זאת, ולמרות יתרונותיו, דומה כי ממד העלבון או ההשפלה כמרכיב הכרחי ומספיק איננו הפתרון המיטבי לחסר שזיהו המלומדים הדוגלים בתזת אי-ההשפלה. את מרב מרצי אשקיע בביקורת מושגית, התוהה על קנקנו של המושג "השפלה" על מרכיביו, ובהם היסוד הנפשי, הגדרת הקרבן והגדרת ה"כבוד". מילים אחדות יוקדשו גם לביקורת פוזיטיבית-ערכית, המהרהרת אחר התבונה הפרגמטית שבאימוץ תזת אי-ההשפלה בשיטת המשפט הישראלית, לאור מאפייני השיטה ובהתחשב באופי החברה בישראל.

הבעייתיות המרכזית בתזת ההשפלה כמקימה מושג משפטי נעוצה, לדידי, בהישענות על היסוד הנפשי של הקרבן בכל סיטואציה.³³ טלו את ראובן, שמעון ולוי, שלושה יהודים המגיעים לחנות כולבו כדי לרכוש מצרכים ומסולקים החוצה בטענה כי החנות איננה מוכרת ליהודים. ראובן נפגע עד עמקי נשמתו ומרגיש מושפל. שמעון נותר אדיש לחלוטין, סטואי,³⁴ פונה לחנות הסמוכה ובה רוכש את מצרכיו באופן המעשיר את שני הצדדים

31. לניתוח היחס שבין כבוד האדם ובין ההטרדה המינית עיינו במאמרה של אורית קמיר, "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?", *משפטים* כט (תשנ"ח) 317, בעמ' 373-379; וכן קמיר (לעיל, הערה 8), בעמ' 189-205. תשומת הלב תופנה לכך שגם קמיר מזהה, לפחות במידה מסוימת, בין כבוד האדם ובין אי-השפלה, אף שזיהוי זה אינו הכרחי לתזה שאותה היא מקדמת.

32. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 547. לבעיית ה"ריק" הקיימת בהגדרת מונח כבוד האדם ראו Eckart (לעיל, הערה 5), בעמ' 43-44. מכל מקום, אין ספק כי אנו מעניקים הגנה לכבוד האדם וזאת על אף הקושי להמשיגו; בבחינת "I know it when I see it even if I cannot tell you what it is": Oscar Schachter, "Human Dignity as a Normative Concept", 77 *Am. J. Int. L.* (1983) 848, p. 849.

33. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 558-562.

34. בלקסיקון הפילוסופי מוגדר המושג "סטויסיוזם" כ"שיטה פילוסופית שהייתה פופולרית בתקופה הרומאית וביוון העתיקה ... פירוש השם בא משם המקום (סטוא-מרפסת) בו לימד זנון באתונה... המוסר הסטויסטי דבק בצורת חיים המותאמת לתבונה האלוהית [המדריכה את העולם, ואשר ההכרה האנושית מהווה אך חלקיק ממנה - א"ר]. רק אחיזה במציאות

לעסקה בהתאם להעדפותיהם. לוי, עם סילוקו, חש בעליונותו המוסרית לעומת בעל הכולבו, שכן לדעתו בפעולת הסילוק על רקע אתני חשף בעל הכולבו את עצמו כאדם שפל קבל עם ועדה. האם עלינו להתייחס לפעולת הסילוק באופן שונה בהתאם למצבו הנפשי של כל אחד מהנפגעים? האם על המשפט להתייחס אחרת לחוקיות פעולת הסילוק? ודוקו: נקודת המוצא בהגנה על פגיעה ברגשות הנה הפגיעה בפועל שאירעה לאדם הספציפי. אם אמנם חשובה ההגנה על הרגשות – חשובה באמת, ולא רק כמס שפתיים – המקרה הפרדיגמטי האמור להנחותנו הנו המקרה של האדם שחש עצמו נפגע בפועל. אך כמו שענינו רואות, הקו המבחין בין הנפגע, בין האדם שנותר סטואי, ובין האדם החש עליונות, מכריח אותנו להכריע בדבר טיבו של האדם כיצור רציונלי או כיצור הנתפס לרגשות שאינם רציונליים, שכן דומה כי תחושת הפגיעה שחש אדם שהושפל בדוגמה לעיל איננה בהכרח רציונלית: כל שעליו לעשות לנוכח המעשה המשפיל הוא להתעלם ממשמעותו כמשפיל,³⁵ ובכלל זה לראות במעשה כמעיד על חולשת הדעת של המעוול. ההתמקדות בחוויית ההשפלה הספציפית נשענת על תפישה סובייקטיבית של משמעות הפעולה כמשפילה.

ניתן, כמובן, לנסות ולהציל את תזת אי־ההשפלה מביקורת זו באמצעות מעבר למבחן 'אובייקטיבי', על פיו התנהגות העלולה – במבחן הסתברותי כזה או אחר – לפגוע ברגשותיו של 'האדם הסביר' או 'אדם מן היישוב' תוגדר כפוגעת בכבוד האדם. פתרון זה מסיט את תשומת הלב מן הפגיעה עצמה, ומתייחס לסיכון שבפגיעה אפשרית כמקרה

תגרום לאדם להיות מוסרי. הרוע הנו צורת חיים שאינה מותאמת לתבונה האלוהית או לטבע. הסטויסטים מכוונים את האדם להוזהות עם הסדר המוסרי, האחדות והדטרמיניזם של העולם ולהיות חלק ממנו ע"י אימוץ מידות טובות. יחד עם זאת, הסטויסטים טענו שכאשר יש סבל בעולם כמו עוני, רעב וצער [שאינו פרי תכנון אנושי – א"ר], יש להיות אדיש אליו כי זהו חלק מהסדר הכללי הבלתי נמנע של העולם ואין להתנגד לו. לכן האדם צריך להיות גם בעל מידות טובות וגם רגוע, שלו ואף אדיש וחסר תשוקה. הסטויסטים זכה לביקורות עקב עמדה זו ורבים ראו בדרישה להיות מעל לתשוקות ולרציונות גם דרישה להיות פחות מאדם שלם, אמיתי ורגיש". שי פרי, *לקסיקון פילוסופי* (רקפת הוצאה לאור, 2002), 284-286. למעשה, "הדרישה המוסרית היא: לחיות בהסכם ובהתאם עם הטבע, הואיל והתבונה האנושית אינה אלא חלק מהתבונה העולמית, ולחיות בהתאם לטבע, משמע בהתאם לתבונה." צבי רודי, *לכסיקון לפילוסופיה והמדעים הקרובים לה* (דביר, תרצ"ט), 509.

35. למושג "Persona" באנתרופולוגיה הסטואית ופיתוחו: 'Dignity of Man', Hubert Cancik, and 'Persona' in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, De Officiis I, 105-107", *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (David Kretzmer and Eckart Klein - eds., Kluwer Law International, 2002) 19. להרחבה נוספת בנושא התפישה הסטואית עיינו: A. A. Long, *The Stoics* (John M. Rist - ed., University of California Press, 1978); George W. Harris, *Dignity and Stoic Studies* (Cambridge University Press, 1996); George W. Harris, *Dignity and Vulnerability: Strength and Quality of Character* (University of California Press, 1997), 100-123.

הפרדיגמטי. אך גם מעבר זה איננו פותר את הבעיה.³⁶ ראשית, יהיה עלינו לפנות לכלים מתודולוגיים שיאפשרו לנו לקבוע מידת הסתברות כזו או אחרת לפגיעה ברגשות. על פניו נראה כי תקפותם של כלים אלו היא בעייתית, ולפיכך דומה כי יש לשאוף לצמצם את השימוש בהם למקרי אין ברירה. האם נערוך סקר אמפירי לבחינת "תגובה סבירה" לאירוע שיש בו פוטנציאל לפגיעה ברגשות? מלבד זאת, מבחנים הנשענים על 'האדם הסביר' ואפילו 'האדם מן היישוב'³⁸ אינם אך תיאוריים; סבירות כוללת אלמנט נורמטיבי. עלינו לקבוע בכל פעם האם 'סביר' שאדם ירגיש מושפל מהתנהגות כזו או אחרת, במובן הכולל גם את השאלה האם 'ראוי' שאדם יחוש נפגע אל מול ההתנהגות הנבחנת. כיצד נדע האם ראוי לו לאדם לחוש עלבון בהיחשפו להתנהגות מסוימת, או שמא ראוי לו להתעלם ממנה?³⁹ ואפשר שאדם סביר אמור לחוש כי לא רק שלא נעלב, אלא הוכחה עליונותו המוסרית?⁴⁰

36. ראו ביקורתו של סטמן, הטוען כנגד מרגלית שהמעבר לטיעון "אובייקטיבי" אין בו, כשהוא לעצמו, כדי לעזור: או שמקבלים אנו את חוויית ההשפלה הספציפית, או הפרדיגמטית, כמכוננת את התביעה לכבוד האדם, או שלא. המעבר לטיעוני "סבירות" הוא אך כלי לקירוב, ולא תחליף מושגי. Statman (לעיל, הערה 24), בעמ' 526-529, 535-536.
37. ראו את ביקורתו של השופט אנגלרד על השימוש בסבירות ככלי להערכת הפגיעה ברגשות דת: ע"א 6024/97 **שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראש"צ**, פ"ד נג(3) 600 (להלן: ע"א **שביט**), בעמ' 644-646. בהקשר זה יש גם לתת את הדעת לכך שייתכן שמבחינה אמפירית אנשים יחוו מושפלים בסיטואציה שבה אין צידוק נורמטיבי לתחושת ההשפלה. למשל, ייתכן שבשנות החמישים בדרום ארצות הברית היו מקומות בהם לבנים היו חשים מושפלים לו הייתה נמנעת מהם האפשרות לשבת בקרונות רכבת נפרדים. ודאי שאין לתת למציאות אמפירית-חברתית זו משקל משפטי.
38. ראו לעניין זה את תיקון מס' 93 לחוק העונשין לגבי סעיף 12 (א), וכן את הדיון בע"פ 7832/00 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(2) 534, הקובע כי אדם מן היישוב הוא למעשה האדם הסביר לכל דבר ועניין, אף שככל הנראה ניסה המחוקק להפריד בין השניים לעניין יכולת הצפיות המצופה.
39. בע"א 396/00 **בן-דע נ' אנד – אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ**, פ"ד נו(1) 851, נדרש בית המשפט לשאלה האם חיוב עובדים ללבוש תלבושת אחידה פוגע בכבודם. השופט שטרסברג-כהן נאלצה להסכים כי ישנה כאן כפייה מסוימת, ובמשתמע, כי אפשר שיהיו אנשים שיחוו מושפלים ללבוש דבר מה אותו אינם חפצים ללבוש, אך פסקה כי "מדובר בבגדים רגילים הדומים בעיקרם לבגדים שלבשו הנהגים קודם לתיקון, כשההבדל הוא באחידותם. אין בהוראה כזו אלמנטים מבזים, משפילים או מפלים באורח בלתי צודק בין חברי האגודה, גם אם לקבוצות מסוימות, שאינן באות במגע עם קהל, לא נקבעה תלבושת אחידה. השוני הוא ענייני ורלוונטי". שם, בעמ' 854. פסיקה זו מדגימה את הקושי שבניסיון לאובייקטיביזציה, שכן לא ברור לפי איזה קנה מידה נקבעת ההשפלה או היעדרה.
40. מכיוון שהאדם הסביר כולל מרכיב נורמטיבי הנשען על ציפיה לגיטימית, עולה השאלה אם אמנם "תופעת הקבע של המציאות הפסיכולוגית האנושית" הנה אכן תופעת קבע, או

זאת ועוד: טלו את דוגמת ראובן, שמעון ולוי. לוי, כזכור, חש עליונות מוסרית שעה שנאסר עליו לרכוש בכולבו מחמת יהדותו. והנה יבוא המשפט ויאמר לו – "הושפלת". "לא", יענה לוי, "לא הושפלתי", אך המשפט בשלו, כופה על לוי תחושת השפלה "אובייקטיבית" על כורחו. ניתן לומר שבעצם כפייה זו המשפט עצמו משפיל את לוי. אם כן, תזת אי-ההשפלה האובייקטיבית עלולה במקרים מסוימים להוביל להשפלה סובייקטיבית. אם אמנם חשוב לנו להימנע מהשפלה על סוגיה, מוצאים אנו עצמנו במצב של מעין סתירה פנימית.⁴¹ התפישה האובייקטיבית מהדירה מתח פנימי אל תוככי המושג 'השפלה', מתח בעייתי במיוחד משום שעסקינן, אחרי הכול, ברגשות, ורגשות, לפחות כך נראה, נשענים גם על חוויה סובייקטיבית כלשהי.

ואם תמצו לומר "אין צורך להתייחס לפן הסובייקטיבי כלל", הרי מצאנו את עצמנו עם קונסטרוקציה ותו לא. ההשפלה הופכת, אם ננתק אותה מחבליה הסובייקטיביים, לתווית בלבד, אותה נוכל לתלות מעל כל פעולה שברצוננו לסווג כלא ראויה. כלי קיבול זה – ההשפלה האובייקטיבית – איננו מוסיף, לדעתי, דבר לדיון. מהי הסיטואציה הפגומה מבחינה מוסרית שעליה לא נוכל לומר כי משפילה היא מאן דהוא מבחינה אובייקטיבית?

ואם לא תימצא סיטואציה שכזו, מה הועילו חכמים בהוסיפם מושג לעולם המשפט? מתח זה בין השאיפה להתנתק מהאספקט הסובייקטיבי לאור הבעייתיות הגלומה בהישענות עליו, לבין היעדר היכולת להגיע לניתוק מוחלט כל עוד במרכז הדיון ניצבת חוויה ההשפלה, משתקף גם בכואנו לדון בהגדרת קרבן ההשפלה. ההשפלה איננה מוגבלת לנמען זה או אחר, אלא חורגת מן הקטגוריות הפורמליות של נזק הנגרם מפגיעה באוטונומיה של פלוני או אלמוני. נשוב לדוגמת היהודים שסולקו מחנות הכולבו בגין יהדותם: האם נצא גם להגנת כבודו של יהודה, שרק שמע על דבר הסילוק והרגיש מושפל כתוצאה מכך?⁴² ובהנחה שהתשובה חיובית – האם עסקינן בזכות אישית או למעשה בזכות

שלא אנו תורמים, בעזרת מנגנונים שונים ובהם המשפט, לשעתוק או להעצמה של תחושת ההשפלה, בבחינת הכוונת התודעה וההוויה. בהציבנו את חוויות ההשפלה במרכז תשומת הלב, ובבסיס הנורמה החוקתית הניצבת מעל כל נורמה משפטית אחרת, אפשר שאנו מקבעים את הרגישות לפגיעה בכבוד ואת חווית ההשפלה.

41. סוגיה זו עולה, למשל, בדיונים אתיים לגבי זכותן של חשפניות לעסוק במקצוע החשפנות, או זכותם של גמדים להשתתף במשחק בו הם מוטלים לשם שעשוע בידי אנשים אחרים. הסוגיה אינה פשוטה. ראו, למשל: *Ethics and "Tossing Dwarfs in Illinois"*, Simone Sandy, *Politics: Cases and Comments* (Amy Gutmann and Dennis Thompson – eds., Nelson-Hall Publishers 3rd ed, 1997), 323.

42. המלומד ברק מדינה אכן מניח כי קיימת פגיעה כזו, שכן "לנקיטת מדיניות מפלה יש בדרך כלל השפעה שלילית גם על צדדים שלישיים, בעיקר אלה הנמנים עם הקבוצה שכנגדה ננקטת ההפליה. מדובר בפגיעה הנפשית הנגרמת עקב עצם הידיעה על קיומה של הפליה". הוא מעלה אפשרות ש"הציבור הנפגע עשוי להתארגן לשם פגיעה במוניטין של בעל העסק באמצעות פרסום ברבים של המדיניות שהוא נוקט". עם זאת קיים קושי מעשי לרתום את כלל בני הקבוצה הנפגעת להתגייס ל"רכישת" זכותו של בעל העסק להפלות ועקב כך לפגוע

קולקטיבית, בהנחה, הנשענת על "המציאות הפסיכולוגית האנושית", שתחושת ההשפלה של יהודה נובעת מחברותו בקבוצה שבניה סולקו בגין חברותם בה? עמימות זו לגבי מיהות הקרבן ולגבי מהותה של הזכות כאישית או כקבוצתית נובעת, כאמור, מההתמקדות בהשפלה (הסובייקטיבית) כבסיס מכונן בתביעה להגנה מפני פגיעה בכבוד האדם.

כפי שנאמר לעיל, קשה להגביל את השפעת המעשה המשפיל לנמען יחיד. די שנדע כי מיהו או עשה משהו שיש בו, לכאורה, כדי להשפיל אדם זה או אחר, כדי שגם אנו נוכל, פוטנציאלית, להיכלל בקבוצת נפגעי ההשפלה. בבואנו לבחון קבוצה זו – קבוצת המושפלים האפשריים – האם עלינו להניח כי 'הנטייה להשפיל' הנה כלל חברתית? שמא עליה להיות רגישה לאמות מידה של קבוצות מסוימות בחברה? האם נחייב את מערכת המשפט לבחון את תפיסות הכבוד האופייניות לכל אחת מן הקבוצות המרכיבות את החברה? האין לראות בכך סוג של הנצחת פערים סגרגטיבית בה כל אדם משוך (בעל כורחו?) לקבוצה מסוימת המופרדת באמצעות גדרות משפטיים מן הקבוצות האחרות? מערכת המשפט, לו תידרש ליישם מבחן זה, תיאלץ לראות באותו מעשה כמשפיל כלפי יהודה וכלא משפיל כלפי בנימין עקב השתייכותם לקבוצות אורגניות כאלה או אחרות, אליהן כביכול נולדו, שכן ייתכן מצב ובו מעשה מסוים יהיה בעל 'נטייה' להשפיל בקבוצה אחת, אך לא באחרת. פיצול זה, כשהוא לעצמו, אפשר שיוליד תחושת השפלה. רואים אנו שמבחן 'הנטייה להשפיל' המופעל ברמה הקבוצתית עלול גם הוא להוביל להשפלה סובייקטיבית (ואולי אף אובייקטיבית), לאור פילוג החברה, העמקת השסעים, והפגיעה האפשרית במוביליות החברתית ובהזדהות עם הכלל (בניגוד להזדהות עם השבט).⁴³ מבחן 'הנטייה להשפיל' אם כן, הוא עמום יתר על המידה, שכן במרכזו חסרה שאלה מכוונת ברורה: מה בדיוק בודקים אנו, וכיצד? בהיעדר שאלה זו, עלולים אנו לסוב סחור-סחור, ואף למצוא עצמנו גורמים להשפלה סובייקטיבית תוך הילוכנו. למצער, עלול עיסוק זה אך להדק את מסלולי החשיבה המשפטית שלנו ולקבעם כמסע לחיפוש הכבוד האבוד של פלוני, אלמוני, או קבוצה זו או אחרת.

הבעייתיות שבבחירת האופציה הפרשנית לפיה כבוד האדם זהה לכבוד במונח של אי-השפלה מתחדדת בבואנו לבחון מקרוב כבוד מהו: האם זוהי פגיעה ב-honor או ב-dignity?

בהם, שהרי כל אחד מבני הקבוצה צופה כי יוכל ליהנות מפירותיה של "רכישה" כאמור, אף אם לא השתתף במימונה (כלומר, מדובר כאן ב"מוצר ציבורי"). עקב כך ניתן לצפות בהקשר זה ל"כשל שוק". ברק מדינה, "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית", **עלי משפט ג** (תשס"ג) 37, בעמ' 56-57.

43. ודוק: ניתן לטעון כי איסור ההפליה ועקרון השוויון, בעיקר בתחום המשפט המנהלי, מהווים דוגמאות לאיסורים המבוססים על נטייתו של מעשה מסוים להשפיל קבוצה נתונה מסוימת. אולם, חשוב להבחין כי המקור לדרישת השוויון איננו רק או בעיקר החשש מהשפלת הפרט המופלה לרעה על סמך השתייכותו הקבוצתית; העיקרון שואב את הצדקתו מהצורך בהליך מנהלי תקין, שהנו ענייני ומקצועי, ללא התייחסות לשיקולים זרים. תוצר לוואי של יישום עקרון השוויון ייתכן שיביא למניעת השפלה; אך אין זהו הרציונל היחיד או אף המרכזי שבבסיסו.

דומה כי התייחסות לכבוד האדם כאי־השפלה מייחדת לכבוד האדם את המושג honor, או לפחות מטשטשת את ההבדל בין ה-honor ובין ה-dignity. יש הרואים בכך יתרון.⁴⁴ אך בכל הכבוד, רדיפה אחר כבוד במשמעות honor שונה, לדעתי, באופן מהותי משאיפה ל-dignity. כבוד במשמעות honor כרוך, או לפחות בחיי היומיום עלול להיות כרוך, גם בהיעדר צניעות מסוים; זהו כבוד הכולל גם גאוותנות.⁴⁵ אין כן כבוד במשמעות dignity. כבוד במשמעות honor איננו כמובן רק כבוד לו מיוחסת משמעות שלילית. ניתן לחשוב על כבוד, או גאווה, מקצועיים, אותו רוכש בעל המקצוע כתוצאה מעבודתו וממקצועיותו. זהו כבוד הנתפס כחיובי. עם זאת, קשה להפריד את מושג הכבוד במובן honor מהרדיפה אחר הכבוד והגאוותנות. אפילו כבוד מקצועי עלול להוביל לרדיפה אחר כבוד, כאשר בעל המקצוע ממקם עצמו לפי הכבוד שלו זוכים עמיתיו למקצוע. לתרבות של 'כבוד ובושה' (honor and shame) יש אפוא גם צד אפל, לא רק צד מכובד. בתרבות כזו מוענק משקל רב, או לפחות ניכר, 'למה שיגידו השכנים'.

44. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 559 (בהערת השוליים 61), 561-562.

45. היטיב לבטא זאת אפלטון: "ומי ששקוע כולו בתחום התאוות או ברדיפה אחר הכבוד, ומתמסר לכך במלוא כוחו, בהכרח שכל מחשבותיו תהיינה בנות תמותה, ובמידה שניתן לאדם להיעשות בן תמותה בכל הווייתו, ישיג הוא את המטרה הזאת, כיוון שטיפח והאדיר את כוחו הלזה". אפלטון, **כתבי אפלטון; טימיואוס** (יוסף ג' ליבס - תרגום, כרך שלישי, שוקן, תשל"ה), 605. **בפוליטיאה**, תוך תיאור התנוונות המדינה והתרחקותה מהאידיאל האפלטוני, מתאר אפלטון משטר שהוא מכנהו **טימוקרטיה** - שלטון הכבוד, המתדרדר חיש מהר לאוליגרכיה. בטימוקרטיה, תופס עוז הנפש את המקום הראשון, במקום השכל, כתוצאה מהשתלטות אנשי הצבא על השלטון, אשר היה נתון עד אז לפילוסופים; "ורק תכונה אחת ברורה בו (במשטר הטימוקרטי - א"ר) מאוד, מאחר שבאותו המשטר שולט עוז הנפש: השאיפה לניצוח ולכבוד". אולם כאשר מתאר אפלטון את האדם הטימוקרטי, נראה כי אינו מתנגד לשאיפה לכבוד הנובע מפעילות אינטלקטואלית: "הוא (האדם הטימוקרטי - א"ר) שואף שררה וכבוד, אך לא בזכות נאומיו או כל כיוצא בזה הוא דורש לו שררה אלא בזכות מעשיו במלחמה ובכל הכרוך במלחמה, שהרי הוא איש הגימנאסטיקה והציד". **כתבי אפלטון, פוליטיאה ח** (יוסף ג' ליבס - תרגום, כרך שני, שוקן, תשל"ה), 468-469.

מבחינה ספרותית, ביצירותיו של ויליאם שקספיר ניתן למצוא מוטיבים רבים של כבוד כמובן honor לצורותיו השונות. עיינו: Watson C. Brown, *Shakespeare and the Renaissance* (Princeton University Press, 1960); Norman Council, *When Honour's Concept of Honour* (Allen & Unwin, 1973). לנקודת מבט היסטורית בסוגיה זו עיינו: Honour and Shame; *The Values of Mediterranean Society* (John G. Peristiany - ed., Weidenfeld and Nicolson, 1966); *Men and Violence; Gender, Honor and Rituals in Modern Europe and America* (Pieter Spierenburg - ed., Ohio State University Press, 1998). לניתוח מאפייניהן של תרבויות כבוד והצגת הסרונותיהן ראו: Kamir, "Honor and Dignity Cultures: The Case of Kavod and Kvod Ha-Adam in Israeli

אכן, אין לכתוד כי בכל קבוצה חברתית מייחס האדם חשיבות לדעותיהם של אחרים.⁴⁶ אולם, כאשר מרכז תשומת הלב מופנה למושג honor, עלולות להיווצר שתי בעיות מרכזיות. ראשית, האדם עלול לחדול מלהעריך את עצמו ואת יכולותיו לפי קריטריונים פנימיים ותדמיתו תהא חלילה נתפסת בעיניו רק כהשתקפות של הכבוד לו הוא זוכה מצד שאר בני החברה. שנית, ההתמקדות במרדף אחר הכבוד עלולה להסיט את מוקד תשומת הלב מן העשייה גופה ומרצייתה לעבר התמקדות באופן שבו תיתפס העשייה בקרב בני החברה. בחברה כזו, האדם העסוק ב-honor שלו אינו שואל עצמו: "מהו הערך שבפעולתי זו", אלא עסוק בשאלה: "האם ולאיוזה כבוד אזכה בגין פעולתי זו". מצב עניינים זה מטשטש את אחריותו המוסרית של אדם למעשיו ועל כל פנים עלול להוביל לתבניות חברתיות בהן על כל פעולה מועמסים מסרים המקצים ומחלקים הון חברתי לפלוני על חשבון אלמוני, זה מקודם חברתית וזה, מיקומו נגרע, לעתים תוך קשר קלוש בלבד למהות הפעולות (או היחס), לו היו נבחנים אלה באספקלריה סטואית. זוהי תרבות שבה הרכילות משמשת חלק אינטגרלי מן המארג החברתי, ומעמדו של כל אדם נסחר בשוק הכבוד. צדו האפל של המושג "honor" משתקף במושג המצוי בשכנות מילולית לכבוד האדם, והוא 'כבוד המשפחה'.⁴⁷ על אף דמיונו לכבוד האדם, כבוד המשפחה אינו ערך המצטייר בתודעתנו כסמל הנאורות. כבוד המשפחה אינו מושא הערכה והגנה לא משום שאנשים שכבוד משפחתם נפגע אינם חשים השפלה אמיתית. במילים אחרות, התחושה שחש אדם שכבוד משפחתו נפגע איננה שונה בהכרח בעוצמתה, בכנותה או בהגיונה מתחושת ההשפלה

Society and Law", *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (David

Kretzmer and Eckart Klein - eds., Kluwer Law International, 2002) 231, pp. 238-241

46. המלומד ישעיהו ברלין מסביר כי החברה האנושית מהווה פסיפס של סטטוסים שונים. רעיון זה משמשו לצורך הדגמת ההשתוקקות הבסיסית של האדם להכרה בסטטוס אליו הוא משייך, מצד שאר בני החברה: "שכן מה שהנני, נקבע, במידה נרחבת, על-ידי מה שאני חש וחושב; ומה שאני חש וחושב נקבע על-ידי הרגש והמחשבה השוררים בחברה שאליה אני שייך...". ודוק: אותה השתוקקות אליה מתייחס ברלין רלוונטית בעיקר לגבי סטטוסים או מיעוטים המייצגים קבוצות כלכליות, חברתיות, פוליטיות ודתיות. ישעיהו ברלין, **ארבע מסות על חירות** (יעקב שרת - תרגום, רשפים, תשל"א), 204-211.

47. נקודה מעניינת עליה מצביע המלומד לאון שלף הנה סמיכות, ספק מקרית ספק מכוונת, בין שני מעשי חקיקה; מחד גיסא, השמטת הערך "כבוד" מסעיף 22 לחוק העונשין הדין בהגנת הצורך, ומאידך גיסא - אך יממה לאחר מכן - חקיקת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. פרופסור שלף מסכים כי קיימת בעייתיות ב"הענקת סעד משפטי לעבריינים של מעשי פשע שנעשו למען שמירה על 'כבוד המשפחה' ולפיכך טוען כי ייתכן שמחיקת המילה "כבוד" מן הסעיף הייתה רצויה (זאת, לטעמי, למרות הפגיעה לכאורה בהרמוניה החקיקתית). ראו ליאון שלף, "מילת הכבוד של המחוקק וחירות הפרשנות של השופט", **מחקרי משפט יג** (תשנ"ו) 265.

שחש אדם שכבודו נפגע.⁴⁸ לו כל שהיה לנגד עינינו הוא הרצון להימנע מתחושות השפלה, אפשר שהיינו צריכים להגן על כבוד המשפחה כפי שאנו מגנים על כבוד האדם. ההבדל, לדעתי, נעוץ בכך שבכבוד האדם אנו עוסקים בהגנה על חברות בקהילייה המוסרית של בני האדם כבני אדם, ואילו בכבוד המשפחה אנו עוסקים בהגנה (או בהיעדר הגנה) על מיקומם היחסי של בני משפחה ב'סולם השפלה' לעומת בני משפחה אחרת (או בתוך משפחתם שלהם), כאשר אותו 'סולם השפלה' מתעצב אל מול המרוץ החברתי אחר הכבוד. להשקפתי, מסיבה זו אין להעניק לכבוד המשפחה הגנה במונח המשפטי.⁴⁹ במילים אחרות, המושג honor מחייב אותנו לאמץ קנה מידה חברתי-יחסי בו תחושת ההשפלה נחוות ביחס למצב הנפשי לא רק של הקרבן, אלא גם של הצופים מהצד. הוא גם מחייב אותנו, לפחות

48. המלומד שלף מצייע במאמרו "פרשנות יצירתית לגבי המילה 'כבוד'", באמצעות הלבשת המושג "כבוד המשפחה" במשמעות חדשה. להצעתו, ניתן להשתמש במושג זה כפתרון משפטי להגנה על קרבנות אלימות במשפחה, אשר כבודם נרמס בידי בן משפחה אחר, כשהקרבן פעל פעולה מונעת קיצונית שיש בה "ספק הגנה עצמית stricto sensu, ספק הגנה על הכבוד וספק תגובה לקנטור". שלף (לעיל, הערה 47), בעמ' 271-273. הפתרון המוצע במאמר זה מייחד את הצורך לדון ברמיסת הכבוד כביטוי להשפלה, אלא מצייע חלופה הנשענת על מערכת היחסים המכוננת את התפקידים (הסטטוסים) היחסיים אותם ממלאים בני המשפחה האחד ביחס לרעהו. כך ברור שכבוד המשפחה איננו משמש כהגנה לגיטימית מפני אישום ברצח. עם זה יצוין כי אפשר שבמצב שבו אחד מבני המשפחה מתעלל באופן תדיר בכך משפחה אחר (ובכך כמובן מפר את הנגזר ממערכת היחסים המכוננת את התא המשפחתי) ובה בעת המשטרה ו/או אורגנים אחרים מטעם המדינה מגלים אולת יד מתמדת (ובכך מפריס את הנגזר ממערכת היחסים בין האזרח למדינה) מושתקים רשויות התביעה (והמתעלל) מלמצות את הדין עם בן המשפחה שפעל באלימות כלפי המתעלל (בהנחה, כמובן, שלא הייתה בפניו, או בפניה, אופציה ריאלית אחרת פרט לאללימות).

49. מלבד העובדה שכבוד המשפחה נתפש ככבוד במונח honor, ולפיכך לדעתי אין למהר ולהגן עליו כערך חוקתי-משפטי, יצוין כי ישנו נימוק נוסף להגנה הפחותה, אם בכלל, לה זוכה כבוד המשפחה, ואשר עולה אף היא בקנה אחד עם התזה המקודמת בחיבור זה: כחברה שאיפתנו הנה להגן על כבוד האדם מכוח היותו אדם, דהיינו ישות אנושית, בעוד שלענייננו אין המשפחה כגוף נתפסת כישות שהכבוד הוא חלק אינהרנטי מקיומה. במילים אחרות, כבוד האדם הנו ביטוי לחברות בקהילייה המוסרית. בקהילייה זו חברים בני אדם (מכוח יכולתם לשאוף ולהבחין בין טוב ובין רע) ולא משפחות או גופים אחרים. שאלה מעניינת היא, איזו הגנה ראוי להעניק לכבוד של מסגרות קולקטיביות נרחבות יותר, כגון ההגנה על עם. ייתכן שניתן למצוא רמז לתשובה בסעיף 13 (ב) (2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, המגן על "חיי יהודי, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, באשר הוא יהודי..." מפני עבירות חוץ. נשים אל לב כי הסעיף מגן על הפרט היהודי, ולא על עם ישראל כעם, למרות כותרתו: "עבירות נגד המדינה או העם היהודי".

במידה מסוימת, למדוד, לכמת ולהמצר⁵⁰ כבוד, תוך עיסוק מתמיד בשאלה למי יש יותר או פחות כבוד.

להשלמת הביקורת המושגית על תזת אי־ההשפלה, יש לחזור ולציין את היחס בין חווית ההשפלה ובין הרציונליות. לפי חלק מתומכי תזת אי־ההשפלה אין מקום להגן מפני כל תחושת השפלה. ישנם מצבים שבהם השפלה נחווית איננה 'רציונלית', ולכן אין מקום להגן מפניה.⁵¹ דוגמה לכך היא תחושת השפלה הנובעת מעמדה פסולה מבחינה מוסרית, אשר לפיכך נתפסת בעינינו כבלתי ראויה להגנה. כך היא תחושתו של שונא הזרים למראה זרים המסתובבים בשכונתו, אשר ניתן, אולי, לסווגה כהשפלה, שכן שונא הזרים מרגיש שמעמדו העליון מתערער כשנכפית עליו התערות עם השונים הנחותים ממנו, התערות שנתפסת בעיניו כהשפלה. לגופו של עניין איני חולק על המסקנה שאין להגן על תחושתו של שונא הזרים במקרה זה.⁵² עם זאת, לא ברורה ההצדקה התיאורטית המאפשרת לפנות לרציונליות ובשמה לא להגן מפני תחושת ההשפלה במקרים ספציפיים. האין כל תחושת השפלה לא רציונלית, במובן זה שלו היה הקרבן יצור רציונלי לחלוטין, לא היה נעלב שכן היה רואה במעשה, באמירה או במחדל 'המשפילים' אך ניסיון בלתי צליח להשפיל?⁵³ הרי מבחינה רציונלית צרופה, אין מקום לתחושת עלבון; המנסה להעליב נחשף במלוא עליבותו – הא ותו לא. מכאן, פנייה לרציונליות של הקרבן הייתה אמורה להוביל למסקנה שאין להגן מפני תחושת ההשפלה באשר היא, בין של שונא הזרים שנכפתה עליו התערות עם זרים ובין של הזר שנמנעה ממנו ההתערות בקהילה.

זאת ועוד: מדוע עלינו להתמקד ברציונליות של הקרבן? הרחבת העדשה תוך התמקדות ברציונליות של המנסה לפגוע בכבוד האדם תוביל למסקנה כי אם ברשותנו מארג תיאורטי מספק המגדיר רציונליות, אין לנו למעשה צורך בהגנה ספציפית מפני יחס משפיל. האם לא נוכל לומר כי הניסיון להשפיל אדם אחר הנו מקרה ספציפי של התנהגות המבטאת יחס

50. מלשון מוצר, to commodify.

51. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 561, 585.

52. שם, בעמ' 561, 578-579.

53. ברצוני להודות לדי"ר דורון מנשה על שהאיר את עיני לטיעון זה. לעניין היחס שבין תחושת ההשפלה לדרישת הרציונליות עיינו: Statman (לעיל, הערה 24), בעמ' 529-532. אפשר, כמובן, לנסות ולפתח תפישה של "השפלה רציונלית", כאשר נוהג אדם אחד בזולתו באופן המתעלם מייחודו של הזולת או באופן המייחס לו ייחוד לא לו. כפי שהציע לי פרופ' אלון הראל, ניתן להמשיג זאת כך: אם אני אדם x ופלוני מתייחס אלי כאילו הייתי y , ולא את y מיוחסות תכונות שליליות, אפשר לראות ביחס זה "השפלה רציונלית". עם זה לא ברור מהם אותם משתנים x ו y שלאורם ניתן לבצע את הבחינה (האם צבע עיניים, למשל, רלבנטי?), לא ברור מה דין היחס ל x - x , ולא כ y , כאשר יחס זה עדיין טומן בחובו השפלה (האם התייחסות לאסיר משוחרר כעבריינין לשעבר משפילה?) וכמובן, לא ברור מהי המתודולוגיה לקביעה ה"שלילית" הטמונה ביחס (האם התייחסות למצביע ליכוד כמצביע עבודה היא ייחוס תכונה "שלילית"?). על-כל פנים, אינני פוסל אפשרות לפתח מודל ל"השפלה רציונלית". לדעתי, פיתוח זה, מעצם טיבו, ירחיק את חווית ההשפלה אל שולי הדיון, אם לא ייתרו.

שאיננו רציונלי כלפיו? הרי לפי הגדרת הרציונליות הקאנטיאנית, אין זה רציונלי להתייחס לאדם אחר כאל אמצעי בלבד, והשפלתו של האחר היא מקרה בו אדם אחר אינו נתפש כתכלית בפני עצמה אלא אך כאמצעי לקידום מטרות אחרות. לפיכך נראה כי למשפיל לא קיימת כל זכות – לפחות לא זכות הנשענת על היותו של האדם יצור רציונלי – להשפיל את זולתו. אם כן, מה מוסיפה ההגנה על כבוד האדם כהגנה דווקא מפני השפלה? או במילים אחרות: מדוע שלא נאמר כי ההגנה על כבוד האדם משמעה הגנה מפני התנהגות שאיננה רציונלית הגורמת סבל לאחר – במקרה הספציפי שלנו, סבל מסוג השפלה – ללא הצדקה?⁵⁴ מה מוסיף המיקוד בחוויית ההשפלה דווקא?

לצד טיעונים מושגיים אלו, המצביעים על הקשיים הטמונים בתפישת כבוד האדם כיחס לא משפיל, עומדים גם טיעונים ערכיים הנסמכים על המציאות הפוזיטיבית במדינת ישראל. במרכז טיעונים אלו ניצבת התובנה כי גם אם אנו רואים בהגנה מפני פגיעה ברגשות (דהיינו הגנה מפני השפלה) ערך חשוב, אין זה ברור כי עלינו להציב ערך זה במרכז ההוויה המשפטית. במילים אחרות, בבואנו לבחור את הפרשנות המיטבית להיגד 'כבוד האדם' מבין המשמעויות הבאות בחשבון, עלינו להביא בחשבון גם את מידת ההשתלבות של הפרשנות הנבחרת במבנה החוקתי הישראלי ובערכים אותם מבנה זה משקף ומכונן. לאור מיקומו של כבוד האדם במרכזו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהתחשב בכך שנפסק שחוקי היסוד הם עליונים על פני כל נורמה משפטית אחרת כך שיש להעמיד כל נורמה אחרת לביקורת על סמך הזכויות המעוגנות בחוקי-יסוד אלו ובהן (אם לא בראשון) הזכות לכבוד האדם,⁵⁵ עולה השאלה האם עלינו להציב את השאיפה למנוע פגיעה ברגשות בראש מעיינינו במדינה יהודית ודמוקרטית. מדוע שלא נעדיף את ערך המחילה? את ערכי החירות, השוויון או הסולידריות? דומה אפוא שתחושת ההשפלה איננה בהכרח היסוד (ובכלל זה היסוד הנפשי, בכוח או בפועל) הראוי ביותר לעמוד במרכז הדיון. דא עקא, שהמחצב המשפטי בישראל נתון, וכפי שתואר לעיל הזכות לכבוד האדם מתייצבת במרכז ההוויה המשפטית החוקתית.⁵⁶ לפיכך, לדעתי, אל לנו לאמץ את המשמעות המזהה

54. סטטמן נמנע במפורש מסוג טיעון זה, ומבקש להתבסס על "תופעת הקבע של המציאות הפסיכולוגית האנושית" כמקור לתביעה שלא לפגוע בכבוד האדם וזאת בלי להזיק לרציונליות או לאי-הרציונליות שבהתנהגות או בתגובה. לסטטמן עמדה בעניין הרציונליות, אולם בקשר לכבוד האדם הוא מקדיש מאמץ לא מבוטל לטיעון כי אין, למעשה, בסיס רציונלי המאפשר לנו לתחום את כבוד האדם באופן המעניק לביטוי משמעות הנובעת מעצם היותו של האדם יצור רציונלי הכפוף לציווים הנובעים מן הרציונליות. ראו סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 561 והפניותיו בהערות השוליים 69-70. מן הטיעון של סטטמן לא ברור אפוא מהו היחס האנליטי בין התביעות הנשענות על "תופעת הקבע של המציאות הפסיכולוגית האנושית", כגון התביעה להימנע מהשפלה, לתביעות הנשענות על הרציונליות, כגון התביעה שלא להגן מפני השפלה הנחווית במקום שבו היא מושגת על הטיה או על עיוות מוסרי.

55. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 21), בעמ' 408-409, 447.

56. יש אומרים שכבוד האדם אינו רק ערך משפטי חוקתי, אלא "ערך מרכזי בלב החברה והמשפט כאחד". לתפישתה של המלומדת קמיר, "הבחירה בצירוף 'כבוד האדם וחירותו' מתיישבת

את התיבה 'כבוד האדם' עם 'פגיעה ברגשות', שכן פירוש זה יוביל להענקת מעמד יתר לערך שאף אם אנו שואפים להגן עליו, אין זה ברור שעלינו להעניק לו עליונות. לטיעון ערכי זה עיגון גם בלשון חוק היסוד. המחוקק הבחין בין הביטוי 'כבוד האדם' ובין הביטוי 'כבוד' שאותו נוהגים אנו לזהות בשפה היומיומית כאנטונומי להשפלה. אחרי הכול, המחוקק בחר לחוקק את "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", ולא את "חוק-יסוד: כבוד וחירות" או את "חוק-יסוד: הגנה מפני פגיעה ברגשותיו של אדם או בחירותו".⁵⁷ מכל האמור לעיל עולה כי זיהוי הזכות לכבוד האדם עם חוויית השפלה כלשהי (סובייקטיבית או אובייקטיבית) זיהוי מוקשה הוא, לאור מרכיביה הבעייתיים של תזת אי-ההשפלה. לא בכדי העדיף קאנט להתרחק מזיהוי הפגיעה בכבוד האדם עם הפגיעה ברגשות. מכלול המעשים אותם מזהים אנו כפגיעה בכבוד האדם – החל בעבדות וכלה בהטרדה מינית – אינם, לדעתי, בעייתיים משום שהם מעליבים (למרות שהם גם מעליבים); העבדות, ההטרדה המינית או ההפליה בעייתיות משום שמשמעות המעשה, כפי שאראה להלן, היא כי ביטוייה של חברות הקרבן בקהיליית בני האדם, שבה כל החברים שווים מעצם היותם בני אדם, מוטלת בספק או נשללת לחלוטין.⁵⁸ מסכים אני אפוא כי

היטב עם היבטים רבים ומגוונים של עולם הערכים והדימויים (במיוחד הדימויים העצמיים) של החברה הישראלית. 'כבוד האדם וחירותו' מכיל עצמאות וחופש 'צבריים', 'אנטי-גלותיים'; הוא מביע עמדה של עצמה, גאון, כבוד עצמי וביטחון עצמי; הוא מבטא תקומה וקוממיות בהכרזו על ניצחון 'כבוד האדם היהודי' אשר (על-פי התפיסה הציונית) כה הושפל בגולה בכלל ובשואה בפרט; הוא מתחבר עם ה'כבוד' היסודי-כיוני והמורחז-תיכוני כאחד, שהישראליות אימצה ומאמצת לעצמה; הוא אוניברסלי ופרטיקולרי כאחד, והוא מתקשר אפילו לכבוד האדם כצלם אלוהים... בין שהבחירה היתה ראויה מבחינה תיאורטית וערכית ובין אם לא, היא בוודאי היתה אפקטיבית, ועם הצלחה אין מתווכחים". קמיר (לעיל, הערה 31), בעמ' 374-375.

57. ודוק: אינני טוען שעיון לשוני זה הוא קונקלוסיבי. אחרי הכול, אין תימוכין בלשון החוק לפרשנות הביטוי 'כבוד האדם' בחברות בקהילה המוסרית, היא הפרשנות שאותה אני מציע כאן. לפיכך עלול הטרדן המתחכם לטעון כי כפי שפונה אני ללשון החוק בצייני שהמחוקק לא קיבל את חוק-יסוד: פגיעה ברגשות, כך ניתן לפנות ללשון החוק ולהפריך את הצעתי שלי שכן המחוקק לא קיבל את חוק-יסוד: החברות בקהילה המוסרית. פשיטא שטיעונים לשוניים מסוג זה דינם להיכשל, שכן כל שימוש שכזה בלשון החוק יוביל לשלילתה של אופציה פרשנית בה המחוקק לא עשה שימוש מפורש. טענתי שלי מצומצמת הרבה יותר: מלשון החוק ניתן ללמוד על הבדל בין הדיבר 'כבוד' ובין הדיבר 'כבוד האדם' באשר הוא אדם'. המחוקק מגן על הזכות לכבוד, אך מצייין במפורש שעסקינן בכבוד האדם באשר הוא אדם. מכיוון שהמשמעות הטבעית של הדיבר 'כבוד' הפוכה למשמעות הדיבר 'השפלה', ומכיוון שכבוד האדם איננו זהה לכבוד, יש רגליים לסברה שכבוד האדם איננו זהה לאי-השפלה. הא ותו לא.

58. ניתן להשקיף על חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, ס"ח 152, כמבטא את שאיפת המחוקק למנוע פגיעה בביטויי החברות השווה של בעלי המוגבלויות בקהילייה

טענת הפגיעה בכבוד האדם כוללת טענת הדרה (exclusion),⁵⁹ אך ההשפלה הנחווית לעתים (ואולי לעתים קרובות) איננה הכרחית. סוגי סבל (או נזק) אחרים המלווים את שלילת ביטוי החברות או את הצבתה בסימן שאלה ראויים אף הם להגנה, ואפשר שגם להגנה חזקה יותר מזו שעלינו להעניק מפני חווית ההשפלה.

לסיכום, תזת אי-ההשפלה, כפי שהיא עולה בפסיקה ובדברי המלומדים, על אף יתרונותיה, מעלה בעיות שניתן לסווגן לארבעה ראשים (החופפים זה את זה במידה מסוימת):⁶⁰ (1) היעדר יחס ברור בין המפר לנפגע, תוך התמקדות בנפגע ולא במפר; (2) התמקדות בנזק (שלעתים מקרי הוא) ולא במעשה גרימת הנזק, דהיינו במעשה שיש בו, כשלעצמו, משום היזק; (3) היעדר הצדקה רציונלית לנזק או להיזק מלבד תגובה אמוציונלית (התמקדות ביסוד אמוציונלי במקום ביסוד רציונלי, וזאת במסגרת שאמורה להישען על אדנים רציונליים); (4) התמקדות ביסוד נפשי-סובייקטיבי של נפגע ספציפי או פוטנציאלי ולא במציאות עובדתית-אובייקטיבית. מובן שכל אחד מראשי טיעון אלו אינו עומד באופן עצמאי, אך דומה כי בהינתן מצרף הקשיים העולה מתזת אי-ההשפלה, עלינו לבחון האם יש בידינו אלטרנטיבה עדיפה.

ג. כבוד האדם כביטוי לחברות בקהילייה המוסרית של בני האנוש

1. תשתית מושגית

אם אכן, כפי שטענתי לעיל, תזת אי-ההשפלה איננה משכנעת די הצורך, נדרשים אנו לפתח תזה חלופית. על תזה זו לענות לדרישה כי הביטוי 'כבוד האדם' יהא בר מימוש מבחינה משפטית, דהיינו כי ניתן יהא להגדיר את הזכות המשפטית לכבוד האדם ואל

האנושית. גישה זו מתחזקת לאור נוסחו של סעיף המטרה בחוק (סעיף 1): "זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות". החוק עצמו נועד להעניק כלים ספציפיים בעזרתם יוכלו אנשים עם מוגבלויות להתגבר על מכשולים המונעים מהם לממש את חברותם בקהילייה. להרחבה ראו אמנון כרמי, "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות", **רפואה ומשפט** 23 (תשס"א) 102; וכן מאמרם המקיף ורחב היריעה של אריאלה אופיר ודן אורנשטיין, "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998: אמנציפציה בסוף המאה ה-20", **ספר מנחם גולדברג** (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג - עורכים, סדן, תשס"ב) 41. מאמרם של אופיר ואורנשטיין נפתח בהצהרה כי עם חקיקת החוק "...הוכרו פורמלית אנשים עם מוגבלות בישראל כחברים במועדון זכויות האדם" (שם, בעמ' 45).

59. להדגמת טענת ההדרה: Statman (לעיל, הערה 24), בעמ' 532-535 Margalit (לעיל, הערה 24), בעמ' 108-112, 135-143. המלומד סטמן אף טוען כי בחשש האלמנטרי של האדם מהדרה מגולמים יתרונות אבולוציוניים בלתי מבוטלים.

60. תודתי נתונה לקורא עלום על שהציע סיווג זה וכן על הערותיו/ה המועילות האחרות, ששולבו במאמר זה.

מולה את החובות לכבוד זכות זו. כדי לעמוד בדרישה זו נחוצה תשתית תיאורטית שתנחה אותנו בבואנו להגדיר את היקף פועלה המשפטי של הזכות לכבוד האדם. מכיוון שתזת אי ההשפלה, אותה דחיתי לעיל, הוצגה כעדיפה על פני החלופה הקאנטיאנית,⁶¹ אין זאת כי עלי לשוב אל בית המדרש הקאנטיאני ולבחון שמא אין בתשתית הרעיונית המצויה שם כדי לשפוך אור על הסוגיה שלפנינו. אין בכוונתי במאמר זה לפרוש את המשנה הקאנטיאנית במלואה, או את מלוא הקשיים שהיא מעוררת, וכמו כן לא כאן הוא המקום לפרוש את הקווים הברורים המפרידים בין הפיתוח המוצע כאן, היונק לעניין זה מגישתו של הגל,⁶² ובין המקור הקאנטיאני ההיסטורי. את עיקר מרצי אפנה לפיתוח התזה החלופית, בהותירי את הדיון המרוכז בנקודות הסטייה מתורתו של קאנט לעת מצוא.⁶³

אל מול כבוד האדם כיהס לא משפיל ניתן לפתח את כבוד האדם כביטוי לחברות בקהילייה המוסרית של כל בני האנוש מכוח היותם בני אנוש. ההנחה המונחת ביסוד תפישה זו היא כי האדם אכן מיוחד מיתר הברואים, ובכלל זה הצומח והדומם, בכך שמטבע ברייתו טמונה באדם היכולת לשאוף ולממש את מסוגלותו להבחין בין טוב ורע. כיצור מוסרי, האדם מסוגל לראות בעובדות טעם לפעולה. ככלל האדם יכול, או לפחות יכול לשאוף, למצות את מסוגלותו להבחין במציאות הנקלטת במוחו ובלבו ('העובדות') ולעבדה לכדי טעמים המצדיקים פעולה כזו או אחרת. כוח אבחנה ועיבוד זה, ובכלל זה השאיפה למיצויו, מייחדים את האדם כיצור מוסרי, דהיינו יצור שלגביו שאלות מוסריות הן רלבנטיות.⁶⁴

61. סטטמן (לעיל, הערה 6).

62. בפיתוח זה הושפעי מכתבתו של אלן ברודנר. למשל: Alan Brudner, *The Unity of the Common Law* (University of California Press, 1995).

63. אך פטור בלא כלום אי אפשר. נקודת המוצא הקאנטיאנית מצויה באוטונומיה: כיצור רציונאלי האדם הוא אדון לבחירותיו. מכאן נגזרים שלוש הפנים לצווי הקטגורי, על פיהם אדם איננו אמצעי אלא אך תכלית בפני עצמה. מכאן גם ניתן לגזור את הכללים הפוזיטיביים שביסוד משטר משפטי המבטא את האוטונומיה, כפי שמראה Weinrib (לעיל, הערה 16). אך כפי שטוען הגל, במצב של חברה אזרחית, במובחן ממצב הטבע, הסיכנות המוסרית חייבת להביא בחשבון את הקהילה עצמה (לדיון ברעיון זה ראו: Amnon Reichman, "Professional Status and the Freedom to Contract: Towards a Common Law Duty of Non-Discrimination", 19 *Can. J. L. & Juris.* (2001) 79. כתיבה מעניינת על היחס בין האדם כיצור אוטונומי לקהילה, הרלבנטית לענייננו, מצויה אצל מאיר דן-כהן. ראו למשל: Meir Dan-Cohen, "Between Selves and Collectivities: Toward Jurisprudence of Identity", 61 *U. Chi. L. Rev.* (1994) 1213.

64. ודוק: אין להסיק מכך שהאדם הנו בהכרח מוסרי במובן זה שפעולותיו מסמלות את הטוב, הצודק והנכון, דהיינו שהאדם בכל מקרה בוחר בחירות שניתן להגן עליהן מבחינה מוסרית. אך דווקא משום שקיימות בעבור האדם בחירות שאינן מוסריות יכולים אנו לדרוש ממנו כי ישאף לממש את יכולותיו המוסריות להבחין בין טוב לרע. אספקט מרכזי של כבוד האדם ושל יכולתו לבחור בין אופני פעולה שונים, הוא ההכרה באחריותו המלאה למעשיו. ראו: Schachter (לעיל, הערה 32), בעמ' 850.

מכיוון שביחס לכל פעולה (או החלטה) ניתן לדרוש מן האדם סיבה ולבחון אם היא מוצדקת, או לפחות ניתן לדרוש מן האדם לנסות ולממש את הפוטנציאל הטמון בו (ככל שיכולתו משגת) להצדיק פעולותיו, הרי שניתן להגדיר את האדם כיחידה מוסרית. ומכיוון שהאדם איננו מתקיים בעולם בהיעדר בני אדם אחרים סביבו, ניתן לדבר על קהיליית בני האדם, היא קהיליית הסוכנים המוסריים (moral agents), או הקהילייה המוסרית. בקהילייה זו חברים כל בני האדם מכוח היותם יחידות מוסריות.⁶⁵

מעובדת היותו של האדם סוכן מוסרי נובעות שתי מסקנות בעלות מדרג זהה. ראשית, לכל אדם אוטונומיה להחליט ולפעול (או לפחות פוטנציאל או שאיפה למימוש האוטונומיה). דהיינו, כל אדם נתפס כבן-חורין ריבוני במובן העמוק (או כשואף לחירות, או למימוש ריבונותו, במובן העמוק) ובשל חירות בסיסית זו מוטלת עליו חובה לנהוג על פי הציווי הקנטיאני.⁶⁶ מכוח האוטונומיה שלו נושא הפרט בתוצאות בחירותיו. המסקנה

65. לעניין זה אין נפקא מינה אם מקורה של היכולת להבחין בעובדות ולעבדן לסיבות המצדיקות פעולה, ובכלל זה השאיפה למיצוי יכולת זו, הנו אלוהי, דהיינו בריאת האדם בצלם, או מקור מטאפיסי אחר. אין גם נפקא מינה לשאלת מותר האדם מן הבהמה; אם נוכל להראות כי גם בעלי חיים אחרים, בין שהם מצויים על כדור הארץ ובין שלא, שותפים לאותה יכולת מוסרית, ובכלל זה מסוגלים לשאוף ליישמה, כי אז גם הם יחברו לקהילייה המוסרית. זאת ועוד: הקביעה כי בעלי חיים כאלה או אחרים אינם בעלי יכולת לראות בעובדות סיבה לפעולתם, ולפיכך אין לדרוש מהם להצדיק פעולה כזו או אחרת אותה ביצעו, איננה מובילה בהכרח למסקנה שאין להגן על אותם בעלי חיים מפני סבל. אך מקור ההגנה, ככל שניתן לבסס אותה, לא יהיה חברותם בקהילייה מוסרית, אלא חובת החברים בקהילייה המוסרית להגן על אחרים מפני סבל וזאת בין שהאחרים הנם חברים בקהילייה ובין שלא. השוו רע"א 1684/96 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ, פ"ד נא(3) 832. בזמן כתיבת המאמר עומד ותלוי הליך בבג"ץ ובו נתקפת חוקיות תקנות צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים) (הלעטת אווזים), תשס"א-2001, ק"ת 410, המסדירות פיטום אווזים. ב-24 באפריל 2002 הוצא צו על תנאי בעניין זה. ראו בג"ץ 9232/01 "נוח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם). לעיון כולל בסוגיית מעמדם של בעלי החיים והיחס (המצוי והרצוי) כלפיהם ראו אבינועם בן-זאב, "הטעם שבאיסור לצער תנינים", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 367; יוסי וולפסון, "מעמד בעלי-החיים במוסר ובמשפט", משפט וממשל ה (תש"ס) 155; פיטר סינגר, שחרור בעלי-החיים (שמואל דורנר - תרגום, אור עם, תשנ"ח); זאב לוי ונדב לוי, אתיקה, רגשות ובעלי-חיים: על מעמדם המוסרי של בעלי-חיים (ספרית פועלים, תשס"ב).

66. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 545-546. ליחס בין יכולת הבחירה של האדם על מובניה השונים לבין האוטונומיה האנושית ראו: Meir Dan-Cohen, "Conceptions of Choice and Conceptions of Autonomy", 102 *Ethics* (1992) 221 לבין החירות התבטאה הלכה למעשה בדנ"א 2401/95 נחמוני נ' נחמוני, פ"ד נ(4) 661, בעמ' 724-723.

השנייה הנובעת מהיותו של כל אדם סוכן מוסרי היא כי לאדם, כחבר בקהילייה המוסרית, תביעה כלפי כל אחד מחברי הקהילייה, כמו גם תביעות כלפי הקהילייה עצמה שלא לשלול את ביטויה⁶⁷ של החברות בקהילייה.⁶⁸ תביעה זו, לטענתי, היא התביעה לשמירה על כבוד האדם.

החברות בקהילייה המוסרית, ולפיכך התביעה להימנע מפגיעה בביטויה של חברות זו, איננה רק עניין מופשט, שנדון תיאורטית כאילו היה האדם מנותק מן הקיום האמפירי של חייו או מתקיים לבדו, במנותק מאנשים אחרים או במנותק מחברה אנושית.⁶⁹ במארג חברתי מפותח וקונקרטי – שייקרא לצורך הדיון 'חברה אזרחית' – פועלים אנו לא רק כ'אנשים פרטיים ומופשטים' שאינם קשורים זה לזה אלא בקשרים תיאורטיים או חוזיים שאת תוכנם חופשיים אנו לעצב מאפס. החברה האזרחית, בה מתממשת הקהילייה המוסרית, מאפשרת לחברים לפעול גם (אבל לא רק) באמצעות תפקידים שונים⁷⁰ – סטטוסים – אותם מאיישים בני החברה. כך ניתן לדבר בחברה אזרחית על עובד, מעביד, בעל, אישה, בעל מקצוע כזה או אחר, אזרח, נושא תפקיד מטעם המדינה, וכולי. אלו הם סטטוסים – תפקידים או "כובעים" – שמכוחם יכולים בני החברה להתקשר עם חבריהם ועם החברה בכללותה, שמכוחם יכולים הם לתבוע זכויות ומכוחם חלות עליהם חובות כלפי המתקשרים עמם (או המצויים ב'קרבתם') וכלפי החברה. תפקידים חברתיים – סטטוסים – אלו מגדירים ומוגדרים על-ידי מערכות יחסים שבהן נוטל חלק בעל התפקיד בבואו לפעול במסגרת תפקידו. מובן שאין מניעה שאדם יפעל בכמה כובעים

67. גם אם לא ניתן לפגוע בכבוד האדם כשהוא לעצמו, שכן לכל אדם כבוד אינהרנטי, ניתן לפגוע בביטויו (the embodiment) של כבוד זה.

68. גם המלומד פיינברג טוען כי: "To respect a person then, or to think of him as possessed of human dignity, simply is to think of him as a potential maker of claims": Joel Feinberg, "The Nature and Value of Rights", in his *Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy* (Princeton University Press, 1980) 143, p. 151

69. קהיליית בני האדם איננה רק איגוד פורמלי של כל הסוכנים המוסריים, אלא מהווה קהילייה המעניקה את הביטוי המעשי לאוטונומיה של האדם. משום שהאדם אינו בא לעולם, גדל, מגבש את תפיסת עולמו, מפעיל את כוח השיפוט ופועל לבדו, יש לראות בקהיליית בני האדם ובמוסדותיה הספציפיים מרכיב במימוש היותו של האדם יצור מוסרי. השוו: (Barbara Herman, *The Practice of Moral Judgment* (Harvard University Press, 1993)

70. שאלת חשיבותם המוסרית של התפקידים או הסטטוסים החברתיים אינה חדשה עמנו. קיים ויכוח ידוע בפילוסופיה המוסרית על אפשרות פיתוח טעונים הנשענים על תפקידים חברתיים (Role Morality). לעניין זה ראו למשל: Arthur Isak Applbaum, *Ethics for Adversaries: the Morality of Roles in Public and Professional Life* (Princeton University Press, 1999). הדיון הפילוסופי הנ"ל מתמקד בהיתרים המוענקים לבעלי תפקידים אחרים מחובות אתיות כלליות, מכוח תפקידם. אינני נדרש לסוגיה חשובה זו, שכן מאמר זה מתמקד בשאלה האם ניתן לבסס חובות הנובעות מתפקיד כלשהו כך שהנושא בתפקיד איננו נתפס כאינדיבידואל אטומיסטי. ראו שוב את Dan-Cohen (לעיל, הערה 63).

וכלפי מספר אנשים בה בעת, אולם עדיין ניתן לאפיין את מערכות היחסים השונות בהן נוטל האדם חלק או בהן הוא נתון כקשורות לכובע, לתפקיד, או לסטטוס היחסי שאותו הוא ממלא כלפי הבאים עמו במגע. הסדר החברתי, אם כן, כולל רובד פעולה, או מרחב חברתי, בו אנו מממשים את היותנו סוכנים מוסריים באמצעות איש סטטוסים מסוימים והתקשרויות עם אנשים הממלאים סטטוסים אחרים, הכול על פי מערכת ההתקשרויות המאפיינות את יחסי הסטטוסים השונים (כגון מערכת היחסים בין עובד למעביד, בין לקוח לספק שירות, בין אזרח לנושא תפקיד מטעם המדינה, ועוד).

טענתי המושגית היא כי 'כבוד האדם', בדיוק מכיוון שיונק הוא את חיותו מהיותו של האדם אדם, (וככזה חבר בקהילייה המוסרית של בני האנוש), כולל את התביעה ליחס לו זכאי כל אדם כחבר שווה בקהילייה המוסרית.⁷¹ הדגש הוא על כבוד האדם ולא על כבוד בעלמא. התביעה ל-*respect for human dignity* הנה תביעה ה'שייכת' לכל אדם באשר הוא אדם, ומשמעה כי זכאי הוא שיתייחסו אליו כפי שיש להתייחס לחבר בקהילייה של בני האדם. תביעה זו מתחשבת בכך שכל אדם – כל חבר בקהילייה – הוא אוטונומי, ולפיכך קמה לו תביעה להגנה על ביטויה של האוטונומיה. לכן, זכאי כל חבר להגנה על חייו ועל גופו, שבלעדיהם אין לאוטונומיה שלו משכן (אין לך אוטונומיה ללא חיים) ואפשרות מימוש (אין לך אוטונומיה המנותקת מגוף). כן זכאי כל חבר להגנה על חירותו, הלא היא הביטוי הישיר של האוטונומיה. אך מלבד ההגנה על האוטונומיה, הזכות לכבוד האדם מגנה על האדם כחבר בקהילייה המוסרית המגולמת בחברה אזרחית נתונה. בספירה חברתית זו מבטאים אנו את היותנו בני אנוש. בספירה חברתית זו באים אנו לידי ביטוי בכך שאנו ממלאים תפקידים שונים, ומתקשרים עם בעלי תפקידים אחרים, כפי שזה עתה צוין. התביעה לכבוד האדם מתייחסת לתבנית מערכות היחסים האלה. בבואנו להתקשר איש עם רעהו מכוח סטטוס כזה או אחר, עלינו להתייחס זה אל זה בהתאם לדרישות הנובעות מן

71. קיים קשר מובהק בין כבוד האדם במובן של *dignity* ובין יכולת התביעה של זכויות. הפן ה'ייצוגי' של כבוד האדם מתבטא לכשקמה תביעה כזו. כאמור, יש להבחין בין הכוח לתבוע, הנובע מכבוד האדם, לשימוש הספציפי שיכול אדם לעשות בכוחו, שימוש אשר אפשר שיעמוד בניגוד למושג 'כבוד האדם' כאשר יתבע אדם את זכותו באופן הפוגע בכבוד האדם של זולתו או באופן גס, נמהר ולא הוגן. מאידך גיסא, גם אם האדם ייכשל בביטוי כבודו וינהג באופן בלתי מכובד (במובן של *undignified*) – אין המשמעות כי הוא מחוסר כבוד או כי אחר רשאי מוסרית להתייחס אליו ככזה. רעיונות אלה מובאים אצל Michael J. Meyer, "Dignity, Rights and Self-Control", 99 *Ethics* (1989) 520, pp. 524–525, 529 של ז'אק שלנגר, הטוען כי "ההערכה העצמית שלי, לא לאישיות שלי כי אם לדעות שבהן אני מחזיק, היא היסוד עליו אני בונה את הערכתי לזולת. רק אם אני ראוי בעיני עצמי יכול אני לקבוע את עמדותי כלפי הזולת, לכבד אותו אם ערכיו תואמים את ערכי היסוד שלי, ולא לכבד אותו אם אין הדבר כך". ז'אק שלנגר, "על כבוד הדדי וכבוד עצמי", **כבוד האדם או השפלותו? מתח כבוד האדם בישראל** (אלוף הראבן וזן ברם – עורכים, הקיבוץ המאוחד, תש"ס) 34, בעמ' 42. לניתוח מעמיק של תופעת ה-"*respect for persons as persons*" ראו: Sarah Buss, "Respect for Persons", 29 *Canadian Journal of Philosophy* (1999) 517

הסטטוס וממערכות היחסים בין הסטטוסים השונים. יחס כלפי אחר שאיננו עולה בקנה אחד עם התפקידים שממלאים בני האדם זה כלפי זה משמעו האופרטיבי כי אדם אחד מדיר אדם שני מן הסטטוס אותו ממלא האדם השני. בכך שאינו מתייחס לזולתו כפי שנדרש ממערכת היחסים ביניהם, קובע למעשה האדם כי הזולת אינו חבר "מלא" בחברה האזרחית: הוא אינו זכאי לחבוש כובע, או למלא תפקיד חברתי מסוים, או לכל הפחות אינו זכאי למלוא היחס המתחייב מהתפקיד שאותו הוא ממלא. הדרה זו פוגעת בתבנית מערכות היחסים המארגנות את החברה האזרחית, שכן מפרקת היא את רעיון מערכות היחסים תלויות התפקיד. בבסיסה עומד יחס שונה לחברי הקהילייה השווים. יחס שווה מפר את הזכות לכבוד האדם, המוענקת לכל חבר בחברה האזרחית מעצם היותו בן אנוש.

אמרנו מעתה: הפרת הזכות לכבוד האדם היא התנהגות אדם הממלא סטטוס מסוים (בין שהסטטוס ממוקם בספירה "הפרטית" ובין שמהווה אורגן של המדינה), כלפי אדם הממלא סטטוס אחר, באופן הסותר את מהות הסטטוסים ואת מערכות היחסים המכוננות סטטוסים אלה.⁷²

הגדרה מבנית זו של הזכות לכבוד האדם איננה מתייחסת באופן ישיר לתוכן ההתנהגות המפרה. התשובה לשאלה, איזו התנהגות סותרת את מהות הסטטוס ומערכות היחסים המכוננות אותו, תלויה בסטטוס עצמו: ב-*raison d'être* שלו⁷³ (כל עוד, כמובן, ניתן להצדיק *raison d'être* זה כמתיישב עם הנחות היסוד האוניברסליות אשר בבסיס רעיון הקהילייה המוסרית). בשלב הדוגמאות, אליו אפנה בפרקים הבאים, אשתדל ליצוק תוכן באמירה זו. באופן כללי ניתן לומר כי הזכות לכבוד האדם מתפקדת כשסתום הקובע באיזו מידה רשאי סוכן מוסרי אחד להביא בחשבון את מלוא מרכיבי זהותו של סוכן מוסרי אחר בבואו להתקשר עם סוכן זה, ובאיזו מידה עליו להתעלם ממרכיבי זהות אלו ולהתקשר עם רעהו כ"סוכן מופשט". בשלב זה די אם אדגיש כי הזכות לכבוד האדם לא תספק תשובה ישירה לשאלה, איזו התנהגות פוגעת בה, אלא תפנה את המשפטן אל תבנית מערכות היחסים, ובה תימצא התשובה.

מששרטטתי שלד מושגי זה, נדרש אני להתמודד עם מספר סוגיות מקדמיות, בטרם אפנה לדיון בזכות לכבוד האדם במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי, דיון אשר במסגרתו אראה את אופן יישום זכות היסוד לכבוד האדם. ראשית, עלי להפיג את החשש מהחזרה לשימוש בסטטוס, לאור המטען ההיסטורי המשויך למושג זה. שנית, עלי לגעת ביחס בין אוניברסליות לבין פריטיקולריות העולה מן השימוש בסטטוסים כפי שהתפתחו בחברות

72. לדיון מפורט יותר ברעיון הסטטוס החברתי ראו במיוחד להלן, בעמ' 48.

73. את אותו *raison d'être* או את אותה תכלית של מערכות התפקידים (הסטטוסים) עלינו לחלץ מתוך החברה בה אלו קיימים בעזרת שימוש בכלי פרשנות חברתיים אנתרופולוגיים: what is that status about? מהי תכלית מערכת היחסים? מה משמעותה החברתית ולמה היא משמשת? על שאלות אלו יהיה על המשפטנית לענות בבואה לבחון כל סטטוס וסטטוס, אך שאלות אלו אינן ייחודיות, שכן שאלות אלו מלוות את המשפטנית בבואה להתמודד עם החוק, לפחות על-פי גישת הפרשנות התכליתית.

מסוימות. שלישית, מוצא אני לנכון לדון מעט באופי הזכות לכבוד האדם: האם זו זכות כלפי אדם אחר עמו אני מצוי במערכת יחסים מכוח התפקידים שאותם אנו ממלאים זה כלפי זה, או שמא הזכות לכבוד האדם כוללת גם מרכיבים "חפציים", המגינים על כבוד האדם, כלפי כולי עלמא? ולבסוף אקדיש מספר מילים ליחס בין הזכות לכבוד האדם לבין אוטונומיה.

2. בחזרה לסטטוס?

השימוש במושג התפקיד או הסטטוס עלול לעורר, חלילה, פחדים קמאיים. אחרי הכול, המעבר מסטטוס לחוזה מוצג לרוב כהתקדמות,⁷⁴ והנה מוצע כאן להכיר בקיום הסטטוס, ועוד כבסיס לזכות לכבוד האדם. ביקורת פשטנית כנגד ההכרה בכך שבחברה אזרחית אנו פועלים במסגרת מערכות יחסים תלויות תפקיד (או תלויות סטטוס) עלולה להישמע כך: "הרי טוען אתה שהתפקידים שעמנו הנם פרי התפתחות היסטורית. והרי ידוע שההיסטוריה האנושית הייתה רצופה מקרים בהם נעשה שימוש בסטטוסים באופן הפוגע בכבוד האדם (סטטוס העבד) או כללה בסטטוסים מסוימים חובות וזכויות הפוגעות בכבוד האדם (סטטוס הנישואים התיר לבעל לאנוס את אשתו, למשל). מדוע לתת תוקף לסטטוסים אלו?"

ביקורת זו יש להסיר מעל הפרק. העובדה שבהיסטוריה האנושית נעשה שימוש פסול במושג הסטטוס, אינה צריכה להכתים את המושג עצמו. על פי המודל המוצע כאן, השימוש בסטטוס כלשהו מותנה בכך שניתן להצדיקו אל מול מערכת הנחות מכוננות. סטטוסים, או תפקידים חברתיים, הנם כלי לביטוי ולמימוש החברות השווה בחברה האזרחית. החברים בקהילייה הנם בני אדם אוטונומיים. עבדות, כמובן, סותרת הנחת יסוד מכוננת זו, שכן העבד, על פי הגדרה, כבר אינו נתפש כיצור הרשאי לבטא ולממש את האוטונומיה שלו; הרי הוא עבד. לפיכך לא ניתן להצדיק את הסטטוס של עבד ולמולו את הסטטוס של בעל העבד. זאת ועוד: השימוש המוצע כאן בסטטוס, או בתפקיד חברתי, מחייב כי בפני כל חבר קהילייה תהיה האפשרות העקרונית לממש חברותו בקהילייה באמצעות איוש כל תפקיד או סטטוס. ברור שסטטוס העבדות אינו מתיישב עם דרישה זאת: העבד מנוע, מעצם הגדרת העבדות, מלבטא את חברותו בקהילייה באמצעות איוש תפקיד אנושי כלשהו, שכן העבד הנו קניין בעליו. באופן דומה, ניתן להסיר את החשש מהשימוש הפסול שנעשה בסטטוסים אחרים, כגון הפיאודליזם, אדם חופשי-צמית, וכיוצא באלה. סטטוסים אלו הנם קשיחים: אדם נולד לסטטוס מסוים, ואינו רשאי לממש את חברותו בקהילייה בדרך אחרת. אלו הן דוגמאות מצוינות לשימוש בסטטוסים שאיננו נגזר מהנחת היסוד בדבר חברותם השווה של בני אדם אוטונומיים בקהילייה המוסרית המגולמת בחברה אזרחית. לפיכך, שימוש זה איננו עולה בקנה אחד עם מושג כבוד האדם כפי שמוצע כאן.

השימוש הפסול שנעשה בסטטוס הנישואים מוסיף לדיון נדבך נוסף. ראשית, כמובן, הנישואים כללו בעבר היבט של קניין באדם אחר, וכפי שזה עתה הוסבר היבט זה אינו עולה בקנה אחד עם התשתית הנורמטיבית שבבסיס חיבור זה. שנית, מוסד הנישואים כלל מערך חובות וזכויות בין הבעל לאישה כך שהאישה הושמה במעמד נמוך, שלא לומר נחות,

⁷⁴ .Bryan S. Turner, *Status* (University of Minnesota Press, 1988), 17–42.

ביחס לבעל. לפי המוצע במאמר זה, עלינו לשאול: בהנחה שסטטוס הנישואים אכן בר-הצדקה כביטוי לחברות שווה בחברה האזרחית – באיזו מידה קיפוח האישה מתיישב עם ה-*raison d'être* של מערכת היחסים המכונה "נישואים"? שאלה זו תוביל אותנו, כך יש לקוות, לתובנה כי קיפוח שכזה סותר את מערכת היחסים "בעל ואישה" האמורה להיות מושתתת על אהבה הדדית ושותפות. יצוין שאין נפקא מינה, לעניין זה, אם אישה כלשהי תחוש מושפלת אם תזכה ליחס שיגביל אותה ל"תפקידי הבית". לא נוכל לקבל מצב שבו האישה מוגבלת לתפקידי הבית דווקא משום שהגבלה זו סותרת את סטטוס הנישואים המבוסס על אהבה ושותפות.

זאת ועוד: בבואנו לבחון האם פעולה מסוימת סותרת את מערכות היחסים המגדירות סטטוס אחד ביחס לסטטוס אחר, עלינו, כפי שלימדנו דבורקין,⁷⁵ להציב את מאישי התפקידים (ולפרש את דרישות "התפקיד") באור הטוב ביותר. עלינו לשאול: איזה יחס כלפי האישה מציב את סטטוס הבעל, המוכר לנו, באור הטוב ביותר? האם ראוי שבעל סביר יתייחס כך לאשתו? תקווה אני שלפחות בעת שבה נכתבות שורות אלה התשובה תהיה ברורה ככל שאמורים הדברים בכללים מקפחים.

אם כן, רואים אנו שהשימוש במושג הסטטוס, כפי שמוצע במאמר זה, ער ללקחים ההיסטוריים ומתמודד עם השימוש הלא נאות שנעשה במושג זה בעבר. אמנם הסטטוסים התפתחו בחברות הקונקרטיות כפי שהתפתחו, אך אגד הזכויות והחובות הקונטינגנטי הנלווה לסטטוס כלשהו כפוף לדרישה להצדיקו. הצדקה זו מצריכה התייחסות ל-*raison d'être* של הסטטוס ועליה לענות על שאלה כפולה: ראשית: מדוע זכות, חובה או כוח משפטי כלשהו נובעים מסטטוס כלשהו? ושנית: האם קיומו של סטטוס כלשהו (המוגדר כנועד לתכלית זו או אחרת) מתיישב עם הנחות היסוד של החברה האזרחית, דהיינו שכל חבריה הנם יצורים אוטונומיים שווים? סטטוסים אשר אינם עומדים בדרישות הצדקה אלו אינם מבטאים, מעצם ההגדרה, את חברותו השווה של כל אדם בקהילייה המוסרית המגולמת בחברה האזרחית, ולפיכך לא רק שאינם ראויים להגנה אלא יש לפעול לבטלם.⁷⁶

אכן, המערכת הפורמלית המוצעת כאן אינה נקייה מבעיות,⁷⁷ אך דומה שמקור הבעייתיות אינו השימוש הפסול שנעשה בסטטוס בעבר או עצם ההכרה בסטטוס ככלי

75. R. Dworkin, *Law's Empire* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1986), 53. לביקורת על עמדתו זו של דבורקין ראו: Ofer Raban, "Dworkin's 'Best Light' Requirement: and the Proper Methodology of Legal Theory", 23 *Ox. J. Legal Stud.* (2003) 243.

76. למשמעות המשפטית של אספקט זה של החברות בקהילייה ראו להלן, פרקים ד, ה בחיבור זה.

77. ביקורת מתוחכמת על רעיון הסטטוס, או התפקיד, תתמקד בתפקידים בעייתיים. טלו לדוגמה את תפקיד התליין, ואת מערכת היחסים, ככל שזו קיימת, בינו ובין הנדון למוות. פשיטא, שיכול התליין להתייחס לנדון למוות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תפקידו המקצועי, למשל, אם יגרום לנדון למוות סבל על-ידי עינויו. אך נניח שהתליין מקצועי לחלוטין; האם

לביטוי החברות השווה בחברה האזרחית. ההגנה המוצעת כאן כנגד שימוש פסול בסטטוס היא מוגבלת, אך מגבלה זו משותפת לכל מושגי המשפט. לעניין זה מושג הסטטוס איננו שונה ממושג הסבירות, תום הלב, תקנת הציבור או הצדק, המשמשים במשפט.

3. אוניברסליות מול פרטיקולריות

באיזו מידה הסטטוס, או התפקיד, הנם "פרי התפתחות היסטורית"? זה עתה טענתי שאין אנו כבולים למטען שהועמס על סטטוס כלשהו בתקופה כלשהי, אם מטען זה אינו עומד בדרישות ההצדקה הפורמליות שבבסיס המודל המוצע. עם זאת, טוען אני שככל שהסטטוסים אינם מעוררים בעיית הצדקה, יש להתחשב בהם כפי שהתפתחו היסטורית בחברה נתונה. טענתי היא שאין הכרח מושגי או מוסרי שבהחברה אזרחית כלשהי יתקיימו סטטוסים כאלה או אחרים. לא נדרש, למשל, שיהיה תפקיד של "בעל" ותפקיד של "אישה". אפשרויות מערכות יחסים רומנטיות או סוגי שותפויות אחרים. לא נדרש שיהיה סטטוס של "עובד" ושל "מעביד", או "מוכר" ו"קונה", וכן הלאה. העובדה שתפקידים אלו נמצאים עמנו היא עובדה היסטורית חברתית שאיננה נגזרת באופן הכרחי מעצם קיומה של החברה האזרחית כהגשמתה של קהיליית הסוכנים המוסריים. אך כל עוד סטטוסים אלו עמנו, וכל עוד אינם סותרים את החברות השווה, הזכות לכבוד האדם דורשת כי נוודא שהמאיישים סטטוסים אלו אכן מתייחסים לבעלי התפקידים עמם הם מקיימים מערכות יחסים בהתאם לדרישות מערכות יחסים אלו.

אין, כמובן, לראות בדברים אלו טענה הקוראת לשימור המצב הקיים. הסטטוסים שהתפתחו כפי שהתפתחו אינם מקודשים. לשיטתי, סטטוסים ותפקידים משתנים ומתפתחים (וטוב שכך), כל עוד נשמרות דרישות ההצדקה הבסיסית (דהיינו הדרישה כי הסטטוסים אכן יבטאו חברות בקהילייה המוסרית בה חברים כל בני האדם מכוח היותם בני אדם). תפקידה של הזכות לכבוד האדם אפוא איננו לקבע סטטוס כזה או אחר, אלא לדאוג לכך שכל עוד פועלים אנשים בתפקיד כלשהו, הם יפעלו "בהתאם לדרישות התפקיד" כלפי בעלי תפקידים אחרים.

יודגש כי התביעה להתייחס לכל אדם כחבר בקהילייה המוסרית איננה תביעה הנובעת ממסגרת חברתית-אורגנית כלשהי, המובחנת מקהילייה אחרת על פי ערכיה, מורשתה או תרבותה. לפיכך, התפישה המוצעת בחיבור זה איננה תפישה 'קהילתנית' במובן המעניק לקהילות האורגניות המרכיבות את החברה הקונקרטית חשיבות נורמטיבית עצמאית.⁷⁸ אינני טוען כי קיים ערך בשימור אופי חברתי כלשהו, או סטטוסים חברתיים כלשהם.⁷⁹

⁷⁸ עדיין יכול הוא לומר – "אין אני פוגע בכבוד האדם של הנדון למוות בהוציא אותו להורג?"

לדיון בשאלה זו ראו: Applbaum (לעיל, הערה 70), בעמ' 15-42.

⁷⁹ בכך שונה גישתי מזו העומדת בבסיס ביקורתו של יובל לבנת, "פרט וקהילה: ביקורת קומוניטריאנית על בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון", משפטים לא (תש"ס) 219.

⁷⁹ השוו: Will Kymlica, *Multicultural Citizenship* (Clarendon Press, 1995), 192. וכן ראו

ספריו *Politics in the Vernacular* (Oxford University Press, 2001), 1-3; *Liberalism*, 1991)

Community and Culture (Oxford University Press, 1991), במיוחד פרקים 8 ו-12.

הקהילייה בה קא עסקינן הנה הקהילייה המוסרית ככזו. אי לכך אין אנו יכולים לומר כי מאן־דהוא איננו חבר בקהילה 'שלנו' ולכן איננו זכאי ליחס כבן אנוש או שלא חלות עליו חובות הנובעות מהיותו בן אנוש. בן־לאדן, למשל, איננו שייך לקהילה 'שלנו' בשום מובן פרט להיותו בן אנוש. אך די בכך שהוא בן אנוש כדי להפכו לחבר בקהילייה המוסרית המופשטת ובחברה האזרחית הקונקרטית שבה חברים כל בני האדם. לפיכך גם כלפי בן־לאדן איננו יכולים לטעון כי הוא 'אחר' ולכן איננו זכאי ליחס כחבר שווה. להפך: זכותנו לדרוש ממנו כי כחבר בקהילייה יכבד את חברותם השווה של כל בני האנוש האחרים.

למרות קיומם של סטטוסים או תפקידים מגוונים בחברה נתונה, ולמרות קיומן של עמדות ערכיות שונות בחברה ספציפית כזו או אחרת, התביעה להגנה על הביטוי המעשי של החברות בקהילייה המוסרית בה חברים כל בני האנוש מכוח היותם בני אנוש היא תביעה אוניברסלית, ואין אנו יכולים להוציא אדם פלוני או אלמוני (או קבוצת אנשים פלונית או אלמונית) אל מחוץ לקהילייה המוסרית (ולפיכך אל מחוץ לחברה האזרחית הקונקרטית) משום שאינם 'דומים' לנו. עצם התביעה לכבוד האדם איננה פרטיקולרית כי אם אוניברסלית, אף שאופן מימושה נשען על מרכיבים פרטיקולריסטיים, כפי שהראיתי.

4. אופי הזכות: *In Personam* וְ *In Rem*?

להשלמת הדיון המושגי, מוצא אני מקום להקדיש מספר מילים לאופי הזכות. ניתן לקרוא את האמור בשורות לעיל כאילו הזכות לכבוד האדם הנה זכות כלפי מאן דהוא ספציפי, במלאו תפקיד כלשהו, ורק זכות כזו. לשיטתי לזכות לכבוד האדם קיום גם במישור הכללי, דהיינו כלפי כולי עלמא. החברות בחברה אזרחית אינה מסתכמת רק בתביעות (או בזכויות) כלפי חברים ספציפיים; החברות בקהילייה מקימה תביעה כלפי הקהילייה עצמה. ניתן לראות בתביעה כזו תביעה חפצית (*in rem*), במובחן מתביעה על בסיס חוזה או קשר אישי אחר עם אדם אחר (*in personam*), השייכת לאדם ספציפי כלפי אדם ספציפי אחר, ובכלל זה כלפי קבוצת אנשים ספציפיים, הקיימים בזמן נתון. הזכות לכבוד האדם כביטוי לחברות השווה בחברה האזרחית קיימת גם כלפי החברה עצמה.⁸⁰

מושגית, טענתי היא כי כאשר תובע מי מחברי הקהילייה, מכוח חברותו בה, דבר מה מהקהילייה כולה על דרך תביעה *in rem*, (במקביל או בנוסף לתביעה *in personam* כלפי מאן דהוא ספציפי כלשהו), מנוע התובע מלפגוע בביטוייה של החברות בקהילייה, שכן פגיעה שכזו מוליכה לסתירה פנימית: התובע מבקש מהקהילייה לכבדו כחבר, ובה בעת

80. Wesley Newcomb Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", 26 *Yale L. J.* (1916–1917) 710. הופלד טוען, ובצדק, כי כל זכות *in rem*, בבואה להתיינות משפטית, הופכת למעשה לזכות *in personam*, שכן הנתבע הוא תמיד אדם ספציפי, החב חובה ספציפית כלפי התובע. עם זה העובדה כי בהליך שיפוטי מתגבשת הזכות כלפי כולי עלמא לכדי זכות כלפי מאן דהוא מיוחד אין פירושה שמבחינה משפטית לא קיימת זכות כלפי כולי עלמא, אלא רק שבבואנו לאכוף את הזכות היא מתגבשת כלפי אדם ספציפי כך שההליך המשפטי הוא למעשה זהה להליך אכיפתה של זכות כלפי מאן דהוא מיוחד.

בעצמו איננו מכבד את החברות בקהילייה. כך, אדם הבא לממש זכות המוגדרת כזכות כלפי כולי עלמא מנוע מלממש את הזכות באופן הפוגע בביטוייה של חברותו של אחר ב"עלמא"; פגיעה כזו אינה פוגעת רק באחר ספציפי – היא פוגעת בעצם החברות בקהילייה. פגיעה שכזו פוגעת בביטוי האנושיות של כולנו. לסוג זה של ניתוח נפקות משפטית, כפי שאראה להלן, גם בשאלת כוחו של הפרט להפלות במתן שירותים או בסוגי מכר מסוימים, כאשר קיימת התנגשות בין האוטונומיה של הפרט וכבוד האדם.⁸¹ כמו כן, מאיר סוג ניתוח זה גם היבטים של הזכות לקניין. כדי שזכות הקניין, או כל זכות in rem אחרת, תופנה כלפי כולי עלמא, נדרשת הכרה במישור הקהילייה כמישור שבו "מוחזק" היבט מסוים של הזכות. הזכות לכבוד האדם לא רק מכירה במישור זה, אלא מגנה על החברות השווה בקהילייה, ובכך מגנה על התשתית הרעיונית של המושג in rem.⁸² לא בכדי, אם כן, בחר המכונן להגן על זכות הקניין בחוקייסוד: כבוד האדם וחירותו.

81. השוו לגישתו של פיינברג, לפיה חובות (duties) כגון חובת הוהירות שחב כל אדם כלפי אחר העלול להיזק ממעשיו וכן חובת ההצלה כלפי נפגעי תאונות דרכים מסוגות כ-, "Duties, positive in rem rights, rights of community membership". Joel Feinberg, "Rights and Claims", in his *Rights, Justice and Bounds of Liberty* (לעיל, הערה 68), 130 בעמ' 135.

82. התביעה לכבד את הקניין של הפרט מופנית גם כלפי הקהילייה עצמה, ובכלל זה כלפי חבריה שטרם נולדו או כאלה שאינם כבר עמנו (ככל שעניינם תלוי ועומד בהליך כלשהו). הקניין, מבחינה זו, 'מופקד' או 'מוחזק' גם ברמת הקהילייה עצמה – בידי הקהילייה וכלפי הקהילייה – כחלק מביטוי החברות בה. נובע מכך שעלינו לכבד גם את הקניין של המת, דהיינו את צוואתו, כחלק מן השמירה על ביטוי החברות בקהילייה. ודוק: זכות הקניין ובכללה הזכות לצוות איננה אך ביטוי לאוטונומיה. כידוע, שאלת הצידוק לצוואה הציקה לקאנט. ראו: Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals* (Mary Gregor — trans. and ed., Cambridge University Press, 1996), 74–75, 132–133. אין זאת כי הפיתוח ההגליאני המציב את הזכות במסגרת החברה האזרחית פותר לפחות חלק מהקושי הקאנטיאני, הנובע מכך שלאדם מת אין אוטונומיה, ולפיכך אין זכויות משפטיות. לסוגיית "כבוד המת", החירות לצוות והאוטונומיה האנושית המשתקפת בה ראו ע"א 724/87 בלפה (גולד) נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, בעמ' 28-30; ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, בעמ' 732-734. להכרה המשפטית אשר ניתנה לכבוד הנפטר, כנגזרת של כבוד האדם, ובכלל זה כבוד האדם של קרובי הנפטר, ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחשא"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; ע"א שביט (לעיל, הערה 37). דוגמה נוספת לזכות הנובעת מביטוי החברות בקהילייה היא הזכות לשם טוב. זכות זו איננה קשורה ישירות לאוטונומיה של האדם, אלא מלווה אותו כאשר הוא אדם. כדברי השופט חשין: "הגם שלכבוד האדם יש בנים אחדים, הנה שמו הטוב של אדם – שמה נאמר: שמו של אדם, באשר שמו הוא – הינו בנוי בכורו. שאם כבוד האדם אינו כולל את שמו הטוב של האדם – כבודו של אדם מהו?" בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (להלן: בג"ץ סנש), בעמ' 866. רוצה לומר: דוגמאות אלו לזכויות

5. "כבוד האדם" ו"אוטונומיה"

לבסוף, מילה על היחס בין אוטונומיה לבין כבוד האדם כביטוי לחברות בקהילייה המוסרית. בראשית דברי טענתי כי מהיותו של האדם סוכן מוסרי נגזרות שתי מסקנות: כי האדם אוטונומי (ומכאן על המשפט לבטא אוטונומיה זו, כפי שמראה פרופסור ווינריב)⁸³ וכי האדם חבר בקהיליית הסוכנים המוסריים, (ומכאן, בשונה מעמדתו של קאנט, על המשפט לבטא חברות זו). מן האמור בפסקאות הקודמות עולה כי לתביעה המתבססת על כבוד האדם ולתביעה המתבססת על האוטונומיה של האדם תחומי חפיפה מסוימים – החברות בקהילייה המוסרית היא חברות של בני אדם אוטונומיים – אך החפיפה איננה מוחלטת. ישנן זכויות הנשענות הן על ביטוייה של האוטונומיה והן על הזכות לכבוד האדם. ישנן זכויות הנשענות רק על האוטונומיה או רק על כבוד האדם. ישנם גם מצבים בהם זכויות המבטאות אוטונומיה תתנגשנה עם זכויות המגלמות את הביטוי לחברות השווה בקהילייה המוסרית, היינו זכויות המגלמות את הזכות לכבוד האדם. על מצבים אחרונים אלו ארחיב את הדיבור כשאעסוק בכבוד האדם כמגביל זכויות אחרות. עתה אתמקד בסקירה קצרה של תחומי החפיפה, תוך שאציג את ההבדל בין המקור הכבודני או האוטונומי של מספר מצבי פגיעה בזכויות יסוד.

למשל, עבדות הנה פגיעה הן בביטוייה של האוטונומיה של האדם והן בביטוי, בעולם המעשה, של כבוד האדם, וזאת משום שמן העבד נשללת הזכות לבצע כל פעולה כאדם אוטונומי ובה בעת איננו זוכה ליחס כחבר בקהילייה המוסרית של בני האדם. פגיעה בחופש לייבא בשר לא כשר, לעומת זאת, עשויה להיות פגיעה באוטונומיה של האדם, שכן נמנע מן המייבא להגשים את חירותו לפעול על פי מצפוננו ורצוננו, בלי שבהכרח תהיה פגיעה בכבוד האדם.⁸⁴ לעומת זאת, פגיעה באספקטים שונים של עקרון השוויון עשויה להיות פגיעה בכבוד האדם בלי שבהכרח תהיה פגיעה באוטונומיה שלו.⁸⁵ הסירוב של בעל הכולבו לשרת את שלושת היהודיים אינו פוגע באוטונומיה שלהם שכן אין להם תביעה אמיתית על בסיס האוטונומיה שלהם לקבל שירות. הפגיעה היא בזכותם ליחס שווה. הזכות לפרטיות כוללת מרכיבים הנשענים על האוטונומיה של הפרט כמו גם מרכיבים הנשענים על כבודו,⁸⁶ שכן הזכות לפרטיות נשענת על תפישת היחס הראוי לאדם באשר הוא אדם ובה

הנתפסות כ-rem in הנן דוגמאות לביטויי החברות השווה בקהילייה המוסרית. מכאן, ניתן לראות זכויות ספציפיות אלו כנגזרות של הזכות לכבוד האדם.

83. Weinrib (לעיל, הערה 16).

84. השוו לבג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15.

85. פגיעות מסוג זה נדונו בפסקי הדין האלה: בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221; בג"ץ 5394/92 הופרט נ' ייד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353; בג"ץ שדולת הנשים 1 (לעיל, הערה 2); בג"ץ מילר (לעיל, הערה 2); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258; בג"ץ עראלה (לעיל, הערה 2).

86. ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, בעמ' 353-355; בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (להלן: בג"ץ דיין), בעמ' 469-472. ראו גם רות גביוון, "הזכות לפרטיות ולכבוד", זכויות האדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמן שלח ז"ל (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1988) 61.

בעת יחס זה הינו דיספוזיטיבי במובן זה שהסכמתו המפורשת של האדם כביטוי לאוטונומיה שלו משנה את מהות המעשה ממעשה הפוגע בכבוד האדם למעשה שאינו פוגע באדם הספציפי שנתן הסכמתו.

מבחינה משפטית, כבוד האדם והאוטונומיה עשויים לשמש בצוותא משען לזכויות משפטיות מגוונות, ולפיכך, בהחלט ניתן לחשוב על פיתוח עילות תביעה המגנות על זכויות משפטיות אלה כעילות תביעה המגנות גם על היבטים מסוימים של כבוד האדם וגם על היבטים מסוימים של אוטונומיה. במילים אחרות, ניתן לפתח עילות תביעה להגנה על זכויות שקל לנו לראותן כזכויות הנשענות על האוטונומיה, אך ככל שזכויות אלה מצויות בתחום החפיפה שבין האוטונומיה לכבוד האדם ניתן להשעין את עילות התביעה הבאות להגן על זכויות אלה אף על כבוד האדם. כך, למשל, ניתן לנסות ולהמשיג את החירות להיות חופשי מהטרדה מינית במקום העבודה כביטוי של תחום החפיפה בין כבוד האדם ובין האוטונומיה.⁸⁷ מצד האוטונומיה נראה כי מהות ההטרדה היא בכך שהמוטרד נחשף ליחס שאיננו חפץ בו, דהיינו שאיש לא שאל אותו אם הוא מעוניין לקבל הצעה או הערה או מגע כזה או אחר. בה בעת, דומה שאין ספק כי ההטרדה המינית איננה עולה בקנה אחד עם היחס בין עובד ומעביד או בין עובד לרעהו, כפי שעולה מן המרכיבים המכוננים סטטוסים אלה כמו גם את מערכות היחסים ביניהם.⁸⁸ מתן יחס הסותר את היחס הנדרש מאדם כלפי אדם אחר כפי שזה מוגדר על-ידי הסטטוסים אותם שניהם ממלאים בעת ההתקשרות משמעו כי נפגע הביטוי לחברות השווה בקהילייה המוסרית (היא החברה האזרחית), דהיינו נפגע הביטוי לכבוד האדם. בדרך זו ניתן לבסס עילת תביעה המגנה מפני הטרדה מינית במקום העבודה הן על בסיס האוטונומיה והן על בסיס כבוד האדם. אמנם, סביר שבמקרה זה תחושת הקרבת תהיה השפלה, אולם בין שקרבן ספציפי חש תחושה זו ובין שלא, תפקיד העילה להגן על האדם כיצור חופשי, כמאמר הנשיא ברק.⁸⁹

אפשר שגם בעילת הפגיעה בשם הטוב ניתן להצביע על מרכיב הפגיעה בביטוי האוטונומיה – האדם ששמו נפגע לא נתן רשותו להציג מידע פרטי או שאינו נכון ושיש בו כדי לפגוע במוניטין. ברם, כדי שתמונה זו תהיה מספקת עלינו לפתח את האספקט הקנייני הטמון בזכות לשם טוב, וזאת כדי שנוכל להבין את הפגיעה בשם הטוב ככוללת מרכיב של נטילת דבר מה (כגון מוניטין), או עשיית שימוש בדבר מה (כגון במידע פוגעני), ללא רשותו של הגורם אשר לו אינטרס קנייני באותו דבר מה. אספקט מעין קנייני המשייך שם טוב לאדם גלום, לטענתי, במושג החברות בקהילייה האנושית, ובכך

87. עש"מ 6713/96 **מדינת ישראל נ' בן אשר**, פ"ד נב(1) 650; עש"מ 1928/00 **מדינת ישראל נ' ברוכין**, פ"ד נד(3) 694. ראו לעניין זה גם את מאמרה של אורית קמיר (לעיל, הערה 31).

88. ומה אם בחברה אזרחית מסוימת יחסי עובד-מעביד מתירים, אם לא מעודדים, הטרדה מינית של עובד או עובדת בידי המעביד או המעבידה? או בידי עובדים אחרים? התשובה לכך, כפי שנאמר לעיל, טמונה בדרישה להצדיק את מרכיבי הסטטוס השונים כמבטאים חברות של אנשים אוטונומיים בקהילייה בה חברים כל בני האנוש כאנשים אוטונומיים. דומה שסטטוס המכיל היתר או עידוד להטרדה כזאת יתקשה לעמוד בדרישת הצדקה זו.

89. בג"ץ **ויכסלבאום** (לעיל, הערה 13), שם.

למעשה מגיעים אנו שוב לתחום הפיפה בין האוטונומיה ובין כבוד האדם.⁹⁰ שמו הטוב של האדם 'מוחזק' על-ידי הקהילייה או בקהילייה, כפי שכל זכות קניינית אחרת מוחזקת כחפץ כלפי כולי עלמא. לפיכך נוכל להבין את הפגיעה בשם הטוב כשימוש לא נאות במידע במובן זה שפרסום המידע נוגד את התכלית שלשמה מידע זה מצוי ברשותו של הגורם שבהר לפרסמו. למפרסם אין זכות קניינית במידע המאפשרת לו לעשות במידע זה שימוש הפוגע בזכות המעיין קניינית של אדם לשמו הטוב או למוניטין שלו. בעוד שלאדם אין שליטה קניינית על המידע הפוגעני במובן זה שברוב המקרים לא ניתן לתבוע בעלות בו, אפשר לטעון כי לאיש אין זכות טובה יותר במידע זה במובן זה שלאיש אין זכות לעשות במידע שימוש הנוטל מן האדם דבר מה השייך לו יותר מאשר לכל אדם אחר, דהיינו שמו הטוב או המוניטין שלו. אם אמנם שמו הטוב של האדם הינו חלק מביטוי חברותו השווה כפי שזכותו לקניין אחר הינה חלק מביטוי חברותו, פגיעה בשם הטוב משמעה פגיעה בביטוי החברות השווה בקהילייה. לעניין זה, יש להוסיף, חשובים גם הסטטוסים היחסיים אותם ממלאים המפרסם והנפגע. עיתונאי המפרסם מידע על איש ציבור – ואפילו מידע פוגע – משתמש, כך נראה, במידע שאיננו שייך לאיש הציבור כאדם פרטי, אלא "שייך" במידה מסוימת, גם לציבור, או לפחות לציבור עשויה להיות תביעה טובה להיחשף אליו, שכן התפקיד הציבורי אותו ממלא האדם "שייך" לציבור, או לפחות לציבור יש אינטרס לדעת כיצד האדם הממלא אותו מתנהג.⁹¹

רואים אנו אפוא שהזכות לכבוד האדם היא זכות מורכבת מבחינה תיאורטית. כוללת היא היבטים אישיים והיבטים חפציים. היא אוניברסלית במהותה, אך נשענת על היבטים פרטיקולריים. בבסיסה מושג הסטטוס, אך מגנה היא גם על היבטים של האוטונומיה. לא פלא שהמושג 'כבוד האדם' מעסיק את תורת המשפט מזה זמן. משנגעתי במקצת המאפיינים התיאורטיים של המושג – אם גם באופן ראשוני ולא ממצה – הגיעה העת לפנות לפועלה

90. השופט חשין בבג"ץ סנש (לעיל, הערה 82) קבע כי הזכות לשם טוב מצויה בלבו של ערך כבוד האדם, ולמעשה אף זיהה בין שמו של אדם ובין כבודו (ראו הציטוט לעיל, בהערה 82). לאחר סקירת מעמדם הנורמטיבי של הזכות לשם טוב ושל חופש הביטוי, מסקנתו היא כי "תוצאות המערכה בין שתי הזכויות ברורות מראש: אין ענייננו בזכויות שוות-ערך זו לזו; ענייננו בזכות גדולה-מכל-גדולה הנאבקת בזכות קטנה הימנה. כבודה של חנה סנש, כבודה ושמה הטוב יגברו – ובנקל יגברו, לדעתי – על זכותו של המחזאי ועל זכותה של רשות השידור" (שם, בעמ' 871). ברם, לא נהיר לחלוטין מדוע נמצאת דווקא הזכות לשם טוב בלבת כבוד האדם, 'מיקום' המעניק לה את גדולתה ועוצמתה ביחס לחופש הביטוי. אך יאה פתרונה של שאלת המיקום אשר יאה, ניתן להבין את דברי השופט חשין במונחי התזה המוצגת כאן, כמתייחסים דווקא לתפקיד אותו מילאה חנה סנש – צנחנית לוחמת – ולטענה כי לא מילאה תפקיד זה נאמנה כטענה הפוגעת בכבוד האדם שלה. לגופו של עניין, דומה כי דווקא דעת הרוב מעניקה למערכות היחסים בין הבמאי, רשות השידור, משפחת סנש ובית המשפט את מלוא משמעותן החברתית.

91. השוו: *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U. S. 254 (1964), 279–280, 305.

של הזכות במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי, תוך התייחסות למשפט במדינת ישראל ולחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו.⁹²

ד. כבוד האדם כלפי רעהו: כבוד האדם במשפט הפרטי

1. מערכות יחסים פורמליות: הזכות שלמולה חובה

כידוע, דין הציוויים האתיים על פי משנתו של קאנט אינו כדין הציוויים המשפטיים, והדברים יפים גם לתפישה שפותחה לעיל. יהיה המשען הפילוסופי לכבוד האדם אשר יהא, עדיין עלינו להצדיק הקניית זכות משפטית כזו או אחרת, ולצידה, מטבע הדברים, הטלת חובה משפטית משלימה. המשפט כביטוי לאוטונומיה של האדם זכה לניתוח מעמיק ומשכנע בכתבי המלומדים.⁹³ תפקידו המדויק של כבוד האדם בעולם המשפט, בשונה מעולם האתיקה, נותר לא ברור, לאור הבעייתיות שבקביעת היחסים הפורמליים המקימים עילת תביעה במשפט הפרטי המקובל. הכוונה ליחסים פורמליים המכוננים תביעת צדק מתקן: יחס זכות-חובה בין אדם אחד לרעהו הנוצר מקשר מסוים ביניהם (proximity), יחס בין מעשה ההפרה (של הנתבע) לנזק (של התובע), והיחס בין הסעד הנדרש לבין הפיצוי על הנזק.⁹⁴ כפי שצוין לעיל, עילות הנשענות על האוטונומיה מקיימות מערכת יחסים זו, ואילו עילות הנשענות על פגיעה בכבוד האדם באשר היא מתקשות לעמוד בדרישות אלו, מבלי שנפרוט את אלמנט כבוד האדם ליחס קונקרטי.⁹⁵ בהקשר זה הציע המלומד סטטמן את שתי החלופות – כבוד אדם כיחס מוסרי וכבוד אדם כיחס לא משפיל, והעדיף את השנייה.⁹⁶ בהקשר זה הצעתי לראות בכבוד האדם ביטוי לחברות השווה בקהילייה המוסרית שהתגבשה לכדי חברה אזרחית בה מתווכת הסוכנות המוסרית באמצעות סטוסים

92. אקדים ואומר בהקשר זה כי הזכות לכבוד האדם רחבה מהזכות המוגנת בחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו. עבוד שחוק היסוד חל כלשונו על רשויות השלטון (כאמור בפסקת הכיבוד שבסעיף 11), הזכות לכבוד האדם הנה חלק אינטגרלי מהמשפט הפרטי, כפי שאראה להלן בפרק זה. לפיכך גם אם נקבע – כפי שלדעתי עלינו לקבוע – כי לחוקי היסוד אין תחולה כלל במשפט הפרטי, עלינו לתת דעתנו לכבוד האדם במשפט הפרטי, ראו: Amnon Reichman, "A Charter Free Domain: in Defense of Dolphin Delivery", 35 *Univ. of Brit Columbia L. Rev.* (2002) 329.

93. Weinrib (לעיל, הערה 16); Brudner (לעיל, הערה 62).

94. Weinrib (לעיל, הערה 16).

95. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 551-552.

96. סטטמן בחר שלא לראות בתביעה ליחס לא-משפיל את הביטוי המשפטי של כבוד האדם כיחס מוסרי. לכאורה, יכול היה סטטמן לטעון בפנינו כי הזכות המשפטית לכבוד האדם נשענת על הצווים האתיים, כגון החובה שלא לשקר, או נובעת מהם. כך, אם 'אדם מן הישוב' ירגיש מושפל כאשר מישוהו שיקר לו, תקום התביעה לכבוד האדם. סטטמן לא ראה אופציה זו כמשכנעת, משום שכבוד האדם מוצג במאמרו כערך מוסרי או כיחס לא משפיל (שם, בעמ' 544-545). בהציבו את הבחירה כדיכוטומית, שולל סטטמן את תפישת הזכות המשפטית

(כובעים, תפקידים) שונים שבמסגרתם יכול האדם לממש את חברותו בקהילייה, דהיינו בחברה האזרחית.

כדי שאוכל להתמודד עם היתרונות שבתזת אי-ההשפלה, נדרש אני אפוא להראות כיצד הזכות המשפטית לכבוד האדם, כפי שאני מציע להבינה, דהיינו כזכות המבטאת את החברות השווה בקהילייה המוסרית, עומדת בדרישות הפורמליות המכוננות את המשפט הפרטי, הלא הן דרישות הצדק המתקן. אעשה זאת באמצעות דיון בשלושה אספקטים שונים של הזכות, או ליתר דיוק, בשלושה אופנים שונים המגדירים את פועלה המשפטי של הזכות: כבוד האדם כעילת תביעה עצמאית ("עילת סיף"), כראש נזק וכגבול התוחם את היקפן של זכויות אחרות ("עילת מגן"). אשתדל לבחור בדוגמאות המראות כי ניתן, באמצעות ביסוס הזכות לכבוד האדם, לענות גם על אותם מקרים שבהם היינו מעניקים הגנה מכוח תזת אי-ההשפלה, אך ללא הקשיים העולים מתזה זו.

2. כבוד האדם כעילת תביעה

האופן הראשון בו ניתן לחשוב על 'כבוד האדם' כמושג משפטי הנו באמצעות הכרה בהפרת כבוד האדם כעילת תביעה (cause of action). כעילת תביעה, יכול אדם לתבוע את רעהו (או את הרשות) על סמך הפגיעה בזכותו לכבוד אדם. הבעייתיות בהכרה בעילת תביעה שמהותה הפרת כבוד האדם הנה שלא ברור מהי החובה ומהי הזכות שעומדת כנגדה, או מהו תוכן המדויק של הזכות ושל החובה הניצבת מולה.⁹⁷ דומה כי נוכל לאתר מקרים מסוימים של יחס חובה-זכות שכזה, כמו במקרה של הזכות לשם טוב, אליה אשוב בהמשך, אך נראה שניתן להציג ראשי תביעה אלו כסוג מסוים של תביעה בשל יחס משפיל, ולפיכך ייתכן שעדיף לדבר על החובה שלא להשפיל, שהיא קונקרטיית במהותה.⁹⁸ במבט ראשון נראה כי

כנגזרת מן הציווי האתי. ניתן לקרוא את נימוקו של סטטמן להעדפת כבוד האדם כיחס לא-משפיל כנימוק הנשען על מהותו של המשפט, בשונה ממהותה של האתיקה. סטטמן מעדיף את כבוד האדם כיחס לא-משפיל משום שבו הוא רואה כלי שאיננו ריק מתוכן מעשי, הניתן למימוש במערכת המשפט. במילים אחרות, אפשר לקרוא את סטטמן כאומר שכבוד האדם כיחס לא-משפיל מאפשר לנו לבנות מארג של זכויות שכנגדן עומדות חובות ספציפיות המתווכות דרך הפגיעה הנפשית הנגרמת על-ידי ההשפלה. ואילו כבוד האדם כיחס מוסרי איננו עומד בקריטריונים הפורמליים של המשפט המצריכים קביעתה של עילת תביעה ספציפית להגנה מפני הפרת חובה ספציפית כלפי בעל הזכות, והמפצה על נזק ספציפי העולה ישירות מהפרת החובה (שם, בעמ' 562-563, 600-602). למען שלמות הדברים אציין כי לגישת סטטמן, גם באתיקה היישומית, ולא רק בעולם המשפט, נדרש כי מושג "כבוד האדם" לא יהא כלי ריק אלא בעל תוכן מהותי. סטטמן מציע כי לביטוי 'כבוד האדם' תהיה אותה משמעות הן בשיח המוסרי והן בשיח המשפטי. לדעתי היחס בין הזכות המשפטית לבין הזכות המוסרית לכבוד האדם אינו צריך להיות יחס של חפיפה מלאה. אפשר שהזכות המשפטית לכבוד האדם תהיה מוכלת בזכות המוסרית, מבלי שהזכות המוסרית תהיה מוגנת במלואה בעולם המשפט.

97. סטטמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 546-547, 552-552.

98. שם, בעמ' 601.

כך הם גם פני הדברים בבואנו לבחון את עילת תביעה של החולה שהושאר במסדרון בית חולים ללא כסות לגופו בבואו לתבוע הגנה על צנעת הפרט. לכאורה, קל יותר לבסס יחס זכות-חובה על בסיס החובה להימנע מיחס משפיל.

עם זאת, במחשבה שנייה נראה כי ניתן לבסס את זכותו של החולה שלא להימצא חשוף במסדרון – ואת עילת התביעה שקמה כאשר הזכות מופרת – לא על חוויית ההשפלה של החולה, אלא על חובתו של האח או הרופא לנהוג כלפי החולה ביחס העולה בקנה אחד עם חובותיו המקצועיות של האח או הרופא. כך ניתן לחשוב על פיתוח עילות תביעה אשר בבסיסן הפרת חובה הנובעת ישירות ממערכת היחסים בין בני אדם בשמשם בתפקידים שונים. הותרת החולה ללא כסות לגופו במסדרון משמעה כי החולה לא זכה ליחס לו זכאי אדם המוצא עצמו בסטטוס של חולה מאדם המשמש בתפקיד של רופא או של אח.⁹⁹ טענתי היא כי בכך נפגע הביטוי לחברותו השווה של החולה בקהיליית בני האנוש הזכאים ליחס כחברים בקהילייה זו, ולפיכך נפגע ביטוי של כבוד האדם של החולה. הפרה זו מאפשרת לבסס עילת תביעה הנשענת ביסודה על הזכות לכבוד האדם כך שהפרת הזכות לפרטיות הגוף בהקשר זה נתפסת כפגיעה באחד מביטוייה של החברות בקהילייה המוסרית.¹⁰⁰

טענתי היא אפוא כי מעשה או מחדל הסותרים את מערכת היחסים שקמה במסגרת הסטטוסים השונים מתוכם פועלים בני האדם בחברה האזרחית מהווים פגיעה בביטוייה של החברות השווה בקהילייה המוסרית, ולפיכך מהווים פגיעה בביטוי של כבוד האדם. מכאן, ניתן לפתח עילות תביעה ספציפיות הנשענות על מערכות יחסים אלו. למשל, ניתן לחשוב על עילת תביעה בדיני עבודה לפיה פיטורים הנם שלא כדין אם השיקול העומד בבסיסם הנו שיוכו הקבוצתי של המפוטרי, כאשר אין בין שיוך זה ובין מהות התפקיד שממנו פוטר האדם ולא כלום. אם נחזור לדוגמת הכולבו המלווה אותנו, אם יפטר בעל הכולבו את הקופאי משום שהתברר לו כי הלה הנו הומוסקסואל, ניתן לפתח עילת תביעה על פיה סיוע העסקה בנסיבות אלה איננו כדין. משמעות הכוח לפטר בנסיבות אלו שקולה

99. זוהי כמובן קביעה המבוססת, בסופו של דבר, על ניתוח אנתרופולוגי של "הטיפוס האידיאלי" של מערכת יחסים כזו. או במילים אחרות, הקביעה "מה עולה" ממערכת היחסים רופא-חולה, היא בסופו של דבר כמו הקביעה מה "סביר" בנסיבות העניין או מהי התנהגות שאינה "תמת לב". השימוש בסטטוסים, לדעתי, מאפשר לנו לצקת אל תוך דרישת הסבירות משמעות קונקרטית יותר, שכן שימוש זה מפנה את חוש השיפוט שלנו למערכת יחסים מוגדרת. בהקשר זה של קונקרטיזציה, ניתן גם ללמוד על תוכן מערכות היחסים מכללי האתיקה המקצועית כפי שהתפתחו במשך השנים, אך אין לראות בכללי האתיקה – בין שמחייבים הם משפטית ובין שלא – כרשימה ממצה.

100. יצוין, אגב, שתביעה כזו אינה בהכרח נשענת על ההשפלה שחש הנתבע. אפשר שהתובע היה בהרדמה באותה עת וכלל לא חווה את ההשפלה ומשהתעורר ונדוע לו, לא הרגיש מושפל אלא הרגיש אסיר תודה על כך שהניתוח הצליח; אפשר שהתובע היה לבד במסדרון ואיש לא ראה אותו, ואפשר שהיה נטורליסט שאינו חש כל בושה והעירום איננו גורם לו, אישית, כל השפלה. על פי התפישה שפותחה כאן, עובדת ההשפלה איננה הכרחית.

להדרתו של ההומוסקסואל מהקהילייה המוסרית בה כל החברים שווים כחברים, במובן זה שפיתורים עקב שיוך קבוצתי שאיננו קשור למהות העבודה משמעו כי העובד איננו נתפס ברמה מופשטת כיחידה מוסרית אלא מולבש במרכיבי זהות שאינם רלבנטיים להתקשרות המשפטית, ומכוחם מעמדו של המפוטר אל מול חבר אבסטרקטי בקהילייה המוסרית נפגע. ודוק: הפגיעה בכבוד האדם הכרוכה בפיתורים, לטענתי, איננה נובעת מהשוואת הזוגיות ההומוסקסואלית לזו ההטרוסקסואלית, תוך קיבוע הזהות המינית של כל אדם במערכת היררכית. הדרישה כי יובאו בחשבון רק המרכיבים הרלבנטיים להתקשרות מאפשרת מגוון זהויות מיניות ללא העדפתה של זהות כלשהי.¹⁰¹ כמו כן האיסור על הפיתורים המושתת על הזכות לכבוד האדם איננו בהכרח זהה לזה המוחל מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שכן, למשל, איננו מוגבל לעילות המנויות בחוק.¹⁰²

בטרמינולוגיה של חיבור זה ניתן לטעון כי זוהי דוגמה למצב בו המשפט מכונן הסדר המעניק משמעות לחברות בקהילייה המוסרית בכך שהוא יוצר מערכת יחסים דמויי סטטוס – של עובד ושל מעביד – ומטיל על הפועלים מכוח היותם עובד או מעביד מארג זכויות וחובות. מרכיב מרכזי במעמד המשפטי של עובד ושל מעביד הוא כי החובות והזכויות נובעות מעצם המעמד – העובד והמעביד אינם בהכרח חופשיים להתנות ככל העולה על רוחם על חובות וזכויות אלה. הם חופשיים להחליט אם להיכנס למערכת יחסים אותה רואה המשפט כדמוית סטטוס, אולם הם אינם רשאים בהכרח לעצב כל אחד ואחד ממרכיבי הסטטוס. בכך אנו רואים כי האוטונומיה של האדם איננה הגורם היחיד המארגן את החברה האזרחית. הקהילייה יכולה (וצריכה) לכוון מוסדות חברתיים – סטטוסים, המתקיימים גם במישור המשפטי – מוסדות המתווכים בין הפרטים השונים תוך יצירת תוכן לחברות בקהילייה באמצעות הגדרת החבות ההדדית של חברי הקהילייה זה לזה, כמו גם הגדרת היחס בין הפרט לקהילייה. חבות הדדית זו נובעת מאופי מערכות היחסים שבבסיס הסטטוסים השונים מתוכם אנו פועלים בחברה. מבחינה משפטית ורעיונית,

101. ראו ביקורתו של אייל גרוס על פסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בעמ"ב נ' דנילוברין, פ"ד מח(5) 749 (להלן: בג"ץ אל-על); אייל גרוס, "דנילוברין, שטיינר והתיאוריה הקווירית", **משפט נוסף** 1 (2001) 47, בעמ' 50-52. ברק מדינה גורס כי "עובד המופלה לרעה מחמת מינו, לאומיותו וכדומה, חש השפלה ופגיעה ברגשותיו שאינה פחותה מן הפגיעה הנגרמת למעביד שנמנעת ממנו האפשרות לבטא את עיונותו כלפי הקבוצה שעליה נמנה העובד בדרך של הפליית העובד לרעה". **מדינה** (לעיל, הערה 42), בעמ' 55. אכן, השימוש במושגי השפלה ופגיעה ברגשות אינו מועיל.

102. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38. ראו גם בג"ץ אל-על (לעיל, הערה 101), בעמ' 763-764. וכן מיכל טמיר (יצחקי), "הזכות לשוויון של ההומוסקסואלים ולסביבות", **הפרקליט** מה (תש"ס) 49, בעמ' 107-109, 118-122; Alon Harel, "Gay Rights in Israel: A New Era?", 1 *Int'l. J. Discrimination & L.* (1996) 261 לנשים ראו פרנסיס רדאי, "על השוויון", **משפטים** כד (תשנ"ד) 241, בעמ' 262-264. לעיון נרחב בסוגיה בכללה על רקע דיני העבודה ראו רות בן-ישראל, "השוויון במשפט העבודה מנין ולאן?", **שנתון משפט העבודה** ו (תשנ"ו) 85.

מוסדות חברתיים ומשפטיים דמויי סטטוס אלו מבוססים על כך שכל אדם יכול לשמש בהם, וכל אדם יכול להיכנס ולצאת מהם בהתאם לדרישות הנובעות מהרציונל העומד בבסיס הסטטוס עצמו. בדוגמה שלנו, כל חבר קהילייה רשאי להיות עובד או מעביד, שכן החברה האזרחית מאורגנת סביב העיקרון של חברות שווה לכל אחד מחבריה מעצם היותו חבר. לפיכך, כלל משפטי לפיו הומוסקסואלים – או הטרוסקסואלים – אינם יכולים להיות עובדים, או לפחות אינם יכולים לעבוד בתפקידים מסוימים, מצריך הצדקה, שאיננה יכולה להיות העדפתו האישית של המעביד שכן הסטטוס, כאמור, איננו תלוי אוטונומיה בלבד. על המעביד להראות מדוע נטייתו המינית של העובד רלבנטית לסטטוס המשפטי של עובד או באופן ספציפי, לסוג מערכת היחסים העומדת בבסיס הקשר בין העובד למעביד או בין העובד ללקוחותיו של המעביד.¹⁰³ בהיעדר הצדקה שכזו, דהיינו, בהיעדר הצדקה מדוע נטייתו המינית של העובד רלבנטית למערכות היחסים שבהן הוא נוטל חלק כעובד, כלל המאפשר למעביד שלא להעסיק הומוסקסואלים פוגע בביטוי המשפטי של החברות השווה של כולנו בקהילייה.¹⁰⁴

103. כפי שציין בפני אלון הראל, הטוענים לזכות לסרב להעסיק את העובד ההומוסקסואל עשויים לטעון כי ביצוע נמשך של עבירה עשוי להיות רלבנטי לאי-העסקתו של אדם ולהישען על הצגת ההומוסקסואליות כפשע מוסרי וככת ענישה (השוו: *Bowers v. Hardwick* 478 (U. S. 186 (1986)). בו קבע בית המשפט העליון האמריקני כי כל מדינה רשאית לקבוע כי קיום יחסי מין אנאליים בהסכמה בין בגירים מהווה עבירה פלילית. קביעה זו נהפכה ב: *Lawrence v. Texas* 123 S. Ct. 2472 (2003). ודאי, יטענו הטוענים, שלא ניתן לחייב אדם להעסיק נאצי; לכן לא ניתן לחייב להעסיק גם אנשים אחרים שתבניתם המוסרית פגומה. דווקא כאן ביכולת התפישה הקאנטיאנית להפריך טיעון זה, שכן קשה לטעון שהומוסקסואליות הנה פשע מוסרי, שכן קשה לראות כיצד היא מפרה את הציוויו הקטגוריאלי. פעולות הנאצי, לעומת זאת, מבטאות באופן מובהק את הפרת הציוויו הקטגוריאלי ומהוות דוגמה בולטת להדרת בני הגזעים הנחותים (ובכלל זה הומוסקסואליים) מחברות בקהילייה המוסרית. מכאן שהנאצי מוצא עצמו בסתירה פנימית אם יבקש שלא להיות מפוטר עקב הפעולות שנקט לקידום תפישת עולמו, שכן מחד גיסא יתבע בשם כבוד האדם ומאידך גיסא במעשיו כלפי אחרים ידחה את כבוד האדם. כידוע, מצב של סתירה פנימית נשלל על-ידי התפישה הקאנטיאנית. מלבד זאת יש, כמובן, להבחין בין ביצוע עבירה בעבר ובין ביצועה בהווה. היעדר עבר פלילי עשוי להיות רלבנטי לחלק מן העיסוקים, במגבלות תקנת השבים. כמו כן יש להבחין בין ביצוע עבירה ובין החזקה בדעה פוליטית; קשה לראות כיצד דעה פוליטית עשויה להיות רלבנטית לשאלת העסקה, זולת אם עסקינן בעיסוק המערב מרכיבי זהות (associational vocation) מובהקים. השוו להסדר החוקי הקיים בישראל: סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38, קובע כי אין להפלות גם מטעמי השקפה, במגבלות סעיף-קטן ג המחריג אבחנה הנובעת מאופי או ממהות התפקיד או המשרה.

104. ודוק: טעות תהיה לחשוב כאילו טוען אני כי כל פיטורים מטעמים שאינם מטעמי יעילות צרים פוגעים בזכות לכבוד האדם. בהחלט ניתן לחשוב על מצבים בהם מפוטר אדם בגלל

3. "כבוד האדם" כראש נזק

אופן שני בו ניתן לעשות שימוש במושג 'כבוד האדם' כמושג משפטי הנו כראש נזק, אשר בגין גרימתו יש לפצות על פי עילת תביעה קיימת.¹⁰⁵ לפי תפישה זו הנתבע ייתבע על הפרה של חובה ספציפית אותה הוא חב כלפי התובע, למשל החובה להימנע מתקיפה (דהיינו החובה שלא לגעת בגופו של אחר ללא הסכמה, כסוג של פגיעה באוטונומיה), כאשר לנזק שנגרם כתוצאה מהפרת החובה ניתן לצרף גם נזק לכבוד האדם של התובע. כך, למשל, ניתן יהיה לתבוע בגין מתן נשיקה לחולה המצוי בהרדמה, כאשר הנזק בר התביעה היחיד שנגרם לו הוא הפגיעה בכבודו.¹⁰⁶ בית המשפט העליון אכן ראה בפגיעה בכבוד האדם נזק בר פיצוי במסגרת עילות תביעה מוכרות. הכרה בנזק שכזה יכולה לסייע גם כאשר קיים נזק מוכר אחר, למשל נזק גופני, אך קיימת בעיית קשר סיבתי בין המעשה הפוגע ובין הנזק. כך למשל, כאשר פנו רופאים לחולה שעמדה לעבור בדיקה בהרדמה וביקשו להחתום על טופס המאפשר להם לבצע בדיקה גם בחלק אחר של גופה, ובזמן הבקשה האישה כבר הייתה בהשפעת סם ולכן לא הייתה מסוגלת להעניק הסכמה מודעת, ובמהלך הבדיקה הנוספת נגרם לאישה נזק שלא כתוצאה מרשלנות (כלומר, הבדיקה אכן הייתה הכרחית ובוצעה על פי הסטנדרט הרפואי הנדרש, ואף על פי כן נגרם נזק) מצא בית המשפט לנכון לקבל את תביעתה בגין פעולה בגופה ללא הסכמה מודעת (עילת תביעה

אִי־התאמה שאיננה קשורה ישירות לתפוקתו בעבודה, אלא מתקשרת לאווירה הקשורה סביבו או ליחסיו עם הממונים או הכפופים לו. כמו כן ניתן לחשוב על פיטורים שאינם מגובים בסיבה כלשהי מלבד החלטת המעביד, והכול בהתאם לחווה העבודה. המגבלה המוצבת כנגד פיטורים מטעמי שיוך קבוצתי מיוחדת מכיוון שגלומה בה ההגנה על הביטוי לחברות השווה בקהילייה המוסרית. אדם המפוטר בגלל שיוכו, מפוטר למעשה משום שמאן דהוא קבע כי איננו בר יכולת, מעצם טיבו, למלא תפקיד כזה או אחר, וזאת ללא קשר לדרישות התפקיד המופשטות. זוהי הדרה. בכך מצטרפת מגבלה זו כנגד פיטורים למגבלה אחרת, אף היא בת הצדקה כנגזרת של כבוד האדם, הלא היא הדרישה כי בטרם פיטורים תינתן לאדם הודעה מוקדמת ו/או ההודמנות להשמיע דברו, שכן בהיעדר תנאים אלו היחס לאדם איננו כאל סוכן מוסרי אלא כאל אמצעי.

105. מהלך דומה נקט בית המשפט ב-ת"א **נעאמנה** (לעיל, הערה 3). שם נפסק, כי סירובם של גורמי הביטחון בפארק המים המופעל על-ידי קיבוץ קליה לאפשר את כניסתה של משפחה ערבית לפארק מטעמי ביטחון מהווה הפרת חובה חקוקה בנויקין. החיקוק המופר הנו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גבריאלה שלו, "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים", **קרית המשפט א** (תשס"א) 41, בעמ' 44 בהערת השוליים 10.

106. גם כאן יצוין כי אין קשר הכרחי לתחושת ההשפלה שחש החולה, אם כי בהחלט ייתכן שהחולה אכן יחוש מושפל כתוצאה מהנשיקה. לטעמי, הנשיקה איננה משפילה כשהיא לעצמה. הבעייתיות בנשיקה נובעת מנתינתה ללא הסכמה, דהיינו מתוך פגיעה באוטונומיה של הפרט, בלי כל קשר לשאלה אם הפרט הספציפי נהנה מהנשיקה אם לא, או חש מושפל או לא. לדוגמה מקבילה שעניינה פגיעה באוטונומיה במקרה של אונס ראו: Meir Dan-Cohen, "Basic Values and the Victim's State of Mind", 88 *Cal. L. Rev.* (2000) 759, pp. 764–765.

מוכרת) ולהורות על פיצויה בגין הנזק שנגרם לה.¹⁰⁷ בכך שלא נשמרה בקפדנות החובה להתחשב באוטונומיה של החולה, נפגע גם ביטויה של החברות השווה בקהילייה המוסרית בה חברים כל בני האנוש. זהו מקרה קלאסי של הכרה בנזק שבמהותו נובע מפגיעה בביטויו של כבוד האדם.¹⁰⁸

משראינו כי ניתן להכיר בנזק כבודני כאשר עילת התביעה איננה מיוחדת להפרת הזכות לכבוד האדם, ניתן להכיר בנזק כבודני גם במקרה שבו עילת התביעה נעוצה בהפרת החובה לנהוג לפי דרישות הסטטוס (ומערכות היחסים המכוננות אותו), הפרה שאין בה פגיעה באוטונומיה של הנפגע. טלו את דוגמת מוכר הכולבו, שמסרב למכור ללקוח מסוים בגלל מרכיבי הזהות הייחודיים לאותו לקוח, מרכיבי זהות שאין בינם ובין ההתקשרות בין המוכר לקונה כסטטוסים ולא כלום. נניח כי בסמוך לכולבו מצויה חנות אחרת, ובה נמכרים אותם מוצרים באותם מחירים. לכאורה, הסירוב למכור, גם אם נעשה שלא כדין (כפי שאני טוען) איננו גורם כל נזק, פרט לנזק כבודני. דא עקא, שאם אמנם יש ממש ברעיון החברות השווה בקהילייה המוסרית, כי אז אין מניעה להכיר גם בנזק זה כנזק בר פיצוי. במקרה זה, בין המוכר לקונה בכוח מתקיימת דרישת הקרבה (Proximity) הנובעת ממערכת היחסים המכוננת את תפקיד (סטטוס) המוכר ביחס לקונה בכוח (וההפך). מעשה ההפרה הנו התנהגות המוכר כלפי הקונה הפוטנציאלי בסתירה לדרישות הנובעות מן הסטטוס וממערכת היחסים. במקרה זה, התחשבות במרכיבי זהות שאין בינם ובין העסקה ולא כלום משמעה כי האדם הניחן במרכיבי הזהות הללו מודר, בגלל שיוכו, מתפקיד הקונה. בכך, כאמור, נפגע הביטוי לחברותו השווה בקהילייה. פגיעה זו היא, לשיטתי, נזק בר פיצוי, גם אם לא נגרם עמה נזק ממוני כלשהו. מכאן, על הפוגע להשיב את מצב הנפגע לקדמותו, אם בצו שיפוטי המחייבו למכור ואם באמצעות פיצוי על הנזק שנגרם. ודוק – נזק זה איננו נשען בהכרח על חוויית ההשפלה, כפי שציינתי לעיל. כל כולו עולה מהפרת החובה לנהוג כבעל כולבו המקיים מערכת התקשוריות עם הציבור הרחב.

107. ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "ברמל", חיפה, פ"ד נגד (4) 526. לסקירת הסוגיה בתחום הרשלנות הרפואית ראו זאב וייל ותהילה מיארה, "הזכות לאוטונומיה כראש נזק חדש", **רפואה ומשפט** 23 (תשס"א) 61. לניתוח הקשר בין רפואה, כבוד האדם ושליטתו בגורלו עיינו: David Heyd, "Dignity in Gen-ethics", 7 *An. Rev. L. & Ethics* (1999) 65.

108. סעיף 80א) לחוק העונשין עניינו תשלום הוצאות הגנה ופיצוי מאוצר המדינה לנאשם אשר נפתח נגדו משפט, אף שלא היה יסוד להאשימו או שבית המשפט ראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת. הפיצוי ניתן בשל הוצאות הגנתו של הנאשם ובשל מעצרו או מאסרו; דהיינו בשל הפגיעה בחירותו. ניתן לראות סעיף זה כמאפשר הכרה בנזק כבודני כראש נזק. ב- ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481 דן בית המשפט בעילת "הנסיבות האחרות". השופט גולדברג ציין כי יש לפרש עילה זו ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובאספקלריית עקרון המידתיות, ולכן פתח פתח לראות בכבוד האדם לא רק ראש נזק אלא גם עילת תביעה. לעומתו, השופט זמיר הסביר כי למרות הפיתוי, אין לפנות לחוק היסוד שכן הסעיף מקים זכות עצמאית. עם זה ברי שלעניין ראש הנזק גם השופט זמיר חייב להסכים כי במהותו הנזק, עליו באה העילה הסטטוטורית לפצות, הוא נזק כבודני.

אכן, לתפישה זו תימוכין במשפט המקובל. בעל מלון המוכר כפונדק (Inn) סירב לשכן שחקן קריקט במלון שבבעלותו בגלל צבע עורו של השחקן, והעבירו למלון אחר שבבעלותו בתנאים קרובים ביותר לתנאי המלון שבחדריו סירב לשכן את השחקן. אף שלא ניתן היה להראות נזק כלכלי, בית המשפט קיבל את התביעה ופסק פיצויים שניתן לראותם ככבודניים, העולים מהפרת חובתו של בעל המלון כלפי האורח שלא להתחשב במרכיבי זהותו של הלקוח.¹⁰⁹ ודוק: בית המשפט לא נדרש לבדוק האם התובע הושפל בפועל, או אם אדם סביר היה מושפל במקומו. אפשר שאדם סביר כלל לא היה מושפל, שכן ייתכן שהמלון אליו הועבר השחקן היה נוח יותר. התובע זכה במשפט משום שלא זכה ליחס לו היה זכאי כלקוח של בעל פונדק, ונזקו הוא בכך שלא זכה ליחס זה. בראייה תיאורטית, ההכרה בנזק כבודני משמעה כי הזכות המשפטית לכבוד האדם איננה בהכרח הגנה על אינטרס כזה או אחר, שכן לא ברור שניתן לראות בחברות בקהילייה המוסרית אינטרס גרידא. דומה כי הזכות לכבוד האדם מגנה על אנושיותו של האדם כבעלת ערך פנימי, כפי שבאה לידי ביטוי בבוא האדם למלא סטטוס כזה או אחר.¹¹⁰

4. תיחום זכויות מוכרות וההכרה בזכות למינימום הדרוש לקיום אנושי

אופן שלישי בו משתלב המושג 'כבוד האדם' בעולם המשפט הפרטי, מלבד ההכרה בכבוד האדם כבסיס לעילות תביעה או כראש נזק, מתמקד בהגדרת גבולותיהן של הזכויות ובתיחום אפשרות השימוש בזכות כאשר שימוש כזה פוגע בכבוד האדם של הזולת. כך למשל, ניתן להציב את כבוד האדם כמצמצם את זכות הקניין ואת חופש החוים, אם משום אסקפט ה-rem של כבוד האדם ואם בסיטואציה שבה חופש החוים מתווך דרך מנגנונים חברתיים המוגדרים כפתוחים לכל חברי הקהילייה המוסרית. במה דברים אמורים? טלו את הכוח של בעל מסעדה להחליט כי איננו חפץ לשרת יהודי או ערבי או גבר או אישה אך ורק משום הלאום או המגדר אליו הם משתייכים. לכאורה, ניתוח חופש החוים או זכות הקניין כנגזרים מהאוטונומיה של הפרט יוביל למסקנה כי לא ניתן לכפות על בעל העסק להתקשר בחוזה להספקת ארוחת צהריים בניגוד לרצונו, ולא ניתן למנוע ממנו לסלק משטח המסעדה את האורח המבקש לאכול בשל הסגת גבול. עם זאת, ניתוח מעמיק יותר של הסוגיה יוביל למסקנה כי כבוד האדם, המצוי באותה מדרגה נורמטיבית כאוטונומיה,

109. כל שרשאי בעל הפונדק לשקול הוא יכולתו של הלקוח לשלם סכום סביר. *Constantine v. Imperial Hotels* (1944) 1 K. B. 693

110. השוו לכתובתה של פרנסיס קאם על זכויות: Francis M. Kamm, "Rights", *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Jules Coleman and Scott Shapiro — eds., Oxford University Press, 2002), Ch. 12, esp. pp. 483–487. לטענתה לא ניתן לצמצם את הפגיעה בזכות לכבוד האדם לפגיעה בזכות המגנה על אינטרס גרידא, שכן כבוד האדם איננו אינטרס אלא ביטוי לערכו הפנימי של האדם (status as a person). הפיתוח במאמר זה משתלב עם עמדתה של קאם, תוך פיתוח רעיון הסטטוס מעבר לסטטוס של אדם כאדם, וזאת באמצעות ראיית התפקידים החברתיים השונים ומערכות היחסים המכוננות אותם כסטטוסים ספציפיים, המבטאים את החברות בקהיליית בני האנוש.

הואיל וכאמור שניהם יונקים חיותם מהיותו של האדם יחידה מוסרית, איננו מאפשר לבעל המסעדה לסרב להעניק שירות אך ורק בגלל שיוכו הלאומי (או כל שיוך מקובע¹¹¹ אחר) של הלקוח. הברירה בידי בעל המסעדה, על פי ניתוח זה, היא לתת שירות שווה לכולם, או לא לתת שירות לאיש.¹¹²

כיצד מצומצם חופש ההתקשרות החוזית בשל כבוד האדם?¹¹³ כאן באה לעזרתנו אבחנתו של ברק בעניין ההקשר החברתי של כבוד האדם. בעל המסעדה מציג עצמו ומתקשר כבעל מסעדה, דהיינו כבעל מקצוע מסוים. מקצוע זה מושתת מבחינה חברתית ומושגית על התקשרות בין ספק השירות לבין הלקוח כך שאיננו מתייחס למרכיבים באישיות הלקוח או הספק שאינם רלבנטיים לשירות המבוקש. הלקוח והספק מופשטים, מבחינה משפטית, ממכלול מאפיינים העשויים להיות חשובים מאוד לתפישת הזהות שלהם, אך בה בעת חסרי כל חשיבות לעניין חוזה ההתקשרות.¹¹⁴ במילים אחרות, חופש החוזים מתווך, מבחינה

111. השוו לדברי השופט חשין המצטט את השופט ברנן בבג"ץ שדולת הנשים 2 (לעיל, הערה 10),

בעמ' 659, לעניין שיוך מקובע (immutable).

112. ודוק: חובת בעל המסעדה להעניק שירות שווה לכול, אין משמעה כי האוטונומיה שלו נסוגה בפני כבוד האדם של לקוחו אלא כי כבוד האדם מגביל, פנימית, את היקף הזכות או את האופן והנסיבות בהן ניתן לממשה. באותו האופן ניתן לומר כי האוטונומיה מצמצמת את הזכות לכבוד האדם כך שלא ניתן, בהישען על הזכות לכבוד האדם, לכפות על בעל המסעדה לתת שירות בכלל או בשעות מסוימות (למעט לצורך הצלת חיים) כפי שלא ניתן לכפות על אדם לשמש כבעל מסעדה בניגוד לרצונו.

113. חופש החוזים מצומצם גם מבחינת תוכן החוזה, כך שאכיפת חוזה הפוגע בכבוד האדם של המתקשרים או של צד ג' מעוררת קושי. האוטונומיה וחופש החוזים אפוא משמשים שניהם במסגרת דיני החוזים. החופש החוזי מצומצם בשל כבוד האדם ובה בעת חופש זה משקף את "זכותו של כל אדם לבור לו את דרכו ואת כיוון התפתחותו": דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (כרך א', אבירם, תשנ"א), 19. זוהי דוגמה נקודתית המשקפת את הדיאלקטיקה הקיימת בין ביטויה של החברות השווה בקהילייה המוסרית ובין חירויות הפרטים החברים בה. להדגמה כיצד האוטונומיה של הרצון העצמי משתקפת ביכולת ההתקשרות החוזית ראו ע"א 239/92 "אגודת אנורדה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מושיח, פ"ד מח(2) 66, בעמ' 72; בג"ץ 1683/93 "בין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, בעמ' 708.

114. לכן, לא יישמע בעל המסעדה גם בטענה כי השיקול שהנחה אותו בהפלותו את הלקוח הפרטנציאלי הוא שיקול כלכלי: לקוחותיו אינם אהבים ערבים או יהודים או גברים או נשים, ולפיכך בחר שלא להעניק לאחרונים שירות. אם אמנם מבחינה משפטית ההתקשרות הנה על בסיס אפרוסונאלי, העובדה שמספר אנשים – לקוחות, במקרה זה – טועים וחושבים כי קיים מרכיב זהותי שכזה, אינה יכולה לשמש את בעל המסעדה. לקוחות אינם יכולים לבוא בתביעה לבעל המסעדה כי יביא בחשבון "טעם" זה שלהם – טעם הסולד מן הזר – מכיוון שטעם זה אינו רלבנטי לתפריט המוגש, דהיינו למערכת היחסים בין סועד למסעדה. אם אמנם

חברתית, דרך מוסד המקצוע (profession), המהווה סטטוס משפטי. כאשר בעל המקצוע מתקשר בכובעו המקצועי, הוא מקבל עליו את הזכויות והחובות הנובעות מהיותו בעל מקצוע. אנו רוכשים שירות או מוצר מבעל מקצוע מסוים בהסתמכנו על כך שהנו בעל מקצוע, או לפחות על כך שהוא מציג עצמו ככזה. לבעל המקצוע, בפועלו במערכת יחסים מקצועית, הכוחות המשפטיים הנובעים ממקצועו והמוגבלים על-ידי דפוס מערכות היחסים המגדיר את הקשר בעל מקצוע-לקוח. בחיי המסחר (אם לא מעצם הגדרת המסחר עם הציבור הרחב) ישנם מקצועות רבים המושתתים על מתן שירותים או מכירת מוצרים ללקוח א-פרסונאלי. טלו, למשל, מכירת מכוניות כהתקשרות העומדת בבסיס מקצועו של סוחר הרכב; התקשרות זו מושתתת על התקשרות בין סוחר ובין רוכש נטולי מאפייני זהות מלבד היותם סוחר ורוכש. סוחר רכב אשר יסרב למכור ליהודי/ערבי/גבר/אישה רק משום שיוכם הקבוצתי פועל שלא על פי מרכיבי הסטטוס המקצועי שמכוחו הוא סוחר במכוניות. מכאן, שמבחינה משפטית ניתן לטעון כי הפליה שגרם בעל מקצוע פוגעת בביטוי החברות השווה בקהילייה המוסרית, דהיינו פעולה מפלה שכזו תקים תביעה משפטית לתיקון הפגיעה בכבוד האדם, ואילו אותה פעולה, כשהיא מתבצעת בידי אדם שאיננו סוחר אלא מוכר את מכוניתו הפרטית ומעוניין למכור לבני שבט כזה או אחר בלבד, לא תוכר, משפטית, כפגיעה בכבוד האדם.

באופן כללי אני מציע אפוא שכאשר ההתקשרות היא של בעל מקצוע, אשר מקצועו מאורגן סביב התקשרות שאיננה מערבת את המרכיבים האישיותיים של המתקשרים מלבד מקצועיותם ואיננה נתפסת כסוג של קשר חברתי (association) בו באים לידי ביטוי מלוא מרכיבי הזהות האישית של המתקשרים, ניתן לומר כי המקצוע מושתת על התקשרות עם חברים בקהילייה באשר הם. זוהי משמעותה של ההתקשרות המסחרית עם בעלי מקצוע הידועים כ-common calling¹¹⁵ בניגוד, למשל, לחווה למתן שירותים אישיים.¹¹⁶ מכיוון

כזה יהיה הכלל בכל המסעדות, השאלה אם ישא בעל מסעדה כלשהו בנוק כלכלי טמונה, כמובן, בגמישות הביקוש למסעדות. אך גם אם יהיה נזק שכזה, המערכת המושגית המוצעת כאן מוציאה אותו ביחס למסעדן כפי שמוציאה אותו ביחס לבעל הפונדק או לבעל המעבורת, או למספק כל שירות א-פרסונאלי אחר. מבחינה אנליטית אין זה "נוק" אלא דרישה מוקדמת לפתיחת עסק.

115. Reichman (לעיל, הערה 63); Dawn Oliver, "Common Values in Public and Private Law and the Public/Private Divide", *Public Law* (winter 1997) 630.

116. אף שהבחנה זו מעוגנת בדיני החוזים הישראלים – על פי דיני האכיפה חווה לביצוע שירות אישי לא ייאכף בעין בדרך כלל (לאור סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חווה), תשל"א-1970, ס"ח-16) אין היא טריוויאלית. טוען אני כי יש, למעשה, להבחין בין סוגי מקצועות, דהיינו בין מקצועות "אישיים", המערבים אלמנטים אישיותיים של המתקשרים, ובין מקצועות "כלליים", או "ציבוריים". הבחנה זו מהווה, במידה מסוימת, הרחבה בין האישי ובין המקצועי: בספירה אישית ניתן לשקול שיקולים שלא ניתן לשקול בספירה המקצועית-כללית. ההבחנה בין האישי למקצועי איננה נקייה מביקורת. למשל, על פי

שה *common callings*, כמקצועות המהווים את עמוד השדרה של השוק, מגדירים את הלקוח באופן מופשט, הרי שההחלטה שלא להתקשר עם פלוני משום היותו ערבי או יהודי, גבר או אישה, משמעה המעשי כי נשלל או נפגע הביטוי לחברותו של היהודי או הערבי, הגבר או האישה, בקהיליית בני האנוש. הערבי או היהודי, הגבר או האישה אינם זוכים לביטוי החברות בקהילייה, שלו זוכה הלקוח המופשט ממרכיבי זהות קבוצתיים אלו. זהו מצב של פגיעה בכבוד האדם. ושוב – פגיעה זו איננה מושתתת בהכרח על השפלה או על מסר כלשהו של נחיתות. היא מושתתת על הדרה – *exclusion* – ממערכות היחסים אשר בבסיס הסטטוסים השונים המארגנים את מימוש החברות השווה בחברה האזרחית כקהילייה מוסרית.

כיצד מוגבלת זכות הקניין על-ידי הזכות לכבוד האדם? זכות הקניין הנה זכות בעלת ממד *in rem*. ככזו, שימוש בה, או הסתמכות על הכוח המשפטי המוענק במסגרתה, כולל תביעה כנגד הקהילייה כולה. אם התובע דורש מהקהילייה כי תכבד את זכותו, עליו לכבד את הקהילייה, דהיינו את עצם קיום הקהילייה כקהילייה.¹¹⁷ אין הוא יכול לומר: אני דורש כי הקהילייה בכללותה תכבד את זכות הקניין שלי, אולם אני אינני מכבד את הקהילייה בכללותה. קביעת כללי כניסה לקניינו של אדם על פי שיוך קבוצתי מקובע – היהודי לא ייכנס ואילו הנוצרי כן – מציבה את הקהילייה במצב פרדוקסלי: הקהילייה בכללותה נדרשת לכבד את כוחו הקנייני של בעל זכות הקניין ובה בעת כיבוד הזכות מוביל לפירוק

התפישה המרקסיסטית הקלאסית, אין להפריד בין האישי ובין המקצועי, כפי שאין להפריד בין הדתי ובין הפוליטי או בין החברה ובין המדינה. על-פי מרקס, ניסיונות הפרדה אלו מהווים את דרכה של החברה הבורגנית ליצור מציאות מדומה (הנחווית כאמיתית), בה חי האדם חיים כפולים כאורח שווה המשולל מאפיינים פרטיים וכפרט הנשלט על-ידי אמונות דתיות (פרטיות) ועל-ידי כוחות הקניין (הפרטי). האמנציפציה במישור הציבורי אך מנציחה את ההבחנה בין הפרטי לציבורי ואת היעדר האמנציפציה במישור הפרטי ולפיכך החירות הליברלית מדומה: "Man, therefore, was not freed from religion but received religious freedom. He was not freed from property but received freedom of property. He was not freed from professional egotism but received freedom to practice it professionally". Karl Marx, "On The Jewish Question", *A World Without Jews* (Dagobert D. Runes – trans., The Philosophical Library, 1959), 32. לשיטתו של מרקס, כידוע, על המדינה לבטל את הפרטי – את הקניין הפרטי, את הדת ואת יתר מנגנוני החברה הבורגנית. מאמר זה איננו קורא, כמובן, למהפכה סוציאליסטית, אלא מקבל את הביקורת הרוליסיאנית. טענתי היא כי דווקא האפשרות לקיים ספירות נפרדות מבחינה משפטית יכולה לממש את אחוות המין האנושי, המעניקה משמעות אמיתית לכבוד האדם.

117. לתפישת "כבוד הקהילה" במסורת היהדות כפיתוח הנובע מרעיון כבוד האדם ראו: Chana Safrai, "Human Dignity in a Rabbinical Perspective", *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (David Kretzmer and Eckart Klein - eds., Kluwer Law International, 2002) 99, p. 101–102.

הקהילייה למרכיבים שבטיים. התביעה לכיבוד זכות הקניין איננה תביעה כלפי שבט כזה או אחר, אלא נשענת על קיומה של קהילייה מוסרית אחודה אשר כל חבריה, מכוח היותם בני אנוש, נדרשים באופן שווה לכבד את זכות הקניין. שימוש בזכות הקניין המפרק את החברה לשווים ושווים פחות עומד אפוא בסתירה לזכות הקניין עצמה. נובע מכך שדווקא משום שזכות הקניין הנה זכות חזקה, דהיינו זכות המקנה לבעליה אופי ריבוני כלפי כולי עלמא, עליו לכבד את כולי עלמא בבואו להשתמש בכוחו זה, דהיינו בכוננו כלל כניסה למקרקעיו. דומה, לכן, שזכות הקניין כשהיא לעצמה איננה מעניקה לבעל הקניין את החירות לנהוג בשרירות לב ככל העולה על רוחו. עלינו למצוא טעמים נוספים לכוחו של בעל הקניין לבור את אלו שייכנסו למקרקעיו. כך, למשל, ניתן להצביע על קניין, המשמש כמקום מגורים או לשימוש פרטי מקביל, כמרחב בו נטועה ומעוצבת זהותו של האדם, אליו חוזר הוא כדי לעבד את רשמיו ומחשבותיו ולגביו ניתן לגבש מרחב פרטיות. לפיכך, ניתן להצדיק, בשינויים המחויבים, את התפישה ש'ביתו של האדם מבצרו'.¹¹⁸ ברם, מקום בו המקרקעין משמשים לצורך מסחר עם הקהילייה, דהיינו מקום שנועד למסחר עם אנשים בלתי מסוימים איננו בהכרח מצע לכוח קנייני זהה, למרות הבעלות הפרטית. לטענתי, זכות הקניין במקרקעין המשמשים למסחר עם אנשים בלתי מסוימים איננה מאפשרת לבעל הקרקע או המבנה לקבוע כללי כניסה על פי שיוכו הקבוצתי של הלקוח הפוטנציאלי, משום שכללי כניסה כאלה פוגעים בביטוייה המעשי של החברות ב'קהיליית האנשים הבלתי מסוימים', דהיינו בכבוד האדם של כל אחד מחברי הקהילייה.¹¹⁹

יודגש שוב כי אין כוונתי לומר כי זכות הקניין או חופש החוזים אינם מאפשרים להביא בחשבון את זהות המתקשר בכל מצב. חוזה למתן שירות אישי, חוזה נישואים, או כללי הכניסה הקנייניים לאזור המגורים של בעל המקרקעין שונים במהותם מחופש החוזים וזכות הקניין החלים על מסחר עם הקהילייה בכללותה. כמו כן מכיר אני בשימוש בחופש החוזים ובזכות הקניין לצורך התאגדות ספציפית המבטאת את חופש ההתאגדות. כך למשל, יכול בית כנסת, או כל אגודה תרבותית אחרת, לקבוע כי הם פתוחים למתפללים יהודים בלבד, או למתפללים מעדה מסוימת בלבד, שכן מהות ההתאגדות הנ"ל היא מימוש זהותם התרבותית של חברי הקהילייה. במקרים אלו הזכות לכבוד האדם, לשיטתי, תחייב

118. בג"ץ דיין (לעיל, הערה 86), בעמ' 470, 485.

119. מצבים כאלה משקפים את המתח הקיים בין "שרירות הבעלים" שביסוד הזכות הקניינית ובין תפישת הקניין כחלק מהביטוי לחברות בקהילייה המוסרית. השוו מיגל דויטש, קניין (כרך א', בורסי, תשנ"ז), 264-267. פרופ' דויטש מטעים כי "הזכות לשוויון היא בעלת משקל רב כאשר היא ניצבת מול המנהל הציבורי, המשמש נאמנו של הציבור, אולם היא בעלת משקל מועט כאשר היא ניצבת מול קניינו האמור של האחר" (שם, בעמ' 267). טענתי היא כי ישנה קטגוריית ביניים, והיא קניין המשמש למסחר עם אנשים בלתי מסוימים, כפי שמפורט בגוף הטקסט. לעניין הויקה הקלאסית שבין קניינו של אדם לכבודו ראו אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405, בעמ' 409-410. לניתוח כלכלי של הסוגיה ראו מדינה (לעיל, הערה 42).

התחשבות במרכיבי זהות, או לפחות תמנע דרישה שלא להתחשב במרכיבים אלו. אין כן הדברים במסחר עם אנשים בלתי מסוימים.¹²⁰ זאת ועוד: תפישת כבוד האדם כביטוי המשפטי לחברות בקהיליית בני האנוש, ובכלל זה תפישת מושג 'כבוד האדם' כמעצב את תוכנן של זכויות משפטיות אחרות, מאפשרת לנו להמשיג גם חובה שלא לפגוע במינימום של קיום אנושי, חובה אותה חב כל אדם כלפי רעהו עת בא הוא לעשות שימוש בזכות משפטית כלשהי, וכפי שאראה, אותה חבה המדינה

120. בהקשר זה יוזכר חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, ס"ח 58, על פיו מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן השירות, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, הורות או מוגבלות. (ראו גם סעיפים 22 ו-28 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, ס"ח 24, האוסרים על סירוב בלתי סביר למכור מצרך או להעניק שירות המוגדרים כבני פיקוח). חוק איסור ההפליה קובע כי אין לראות הפליה כשהדבר מתחייב מאופיו או מהותו של המוצר, השירות או המקום הציבורי, או כשהדבר נעשה על-ידי ארגון או מועדון, שאינו למטרת רווח ולקידום צרכים מיוחדים של הקבוצה, ובלבד שצרכים אלה אינם נוגדים את מטרת החוק; וכן כשמדובר במסגרות נפרדות לגברים או לנשים, כשאי-הפרדה תמנע מחלק מהציבור את הספקת המוצר או השירות. סעיף זה מצריך, מטבע הדברים, פרשנות. בית המשפט יצטרך להחליט אם אמנם תכליתו של החוק למנוע שידור מסר משפיל במגזר הפרטי, ובכך להתמקד בחוויית ההשפלה, או שמא לפתח תפישה מקפת של הזכות לכבוד האדם כביטוי משפטי לחברות בקהיליית בני האדם. אם יבחר בית המשפט את האפשרות המוצעת כאן, יפרש את האיסור הטמון בחוק כאיסור שנועד להגן על ביטוי זה, ובה בעת יתיר לגופים שמטרתם אינה מסחרית טהורה אלא אגודתית-תרבותית, חברתית או אחרת – לפקח על המצטרפים לאגודה כאשר צביון האגודה נשען על מיהות החברים, גם אם פיקוח זה עשוי להתפרש על-ידי מאן דהוא ככולל מסר משפיל כזה או אחר. בעניין זה ראו טענתו המעניינת של כהן-אליה, לפיה חוק איסור ההפליה, אף שהוא מחייב גורמים פרטיים מסוימים לנהוג בשוויון, עדיין "נותר נאמן לעיקרים מרכזיים של החשיבה הליברלית", וזאת בשל המובן המינימלי שניתן לשוויון בחוק, אופייה המצומצם יחסית של החירות המוגבלת, תחולת החוק בספירה הציבורית בלבד והימנעות החוק מהטלת סנקציה פלילית של מאסר בגין הפרת החובה לנהוג בשוויון. משה כהן-אליה, "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים", **עלי משפט** ג (תשס"ג) 15. השוו גם ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים** (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196, בעמ' 201-202, שם קבע בית המשפט כי ייתכן מצב בו קניין מסוים נרשם פורמלית כקניין פרטי, אולם מבחינה מהותית יהא בעל אופי ציבורי. במצב זה יש להחיל על בעל הקניין מושכלות יסוד של המשפט הציבורי (אם כי לא כל תו ותג שבו) לצד חובות מן המשפט הפרטי. ככל שהקניין מתקרב לקוטב הציבורי ומתרחק מן הקוטב הפרטי, תחולנה עליו הגבלות רבות יותר מתחום המשפט הציבורי. דוגמה מעניינת לחידוד ההבחנה בין החובות החלות בספירה הציבורית ובין אלה

כלפי תושביה.¹²¹ חברות שווה בקהילייה האנושית משמעה הגנה על ביטויה של האנושיות, שכן אין אדם יכול להישען על אנושיותו, דהינו על חברותו בקהילייה האנושית, ובה בעת לשלול מאחר את ביטויה של אותה אנושיות. כך, כאשר שימוש בזכות משפטית בידי פלוני יוביל לפגיעה נפשית קשה או לאיום על הקיום הפיסי של אלמוני החב בחובה משפטית כלשהי כלפי פלוני, אזי הביטוי המשפטי לכבוד האדם יוביל למסקנה כי אין לאכוף את הזכות המשפטית הנ"ל, או כי תוכנה של הזכות כולל גם מגבלה פנימית שלא להביא לידי פגיעה בביטויה של החברות השווה בקהילייה האנושית. כך ניתן להסביר את קביעתו של בית המשפט כי ייתכנו מצבים בהם הוצאה לפועל של חיוב מזונות לא תיאכף בידי המערכת המשפטית אם אכיפה שכזו תשולל מן החייב צלם אנוש בכך שתוביל אותו לרעב לפת לחם.¹²² שרטוט מדויק של התנאים הפיסיים והנפשיים אותם אנחנו מייחסים כמינימום הדרוש לקיום כבן אנוש דורש חשיבה תיאורטית נוספת, אשר אפשר שתוביל למסקנה כי הקביעה לעולם תהיה קביעה שבשיקול הדעת, הנשענת בין השאר על נתונים אמפיריים לגבי המינימום הנדרש לאדם כדי לממש את יכולתו להבחין בין טוב ובין רע. מכל מקום,

החלות בזו הפרטית מצויה בבג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מה(5) 199. דומה כי העובדה שדובר בבית ספר שאינו רשמי ואינו מהווה מסגרת ממלכתית היא שהכריעה את הכף בעתירה זו, שכן בית המשפט ראה במרכיב האסוציאטיבי (ההתאגדותי) מרכיב מרכזי בפעילותו של בית הספר הפרטי.

121. ודוק: אין אני טוען כי כבוד האדם כביטוי המשפטי לחברות בקהילייה האנושית מכונן חובה שלא לפגוע במינימום הקיום האנושית ותו לא. התפישה המוצגת כאן גורסת כי הזכות המשפטית משתרעת גם על עמידה בדרישות הנובעות ממערכות היחסים המכוננות סטטוסים שונים שבאמצעותם פועל אדם בחברה שאינן קשורות למינימום הדרוש לקיום האנושי. כמו כן, הזכות המשפטית לכבוד האדם איננה מונעת פיתוח תפישת צדק על פיה על המדינה לספק לאזרח או לתושב מגוון רחב של שירותים חברתיים כדי שיוכל לגבש, להבין ולפתח את מלוא הפוטנציאל הטמון בו באופן הטוב ביותר. עם זה על פי גישתי, תפישה זו, שהנה לדעתי ראויה, איננה נגזרת בהכרח ממושג 'כבוד האדם' אלא מתפישות לגבי תפקיד המדינה במדינת סעד או רווחה. ואכן, המלומד אהרן ברק מציע לנו שלא לזהות בכבוד האדם "פרוגרמה סוציאליסטית" החובקת בקרבה את כלל זכויות האדם. אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, בעמ' 285-286.

122. רע"א 4905/98 ג'מזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, בעמ' 375-376. לעיון בדבר חובת ההגנה על כבודם של זוכים ושל חייבים מצד מערכת ההוצאה לפועל ראו דוד בר-אופיר, "חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו ודיני ההוצאה לפועל", המשפט ג (תשנ"ו) 71, בעמ' 80-81. לעניין זה יצוין כי לא ברור מהנמקתו של בית המשפט אם אמנם רואה הוא בזכות החוקתית לכבוד האדם זכות החולשת על מערכת היחסים בין הפרטים. אם כך הדבר, נקודה זו מוקשה היא. אך כפי שצוין כאן, כבוד האדם מצוי גם במשפט הפרטי, ואין לראותו אך ורק כזכות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

המבנה התיאורטי הפרוש בעבודה זו מאפשר לתמוך במגבלה על מימוש זכות משפטית כאשר מימוש זה פוגע במינימום הדרוש לקיום האדם כבן אנוש וזאת מבלי להידרש לסוגיה אם שלילת המינימום הנ"ל הנה בגדר השפלה או לא.¹²³ בהקשר זה יצוין שהזכות למינימום הנדרש לשם קיום אנושי כוללת גם היבטים חיוביים, לא רק היבטים המתחמים זכויות אחרות על דרך השלילה. היבטים אלו ממוקמים, קונספטואלית, במשפט הציבורי, דהיינו במערכת היחסים שבין האזרח למדינה.

כבוד האדם תוחם אפוא את גבולותיהן של זכויות משפטיות הנובעות מן האוטונומיה של הפרט באופן שזכויות אלה אינן כוללות את הכוח לכונן כללים המפלים בין אדם לרעהו בקונטקסט של פעילות כלכלית א־פרסונאלית, כגון מסחר המושתת על ספק ולקוח מופשטים. הפליה זו משמעה פגיעה בביטוי של החברות בקהילייה המוסרית, דהיינו פגיעה בכבוד האדם.¹²⁴ מבחינה משפטית, ניתן לראות במגבלה זו מגבלה החולשת על התוכן

123. בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בש"פ 3045/94 עיסוי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

124. הפגיעה בכבוד האדם בקונטקסט של פעילות כלכלית אינה מוגבלת לעצם הענקת השירות אלא גם לטיב או לאופי הענקת השירות. פגיעה כזו מתרחשת גם בשל מתן יחס לא נאות למקבל השירות אם יש ביחס זה משום הדרת הלקוח. למשל, קיימות תביעות של לקוחות אשר נחשדו בגניבה על לא עוול בכפם, בדרך כלל בשל תקלה בגלאי האלקטרוני או בשל שכחת המוכר להוריד את הזמזם מן המוצר. בית המשפט לתביעות קטנות הכיר באפשרות לפסוק פיצויים במקרים כאלו. ראו איתן מור, "גברתי, שכחת לשלם", ידיעות אחרונות, מוסף כלכלה, 8 (28.2.02); ת"א (י-ם) 8711/95 קדמי נ' סופר פארם (לא פורסם), אשר נזכר במאמרה של שלו (לעיל, הערה 105), בעמ' 45 בהערת השוליים 10. כן ראו רע"פ 2788/00 נמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 385. במקרה זה הוטל קנס על נהג מונית שהעליב את נוסעותיו (כשאחת מהן הייתה תיירת, למרבה הצער) ולפיכך הורשע בעבירה על סעיף 4 לצו הפיקוח על מוצרים ושירותים (הסעה באוטובוסים ובמוניות), תשל"ד-1974. בית המשפט קיבל את הטענה כי הנוסעות זכו ליחס לא נאות ודחה את הגנת de minimis לה טען הנהג. ובלשון בית המשפט: "אכן, לא כל יחס בוטה, גם ובלתי אדיב נופל ברשתו של החוק הפלילי. אך רצה המחוקק – ולא במקרה רצה הוא כך – שיחסם האמור של משרתי הציבור בתחום התחבורה ייפול אף ייפול בתחומיו של המשפט הפלילי. וזאת לא במקרה – שכן אדיבותם ונימוסייהם של מי שבאים במגע יום-יומי הדוק עם הציבור במסגרת שירות חיוני הנתמך על-ידי, יקרו בעיניו" (שם, בעמ' 388). ראו גם ע"פ 8511/96 דן אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 871. לטענתי גם במקרים אלה חוויית ההשפלה – לית מאן דפליג כי פני הלקוחות הולבנו לעיני כול – איננה בהכרח העיקר מבחינה משפטית. אמנם, עלינו להגן מפני ההשפלה, אולם מהות ההגנה המשפטית הנה מפני יחס לא נאות, הסותר מרכיבי מערכת היחסים המכוננת את התפקיד המפוקח. כך, בעל חנות או נהג מונית, בפועלם ככאלה, נדרשים לסטנדרט התנהגות מסוים כלפי לקוחות, וזאת בלי קשר לשאלה אם היו במקום אחרים כדי לצפות בהעלבה, או אם הלקוחות אכן נעלבו בפועל. מהותו של היחס הלא נאות, הגם, הנה כי בעל המקצוע איננו מתייחס אל

של הזכויות במשפט הפרטי הנובעות מן האוטונומיה של הפרט (הזכויות הקאנטיאניות הקלאסיות), או טענת הגנה כאשר התובע נסמך על זכות משפטית, בין שזו זכות חוזית, קניינית, או תלוית סטטוס. מגבלה זו הנה פנימית למשפט המקובל הפרטי, ואינה נשענת על חוק-יסוד זה או אחר אשר אפשר שאינם חלים, לפחות לא באופן ישיר, על יחסים בין פרטים.¹²⁵

5. כבוד האדם במשפט הפרטי – סיכום

לסיכום חלק זה טוען אני כי כבוד האדם הנו מרכיב אינטגרלי במשפט הפרטי, כפי שזכויות המבטאות את האוטונומיה של הפרט הן יסוד מוסד במארג המשפטי המגדיר את הזכויות והחובות בין אדם לחברו. מקור הזכות לכבוד האדם במשפט הפרטי איננו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא עקרונות המשפט הפרטי עצמם. כך, גם אם תבטל הכנסת את חוק היסוד, אין בכך כדי לשנות את מבנהו של המשפט הפרטי. לגופו של עניין, טענתי כי הזכות כוללת מרכיבים של עקרון השוויון.¹²⁶ הראיתי כי התזה הרואה בזכות לכבוד האדם

הלקוח כפי שעליו להתייחס ללקוח, ולפיכך הלקוח שזכה ליחס לא נאות, או לתת-יחס, מודר למעשה מקבוצת הלקוחות בדיוק כפי שהיה מודר, לו נדרש לשלם מחיר מופקע בגין צבע עורו או לו זכה לשירות פגום בגלל מוצאו הדתי. הדרה זו פוגעת בביטוי המעשי לחברותו השווה בקהיליית בני האדם.

125. השוו: Aharon Barak, "Constitutional Human Rights and Private Law", 3 Rev. Const. Stud. (1996) 218. אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 163. לשיטתי, אל לה לחוקה המתהווה של מדינת ישראל לחול על המשפט המקובל, כפי שאל לה לחוקה הקנדית לחול על המשפט המקובל: Reichman (לעיל, הערה 92). גם פרופ' שלו סבורה כך. לגישתה, ספק אם קיים טעם להחיל את זכויות האדם החוקתיות במשפט הפרטי מלבד החובות שכבר קיימות בתחום חופש העיסוק והגבלת המסחר. במיוחד יש להגביל, לדעתה, את ההתערבות בחופש החוזים. שאם לא כן, "נמצאנו מטשטשים לחלוטין את כל ההבחנות הבאות: בין משפט פרטי ומשפט ציבורי; בין חוק (שצריך להתאים לחוקי היסוד) וחווה..." (דבריה נכתבו לפני חקיקת חוק איסור ההפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים); שלו (לעיל, הערה 105), בעמ' 51. ראו גם נילי כהן, "השוויון מול חופש החוזים", המשפט א (תשנ"ג) 131. פרופ' דויטש מתנגד בסוגיה זו בעיקר להחלת העוולה של הפרת חובה חקוקה על סיטואציות של הפרת חוקי היסוד (כפי שנעשה בעניין נעאמנה). ראו דויטש (לעיל, הערה 119), בעמ' 224-230.

126. בהקשר זה מעניין לבחון כיצד התמודד בית המשפט עם סירובם של מפעילי מועדון לילה פרטי להכניס למקום נכה המרותקת לכסא גלגלים. בית משפט השלום קיבל את תביעת הנכה על סמך שלוש עילות עצמאיות מתחום המשפט הפרטי: עילה חוזית (פיצוי הסתמכות), עוולת לשון הרע ועילה נזיקית. יש לציין כי המקרה אירע לפני פרסום חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, תשנ"ח-1998, ס"ח 252, וכי פסק הדין ניתן לפני חקיקת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים. בית המשפט עשה

את ההגנה המשפטית על החברות השווה בחברה האזרחית – חברות הבאה לידי ביטוי באמצעות מושג הסטטוס, או התפקיד החברתי – עונה על הדרישות הפורמליות לכינון זכויות וחובות משפטיות. על פי תפישה זו, הזכות לכבוד האדם איננה זכות ריקה כל עיקר; זוהי זכות יסוד העומדת בבסיס הסדרים משפטיים רבים, המסדירים את התנהגות בעלי תפקידים שונים בחברה האזרחית. נדרשים אנו לה באופן ישיר רק כאשר ההסדרים חסרים ו/או ההסדרים שגובשו סותרים את הזכות ולפיכך עלינו לשוב ולבוחנם.

ה. כבוד האדם כזכות חוקתית

1. כבוד האדם ומערכת היחסים בין האזרח למדינה: עקרון החוקיות

מבחינה מבנית הזכות לכבוד האדם במשפט הציבורי זהה לזכות לכבוד האדם במשפט הפרטי. הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי הזכות לכבוד האדם מגנה מפני שימוש לרעה בתפקיד, או ב"כובע" חברתי-משפטי. עם זאת קיימים הבדלים אחרים המבחינים בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, הבדלים המשפיעים גם על פועלה המשפטי של הזכות לכבוד האדם. ראשית יש לתת את הדעת להבדל המוסדי הנובע מהתשתית הרעיונית שבבסיס הדמוקרטיה, המבחינה בין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ובין יישום הזכות במשפט הפרטי. על כך ארחיב את הדיבור בחלק 2 להלן. שנית, קיימים הבדלים הנובעים מעצם הסטטוסים ומערכות היחסים ביניהם: מערכת היחסים מדינה-אזרח איננה בהכרח זהה למערכת היחסים ספק-לקוח, או מערכת אחרת המאפיינת את המשפט הפרטי. שלישית, מבחינה תיאורטית, מכיוון שהזכות לכבוד האדם במשפט הציבורי חלה כלפי המדינה, ניתן לראות בסטטוסים הציבוריים – דהיינו בסטטוסים הקשורים למילוי תפקיד מטעם המדינה – מקרה מיוחד, שכן סטטוסים אלו אינם נובעים ישירות מהחברה האזרחית כמדיום למימוש האוטונומיה של הפרט, אלא יונקים חיותם הנורמטיבית מהמדינה (וזאת לפי התיאוריה הפוליטית המצדיקה ו/או מחייבת את קיומה של המדינה). לפיכך נוכל לטעון כי מכיוון שהסטטוסים במשפט הפרטי הם כלי ישיר למימוש האוטונומיה של הפרט, אין צורך לחפש

שימוש ברטוריקה של כבוד האדם, אולם בלי שהבהיר בדיוק את משענה. לפי התזה המוצעת בחיבור זה, בעל המועדון (ואף השוער והקופאית, במקרה דנן) בפועלם מכוח סטטוס 'נציגי המועדון', פגעו בחברותה השווה בקהילייה של הנכה, אשר נמצאה בסטטוס של 'מקבלת שירות', כאשר סירבו להכניסה למועדון על אף שעמדה ב'דרישות' המקדמיות המיוחדות את המקום (כלומר, אף אם נסכים כי למועדון זכות מכוח חופש ההתאגדות להגביל כניסה ל'פנויים פנויות', התובעת עמדה בדרישות). הפגיעה בחברותה השווה של הנכה הביאה, כך נטען ונפסק, לתוצאות רגשיות ונפשיות קשות בעבורה, המאשרות את חווית ההדרה שהתרחשה כאן. ואולם, לגיטימי, אף אם התובעת הייתה נותרת סטואית לחלוטין, אין בכך נפקא מינה לעניין ההכרה בעילת התביעה או בראש הנוק; הפגיעה בכבודה, הנובעת מ'שבירת כללי הסטטוס', היא כשלעצמה מקימה לה זכות לקבלת סעד בשל הפגיעה בכבוד האדם שלה. ראו ת"א שמיטאן (לעיל, הערה 3).

הסמכה מפורשת כזו או אחרת לכוח הניתן (או לחובות המוטלות) על הפועלים מכוח סטטוס כזה או אחר. לעומת זאת, מכיוון שלמדינה אין קיום עצמאי משל עצמה, לסטטוסים מטעם המדינה כוח רק כל עוד כוח זה ניתן להם על-ידי הקהילייה הפוליטית. כך, נוכל לומר שלכל אדם ישנה זכות, מכוח היותו אדם, לממש את האוטונומיה שלו באמצעות עיסוק כזה או אחר, בהתאם לאופי העיסוק (הסטטוס); למלא תפקיד מטעם המדינה אין זכות לבצע פעולה כלשהי אלא אך ורק חובה להשתמש בכוח שניתן לו על-ידי המדינה כנאמן הציבור לבצע את התפקיד שהוטל עליו על-ידי הריבון. הבדל זה מאפשר, לדעתי, לשמור על ההבחנה החשובה בין המשפט הפרטי ובין המשפט הציבורי גם בכל הנוגע לזכות לכבוד האדם,¹²⁷ וזאת בעזרת דוקטרינת החריגה מסמכות (ultra vires), החלה במשפט הציבורי אך לא הפרטי.¹²⁸ תשתית זו של המשפט הציבורי מאפשרת לנו לשוב ולבחון את פועלה של הזכות לכבוד האדם כלפי שלוש רשויות השלטון.

2. כבוד האדם, ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית והזכות לשוויון

במשפט החוקתי, לעומת המשפט הפרטי, חשוב לבחון אילו היבטים של הזכות לכבוד האדם עוגנו בחוק היסוד. הסיבה לכך הנה שחוק היסוד מעניק לבית המשפט סמכות לבטל חקיקה של הכנסת, במקרים בהם נפגעה זכות היסוד באופן שאיננו ממלא אחר תנאי פסקת ההגבלה. ודוק: הזכות לכבוד האדם קיימת במשפט הציבורי, כחלק ממגילת הזכויות השיפוטית, והיא חלה עוד בטרם חקיקת חוק היסוד וללא קשר לעיגון היבט כזה או אחר שלה בחוק היסוד,¹²⁹ אך חוקי היסוד, וככל הנראה רק הם, מסמיכים את בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. במילים אחרות, תיאורטית הזכות לכבוד האדם הנה חלק מן המשפט הציבורי – דהיינו חלק מהחוקה המטריאלית – כפי שהנה חלק מן המשפט הפרטי, אולם מוסדית אין זה ברור שבית המשפט הוא האורגן המוסמך לאכוף את ביטוי המשפטי של הזכות על הכנסת כמחוקק ראשי. בשיטת משפט הנשענת על ביטוי ריבונותו של העם בבית המחוקקים, דומה שלבית המשפט הסמכות לבטל חקיקת המחוקק רק כאשר ניתנה לו סמכות זו בידי העם באמצעות הרשות המכוננת.¹³⁰

127. השוו לעמדתה של Oliver (לעיל, הערה 115), המתייחסת בחיוב לאפשרות שטטוס ההבחנה.
128. לדיון במהות עקרון החריגה מסמכות כמצדיק ביקורת שיפוטית ראו: Paul Craig, "Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review", 57 *Cambridge L. J.* (1998) 63; Christopher Forsyth, "Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, The Sovereignty of Parliament and Judicial Review" (1996) 55 *Cambridge L. J.* 122; Dawn Oliver, "Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?" (1987) *Public Law* 543
129. השוו לעמדתו של השופט חשין בבג"ץ שדות (לעיל, הערה 7), המראה כי הזכות לכבוד האדם, לפחות בהקשר של אסירים בבתי סוהר, נטועה בפסיקה משכבר הימים טרם שהוחק חוק היסוד. לכך מסכימה גם השופטת ביניש.
130. כך פירש בית המשפט את פיסקת הכיבוד בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 21), בעמ' 307-308, 412; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, בעמ' 259-261, 287-288; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל

פרישה מלאה של ההצדקות השונות לביקורת שיפוטית חורגת ממסגרת חיבור זה.¹³¹ לדידי, כאשר לפני בית המשפט ניצב דבר חקיקה אשר פרשנותו המיטבית מובילה למסקנה כי מוענקים בו הכוח, הסמכות והחובה לבצע ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה של הכנסת, אין בית המשפט רשאי להתעלם מן ההסדר הטמון בו לגבי היקף הביקורת. זהו המצב, כך נראה, גם לגבי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשון אחר, כאשר הגענו למסקנה שחוק היסוד הוא המעניק לבית המשפט את הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית, אין בית המשפט מוסמך להתעלם מהיקף הביקורת השיפוטית הקבוע בחוק היסוד, אלא עליו להתחשב בהכרעה הפוזיטיבית של הרשות המכוננת.¹³²

נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 386-387. קיימת, כמובן, אפשרות להישען, לצורך הפעלת ביקורת שיפוטית, גם על החוקה המטריאלית. כאשר הקונבנציה המשפטית כפי שמקובלת בקרב האזרחים מתירה לבית המשפט לבטל חקיקה ראשית הנוגדת את עקרונות היסוד הדמוקרטיים עליהם מושתתת החברה, אפשר ויכול בית המשפט לבטל חקיקה ראשית. ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (להלן: בג"ץ לאו"ר), בעמ' 553-554. אך אין אלו פני הדברים במדינת ישראל דהאידינא.

131. אנליטית ניתן לטעון שביקורת שיפוטית חוקתית נשענת על המשפט החוקתי כביטוי לעקרונות תבוניים (reason based) כמו גם על תפישת המשפט החוקתי כביטוי לרצון העם (will based). תימוכין לעיקרון התבוני ניתן למצוא בבג"ץ לאו"ר (לעיל, הערה 130), בעמ' 552, וכן: Prohibitions Del Roy (1608) 12 Co. Rep. 63, 71 E. R. 1342; Case .of. Proclamations (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352. על רצון העם ניתן למצוא בע"א **בנק המזרחי (לעיל, הערה 21)**, בעמ' 270. ראו גם: Kate Kempton and Malcolm MacLaren, "The Protection of Human Rights in South Africa: A Conversation with Justice Arthur Chaskalson, President of the Constitutional Court of South Africa" 56 *U. Toronto Fac. L. Rev.* (1998) 161, 165, 170. ולפיתוח הרעיון ראו Reichman (לעיל, הערה 19).

132. קביעה זו חייבת להתחשב בהיסטוריה החקיקתית במובן זה שכאשר ההיסטוריה החקיקתית מראה כי הענקת הכוח לביקורת שיפוטית ביחס לזכות מסוימת נשקלה על-ידי המחוקק אך נדחתה על-ידי, אל לו לבית המשפט להעניק לעצמו, באמצעות פרשנות מרחיבה של מושג משפטי, את שהמחוקק סירב במודע להעניק. מכיוון שהמשפט הפוזיטיבי הנו ביטוי להגדרה העצמית של העם באמצעות נציגיו, בית המשפט איננו רשאי להתעלם מהחלטה מפורשת של נציגי העם שלא להחיל הסדר מסוים. במצב דברים בו הגיעו הנציגים לכלל הכרעה בדבר הסדר שלילי מסוים, והדבר מעוגן היטב בהיסטוריה החקיקתית, אין לנו אלא להניח כי לדעת הנציגים הכרעתם בוטאה באופן מפורש מספיק; לו היו סבורים שבית המשפט יחשוב אחרת, דהיינו יפרש את היעדר השלילה המפורשת כהיתר לפעול בניגוד להכרעת המחוקק, היו, מן הסתם, מסייגים במפורש את הענקת הסמכות. מכאן, בית המשפט איננו יכול להישען על עמימותו של הטקסט כדי להכשיר את ההסדר שנדחה. אין אפוא מקום במקרים אלו לפרשנות הנוגדת את ההיסטוריה החקיקתית, שכן זו אינה פרשנות כי אם יצירה שיפוטית אלטרנטיבית.

כפי שהראו מלומדים¹³³ וכפי שניתן ללמוד מדברי הכנסת¹³⁴ ומדיווחי התקשורת,¹³⁵ חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הנו תוצר של האטומיזציה של זכויות היסוד, במסגרתה הזכות לשוויון והזכות לחופש הביטוי הוצאו אל מחוץ להיקף הזכות שלגביה הוענקה לבית המשפט הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית.¹³⁶ מכאן, שלדעתי אין מקום לפרש את הזכות לכבוד האדם ככוללת את הזכות לשוויון על כרעיה וקרבה.¹³⁷ אין זאת אומרת, כמובן, שהזכות לכבוד האדם במישור החוקתי מצומצמת יותר מהזכות לכבוד האדם במישור היחסי בין האדם לחברו, אלא רק שביחסים בין האזרח למדינה אין בית המשפט מוסמך לפסול חוק של הכנסת על שום שפוגע הוא בעקרון השוויון, על פי מצב הדברים הקיים כיום במשפט הישראלי, ובהנחה שלא תשתנה התודעה המשפטית שלנו לגבי אפשרות אכיפת נורמות המשתייכות לחוקה המטריאלית על חקיקת הכנסת.

למרות אי הכללת הזכויות לשוויון ולחופש הביטוי במפורש כחלק מהזכות לכבוד האדם כפי שעוגנה בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עדין אין לומר כי הזכות לכבוד האדם

לאור המתח המוסדי הקיים בהפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, דומה כי יש לבחור באופציה שאיננה מרחיבה את הביקורת השיפוטית לתחומים שלגביהם לא הוענק מנדט מפורש, וזאת לפחות במסגרת הזהירות המוסדית המתבקשת. השוו מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** יז (תשנ"ג) 659, בעמ' 683-684; בג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, בעמ' 496.

133. יהודית קרפ, "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח", **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 323, בעמ' 338-340; קרפ (לעיל, הערה 4), בעמ' 149-150; סומר (לעיל, הערה 4), בעמ' 267-269, 275-277; אמנון רובינשטיין, "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 339, בעמ' 339-351.

134. ד"כ 123 (תשנ"ב) 1235, 1241, 1243, 1532; ד"כ 124 (תשנ"ב) 2595-2596; ד"כ 125 (תשנ"ב) 3781, 3783, 3786; ד"כ 136 (תשנ"ד) 5358, 5362-5363.

135. ישראל לנדרס, "הזכויות שנשכחו" **דבר**, דבר השבוע (20.1.95) 6-7; דליה שחורי, "מישהו רצה להיכנס להיסטוריה בואל", **הארץ** (19.6.96) 3.

136. השוו לתפישה הרחבה של כבוד האדם בחוקה הדרום אפריקנית: Arthur Chaskalson, "Human Dignity as a Constitutional Value", *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (David Kretzmer and Eckart Klein — eds., Kluwer Law International, 2002) 133, pp. 138-140. יצוין כי לשיטתי אין אני נדרש למצוא ראייה פוזיטיבית לכך שחברי הכנסת שקלו את המודל המוצע כאן לכבוד האדם ואימצו אותו. כל שאני נדרש הוא לכך שאין ראייה לכך שהמודל נשלל. ואמנם, מן הדיונים בכנסת לא מצאתי ראייה כזו, ואף קיימת פסיקה שאיננה משייכת את כבוד האדם בהכרח להשפלה. השוו בג"ץ 94/62 **גולד נ' שר-הפנים**, פ"ד טז 1846, בעמ' 1851.

137. על היקפו של כבוד האדם בראי פרשנותו של בית המשפט ראו אהרון ברק, "בית-המשפט העליון וחוקי-יסוד: כבוד-האדם וחירותו", **המשפט** ב (תשנ"ה) 15; קרפ (לעיל, הערה 4), בעמ' 155-159.

המוגנת בחוק-יסוד זה ריקה היא. בהכירו באספקטים מסוימים של הזכות לכבוד האדם כזכות חוקתית ובקובעו כי על שלוש רשויות השלטון מוטלת החובה לכבד את הזכויות המנויות בחוק היסוד, קובע חוק היסוד כי אל לרשות כלשהי מרשויות השלטון לפגוע בביטוי המשפטי של חברות האדם בקהילייה המוסרית.¹³⁸ כך, חוק של הכנסת שיקבע תנאים לביצוע פעולה משפטית כלשהי הנשענים על השתייכות לקבוצה או למגזר כלשהם אשר אין בינם ובין מהות הפעולה ולא כלום, יפר את הביטוי המשפטי לחברות בקהיליית בני האדם בכך שישלול את הביטוי לאוטונומיה של הפרט באשר הוא פרט. הפגיעה בכבוד האדם כאן איננה מבוססת רק על עקרון השוויון, כי גם במצב בו יישלל הכוח מבני כל הקבוצות במידה שווה, עדיין נאמר כי הביטוי של החברות בקהילייה המוסרית נפגע. הכנסת תפר את חובתה לשמור על הזכות לכבוד האדם הן במצב בו חוק יקבע כי לערבים אין זכות לחכור קרקע בארץ והן במצב בו החוק יקבע כי לאיש אין זכות לחכור קרקע בארץ. כפי שנטען, הן האוטונומיה והן החברות בקהילייה המוסרית (היא החברה האזרחית)

138. ואכן, בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד (נ) 449 (להלן: בג"ץ נוף), הוא דוגמה יפה לכך. בעניין זה נפסק כי תקנה המאפשרת חלוקת מסכות אב"כ מיוחדת לאנשים שהם בעלי זקן מטעמים דתיים בלבד (להבדיל מבעלי זקן מטעמי נוחות או נוי) "מפרה את שורת השוויון ופוגעת בכבוד האדם" שכן "זכותו של אדם לגדל זקן היא חלק מכבוד האדם, ללא קשר לאמונתו או לנטייתו הדתיות". התקנה נפסלה בשל אי עמידתה בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8). ניתן, לגישתי, לראות בפסילת התקנה הגנה מפני פגיעה בביטוי של החברות השווה בקהילייה המוסרית. ואולם, מסתבר כי בג"צ אינו נכון להגן על כל סוג של ביטוי כזה. בבג"ץ 546/01 סבן נ' שר הביטחון (לא פורסם), טען העותר, שהנו דוגמן אשר מחלפות ראשו ארוכות, כי החובה לקצר את שער ראשו לקראת גיוסו לצה"ל מהווה פגיעה בכבודו ובאוטונומיה על גופו. בג"צ דחה עתירה זו בפסק דין קצרצר, נעדר הנמקה מהותית לגופו של עניין. בית המשפט, שהכיר בכך ש"זכותו של אדם לכבוד כוללת את הזכות לעיצוב דמותו ולקיומה" (בג"ץ נוף, בעמ' 457), מיאן להכיר בזכותו של העותר. ברי כי אין לנסות ולאבחן את פסקי הדין לאור טיב השער עצמו – שער ראש מול זיפי זקן – אלא לאור משמעות השער וההצדקות בידי המדינה להתערב בעיצובו. בפרשת נוף מציין בית המשפט במפורש כי עסקינן במרכיב בעל משמעות תרבותית החורגת מן הנוי, ואפשר שבפרשת סבן לא השתכנע בין המשפט כי השער אמנם מעצב את אישיותו של הדוגמן כפי שהזקן מעצב את אישיותו של המאמין או של מר נוף. הקושי שבטיעון זה הוא כי לא ברור שעיצוב השער איננו מרכיב מרכזי בזהות, והדבר אכן מתבטא בגמישות מסוימת שמגלה הצבא כלפי תספורות נשיות. בנוסף, כל שהמדינה העמידה להצדקת עמדתה בעניין נוף היו שיקולים כלכליים שהתנגשו בחופש הדת, ואילו בעתירתו של סבן טענה המדינה כי התרת רסן המשמעת בצבא עלולה להוביל להתערעות המסגרת כולה. לדעתי יכול טיעון זה לעמוד במבחן הביקורת, אך דומה כי בית המשפט היה מיטיב לעשות אם היה מבהיר את עמדתו ולא מותיר את הסוגיה בערפל. ניתוח ביקורתי של עניין נוף (מזווית שונה) מצוי במאמרו של לבנת, לעיל הערה 78.

מבססות את הזכות לקניין,¹³⁹ ולפיכך אם יעביר בית המשפט חוק האוסר הכירת קרקע באשר היא תחת שבט ביקורתו קשה יהיה לטעון כי בית המשפט חורג מסמכותו. באותו האופן, חוק שיקבע כי לחילוניים אין חופש תנועה בארץ פוגע בביטוי החברות בקהילייה המוסרית כפי שפוגע חוק שיקבע כי לאיש אין חופש תנועה בארץ, וזאת משום שחופש התנועה הנו חלק מביטוי האוטונומיה של הפרט כפי שהוא חלק מביטוייה של החברות בקהילייה האנושית. לעומת זאת, אם יבסס בית המשפט את תקיפת החוקים ההיפותטיים הנ"ל על הזכות לשוויון כשהיא לעצמה, אזי תתעורר הבעיה עליה עמדתי לעיל, שכן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו כולל בשלב זה הגנה מלאה על עקרון השוויון. אם בית המשפט ייטול את הכוח להגן גם על עקרון השוויון כפי שמספר שופטים מרמזים שיעשו,¹⁴⁰ אור"א נאמר כי מבחינה משפטית-פוזיטיבית תהיה הסמכות קיימת, אך פעולתו של בית המשפט תהיה בעייתית אף שביסודה השאיפה להגן על זכויות האדם.¹⁴¹

בהקשר זה יש לציין את גישתה המעניינת של השופטת דורנר, הסוברת כי השוויון בכללותו איננו מעוגן בזכות לכבוד האדם,¹⁴² אולם שוויון על רקע השתייכות לקבוצה – ככל הנראה 'קבוצה חשודה', דהיינו קבוצה מקובעת (immutable) או כמעט מקובעת, אשר חבריה סבלו במשך שנים מיחס מפלה עקב השתייכותם לקבוצה¹⁴³ – מעוגן בחוק

139. הזכות לקניין זכתה להגנה ספציפית בחוק היסוד, אולם לצורך הדיון כאן אין נפקא מינה אם הזכות לקניין מוגנת באופן נפרד אם לאו, ובלבד שהזכות לקניין לא הוצאה במכוון מחוץ לגדר החוק. זאת ועוד: ההתייחסות כאן לקניין איננה רק כאל זכות משפטית אלא כאל מושג משפטי המכונן סטטוס – סטטוס של בעל קניין, מכוחו עולות זכויות וחובות כלפי כולי עלמא. כאמור, סוג כזה של מושג משפטי הנו חלק מביטוייה של החברות בקהילייה המוסרית.

140. לגישות השונות ראו לעיל, הערה 2.

141. התמהמהות המחוקק בחקיקת חוקי היסוד החדשים לא מנעה ממערכת המשפט, עוד כשהייתה בחיתוליה, מלהכיר בזכויות יסוד רבות, כשהמרכזיות שבהן הנן חופש העיסוק וחופש הביטוי. יוזמה זו נבעה מן הצורך הבסיסי לעגן זכויות אלה בחברה המושתתת על אדני הדמוקרטיה. קו פעולה זה, אשר זכה לקונצנזוס מלא בפסיקת בית המשפט, מאפשר לשער כי כך ייעשה גם בעתיד, לכשהצורך בהגנת ערך השוויון והזכות לחופש הביטוי יתגלה כמהותי יותר ויותר, והפער בין החקיקה לצורכי החיים הדמוקרטיים יחייב יוזמות שיפוטיות חדשות. לעניין מעמדן של זכויות היסוד בטרם חקיקת חוקי היסוד החדשים ראו דוד קרצמר, "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם", **משפטים** כח (תשנ"ז) 359, בעמ' 378-381.

142. "כוונתו הברורה של המחוקק, כעולה מעבודות ההכנה, היתה דווקא שלא לעגן בחוק היסוד עקרון כללי זה... ולכאורה, אין לפרש את חוק היסוד באופן המנוגד לתכליתו העולה מעבודות ההכנה". בג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 2), בעמ' 132.

143. השופטת דורנר אינה נוקבת במינוח "קבוצה חשודה", אולם הדוגמות שהיא נותנת להפליה לרעה על רקע קבוצתי – מין וגזע – הנן דוגמאות פרדיגמטיות של קבוצות חשודות. בג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 2), שם.

היסוד. זאת משום שביסודה של הפליה על רקע השתייכות לקבוצה חשודה "עומד ייחוס מעמד נחות למופלה"¹⁴⁴ מכוח השתייכותו לקבוצה, ובייחוס זה טמונה השפלה, או "מסר משפיל"¹⁴⁵. השפלה, וכנראה באופן נגזר גם הטמעת התדמית הנמוכה הנובעת מן ההשפלה, הטמעה אשר מנציחה את ההשפלה, סותרות, לדעת השופטת דורנר, את הזכות לכבוד האדם, שכן "לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו"¹⁴⁶.

אקדים ואומר כי אפשר שאמנם חוק המסווג את האוכלוסייה על פי השתייכותה לקבוצות חשודות באופן המונע הגנה או הטבה מבני האדם על פי השתייכותם זו – "אפליה גנרית", בלשוננו של השופט חשין¹⁴⁷ – איננו עומד בדרישות חוק היסוד.¹⁴⁸ אך מסקנה משפטית

144. שם, שם. השופט חשין מפנה בהסכמה לעמדה לפיה ההפליה משפילה, בבג"ץ 6845/00 נ"ב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663. אך יצוין כי השופט חשין איננו נחרץ בקביעה כי השוויון כלול בכבוד האדם, שכן לשיטתו הזכות לשוויון קיימת כחלק מהחוקה המטריאלית, דהיינו כעיקרון בלתי כתוב. השופט חשין מפנה לדברי השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, בעמ' 698, שם נקבע כי השוויון "יכול להתקיים גם בפני עצמו, בלי להישען על סעיף בחוקה כתובה, הקובע במפורש את העקרון של שוויון הכל בפני החוק. אצלנו אין סעיף מפורש כזה, לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף "משוריין" של חוק-יסוד, ואף-על-פי-כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".

145. בג"ץ מילר (לעיל, הערה 2), בעמ' 133.

146. שם, בעמ' 132.

147. בג"ץ שדולת הנשים 2 (לעיל, הערה 111), בעמ' 658-660.

148. ניתן לטעון כי חוק המפלה על רקע השתייכות לקבוצה חשודה אסורה פוגע בזכות לכבוד האדם משום שחוק כזה משקף, כל עוד אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה, תפישה על פיה האינטרסים של המשתייכים לקבוצות החשודות אינם ראויים להגנה שווה, דהיינו אינם ראויים לבוא בחשבון באופן מספק בהליכי הפרשה המגבשים את טובת הכלל או בהליכי השקלא והטריא המגבשים את הטובה הכללית. בכך נפגע הביטוי לחברות השווה בקהילייה המוסרית. בית המחוקקים, או המדינה בכלל, חייבים לאזרח – לכל אזרח באשר הוא – חובת נאמנות כי יביאו את האינטרסים שלו בחשבון, לפחות ככל שאינטרסים אלו אינם חותרים תחת, או עומדים בסתירה, לשיטת המשטר הדמוקרטי. לפיכך, חוק העושה שימוש בסיווג חשוד באופן המונע הגנה או הטבה מבני הקבוצה החשודה, פוגע בזכות בני קבוצה זו לכבוד האדם, שכן הוא איננו עולה בקנה אחד עם הגורמים המכוננים את מערכת היחסים בין האזרח כאסטטוס לבין המחוקק כסטטוס. מכאן, ניתן לטעון כי מתן הגנה לכבוד האדם כולל מתן הגנה למערכת היחסים בין האזרח למדינה על פיה על בית המחוקקים להביא בחשבון את האינטרסים הלגיטימיים של האזרחים כולם. זוהי למעשה המשמעות, לדעתי, של טיעונו המפורסם של John Hart Ely בספרו: Democracy and Distrust (Harvard University Press, 1980), המפתח את פסיקת בית המשפט העליון בפרשת *United States v. Carolene Products*.

זאת איננה נובעת, לדעתי, מחוויית ההשפלה. כאמור, הפליה אינה בהכרח ביטוי לנחיתות המופלה. הפליה הנה ביטוי לנחיתותו של המפלה בה במידה, בכך שנוקק להפלות. מכאן, נחיתות הנה עניין יחסי, ואפשר שאף שוכנת היא בעיני המתבונן. יותר מכך: הקביעה כי "אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות",¹⁴⁹ מבלבלת, בכל הכבוד, בין המושג 'כבוד' ובין המושג 'כבוד האדם'.

לטענתי, את הזכות לכבוד, המעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד, יש לפרש לאור מטרת חוק היסוד. כאמור בסעיף 1א, מטרת חוק היסוד היא להגן על **כבוד האדם**. כמו כן, ההגנה בסעיף 2 משתרעת על פגיעה בכבודו של אדם **באשר הוא אדם**. שמו של החוק עצמו – חוק יסוד כבוד האדם – מעיד אף הוא על כך שההגנה הנה על כבוד האדם, ולא בהכרח על כבוד במובן של מניעת תחושת נחיתות. אמנם, לפי שיטתי, בהחלט ייתכן, ואף סביר, שפגיעה בביטוי לחברות השווה בקהילייה המוסרית תלווה בתחושת השפלה ו/או במסר של נחיתות, ולפיכך הגנה על ביטוי זה תגן גם מפני השפלה. ההבדל נעוץ במיקוד. כבוד האדם אינו סב כל כולו סביב מסרים חברתיים כאלה או אחרים; הורתו איננה ביסוד נפשי כזה או אחר. ליבתו של כבוד האדם שזורה במושג הקהילייה המוסרית. מהותו הנה בהגנה על הביטוי השווה של החברות בקהילייה זו. לפיכך, הזכות של אדם לכבוד איננה מתמצית בכיבודים החברתיים להם הוא זוכה ובשאיפתו לכך שכולם יקומו כאשר הוא עובר בשער.¹⁵⁰ לפיכך עמדתי היא כי הזכות לכבוד, במובן של כבוד האדם, המעוגנת בחוק היסוד, איננה הזכות לכבוד חברתי במובנו היומיומי, ומכל מקום, איננה כוללת, מכוח תחושת ההשפלה, את הזכות שלא להיחשף לחוק המפלה על רקע השתייכות קבוצתית. בהחלט ייתכן כי זכות זו קמה גם לבני קבוצה שאיננה 'נחותה' אלא 'עליונה', וזאת משום שאפשר שעצם השימוש בחוק בקלאסיפיקציה חשודה סותר את ביטויה של החברות השווה בקהילייה המוסרית.¹⁵¹

149. בג"ץ מילר (לעיל, הערה 2), בעמ' 132.

150. של השופט יאקובוצ'י ב-*Co., 304 U.S. 144 (1938) בהערת השוליים 4 לפסק דינו של השופט Stone*. השוו לפסק דינו של השופט יאקובוצ'י ב-*Vriend v. Alberta, [1998] 1 S. C. R. 493*.

151. כוונתי לכיבודים חברתיים ברוח שאיפתו של המן, אשר נפגע מכך שמרדכי היושב בשער לא קם לכבודו. (מגילת אסתר, ג, 1-5). כאשר הסביר המן לאחשוורוש מה היחס לו ראוי האיש אשר המלך חפץ ביקרו, אמר כך: "ויאמר המן אל המלך: איש אשר המלך חפץ ביקרו; יביאו לבוש מלכות אשר לבש בו המלך, וסוס אשר רכב עליו המלך, ואשר נתן כתר מלכות בראשו; ונתון הלבוש והסוס עלייך איש משרי המלך הפרתמים, והלבישו את האיש אשר המלך חפץ ביקרו, והרכיבוהו על סוס ברחוב העיר, וקראו לפניו: ככה יעשה לאיש אשר המלך חפץ ביקרו". מגילת אסתר, ו, 7-9.

151. כאמור, לשיטתי, כאשר המדינה, או הפועלים מטעמה, מתייחסת לאזרח באופן הסותר את היסודות המכוננים את מערכת היחסים מדינה-אזרח, נפגע הביטוי המשפטי לחברות השווה בקהילייה המשפטית. לפיכך, אם למשל תבטל המדינה את הזכות לבחור או להיבחר לבני

3. כבוד האדם, הרשות המבצעת והרשות השופטת

במשפט החוקתי מתעוררים אפוא קשיים בהסמכת הרשות השופטת לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, אולם שונה התמונה בכל האמור במשפט המנהלי. המשפט המנהלי, בשונה מהמשפט החוקתי, בנוי על התובנה הבסיסית שהרשות המנהלית איננה מוסמכת לפגוע בזכויות יסוד - בין שהן מעוגנות בחוק יסוד ובין שלא - ללא הסמכה מפורשת בחוק.¹⁵² לפיכך, בעוד שבמשפט החוקתי לא הוענקה לבית המשפט סמכות לקבוע כי אין לפעול על פי חוק הכנסת המפר את עקרון השוויון, סמכות זו קיימת כלפי מעשה מנהל וחקיקת משנה. מכאן נובע שעילת איסור ההפליה, שזכתה להכרה במשפטנו עוד בטרם כינון חוק היסוד וללא קשר אליו, עדיין קיימת במשפטנו. לפיכך, ההזדקקות לחוק יסוד: כבוד האדם לעניין זה אינה הכרחית,¹⁵³ ואם נמצא מזור במשפט המנהלי נראה כי אין צורך (ואין מקום) לפנות למשפט החוקתי.¹⁵⁴

עדה מסוימת, תיפול פעולה זו שכן איננה עולה בקנה אחד עם היסודות המכוננים את היחס אורח-מדינה בחברה דמוקרטית, ובכך נפגע כבוד האדם. אם תקבע המדינה בחוק כי בני (או בנות) מגדר מסוים אינם רשאים לשמש בתפקידים מסוימים (למשל בתפקידי טיסה במסגרת צבא המדינה) כאשר לא ניתן להראות רלבנטיות מגדרית הנובעת מעצם התפקיד (בניגוד לרלבנטיות הנובעת מהסדרים יצירי המחוקק) גם אז ניתן לטעון כי הפרה המדינה (או מי מהפועלים מטעמה) את החובה לנהוג כלפי כל אורחיה באופן ההולם את מערכת היחסים המכוננת את סטטוס האזרח אל מול סטטוס בעל התפקיד מטעם המדינה, ובכך פגעה בביטוי המשפטי לחברות השווה בקהילייה המוסרית, דהיינו הפרה את הזכות לכבוד האדם. הקצאת תפקידים (סטטוסים) על פי שיוך מגדרי לא רלבנטי משמעה כי המדינה מדירה בני אדם מסוימים מהאפשרות למלא תפקידים חברתיים מסוימים; מכיוון שסטטוס האזרחות איננו סובל הבחנה לא רלבנטית שכזאת (כפי שאיננו סובל מתן זכות בחירה לגברים אך לא לנשים), נמצאת המדינה פועלת באופן הסותר את דרישות מערכת היחסים מדינה-אזרח, ובכך נפגע הביטוי המשפטי של החברות השווה בקהילייה המוסרית.

152. בג"ץ 1/49 בורנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, בעמ' 82-83; ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, בעמ' 702; בג"ץ 236/70 חממה נ' ראש העירייה והוועדה המקומית לתכנון ובנייה פתח תקווה, פ"ד כה(1) 113, בעמ' 115. עקרון חוקיות המנהל הונח בבסיס אחד מפסקי הדין החשובים ביותר בהיסטוריה המשפטית בישראל - בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

153. למרות זאת החליט בין המשפט כי חקיקת חוקי היסוד שינתה את "נקודת האיוון" בין הזכויות המוגנות במשפט המנהלי ובין האינטרסים הציבוריים השונים. ראו לעניין זה את הוויכוח בין השופט חשין למשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (להלן: בש"פ גנימאת) ובדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (להלן: דנ"פ גנימאת).

154. ראו דברי הנשיא שמגר בע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 21), בעמ' 350, הקובע כי יש למצות תחילה את עילות המשפט המנהלי. אך השוו לגישתה של השופטת ביניש בבג"ץ שדות

מלבד עילת היעדר ההפליה, הזכות לכבוד האדם רלבנטית למגוון פעילויות הרשות המבצעת. כך, למשל, נדרש בית המשפט לשאלה האם תשלום שכר הנופל משכר מינימום לאסיר בעבור ביצוע עבודה שמחויב הוא לבצע בהיותו במאסר מהווה הפרה של כבוד האדם.¹⁵⁵ בית המשפט בחר שלא להתערב, תוך שהוויכוח בין שופטי הרוב והמיעוט נסב, לדעתי, על ניתוח סטטוס האסיר, ביחס לסטטוסים אחרים, כגון עובד וחיייל. שופטי הרוב הבחינו בין הסטטוסים השונים, אך לא ברור באיזו מידה ההצדקות שבהן תמכו יתדותיהם משכנעות לעניין השכר הזעום המשתלם. במקרה מובהק יותר נדרש בית המשפט לבחון את חובת המדינה כלפי הנחקר החשוד בטרור. לאחר שנים מספר של דיונים משפטיים,¹⁵⁶ קבע בית המשפט את שהיה עליו לקבוע – כי גרימת סבל פיסי לנחקר על-ידי חוקרי השב"כ פוגעת בכבודו כאדם.¹⁵⁷ כאן התמקד בית המשפט ביחס שבין סטטוס "חוקר" – בין אם הוא חוקר שב"כ או חוקר משטרה – ובמערכת היחסים, קרי הסמכויות, כלפי אדם המצוי בחקירה (אף הוא סטטוס). חקירה מותרת. אך סבל, וודאי סבל פיסי, שגורמת הרשות לאדם הנחקר באשר הוא אדם משמעו כי ביטויה של החברות בקהילייה המוסרית נפגע. האדם, מעצם היותו אדם, ניחן בגוף הכולל מערכת עצבית ומערכת רגשית. הפעלת לחץ פיסי, כמו גם הפעלת לחץ נפשי תוקפני, או לכל הפחות הפעלת לחץ שכזה החל בדרגה מסוימת, גורמת סבל הפוגע באספקט של היות האדם אדם, כפי שפגיעה בביטויה המעשי של האוטונומיה הנה פגיעה בהיותו של האדם אדם.¹⁵⁸ מכיוון שהיכולת להבחין בין טוב ובין רע, ההופכת את האדם לישות מוסרית, איננה מתקיימת בחלל אלא בגוף, ומכיוון שיכולת זו איננה אנליטית בלבד אלא כוללת גם את יכולת השיפוט, שבהכרח מערבת את החושים השונים, ובכלל זה את התחושות ביחס לפתרונות ה'מרגישים' נכון, פגיעה בגופו ובנפשו של האדם משמעה פגיעה בחברותו המעשית בקהיליית הסוכנים המוסריים. לפיכך, צדק

(לעיל, הערה 7), שאיננה פוסלת גישה ישירה לטענות חוקתיות, אף שמוצאת היא כי במקרה שדות יש לפנות למשפט המנהלי.

155. בג"ץ שדות (לעיל, הערה 7). השופטת ביניש, שהצטרפה לדעתו של השופט זמיר כנגד דעת החולקת של השופט חשין, הגיעה למסקנה שאין בתשלום הזעום כדי הפרת כבוד האדם, תוך שהיא מבחינה בין סטטוס האסיר ובין סטטוס העובד. השופט זמיר העיר כי אם חיייל אינו מקבל שכר בעבור עבודה דומה שהוא מבצע במחנה, קל וחומר שאין מקום שאסיר יקבל שכר. חווית ההשפלה כשהיא לעצמה, לדעתי, לא היא שעמדה ביסוד המחלוקת. לדיון בחובות אחרות הנובעות מהיחס מדינה-אסיר, ראו להלן, הערה 162.

156. ראו למשל בג"ץ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 837.

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

158. השוו מאיר שמגר, "כבוד האדם ואלימות", משפט וממשל ג' (תשנ"ה) 33, בעמ' 38-41. דוגמה נוספת, להבדיל, להפעלת כוח פיסי כפגיעה בכבוד האדם מצויה בפסקי הדין בהם הורשעו אנשי חינוך בהפעלת אלימות גופנית כלפי תלמידיהם. ע"פ 4405/94 מדינת ישראל נ' אלנני, פ"ד מח(5) 191; ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה אור, פ"ד נב(3) 374; עש"מ 1730/00 פלוינית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 433.

בית המשפט כשפסק שאין לחוקרי השב"כ סמכות להפעיל אמצעי לחץ פיסי ונפשי (מעל ללחץ נפשי שהגו חלק מחקירה באשר היא חקירה).¹⁵⁹ סבלו של הנחקר, יש לציין, איננו בהכרח נובע מהשפלתו, כפי שסבלו של החולה הסופני, שעל כבודו מגנה הזכות לכבוד האדם, איננו בהכרח קשור להשפלתו,¹⁶⁰ אם כי בהחלט ניתן להגדיר סבל זה ככולל גם מרכיב של סבל נפשי.¹⁶¹ באופן דומה, נוכל לנתח גם אספקטים שונים של המתור והאסור בדיני המעצר והמאסר, ככל שכללים אלו נובעים מן הזכות לכבוד האדם.¹⁶²

159. בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (לעיל, הערה 157). להרחבה בעניין חקירה בעינוי לשם התמודדות עם טרור ראו ליאון שלף, "הרע במיעוטו והטוב במירבו – על דו"ח ועדת לנדוי, טרור ועינויים", פלילים א (תש"ן) 185. לעיון כולל בסוגיה הביטחונית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 13). בחוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002, ס"ח 179 מעניין במיוחד בהקשר זה סעיף 18, שכותרתו "סייג לאחריות". פרט לסעיף זה, החוק אינו מסדיר במישרין את שאלת הפעלת הכוח הפיסי בחקירה.
160. בכך חולק אני על ניתוחו של סטממן את פסק דינו של המשנה לנשיא אלון בעניין שפר. ראו סטממן (לעיל, הערה 6), בעמ' 568-570. לבחינת אופן השימוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בפסק דין שפר, ראו דוד הד, "מעבר לחירות ולכבוד; הרהורים מטא-משפטיים על פסק-הדין בעניין שפר", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 649.
161. דוגמה עגומה למקרה בו נפגעה הזכות לכבוד האדם כתוצאה מסבל פיסי ונפשי כאחד מצויה בע"פ 3632/92 גבאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 487. במקרה זה התעללו שוטרי מג"ב בקרבנותיהם ונהגו באופן הרחוק כמרחק מזרח ממערב מן האופן על פיו כל אדם באשר הוא אדם, לא כל שכן כל נושא מדים במלאו תפקידו, נדרש להתנהג כלפי אדם אחר באשר הוא אדם. למען הסר ספק: אינני טוען כי ביוזי איננו יכול להיחשב, כשהוא לעצמו, כהפרת הביטוי לחברות השווה. אכן, ייתכנו מקרים כאלה. מערכות היחסים המגדירות את הסטטוסים השונים מכוחם אנו פועלים בחברה יכולות לכלול גם את הדרישה ליחס נאות, במובן של דרישה להימנע מפעולה שכל כולה הנה הסבת סבל נפשי.
162. אחת מאבני הבוחן המפורסמות לקביעה, האם נשמר, הלכה למעשה, הביטוי לחברות השווה בקהילייה נתונה, היא בדיקת התנאים השוררים במסגרות המעצר והמאסר. בחיבור הנוכחי לא ארחיב את הדיבור על היבט זה, פרט לקביעה כי גם הסטטוס של עציר או אסיר, כמו גם הסטטוס של הסוהר ושל ממלאי התפקידים האחרים מטעם המדינה, ובעיקר – מערכת היחסים בין הסוהר והעציר או האסיר, הנם בני המשגה במסגרת התפישה המוצגת בחיבור זה. לפסיקה רלבנטית בנושא ראו בג"ץ 355/79 קמלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294; בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704; בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פ"ד מו(5) 72; בש"פ גנימאת (לעיל, הערה 153), בעיקר פסק דינו של השופט ברק; דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 153), בעיקר פסקי הדין של השופט דורנר ושל השופט ברק. ראו גם שלמה גל, "כבוד האדם בארגונים ממלכתיים: ההיבט של משטרת ישראל", כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל (אלוף הראבן ותן ברם – עורכים, הקיבוץ המאוחד, תש"ס) 78.

אולם אין צורך לנדוד אל מחוזות המאסר, העינויים והסבל כדי לדון בחובת הרשות שלא לפגוע בכבוד האדם: כאשר רשות מתעלמת מפנייה אליה בעניין המצוי בסמכותה על פי דין, לא כל שכן כאשר התעלמות זו נשענת על השתייכותו הקבוצתית של הפונה, ניתן לומר כי הרשות פוגעת בביטוי המשפטי לחברותו של האדם בקהילייה המוסרית. הדין, כפי שצינתי לעיל, מעניק לא פעם את המשמעות הקונקרטית לחברות בקהילייה המוסרית; הוא מכונן "עובדות משפטיות", ובכלל יוצר מעמד, או סטטוס, משפטי. כך, למשל, כאשר מקים הדין רשות או משרד ממשלתי כלשהו, וקובע את סמכותם ובכלל זה הן את תחום העניינים החברתיים בהם הם אמורים לטפל ולגביהם הם אמורים להפעיל סמכותם השלטונית, והן את האופן בו האזרח רשאי לפנות כדי לבקש את הפעלת הסמכות השלטונית, הרי שהתעלמות מפניית האזרח שקולה לפגיעה בביטוי המשפטי של חברותו בקהילייה המוסרית בה חברים כל בני האדם. ודוק: ניתן לראות גם באזרחות סטטוס משפטי המגדיר את החברות בקהילייה המוסרית ומכונן מערכת יחסים בין האזרח למדינה ובין האזרח לרעהו האזרח, כל עוד מערכת יחסים זו נשענת על מהות האזרחות.¹⁶³ מכאן, ניתן להפעיל לגבי סטטוס האזרחות ומערכות היחסים המגדירות אותו את כללי החברות השווה כפי שהופעלו לגבי סטטוסים אחרים המרכיבים את החברה האזרחית. אולם יצוין כי גם כלפי אנשים שאינם אזרחים קיימות חובות של הרשות המנהלית, אם בהיותם תושבים (תושבי קבע או תושבים ארעיים) ואם מכוח היותם תיירים.¹⁶⁴ החברות בקהילייה המוסרית, בין שהיא מתווכת על-ידי סטטוס האזרחות ובין על-ידי סטטוס משפטי אחר, עדיין מחייבת את הרשות השלטונית לכבדה. כאשר מתייחסת הרשות המנהלית לפונה אליה מתוך התעלמות מן התכלית שלשמה הוקמה, ובכלל זה מתוך חריגה מן ה-vires המכונן אותה, ניתן לראות בכך פגיעה בחברותו השווה של הפונה בקהילייה המוסרית.

במילים אחרות, הן עקרון החוקיות, על-פיו אין המנהל מוסמך להפעיל כוח שלטוני זולת אם הוסמך לכך בדין, והן העיקרון על-פיו חובה על הרשות להפעיל את שיקול הדעת שהוענק לה ואין היא רשאית להתנער מסמכותה, הנם היבטים של כבוד האדם.¹⁶⁵ ושוב,

163. גם חברה בע"מ נתפסת כאזרח, ולפיכך גם לגביה עולה שאלת מהות האזרחות. לניסיון הגדרת חובות האזרח והמדינה אהדי ראו בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (להלן: בג"ץ קונטרם).

164. סטטוס התייר, התושב ואף השוהה הבלתי חוקי מכוננים מערכות יחסים עם המדינה, גם אם מערכות אלו שונות מיחסי אזרח-מדינה. כך, בעניין חברי כת "הכושים העבריים" נפסק כי העותרים, השוהים בישראל שלא כדין, זכאים לזכויות יסוד בסיסיות: משפט הוגן, טיפול רפואי והענקת חינוך נאות לילדים. אולם תביעתם לקבלת היתרי עבודה נדחתה. ראו בג"ץ 332/87 בן שלמה נ' שר הפנים, פ"ד מג(3) 353. השוו חוק עובדים זרים (העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), תשנ"א-1991, ס"ח 112.

165. לפירוט וניתוח של עקרון החוקיות, חובת הרשות להפעיל את סמכותה וחובתה לשקול שיקולים עניינים בלבד ראו יצחק זמיר, *הסמכות המנהלית* (כרכים א', ב', נבו, תשנ"ו), 49-57, 691-699, 740-749; ברוך ברכה, *משפט מנהלי* (כרך ב', נבו, תשנ"ו), 23-28, 60-

טענתי איננה מתמקדת בהנחה כי האזרח יראה בהתעלמות הרשות יחס מזלזל ולפיכך יחוש מושפל, אם כי בהחלט ייתכן, ואולי אף סביר, שכך יקרה. טענתי נשענת על ההסדר המשפטי כחלק מהחברה האזרחית במובנה ההגליאני, ועל הפגיעה בכבוד האדם כפגיעה בביטוי של חברות הפרט בחברה האזרחית. מכיוון שמוסדות השלטון נגזרים מהצדקות הנשענות על רעיון החברה האזרחית, יחס מוסדות השלטון כלפי הפרט הנו מרכיב בביטוייה של החברות בחברה האזרחית. זהו, לדידי, היבט נוסף של הממד החברתי אליו התייחס הנשיא ברק בפסקה המצוטטת בראשית חיבור זה. היבט זה של החברות בקהילייה המשפטית הנו קונקרטי דיו כדי להקים זכות תביעה משפטית של האזרח כלפי הרשות. מכיוון שעסקינן בביקורת שיפוטית על מעשה המנהל, לא מתעורר הקושי בעניין הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי הכנסת.

לבסוף, מילה על הרשות השופטת כשלעצמה. אין ספק כי גם בפעולת הרשות השופטת טמון פוטנציאל השפלה. יכול השופט להשפיל בעל דין,¹⁶⁶ את עורך דינו,¹⁶⁷

166. סוגיה מרתקת המחייבת דיון בפני עצמו מתמקדת בסמכות השופט להטיל על נאשם עונשים, ובכלל זה תנאים, שכל תכליתם לבייש, או לפחות הכוללים מרכיב שנועד לטעת בושה בלב הנאשם (shaming punishments). הכתיבה על כך רבה. אני מצאתי את המקורות העדכניים הבאים כמאירי עיניים: John Braithwaite, "Shame and Criminal Justice (Changing Punishment at the Turn of the Century)", 42 *Canadian Journal of Criminology* (2000) 281; Stephen P. Garvey, "Can Shaming Punishments Educate?", 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998) 733; Dan M. Kahan, "What Do Alternative Sanctions Mean?", 63 *U. Chi. L. Rev.* (1996) 591; Toni M. Massaro, "Shame, Culture, and American Criminal Law", 89 *Mich. L. Rev.* (1991) 1880; Toni M. Massaro, "The Meanings of Shame: Implications for Legal Reform", 3 *Psychol. Pub. Pol'y & L.* (1997) 645; Paul G. Mahoney, "Commentaries on Eric Posner's Law and Social Norms: Norms and Signals: Some Skeptical Observations" 36 *U. Rich. L. Rev.* (2000) 387; Aaron S. Book, "Shame on You: An Analysis of Modern Shame Punishment as an Alternative to Incarceration", 40 *William & Mary L. Rev.* (1999) 653; Phaedra Athena and O'Hara Kelly, "The Ideology of Shame: An Analysis of First Amendment and Eight Amendment Challenges to Scarlet-Letter Probation Conditions", 77 *North Carolina L. Rev.* (1999) 783; James Q. Whitman, "What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?" 107 *Yale L. J.* (1998) 1055; Margalit, הערה 24, בעמ' 262.

167. בכללי האתיקה השיפוטית, כפי שנכתבו בידי הנשיא שמגר בתשנ"ג-1993, אין הוראה ספציפית הדורשת מן השופט להתייחס בכבוד לבאי הכוח של הצדדים. ניתן כמובן לגזור דרישה זו מכללים אחרים, כגון הדרישה להימנע "מכל דבר שאינו הולם מעמדו של שופט ... או העלול לפגוע בדימויה של מערכת השיפוט" (הוראה א.5. אך השווה להוראה א.8, הקובעת במפורש ש"ביחסו עם שופטים אחרים, ינהג השופט ... תוך יחס כבוד לחברו גם כאשר חולק הוא על דעתו"). כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) תשמ"ו-1986, ק"ת 1373, דורשים "יחס כבוד לבית המשפט" (כלל 32) ושמירה על "כבוד הצד שכנגד ועל כבוד כל אדם אחר הקשור בהליך השיפוט" (כלל 33). מעניין לציין כי תפישה זו קושרת את הכבוד לתפקיד עורך הדין ולתפקידים שממלאים אחרים.

או עד.¹⁶⁸ מאמר זה מציע לבחון את סוגיית יחס הרשות השופטת לא רק, ואף לא בעיקר, מבעד לעדשת חווית ההשפלה אלא מתוך רגישות למרכיבים המכוננים את המשולש האדוורסרי, שבו השופט יושב בדין כגוף שאיננו מזוהה עם מי מהצדדים¹⁶⁹ מתוך מחויבות לעקרונות פורמליים מהם נובעות זכויותיהם הדיוניות והמהותיות של בעלי הדין. כפי שניתן לתקוף רשות מנהלית המפרה את חובתה לנהוג באזרח בהתאם למערכת היחסים אזרח-מדינה ובהתאם לסטטוסים מכוחם פועלים עובדי המדינה, כך ניתן לתקוף פעולה שיפוטית שאיננה עולה בקנה אחד עם התפקיד השיפוטי כפי שמעוצב על-ידי מערכות היחסים בינו ובין בעלי הדין. בהקשר לכך יצוין המובן מאליו: גם לבעלי הדין, כמו גם לאזרחים באופן כללי, חובה להתייחס לרשויות השלטון, ובכללם לממלאי התפקידים ברשות השופטת, באופן ההולם את מערכת היחסים בין אדם הנמצא בסטטוס אזרח ובין אדם הנמצא בסטטוס ממלא תפקיד ברשות שלטונית.¹⁷⁰ גם כאן אין לדעתי לבחון באיזו מידה הושפל השופט, או ממלא תפקיד אחר, על-ידי פלוני או אלמוני, אלא באיזו מידה היחס שהפגין האזרח עומד בדרישה הפורמלית הנובעת ממערכת היחסים הרלבנטית.

6. סיכום

"אתה תיתן לי את הכבוד המגיע לי" תבע כבוד השופט ממר כאסה, במערכון שהפך חלק בלתי נפרד מהתרבות הישראלית.¹⁷¹ זיהוי שכזה בין כבוד במובן honor, שתובע כבוד השופט במערכון, ובין כבוד במובן dignity כאותה תכונה המשותפת לכל בני אנוש, עלול להוביל למרוץ אחר הכבוד – או מרוץ אחר ההשפלה¹⁷² – בו כל אחד מן המתמודדים נבנה

168. ראו סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957, ס"ח 16, המזכיר "עלבון" במפורש. השופטת שטרסברג כהן, בבג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בהדרה, פ"ד נב(3) 721, מציינת (בעמ' 744) כי "השופט מחויב בכבודו של כל אדם, לרבות כבודו של עד", והשופטת פרוקציה מדגישה בע"פ 5329/98 דג'אני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 273, ש"רשאי בית-המשפט להתערב בדרך ניהול החקירה הנגדית כדי להגן על שלומו וכבודו של עד נחקר לבל יושפל ולבל ייפגע". שם, בעמ' 281.

169. לניתוח קלאסי של מערכת היחסים המכוננת את תפקיד השופט ראו: Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (University of Chicago Press, 1981), especially chapter I.

170. השוו סימן ד לחוק העונשין, ובמיוחד סעיף 288, וכן בג"ץ קונטרם (לעיל, הערה 163). יהיה לדעתי מוזר לנתח את חוק העונשין לעניין העלבת עובד ציבור וכן את חובת ההגינות שחב האזרח לרשות מתוך בחינת השפלת עובד הציבור או השפלת הפקיד שאותו הטעה האזרח.

171. שלישיית הגשש החיוור, "אופסייד סטורי" (מערכון) 1974, מלים: יוסי בנאי לפי אפרים קישון, *הגשש החיוור – תקליטור מס' 9*, הד ארצי, 1992.

172. באופן פרדוקסלי, התמקדות בחוויית ההשפלה, כמו התמקדות בכל תופעה קרבנית, עלולה להוביל לנהייה אחר השפלה (או תחושת קרבנות) משל "אם אני לא מושפל אין לי זכות דיבור", דהיינו איש לא ייקח את תביעתי ברצינות. 'אולימפיאדת הקרבן' (Victim's) Olympics) בה מתחרים הקרבנות בינם לבין עצמם על מעמד הקרבנות בבחינת 'מי מושפל

ממקומו היחסי בסולם הכבוד, ולכל אחד יש אינטרס בנפילת חבריו תוך מקסום כבודו שלו. במקום לראות את כבוד האדם כמוצר הנסחר בשוק הירארכי, מוצר שניתן לתת ולקחת ולגביו ניתן לתבוע בעלות, הציע חיבור זה לראות את כבוד האדם כביטוי המשפטי לחברות השווה בקהילייה המוסרית בה חברים כל בני האדם מכוח היותם בני אדם. כבוד האדם אפוא מלא עולם, במובן זה שכבוד האדם מלווה את פעילותו של האדם באשר הוא אדם בבואו להתקשר עם בני אדם אחרים ובמלאו תפקידים שונים בחברה האזרחית כחבר שווה. חברות זו כוללת גם, אך לא רק, את התביעה להימנע מיחס לא משפיל, ככל שיחס משפיל עומד בניגוד למשמעות החברות בקהילייה. עם זאת, בחיבור זה טענתי כי אל לנו לראות בתביעה להימנע מיחס משפיל את חזות הכול, דהיינו אל לנו לזהות בין התביעה ליחס לא־משפיל ובין הזכות המשפטית לכבוד האדם. הצעתי לראות את הביטוי המשפטי לחברות השווה בקהילייה המוסרית כמתווך על־ידי סטטוסים שאותם מכונן המשפט, כגון "עובד", "מעביד", "בעל מקצוע" או "אזרח". אלו הם סטטוסים המתווכים בין האוטונומיה של האדם כיחידה אטומית ואוטונומית לבין החברה האזרחית בה האדם חי ובתוכה הוא מוגדר. פגיעה בכבוד האדם בראייה משפטית ניתנת להמשגה כשימוש של מאן שהוא בסטטוס המשפטי מכוחו הוא מתיימר לפעול באופן שחותר תחת היסודות המכוננים את הסטטוס כך שאדם אחר, הבא במגע בעל משמעות משפטית עם בעל הסטטוס, זוכה ליחס משפטי שאיננו עולה בקנה אחד עם אותם יסודות מכוננים. להגדרה מופשטת זו השלכות על האופן בו אנו מגדירים פגיעה בזכות המשפטית לכבוד האדם במשפט הפרטי (דיני חוזים, נזיקין וקניין) ובמשפט הציבורי. ניתן גם לחשוב על פיתוחה במשפט הפלילי.

הזכות לכבוד האדם, בראייה משפטית, מאפשרת לנו לגזור עילות תביעה ספציפיות להגנה על החברות בקהילייה המוסרית כפי שזו מתבטאת בהגנה על אינטרסים מוכרים ובגישה למוסדות חברתיים ומשפטיים מוכרים, המארגנים את הסטטוסים המשפטיים המוזכרים לעיל.¹⁷³ בהקשר זה כבוד האדם איננו תלוש ומופשט אלא תלוי חברה, או תלוי עובדות חברתיות. כמו כן מאפשר לנו המושג לפצות על נזק שנגרם בעת הפרת זכויות וחובות הנשענות על האוטונומיה של האדם. בהגדרת הנזק נוכל להיעזר בתובנות הפסיכולוגיות בדבר השפלה, אולם לא רק בהן, שכן ייתכן נזק כבודני, כסוג של סבל, שאיננו סב בעיקרו סביב חווית ההשפלה. בנוסף, מאפשר לנו המושג "כבוד האדם"

יותר' (ולפיכך מי זכאי לסעד בעל ערך כלכלי או חברתי גבוה יותר, מי זכאי לאהדה רבה יותר, או מי זכאי לעמדה נחשבת יותר) אינה, לדעתי, תופעה רצויה.

173. אכן, ניתן לזהות במשפט הישראלי מגמה, שהחלה בסוף שנות ה-80, של חקיקה אשר יונקת את חיותה מניה וביה מן השאיפה להגן על כבוד האדם, ולפי התפישה המוצעת כאן – להגן על הביטוי של חברותו בקהילייה המוסרית. ניתן לכנות חוקים אלו 'חוקי לוויין כבודניים'; גרעינם הגו חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. די אם אציין מספר חוקים כאלה (חלקם אוזכרו במאמר זה): חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, ס"ח 327; חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, ס"ח 166; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים; חוק זכויות התלמיד, תשס"א-2000, ס"ח 42; חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001, ס"ח 183.

להגביל את הכוח המשפטי הנובע מן האוטונומיה של האדם כך שכוח זה לא יפגע בביטוי המשפטי של חברותו של אחר. כך למשל, מוצע להבין את חופש החוזים ואת זכויות הקניין כמוגבלים, דהיינו כזכויות שאין להפעילן באופן הפוגע בכבוד האדם של אחר. הגבלה זו היא פנימית, במובן זה שהמגבלות על הכוחות המשפטיים נובעות מאותו מקור שממנו יונקים כוחות אלו את כוחם, דהיינו מהיותו של האדם יחידה מוסרית אשר ביכולתה לשאת זכויות וחובות משפטיות. מכיוון שתפישת זו עומדת ביסוד המשפט הפרטי המקובל, טענתי כי אין צורך ואין מקום לפנות בעניין זה לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, החל על שלוש רשויות השלטון בפועלן מכוח חוק, ואין מקום לפרש חוקי-יסוד זה כחל על המשפט המקובל.

ככל שאמורים הדברים במשפט הציבורי, טענתי בחיבור זה כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמעניק לבית המשפט את הכוח לבקר את חוקתיותם של חוקי הכנסת, מצריך אמנם קונקרטיזציה של הזכות לכבוד האדם. קונקרטיזציה זו, לצערנו, אינה יכולה להכיל את הזכות לשוויון מכיוון שזכות זו הוצאה בכוונה מן החוק, ואל לו לבית המשפט להתעלם מהחלטה ריבונית זו. עם זאת, אף שעקרון השוויון איננו מהווה עילה לביטול חוק בידי בית המשפט, עדיין הכנסת חבה ביישומה, מכוח עקרונות המשפט המקובל החלים על כל אורגן של המדינה באשר הוא. לעניין המתחם שלגביו הוסמך בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על פי חוק היסוד, טענתי כי אם הכנסת תפגע, בחוקקה חוק, בביטוי המשפטי של החברות בקהילייה המוסרית של בני האדם כבני אדם, כפי שיהיה המצב אם תחליט הכנסת שקבוצות מסוימות הנן חסרות כוח משפטי לבצע פעולות שונות, או אז יוכל בית המשפט לבטל חוק זה.

ככל שאמורים הדברים בפעילות הרשות המבצעת, טענתי כי הזכות לכבוד האדם יכולה לבסס את עקרון החוקיות, וכן את העיקרון על פיו כאשר מוסמכת הרשות להפעיל שיקול דעת, חובה עליה לעשות כן, ואין באפשרותה להתנער מסמכותה. עקרונות אלו הנם בני מימוש כזכויות משפטיות כלפי הרשות, וזאת בנוסף לזכות הבסיסית שהרשות לא תשתמש בכוח שלטוני באופן הגורם סבל לאזרח ללא הצדק. ניסיתי להראות כי אפשר שסבל זה יהיה כרוך בהשפלה, אולם אין הכרח כי נצטמצם לביזוי; עינויים למשל, אינם פסולים בגלל אלמנט ההשפלה, אלא משום שאין ליישבם עם ההגנה לה ראוי כל אדם כחבר בקהילייה המוסרית, בין שהאדם חש מושפל כתוצאה מעצם הכאב פיסי ובין שלא.

שאלה שבה לא עסקתי בחיבור זה, הראויה לדיון נרחב בפני עצמו, היא שאלת הסעדים. בתי המשפט יידרשו לפסוק בשאלת הסעד שיש בו כדי לרפא פגיעה בכבוד האדם. על פניו, הגישה שהוצגה כאן טוענת שמכיוון שאין מקום להתמקד בחוויית ההשפלה אלא במעשה ההדרה כפי שמתבטא בפעולה שאיננה עולה בקנה אחד עם היחס המכוון את מערכות היחסים בין מאיישי הסטטוסים השונים, על הסעד להשיב את הנפגע למקום שבו היה לולא היה מודר. במילים אחרות, בתביעה על הפרת הזכות לכבוד האדם ישנו מרכיב הקורא לסעד שיש בו כדי להכיל מחדש את הנתבע שהודר. הדיון במשמעות האופרטיבית של מרכיב זה, אשר לעתים הוא אינו ממוני, מחייב ניתוח נוסף.¹⁷⁴

174. השוו לע"א דעקה (לעיל, הערה 107).

אם כן, מבחינה פורמלית הזכות לכבוד האדם, ובצדה החובה שלא לפגוע בכבוד האדם של הזולת, דורשת כי כל אדם (ובכלל זה השלטון) ינהג כלפי זולתו כמתחייב ממערכות היחסים בהם משמשים אנו זה מול זה. היא גם דורשת שהתפקידים שבבסיס מערכות אלו – הסטטוסים שמכוחם אנו פועלים – ייבחנו אף הם. יש להראות כי סטטוסים אלו אינם סותרים את הנחות היסוד המכוננות את הקהילייה המוסרית בה חברים כל בני האנוש מכוח היותם אנשים. אחרי הכול, הסטטוסים הנם אך כלי ביטוי קונקרטי לחברות השווה בחברה האזרחית.

מלבד הצגת ההיבטים הפורמליים של הזכות המשפטית לכבוד האדם, העליתי בחיבור זה סימני שאלה בדבר הנהייה אחר המסר הסימבולי שבכל פעולה כקריטריון ראשון במעלה לקביעת חוקיותה. ניסיתי להראות כי ניתן לבסס פגיעה בכבוד האדם לא רק על יסוד המסר המשפיל הנלווה לפעולה כזו או אחרת, אלא גם על יסוד עיון בטיב מארג הזכויות והחובות המייחד כל חבר בקהילייה המוסרית. עם זאת, אינני טוען כי עלינו להתעלם מן התפקיד החינוכי של המשפט באופן מלא, כאילו אין לפסיקתו כל משמעות סמלית. אולם דומה כי דווקא לאור הממד הסימבולי של המשפט ניטיב לעשות אם לא נאמץ את תזת ההשפלה במלואה. הגדרת כבוד האדם כיחס לא משפיל הנה הגדרה שלילית; היא אומרת לנו מהו היחס הפוגע בכבוד האדם, מבלי שתשפוך אור מלא על היסוד החיובי שבכבוד האדם. זאת ועוד: הגדרת כבוד האדם כיחס שאינו משפיל עלולה להוביל את חברי הקהילייה להגדיר את מעמדם, כמו גם להבין כל אינטראקציה עם זולתם, בראש ובראשונה במונחי כבוד, או יותר נכון, במונחי השפלה. אנו עלולים למצוא עצמנו מחנכים את בני החברה כי עליהם להקפיד בראש ובראשונה על כך שלא יושפלו, או שחלילה מי מתבריהם לא יחשוב כי הושפלו.¹⁷⁵ ודאי שאין להתיר השפלה. אולם דומה כי מצב דברים בו מניעת השפלה היא הגורם המגדיר את חווית הקיום החברתי של אדם בקהילייה איננה בהכרח התפישה המיטבית של האדם את עצמו, לאור היותה תלויה אחר ולאור החשש שעלולה היא לעודד את חברי הקהילייה שלא לפעול מעל להכרחי שמא יתפסו כ"פראירים", ובכך יושפלו. תפישת כבוד האדם כחברות בקהילייה, לעומת זאת, הנה תפישה המושתתת על סולידריות בסיסית בין בני האדם מכוח היותם כאלה. היא מתמקדת בהיבט חיובי, ובכך מאפשרת לעודד את חברי הקהילייה לממש את חברותם באופן פעיל, להשתתף בחברה כחברים שווי זכויות, תוך שימת לב לחירויות הפרט ולשאיפה לנגישות השווה לסטטוסים השונים אותם מכונן המשפט. תפישה זו אפשר ותתרום ממד נוסף למאבק באפליה הן ברמת הצדק המתקן והחלוקתי, והן ברמת תחושת הקיפוח.¹⁷⁶

175. השוו יעל (יולי) תמיר, "הפוליטיקה של העלבון", קו השמע; החברה הישראלית בין קריעה ואיחוי (רוביק רוזנטל – עורך, ידיעות אחרונות – ספרי חמד, 2001) 30.

176. לסקירת מצב כבוד האדם בחברה הישראלית וניתוח הקשיים הנעדרים בדרך ליישומו הלכה למעשה ראו אלוף הראבן, "כבוד האדם בישראל: התיתכן תמורה?", **כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל** (אלוף הראבן וחן ברם – עורכים, הקיבוץ המאוחד, תש"ס) 148. הראבן מציג אופני פעולה שונים לקידום נושא כבוד האדם בחברה הישראלית.

בסופו של יום הזכות לכבוד האדם העולה ממאמר זה היא זכות יסוד במלוא מובן המילה: זוהי הזכות העומדת בבסיס מרבית ההסדרים המשפטיים שאנו משייכים ל"סטנדרט מקצועי" כזה או אחר. לטעמי זכות זו עומדת בבסיס כללים משפטיים רבים, החל בכללים תברואתיים הקובעים כי אין להגיש אוכל שאיננו עומד בתקן, וכלה בכללים העוסקים בסטנדרט שלגנות כלשהו. כפי שציינתי, בין הכללים הנובעים מכבוד האדם ובין הכללים (הזכויות) הנובעים מהאוטונומיה האנושית קיימים תחומי חפיפה מסוימים, אך קיימים גם מתחים. 'גילוייה' של הזכות לכבוד האדם מאפשר לנו 'לסגור פערים' משפטיים באמצעות פיתוח עילות משפטיות ספציפיות כאלה ואחרות הן במשפט המקובל והן במשפט הסטטוטורי, וכן מתאפשרת לנו בחינה מחדש של תוקפם ומוצדקותם של כללים קיימים. עם זאת, 'גילוייה' זה רחוק מלהובילנו למצב בו הושגה הרמוניה ובאנו אל המנוחה והנחלה, שכן מלאכתה של הרשות השופטת בבואה להחליט מהם היסודות המכוננים סטטוס כלשהו, ובכלל זה את מערכות היחסים שבאמצעותם מתקשר הפועל מכוח הסטטוס עם הפועלים מכוח סטטוסים אחרים, לעולם תהיה מלאכה המצריכה שיקול דעת וחיפוש קריטריונים, בחינה משפטית-ערכית והתבוננות אנתרופולוגית.

בראייה רחבה יותר, הפיתוח המושגי שהוצג לעיל מונע מתוך תחושה שעלינו, המשפטנים בפרט והאקדמאים בכלל, להוסיף ולחקור את הזכות לכבוד האדם, בין שזו מגולמת בחוק היסוד ובין שלא, מתוך הכרה בחשיבות השיח בין בתי המשפט לבין האקדמיה. מושגים כ'כבוד האדם' יזכו למשמעות נהירה ועקבית בעולם המשפט אם יזכו לתשומת הלב של כלל העוסקים בתחום, לא רק של השופטים ועורכי הדין הנתקלים במושג אגב עיסוק בשאלה קונקרטית. אל לנו להירתע מעמימות המושג ומן התחושה שזהו מן המושגים המאפשרים לבתי המשפט לעשות עמם ככל שדעתם משגת, כאילו היו חומר ביד היוצר. חובתנו לצקת תוכן מוגדר לביטויים אלה, ועל-ידי כך לא רק לספק אמת מידה לפסיקתו של בית המשפט, אלא גם לקחת חלק בהליך השקלא והטריא (deliberation) אשר הוא עצמו מהווה מרכיב במימוש הזכות לכבוד האדם.

עמותת "סיכוי", הפעילה בתחום, מפתחת פרויקטים למימוש מטרה זו. דוגמה אחת היא יוזמת העמותה, בזכותה קבע משרד החינוך כי הנושא המרכזי בבתי הספר בשנים תשנ"ט-תש"ס יהיה 'הזכות לכבוד - והחובה לכבד'. בנייר עמדה שהוצא לאחרונה ממשיך הראבן ומנתח את מצבו הקשה של ערך כבוד האדם כפי שהוא בא לידי ביטוי בפלחים ובמגורים שונים בחברתנו. אלוף הראבן, **האומנם מדינת כבוד האדם?** (נייר עמדה מס' 40, המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ג).