

## שני מושגים של כבוד

מאת  
דני סטטמן\*

"Precisely because the idea [of dignity] has become so current, the justification behind it and its particular meaning has become rather blurred, vague, or even ambiguous."<sup>1</sup>

- א. הקדמה
- ב. שני מושגים של כבוד
  1. כבוד כיחס מוסרי
  2. כבוד כיחס לא־משפיל
- ג. השפלה וכבוד
  1. קשיים ביצירת זיקה בין השפלה לכבוד
  2. השפלה וכבוד-עצמי
  3. הבנה פסיכולוגית-סובייקטיבית של השפלה
  - ד. כבוד האדם הלכה למעשה
    1. כבוד ומוות
    2. (א) כבוד ועונש המוות
    3. (ב) למות בכבוד
    4. כבוד ואוטונומיה
    5. כבוד וחופש הביטוי
    6. כבוד ושוויון
    7. פגיעה בכבוד ופגיעה ברגשות
    - ה. תפקידו הנורמטיבי וכוחו של האיסור להשפיל
      1. השפלה ומושגים מוסריים אחרים
      2. כבוד ועונשי קלון
      - ו. סיכום ומסקנות

\* פרופסור חבר, המחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת בר־אילן.  
אני מודה לרונן אברהם, ניר אייל, אליעזר גולדמן, דוד הד, יפה זילברשץ, שאול סמילנסקי ויצחק עמית על הערות מועילות לטיוטות קודמות. אני גם מודה לעוזרת המחקר חמוטל בן־בשט ולתלמידי הקורס "פילוסופיה, מוסר ומשפט", אוניברסיטת בר־אילן, תש"ס. תודה גם לעורך עיוני משפט, אלימלך וסטרייך, ולחברי המערכת שמוליק בכר, מורן ימיני, קרין מיטל וקרן שניידר על עזרתם הרבה.

1 9 N. Rotenstreich *Man and His Dignity* (Jerusalem, 1983).

## א. הקדמה

מאז נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992,<sup>2</sup> נהפך המושג כבוד האדם למושג מרכזי, אולי המרכזי ביותר, במערכת המשפט הישראלית. בית המשפט העליון אוזר אותו והשתמש בו עשרות פעמים, ומלומדים הרחיבו עליו את הדיבור במאמריהם.<sup>3</sup> ברם, למרות הדיו הרב שנשפכה בעניין זה, דומני שרוב עדיין הערפל לגבי טבעו של הכבוד שכל בני המין האנושי זכאים לו, לגבי מה שנובע ממנו הלכה למעשה ולגבי ההבדל בינו לבין מושגים נורמטיביים אחרים. מדברים מסוימים של הנשיא ברק מתקבל הרושם שערפל זה הינו מכוון כמעט. כך הוא כותב במסגרת דעת המיעוט שלו בבג"צ 5688/92 שמואל ויכסלבאום נ' שר הבטחון:

"כבוד האדם הוא עקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני, ואין לראות בו ביטוי לתפיסות אלו ואחרות של המשפט הטבעי. תכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בבסיסו של מושג זה עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי."<sup>4</sup>

הנשיא ברק מודע היטב להשפעתו של קאנט על עיצוב המושג המודרני כבוד האדם, ובכל זאת הוא מציע שלא נהפוך את כבוד האדם "למושג קאנטיאני". הוא מודע לאסוציאציה בין המושג כבוד לבין תפיסות של משפט טבעי, ומציע להתעלם גם מתפיסות אלה. ההסתיונות משני פירושים אלה אינה מכשירה את הקרקע לפירוש אחר של המושג הנידון, אלא לעמדה המפתיעה שבגיבוש המושג כבוד האדם "יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני". מדוע עמדה זו מפתיעה?

2 ס"ח 150 (להלן: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

3 תקציר היריעה מלהזכיר כל מה שנכתב בעניין זה בארץ בשנים האחרונות. אסתפק בכמה הפניות: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271; י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (תשנ"ה) 129; ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט (ספר היובל, תשנ"ד) 9; ל' שלף "מלת כבוד של המתוקן וחירות הפרשנות של השופט" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 265; ע' פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית וערך כבוד האדם: על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 87; ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ו) 257.

4 פ"ד מז(2) 812, 827 (להלן: עניין ויכסלבאום). דעת המיעוט נהפכה לדעת הרוב בדנג"צ 3299/93 שמואל ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מט(2) 199.

שכן המושג כבוד האדם<sup>5</sup> הוא במהותו מושג פילוסופי-מוסרי, ולכן לא ניתן לגבש הבנה שלו בלא להסתמך על תפיסה פילוסופית-מוסרית של פלוני או של אלמוני.<sup>6</sup> זאת ועוד, בלא תפיסה מעין זו על מהות הכבוד, קשה לראות כיצד יהיה ניתן לקבוע בצורה שאינה שרירותית כי במקרה אחד הכבוד נפגע ואילו במקרה אחר לא נפגע, וכיצד נדע לאזן בין פגיעות בכבוד לבין פגיעות בערכים אחרים.

כתחילה להתייחסות לתפיסות פילוסופיות-מוסריות, הנשיא ברק מציג לקבוע את תוכנו של הביטוי "כבוד האדם" על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל "על רקע תכליתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". אבל "רקע" זה אין בו כדי לספק סיוע כלשהו להבהרת המושג הנידון, שכן תכלית החוק אינה אלא הגנה על כבוד האדם (וחירותו)<sup>7</sup> – אותו מושג שאחר פשרו אנו מנסים להתחקות. בלא הדרכה מהחוק החרות, מצד אחד, ומתפיסות פילוסופיות, מצד אחר, אנו נותרים בלא כל אמת-מידה לבחון באופן ביקורתי את השקפותיו של "הציבור הנאור בישראל". ליתר דיוק, בלא כל דרך לקבוע מיהו ציבור זה, שהרי אחד מסימניו הבולטים של הציבור הנאור הוא שהוא מחזיק בהשקפות הראויות לגבי כבוד האדם.<sup>8</sup>

5 אני משתמש כאן בביטוי "כבוד האדם" במובן של human dignity. אחת הבעיות בעברית היא שאין מונחים נפרדים ל־honor ו־respect, dignity, שכולם מתורגמים ל"כבוד". התוצאה הבלתי־נמנעת היא עמימות בשימוש במונח זה. על ריבוי המובנים של "כבוד" בעברית, ראו י' לוריא "עניין של כבוד" מידות ורגשות (א' כשר וא' נמדר עורכים, תשנ"ה).

6 ראו קרפ, לעיל הערה 3, בע' 132: "ודאי שלא ניתן לגדור את תכניו שלא בזיקה לעולמות המוסר והפילוסופיה שהוא מעוגן בהם, וללא קשר למקורות החשיבה ולתיאוריות שהצמיחו את מושכלותיו". למרות טענתה זו, בהמשך הדיון אין היא עושה כל מאמץ להגדיר ולפתח את הזיקה הנ"ל, והיא מסתפקת ב"בחינת משמעותו של כבוד האדם על פי חוק היסוד" (שם, בע' 129).

7 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון תשנ"ד), ס"ח 90.

8 לביקורת נוספת על ההסתמכות על "הציבור הנאור", ראו דברי השופט אלון בע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87, 102 (להלן: עניין שפר), הסבור כי "המושג ציבור או אדם 'נאור' הוא מושג עמום ואין בו משלו ולא כלום"; וכן ד' אבנון "הציבור הנאור": יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 417. על הבעייתיות בהסתמכות על הציבור הנאור עמד כבר הנשיא אגרנט שנים רבות לפני הפולמוס בין ברק לאלון בעניין זה. ראו בג"צ 58/68 שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 600: "העיקרון של שלטון ומשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות על מה שתובע הצדק בנוגע לפתרון הסכסוך הבא לפניו, שאם לא כן, עלול להתעורר החשד, כי במקום להיות פרשן של החוק, הוא שפט על-פי שרירות לבו... אם מתעוררת בפניו בעיה של השקפת עולם, אשר לגביה הדעות של בני הציבור הנאור הן חלוקות עד היסוד ורובצת ביניהן תהום עמוקה – כלישכן, אם המחלוקת הזאת מסעירה את הרוחות – כי אז מוטב שהשופט ירסן את עצמו מלהביע את דעתו הפרטית על אותה בעיה, ובלבד שקיים בפניו מוצא

עמימות זו לגבי מובנו של מושג כה מרכזי בשיטת המשפט שלנו, יש שידרשוה לשבח ויש שידרשוה לגנאי. הדורשים לשבח יאמרו שהעמימות מאפשרת לבתי המשפט להשתמש במושג כבוד ככלי רב-עוצמה לממש צדק ולהגן על זכויות, הכל בהתאם לנסיבות ולצרכים המשתנים. הדורשים לגנאי, ובכללם כותב שורות אלה, יאמרו שבתחום המשפטי יש לממש צדק ולהגן על זכויות באמצעות עקרונות וכללים שמשמעותם ברורה ככל שניתן, וכי דרך אחרת סופה לפגום ברציונליות של מערכת המשפט ובאמון שתוכל לצפות לה מהציבור.

במאמר זה אנסה להראות שבבואנו לפרש את המושג כבוד האדם, עלינו להכריע בין שתי הבנות בסיסיות שונות שלו, מה שאכנה "כבוד כיחס מוסרי" ו"כבוד כיחס לא-משפיל". אטען שבתי המשפט לא נקטו עמדה ברורה בעניין זה, ומטעמים שיובהרו בהמשך, ניסו להחזיק בשתי ההבנות גם יחד. אנסה להסביר מדוע יש להעדיף את ההבנה השנייה של המושג כבוד האדם, המתיישרת באופן מוצלח יותר עם השימוש הרגיל במושג זה והמספקת לבתי המשפט דרך להשתמש בו כמושג נורמטיבי-מעשי.

## ב. שני מושגים של כבוד

המחלוקות והדיונים לגבי טבעו של הכבוד עוסקים בדרך-כלל בהיבט השלילי של מושג זה, דהיינו, בשאלה מה מהווה פגיעה בכבוד, ולא בהיבט החיובי שלו, דהיינו, בשאלה מה מהווה תרומה לכבוד או ביטוי להכרה בערכו. בהתאם לכך ימוקד גם כאן רוב הדיון בהיבט השלילי של כבוד, ולא בחיובי, אף שכל שיאמר תופס, בשינויים ההכרחיים, גם לגבי ההיבט החיובי.

לפי התיוה שאציג כאן, ניתן לזהות שתי גישות בסיסיות מבעד למגוון התשובות לשאלה מהי פגיעה בכבוד. לפי הראשונה, פגיעה בכבוד היא כל פעולה הפוגעת באדם, שהרי בלשונו השירית של השופט חשין, "אדם וכבודו יבקעו יחדיו מרחם אם, והשניים היו לאחדים: האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם."<sup>9</sup> אם האדם וכבודו הם אחד, כל פגיעה באדם, כלומר, כל התנהגות בלתי-מוסרית כלפיו, היא באחת גם פגיעה בכבודו. נכנה גישה זו "כבוד כיחס מוסרי".

לפי הגישה השנייה, פגיעה בכבוד היא כל פעולה המשפילה את האדם, מעליבה אותו,

שיפוטי, שאינו מצריכו לעשות כן. (ההדגשות שלי - ד' ס'). ראו גם דברי השופט קיסטר בע"א 4/66 מרים פרץ נ' יעקב הלמוט, פ"ד (4) 337, 352, הטוען כי ההיסטוריה הגרמנית מעמידה בספק את האפשרות לראות בציבור המשכיל והמתקדם מדד מוסרי אמין. על המקורות ההיסטוריים של הביטוי הנידון בתרבות הגרמנית המודרנית, ראו ע' ולצברגר ופ' עוזי-לצברגר "גרמניותו הנסתרת של בית המשפט העליון בישראל" משפט והיסטוריה (ד' גוייסין ומ' מאוטנר עורכים, תשנ"ט) 388-391.

9 ע"א 3077/90 פלוגית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 596. ושוב בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 2, 74 (להלן: עניין ידיעות אחרונות).

או מִבֹּה אֹתוֹ. נכנה הבנה זו של כבוד "כבוד כיהס לא-משפיל". הואיל ולא כל התנהגות בלתי-מוסרית היא גם התנהגות משפילה, ברור שהגישה הראשונה משקפת הבנה רחבה הרבה יותר של המושג הנידון מאשר הגישה השנייה. בעוד ההבנה הראשונה כוללת את השנייה, שכן התנהגות משפילה היא סוג של התנהגות בלתי-מוסרית, ההבנה השנייה אינה כוללת את הראשונה. נפנה עתה להסבר מפורט של הבנות אלה והיחס ביניהן.<sup>10</sup>

## 1. כבוד כיהס מוסרי

נקודת-המוצא הטובה ביותר להבהרת מושג זה של כבוד היא האתיקה של קאנט, שמשמשת בעת החדשה מקור השראה מתמיד לטיעונים בדבר כבוד האדם. במרכז האתיקה של קאנט ניצב כידוע הצו המוחלט (הקטיגורי), המצווה על האדם מה לעשות בלא תלות בנסיבות ליבו או בתכליותיו המקריות. הצו מצוי בכתבי קאנט בערך בעשרים ניסוחים שונים,<sup>11</sup> אך בתוכם מצויים שלוש צורות עיקריות, כפי שמובהר בהנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות:<sup>12</sup> האוניורסליזציה ("עשה מעשיך רק על-פי אותו הכלל המעשי אשר בקבלך אותו תוכל לרצות גם כן כי יהיה לחוק כללי");<sup>13</sup> האדם כתכלית ("עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם כתכלית ולעולם לא כאמצעי בלבד");<sup>14</sup> והאדם כמחוקק ("עשה מעשיך [רק על-פי כלל מעשי כזה שהרצון המעמידו יוכל על-ידי כך לראות את עצמו גם כמחוקק חוקים כלליים]).<sup>15</sup> הנוסח שחשוב לנו לצורך דיוננו הוא כמובן השני, המתבסס על הערך המיוחד של האדם. לדעת קאנט, ערכם של הדברים בעולם הטבעי וכן של מוצרים אנושיים הוא בהכרח חיצוני, מותנה וסובייקטיבי. הוא תלוי ברצון המקרי בתכלית כלשהי, ובעובדה המקרית שמושא הרציה הרלוונטי מספק תכלית זו. במובן זה, לכל הדברים הללו יש ערך-שוק הנקבע בהתאם למה שבני-אדם מוכנים לתת בעבורו. לעומת זאת, לבני-אדם, ליתר דיוק, לכל היצורים הרציונליים, אין מחיר, שכן ערכם הוא פנימי, אובייקטיבי ומוחלט, ובלתי-תלוי ברצון אנושי מקרי. לכן, האנושות שבנו ושבולתנו משמשת יסוד מגביל הכרחי

10 איני הראשון המציע הבחנה בין שתי תפיסות של כבוד העומדות ביסוד השימוש המוסרי והמשפטי במושג זה. קדם לי D. Pullman "Dying with Dignity and the Death of Dignity" 4 Health L. J. (1996) 197 שכותרת הסעיף השני במאמרו היא "Two Conceptions of Dignity". המושג הראשון שלו ("basic dignity") דומה, אם אינו זהה, למה שאני מכנה "כבוד כיהס מוסרי". אך המושג השני שלו ("personal dignity") שונה מזה שאני מפתח, ואין לו כל זיקה מיוחדת להשפלה.

11 לרשימה מפורטת שלהם, ראו: R.J. Sullivan *Immanuel Kant's Moral Theory* (New York: Cambridge University Press, 1989) 346, note 1.

12 ע' קאנט הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות (תרגום מ' שפי, תשל"ג) 111.

13 שם, בע' 78.

14 שם, בע' 95.

15 שם, בע' 106-107.

לרצויותינו. שומה עלינו לכבד אותה גם אם אין הדבר תואם איזו נטייה מקרית שלנו, וגם אם אינו מתיישב עם תכליותינו הסובייקטיביות.

מדוע לאדם יש ערך מרומם כזה? משום שהוא אינו רק חלק מהעולם הטבעי, אלא יצור בעל תבונה המסוגל לחוקק חוקים כלליים ומסוגל להשתחרר מהדטרמיניזם הכובל בעולם הטבע. "האוטונומיה", אומר קאנט, "היא אפוא היסוד לערך הפנימי אשר לטבע האנושי ולכל טבע בעל תבונה."<sup>16</sup>

כבודו המיוחד של האדם משמש בסיס לתביעות מוסריות, וקאנט מדגים זאת באמצעות אותן דוגמות שבהן השתמש להרגים את היישום של הנוסח הראשון (עקרון האוניורסליזציה). הואיל והאדם הוא תכלית לעצמו ולעולם לא אמצעי בלבד, אסור להתאבד, כי בכך "הריהו משתמש [באנושות] רק כבאמצעי לשם הקלת מצבו עד סוף חייו"; אסור להבטיח הבטחת שקר, כי בכך "רוצה הוא להשתמש באיש אחר רק כבאמצעי"; אסור לנו להזניח את פיתוח כשרונותינו הטבעיים, כי עלינו לקדם את האנושות שבנו; וחובה עלינו לקדם את אושר וולתנו "מפני שהיצור שאני חושב אותו לתכלית כשהיא לעצמה, את תכליותיו אני צריך לעשות ככל האפשר לתכליות שלי."<sup>17</sup>

סיכומו של דבר, בשל אופיו המיוחד כיצור רציונלי ובן-חורין, האדם הוא בעל כבוד או ערך פנימי, ולכן ראוי ליחס מיוחד. יחס 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. אמור מעתה: התייחסות לזולת (ולעצמנו) בכבוד אין פירושה אלא התייחסות לזולת (ולעצמנו) בהתאם למה שנדרש מבחינה מוסרית, וכן להיפך: התייחסות לזולת (ולעצמנו) בהתאם למה שנדרש מבחינה מוסרית אין פירושה אלא התייחסות לזולת (ולעצמנו) כפיה זו ברורה מדברי קאנט על כך ש"שלוש הדרכים להצעת עקרון המוסריות אינן בעיקרן אלא שלוש גוססאות שונות לאותו החוק עצמו",<sup>18</sup> ומכאן שהן מכסות אותו שטח וגורדות אותן הוראות נורמטיביות. קאנט ביקש להדגיש זאת כאשר השתמש באותן ארבע דוגמות כדי להראות שהנוסחה של האוניורסליזציה והנוסחה של האדם כתכלית מובילות לאותן מסקנות מעשיות.

בביטוי "כבוד כיהס מוסרי" ברצוני איפוא לבטא את הרעיון בדבר חפיפה גמורה בין כבוד לאדם, או הוקרה לכבודו (respect to his dignity), לבין יחס מוסרי כלפיו. אני נוקט בביטוי "יחס מוסרי" כדי לכלול תחום רחב יותר מאשר התנהגות, אבל ברי שהכוונה בראש ובראשונה להתנהגות מוסרית. כל אימת שאני משקר לאדם, גונב ממנו, מנצל אותו, מגביל את חירותו, מפלה אותו לרעה וכך הלאה, הריני כאחת נכשל בביטוי הכבוד הראוי לו. אני מתייחס אליו כאל אמצעי בלבד, כאל בעל ערך חיצוני ומקרי, ובכך מתעלם מהעובדה שהוא בעל ערך פנימי, בלתי-מונתה ובלתי-ניתן להמרה; שהוא בעל כבוד.

16 שם, בע' 111.

17 שם, בע' 96-99.

18 שם, בע' 111.

למרות החשיבות העצומה של המושג כבוד האדם באתיקה הקאנטיאנית – ואולי דווקא בשל חשיבות זו – מושג זה אינו ממלא כל תפקיד נורמטיבי עצמאי בחשיבה המוסרית. אין הוא בגדר שיקול מוסרי נוסף על שיקולים אחרים, כגון צדק, חירות, יושר וכדומה, הנחוץ כדי לכסות מקרים ששיקולים אלה שותקים לגביהם, אלא הוא הבסיס לתוקפם של שיקולים אלה, דהיינו: יש להתנהג כלפי האדם בצדק מפני שהוא בעל ערך מיוחד. במילים אחרות: התייחסות לאדם בכבוד היא התייחסות אליו באופן הראוי לו, דהיינו, באופן הנדרש מבחינה מוסרית. אבל כדי לדעת מהו האופן הראוי לו, עלינו לפנות לאמת-מידה שונה מכבוד, אחרת נימצא סובבים במעגל. רק לאחר שנברר באמצעות אמות-מידה מוסריות בלתי-לזיוות ברעיון הכבוד מהו היחס הראוי, נוכל לדעת מהי הדרך הנכונה לכבד את האדם.

בגישה שכינינו כבוד כיתס מוסרי, הכבוד הוא איפוא מעין מושג-על של התיאוריה האתית, שהוא לעולם טפיל (פרויט) על מושגים או עקרונות מוסריים אחרים. כאמת-מידה מעשית, המושג כבוד כיתס מוסרי הוא מושג ריק, קאנט הבין נקודה זו היטב, ולכן קבע כי אף-על-פי שהנוסחים השונים של הצו הקטיגורי שיקולים זה לזה, "בשעת ההערכה המוסרית מוטב לאחוז בדרך החמורה ולהסתמך על הנוסחה הכללית של הציווי המוחלט: עשה פעולתך על-פי הכלל המעשי שהוא יכול לעשות את עצמו לחוק כללי כאחת".<sup>19</sup> קאנט ממליץ איפוא במפורש לא להשתמש במושג כבוד בחשיבה המוסרית המעשית.<sup>20</sup> לא רק שהמושג כבוד אינו מועיל בחשיבה המוסרית-המעשית, הוא אף עלול להזיק. אף-על-פי שקאנט הכיר בהשפעה החיובית של הרעיון כבוד על הרגש המוסרי,<sup>21</sup> הוא חשש שרגשות הכבוד כלפי בני-האדם יובילו לגישה רגשית. לדעת קאנט, להיות מונע רק על-ידי רגשות הריהו חולשה מוסרית, גם אם מדובר ברגשות חיוביים, כגון סימפתיה או כבוד, שכן אז קיימת סכנה שאדם יחרוץ שיפוט מוסריים בהתאם לרגשותיו במקום בהתאם לחוק האובייקטיבי והקבוע של התבונה.<sup>22</sup> קאנט הכיר בכוח הרטורי של טענות

19 שם, בע' 113.

20 מה שנאמר כאן לגבי המושג כבוד תופס גם לגבי המושג "התייחסות אל האדם כאל תכלית ולא כאל אמצעי". כהנחיה מעשית, מושג אחרון זה מתקשה לסייע בהחלטות מוסריות; האם ההיזקקות לתשלום בעד שירותיה של זונה מתייחסת אליה כאל תכלית או כאל אמצעי? ההתכוננות בגבר נאה? הבקשה מבני שידית את הכלים? הצפייה האנתרופולוגית בחייו של שבט נידח? על קשיים אלה השוו, למשל, א' מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו" עיוני משפט יס (תשנ"ה) 433, 446: "יש בעיקרון הקאנטיאני מידה גרושה של עמימות." דומה שהדרך היחידה להשיב על שאלות אלה היא לבחון אם ההתנהגות הרלוונטית מותרת – על בסיס אמות-מידה אחרות – מבחינה מוסרית. אם היא מותרת (למשל, כי היא עוברת בהצלחה את מבחן האוניורסליזציה) אזי היא נחשבת בגדר התייחסות לאדם כאל תכלית. אם לאו, הרי היא בגדר התייחסות אליו כאל אמצעי בלבד. אני מקווה לדון בהרחבה בסוגיה זו במקום אחר.

21 לעיל הערה 12, בע' 111.

22 Sullivan, *supra* note 11, at p. 357, note 3.

לגבי פגיעה בכבוד, והוא חשש שטענות כאלה יבטאו רגשות לא־מאוזנים וגם יעוררו רגשות כאלה. מכאן התמלצה לבסס את שיפוטיו המוסריים על מבחן האוניורסליזציה, ולא על תחושותינו הסובייקטיביות לגבי הפגיעה בכבוד. לזכות הגיאות הרבה של טענות על פגיעה בכבוד בשיח המשפטי והציבורי בימינו, דומה שחששות אלה של קאנט לא היו בלא בסיס. בהיעדר אמת־מידה מוסרית או פילוסופית<sup>23</sup> כדי לקבוע מהי פגיעה בכבוד, השימוש הרטורי והרגשי במושג זה הולך ורב, ויכולתנו לערוך דיון רציונלי בטענות המועלות בהקשרו הולכת ונחלשת.<sup>24</sup>

## 2. כבוד כיחס לא־משפיל

לפי המובן השני, פגיעה בכבודו של אדם פירושה השפלתו, העלבתו, הלבנת פניו. בביטויים אלה נכללות התנהגויות שונות ומשונות, שהשותף להן הוא הורדת ערכו של אדם בעיני עצמו ובעיני זולתו. לעיתים, ההתנהגות המשפילה מגונה מבחינה מוסרית גם מטעמים אחרים, למשל שיש בה נזק לגוף, הפליה או שלילת חירות, ולעיתים היא מגונה רק (או בעיקר) מפני שהיא משפילה, למשל אמירה מעליבה של מנהל לאדם הכפוף לו, או מקרים טיפוסיים של הטרדה מינית. הואיל ומובן זה של כבוד קרוב יותר לשימוש הרגיל במונח זה, אתייחס אליו לעיתים כ"כבוד במובנו הרגיל".<sup>25</sup> באפיון זה איני מניח הנחות כלשהן לגבי עדיפותו של מובן זה על המובן האחר.

23 לעיל הציטוט מדברי הנשיא ברק, הסמוך להערה 4.

24 מבחינה זו קיים דמיון בין השימוש הלא־מבוקר במושג כבוד לבין השימוש הלא־מבוקר במושג זכות. הפילוסוף הבריטי ג'יימס גריפין (Griffin) הראה כיצד השימוש של פוליטיקאים, משפטנים ואפילו פילוסופים במושג זכות חסר כל אמת־מידה, ובמצב הקיים ניתן לטעון לקיומה של זכות כמעט לכל דבר: "Philosophers too, in the manner of magicians, pull rights out of nowhere. The term 'human rights' is practically criterionless. It is not that it has no content: it just has far too little for it to be playing the central role that it does in our moral and political life. There are scarcely any accepted criteria, even among philosophers, for when the term is used correctly and when incorrectly. There is little agreement on, or even much thought for, what has to be done to establish that a certain presumed human right exists. The language of human rights has become seriously debased." (J. Griffin "First Steps in an Account of Human Rights" Unpublished manuscript). אם מה שכתבנו בגוף הטקסט לגבי המושג כבוד נכון, ואם מה שגריפין טוען לגבי המושג זכות נכון אפילו בחלקו, הצירוף "זכות לכבוד" סובל מעמימות כפולה.

25 על כך שמושג זה של כבוד שומר על קשר טוב יותר עם המובן הלשוני הרגיל, ראו סומר, לעיל הערה 3, בע' 287, 290, וכן קרפ, לעיל הערה 3, בע' 136, על ה"מעגל הפנימי, הצר, מעגל המשמעות המיידית, הטבעית והפשוטה של המלה כבוד, והיא היפוכם של החילול, הביזיון, הבושה והמבוכה, הפוגעים בצלם האדם".

נקל לראות שפגיעה בכבוד במובן של השפלה אינה זהה לכל התנהגות בלתי-מוסרית, גם אם היא חמורה ביותר. רצח, למשל, אינו משפיל את הקורבן, אלא משמיד אותו.<sup>26</sup> פשיטא שבעברות מוסריות קלות יותר היסוד של השפלה אינו הכרחי; רוב בני-האדם יתרגזו כשיגנבו להם את הרכב, אך רק מעטים יראו בכך השפלה, יחשו שכבודם נפגע. כך גם לגבי הגבלות על החירות; לא כל הגבלה שהמדינה מטילה, גם אם היא בלתי-צודקת, תגרום שאזרחים יחשו מושפלים.<sup>27</sup>

את ההבדל בין שני מובנים אלה של כבוד ניתן לכאורה לאפיין כהבדל בין מובן רחב למובן צר. אפיון זה אינו בלתי-נכון, שכן המובן הראשון – כבוד כיחס מוסרי – כולל כאמור לעיל את המובן השני. עם זאת יש בו כדי להטעות, שכן הוא מעורר את הרושם שמדובר במושג אחד של כבוד, שבת-המשפט ברצותם מאריכים אותו וברצותם מקצרים, ברצותם מרחיבים וברצותם מצרים. ואילו לפי התיוה המוצעת כאן, מדובר במושגים של כבוד שהינם שונים באופן מהותי זה מזה,<sup>28</sup> כפי שאחזור ואבהיר מיד.<sup>29</sup>

פגם נוסף במינוח רחב-צר הוא שניתן להבין ממנו כאילו אם מפרשים כבוד במובן רחב (דהיינו, במובן של יחס מוסרי), התוצאה היא הגנה רבה יותר או רחבה יותר על

- 26 מכאן שקיים מתח בין הרצון להשפיל אדם לבין הרצון לרצוח אותו; כדי להשפיל אדם, צריך שיהיה חי. ראו עוד להלן, סעיף 11.
  - 27 ניתן כמובן לטעון כי אף-על-פי שבפועל בני-אדם אינם חשים השפלה בנסיבות אלה, ראוי שיחשו השפלה. אבל המושג "כבוד" הנידון כאן עוסק בנהיגה (העדר) השפלה בפועל, אחרת אין הבדל בינו לבין המושג "כבוד" כיחס מוסרי. ראו עוד להלן בסעיף ג.
  - 28 בדיוק כשם ששני מושגי החירות של ישעיהו ברלין אינם בגדר הרחבה או צמצום של אותו מושג יסודי, אלא "שתיהן מטרות בפני עצמן" (י' ברלין ארבע מסות על חירות (תשמ"ז) 47).
  - 29 בזאת השימוש שלי במינוח צר-רחב נבדל מזה של ברק, המבחין אף הוא בין מודל מצומצם למודל רחב של כבוד (ברק, לעיל הערה 3, סעיף ו). לדידו של ברק, ההבדל בין פרשנות צרה למרחיבה הוא עניין של דרגה; פרשנות צרה פירושה "העמדת כבוד האדם על מינימום חיוני" (שם, הערה 83 בע' 281), בעוד פרשנות מרחיבה מעמידה אותו על הרבה מעבר למינימום, אם כי אינה כוללת בו "את כל הטוב והיפה שבחיים" (שם, בע' 285). ואילו לפי המודל המוצע כאן, ההבדל בין שני מושגי הכבוד הוא הבדל של סוג; כבוד כיחס לא-משפיל הוא מושג אחר מאשר כבוד כיחס מוסרי. בהתאם לכך, אימוץ המושג הצר של כבוד אינו גורר מאומה לגבי מידת ההגנה על כבוד זה, רוצה לומר, דרגת הפגיעה המצדיקה התערבות של בית-המשפט.
- הבדל נוסף בין ההבנה של ברק את המודל המצומצם להבנה שלי הוא שלדעת ברק, המודל המצומצם מגיח "שוני מהותי" בין כבוד לבין חירות, כמו גם בין פגיעה בכבוד לפגיעה בגוף. לפי הבנתו, המודל המצומצם מגיח שפגיעה בגוף אינה יכולה להיחשב באותה עת גם לפגיעה בכבוד. איני חושב שיש משהו שמחזיק בעמדה זו (וכי אין פגיעות בגוף, כגון אונס או עינויים, שהן באחת אב-טיפוס של פגיעה בכבוד?), אבל בכל מקרה, אין היא חלק מן ההצעה המפותחת כאן.

הכבוד מאשר אם מפרשים כבוד במובן צר (דהיינו, כבוד כיחס לא־משפיל). שכן, לכאורה, ככל שאנו מרחיבים את חלות המושג, אנו מגדילים את תחום השיפוט שלו ואת יכולתו לספק הגנה במקום שהדבר נחוץ. ואילו האמת, כך ארצה לטעון, הינה הפוכה: דווקא השימוש במובן הצר של כבוד מאפשר הגנה מוצלחת יותר.

הבה אפרט את ההבדלים היסודיים בין שני מושגי הכבוד:

(א) המושג כבוד כיחס לא־משפיל ממלא תפקיד של ממש בחשיבה המוסרית המעשית. במקרים מסוימים הוא המקור היחיד לכך שמעשים מסוימים אסורים מבחינה מוסרית (למשל, העלבת אדם באמצעות כינוי גנאי), ובמקרים אחרים הוא מוסיף חומרה מוסרית יתרה על התנהגויות האסורות בלאו הכי מטעמים אחרים (למשל, הכאת אדם בפומבי באופן שמשפיל את המוכה). הצבעה על העובדה שהתנהגות מסוימת פוגעת בכבוד במובן של השפלה עשויה איפוא לספק תשובה לשאלה אם התנהגות זו מותרת או אסורה,<sup>30</sup> מה שאין כן הצבעה על פגיעה בכבוד כיחס מוסרי, שהיא הצבעה ריקה ולא־מועילה.<sup>31</sup>

(ב) מבחינה מבנית, בעוד כבוד כיחס מוסרי הוא מעין מושג־על של השיטה המוסרית, כבוד כיחס לא־משפיל הוא שיקול מוכרי אחד מִנֵּי רבים.

(ג) כבוד כיחס מוסרי אינו יכול, מבחינה עקרונית, להתנגש במושגים מוסריים אחרים, שכן אין הוא מצוי איתם באותו מישור. ממילא לעולם אין מתעורר צורך לאזן בין כבוד כיחס מוסרי לבין מושגים אחרים. מאותו טעם גם אין מתעורר צורך לאזן בין כבוד לפלוני לבין כבוד לאלמוני: אם מבחן האוניורסליזציה (או מבחן מוסרי אחר) מלמד שאסור לפגוע בפלוני גם במחיר של נזק לאלמוני, הרי שזה המעשה הנדרש מבחינה מוסרית, וממילא גם

30 כוונתי למותרת או אסורה לכאורה (prima facie). ייתכנו כמובן טעמים אחרים, חזקים יותר, שיגברו על האיסור המוסרי שבהשפלה. ראו למשל להלן סעיף 2.

31 ש' סמילנסקי העלה נגדי את הטענה שהמושג "כבוד" כיחס מוסרי אינו ריק מבחינה נורמטיבית, שכן הוא מצביע על גישה מוסרית לא־תועלתנית (או לא־תוצאתנית באופן כללי), וזו מוליכה למסקנות נורמטיביות שונות מאשר גישה תועלתנית. דומני שייתכנו שתי דרכי תגובה עיקריות על ביקורת זו. ראשית, התועלתן עשוי לטעון שעמדתו שלו אף היא מיוסדת על הרעיון של כבוד האדם, שכן כבוד שווה לכל אדם ואדם פירושו הענקת משקל שווה לרציותיו והעדפותיו של כל אחד, והדרך האופטימלית לעשות זאת היא באמצעות התחשיב התועלתני. (על כך שהתועלתנות היא לכאורה הביטוי הטבעי לאידיאל של כבוד שווה לכל אדם, השוו: R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, 1977) 275, הדוחה גישה זו רק מפני שהוא סבור שהעדפות מסוימות אינן לגיטימיות). שנית, בהתחשב באופי הלא־תועלתני של החשיבה המוסרית והמשפטית המקובלת בחברות ליברליות, שבא לידי ביטוי במרכזיות של שיח הזכויות, אין צורך במושג "כבוד" רק כדי להזכיר לנו לא לנקוט בכל מקום גישה תועלתנית. אם המושג "כבוד" נחוץ, הרי זה כדי להנהיג אותנו מתי להתחשב בתועלת (דהיינו, באינטרס הציבורי) ומתי בזכויות הפרט, ולסייע לנו להבין אילו זכויות יש לבני־אדם ומה משקלן היחסי. אבל אם הטיעון שפיתחתי נכון, הרי שדווקא לגבי משימות חשובות אלה המושג "כבוד" מתברר כלא־יעיל.

המעשה המבטא כבוד ראוי לאנושות. אם המבחן המוסרי יראה שמותר לפגוע בפלוני, הרי שזה המעשה המוסרי הנכון, וממילא גם המעשה המבטא כבוד ראוי לאנושות. לעומת זאת, כבוד כיחס לא־משפיל עשוי להתנגש, ותדיר אכן מתנגש, בשיקולים מוסריים אחרים, כגון טובת הציבור, חינוך, ענישה ועוד, כשם שעשויה להיווצר התנגשות בין כבודו של פלוני לזה של אלמוני.

(ד) לכבוד כיחס מוסרי יש ערך מרומם ומיוחד. כבודו של האדם, דהיינו, ערכו הפנימי הבלתי־מותנה, הוא היסוד למעמדו המוסרי המיוחד והבסיס לחובות שחבים לו כל היצורים הרציונליים. במובן חשוב ניתן לומר שבתפיסה זו כבוד האדם הוא הערך המוסרי העליון. לעומת זאת, בתפיסת הכבוד כיחס לא־משפיל אין לכבוד ערך כה נשגב, ואין להניח שבכל מקרה של התנגשות יידחו מפניו הערכים המתחרים. למשל, בנסיבות רגילות ברור שעורך הכבוד נדחה מפני ערך החיים, ורק במקרים נדירים ביותר נעדיף להיות מושלכים לכבשן האש ובלבד שלא יולבנו פנינו ברבים. במילים אחרות, לכבוד כיחס לא־משפיל אין ערך מוסרי מוחלט.<sup>32</sup>

הבדלים אלה מאפשרים עתה להבין את המקור לבלבול ולעמימות בשימוש המוסרי־המעשי והמשפטי במושג כבוד האדם. מצד אחד, מבקשים להשתמש במושג זה במלוא עוצמתו הנורמטיבית ובמלוא כוחו הרטורי והרגשי, כמושג המכריע מעצם טבעו כל שיקול אחר. בכך קושרים את המושג כבוד להבנה של כבוד כיחס מוסרי ברוח קאנט. אלא שבהבנה זו אין לכבוד כל תפקיד נורמטיבי עצמאי, ולכן הוא מאכזב בהכרח את הציפיות שתולים בו להנחות את החברה בכלל, או את בתי־המשפט בפרט, לקראת פתרונות לבעיות מוסריות (ומשפטיות) מעיקות. מצד אחר, רוצים מושג של כבוד שיהיו לו השלכות נורמטיביות, ובכך קושרים את הכבוד ליחס לא־משפיל. אבל בהבנה זו אין לכבוד עדיפות הכרחית על שיקולים מוסריים אחרים, ומעמדו ייקבע בכל מקרה בהתאם לטבעם ומשקלם של השיקולים המתנגשים.<sup>33</sup>

32 פירושו של דבר שהטעם להימנע מהשפלה אינו מביס באופן אוטומטי כל טעם מוסרי מתחרה. להגנה על הטענה שבמובן זה יש מעט מאוד – אם בכלל – שיקולים מוסריים מוחלטים, ראו ד' סטטמן דילמות מוסריות (תש"ן) פרק ה; וכן ד' סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" משפט וממשל ד (תשנ"ו) 161, סעיפים ג–ד. בהקשר החוקתי הישראלי, טענתי זו מתיישבת יפה עם פסקת ההגבלה לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה אפילו הכבוד עשוי לסגת בנסיבות מסוימות מפני שיקולים חוקיים יותר.

33 אחד הביטויים לניסיון לאחוז ב־זמנית בשני מושגי הכבוד מצוי בהצעה להבין את המושג כבוד שבכותרת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובסעיף 1 לחוק, במונחים של dignity, ואילו את המושג כבוד בסעיפים 2 ו־4 לחוק במונחים של honor (ראו ח' כהן, לעיל הערה 3, בע' 31–32). כהצעה פרשנית כללית דומני שחייבים לדחות רעיון זה. אם המחוקק משתמש באותו מונח במונחים שונים במקומות שונים בחוק – ואפילו במסגרת חוק ספציפי – יש בכך כדי לפגוע ברציונליות ובקוהרנטיות של המשפט. לביקורת על הצעתו של כהן ראו גם ברק, לעיל הערה 3, בע' 273. י' קרפ מנסה להציע

לשון אחר, בבואנו לפרש את המושג כבוד האדם, אנו ניצבים לפני הדילמה הבאה: או שאנו מפרשים אותו ברוח קאנטיאנית, ואז יש לו ערך מוסרי מוחלט, אבל אין לו משמעות נורמטיבית-מעשית; או שאנו מפרשים אותו כמבטא היעדר השפלה, ואז יש לו משמעות נורמטיבית-מעשית, אבל אין לו ערך מוסרי מוחלט. הואיל והחשיבה המעשית זקוקה למושגים שאינם ריקים מבחינה נורמטיבית, המושג המתאים לה הוא האחרון. בהמשך המאמר, החל בסעיף ד, ארגים ואפתח טיעון זה. ברם, לפני-כן עלי להתמודד עם שתי התנגדויות להבחנות שהצעת. לפי הראשונה, הדילמה שהצבתי אינה ממצה את האפשרויות הקיימות לגבי השימוש במושג כבוד, שכן למושג כבוד יש תוכן נורמטיבי-מעשי שאינו מצומצם למקרים של השפלה, ולכן איננו חייבים להכריע בין ריקות נורמטיבית-מעשית נוסח קאנט לבין הבנת הכבוד במונחים של היעדר השפלה. הרחבת גבולות הכבוד מעבר לגבולות (היעדר) ההשפלה אינה מחייבת הרחבתם עד אינסוף – באופן שיכללו כל יחס מוסרי. במלותיו של ברק, קיים "מודל ביניים"<sup>34</sup> בין המודל המצומצם של כבוד<sup>35</sup> לבין המודל הרחב הכולל את כל זכויות האדם ואת כל הטוב והיפה שבחיים. במודל-הביניים, המושג כבוד מסוגל, מצד אחד, לספק הנחיה נורמטיבית-מעשית, אך, מצד אחר, אינו מוגבל למקרים של השפלה. תשובתי להתנגדות זו היא שמודל-הביניים אינו אפשרי. המובן הרגיל של פגיעה בכבוד, דהיינו השפלה, מספק לנו אמת-מידה ברורה פחות או יותר כדי לבחון אם התנהגות מסוימת של היחיד או של השלטון מהווה פגיעה בכבוד. ברגע שאנו מבקשים להשתמש במושג "כבוד" כמושג נורמטיבי-מעשי מעבר למובן זה, אנו נותרים בלא כל אמת-מידה כדי לקבוע אם התנהגות כלשהי היא כגדר פגיעה בכבוד אם לאו. לשם הדגמה: אם דוחים את אמת-המידה של השפלה, נבצר מבינתי: מדוע אם מונעים אורחים מלנסוע ברחוב מסוים יום בשבוע פוגעים בכבודם,<sup>36</sup> ואילו אם מונעים מהם חינוך או בריאות אין בכך פגיעה מעין זאת?<sup>37</sup> בהיעדר אמת-מידה, השימוש במושג כבוד נהפך לשרירותי ומשמש כלי בידי בית-המשפט לקידום המדיניות והערכים היקרים בעיניו.<sup>38</sup> אם

גרסה מוצלחת יותר לרעיון של כהן, וטוענת שההבדל במובן של "כבוד" בכותרת ובסעיף המטרה לבין מובנו בסעיפים 2 ו-4 אינו נעוץ ב"משמעויות שונות של אותו מונח, אלא ברובדי התייחסות שונים, המשמשים בערבוביא תחת גגו של אותו מונח" (קרפ, לעיל הערה 3, בע' 136). אלא שלדעתי "שימוש בערבוביא" מעין זה במסגרת חוק אחד אינו יכול שלא לגרום עמימות וערפל לגבי המשמעות הנורמטיבית-המעשית של המונח הרלוונטי.

34 ברק, שם, סעיף ו.

35 שכאמור אינו זהה להבנה המוצעת כאן של המודל המצומצם, לעיל הערה 29.

36 ראו בג"צ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (להלן: עניין בר-אילן); ראו גם הערה 123.

37 ראו בג"צ 7715/95 עמותת "שוחר גילת" נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2; וכן ברק, לעיל הערה 3, בע' 285: "מספר זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית, הן בוודאי זכויות חשובות ביותר, אך אינן חלק מכבוד האדם."

38 ראו, למשל, א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133,

מודל-הביניים הינו שרירותי, אנו נותרים עם שני מודלים בלבד להבנת המושג כבוד; כבוד במובנו הרגיל, כיחס לא-משפיל, וכבוד כיחס מוסרי. עתה להתנגדות השנייה. טענתי שאחד ההבדלים בין המושג כבוד כיחס מוסרי לבין המושג כבוד כיחס לא-משפיל הוא שרק הראשון מחויב להנחה שלאדם יש ערך פנימי ובלתי-מותנה בנוסח קאנט, ואילו האחרון אינו מחויב להנחה זו, ולכן, במסגרתו אין הפגיעה בכבוד אסורה באופן מוחלט. אבל כנגד זאת ניתן לטעון שגם המושג השפלה מחויב לרעיון הכבוד, שהרי השפלת אדם אין פירושה אלא פגיעה בכבודו, דהיינו, ב-dignity שלו. הוויקה ההדוקה בין המושג השפלה למושג כבוד מערערת איפוא לכאורה את ההבחנה שהצעתי בין שני המושגים כבוד. את הסעיף הבא אקדיש לתשובה על השגה זו.

### ג. השפלה וכבוד

כותבים רבים על השפלה מניחים ויקה חזקה בינה לבין כבוד האדם (בפסקות הקרובות אשתמש ב"כבוד" כתרגום ל-dignity). בהשפלה, הם אומרים, "האדם מופשט מכבודו"<sup>39</sup> "כבודו נגזל ממנו"<sup>40</sup> או שהוא "מאבד" אותו.<sup>41</sup> לכאורה אנו ניצבים לפני ויקה מושגית חזקה, כפי שאבישי מרגלית אכן טוען במפורש: "אם אין מושג של כבוד אנושי, אין גם מושג של השפלה."<sup>42</sup> במקום אחר<sup>43</sup> הראיתי בהרחבה שיצירת ויקה כזו בין השפלה לבין כבוד מערימה קשיים על הבנת המושג הראשון במקום שתסייע להבהירו. לפיכך הצעתי לאמץ גישה אחרת להבנת המושג השפלה, הבנה שאינה מסתמכת על הנחות מטאפיזיות ואקסילוגיות (ערכיות) לגבי מעמדו המיוחד של האדם. אחזור בקיצור על עיקרי הטעון.

הטוען ש"בית המשפט העליון מתגייס לתמיכה בצמיחה הכלכלית ובאתוס ה'יאפי' הנלווה לשגשוג" (שם, בע' 139). אחת הדוגמות של מרמור לזכות שהיה ראוי להעניק לה משקל גדול הרבה יותר היא הזכות לחינוך (שם, בע' 141).

39 P. Gilbert "The Evolution of Social Attractiveness and Its Role in Shame, Humiliation, Guilt and Therapy" 70 *British Journal of Medical Psychology* 113, 133: One "is stripped of one's dignity" (1997).

40 S. Dillon (ed.) *Dignity, Character, and Self-Respect* (New York, Routledge, 1995) 1: One is "robbed of" dignity.

41 A. Margalit *The Decent Society* (Cambridge, Harvard University Press, 1996) 115.

42 *Ibid.*, at p. 149.

43 D. Statman "Humiliation, Dignity and Self Respect" 13 *Philosophical Psychology* (2000) 523.

# 1. קשיים ביצירת זיקה בין השפלה לכבוד

מדוע לא כדאי לראות את המושג השפלה תלוי במושג כבוד? הבעיה הראשונה קשורה לקשיים במושג כבוד. המושג כבוד מניח הבחנה איכותית בין בני-האדם לבין כל שאר הדברים בעולם. להבחנה זו שני מקורות היסטוריים מרכזיים: הרעיון הדתי של האדם כנברא בצלם אלוהים,<sup>44</sup> והרעיון של האדם כמיוחד בזכות תבונתו. אבל תהליך החילון הוביל לדחיית הרעיון הראשון, בעוד משנתו של דרווין הובילה לערעור על השני. לדעת הפילוסוף האמריקאי ג'יימס ריצ'לס, "הביסוסים המסורתיים לרעיון של כבוד האדם אינם קיימים עוד. הם לא הצליחו לשרוד את שינוי הפרספקטיבה העצום שהביאה עמה התיאוריה של דרווין."<sup>45</sup>

את הקושי באימוץ המושג כבוד בלא ההקשר הדתי שלו נוכל להדגים בדברי השופט חשין. חשין מודע היטב למקורות הדתיים של הרעיון, ומצטט את דבריו הידועים של רבי עקיבא במשנה, "חביב אדם שנברא בצלם חבה יתירה נודעת לו שנברא בצלם",<sup>46</sup> ואת דברי השופט אלון ש"בריאית האדם בצלם אלקים יסוד מוסד היא לערך חיי כל אדם".<sup>47</sup> אולם הוא מבין שהנמקה דתית זו לא תוכל להתקבל על דעתו של מי שאינו מאמין בבריאת האדם בצלם אלוהים, אולי אף לא על דעתו של חשין עצמו. לכן הוא מוסיף מייד את הדברים הבאים:

"שומרי מצוות ומאמינים נדרשים לגזור את כבוד האדם מכבוד הקב"ה, שעל דרך זו מרוממים הם את כבוד האדם אל רום המעלה. ומה יאמרו מי שאינם שומרי מצוות ואינם מאמינים? אלה יאמרו, מה לנו שנתלה עצמנו בקב"ה להכרה בכבוד

44 על המקור הדתי של הרעיון כבוד האדם ראו י' אריאלי "תורת 'זכויות האדם', מוצאה ומקומה בעיצובה של החברה המודרנית" משפט והיסטוריה (ד' גוייטין ומ' מאוטרנר עורכים, תשנ"ט) 25, 50; D. Heyd "Dignity in Gen-ethics" 7 Annual Review of Law and Ethics (1999) 65, 67.

45 J. Rachels *Created from Animals: The Moral Implications of Darwinism* (Oxford, Pullman, *supra* note 10, at לטעון דומה ראו Oxford University Press, 1990) 171 p. 202, הסבור כי הנסיונות ההיסטוריים להצדיק את כבוד האדם כמושג מוסרי בסיסי הסתמכו על טענות מטאפיסיות שלא נוכל להיעזר בהן היום; על הרעיון של האדם כצלם אלוהים, שאינו רלוונטי למי שאינו מאמין בדת, ועל אורחותיו של האדם בעולם הנואומינלי במשנת קאנט, שאינה מצליחה להיתרגם להנחיה מעשית ברורה בעולם הפנומנלי.

נטישת התפיסה שליצורים אנושיים יש מעמד מיוחד מאפיינת חלק ניכר מהטענות לטובת גישה ליברלית להפסקת חיי אדם במקרים של המתות-חסד או הפלות, ולטובת גישה מחמירה לפגיעה בבעלי-חיים מפותחים. ראו, למשל: P. Singer *Rethinking Life and Death* (Oxford, Oxford University Press, 1994).

46 מסכת אבות, ג, יד.

47 עניין ידיעות אחרונות, לעיל הערה 9, בע' 75.

האדם כערך געלה. וכי אין די לנו באדם - באשר הוא - שנידרש להגן על כבודו? שהרי האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם.<sup>48</sup>

עם כל הכבוד, דומה שהתשובה לשאלה הרטורית שהשופט חשין מעלה היא "לא". שומרי מצוות ומאמינים מציעים הסבר מסוים לכך שערך האדם הוא ברום המעלה, דהיינו, העובדה שיש באדם משהו אלוהי. מי שאינו מקבל הסבר זה, שומה עליו לספק הסבר אחר לערך מרומם זה, כפי שאכן ניסו פילוסופים שונים לעשות. עלינו להבין איזה יסוד באדם מצדיק את הדרישה להגן על כבודו, ולא די לנו "באדם", דהיינו, בעצם הטענה שיצור שייך למין האנושי,<sup>49</sup> כדי לעשות זאת.<sup>50</sup> ולא רק מבחינה תיאורטית אין די בכך, גם מבחינת הפרשנות המעשית-היישומית אנו זקוקים ליותר, שכן תפיסות שונות לגבי היסוד לכבוד האדם גוררות מסקנות מעשיות שונות.

הקשיים במושג כבוד האדם מטילים איפוא ספק בכדאיות של יצירת ויקה בינו לבין המושג השפלה. אם ריצ'לס ואחרים צודקים ועלינו לנטוש את המושג כבוד, נימצא בלא המושג השפלה, תוצאה שקשה לקבלה. גם אם אין הם צודקים במסקנתם מרחיקת-הלכת,

48 שם, שם.

49 הרעיון שעצם ההשתייכות למין האנושי מקנה זכויות מיוחדות נתפס עליידי כותבים כסינגר כמבטאת "מיננות" (speciesism), שהיא אפליה פסולה כגזענות.

50 בגלל מה שנתפס כבשורה ההומניסטית שבו, יש ניסיון לשמר את המושג "צלם אלוהים" למרות דחיית ההיבט הדתי שבו. הדבר הוביל לטרנספורמציה מעניינת של הביטוי "נברא בצלם אלוהים" ל"נברא בצלם". כך, למשל, השופט ברק אומר ברע"ב 4466/95 אברהם מרקוס קלינברג נ' ועדת השחרורים, תק"על 196 (192, 196, שגם קלינברג "נברא בצלם וזכאי להגנה על כבודו כאדם". וכך גם בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, ס"ח 152, שבו נקבע בסעיף 1: "זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומתויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הכריות." (ההדגשה שלי - ד' ס.). אבל חילון זה של הביטוי המקורי מרוקן אותו מתוכן: "בצלם", כמו "בדמות", הינו נסמך מבחינה תחבירית, שאינו יכול להתקיים בלא סומך. אין מובן לטענה שפלוגי הוא "בדמות" בלא להמשיך ולומר בדמותו של מי או של מה. כדי להימלט מקושי זה, יש שמוסיפים בתור סומך את המונח "אדם", וכך יוצרים את הצירוף "בצלם אדם" או "בצלם אנוש". אך אמירה שהאדם נברא(?) בצלם אדם, או שיש לו צלם אדם, הרי היא בחזקת מובן מאליו; פשיטא שלאדם יש דמות אדם, כפי שלעץ יש דמות עץ ולבולדוג דמות בולדוג. כמו לגבי דברי השופט חשין שהובאו בגוף הטקסט, עצם העובדה שהאדם הוא בדמות אדם, דהיינו, שהוא אדם, אין בה כדי לבסס את מעמדו המיוחד במציאות. בעוד הביטוי "נברא בצלם" פגום מבחינה תחבירית, הביטוי "נברא בצלם אדם" בעייתי מבחינה סמנטית. בשפות אחרות איננו מוצאים חילון כזה של רעיון הבריאה בצלם אלוהים, אולי משום שהפגם התחבירי שקוף מדי. באנגלית, למשל, ברור שאין אפשרות לומר משפט כגון "Man was created in the image" בלא להוסיף ולבאר בדמות מ"/מה.

יש להורות לפחות שהרעיון שכל יצור אנושי הוא בעל מעמד מיוחד ביחס לשאר היצורים רחוק מלהיות ברור, הן מבחינת ביסוסו התיאורטי והן מבחינת השלכותיו הנורמטיביות. לפיכך, אם ניצור זיקה בינו לבין המושג השפלה, נייבא אל זה האחרון את כל הקשיים והעמימות של זה הראשון, ובמקום להבהיר את המושג השפלה נימצא מטשטשים אותו. הבעיה השנייה בויקה בין השפלה לבין כבוד היא שההגדרה של השפלה במונחים של כבוד מובילה באופן פרדוקסלי לתוצאה שהשפלה אינה אפשרית. ניתן להבין את המושג כבוד כמושג תיאורי (דיסקריפטיבי) או כמושג נורמטיבי. כמושג תיאורי, הוא מציין תכונה שיש לכל היצורים האנושיים באשר הם, שבזכותה יש להם מעמד מיוחד בעולם. כמושג נורמטיבי, הוא מציין את ההובות שהולות על הפועל עצמו ועל אחרים ביחס לעצמו.<sup>51</sup> אלא שבשתי גישות אלה קשה להבין באיזה אופן ניתן לפגוע בכבודו של אדם, היאך ניתן לגרום לו "לאבד" את כבודו. ממאי נפשך: אם כבוד קשור לתכונה מהותית של האדם באשר הוא אדם, הרי שום דבר שנעשה לאדם אינו יכול לפגוע בכבודו. אנו יכולים כמובן להרוג את האדם, אבל איננו יכולים לשמור אותו חי ועם זאת לפגוע בכבודו, דהיינו, באותה תכונה שעושה אותו אדם. במילים פשוטות, אם עצם ההשתייכות למין האנושי מספיקה כדי לזכות בכבוד, שום יצור אנושי שאיבד או "הופשט" מכבודו האנושי אינו יכול להתקיים. המסקנה הפרדוקסלית היא שאם השפלה נתפסת כפגיעה בכבוד, אזי דווקא משום שכבוד הוא תכונה קבועה ומהותית של כל היצורים האנושיים, השפלה היא בלתי-אפשרית.<sup>52</sup>

לעומת זאת, אם מניחים הכנה נורמטיבית של כבוד, הרי ששוב קשה לראות כיצד ניתן לפגוע בו. אם, כדעת פיינברג, להיות בעל כבוד הוא להיות בעל זכויות או להיות נושא פוטנציאלי של תביעות, הרי ששום דבר שנעשה לאדם אינו יכול לשלול ממנו זכויות אלה או מעמד נורמטיבי זה. אנו יכולים כמובן להתנהג כלפיו כאילו לא היו לו הזכויות שיש לו, כאילו לא היה בעל כבוד, אבל איננו יכולים לעשות שום דבר שבאמת יגרום שיאבד את כבודו או את זכויותיו.<sup>53</sup> יוצא שההבנות הנ"ל של המושג כבוד,

51 כדברי פיינברג: "לכבד אדם, או להתייחס אליו כבעל כבוד אנושי הוא פשוט לחשוב עליו כנושא פוטנציאלי של תביעות." ראו: J. Feinberg "The Nature and Value of Rights" 4 *Journal of Value Inquiry* (1970) 243, 252.

52 טיעון דומה הועלה בהקשר של המושג honor נגד ההצעה להבינו כמציין תכונות מסוימות של איש הכבוד (the honorable person). לדעת Lipman, המצוטט ב: F. Stewart *Honor* (Chicago, 1994) 15, אם כך מבינים את המושג honor, לא ברור כיצד ניתן לפגוע בכבוד על-ידי עלבון, שהרי התכונות מעניקות-הערך לא יתבטלו כתוצאה מכך.

53 מבחינה זו המושג dignity בהבנתו כזכות שונה מהמושג honor בהבנתו כזכות. לדעת Stewart, *ibid*, at p. 21, יש להבין honor כזכות (the right to be treated as having "a certain worth"), אבל זו זכות שניתן בהחלט לאבד אותה כתוצאה מהתנהגות בניגוד לקוד הכבוד המקובל. הבסיס להבדל זה בין dignity לבין honor נעוץ בעובדה שהתכונות שעושות את האדם בעל זכויות במונח של dignity נתפסות כנחלת כל אדם

התיאורית והנורמטיבית, נכשלות שתיהן בגסיון להסביר כיצד אדם יכול לאבד את כבודו או כיצד יכול כבודו להיפגע. הואיל וכך, לא יהיה זה מועיל ליצור זיקה בין המושג השפלה לבין אובדן כבוד או פגיעה בו.

## 2. השפלה וכבוד-עצמי

קשיים אלה בויקה בין השפלה לבין כבוד עשויים לעודד אימוץ הגדרה אחרת להשפלה, שתקשור בין השפלה לבין כבוד-עצמי (self-respect). (בדיון שיבוא עתה אשתמש ב"כבוד" כترגום של respect, אלא אם ייאמר אחרת.) זו ההגדרה שאבישי מרגלית מציע בתחילת דיונו החשוב במושג השפלה: "השפלה היא כל סוג של התנהגות, או תנאים, שמכוננים טעם טוב עבור אדם לסבור שכבודו-העצמי נפגע."<sup>54</sup> החלפת המושג כבוד (dignity) במושג כבוד-עצמי אמורה לסייע להתחמק מהבעיות הקשות שהוזכרו לעיל לגבי טבעו של הכבוד ומקורו.

הבעיה היא שגם המושג כבוד-עצמי סובל מעמימות שעליה עמד מאסי בהרחבה, שנוגעת בשאלה אם הוא מושג פסיכולוגי או מוסרי.<sup>55</sup> לפי המושג הפסיכולוגי של כבוד-עצמי, אדם שמכבד את עצמו הוא אדם שמצליח לעמוד באמות-המידה הסובייקטיביות שהוא מציב להתנהגות ראויה, היא תוכנן של אמות-מידה אלה אשר יהיה. כמושג פסיכולוגי, כבוד-עצמי מקביל פחות או יותר למושג הערכה-עצמית (self-esteem), שמעדיפים להשתמש בו בספרות הפסיכולוגית כדי לציין אותה תכונה גפשית.<sup>56</sup> לפי המושג המוסרי או האובייקטיבי של כבוד-עצמי, אדם שמכבד את עצמו הוא אדם שמתחמס לעצמו באופן הנדרש בהתאם לתיאוריה אתית כלשהי. לפי הבנה זו, כבוד-עצמי אינו סתם כבוד לעצמי, אלא הכבוד הראוי לעצמי, וראויות זו אינה עניין אישי-סובייקטיבי, אלא עניין של אמות-מידה מוסריות כלליות.<sup>57</sup>

באשר הוא אדם, ואילו התכונות שעושות את האדם ראוי ל-honor תלויות במעמד, בתכונות האופי ובהישגים של האדם, והן שונות מחברה לחברה.

54 Margalit, *supra* note 41, at p. 9: "Any sort of behavior or condition that constitutes a sound reason for a person to consider his or her self respect injured"

55 S.J. Massey "Is Self-Respect a Moral or a Psychological Concept?" 93 *Ethics* 246 (1983).

56 R. Dillon "Self-Respect: Moral, Emotional, Political" 107 *Ethics* (1997) השוו: 226, 235, note 20.

57 ההבחנה בין אובייקטיבי וסובייקטיבי מצויה גם בדיונים על-אודות המושג honor. המובן הסובייקטיבי של honor דומה לזה של כבוד-עצמי, ואף הוא מציין לעיתים (אך לא תמיד) הערכה-עצמית על-ידי הסובייקט. אך השימוש ב"אובייקטיבי" שונה: כבוד-עצמי במובן האובייקטיבי הוא הכבוד שראוי שהאדם יכבד עצמו בהתאם לאמת-מידה מוסרית-כללית כלשהי, ואילו honor במובן האובייקטיבי הוא ערכו של האדם בעיני אחרים, המוניטין שלו. ראו על כך בהרחבה אצל Stewart, *supra* note 52, at ch. 2.

כדי להמחיש את ההבדל בין שני מושגים אלה של כבוד-עצמי, הבה נחשוב על אשה בתורה מסורתית המקבלת מתוך הודהות והפנמה את תפקידה כעקרת-הבית וכעוזר כנגד בעלה, והשואבת נחת והערכה עצמית מהצלחתה בביצוע יעדיה כפי שהיא תופסת אותם: טיפול במשק-הבית ותמיכה בקריירה של בעלה.<sup>58</sup> רבים (ורבות) יראו אשה זאת כחסרת כבוד-עצמי. הוויתור שלה על קריירה, וגרוע מכך, העובדה שהיא שואבת סיפוק מהשירות שהיא מספקת לבעלה כדי שיקדם את הקריירה שלו, נתפסים כהוכחה לכך שאין לה הכבוד הראוי לעצמה. זה כמובן המושג כבוד-עצמי במובנו האובייקטיבי-המוסרי. אבל יש לשים לב שבמובן הפסיכולוגי-הסובייקטיבי, אשה זו עשויה להיות בעלת כבוד-עצמי רב; היא עומדת באופן מרשים באמות-המידה להצטיינות שהיא מאמינה בהן, ויש לה ביטחון בדרכה וביכולתה להמשיך להצטיין בהישגיה. במינוח הפסיכולוגי, לאשה זו עשויה להיות הערכה-עצמית גבוהה.<sup>59</sup>

עתה נוכל לראות ששני מושגים אלה של כבוד-עצמי עשויים להוליך לשני מושגים שונים של השפלה. כבוד-עצמי במובן האובייקטיבי-המוסרי עומד בבסיס מושג אובייקטיבי-מוסרי של השפלה, ואילו כבוד-עצמי במובן הסובייקטיבי-הפסיכולוגי עומד ביסוד מושג סובייקטיבי-פסיכולוגי של השפלה. לפי הראשון, השפלת אדם פירושה להתנהג כלפיו בניגוד למה שמתחייב ממעמדו המיוחד כאדם, בלא תלות בשאלה אם האדם אכן מרגיש מושפל. לפי זה, בעלה של האשה הכנועה משפיל אותה בהתנהגותו ובדרישותיו גם אם היא עצמה אינה חווה את דרישותיו כהשפלה, ואדרבה, שואבת עידוד מהזכות למלאן. לעומת זאת, לפי המושג השני של השפלה, השפלת אדם פירושה להתנהג באופן הגורם שיחוש פגיעה בכבודו-העצמי במובן הסובייקטיבי, דהיינו, בהתאם לאופן שבו הוא מעריך את עצמו. לפי זה, כל עוד האשה הכנועה אינה חשה השפלה, לא ניתן לומר שהשפילו אותה.

שני מושגים אלה של השפלה מקבילים לשני מושגי הכבוד שפיתחתי לעיל. השפלה

58. ההשראה לדוגמה זו היא ממאמרו הידוע של תומס היל: T.E. Hill, Jr. "Servility and Self-Respect" *Autonomy and Self-Respect* (New York, Cambridge University Press, 1991).

59. על-אף ההבדל חברור בין שני מושגים אלה של כבוד-עצמי, ייתכן שניתן לקרב אותם זה לזה אם מראים שלמובן המוסרי של המושג יש תפקיד מרכזי בזה הפסיכולוגי. כדי לעשות זאת, צריך להוכיח שכבוד-עצמי במובן הפסיכולוגי מותנה באותן תכונות והתנהגויות הנדרשות מבחינה מוסרית, כך שאדם בלתי-מוסרי (דהיינו, אדם שאין לו הכבוד הראוי לעצמו כאדם) יהיה, כמעט בהכרח, בעל כבוד-עצמי (פסיכולוגי) לקוי. לטיעון בכיוון זה, ראו: B. Bratter, C.J. Bratter & T.E. Bratter "Beyond Reality: The Need to (Re)Gain Self-Respect" 32 *Psychotherapy* (1995) 59, 68: "The attainment of self-respect involves a passion for the good and just life rather than for sex, drugs, and material possessions" גם אם קירוב זה בין שני המושגים של כבוד-עצמי מצליח, ההבחנה ההגיונית בין שני מושגים אלה נותרת בעינה, והמושג המרכזי הוא זה הפסיכולוגי.

במובן האובייקטיבי-המוסרי היא כל התנהגות בלתי-מוסרית כלפי הזולת, שבתור שכזאת מבטאת התנכרות לכבודו המיוחד כאדם. לעומת זאת, השפלה במובן הסובייקטיבי-הפסיכולוגי היא כל התנהגות שמשפילה את האדם בפועל, שגורמת שיחוש מושפל. תשומת-לב להבחנה זו מסייעת לראות שהמושג הפסיכולוגי של השפלה אינו מניח את תפיסת הכבוד כיחס מוסרי, ואינו מניח כל הנחות מטאפיסיות בדבר טבעו המיוחד של האדם ביחס לשאר הדברים בעולם. המושג הפסיכולוגי של השפלה הוא המובן המקובל והרווח של מושג זה, ואליו כוונתי במאמר זה כל אימת שאני מדבר על השפלה. בהתאם לכך, כאשר אני מדבר על כבוד כיחס לאי-משפיל, כוונתי ללא-משפיל במובן הסובייקטיבי-הפסיכולוגי.

### 3. הבנה פסיכולוגית-סובייקטיבית של השפלה

אימוץ ההבנה הסובייקטיבית של כבוד-עצמי ושל השפלה אסור שיטעה אותנו לחשוב שהשפלה היא כל-כולה עניין סובייקטיבי, במובן זה שלא ניתן להעלות לגביה טענות כלליות. להשפלה, כמו לשאר הרגשות,<sup>60</sup> יש מאפיינים אוניוורסליים שניתן ללומדם ולנתחם, אף שיש להם גם יסוד אינדיווידואלי המשתנה מאדם לאדם. המאפיין החשוב ביותר של השפלה הוא התחושה של הדרה חברתית (social exclusion). כאשר משפילים אדם, מעבירים לו מסר שהוא אינו שייך, או אינו ראוי להיות שייך, לקבוצה מסוימת שההשתייכות אליה חשובה בהערכה-העצמית של הקורבן.<sup>61</sup> במקרים מסוימים גורמים שיחוש שהוא מוצא מהקבוצות האנושיות כולן, כלומר, מכל משפחת האדם. זיקה זו בין השפלה במובן של פגיעה בהערכה-העצמית לבין (יצירת תחושה של) הדרה חברתית מוכרת מדיווחי קורבנות של טראומות כגון אונס או שבי, והיא מאוששת במחקר הפסיכולוגי.<sup>62</sup> הקשר בין (תחושה) השתייכות חברתית לבין הערכה-עצמית מאפשר להבין

60 ראו, למשל, א' בן-זאב ישר מהלב: רגשות בחיי יומיום (תשנ"ט).

61 הויקה בין השפלה לבין הדרה חברתית במסגרת תפיסת הכבוד כיחס לאי-משפיל מצמצמת את ההבדל בין dignity לבין honor, שכן, כפי שטען סטיוארט: "In essence, loss of honor means... exclusion from the group" (*supra* note 52, at p. 111). ברוב מקרי ההשפלה הקורבן חש שפגעו ב-dignity שלו וגם שה-honor שלו נפגע (שפניו "הולבנו", כמאמר הביטוי בעברית, או "הושתרו" כבערבית [סוד וג'ה]), או שהוא איבד אותם, כמו באנגלית [lost face]. על הויקה ההדוקה בין (האובדן של) honor לבין השפלה, ראו ספרו המרתק של: W.I. Miller *Humiliation* (Cornell University Press, 1993). הסבור ש-honor הוא רגישות לבושה והשפלה, רגישות המתבטאת ברצון לבייש את מי שבייש אותנו ולהשפיל את מי שהשפיל אותנו (*ibid.*, at p. 84). לדעת מילר, אף-על-פי ש-honor אינו האידיאולוגיה הרשמית שלנו היום, ניתן למצוא אותו כמעט בכל תחום של חיים, וההדרה מפני פגיעה בכבוד גדולה כיום בדיוק כפי שהיתה בימי הביניים או בעת העתיקה (200–201 pp. *ibid.*, especially at pp. 200–201).

62 ראו, למשל: M.R. Leary & D.L. Downs "Interpersonal Functions of the Self-

את החשיבות הפסיכולוגית העצומה של ההערכה העצמית, ומכאן גם את הפחד הרב מהשפלה. מבחינה אבולוציונית, השתייכות לקבוצה חברתית שיפרה באופן ניכר את סיכוייו של האדם לשרוד. מכאן הצורך של האדם להתאים את התנהגותו לציפיות של הקבוצה וללמוד להעריך את עצמו בהתאם לציפיות אלה. לפיכך, מסרים של דחייה והדרה מצד בני הקבוצה יוצרים כמעט בהכרח תחושה של ירידה בהערכה העצמית.<sup>63</sup>

מאפיין טיפוסי נוסף של השפלה הוא תחושת חוסר־האונים של הקורבן.<sup>64</sup> מי שתלוי באחרים אפילו בהיבטים היומיומיים של חייו, כתוצאה ממחלה, למשל, חש מושפל כי אין לו שליטה בחייו. על אחת כמה וכמה כאשר הוא תלוי בשרירות רצונם של מענים ושומרים בתנאי שבי או כליאה. לדעת סילבר ועמיתיו, תחושת חוסר־האונים היא הבסיס לכאב הרגשי שהערות מעליבות של הזולת גורמות לנו. אנו חשים השפלה כי לא הצלחנו למצוא את המענה הראוי לעלבון; כי היינו חסרי־אונים לגביו.<sup>65</sup> ההשפלה שפגיעה בפרטיות גורמת מוסברת גם היא באופן זה: ראשית, הואיל ויש לנו אינטרס יסודי לשמור על תחום מסוים של חייו שאינו נגיש לזולת, חוסר יכולתנו לשמור על אינטרס זה מעורר בנו תחושה חזקה של חוסר־אונים וכישלון.<sup>66</sup> שנית, ההכרה בכך שאפילו פעולותינו האינטימיות ביותר נצפות על־ידי אחרים מעוררת את התחושה שאין לנו חיים משלנו, שאנו אובייקטים, ולא סובייקטים. נקל לראות את הזיקה בין תחושת חוסר־האונים לבין חשש מדחייה; תחושה של אובדן השליטה על החיים מעוררת את החשש מאובדן הכישורים החברתיים הבסיסיים ביותר, ומכאן את החשש מלהיות דחוי מכל חברה אנושית.<sup>67</sup>

הצורך שלנו להשתייך והחשש מלהיות דחוי הינם חוקים עד כדי כך שההערכה העצמית שלנו מגיבה באופן אינסטינקטיבי כמעט על מה שנתפס כאיומים על מעמדנו

Esteem Motive – The Self-Esteem System as a Sociometer" *Efficacy, Agency and Self-Esteem* (New York, M.H. Kernis ed., 1995) 123

השוו: *Supra* note 39; *Supra* note 62.

ראו במיוחד: M. Silver, R. Conte, M. Miceli & I. Poggi "Humiliation: Feeling, Social Control and the Construction of Identity" 16 *Journal for the Theory of Social Behavior* (1986) 269. המדגימים את הקשר בין השפלה לחוסר־אונים בעולמם של אסירים במחנות־השמדה הנאציים.

*Ibid*, at p. 272.

See Margalit, *supra* note 41, at p. 211: "Inability to protect one's private zones is a sign of absolute helplessness in defending one's basic interests"

הרעיון של שליטה עצמית מהותית לכבוד מפותח אצל: M.J. Meyer "Dignity, Rights, and Self-Control" 99 *Ethics* (1989) 520. לדעתו, להיות בעל כבוד אנושי אינו רק להיות בעל יכולת לטעון לזכויות (כפי שטען פיינברג, לעיל הטקסט הסמוך להערה 51), אלא להיות בעל יכולת לממש שליטה עצמית (Meyer, *ibid*, at p. 533). הוא טוען כי התחושה של היעדר שליטה הוא מצב פסיכולוגי, הדומה, אף כי אינו זהה, לכבוד עצמי ולהערכה עצמית (*ibid*, at p. 527). אף ש־Meyer אינו מקשר במפורש בין אי־כבוד כהיעדר שליטה לבין השפלה, דומני שקישור זה מתבקש.

החברתי גם כאשר אין באיום ממש, למשל מפני שהמאיימים הם אנשים שאין להם כל השפעה או כוח כלפינו. אומנם, במקרים כאלה אנו מצליחים בדרך-כלל להשתחרר במהירות מהפגיעה בהערכה-העצמית, אך איננו יכולים להימנע מראש מפגיעה זו. יתר על-כן, החשש להיות דחויים חוק עד כדי כך שאיננו מצליחים להתגבר עליו גם כאשר המסרים של הדחייה נשלחים אלינו מאנשים שאיננו מזדהים איתם בשום אופן ושהערכתנו לגביהם הינה שלילית בתכלית. טבענו הוא כזה שההערכה-העצמית שלנו נקבעת באופן מכריע על-ידי ההתנהגויות והגישות של זולתנו, ויכולתנו לשלוט בתהליך זה מוגבלת עד מאוד. מסרים חזקים ומתמשכים של השפלה עלולים לגרום טראומה קשה לקורבנותיה, לעיתים עד שיחושו שאין עוד טעם בחייהם. איש אינו חסין מפגיעתה הרעה והמכאיבה של ההשפלה.<sup>68</sup>

אימוץ הבנה פסיכולוגית של השפלה אינו חוסם לפנינו את האפשרות להעביר תחת שבט-הביקורת טענות נורמטיביות המבוססות על תחושות של השפלה, בין שמדובר בטענות שמבקשות להגביל את הזולת ובין בתביעות לפיצוי או בתביעות לסנקציות עונשיות. כפי שטענתי בהרחבה בדיון על פגיעה ברגשות,<sup>69</sup> העובדה שיש לאדם רגשות כאובים של ירידה בערך עצמו אינה מספיקה באופן אוטומטי לבסס תביעות נורמטיביות. צריך גם להראות שרגשות אלה הינם רציונליים ושהבסיס להם אינו בלתי-מוסרי. אימתי יהיו רגשות אלה בלתי-רציונליים? כאשר, למשל, הם מבוססים על תפיסה מוטעית של המסר הפוגעני. אם פלוני נעלב מדברים שאמרתי שלא היתה בהם שום כוונה מפורשת או מובלעת לפגוע בו, וששום אדם סביר לא היה מפרשם באופן כזה, עלבוננו אינו רציונלי.<sup>70</sup> אימתי נאמר שהבסיס לרגשות ההשפלה אינו מוסרי? כאשר הם גובעים מתפיסה מוסרית מעוותת, למשל תחושות ההשפלה של הגזען על כך שהזרים "מסתובבים חופשי בשכונה". תחושות השפלה אינן מעניקות איפוא באופן הכרחי כוח נורמטיבי לבעליהן, וגם כאשר הן מעניקות כוח כזה, אין להגות מראש שהוא יגבר על כל שיקול מתחרה.

הבה נסכם. כאמור, ניתן להבחין בין שני מושגים של כבוד: כבוד כיחס מוסרי וכבוד כיחס לא-משפיל. הראשון מפרש פגיעה בכבוד כפגיעה בערך המיוחד והמרום של האדם (ב־dignity שלו), ומוזהה פגיעה זו עם כל התנהגות בלתי-מוסרית; ואילו השני מזהה פגיעה בכבוד עם השפלה. כנגד הבחנה זו ניתן להעלות את ההתנגדות שלפיה המושג השפלה מניח אף הוא את הרעיון בדבר ערכו המיוחד של האדם, שהרי השפלה היא פגיעה בכבוד, ומכאן שאין בסופו של דבר הבדל בין שני מושגי הכבוד הללו. על כך ניתן להשיב שהמושג השפלה בתפיסת הכבוד כיחס לא-משפיל אינו נזקק להנחה בדבר ערכם המרום והשווה של כל בני-האדם (ואפילו לא להנחה שקורבנות ההשפלה מאמינים בערך זה).

68 השווה ג' הרמן טראומה והחלמה (תשנ"ה) פרק ג.

69 ד' סטסמן "פגיעה ברגשות דתיים" רבי-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי (מ' מאוסנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 133. כמו-כן ראו להלן סעיף ד5.

70 לדיון קצר ברציונליות של רגשות בכלל ושל השפלה בפרט, ראו לעיל הערה 43, סעיף III.

מושג זה אינו זקוק לתיאוריה על מותר האדם מן הבהמה, תיאוריה על הכבוד (dignity) המיוחד שכל בני-האדם שותפים בו. גם אם יסתבר שתיאוריה כזאת אינה ניתנת להגנה, תישאר עימנו ההשפלה כתופעת-קבע של המציאות הפסיכולוגית האנושית.<sup>71</sup> ההבדל בין שני מושגי הכבוד שריר איפוא וקיים.

טענתי לעיל שכאשר עוסקים בחשיבה נורמטיבית מעשית, מוסרית או משפטית, המושג כבוד שיש להעדיפו הוא כבוד כיחס לאי-משפיל. הדיון בסעיף זה מספק לכך חיזוק נוסף. כבוד כיחס מוסרי אינו יכול לספק הנחיות מעשיות ממשיות לפתרון שאלות נורמטיביות.<sup>72</sup> לעומת זאת, המושג השפלה קשור לתופעה פסיכולוגית ידועה, והוא מספק לנו עוגן איתן בבואנו להעריך סיטואציות רלוונטיות מבחינה מוסרית, במקום להגדיר השפלה במונחים של פגיעה בכבוד, מוטב – לצרכים נורמטיביים מעשיים – שנגדיר פגיעה בכבוד במונחים של השפלה.<sup>73</sup> והואיל והשפלה במובן שהוסבר כאן כרוכה בפגיעה פסיכולוגית בקורבן, הרי שבהתאם לכך, פגיעה בכבוד כרוכה אף היא בפגיעה בפועל בקורבן; לא ניתן לדבר על פגיעה בכבוד בלא להתייחס למצב הנפשי של הקורבן.<sup>74</sup>

- 71 תוצאת-לוואי מעניינת של העמדה המוצגת כאן היא שאין לשלול מראש את האפשרות שגם בעלי-חיים מפותחים יהוו השפלה, אפשרות שהועלתה עליידי השופט חשין, כמשיח לפי תומו, בע"א 1684/96 "עמותת תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי תרבות חמת גדר בע"מ, פ"ד נא(3) 832, 869, בסעיף 41. אם המושג השפלה תלוי במושג המרום של כבוד האדם – בגרסה קאנטיאנית או אחרת – אזי מבחינה עקרונית לא ניתן להשפיל יצורים תת-אנושיים. לעומת זאת, אם השפלה תלויה ביכולת להערכה-עצמית וכבוד-עצמי, אזי שאלת האפשרות להשפיל בעלי-חיים תלויה בשאלה אם יש להם התופעות הנפשיות האמורות. על ההיבטים האישיותיים של בעלי-חיים, ראו למשל: D. Gosling & J. Oliver "Personality Dimensions in Nonhuman Animals: A Cross-Species Review" 8(3) *Current Directions in Psychological Science* (1999) 69.
- 72 Pullman, *supra* note 10, at p. 209: "Invoking the notion of basic dignity then will not itself permit us to reach specific decisions on particular moral problems; וכן בהמשך: "We cannot decide what respect for the dignity of persons requires of us" (*ibid*, at p. 215) הנחיה פוויטיבית, יש בכוחו לשים מגבלות על דרכי הפעולה האפשריות שלנו. ההגבלה הנדרשת היא להתייחס לכל בני-האדם כאל בעלי "prima facie moral standing" (*ibid*, at p. 209). אך לעניות דעתי, זו הגבלה חלשה מדי, כי רוב הטעונוגים המוסריים, אפילו התועלתניים, יוכלו לטעון שהם עומדים בה.
- 73 בהתאם לגישה זו, כפי שאופני ההערכה-העצמית משתנים מתרבות לתרבות, כך גם המושג כבוד, ואין בנמצא אמת-מידה אוניוורסלית למימוש. טענה זו מופיעה אצל: T. Bryder "Patterns for Future Research on Self-Esteem and Human Dignity in Mass Society" 15 *Political Psychology* (1994) 401, 409: "Human dignity... is culturally relative".
- 74 בעמדתי זו אני קרוב לביקורתו של ק' גרינוולט על מ' דן-כהן, ראו: K. Greenawalt

לסיום סעיף זה אחזור לדברי ברק שצוטטו בפתיחה.<sup>75</sup> אני מקבל בהחלט את ההמלצה "להתרחק מהניסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני... להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני", אבל רק בתנאי שהתרחקות זו כרוכה בנטישה של תפיסת הכבוד כיחס מוסרי, בהתאם לטיעון שהצעת. החלופה ל"הפיכת כבוד האדם למושג קנטיאני" אינה "ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו", שהרי קאנט מוגגב בכך בחזרה דרך רעיון האוטונומיה (כפי שיוסבר להלן בסעיף ד), ובוודאי שאינה פנייה ל"השקפות של הציבור הנאור בישראל", שכן פנייה זו אינה יכולה להחליף (כאן, או בכל מקום אחר) את הצורך בתשתית רציונלית ושיטתית כלשהי בנושא הנידון שלאורה יפעלו בתייהמשפט. החלופה לקאנט ולדיון הפילוסופי-המוסרי שברק מבקש להתרחק ממנו היא אימוץ תפיסה אחרת של כבוד; כבוד כיחס לא-משפיל.

#### ד. כבוד האדם הלכה למעשה

בסעיף ב טענתי שאם מכינים את המושג כבוד באופן רחב כמבטא יחס מוסרי, אין הוא יכול למלא תפקיד נורמטיבי עצמאי בחשיבה המעשית. באתיקה של קאנט, העבודה הנורמטיבית נעשית על-ידי הצו הקטיגורי בנוסחו הראשון, דהיינו, מבחן האוניורסליזציה, ובתפיסות אתיות אחרות יהיו אלה שיקולים או מבחנים אחרים שיעשו את העבודה.<sup>76</sup> ברם, בשל החשיבות של המושג כבוד ובשל המעמד החוקתי שלו, בתי-המשפט מתעלמים מעובדה זו ומנסים לאחוז את התבל בשני קצותיו: בקצה האחד לאחוז במעמד המיוחד והמרומם של הכבוד האנושי בנוסח קאנט, ובקצה האחר לאחוז באפשרות לגזור ממעמד זה מסקנות הלכה למעשה. ברם, דרך זו סופה לזרוע עמימות ומבוכה לגבי משמעותו והשלכותיו של המושג כבוד.<sup>77</sup> בסעיפים הבאים אבקש להדגים את

75 779 (2000) 88 *California L. R.* "Dignity and Victimhood". גרינוולט דוחה את תפיסתו של דן-כהן שלפיה למצב הנפשי של הקורבן (victim's state of mind) אין תפקיד בפגיעות בסיסיות בכבוד, וטוען שהתייחסות למצב הנפשי בפגיעות בכבוד חשובה לא-פחות מאשר בפגיעות ברווחה (welfare) או באוטונומיה.

76 לעיל הטקסט הסמוך להערה 4.

77 ראו: T.W. Satre "Human Dignity and Capital Punishment" 16 *J. of Phil. Res.* 233, 241 (1991). לרעתו של סאטר, התייחסות לאדם בכבוד פירושה התייחסות אליו בהתאם למערכות מסוימות של חובות וזכויות. סאטר מבין שמכך נובע ש-"all wrongs done to a person are violations of that person's dignity", והוא מתחמק במפורש מהבעת דעה לגבי תוצאה זו. תמוה שלמרות זאת הוא סבור שניתן לבסס טיעון נגד עונש המוות על בסיס כבוד. ראו עוד להלן סעיף 17.

77 על עמימות זו ראו בהרחבה Pullman, *supra* note 10, המראה איך המושג כבוד מופיע בדיון על המתת-חסד הן בפי המתנגדים, הן בפי המצדדים. ראו גם Heyd, *supra* note

השלכותיהם של שני מושגי הכבוד על שאלות מעשיות שונות, ואנסה להראות את העדיפות של השימוש בכבוד במובנו כיחס לא־משפיל.

## 1. כבוד ומוות

המושג כבוד מופיע בדיונים הקשורים למוות בשני הקשרים עיקריים. האחד הוא הוויכוח על עונש המוות, והאחר הוא הוויכוח על הזכות למוות בכבוד, דהיינו, על החשת מותו של חולה (בידי עצמו או בידי זולתו). גרדון בהם אחד לאחר.

### (א) כבוד ועונש המוות

האם הריגתו של אדם היא בגדר פגיעה בכבודו? כך סבורים הוגים שונים, הרואים בכבוד האדם נימוק נגד הפעלתו של עונש המוות. כך כותב, למשל, הבישוף רודריגו (Rodriguez) בפנייתו למושל טקסס ג'ורג' בוש להימנע מהטלת עונש מוות:

"In the case of Karla Faye Tucker, the state has achieved its purpose in rendering the aggressor incapable of causing harm. If bloodless means are sufficient to defend human life against an aggressor and to protect public order and the safety of persons, public authority must limit itself to such means because they are more *in conformity to the dignity of the human person*."<sup>78</sup> [ההדגשות שלי - ד' ס.].

באופן דומה מסביר מלומד אחר שאחד המיעונים נגד עונש המוות מבוסס על הפגיעה שעונש זה פוגע בזכותו של הפושע ליחס של כבוד: "Even the most heinous criminals, so this argument goes, are entitled to be treated with dignity"<sup>79</sup> וכך גם מסביר השופט ברנן את התנגדותו לעונש זה:

44, המצביע על הנסיונות הכושלים ליישם את המושג כבוד בשאלות אתיות של יצירת בני־אדם (לתחום ה"גנ־אתיקה" (Genethics), במינוח שהוא טבע).

78 מצוטט בתוך: R.E. Burns "Pull the Plug on the Death Penalty" 63(8) U.S. Catholic (1998) 2, 3.

79 A. Sarat "Abolitionism as Legal Conservatism: The American Bar Association, the Death Penalty and the Continuing Anxiety About Law's Violence" 1.2 Theory and Event (1997); Stewart, *supra* note 52, at p. 111 [URL: [http://muse.jhu.edu/journals/theory\\_and\\_event/v001/1.2sarat.html](http://muse.jhu.edu/journals/theory_and_event/v001/1.2sarat.html)] (לא פורסם). ראו גם: E.G. Luna "The Models of Criminal Procedure" 2 Buffalo Crim. L. R. (1999) 389, 417: "Capital punishment does not merely degrade human dignity but flatly denies the executed person's humanity... In the end, capital punishment cannot be squared with modern notions of human decency requiring that all individuals, including the most heinous criminal, receive basic respect and dignity"

"The most vile murder does not, in my view, release the state from constitutional restraints on the *destruction of human dignity*... The fatal constitutional infirmity of capital punishment is that it treats members of the human race as nonhumans, as objects to be toyed with and discarded."<sup>80</sup> [ההדגשות שלי - ד' ס'.]

איזה מושג של כבוד מונח ביסוד טיעון זה? ברור שאין מדובר כאן בכבוד כיהס לא־משפיל. הטיעון הנידון אמור לחול על כל דרך של הוצאה להורג, גם כזאת שנמנעת ככל שניתן מהשפלת הפושע, בין באופן ההמתה ובין בפומביות שלה.<sup>81</sup> בכל ענישה יש אומנם יסוד משפיל, מבחינת הדחייה המבוטאת ביחס לעבריין והדרתו מהחברה,<sup>82</sup> אך אין בהשפלה זו כדי להצדיק את ביטולו של מוסד הענישה. אם דרך ההמתה אינה משפילה, אולי עלינו לומר שההמתה עצמה משפילה? לאור מה שהוסבר לעיל על המימד הסובייקטיבי־הפסיכולוגי של המושג "השפלה", אין לטענה זו מובן. ניתן להשפיל רק בני־אדם חיים, שיחושו בעקבות המעשה המשפיל פגיעה בכבוד־העצמי שלהם. לא רק שההמתה עצמה אינה משפילה, אלא שהיא שמה קץ לאפשרותה. לכן, במקרים קיצוניים של השפלה קשה, במיוחד אם היא נמשכת לאורך זמן, מעדיפים הקורבנות לעיתים למות כדי להימלט ממנה. השפלה והמתה הן מושגים מנוגדים זה לזה, ולדעת מוצקין ומרגלית, המתח ביניהם הוא אחד המאפיינים המיוחדים – והמחרידים – של השואה. הנאצים שמו לעצמם למטרה את השפלת היהודים, והם מימשו זאת בדרכים שונות, אבל מטרה זו עמדה בניגוד למטרה אחרת, והיא רציחתם. קיומן של שתי מטרות אלה יצר סתירה בלתי־פתירה.<sup>83</sup> הטענה שעונש המוות פוגע בכבודו של המוצא להורג – ולכן יש להימנע ממנו – אינה

Justice W.J. Brennan, Jr. "In Defense of Dissents" 50(2) *Hastings L. J.* (1999) 671. על העמימות בשימוש של Brennan במושג dignity העיר Neuborne באופן ביקורתי: B. Neuborne "Panel Discussion: Brennan's Approach to Reading and Interpreting the Constitution" 43 *New York Law School L. R.* (1999) 41, 55. גם בספרות המשפטית בישראל הושמעה הטענה שעונש המוות פוגע בכבוד האדם, ראו ברק, לעיל הערה 3, בע' 280; וח' כהן, לעיל הערה 3, בע' 25.

81 ראו מאמר חו"ל: "ואהבת לרעך כמוך" – ברור לו מיתה יפה". תוספתא סנהדרין (צוקרמנדל), סנהדרין, ט, יא. לשימוש דומה במושג כבוד כיסוד לעיצובו של עונש המוות, השוו': R. Baker "Cruel and Usual" *The New York Review of Books* (Jan. 20, 2000) 12, 13. בייקר טוען שהחלפת ההמתה בתלייה בארצות־הברית בשיטות המתה אחרות "was toward something that might be loosely called dignity".

82 להרחבה בעניין זה, ראו להלן סעיף 2.

83 ראו: A. Margalit & G. Motzkin "The Uniqueness of the Holocaust" 25 *Philosophy & Public Affairs* (1996) 65, 74. הדיאלקטיקה הכרוכה בהשפלה דומה כמובן לדיאלקטיקה ההגליאנית של האדון והעבד. כשם שהאדון אינו יכול לשעבד את העבד באופן טוטלי כי אדנותו תלויה בהכרת העבד, כך המשפיל אינו יכול להרוס

יכולה איפוא להתפרש כמבטאת דאגה שהמוצא להורג לא יושפל במעשה ההמתה. האם המושג כבוד השני, כבוד כיחס מוסרי, מאפשר פירוש מוצלח יותר של הטענה הנידונה? חוששני שהתשובה לכך שלילית. כפי שהוסבר בהרחבה בסעיף ב, במסגרת תפיסת הכבוד הנידונה, התייחסות לאדם כאל בעל כבוד (dignity) אין מובנה אלא התייחסות אליו כפי שנדרש מבחינה מוסרית. אבל מה נדרש במקרה שלפנינו? זה בדיוק מה שצריך להוכיח, ולכן כל הסתמכות על המושג כבוד כדי להכריע את הדיון תהיה בגדר הנחת המבוקש. רק לאחר שנברר, על בסיס שיקולים מוסריים אחרים, מהו העונש הצודק לרוצחים סדרתיים (למשל), נוכל לדעת מה ייחשב יחס של כבוד כלפיהם.<sup>84</sup>

סיכומי של דבר, לא ניתן לבסס התנגדות לעונש המוות על הצורך להגן על כבוד האדם. הכבוד כיחס לא־משפיל אינו זקוק כאן להגנה, כי הוא אינו נפגע; ואילו הכבוד כיחס מוסרי תלוי לחלוטין בטיעונים אחרים שיעשו את העבודה הנורמטיבית (וכמובן שאין במה שאמרתי כדי להכחיש, או כדי לאשר, את תוקפם של טענות מעין אלה).

#### (כ) למות בכבוד

המושג כבוד קשור למושג מוות גם בהקשר אחר, בהקשר של מוות בכבוד. בני־אדם החשים שמתלתם מנוולת ומשפילה אותם מבקשים לעיתים שיניחו להם למות בכבוד, וכידוע, מתנהל ויכוח ער על השאלה באיזו מידה ראוי שהמשפט יתיר את החשת המוות במקרים אלה – עלידי החולה, הרופא או אדם שלישי, באופן פעיל או באופן סביל. לענייננו, ברור שהמושג כבוד המופיע כאן הוא כבוד כחוסר השפלה. לעיל הסברתי שהשפלה קשורה בתחושות של חוסר־אוניס, אובדן שליטה והדרה מהמעגל החברתי, תחושות האופייניות לחולים במצב הזה.

הביטוי "למות בכבוד" בהקשר הנידון עשוי להטעות, שכן לאמיתו של דבר, אין מדובר כאן על מוות בכבוד, אלא על חיים בכבוד. המוות (death), דהיינו, עצם הסיום של החיים, אינו יכול להשפיל כשם שאינו יכול להכאיב. הוא בגדר הקץ של אפשרות ההשפלה והכאב. מה שעשוי להשפיל הוא המיתה (dying), דהיינו, התהליך שבו מידרדר מצבו הגופני והנפשי של האדם עד שהוא מת; אבל תהליך זה קורה לאדם החי, כמובן, לא למת. מי שמבקש שיניחו לו (או לקרוביו) למות בכבוד רואה את המוות כמפלט מפני המצב המבוז והסדר התקווה של המחלה. המוות נתפס כדבר טוב, בכך שהוא קוטע חיים משפילים ורעים.

ניתוח זה הולם את מה שכתב דוד הד לפני כמה שנים בעניין שפר.<sup>85</sup> יעל שפר נולדה

לגמרי את קורבנו – דהיינו, להרוג אותו – כי ההשפלה תלויה בקבלתה עלידי הקורבן. ראו שם, שם.

84 כידוע, קאנט, מאבות התפיסה של הכבוד כיחס מוסרי, לא חשב שיש ניגוד בין הכרה בכבוד האדם לבין עונש מוות. ראו: I. Englund "Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework" 21 Cardozo L. R. (2000) 1903, 1922 וההפניות הנזכרות שם.

85 ד' הד "מעבר לכבוד ולחירות" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 649.

עם מחלת טאייזאקס, וכשהיתה בת שנתיים, הגישה אימה בקשה לפסק־דין הצהרתי שיאמר שאם יידרדר מצבה, לא יינתן לה טיפול בניגוד לרצונה (המיוצג על־ידי אימה כאפוסטרופסיתה הטבעית). הבקשה נדחתה, והנימוקים לפסק־הדין ניתנו לאחר שהילדה כבר נפטרה ממחלתה. השופט אלון, שכתב את פסק־הדין, הסביר כי יש להכריע בו בהתאם לגישת היהדות, שלפיה "כבוד האדם פירושו שלא לבייש ולבוזות את צלם האלוקים שבאדם"<sup>86</sup> וכי המתת האדם מהווה ביזוי כזה: "ועוד יותר מכך הוא לעניין המושג של הזכות למות בכבוד, שלדעת גדולים והוגים יש בו משום תרתי דסתרי, משום סתירה פנימית. מוות וכבוד אינם עולים בקנה אחד; חיים וכבוד – תואמים הם, כי עצם החיים, משום כבוד האדם יש בהם, כבוד האדם שנברא בצלם האלוקים."<sup>87</sup>

אבל, כפי שציין הר בצדק, הזיהוי של חיים וכבוד מופרך על־ידי האפשרות של חי השפלה, שבתור שכאלה אינם חיים של כבוד.<sup>88</sup> במונחים של דיונו הנוכחי, דומה שאלון לא הבחין כאן שהכבוד שמדובר בו בעניין שפר הוא כבוד כהיעדר השפלה, ומה שהנחה אותו היה תפיסת הכבוד כיחס מוסרי הנובע מצלם האדם: "...בריאית האדם בצלם אלוקים יסוד מוסד הוא לערך חי כל אדם, ומקור הוא לזכויות יסוד של כבוד האדם וחירותו."<sup>89</sup> לפגינו אותו מבנה חשיבה כמו בתפיסה הקאנטיאנית שהוצגה בסעיף ב, דהיינו: בזכות מאפיין כלשהו (התכונה או צלם אלוהים), האדם הוא בעל כבוד, וכבוד זה מעניק לו מעמד מוסרי מיוחד בעולם.

אם הכבוד קשור לצלם אלוהים והוא היסוד לערך האדם ולזכויותיו, כפי שמשמע מהציטוטים לעיל, האם אכן נובע מכך שגרימת מוות (בדרך פעילה או סבילה) הינה בגדר פגיעה בכבוד, ולכן אסורה, כפי שמסיק אלון? אני סבור שהתשובה לשאלה זו שלילית מאותו טעם עקרוני שהעליתי לעיל (בסעיף ב) לגבי קאנט. דווקא בשל הטווח הרחב כלי־כך של המושג כבוד האדם במסורת היהודית,<sup>90</sup> אין הוא יכול לתפקד כשיקול נורמטיבי עצמאי כדי להנחותנו במצבים בעייתיים. הבה נדגים זאת בדרך של בחינת ההשלכות של המושג צלם אלוהים לגבי המתה. פשיטא שהואיל והאדם הוא בצלם אלוהים,

86 עניין שפר, לעיל הערה 8, בע' 102–103.

87 שם, בע' 190–191.

88 לעיל הערה 85, בע' 664–665. גם חז"ל הכירו כמובן באפשרות של פגיעה בכבודו של האדם החי, והרחיקו לכת לקבוע שכדי להימנע מפגיעה זו, ניתן לדחות מצוות לא־תעשה מהתורה. ראו תלמוד בבלי, ברכות, יט, ע"ב: "גדול כבוד הבריות שדוחה [את] לא תעשה שבתורה." לניתוח מפורט של סוגיה זו והשלכותיה לתפיסת הכבוד, ראו נ' רקובר גדול כבוד הבריות: כבוד האדם כערך־על (תשנ"ט) פרק ב.

89 לעיל הערה 8, בע' 115–116.

90 השוו ימי זיכרון לר' סולובייצ'יק, 9: "הערך של כבוד הבריות הוא ציר־בסיס אידיאלי להלכות רבות... ואף ייתכן, שכל המצוות שבין אדם לחברו מבוססות על הערך של כבוד הבריות." מצוטט אצל רקובר, לעיל הערה 88, בע' 15.

ולכן יש לו כבוד מיוחד, אסור להרוג אותו, ואכן קישור זו מופיע במפורש בספר בראשית: "שפך דם האדם באדם דמו ישפך, כי בצלם אלהים עשה את האדם."<sup>91</sup> אבל למרות ערך מרומם זה, המקרא, כמו גם ההלכה המאוחרת, מלאים אזהרות של עונשי מוות לחוטאים, שבוצעו לעיתים הלכה למעשה. כמו־כן, אף־על־פי שלדעת חכמים רבים, כבוד האדם שנברא בצלם הוא כבודו של כל אדם,<sup>92</sup> המקרא וההלכה מלאים היתרים ואף ציוויים להילחם בעמים אחרים ולהורגם. ואף בתחום המתת־החסד אלון מכיר בכך שכבוד האדם אינו מבסס חובה מוחלטת להאריך את החיים, ולכן, כאשר החולה סובל מאוד – סבל פיסי או נפשי – מותר, באופן סביל אומנם, להחיש את מותו.<sup>93</sup> כבודו הנעלה של האדם אינו מנחה אותנו בפתרון של דילמות כאלה. מפני שהוא מושג־על המרחף על השיטה כולה, אין הוא מסייע בהנחיה המעשית.

כיצד איפוא עלינו לתאר את השיקולים המוסריים המתנגשים במקרה של המתת־חסד? כדי שהתיאור יקדם אותנו בהבהרת הסיטואציה, מוטב לומר שהשיקול נגד הימנעות מטיפול הוא קדושת החיים, או ערך החיים, ואילו השיקול בעד הוא הקלה על סבלה (או הימנעות מהשפלתה) של הילדה. ואכן – במפתיע – במקום אחר בפסק־הדין אלון אומר במפורש שאלה העקרונות המתנגשים כאן:

"העיקרון האחד – ערך החיים וקדושתם, וחשיבות העל של חיי אדם אשר אינם ניתנים לשיעור ולמידה, והחובה – הן של החולה עצמו והן של הרופא המטפל בו – לשמור עליהם ולקיימם; והעיקרון האחר – ערך העל של מניעת ייסורים, סבל וצער, גופניים ונפשיים, מאת החולה, שגם עליו מצווים על פי עקרונות ההלכה ודרכיה."<sup>94</sup>

אם כך מבינים את הדילמה, קל יותר גם להבין את התלטתו של אלון בעניין שפר, המבוססת, בסופו של דבר, על הטענה שבמקרה הנידון לא סבלה יעל שפר כלל, ולכן העיקרון של כבוד האדם לא נדחה, וממילא אין לפגוע בקדושת החיים: "יעל אינה סובלת ואינה מתייסרת. כבודה נשמר מעל ומעבר. יעל בוכה, ככל ילד, כאשר זקוקה היא להאכלה או לטיפול שיגדתי רגיל. נרה עדיין בוער ומאיר

91 בראשית, ט, ו.

92 כפי שברור מאמרתו הידועה של רבי עקיבא: "חביב אדם שנברא בצלם... חביבין ישראל שנקראו בנים למקום" (לעיל הערה 46). ראו גם תפארת ישראל לר' ישראל ליפשיץ, וכן ריקובר, לעיל הערה 88, בע' 29 (הסעיף "כבוד הבריות – כבוד כל הנבראים").

93 ראו עניין שפר, לעיל הערה 8, בע' 134–144 (פסקות 32–37 לפסק־דינו של השופט אלון). לצורך הדיון, אני מקבל את הויקה בין המושג ההלכתי של הסרת המונע לבין המושג של אותנויה פסיבית (בתחילת פסקה 30, למשל), אף כי היא בעייתית למדי. קיים הבדל משמעותי בין הימנעות מטיפול רפואי, שהיא המקרה המובהק של אותנויה פסיבית, לבין מעשה שמיועד לנטרל את השפעתם של גורמים המאפשרים לחולה להישאר בחיים (כמו ניתוק ממכונת החיאה).

94 לעיל הערה 8, בע' 134.

לכל מי שמצוי בקרבתה. בתנאים אלה, ובמציאות זו, קדושת חייה של יעל, גם במצבם הסופני, היא הערך הבלעדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדת בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>95</sup> [ההדגשות שלי – ד' ס'.]

רואים אנו איפוא שגם אלון, בבואו להציב את התמונה הנורמטיבית הקונקרטית, משתמש במושג כבוד במובנו כיהס לא־משפיל, ולא במובנו כמושג־על מוסרי. זה אכן המושג כבוד הרלוונטי לדיונים בהמתות־חסד. כן רואים אנו שהתבונה ההגיונית בין שני מושגי הכבוד רלוונטית גם לגבי המשפט העברי, שיש בו, מצד אחד, הדגשה על האיסור לפגוע בכבוד במובן של השפלה,<sup>96</sup> ומצד אחר הדגשה של כבוד האדם, כנברא בצלם אלוהים, כמבסס את מעמדו המוסרי באופן כללי.

בשולי סעיף זה ברצוני להעיר שבניגוד לתמונה העולה מתיאוריהם של אלון<sup>97</sup> ואחרים,<sup>98</sup> המושג כבוד האדם או צלם אלוהים במסורת היהודית לא הוביל תמיד למסקנה בדבר "ערך חיי כל אדם", ולא תמיד היה "מקור לזכויות יסוד של כבוד האדם וחירותו".<sup>99</sup> הכל תלוי בשאלה מהו צלם אלוהים שבו נברא האדם ומי כלול לעניין זה בקטיגוריה "אדם". לגבי השאלה האחרונה, מקורות לא־מעטים טוענים שהמעלה של היות בצלם אלוהים היא נחלתם של יהודים בלבד. אומנם נאמר בפרק א של ספר בראשית שהאדם נברא בצלם אלוהים, אבל שנינו בתלמוד "אתם קרויין אדם ואין הגויים קרויין אדם",<sup>100</sup> ומכאן הסיקו כמה מפרשים שצלם אלוהים – לפחות במובנו המלא – הוא נחלתם של ישראל בלבד. כך, למשל, כותב המהר"ל מפראג: "ואף שאמר 'חביב האדם' [שנברא בצלם], אין זה כולל כל מין האדם, כי כבר אמרו [ח]ז"ל כי אתם קרויין אדם ואין הגויים קרויין אדם."<sup>101</sup> לגבי טבעו של צלם האלוהים והשלכותיו הנורמטיביות, ראוי להזכיר שלפי הרמב"ם, צלם אלוהים אינו בגדר מעלה נתונה אצל האדם, אלא בגדר הישג, שמעטים בלבד עשויים לזכות בו. לשיטתו, צלם מציין את השלמות האנושית, דהיינו, השלמות השכלית, "...צורת האדם השלם בדעתו, ועל צורה זו נאמר בתורה: 'נעשה אדם בצלמנו כדמותנו'".<sup>102</sup> ממילא ברור שלרוב בגי־האדם אין צלם אלוהים, וחלקם כה רחוקים

95 שם, בע' 194.

96 ראו לעיל הערה 88 ולהלן הערה 108.

97 עניין שפר, לעיל הערה 8, פסקאות 20, 38, 57 ו־62.

98 ראו, למשל, רקובר, לעיל הערה 88.

99 ראו לעיל הציטוט הסמוך להערה 89.

100 יבמות, סא, ע"א; יבמות, ת, ע"א-ע"ב. בדפוס מופיע "העובדי כוכבים" במקום "הגויים", וברור שתוקן מחמת הצנזורה.

101 מהר"ל דרך חיים על מסכת אבות, שגד-שנה. מצוטט אצל א' שגיא יהדות: בין דת למוסר (1998) 167. ראו שם מקורות נוספים וקשים ברוח זו.

102 רמב"ם, משנה תורה, ספר המדע, הלכות יסודי התורה, ד, ת. השוו רמב"ם, מורה נבוכים, חלק א, פרק ב, שם הוא מסביר ש"השכל אשר השפיע ה' לאדם שהוא שלמותו הסופית, הוא אשר ניתן לאדם [הראשון] לפני מריו, ועליו [על השלמות השכלית שהאדם הראשון

ממנו עד שהם במקום כלשהו בין מדרגת הקוף למדרגת האדם.<sup>103</sup> תפיסה זו של המושג "צלם" השפיעה באופן ניכר על ההלכה הרמב"מית, כפי שהראה יאיר לורברבוים באופן מאלף.<sup>104</sup> כמובן, איני מכחיש את קיומה של מסורת פרשנית שהבינה את המושג "צלם אלוהים" כפי שהציגו אלון, והלואי שמסורת זו תגבר ותדחק את ההבנות האחרות שהוכרתי.<sup>105</sup> רציתי רק להזכיר שהתמונה העולה ממכלול המקורות ההיסטוריים בעניין זה אינה הד־משמעות.<sup>106</sup>

לסיכום, המושג פגיעה בכבוד נוכר לגבי המוות בשני הקשרים עיקריים: כטיעון נגד עונש המוות וכטיעון בעד קיצור החיים במקרה של חולים מסוימים במצב סופני.<sup>107</sup> לגבי עונש המוות, ניסיתי להראות שאם מבינים את הפגיעה בכבוד כהשפלה, אין הטיעון חל, כי המתה אינה בגדר השפלה, אלא להיפך, שימת קץ לאפשרותה. לעומת זאת, אם מבינים את המושג כבוד כאן כיחס מוסרי, הרי שהטיעון מניח את המבוקש; רק לאחר שנראה, על בסיס נימוקים שאינם תלויים בכבוד, שעונש המוות אינו מוצדק מוסרית, נוכל לטעון שהוא מנוגד ליחס המוסרי הנדרש ממעמדו של האדם, כלומר, מנוגד לכבודו. לגבי קיצור החיים במצבים סופניים מסוימים, כאן ברור שהמושג כבוד הרלוונטי הוא כבוד כיחס לא־משפיל, והדילמה במקרים אלה אם ההשפלה כה קשה ומנוולת שהיא מצדיקה פגיעה בחיים עצמם. ניסיתי להראות שגם אצל כותבים כגון השופט אלון, שלכאורה משתמשים בהקשר זה במושג כבוד כיחס מוסרי, המושג כבוד שבאמת עושה את העבודה הנורמטיבית הוא המושג כבוד כיחס לא־משפיל.<sup>108</sup>

ניתן בה] נאמר בו שהוא בצלם אלוהים ובדמותו". וראו גם שם, פרק א: "ונאמר באדם מחמת העניין הזה, כלומר מחמת השכל האלוהי הנצמד בו, שהוא בצלם אלוהים ובדמותו."

103 ראו רמב"ם, שם, חלק ג, פרק נא.

104 "לורברבוים" הרמב"ם על צלם אלוהים; פילוסופיה והלכה – עבירת הרצח, הרין הפילי ועונש המוות" תרביץ סח (תשנ"ט) 533. ראו גם ח' כשר "חביב אדם שנברא בצלם" הומניזם מותנה (על־פי הרמב"ם) לעומת שלא מדעת (על־פי ליבוביץ) דעת 41 (1998) 19.

105 ראו לאהרונה "בלידשטיין" הלכה ודמוקרטיה" תרבות דמוקרטית 2 (תש"ס) 9, הטוען שבזכות מחויבותה של ההלכה לכבוד האדם, יש לה בסיס לאמץ את הדמוקרטיה: "לקהילה ההלכתית יש יותר מסיבה מספקת לאמץ אל ליבה את הדמוקרטיה כהגשמה של המחויבות הבסיסית שלה עצמה כלפי כבוד האדם" (שם, בע' 10).

106 הדו־ערכיות במסורת היהודית בשאלה אם צלם אלוהים הוא בגדר נתון או בגדר הישג מזכירה דו־ערכיות דומה אצל קאנט בשאלה אם הכבוד נתון בשווה אצל כל בני־האדם בתור בעלי תבונה או שהוא תלוי בשמירתם על החוק המוסרי, דהיינו, במימוש טבעם התבוני בפועל.

107 הקשר נוסף שלא אדון בו כאן הוא יחס הכבוד למת. בהקשר זה יש חשיבות מרכזית לשאלה אם הכבוד כלפי המתים הוא, בלשון התלמוד, "יקרא דשכבי", כבודם של המתים, או שמא "יקרא דחיי", כבודם של החיים.

108 דומני שהמושג כבוד הרווח במשפט העברי, במיוחד בביטוי כמו "כבוד הבריות", הוא

## 2. כבוד ואוטונומיה

בית המשפט העליון הביע את דעתו פעמים רבות על הזיקה ההדוקה שבין המושג כבוד לבין המושג אוטונומיה או חירות. כך, למשל, אומר הנשיא ברק בקטע שצוטט לעיל: "בבסיסו של מושג זה [המושג כבוד] עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי."<sup>109</sup> ודומני שאין בקרב השופטים או המלומדים שעסקו בנושא מי שחולק על קיומה של זיקה

זו.<sup>110</sup>

בית המשפט הסתמך על זיקה זו כדי להסיק מסקנות שונות. למשל, לדעת ברק, ניתן לגזור מכבוד האדם, באמצעות רעיון האוטונומיה, את העיקרון של חופש התנועה. כך הוא אומר בפסק-דינו בעניין בר-אילן:

"חופש (זכות) התנועה הוא זכות יסוד של כל אדם בישראל. הוא מוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא נגזר מכבוד האדם המוגן בחוקה שלנו. אכן, זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה לה, היא ביטוי מובהק לאוטונומיה של הרצון הפרטי. העיקרון החוקתי – הנגזר מכבוד האדם – בדבר פיתוח אישיותו של כל פרט, כולל בתוכו את חופש התנועה."<sup>111</sup>

כן הוא מסיק מהזיקה האמורה שיש ללקות זכות לבחור לעצמו עורך-דין, אחרת תיפגע האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו, ה"מהווה ערך יסוד במשפטנו" וה"מעוגנת כיום בהגנה החוקתית על כבוד האדם."<sup>112</sup>

כבוד כיחס לא-משפיל. ראו הדוגמות הרבות המובאות בספרו של רקובר, לעיל הערה 88, וכן השופט ח' כהן בבג"צ 355/79 אריה בן בנימין קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 306: "המושג של 'כבוד הבריות' לא הוגדר מפורשות. אך מכל המקרים אשר בהם דובר במקורות ניתן להסיק שפגיעה בכבוד זה היא כל מעשה המביא אדם לידי ביזיון או בושה או מבוכה."

<sup>109</sup> לעיל בטקסט הסמוך להערה 3. והשוו גם א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג) 426: "כבוד האדם מתבטא בחופש הבחירה הנתון לפרט, ובכוחו לפתח את אישיותו ולהחליט על גורלו."

<sup>110</sup> להפניות נוספות ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בע"א 5587/93 דניאל נחמני נ' רותי נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499-500 (להלן: עניין נחמני): "...לשמור על חירותו של אדם ועל כבודו ככל שהדבר נוגע לפיתוח אישיותו, לקביעת גורלו, לתכנון משפחתו ולהולדת ילדיו." השופט חשין בע"א 3077/90 פלונית (חמדה) נ' פלוני (יונס), פ"ד מט(2) 578, 592-593: "כבודו של אדם משמיע מעצמו חופש רצון ובחירה." השופט גולדברג בדג"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4) 661, 723 (להלן: עניין דג"א 2401/95 נחמני): "בין זכות החירות וכנגזרת ממנו האוטונומיה של הרצון, לבין כבוד האדם, קיימת זיקה הדוקה."

<sup>111</sup> לעיל הערה 36.

<sup>112</sup> בג"צ 4330/93 חיים לנדאו נ' ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221.

כיצד עלינו להבין את הזיקה בין המושג כבוד האדם לבין רעיון האוטונומיה? באופן טבעי אנו שבים לקאנט, לנוכח הקשר ההדוק בתפיסתו בין שני מושגים אלה, ועם שיבה זו אנו חוזרים גם לאותו סוג של קשיים שהועלו בסעיף ב לעיל. קודם-כל יש לשים-לב שבעוד שלדעת הנשיא ברק ושופטים אחרים, האוטונומיה נגזרת מכבוד האדם, הרי שלדעת קאנט הכבוד נגזר מהאוטונומיה: "האוטונומיה היא היסוד לערך הפנימי אשר לטבע האנושי ולכל טבע בעל תבונה."<sup>113</sup> האוטונומיה של הרצון קודמת, לפי קאנט, לערכו של האדם הן מבחינה אונטולוגית והן מבחינה אפיסטמולוגית. אונטולוגית, רוצה לומר, האדם הוא בעל ערך פנימי ומיוחד בזכות העובדה שהוא יצור אוטונומי: "רק האדם, ועמו כל יצור תבוני, הוא תכלית כשהוא לעצמו. שהרי הוא נושא של החוק המוסרי, שהוא קדוש, בכוח האוטונומיה של חירותו."<sup>114</sup> אפיסטמולוגית, רוצה לומר, הכרת החוק המוסרי, שהוא פרי חקיקה של תבונתנו, קודמת להכרת ערך האדם:

"החוק המוסרי שאנו מודעים אותו לעצמנו באורח בלתי אמצעי (כאשר אנו מתוויים לעצמנו כללים-מדריכים של הרצון) הוא המציג את עצמו ראשונה לנו; והואיל והתבונה מציגה את החוק המוסרי כנימוק קובע, שאין לגבור עליו על-ידי שום תנאי חושני, וגדולה מזו כבלתי תלוי בו מכל וכל, הריהו מוביל דווקא אל מושג החירות."<sup>115</sup> [ההדגשות במקור]

ברם, לענייננו, הבעיה העיקרית בהבנת הזיקה בין כבוד לאוטונומיה ברוח קאנט אינה היפוך הסדר האונטולוגי או האפיסטמולוגי, אלא אפשרות היישום המעשי של המושג הנידון. לפי קאנט, קיימת חפיפה גמורה בין התנהגות שמכבדת את ערכו המיוחד של הזולת לבין התנהגות המכבדת את האוטונומיה שלו, שהרי האדם זכאי לכבוד מפני שהוא בעל אוטונומיה. קיימת אס-כן חפיפה גמורה בין התנהגות אוטונומית מצידו לבין התנהגות המכבדת את ערך האדם, שכן התנהגות אוטונומית היא התנהגות בהתאם לחוק המוסרי, וזה בדיוק מה שנדרש כדי לבטא כבוד לאדם. כפי שראינו בסעיף ב, קאנט הכיר יפה בחפיפות אלה, והדגיש שכאשר עוסקים בהערכה מעשית, ולא בחשיבה תיאורטית, יש להסתמך על גוסתת האוניורסליוציה.<sup>116</sup> במילים אחרות, לא נוכל להשתמש במבחן האוטונומיה כדי לקבוע אם מעשה כלשהו ראוי או פסול, כי כדי לקבוע שהיתה הפרה של האוטונומיה אנו חייבים קודם-כל להעביר את המעשה במבחן אחר, מבחן האוניורסליוציה.

אני מניח שהתגובה על טיעון זה תהיה שאני דוחק בלא הצדקה את המושג אוטונומיה לסדר של הפילוסופיה הקאנטיאנית. המושג אוטונומיה שמשתמשים בו היום, כך ייאמר, אינו המושג אוטונומיה מוסרית, אלא אוטונומיה אישית. קאנט הוא אומנם בגדר מקור השראה לזיקה בין אוטונומיה וכבוד, אבל אין הכוונה להשתמש במונחים אלה היום באותו

113 לעיל הערה 12, בע' 111.

114 ע' קאנט ביקורת התבונה המעשית (תרגמו ה' ברגמן ונ' רוטנשטרייך, תשל"ג) 85.

115 שם, בע' 31-32.

116 ראו לעיל, הטקסט הסמוך להערה 19.

אופן שהוא השתמש בהם. לפי הפירוש הנוכחי לאוטונומיה, אוטונומיה מאופיינת בחיים המעוצבים על-ידי האדם בהתאם לרצונו. האדם הוא בעל כבוד (dignity) בזכות יכולתו לחיים אוטונומיים, ומכאן שכיבוד האדם פירושו אי-פגיעה באוטונומיה שלו, הימנעות מלהפריע לו לעצב את חייו כפי שיתפוץ.

פירוש זה למושג אוטונומיה אמור לפתור את בעיית היישום המעשי של המושג כבוד ולהראות כיצד ניתן להשתמש בו בחשיבתנו המעשית. אך איני משוכנע שהוא עושה זאת. בלא הגבלות משמעותיות על המושג אוטונומיה בפירוש זה, כמעט כל פנייה לבית-המשפט, במיוחד לבג"צ, תוכל להתבסס על פגיעה בכבוד. נניח שרשות כלשהי אסרה על פלוני לעשות x. הוא עותר לבג"צ שיורה לרשות להתיר לו לעשות x. מדוע הוא מטריח את עצמו לבית-המשפט? על כוונתו נאמר, מפני ש-x חשוב לו מאוד, או במילים אחרות, מפני ש-x ממלא תפקיד חיוני בחייו כפי שהיה רוצה לעצבם. אם כך, נצטרך להעניק לדרישתו מעמד חוקתי בשל הפגיעה בכבוד הכרוכה בדחייתה, מסקנה שאינה מתקבלת על הדעת. פשיטא שלא כל החלטה נגד רצונו של אדם, גם אם היא פוגעת באופן שבו הוא מבקש לנהל את חייו, מהווה פגיעה בכבודו בכך שהיא מבטאת פגיעה באוטונומיה שלו.<sup>117</sup> ודוק: איני טוען שזכותו לאוטונומיה או לכבוד נדחית במצבים אלה, אלא שאין לו כלל זכות מעין זאת. אמירה שכמעט בכל פעם שבת-המשפט מסרבים להעניק לפונה את מה שחשוב לו מאוד הם פוגעים באוטונומיה שלו, ולכן גם בכבודו, כמוה כריקון המושגים הללו מכל תוכן של ממש.<sup>118</sup>

טיעון זה חל במשנה תוקף על הויקה בין כבוד לבין חירות במובן של חירות שלילית. חירות שלילית, בהתאם להסבר של ברלין, היא החירות לא להיות מְבוע על-ידי אנשים אחרים מלעשות מה שאני מתאוה לעשות. אבל אם כל פגיעה בחירות שלילית תיחשב

117 כפי שטען בית-המשפט בבג"צ 205/94 עקיבא נוף נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון, פ"ד נ"ד (5) 449, 457 (להלן: עניין נוף), למשל, בקובעו כהנחה כללית שהדרישה לגלות את הזקן כדי לחבוש מסכת מגן היא פגיעה בכבוד: "מי שמגדל זקן, לשם עיצוב דמותו והופעתו כרצונו, מגשים בכך את רצונו הפרטי האוטונומי; וזכותו לעשות כן היא חלק מכבוד האדם שלו." אבל, כפי שטען שם בית-המשפט עצמו (באופן לא לגמרי עקבי), "במקרים רבים ההחלטה לגדל זקן עשויה לנבוע מנטייה להתהדרות או מטעמי נוחות", ולכן פגיעה בהכרעה זו אינה יכולה להיתפס כפגיעה בכבוד האדם. ביקורתי בעניין נוף עולה יפה עם זו שפיתח לאחרונה י' לבנת "פרט וקהילה: ביקורת קומוניסטיאנית על בג"צ 205/94 נוף נ' משרד הבטחון" משפטים לא (תש"ס) 219 (ממנו למדתי על חוסר העקביות הנ"ל בהחלטת בית-המשפט). אני מסכים עם לבנת שבמקרה הנידון, כמו גם במקרים אחרים, אין בית-המשפט מייחס חשיבות לסוג השיקולים המודגש על-ידי הקומוניסטיאנים. לדעתי, חלק מן ההסבר לכך נעוץ בתפיסה המוטעית שהואיל ורצונו של האדם הוא ביטוי לאוטונומיה שלו, ולכן לכבודו כאדם, על בית-המשפט לנקוט ניטרליות לגבי תוכן הרצון וטבע מושאיו.

118 הטיעון שאני מפתח כאן דומה לטיעון שדבורקין מעלה, *supra* note 31, at ch. 12 ("What Rights Do We Have"), נגד הרעיון בדבר זכות כללית לחירות.

פגיעה בכבוד, כי אנו מונעים מאדם לעשות מה שהוא רוצה, יהיו חוקים ופסקי־דין רבים מספור פגיעה בכבוד, שהרי, כפי שאמר בנתם, כל חוק הוא הפרה של החירות.<sup>119</sup> לכן, אף־על־פי שלעיתים ניתן להבין מדברי בית־המשפט שהגנה על הכבוד כוללת הגנה על כל פגיעה בחירות, רוצה לומר, על כל מחסום לפני אדם לעשות מה שירצה, בדרך־כלל בית־המשפט מנסה להראות שהפגיעה היא בחירות כאוטונומיה, כלומר, ביכולתו של האדם למימוש עצמי ועיצוב עצמי. כך, למשל, לגבי חופש הביטוי. כדי לכלול הגנה עליו בשם הכבוד, בית־המשפט קובע שהגבלות על חופש הביטוי אינן סתם הגבלות על החירות (דהיינו, חירות שלילית), אלא בגדר הפרעה חמורה לאוטונומיה כעיצוב עצמי. לדעת השופט מצא:

"אמנם חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ואינו מגדירו, בלשון מפורשת, כזכות־יסוד. אך אין בכך כלום: אף ללא הוראה מפורשת, כלול חופש הביטוי בכבוד האדם, כמשמעו בסעיפים 2 ו־4 לחוק היסוד. שכן, מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?"<sup>120</sup> [ההדגשות שלי - ד' ס.].

עולה מכך שכל הגבלה על חופש הביטוי פוגעת ביכולתו של האדם "לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו", ומכאן שהיא פוגעת בכבודו האנושי.<sup>121</sup> מה שנכון לגבי חופש הביטוי צריך בוודאי להיות נכון גם לגבי חופש המעשה, שכן קשה לראות מדוע לביטוי – ליתר דיוק, לביטוי הפומבי (שכן אין מונעים מאיש

119 השוו לדברי שארפ בהקשר של הצ'רטר הקנדי: R. Sharpe "The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary" קובץ מאמרי כנס ישראל קנדה – לקראת חקיקת יסוד בזכויות האדם (20–23 בדצמבר 1992) 17 (מצוטט אצל סומר, לעיל הערה 3, בע' 292): "If liberty means nothing more specific than a right to be unconstrained by law, then all laws would constitute a prima facie charter violation and all laws would have to be justified pursuant to the stringent test of s. 1"

120 ע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 157; השוו לדברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 273, הטוען כי בלא חופש הביטוי "נפגמת אישיותו של האדם, אשר התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו".

121 לזיקה זו בין חופש הביטוי לבין כבוד, השוו: *Cohen v. California* 403 U.S. 15, 24; 29 L. Ed. 2d 284; 91 S. Ct. 1780: "The constitutional right of free expression is... intended to remove governmental restraints from the arena of public discussion... in the belief that no other approach would comport with the premise of individual dignity and choice upon which our political system rests"

לכתוב למגירה או לקומץ הבריס) – יש זיקה תוקה יותר לפיתוח האישיות ולהגשמה עצמית מאשר לסוגי התנהגות אחרים. אבל אם כך, אנו שוב נגררים לתוצאה הבלתי-סבירה שכמעט כל הגבלה על החירות מבטאת פגיעה בכבוד, בכך שהיא פוגעת בחירות לפיתוח האישיות ולהגשמה עצמית.

הצורך להראות שכל פגיעה בחירות שאנו רוצים להגן מפניה היא באחת גם פגיעה בכבוד, ולכן פגיעה באוטונומיה האישית, מוביל לתוצאות שהשכל-הישר מתקשה לקבל.<sup>122</sup> אף שבמקרים מסוימים יש להגבלות על חופש הביטוי השלכות על האישיות מהסוג שהשופט מצא מדבר עליו, אלה הם בחזקת יוצאים-מהכלל, בוודאי בחברות דמוקרטיות וליברליות כשלנו. המקרים שבהם שאלת ההגבלה על חופש הביטוי עולה על הפרק הם כאלה שביטוי ספציפי בהם מסכן לכאורה את בטחון הציבור או פוגע לכאורה באדם כלשהו או בקבוצה כלשהי. ברוב המקרים של מקרים אלה, הגבלות על הביטוי הנידון לא יפגעו פגיעה של ממש בחירותו של המוגבל "לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו", ויש בטענה זו הגזמה רבה. הוא הדין בחופש התנועה. אף שניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם יפגעו הגבלות כאלה ביכולתו של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו, אלה הם, שוב, בחזקת היוצאים-מהכלל. מגיעת גישה למקומות קדושים היא אולי דוגמה מעין זאת. אבל על סגירת נתיב תנועה ספציפי מפני תנועה בשבת בוודאי לא ניתן לומר שהיא פוגעת באוטונומיה במובן הנידון,<sup>123</sup> ולכן פוגעת כביכול גם בכבוד.

הבנת המושג כבוד כקשור לאוטונומיה אינה מספקת איפוא מסגרת מועילה להבהרת תוכנו הנורמטיבי. דרך מעניינת להתגבר על קושי זה היא לאפיין את הפגיעה באוטונומיה באופן מצומצם יותר, באופן שמצד אחד יעניק למושג תוכן ספציפי וימנע מצב שבו כל הגבלה על החירות תיחשב פגיעה באוטונומיה, ולכן בכבוד, ומצד שני, יקשר את הפגיעה הנידונה להבנה הרגילה של המושג כבוד. כוונתי לניסיון לקשר את הפגיעה באוטונומיה לפגיעה בפרטיות או באינטימיות. כך, למשל, השופטת שטרסברג-כהן מגסחת את הדברים בעניין נחמני במסגרת טיעוניה נגד "כפיית אכזות" על דני נחמני:

"הזכויות הרלוונטיות לענייננו הן זכותו של אדם להגנה על חירותו, כבודו, גופו, צנעת חייו הפרטיים וחופש הפיתוח של אישיותו. הזכות להורות נגזרת מהזכות

122 נקל לראות שחלק ניכר מהקשיים שאני מפתח בסעיף זה לגבי המושג כבוד נובעים מקשיים במושג אוטונומיה, שהוא, כדברי חיים גנו, "קן צרעות" (ח' גנו "העוברים המוקפאים של הווג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 453, 455, הערה 7). לא אוכל להכניס כאן את ראשי לקן זה.

123 ראה גם ביקורתו של השופט חשין בעניין בר-אילן, לעיל הערה 36, פסקה 32 לפסק-דינו, הטוען שהעניין הנידון אינו אלא "בשולי חירות התנועה" שכן האיסור המיועד חל רק על הנסיעה בכביש בר-אילן, ולא על ההליכה בו. ואין צריך לומר שהוא חל על נסיעה בו רק במועדים מצומצמים, ולא בכל ימות השבוע. השוו בכיוון זה גם "זילברשץ" על חופש התנועה הפנים-מדינתית: בעקבות בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 793.

להגשמה עצמית לחירות ולכבוד... בעקרון, האוטונומיה להקמת משפחה, לתכנון משפחה, ולהולדת ילדים היא תחום של צנעת הפרט. חירותו של אדם כוללת את חירות ההחלטה העצמאית בענייני נישואין, גירושין, הולדה, ובכל נושא אחר מתחום צנעת הפרט והאוטונומיה של הפרט.<sup>124</sup>

אמור איפוא: לא כל סירוב להעניק לפונה את שהוא חפץ מהווה פגיעה באוטונומיה שלו, אלא רק סירוב המתערב בצנעת חייו הפרטיים.<sup>125</sup> בלא לדון בשאלה אם במקרה הספציפי של דני נחמני היתה זו בגדר פגיעה בצנעתו לאפשר לאשתו דאז להמשיך את תהליך ההפריה המתוכנן, אני סבור שגישה זו היא בכיוון הנכון. פגיעה בצנעת הפרט אכן מהווה בדרך-כלל פגיעה בכבוד. אלא שלפי שיטתנו, הכבוד שמדובר בו כאן הוא כבוד כיחס לא-משפיל, ולא כבוד כיהס מוסרי. כפי שהערנו בסעיף ג, פגיעה בפרטיות נוטה לגרום להשפלה בכך שהיא מעוררת בנפגע את התחושה שאין לו שליטה בחייו, שהוא אובייקט, ולא סובייקט. כדי להסביר את הויקה בין הגנה על פרטיות לבין הגנה על הכבוד איננו מחויבים איפוא לקבל את התיוה הכללית המזהה פגיעה בכבוד עם פגיעה באוטונומיה.

### 3. כבוד וחופש הביטוי

טענתי שלזיהוי של פגיעה בכבוד עם פגיעה באוטונומיה יש שתי תוצאות מזיקות: ראשית, כמעט כל הגבלה על רצונו של מאן שהוא עשויה להתפרש כפגיעה בכבודו; ושנית, לצורך זה כל הגבלה חייבת להתפרש כפוגעת בהגשמה העצמית או בפיתוח האישיות. הזכרתי כדוגמה את עניין חופש הביטוי, וטענתי שכרוב המקרים אין לומר שהגבלות על הביטוי פוגעות פגיעה משמעותית בהגשמה העצמית או בפיתוח האישיות של המוגבל. לפחות במשטרים ליברליים כשלנו, מדובר כמעט תמיד בהגבלה על ביטוי ספציפי בנסיבות ספציפיות, ולא על סתימת מעיין היצירה של אדם, השתקתו או חסימת דרך חיים שבחר בה. כמו-כן, אוטונומיה במובן הנידון דורשת גם הגנה על חופש המעשה, ואינה מצליחה להסביר את המעמד המיוחד של חופש הביטוי. כמו-כן שאין בדברים אלה

124 לעיל הערה 110, בע' 499. על השימוש בזכות לפרטיות כדי לבסס חוסר התערבות ביחסים בתוך המשפחה נמתחה כידוע ביקורת נוקבת מהכיוון הפמיניסטי. ראו, למשל: C. MacKinnon *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Cambridge, Harvard University Press, 1987) 101-102: "the legal concept of privacy can and has shielded the place of battery, marital rape, and women's exploited labor... This right to privacy is a right of men 'to be let alone' to oppress women one at a time".

125 הקישור בין פגיעה בפרטיות לבין פגיעה באוטונומיה ופגיעה בכבוד נפוץ בפסיקה האמריקאית לגבי הפלות. ראו, למשל: *Planned Parenthood of Se Pa v. Casey* 120 L. Ed. 2d 674; 112 S. Ct. 2791.

כדי לקבוע שהופש הביטוי אינו ראוי להגנה מיוחדת (וגם לא שהוא ראוי להגנה כזאת), אלא רק שלא תצמח לו ישועה רבה מהסיועון על-יסוד אוטונומיה אישית. ברצוני להוסיף עוד סיועון ביקורתי בעניין זה, ולאחר-מכן להראות כיצד סיועון דומה חל גם על המושג כבוד.

אם אוטונומיה אישית במובן הנידון כאן היא ערך הראוי להגנה מיוחדת, הרי שלהגנה זו זכאים בוודאי כל האזרחים. והנה מסתבר שבמקרים ששאלת ההגבלה על הופש הביטוי מתעוררת בהם יש רבים, מלבד בעל הביטוי, שהאוטונומיה שלהם בסכנה, ובאופן מובהק הרבה יותר. כוונתי במיוחד להשמעת ביטויים פוגעים ומכאיבים, או ביטויי שנאה (hate speech), המערערים ומחלישים את האוטונומיה של מושאיהם.<sup>126</sup> בלשונה של Brison: "These effects [of hate speech] can be autonomy undermining... Face-to-face vilification and hostile environment harassment can short-circuit reason and inhibit the victim's ability to be rationally self-legislating."<sup>127</sup>

טענה זו נזכרת לעיתים קרובות בהקשר של הדיון בפורנוגרפיה, שם נטען כי הפורנוגרפיה משתיקה (silences) נשים, וכך פוגעת באוטונומיה שלהן.<sup>128</sup> הפירוש של אוטונומיה כהגשמה עצמית ופיתוח האישיות הולם היטב שימוש זה, כי ההשתקה האמורה אכן גורמת לעיתים קרובות לפגיעה בערכים אלה. נמצאנו למדים שאם מחילים את המושג אוטונומיה כהגשמה עצמית על סוגיית הופש הביטוי, הוא חל בצורה טבעית הרבה יותר על קורבנות הביטוי הבעייתי מאשר על מי שמפרסם אותו.

נקל לראות כיצד סיועון דומה מתעורר בעניין השימוש במושג כבוד: כשם שהמושג אוטונומיה כהגשמה עצמית נשמע הרבה פחות מאולץ כשמחילים אותו על מושאי הביטוי הפוגעני מאשר כשמחילים אותו על מפיצי הביטוי, כך גם המושג כבוד. אם ביטוי כלשהו משפיל אדם או קבוצת בני-אדם, ואנו מתלבטים אם להתיר אותו, שיקול הכבוד מציע את עצמו בראש ובראשונה כטעם נגד התרת הביטוי, ולא בעדו (מה שאינו מחייב שבסופו של דבר יגבר טעם זה על הטעמים האחרים).

סיכומו של דבר, הרצון לאפשר לחופש הביטוי לחסות תחת כנפי הכבוד ולזכות בהגנה המוסרית והחוקתית רבת-העוצמה שחסות זו מעניקה הוביל את בית-המשפט לאימוץ תפיסת הכבוד כיחס מוסרי, בגרסה המקשרת בין כבוד לאוטונומיה האישית. אך תפיסה זו נשמעת מאולצת בהקשר הנידון ומתעלמת (משתקה) הן מהפגיעה באוטונומיה

126 M.J. Matsuda et al. *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaulive Speech, and the First Amendment* (Boulder, Colo., 1993)

127 S.J. Brison "The Autonomy Defense of Free Speech" 108 *Ethics* (1998) 312, 335.

128 R. Langton "Speech Acts and Unspeakable Acts" 22 *Philosophy & Public Affairs* (1993) 293

אצל מקינון. ראו, למשל: C. MacKinnon *Only Words* (Cambridge, Harvard University Press, 1993)

הנגרמת למושאי של הביטוי הפוגעני והן מהפגיעה בכבודם. לעומת זאת, תפיסת הכבוד כיחס לא־משפיל לא תוכל לספק הגנה למשמיע הביטוי, אבל היא נשמעת סבירה וטבעית כשהיא מתייחסת למושאי.

תגובה מקובלת על דברים אלה היא שכבוד האדם מציע הגנה לשני הצדדים: הוא מבסס את הצורך להגן על המבטא, מצד אחד, ועל מושא הביטוי, מצד אחר, ובמקרים של ניגוד, עלינו לנסות להעריך כבודו של מי נפגע יותר.<sup>129</sup> אבל בניתוח זה יש כדי להטעות, שכן, כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, מדובר כאן במושגים שונים של כבוד. כבודו של בעל הביטוי הפוגע הוא כבוד במובן של אוטונומיה, שהוא רחב מאוד ורלוונטי גם לגבי הנפגע. ואילו כבודו של הנפגע הוא כבוד במובן של אי־השפלה, שהינו רלוונטי רק לגבי הנפגע. נוכל איפוא להשיג בהירות מושגית רבה יותר אם נציג את הקונפליקט הגידון כקונפליקט בין חופש הביטוי (יהא הבסיס לו אשר יהיה) לבין כבוד, ולא בין שתי השתמעויות של המושג כבוד עצמו. כך ניסה זאת ארתור צ'סקלסון, נשיא בית־הדין החוקתי בדרום־אפריקה:

"If you take the simplest case of defamation. On the one hand you have a right to dignity and a right to privacy for the person who claims to have been injured by the defamation. On the other hand, you have the freedom of speech. So each party can rely upon a constitutional right."<sup>130</sup>

הצגה זו עדיפה לא רק מבחינה מושגית, אלא גם מבחינה מוסרית. אמירה שהגבלה על פרסומם של ביטויי שנאה היא פגיעה בכבוד בדיוק כשם שפרסומם הוא פגיעה בכבוד כמוה כיצירת רושם של סימטריה מוסרית בין עמדותיהם של הצדדים,<sup>131</sup> כביכול כבודו של

129 ראו, למשל, ברק, לעיל הערה 3, בע' 280.

130 K. Kempton & M. 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. of Toronto Faculty of L. J.* (1998) 161, 163 על גישת המשפט הגרמני למקרים של התנגשות בין פגיעה בחופש הביטוי לבין פגיעה בכבוד, ראו, למשל: S. Douglas-Scott "The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches" 7 *Wm. & Mary Bill of Rights J.* (Winter, 1999) 305, sec. B.

131 המחשבה שלפיה, אם שתי דרישות יונקות מאותו ערך יש להן אותו משקל, והן סימטריות במובן זה, מצויה, למשל, בדברי השופט גולדברג בעניין דנ"א 2401/95 נחמני, לעיל הערה 110. לדעתו, הואיל והזכות להיות הורה והזכות לא להיות הורה "יונקות את חיותן מאותם ערכי יסוד של חירות וכבוד האדם", שתי הזכויות שוות במעמדן וכותן; "ההוות בסוגו של ערך היסוד הנפגע היא שמעיינת את כפות המאזניים" (שם, בע' 728, פסקה 10 לחוות־דעתו). לביקורת נוקבת על גישה זו, ראו ד' ברק־ארו "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 197, וכן, באופן כללי יותר: D. Barak-Erez & R. Shapira "The Delusion of Symmetric Rights" 19 *Oxford J. of Legal Stud.* (1999) 297.

הגזען הנפגע מהגבלת חופש הביטוי שלו יקר בעיניו בדיוק כמו כבודם של בני המיעוטים שאותם הוא שונא ומבוזה. סימטריה זו מטעה ומסוכנת, אף שתפיסת הכבוד כיחס מוסרי מתקשה להסביר מדוע. לעומת זאת, בתפיסת הכבוד כיחס לא־משפיל הדבר ברור: פגיעה בכבוד במקרים מסוג זה היא אסימטרית באופן חד־משמעי, מפני שרק צד אחד – המפרסם של הביטוי הפוגעני – פוגע בכבודו של הצד האחר. לפיכך יש לראות את חופש הביטוי ואת כבוד האדם כשיקולים מתחרים, כפי שטען השופט חשין לאחרונה בעניין ידיעות אחרונות:

"הנהיגם אפוא המחנות המתייצבים זה אל מול זה: מזה 'כבוד האדם' – לענייננו: כבודו של האדם בעיני הזולת ובעיני עצמו, זכותו לשם טוב – ומזה חופש הביטוי (שיש אומרים כי אף הוא נגזר מכבוד האדם). מזה זכותו של קראוס ששמו וכבודו לא ייפגעו, ומזה זכותו של 'ידיעות אחרונות' לחופש הביטוי."<sup>132</sup>

אף־על־פי שחשין מזכיר בסוגריים את הדעה שגם חופש הביטוי נגזר מהכבוד, ניכר מהמשך דבריו שאין זו דעתו שלו. במסגרת ההצדקות לחופש הביטוי שהוא מעלה בהמשך הדיון אין הוא מזכיר כלל את רעיון הכבוד, לא כבסיס כללי לחופש הביטוי ולא כבסיס לחופש הביטוי של העיתון ידיעות אחרונות במקרה של קראוס. ההגנה על הכבוד היא הגנה על "כבודו של האדם בעיני עצמו ובעיני זולתו" ועל "זכותו לשם טוב", בדיוק על מה שכבוד כיחס לא־משפיל מבקש להגן.

#### 4. כבוד ושוויון

בית־המשפט העליון מתלבט בשנים האחרונות בשאלה אם הגנה על כבוד כוללת גם הגנה על שוויון,<sup>133</sup> ועדיין לא נפלה הכרעה בעניין.<sup>134</sup> דומני שלאור ההבחנה שהצעתי בין

132 לעיל הערה 9, בע' 78.

133 לדעת ברק, לעיל הערה 3, בע' 279, התשובה על כך חיובית, וכך גם לדעת השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' "יר ושם", פ"ד מח(3) 353, והשופט מצא בבג"צ 453/94, 454 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (להלן: עניין שדולת הנשים). לעומת זאת, תשובה שלילית מצויה, למשל, אצל השופטת ד' דורנר, הטוענת בבג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון ר"צ אח', פ"ד מט(4) 94, 131–132 (להלן: עניין אליס מילר): "על רקע זה ספק בעיני אם ניתן – ועל־כל־פנים, אם ראוי – לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק־היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי. כוונתו הברורה של המחוקק, כעולה מעבודות ההכנה, הייתה דווקא שלא לעגן בחוק־היסוד עיקרון כללי זה. לעבודות ההכנה של חוק משקל בקביעת תכליתו." לכך שקריאת ערך השוויון אל תוך חוק־היסוד היא בגדר "ניסיון מאולץ ומלאכותי", השוו גם לעיל הערה 38, בע' 140–141.

134 ראו דברי השופט זמיר בבג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי ו־10 אח' נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (להלן: עניין מרכז השלטון המקומי): "הטענה העיקרית של העותרים היא,

שני המושגים כבוד, התשובה מתבקשת כמעט מאליה. אם מבינים כבוד כיחס מוסרי ברוח קאנט, פשיטא שפגיעה בשוויון היא פגיעה בכבוד. כפי שהדגיש סוליוואן בצדק,<sup>135</sup> ניתן להבין את האתיקה של קאנט כמחאה נגד הבחנות בין בני-אדם המבוססות על מעמד כלכלי, שיוך חברתי וכדומה. מה שביקש קאנט להציע הוא תפיסה של שוויון מוסרי (moral egalitarianism), שבה כל בני-האדם ראויים לכבוד בזכות עצמם האנושיות שלהם.<sup>136</sup> הכבוד כ-dignity מחליף אצל קאנט את הכבוד כ-honor. לא לכולם יש honor כמושג חברתי, אבל לכולם, באשר הם בני-אדם, יש dignity, ולכן הם זכאים במידה שווה ליחס המוסרי הנגזר מכך. גישה לא-שוויונית, דהיינו, הפליה על בסיס לא-רלוונטי, היא ביטוי מובהק לחוסר כבוד במובן זה. היא מניחה שהאדם המופלה לרעה אינו בעל ערך פנימי כשאר בני-אדם, אלא בעל מחיר-שוק שניתן להמיר אותו בקניין אחר בעת הצורך. היא מתייחסת לאדם המופלה לרעה רק כאמצעי, ולא כתכלית. פגיעה בשוויון היא איפוא לעולם גם פגיעה בכבוד כיחס מוסרי.

לעומת זאת, אם מבינים כבוד כיחס לא-משפיל, פגיעה בשוויון אינה בהכרח פגיעה בכבוד. ניטול לדוגמה את עתירתם של כמה חברי כנסת שהיו גם ראשי ערים<sup>137</sup> נגד חוק שלפיו ראשי רשויות מקומיות שלא היו חברים בכנסת השלוש-עשרה, ואשר ייבחרו לכנסת הארבע-עשרה, תפקע משרתם בראשות הרשות המקומית ביום תחילת כהונתה של הכנסת. ואילו עמיתיהם, ראשי רשויות מקומיות שכיהנו אז כחברי כנסת, יהיו ראשים להמשיך ולכהן במשרתם ברשות המקומית עד תום כהונתם במשרה זו אף אם ייבחרו לכנסת הארבע-עשרה, לדעת העותרים, "איי-השוויון גלוי על פניו" במקרה זה. אולם גם אם נכון ש"אפליה זו אינה ראויה, היא נטולת הגיון, אין בה הצדקה, ואין ביסודה שום אבחנה הגיונית", קשה להניח שהיא גם השפילה אותם ופגעה בכבודם העצמי; ואכן שום טענה ברוח זו לא נשמעה מפיהם. קל להעלות על הדעת מקרים דומים שבהם אי-השוויון אכן פסול ובגדר הפליה, ובכל זאת נעדר ממנו היסוד של השפלה, של פגיעה בכבוד במובן הרגיל של המלה.

מתי איפוא חוסר שוויון גורר פגיעה בכבוד במובן של השפלה? כאשר בבסיס חוסר השוויון מונחת תפיסת-עולם (מודעת פחות או מודעת יותר) שלפיה בני הקבוצה שהם מושאי היחס הלא-שוויוני אינם ראויים להיות חברים מלאים בחברה, בשל מינם, גזעם, דתם וכיוצא באלה. כפי שראינו בסעיף ג, קיימת זיקה הדוקה בין השפלה לבין דחייה חברתית. מי שמקבל מסר של דחייה מהחברה שהוא חי בתוכה סובל מירידה בהערכה-

שסעיף 6(א) לחוק הנדון בטל ומבוטל משום שהוא פוגע בכבוד האדם. כידוע, הדעות חלוקות בשאלה מה יש ומה אין בכבוד האדם. לפי אמרות אגב של שופטים אחדים כבוד האדם אוסר פגיעה בשוויון. אך עדיין לא נפסקה הלכה בשאלה זאת.

<sup>135</sup> Sullivan, *supra* note 11, at p. 197.

<sup>136</sup> ספק אם קאנט עצמו היה עקבי בשוויון מוסרי זה. לגבי יחסו הבעייתי לנשים, ראו המקורות אצל Sullivan, *ibid*, at p. 376, note 26, הסבור כי דעותיו של קאנט בעניין זה "are best ignored and forgotten".

<sup>137</sup> לעיל הערה 134.

העצמית שלו או בכבוד־העצמי שלו. בהתאם להבנה זו, התשובה לשאלה אם אי־שוויון הוא בגדר פגיעה בכבוד אינה תלויה במידת אי־השוויון, אלא בטעמים העומדים ביסודה. אי־שוויון בעניין שהוא טריוויאלי כשלעצמו עשוי לבטא חוסר כבוד חמור, ואילו אי־שוויון בעניין לא־טריוויאלי עשוי לא לבטא פגיעה בכבוד. הוראה האוסרת על בני קבוצה מסוימת לנסוע באוטובוסים ציבוריים בין השעות ארבע וחמש בבוקר (אך מתירה זאת לשאר האזרחים) עשויה לא להוות הפרעה של ממש בחיי בני הקבוצה, אך היא עשויה לפגוע בכבודם אם היא מבטאת גישה הרואה אותם לא כבני־אדם מלאים, או לפחות לא כשותפים מלאים בחברה. לעומת זאת, להוראה המונעת חברי כנסת מסוימים מלכהן כראשי רשויות (אך מאפשרת זאת לחברי כנסת אחרים) יש השלכות משמעותיות הן על אותם חברי כנסת והן על הרשויות שהם מופקדים עליהן, ובכל זאת אין היא מבטאת חוסר כבוד. אי־הבנת נקודה זו גורמת לעיתים לאי־הבנת מאבקן העיקש של קבוצות מיעוטים או קבוצות חלשות באוכלוסייה לשינוי כללים לא־שוויוניים בעניינים שהמשמעות המעשית שלהם פעוטה. מה שמניע מאבקים אלה אינו המודעות לחוסר השוויון כשלעצמו, אלא ליחס הדוחה שעומד ביסודו, המוצא לעיתים ביטוי ברור יותר דווקא באותם כללים פעוטים. העמדה המוצעת כאן קרובה לזו של השופטת דורנר, כפי שהתנסחה בעניין אליס מילר:

"אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועליכן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד. כך, למשל, נפסק כי הפליה לרעה של רשימות קטנות לעומת רשימות גדולות או של רשימות חדשות לעומת רשימות ותיקות פוגעת בעקרון השוויון... עם זאת, פגיעות כאלה בעקרון השוויון, שאף גררו פסילתם של חוקי־הכנסת, לא התבטאו בהשפלה, ולכן, אף לא הייתה בהן פגיעה בכבוד האדם. לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס למופלה של מעמד נחות, שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה... סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזע או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעומה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. היסוד המרכזי, עליכן, בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן. דעתי היא אפוא כי חוק־היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם. וכך הוא כאשר אישה מופלית לרעה בשל מינה."<sup>138</sup>

יודגש שלפי עמדה זו, השוויון כשלעצמו אינו ערך מוגן לפי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הערך המוגן הוא כבוד (כחס לא־משפיל), ולכן רק אי־שוויון המהווה פגיעה בכבוד זה ייפסל על־ידי החוק.

138 לעיל הערה 133, בע' 132–133.

אמת, במקרים ספציפיים לא קל לקבוע אם לפנינו אי־שוויון "סתם" או אי־שוויון משפיל. אולם בדרך־כלל קביעה זו אינה הכרחית. עמד על כך השופט מצא בעניין נוף. עתירתו של נוף נסבה על תקנה המתירה לבעלי זקן דתיים לקבל חינוך מסכות הגנה מיוחדות מפני גז, והמחייבת בעלי זקן חילוניים לשלם בעד המסכות. לאחר שהוא מתלבט בשאלה אם יש בתקנה זו פגיעה בכבוד, הוא אומר כדלהלן:

"משנמצא כי הוראת התקנה פוגעת בשוויון, הרי שגם אלמלא חוק היסוד – ועל־פי אמות המידה של המשפט המנהלי – היתה מתחייבת המסקנה, כי דין הוראת התקנה להיבטל; אם משום שבהתקנתה חרג השר מסמכותו המהותית..., ואם, למצער, משום היותה של ההוראה בלתי סבירה בעליל... בהתחשב במהות הפגם בו לוקה הוראתה המפלה של התקנה, אין לדעתי מנוס מביטולה."<sup>139</sup>

אם כך, בכל הנוגע בחקיקת־משנה, אין כל צורך להכריע אם חוסר שוויון מהווה פגיעה בכבוד. המושג שוויון יכול לעשות לבדו את העבודה הנורמטיבית, והוא עושה אותה בעוצמה רבה ובבהירות. כפי שהשופט מצא טוען כאן וכפי שנטען בהודמנויות שונות,<sup>140</sup> גם בלא חוקי־היסוד ראו בתי־המשפט את עצמם מוסמכים לפסול תקנות והוראות המבטאות חוסר־שוויון, וסמכות זו לא השתנתה. כדי להצדיק פסילה כזאת, מה שעלינו לדרוש מבתי־המשפט הוא להראות שחוסר השוויון מבוסס על אמת־מידה לא־רלוונטית; שהיא "אינה ראויה, נטולת הגיון, אין בה הצדקה, ואין ביסודה שום אבחנה הגיונית".<sup>141</sup> איננו צריכים להכביד עליהם בדרישה נוספת, להראות שחוסר השוויון גם פוגע בכבוד.

המצב שונה כידוע בחקיקה ראשית של הכנסת, שבה בית־המשפט העליון יכול

139 לעיל הערה 117, בע' 462–463.

140 ראו, למשל, דברי השופט מצא בעניין שדולת הנשים, לעיל הערה 133, בע' 521–522: "עקרון השוויון, שכדברי הנשיא אגרנט 'אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה' (ר"ג 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כה (1) 7, 35), הוכר במשפטנו, זה מכבר, כאחת ממידות הצדק וההגינות על־פיהן מצווה לנהוג כל רשות ציבורית. לא נרחיב כאן בדבר פיתוחה בפסיקה של זכותו הטבעית של האדם לשוויון. עם זאת נטעים, שככלל לא נראה מעולם צורך לעגן את עקרון השוויון בחקיקה; לא כל שכן, שלא נתעורר צורך להתוות נוסחאות חקוקות להשלטתו על תחומים כאלה ואחרים של הפעילות הציבורית והחברתית."

וכן השופט זמיר, שם, בע' 534–535: "אין אני רואה צורך, כדי להגיע לתוצאה אליה הגיע חברי השופט מצא, להסתמך על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. עקרון השוויון יש לו שורשים עמוקים במשפט ישראל. מקובל מאז ומתמיד שהוא אחד מערכי היסוד של המדינה. ההכרזה על הקמת המדינה נתנה לכך ביטוי ברור. ובית המשפט הסתמך על הכרזה זאת ועל מקורות נוספים כדי לקבוע שעקרון השוויון הוא כלל מנחה בפרשנות חוקים."

141 לעיל הטקסט הסמוך להערה 137.

להתערב רק אם העילה להתערבות מצויה בחוקי-היסוד, ולכן, בהקשר זה אכן חייבים להכריע אם שוויון נכלל בכבוד אם לאו. בהתאם לטיעון שמוצג לעיל, לא שוויון כשלעצמו הוא ערך מוגן, אלא רק אותו שוויון הנחוץ כדי לבטא כבוד כיחס לא־משפיל.<sup>142</sup> לצורך הדיון אימצתי את ההנחה המקובלת שלפיה המושגים שוויון וכבוד הם מושגים מוסריים נבדלים, ומה שביקשתי להראות הוא שלא כל מקרה שנדרשת בו הגנה מוסרית על שוויון הוא גם מקרה של פגיעה בכבוד (במובן של השפלה). לסיום סעיף זה ברצוני להעיר שהנחה זו אינה הכרחית, ואם מאמצים תפיסה אחרת של היחס בין כבוד לבין שוויון, המסקנה הרצויה מתבקשת מאליה. כוונתי לתפיסה שפיתה לאחרונה הפילוסוף האמריקאי הרי פרנקפורט.<sup>143</sup> לדעתו, לשוויון כשלעצמו אין כל ערך מוסרי ("equality as such is of no moral importance"), וכי קיימת נטייה לבלבל בין חוסר שוויון לבין היעדר כבוד (disrespect). מה שנדרש מבחינה מוסרית אינו שוויון, אלא התייחסות בלתי־שרירותית, בהתאם לתכונות הרלוונטיות של האדם במקרה הפרטי. התייחסות זו היא בעלת ערך מוסרי (ולא רציונלי בלבד) משום שהתייחסות המתעלמת מהתכונות הרלוונטיות של האדם מהווה מעין הכחשה של קיומו או התקפה עליה, וגורמת שיחוש תחושות קשות של התעלמות וביטול. לדעת פרנקפורט, התחושה שמתעלמים מאדם, שאין מתייחסים אליו ברצינות, עלולה להיות מטרידה ביותר ("profoundly disturbing") ולעורר תגובה הגנתית חזקה ביותר – בדיוק סוג התחושות והתגובות האופייני להשפלה. אם פרנקפורט צודק, ההגנה המוסרית על שוויון אינה אלא ההגנה מפני פגיעה בכבוד (שוב: בכבוד כיחס לא־משפיל). לניתוח זה השלכות מרחיקות־לכת לגבי המושג שוויון, שלא אוכל לדון בהן מפאת קוצר היריעה.<sup>144</sup>

142 לטיעונים נוספים ומשכנעים מדוע אין לפרש את המושג כבוד האדם בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו ככולל שוויון, ראו סומר, לעיל הערה 3, סעיף ד. לדעת סומר, פירוש מעין זה עומד בניגוד להיסטוריה ולכוונה החקיקתית, ואינו מתיישב בצורה נוחה עם הסעיפים האופרטיביים שבחוק זה.

143 H. Frankfurt "Equality and Respect" *Necessity, Volition, and Love* (New York, 1999) ch. 13.

144 לעמדה קרובה לזו של פרנקפורט, ראו: E.S. Anderson "What Is the Point of Equality" 109 *Ethics* (1999) 287. לדעת אנדרסון, המוקד של השוויון כאידיאל מוסרי־פוליטי אינו נעוץ בחלוקה מחדש של הטובין, אלא בביטול הדיכוי, הניצול וההשפלה המאפיינים לעיתים קרובות את יחסן של השכבות החברתיות־הכלכליות החזקות יותר אל הנחותות יותר. התיאוריה שהיא מפתחת, "שוויון דמוקרטי" (democratic equality), מעניקה חשיבות מרכזית לשאלה אילו יחסים ייכוננו בין האזרחים בחברה, יותר מאשר לשאלה כיצד יהיו לקו הטובין. עמדתה של אנדרסון אומצה לאחרונה על־ידי: C.H. Wellman "Relational Facts in Liberal Political Theory: Is There Magic in the Pronoun 'My'?" 110 *Ethics* (2000) 537, 547. וולמן טוען בעקבותיה כי: "proper regard for equality... should prompt us to amend those inequalities which create socially oppressive relationships".

## 5. פגיעה בכבוד ופגיעה ברגשות

הצעתי לפרש את המושג כבוד כיחס לא־משפיל יוצרת זיקה קרובה בין דאגה לכבוד לבין כיבוד רגשות ובין פגיעה בכבוד לפגיעה ברגשות. שהרי פגיעה בכבוד היא הסבת תחושות של השפלה, כלומר, פגיעה בכבוד־העצמי, ופגיעה ברגשות גורמת אף היא תוצאות אלה. במקום אחר טענתי שפגיעה ברגשות כוללת ארבעה רבדים:

"אנו פוגעים ברגשותיו של אדם (דהיינו: מסיבים לו רגשות כואבים), בכך שאנו פוגעים בו (דהיינו, פוגעים בכבודו, מערערים את ההערכה העצמית שלו), על ידי הבעת לעג לערכים שהוא מאמין בהם, באופן טיפוסי על־ידי חילול הסמלים המקודשים הקשורים לערכים אלה."<sup>145</sup>

בית־המשפט העליון אכן הניח את קיומה של זיקה זו בכמה פסקי־דין. בעניין ויכסלבאום, למשל, עתרו בני משפחתו של ערן ויכסלבאום ז"ל נגד האיסור להוסיף כיתוב אישי על המצבה, איסור שאינו נותן לדעתם מקום ראוי לרגשותיהם. הנשיא ברק הסביר שמדובר בקונפליקט בין שני ערכים: "כנגד השיקול בדבר האחידות עומד השיקול בדבר כבוד האדם."<sup>146</sup>

מה פירושו המעשי של הכבוד במקרה זה? הווה אומר, לא לפגוע ברגשות המשפחה, אלא לאפשר לה מתן ביטוי לרגשות האבל שלה:

"הקבורה בבית־קברות צבאי גוררת אחריה מתן עדיפות לאחידות על פני הביטוי האישי. עם זאת זכותה של המשפחה שיקרה ייקבר בבית־קברות צבאי, וזכותה שיינתן ביטוי – בצד האחידות – גם לרגשותיה שלה. אכן, בבית־קברות צבאי יש לשאוף להגשמת שני העקרונות גם יחד, תוך מתן בכורה לאחידות ולשוויון."<sup>147</sup>

אם אין מאפשרים למשפחה להוסיף כיתוב אישי פוגעים בכבודה של המשפחה כמו גם בכבודו של הנפטר,<sup>148</sup> ולכן, אליבא דברק, החלטה זו של המועצה להנצחת החייל מנוגדת לדרישה להגן על הכבוד בחוק־היסוד.

ברם, דומני שיש להתייחס בזהירות לזיקה זו בין פגיעה בכבוד כהשפלה לבין פגיעה ברגשות. ב"פגיעה ברגשות דתיים" הבחנתי בין שני סוגים עיקריים של פגיעה ברגשות: התנהגויות שהטעם העיקרי להן הוא לפגוע ברגשות, והתנהגויות שבהן הפגיעה ברגשות אינה מכוונת ואינה מהווה טעם כלשהו להתנהגות. הצעתי את שתי הדוגמות הבאות:

"אוכל חמץ לתיאבון ברחוב: נמרוד מאחר לעיתים קרובות לקום, ואינו מספיק לאכול ארוחת בוקר בבית. הוא לוקח כריך ואוכל אותו בדרך לאוטובוס, מרחק עשר דקות הליכה, דרך השכונה הדתית הסמוכה. כך הוא נוהג גם בימי הפסח."

"אוכל חמץ להכעיס ברחוב: נמרוד שונא דתיים, ומרגיש שהם 'משתלטים' לו על

145 לעיל הערה 69, בע' 139.

146 לעיל הערה 4, בע' 827.

147 שם, בע' 830.

148 אבל ראו מה שכתבתי, לעיל הערה 107.

החיים'. הוא אינו יכול לסבול את הבגדים שלהם, את צורת הדיבור שלהם ואת אורח חייהם. מדי פעם הוא מתגרה בהם ולועג להם. בפסח הוא נוהג לארגן כמה חברים ולעבור יחד אתם בלב השכונה הדתית כשהם לועסים בגטים טריים.<sup>149</sup>

במקרה של האוכל המין להכעיס אכן קיימת זהות בין פגיעה ברגשות לבין פגיעה בכבוד במובן של השפלה. המטרה של אכילת החמץ במקרה זה היא להתגרות בדתיים וללעוג להם, ותגובתם הטבעית תהיה תחושת איום על הערך העצמי, תחושת השפלה. הגנה על הכבוד דורשת איפוא למנוע התנהגות זו (כמובן, עשויים להיות טעמים אחרים לא להטיל עליה איסור משפטי). מה לגבי המקרה של אוכל חמץ לתיאבון? כאן הניקה להשפלה הרבה פחות מובהקת. מדוע הדתיים חשים כאב רגשי למראה נמרוד גם אם הם יודעים שהוא נוהג כפי שהוא נוהג בלא כל כוונה להעביר להם מסר של דחייה, בלא כל רצון להשפילם? הווה אומר, מפני שיש להם ציפיות מסוימות ממנו לגבי התנהגות בשכונה, רוצה לומר, ציפיות שיתנהג בפרהסיא באופן ההולם את תפיסתם הדתית. בכך שנמרוד אינו נוהג לפי ציפיות אלה, הוא מבטא כביכול זלזול וחוסר התחשבות בדתיים, והמודעות לכך היא המקור של רגשות ההשפלה. התעלמות גמורה מציפיותיו של אדם ורצונותיו משדרת מסר של דחייה, וכאילו אומרת לאדם שבעוד שראוי להתחשב באחרים, אין הוא ראוי לכך.

אלא שברור שלא כל ציפייה ראויה להתחשבות, ויש ציפיות שבמפורש ראוי לא להתחשב בהן, כמו ציפיותיו של הגזען לא להתרועע עם בני הגזע הנחות בעיניו.<sup>150</sup> לגבי ציפיות שאינן פסולות מוסרית, כמו ציפיותיהם של הדתיים לעיל, שאלת השאלות היא אם הציפיות מוצדקות הן אם לאו. אם הן מוצדקות, אזי הפגיעה הרגשית הינה רציונלית וראויה להתחשבות, ואם לאו, אז הפגיעה הרגשית אינה רציונלית ולכן אין חובה להתחשב בה. אבל אם כך, יוצא שהיסוד של הפגיעה הרגשית אינו ממלא תפקיד של ממש בדיון הנורמטיבי, והוא כגלגל חמישי מיותר. כדי לדעת אם נמרוד פגע בפגיעה אסורה ברגשות הדתיים, עלינו לקבוע קודם אם ציפיותיהם ממנו לנהוג אחרת מוצדקות, וברגע שקבענו זאת, קיבלנו כבר תשובה לשאלה אם התנהגותו הגונה או מגונה.

העולה מדברים אלה הוא שבכל הנוגע בפגיעות אגביות ברגשות, לא די בתחושה הסובייקטיבית של פגיעה בכבוד לבסס טענה נגד הפוגע. אם הפוגע פעל שלא מתוך כוונה להשפיל את הנפגע, ואף לא בצורה המבטאת חוסר התחשבות בולט במה שהיה ראוי להתחשב מבחינה מוסרית, לא ניתן להאשים אותו בפגיעה בכבוד. אם לא נאמר כך, אין כמעט בקשה שלא יהיה ניתן להציג את דחייתו כפגיעה בכבודו של המבקש; אם פלוני רוצה x מפני ש-x חשוב לו מאוד, הרי שאם איננו מוכנים לאפשר לו את x, ייצא שאנו פוגעים בכבודו, ואין לדבר קץ.

הבה נבחן את ההשלכות של ניתוח זה על עניין ויכסלכאום. האם השיקול של כבוד האדם אכן מוביל לפסילת החלטתה של המועצה להנצחת החייל נגד הוספת הכיתוב

149 לעיל הערה 69, בע' 150.

150 ראו דוגמת "הזוג המעורב", שם, בע' 150-151.

האישי המבוקש על המצבה? אם כוונתנו לכבוד כיחס מוסרי, אין הוא יכול להנחותנו בפתירת הבעיה, שכן בתפיסה זו, כפי שהוסבר בהרחבה, אין לכבוד תפקיד נורמטיבי עצמאי. לעומת זאת, אם כבוד האדם העומד לצד העותרים כאן הוא כבוד כיחס לא-משפיל, או בהמשך לאמור לעיל קשה לראות את הבסיס לטענה זו. לכולי עלמא לא נבעה החלטת המועצה להנצחת החייל מרצון להשפיל את המשפחה, כלומר, בוודאי אין מדובר כאן בפגיעה מכוונת. האפשרות האחרת היא לומר שאף שלא היתה למועצה כוונה מפורשת להשפיל, הרי שתוסר ההתחשבות שלה בציפיותיה של המשפחה חמור עד כדי כך שהוא עורר בדין תחושות של דחייה והשפלה, ומכאן פגיעה בכבוד. אלא שכדי לבסס טענה מסוג זה יש קודם-כל להוכיח שציפיותיה של המשפחה אכן היו מוצדקות במקרה הנידון, וזו בדיוק היתה השאלה שבמחלוקת, דהיינו: האם היה מוצדק לתת עדיפות לכיתוב אישי על דרישת האחידות. פתרון השאלה באמצעות ההנחה שמניעת כיתוב אישי פוגעת בכבוד כמוה כהנחת המבוקש.

במילים אחרות: המשפחה יכולה לחשוב (ולעניות דעתי, בצדק) שהחלטת המועצה לא ייחסה משקל מספיק לצורכי האבל האינדיווידואליים שלה; היא יכולה לחשוב שהמועצה טעתה בהחלטתה; אבל יהיה זה לא-סביר אם תסיק מכך שעמדת המועצה משקפת ולזול, דחייה, התעלמות גמורה וכדומה, סוג הגישות המצמיח בדין תחושות של פגיעה בכבוד-העצמי.

בדיוני על פגיעה ברגשות טענתי שברוב המקרים שנעשה בהם שימוש במושג זה ניתן להציג תמונה בהירה יותר של הסיטואציה הנורמטיבית אם במקום לדון ברגשות הפגועים (של צד אחד או של שני הצדדים), נמקד את תשומת-הלב באינטרסים ובערכים שהפגיעה בהם משמשת יסוד לרגשות אלה.<sup>151</sup> דברים אלה כוחם יפה גם כאן: הערכים שאנו נדרשים לאון ביניהם בעניין ויכסלבאום אינם אחידות לעומת כבוד, אלא, כפי שניסחה זאת יפה השופטת דורנר, "בין הבטחת האחידות בבתי-הקברות הצבאיים לבין צורכי האבל האינדיווידואליים של המשפחות השכולות".<sup>152</sup> לצרכים אלה היה ראוי להעניק משקל רב יותר, כפי שאכן פסק בית-המשפט לבסוף, אך כדי להגיע למסקנה זאת לא היה צריך – ולפי הניתוח המוצע, גם לא היה מועיל – לגייס את כבוד האדם. באופן אישי אני מזדהה איפוא עם תוצאת האיוון שביצע בית-המשפט, אך מתנגד לקו הטיעון שהוביל אליה את דעת הרוב.<sup>153</sup>

דברים דומים חלים על פסק-דין נוסף שעסק בכיתוב על מצבות, ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום.<sup>154</sup> בעניין זה התבקש בית-המשפט

151 שם, בעיקר סעיף ג.

152 לעיל הערה 4, בע' 212–213.

153 אני גם סבור שבכל מקרה, לא היתה עילה להתערב כאן בהחלטת הרשות המוסמכת (המועצה להנצחת החייל), אבל לא זה המקום לדון בכך. ראו ד' סטטמן "על ליברליזם, לאומיות, ועל מה שאין ללמוד מפרשת קסטנבאום" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 239, 252, הערה 62.

154 פ"ד מו(2) 464 (להלן: עניין קסטנבאום).

להכריע אם החברה קדישא גחש"א ירושלים נהגה כדין כאשר קבעה שמר קסטנבאום לא יוכל לחרות על המצבה את שם אשתו באותיות לטיניות, אלא רק באותיות עבריות. גם במקרה זה היה ברק סבור שמה שעומד על הפרק הוא התנגשות בין כבוד האדם מהעבר האחר, דהיינו, כבודו של מר קסטנבאום ושל המנוחה, לבין הלשון העברית מהעבר האחר: "אכן, כבוד האדם, וכן חופש המצפון, המחשבה והביטוי של הנפטר בחייו ושל הקרובים לו לאחר מותו – בכל אלה חייבת רשות שלטונית להתחשב שעה שהיא מעניקה שירותי קבורה. משמעות הדבר, היענות לבקשת הנפטר (בחייו) או משפחתו (לאחר מותו), כי הכיתוב על המצבה יהא בשפה שתיבחר על ידיו. ודוק: כבוד האדם בו עסקינן, אינו רק הכבוד של המשיב ושל רעייתו המנוחה. זהו כבודם של כל אלה אשר נקברו באותה חלקה ושל משפחותיהם. עניין לנו אפוא בזכות אדם אינדיווידואלית המשותפת לכל יחיד ויחיד בתור שכזה. בצד השיקולים של הלשון העברית מזה וכבוד האדם מזה, עומד השיקול בדבר הסובלנות."<sup>155</sup> [ההדגשות שלי – ר' ס'.]

שוב עלינו לשאול באיזה מושג של כבוד עסקינן. אם כבוד כיהס מוסרי, בגרסה המזוהה כבוד עם התחשבות באוטונומיה, הרי כשם שיש להתחשב ברצונו האוטונומי של קסטנבאום, כך עלינו להתחשב ברצונם האוטונומי של יתר שוכני בית הקברות ומשפחותיהם, וכן של מייסדי החברה קדישא הנידונה, וקשה להבין מדוע חוסר התחשבות ברצונם של הראשונים מהווה פגיעה בכבוד, מה שאין כן חוסר התחשבות ברצונם של האחרונים. הדרישה להתחשב באוטונומיה במובן הנידון רחבה עד כדי כך שאין היא מספקת שום העדפה נורמטיבית. לעומת זאת, אם מדובר בכבוד כיהס לא־משפיל, שוב קשה לראות במה התנהגותה של החברה קדישא גרמה השפלה למר קסטנבאום או למנוחה,<sup>156</sup> ודומני שאין צורך לחזור על הטיעון שפיתחתי לעיל בעניין ויכסלבאום. "על שום מה יש בשלילת הכיתוב הלוועזי משום פגיעה קשה וממשית בערך היסוד של כבוד האדם, לא ברור לי כל צרכו," אומר השופט אלון,<sup>157</sup> ואף לי אין הדבר ברור. בהתחשב בכך שהחלטת החברה קדישא היתה יישום של חווה שקסטנבאום חתם עליו בדעה צלולה,<sup>158</sup> ושאותה מדיניות יושמה כלפי כל באי בית הקברות, איני יכול לראות את

155 שם, בע' 520.

156 ראו שוב, לעיל הערה 107.

157 לעיל הערה 154, בע' 513.

158 קשה לקבל את טענתו של הנשיא ברק שלפיה "מי שמתו מוטל לפניו אינו מעיין בדו"חות צרכניים באשר לשירות הטוב ביותר. הוא נתון בלחץ ובמבוכה, בכאב וברפיון דעת. דעתו אינה פנויה 'למחקר שוק' (שם, סעיף 16 לחוות־דעתו). איש לא טען שמר קסטנבאום היה צריך לבצע באותו יום מר "מחקר שוק", או "לעיין בדו"חות צרכניים", אלא רק לברר אם יוכל לקבור את רעייתו בבית־קברות אחר שאין בו איסור על כתיבה בלוועזית. מכל מקום, דומני שגם ברק לא סבר שדעתו של מר קסטנבאום לא היתה צלולה באותו מובן חמור הדרוש כדי לבטל הסכמה לחווה.

הצידוק לתחושת הפגיעה בכבוד, ולא פגיעה סתם, אלא פגיעה "קשה וממשית". בעניין קסטנבאום, בדיוק כמו בעניין ויכסלבאום, מה שעומד על הפרק מצד העותרים הוא "צרכי האבל האינדיבידואליים של המשפחה"<sup>159</sup> – ואיני מזלזל בהם – ולא כבודם הנפגע כביכול על-ידי הצד האחר.

סיכומי של דבר, אנו זקוקים להגנה על הכבוד כאשר הכבוד, במובנו הרגיל של הביטוי, שרוי תחת איום. לא זה המצב במקרים טיפוסיים של פגיעה אגבית ברגשות, ולכן פנייה לכבוד אינה נחוצה ואינה מועילה כדי להדריכנו אל ההכרעה הנכונה.

### ה. תפקידו הנורמטיבי וכוחו של האיסור להשפיל

בסעיף ב טענתי שלכבוד כיהס מוסרי יש ערך מוחלט מבחינה מוסרית, אבל מוחלטות זו ריקה מבחינה נורמטיבית-מעשית. לעומת זאת, לכבוד כיהס לא-משפיל יש תוכן נורמטיבי-מעשי, אבל אין לו ערך מוחלט. בסעיף הנוכחי ברצוני להרחיב בשני היבטים אלה של כבוד כיהס לא-משפיל, ולבהון את תוכנו המעשי וכוחו של כבוד זה. תחילה אדון בקושי עקרוני הניצב לפני גיבוש תוכן נורמטיבי עצמאי למושג הנידון, ולאחר-מכן אדון בקשיים ביישומו.

#### 1. השפלה ומושגים מוסריים אחרים

בדיון לעיל על היחס בין פגיעה בכבוד לפגיעה ברגשות טענתי שעצם תחושת ההשפלה אינה מספיקה לביסוס תביעה נורמטיבית נגד מי שנתפס כגורם לתחושה זו, אלא אם התחושה מוצדקת. במקרים של מה שכינתי "פגיעות אגביות" פירושו של דבר שיש להוכיח שציפיותיו של הקורבן לגבי התנהגותו של הפוגע היו מוצדקות, דהיינו, שיש לו טעמים טובים לראות את התנהגות הפוגע כפסולה באופן שאינו תלוי בפגיעה הרגשית. אבל מכאן נובע – כך טענתי – שלפגיעה הרגשית יש תפקיד שולי בטיעונים מהסוג הנידון, ואילו את עיקר העבודה עושים הטיעונים לגופו של עניין, הטיעונים שמנסים להראות שהתנהגות הנידונה בלתי-ראויה.

הסעיף על כבוד ושוויון מספק דוגמה חשובה לנקודה זו. הואיל והשפלה קשורה ליחס דוחה, להדרה חברתית, ברור שיחס לא-משפיל, דהיינו, יחס של כבוד, קשור ליחס שוויוני מהבחינות הרלוונטיות. אבל שני מושגים אלה עצמם, שוויון וכבוד, אינם שווים. הראשון קודם לשני, הן מבחינה פסיכולוגית, הן מבחינה הסברית. מבחינה פסיכולוגית, רוצה לומר, הסיבה לתחושת ההשפלה היא התחושה של קבלת יחס לא-שוויוני (דהיינו: יחס לא בהתאם לאמות-המידה הרלוונטיות המכתיבות את היחס לאחרים במצב דומה), ולא להיפך. מבחינה הסברית, רוצה לומר, כדי להראות שתחושת ההשפלה מוצדקת, צריך קודם-כל להראות שאכן נגרם אי-שוויון בלתי-מוצדק. בניסוח חיובי: יחס אל אדם כאל

159 לעיל הטקסט הסמוך להערה 152.

שווה מפתח אצלו תחושה של כבוד עצמי, וההסבר לכך שהתנהגות מסוימת מבטאת כבוד הוא שהיא מבטאת יחס שוויוני. הואיל וכך, כל השפלה הנגרמת מחוסר שוויון מבוססת על ההנחה שחוסר השוויון אינו מוצדק בלא תלות בתחושת ההשפלה, וחוסר שוויון זה די בו לביסוס טענה חזקה נגד המפלה.

אנו ניצבים לפני הדילמה הבאה: או שתחושת השפלה הנגרמת ממה שנתפס כחוסר שוויון הינה מוצדקת, או שאינה מוצדקת. אם היא מוצדקת, הרי שהנטל העיקרי הוא להראות שחוסר השוויון הינו מגונה, ואם הצלחנו בכך, ביססנו כבר טיעון כבד-משקל נגד חוסר השוויון בלא להסתמך כלל על עניין ההשפלה. לעומת זאת, אם תחושת ההשפלה אינה מוצדקת – מפני שחוסר השוויון אינו בלתי-צודק ומפני שאין מאחוריו כוונה לדחות או לבזות – אזי הכוח הנורמטיבי של תחושה זו מוגבל למדי. לכן טענתי שבעתירות לבתי-המשפט נגד חוסר שוויון אין צורך להיזקק תמיד לשאלות של כבוד, כי ברגע שהוכחנו חוסר שוויון (שוב: בהיבטים הרלוונטיים), די בכך לפסול את התקנה או המדיניות שעותרים נגדן, ומהוכחה זו לא נוכל להתחמק גם אם נרצה לדון בעתירות באמצעות המושג כבוד.

המסקנה מדברים אלה היא שהגם שהמושג כבוד כיחס לא-משפיל מועיל יותר מבחינת ההנחיה המעשית מאשר המושג כבוד כיחס מוסרי, אף הוא לא יגדיר בנקל את תפקידו הנבדל בשל תלותו ההדוקה במושגים נורמטיביים אחרים.

דוגמה נוספת לקושי זה מצויה בספרו של אבישי מרגלית על החברה ההוגנת (decent).<sup>160</sup> לפי ההגדרה שמרגלית מציע, חברה הוגנת היא חברה שמוסדותיה אינם משפילים בני-אדם. יש להבחין בין חברה הוגנת לחברה מתורבתת (civilized), שהיא חברה שבני החברה שבה אינם משפילים זה את זה. ההוגנות של חברה נגזרת מתכונה של מוסדות החברה, ואילו המתורבתות שלה נגזרת מתכונה של האזרחים האינדיבידואליים החיים בה. חברה יכולה איפוא להיות לא-הוגנת, אך מתורבתת, כשם שהיא יכולה להיות הוגנת, אך לא מתורבתת.<sup>161</sup> הפרויקט של אפיון החברה ההוגנת וביסוס הנחותיה הפילוסופיות מבוסס על הרעיון שחברה צודקת אינה בהכרח חברה הוגנת, או, במילים אחרות: תיתכן חברה צודקת המשפילה בני-אדם. ברם, לאור האמור לעיל לא יהיה קל להוכיח אפשרות זו. אדגים את הקושי באמצעות דיון ביקורתי בטענותיו של מרגלית.

אף-על-פי שהספר כולו מבוסס על ההבחנה בין חברה צודקת לחברה הוגנת, כאשר מרגלית מגיע לדיון בהבחנה זו בסוף הספר, הוא מציע עמדה צנועה מאוד יחסית למה שהיה ניתן לצפות. אין הוא טוען שאין זיקה בין צדק לבין הוגנות, אלא רק שזיקה זו אינה מובנת מאליה.<sup>162</sup>

מדוע היה ניתן לצפות לטענה חזקה הרבה יותר? משום שאם המושג הוגנות אכן נחוץ ומצריך חיבור פילוסופי מפורט כדי להבהירו ולהצדיקו, אין זאת אלא מפני שהמושג צדק פוליטי אינו מספיק כדי לאסור על קיומם של מוסדות מסוימים (או על צורות מסוימות

Margalit, *supra* note 41 160

*Ibid*, at p. 1 161

*Ibid*, at pp. 271–272 162

שלהם), ולשם כך אנו זקוקים לעקרון ההוגנות. אך מרגלית נמנע מלטעון זאת, ואדרבה, הוא מודה שהכנה נאותה של רעיון החברה הצודקת נוגדת באופן מהותי את רעיון החברה הלא-הוגנת. במצב זה נותר למושג הוגנות תפקיד שולי למדי בתיאוריה הפוליטית. כדי לגנות מוסדות פוליטיים משפילים איננו זקוקים לתיאוריה על השפלה או על הוגנות, אלא ליישום עקבי יותר של רוח (spirit) החברה הצודקת.

מרגלית מעלה שלושה טיעונים לביסוס טענתו בדבר היעדר זיקה הכרחית בין צדק להוגנות. הטיעון הראשון מבוסס על הרעיון שחברה עשויה, באמצעות מוסדותיה, לנהוג בצדק כלפי בני החברה, ובה בעת לנהוג באופן משפיל כלפי בני-אדם שאינם חברים. כדוגמה, מרגלית מביא את החברה הקיבוצית, שהצטיינה לדעתו מבחינת התחירה לצדק כלפי חבריה, אך נכשלה ביחסה כלפי לא-חברים. הקיבוץ הוא דוגמה לחברה צודקת שמתקיימת בה "השפלה מוסדית" (institutional humiliation).<sup>163</sup>

לדעת מרגלית, ליקוי זה בקיבוץ מפנה את תשומת-הלב לבעיה הכללית של יחס ללא-חברים בתיאוריות צדק כמו זו של רולס. לא ברור שהתיאוריה של רולס מחייבת הוגנות כלפי אלה שאינם חברים בקהילה, מכאן שאין לשלול את האפשרות של חברה צודקת שאינה הוגנת.

אך בניגוד למה שעולה מטיעון זה, שאלת היחס ללא-חברים, או בהקשר הפוליטי, ללא-אזרחים, שוכנת בתוך גבולותיה של תיאוריית הצדק. אם מדינה מתירה ניצול של עובדים זרים הגרים בתחומה, או אם היא מונעת מהם צרכים אנושיים בסיסיים כגון טיפול רפואי או הגנה משטרתית, הרי שיש למחות על כך משיקולי צדק, לא (רק) מטעמי כבוד. לעומת זאת, אם היא מגינה על זכויותיהם הבסיסיות של עובדים אלה, אזי אף שהם חשים לעיתים השפלה מסיבות מובנות, אין בה כדי ללמד שמהו פגום במוסדות הפוליטיים. כך גם לגבי הקיבוץ. ראשית, יש הפרזה רבה בטענה שהקיבוץ היה תמיד חסר רגישות ללא-חברים. שנית, והעיקר: לא הוכח שהוסר הרגישות נבע מהמוסדות הצודקים של הקיבוץ. אין ספק שהיו בקיבוץ אינדיווידואלים שנהגו לעיתים בצורה מתנשאת ומשפילה כלפי לא-חברים; אבל הנושא הנידון אינו ההשפלה על-ידי חברים אינדיווידואלים, אלא על-ידי המוסדות החברתיים, ולכן מה שנדרש הוא להראות שמוסדות הקיבוץ, ש"שיקפו ניסיון הירואי לבנות חברה צודקת", שידרו בכל-זאת מסר פסול של השפלה כלפי הלא-חברים. טענה זו לא הוכחה, ואני סבור שאין היא נכונה.

אחזור ואדגיש שכדי לבסס טענה נגד ההוגנות של חברה כלשהי, יש צורך ביותר מאשר תחושת השפלה; התחושה צריכה להיות מוצדקת, דהיינו, הולמת (adequate), כפי שמרגלית מזכיר בסוף הקטע המצוטט. לגבי בני-אדם המצויים בחברה שאין הם שותפים מלאים בה (עובדים זרים במדינה, עובדים שכירים בקיבוץ), תחושות השפלה הן בלתי-נמנעות כמעט. הואיל והשפלה קשורה לתחושת דחייה חברתית, הור, שאינו שייך באופן מלא ואינו נהנה ממכלול הזכויות, יחוש לעיתים השפלה כמעט בהכרח. אבל מכאן אין נובע שתחושות אלה מוצדקות, ושיש בכוחן לבסס דרישה מוסרית לשינוי המוסדות החברתיים הקיימים. שום תיאוריית צדק (או תיאוריית הוגנות) אינה דורשת להעניק לזר

*Ibid*, at p. 274 163

את כל הוכחות שחברי הקהילה (המדינה או הקיבוץ) נהנים מהן, ואין בהשפלה הנגרמת מאי-הענקתן כדי לייסד תביעה לשנות זאת. סיכומו של דבר, יהיה ללא-חברים אינו מצליח להראות את האפשרות של חברה שמוסדותיה צודקים אך לא-הוגנים.

הטיעון השני שמרגלית מציע לאפשרות של חברה צודקת הכוללת מוסדות לא-הוגנים מבוסס על ההבחנה בין מוסדות בסיסיים של חברה, כגון הפרלמנט או מערכת המשפט, ומוסדות לא-בסיסיים, כגון טקסים דתיים. בעוד תיאוריית הצדק של רולס מסדירה את הראשונים, אין היא מבקשת להסדיר את האחרונים. כך ייתכן שמוסדות חברתיים מסוימים יהיו בלתי-הוגנים אף-על-פי שהחברה בכללותה תהיה צודקת. כדוגמה, מרגלית מזכיר את הדרתן של נשים מפעילויות מסוימות בקהילות דתיות, כגון ביהדות האורתודוקסיות. בכך לא כל הדרה היא בגדר דחייה; יש מעשים בפולחן הדתי שרק כוהנים רשאים לעשות, ולמרות זאת, הלא-כוהנים אינם חשים עלבון או השפלה, שכן להשתייכות הכוהנית אין כיום משמעות של ממש. לעומת זאת, להדרת נשים מהחיים הריטואליים יש משמעות מרחיקת-לכת, והיא עושה אותן חברות לא-מלאות בקהילה. לכן, הדרתן משקפת יחס משפיל שלא יכירנו מקומו בחברה הוגנת.<sup>164</sup> יוצא, חברה צודקת במובן הרולסיאני עשויה להיות חברה לא-הוגנת.

על טיעון זה אעיר שתי הערות. ראשית, בעוד הלא-כוהנים אינם חשים השפלה מהעובדה שטקסים דתיים מסוימים סגורים לפניהם ופתוחים לכוהנים, הנשים חשות השפלה מהדרתן מפעילויות ומטקסים הפתוחים לגברים, ולפי מרגלית, ההסבר להבדל בעין במשמעות של ההדרה לגבי נשים ובחוסר משמעותה לגבי לא-כוהנים. אבל המציאות היא שרוב הנשים האורתודוקסיות אינן חשות מושפלות ממצב זה, והסיבה לכך היא שרובן המכריע מקבל שכך צריך להיות; שלאשה יש "תפקיד אחר", שכל סידור אחר יפגע בצניעות, וכך הלאה. יכול להיות שלדעת מרגלית הן צדיקות לחוש השפלה, אבל זה כבר טיעון אחר, שעשוי לחול גם על הכוהנים; כוהן שמונעים אותו מלשאת גרושה לאשה צריך אולי לחוש עלבון מהעובדה שבעוד לישראלים מותר לשאת גרושות, לו אסור.

שנית, והעיקר: מרגלית אומר במפורש שהטיעון שלו אינו מחייב שלחברה הוגנת תהיה מדיניות שונה לגבי דתות המפלות נשים, כלומר, שחברה הוגנת, בניגוד לחברה צודקת, תאסור הפליה כזאת. הבעיה, הוא אומר –

"Is not whether a decent society would act differently than a just society in allowing women to participate in rituals. The question is whether Rawls's concept of a just society is at all concerned with religious ritual as a social institution, or whether this institution is not considered sufficiently basic to be counted in evaluating a just society."<sup>165</sup>

הואיל ומטרתי בסעיף זה היא להראות את הבעייתיות שבמציאות ההשלכות המעשיות של רעיון ההוגנות, הערה זו של מרגלית דיה להראות שהרוגמה של מוסדות דתיים לא-הוגנים אינה מספיקה כדי להצביע על נפקא מנה מעשית בין חברה צודקת לחברה הוגנת.

<sup>164</sup> Ibid, at p. 276

<sup>165</sup> Ibid, at pp. 276–277

הטיעון השלישי שמרגלית מעלה כדי לבסס את אפשרות ההבדל בין חברה צודקת לחברה הוגנת אומר שאף שחלוקת הטובים בחברה עשויה להיות צודקת, סגנון החלוקה שלהם עשוי להיות לא-הוגן, דהיינו, משפיל; למשל, אם גותנים מתוך רחמים (pity) על המקבלים,<sup>166</sup> או כאשר גותנים באופן מעליב:

"We might, for instance, see people distributing food to famine victims in Ethiopia throw the food out of the truck as if the recipients were dogs, while still making sure that all the recipients get their just option in an efficient manner."<sup>167</sup>

אבל סגנון (style) החלוקה הוא בדרך-כלל פונקציה של בני-האדם המוציאים אותה לפועל, לא של המוסדות. אם המחלקים אוכל באתיופיה משליכים אותו לרעבים כאילו היו כלבים, הם נוהגים בוודאי באופן משפיל ובלתי-אנושי, אך מכאן אין נובע שהשפלה מאפיינת גם את המוסד שאתראי לחלוקה. כזכור, המושג "חברה הוגנת" שונה מזה של "חברה מתורבתת" (civilized). הדוגמה של אתיופיה מראה את האפשרות הנפוצה של אינדיווידואלים משפילים, כלומר, של חברה לא-מתורבתת. היא אינה מדאה את האפשרות של מוסדות משפילים, כלומר, של חברה לא-הוגנת.

סיכומי של דבר, למושג השפלה יש זיקה הדוקה למושגים נורמטיביים אחרים, שבשלה לא קל להבחין בתפקידו הנורמטיבי הנפרד. הבעיה הרובצת לפתחו של כל ניסיון להגדיר תפקיד זה ניתנת לניסוח באופן הבא: אם מדיניות מסוימת P מתיישבת עם דרישות הצדק החלוקתי,<sup>168</sup> ואם היא מתיישבת עם דרישות המוסר באופן כללי, ובכלל זה כיבוד הזכויות הרלוונטיות, דאגה לטובת הציבור וכך הלאה, קשה לראות כיצד P עשויה בכל-יזאת לעורר אצל אזרחים מסוימים תחושות השפלה מוצדקות שיוכלו להוות בסיס לתביעות נורמטיביות כלפי יוזמי P. אם תחושות השפלה מתעוררות, כל שעלינו לעשות הוא להסביר לנושאייהן ש-P הוא בגדר הכרח – הכרח מוסרי – ולפיכך אין מקום לתרעומת או לעלבון. לעומת זאת, אם P אינו מתיישב עם דרישות הצדק, הרי שיש להתנגד לו מטעמים של צדק, לא מטעמי כבוד.

בעיה זו מטרידה במיוחד במישור הפוליטי-הציבורי, שקשה לראות בו כיצד מוסדות המתיישבים עם כל שאר הדרישות המוסריות יהיו בכל-זאת משפילים. ניסיתי להדגים קושי זה באמצעות עיון ביקורתי בטיעוניו של מרגלית על ההבדל בין חברה צודקת לחברה הוגנת. איני טוען באופן נחרץ שאין הבדל כזה, כשם שאיני טוען שלמושג כבוד כיהס לא-משפיל אין נפקא מנה מעשית. טענתי היא שבמקרים רבים קשה לראות את התפקיד הנורמטיבי הנפרד של מושג זה, וכי לעיתים קרובות הוא עוסק יותר בסגנון מאשר בתוכן.

166 על הגנאי ב-pity ועל ההבדל בין pity לבין compassion, ראו בקצרה בראש מאמרי ד' סטטמן "המעמד המוסרי והמשפטי של רחמים" מגמות בפילוסופיה: עיונים בתורת האחריות הפלילית (א' לדרמן עורך, תשס"א) 9.

167 Margalit, *supra* note 41, at p. 280.

168 לגבי צדק גמולני, ראו להלן בסעיף 2.

ברם גם כאשר למושג כבוד כיחס לא־משפיל יש תפקיד נורמטיבי ברור בסיטואציה נתונה, אין להניח מראש שהוא יוכל לגבור על שיקולים מוסריים רלוונטיים אחרים. מרחוק הוא נדמה כשיקול בעל כוח עצום, אך מקרוב, כשמגיעה העת להחילו על בעיות קונקרטיות, כוחו הנורמטיבי פחות חד־משמעי. דוגמה לכך היא הוויכוח הנוכחי בארצות־הברית על עונשי קלון, שאליו נפנה עתה.

## 2. כבוד ועונשי קלון

נושא הענישה הוא מקרה־מבחן מצוין להשקפות שלנו לגבי טבעו של הכבוד ולגבי השלכותיו הנורמטיביות. האם ענישה בתור שכזאת פוגעת בכבודו של האדם? אם לא, האם הרצון להגן על הכבוד מספק אמת־מידה לבחינת הלגיטימיות של דרכי ענישה מסוימות? נפתח את הדיון בניסיון לראות את ההשלכות של שני המושגים השונים של כבוד על הסוגיה הנדונה.

בהתאם למושג כבוד כיחס מוסרי, ברור שעונש – בהנחה, כמובן, שהוא צודק – אינו פוגע בכבודו של העבריין. אם אדם בוחר מרצונו החופשי לעשות רע, מן הצדק להשיב לו כגמולו, ואם העונש מוצדק מבחינה מוסרית, לא תישמע תלונתו של העבריין על שפגעו בכבודו. הגל הלך צעד נוסף וטען שהואיל וענישה מבוססת על הכרה בחירותו של העבריין, ומכאן על הכרה בכבודו,<sup>169</sup> הרי שהדאגה לכבוד דווקא מספקת לעבריין אינטרס עמוק לרצות לקבל את העונש המגיע לו.<sup>170</sup> בכל מקרה, כאן, כמו בבעיות אחרות, כבוד כיחס מוסרי אינו מספק כל אמת־מידה נפרדת לבחינת הלגיטימיות של הענישה. עונש המוצדק על־ידי שיקולי הגמול הרלוונטיים הריהו מניח וביה עונש המבטא כבוד לעבריין.

מה לגבי כבוד כיחס לא־משפיל? האם ענישה פוגעת בכבודו של העבריין, דהיינו, משפילה אותו? לאור הניתוח המוצע בסעיף ג, קשה להימלט מתשובה חיובית על כך, במיוחד כאשר מדובר בכליאה. כליאתו של אדם במקום מרוחק ומבודד מהחברה משרתת מסר של דחייה והדרה חברתית, והיא כרוכה בפגיעה בפרטיות ובשליטה של הכלוא בחייו – כל אותם מאפיינים שהוזכרו לגבי השפלה. לכן, תחושה של ירידה בכבוד־העצמי אצל מי שמושלך לכלא הינה טבעית ומתבקשת. עם זאת, ניתן לצמצם את הפגיעה בכבוד – באמצעות צמצום הפגיעה בפרטיות למינימום הנדרש, הגדלת השליטה של האסירים בחייהם במידת האפשר, אי־מניעת צרכים אנושיים בסיסיים, וכך הלאה. בהנחה שהשפלת העבריין אינה אחת ממטרות הכליאה, אלא רק תוצאתה, ערך הכבוד (כיחס לא־משפיל) יכול למלא תפקיד מועיל בעיצוב הפרטים המעשיים של עונש זה.

השאלה שברצוני להעלות עתה היא: מדוע לא לראות בפגיעה בכבוד אמצעי ענישה

169 ראו לעיל הטקסט הסמוך להערה 113.

170 כשמענישים אותי, אומר הגל, "מכבדים אותי כיצור רציונלי". ראו: G.W.F. Hegel, *Hegel's Philosophy of Right* (trans. T.M. Knox, Oxford, Oxford University Press, 1967) sec. 100.

לגיטימי? במסגרת הכבוד כיהס מוסרי לא יכול להיות לשאלה זו מקום, שכן האיסור על הפגיעה בכבוד הינו מוחלט. אבל, כפי שטענתי לעיל, המוחלטות מושגת במחיר של ריקנות נורמטיבית. לעומת זאת, במסגרת הכבוד כיהס לא-משפיל, השאלה סבירה לגמרי, שכן האיסור להשפיל הוא איסור מוסרי אחד מני רבים, ואין להניח מראש שיגבר על כל שיקול מתחרה. אין לשכוח שצורת הענישה הנוכחית, דהיינו, כליאה, פוגעת פגיעה קשה באינטרס אנושי בסיסי, דהיינו, החירות, ובכל זאת רובנו סבורים שהפגיעה לגיטימית. אם מותר להעניש אדם על-ידי פגיעה בחירותו, מדוע יהיה אסור להענישו על-ידי פגיעה בכבודו?

שאלה זו עומדת היום במרכזו של פולמוס משפטי בארצות-הברית לגבי השימוש במה שמכונה עונשי קלון, או עונשים משפילים (shaming sanctions). שנים רבות נתפסה השפלת העבריין כדבר שמערכת הענישה צריכה למונעו במידת האפשר, ובוודאי לא לגרום לו במתכוון. והנה, בשנים האחרונות אנו עדים בארצות-הברית למה שנראה כתחייה של עונשים משפילים, לגל של עונשים יצירתיים, שתכליתם העיקרית היא לכאורה השפלת העבריין. אפתח בכמה דוגמות:<sup>171</sup>

(א) אשה שהורשעה בהחזקת סם הצטווה לעמוד בקרן-רחוב תוך שהיא מחזיקה שלט האומר "I got caught possessing cocaine. Ordered by Judge Whitfield". באופן דומה, אדם שהורשע בגנבה מהנות הצטווה לצעוד ליד פתח החנות עם שלט האומר: "I stole from this store". אשה שהורשעה בגנבה מחנות הצטווה ללבוש חולצת טריקו ועליה המשפט: "I was convicted of shoplifting".

(ב) השימוש בשלטים או מודעות מסוג זה נפוץ לגבי עברייני-מין. אחד הצטווה לתלות מודעה על דלת הכניסה לביתו, וכן על כל מכונית שבה ינהג, לאמור: "Dangerous sex offender – no children allowed".

(ג) אדם שהורשע בנהיגה בשכרות נענש בהדבקת מדבקה על מכוניתו לאמור: "Convicted: DWI".

(ד) גברים שהורשעו בשידול לזנות בקנוס-סיטי, מיזורי, נענשים בכך שתמונותיהם ושמותיהם מוקרנים בערוץ טלוויזיה מקומי בתוכנית הידועה כ-John TV. בסן-פרנסיסקו הם נשלחים למעין סדרת חינוך במה שמכונה "School for Johns", ושומעים הרצאות מפי יצאניות על החיים ברחובות.

(ה) משכיר דירות שאינן ראויות למגורי אדם נשלח למעצר-בית באתר הדירות שלו (שם התקבל על-ידי הדיירים האחרים בקריאות "Welcome, You Reptile").

(ו) אדם שהורשע במכירת תעודות ביטוח מזויפות למאמני סוסים במרילנד הצטווה לנקות את אורוות הסוסים של יחידת הפרשים של משטרת בולטימור.

(ז) מורשעים בגנבה בטנסי חויבו להתיר לקורבנותיהם להיכנס אליהם הביתה ולקחת משם מה שירצו עד לשווי הגנבה.

לפחות חלק מעונשים אלה מיועדים במפורש להשפיל את העבריין, ואצל מי שאין לו

171 כל הדוגמות לקוחות מתוך: S. Garvey "Can Shaming Punishments Educate?" 65 University of Chicago Law Review (1998) 733, 734-737. המעיין ימצא שם את מראי-המקום המדויקים וכן הפניות לפסיקות נוספות.

עור עבה במיוחד, תוצאה זו אכן בלתי־נמנעת. לאלה מבין הקוראים ששירתו בצבא עולות בוודאי אסוציאציות לגבי כמה עונשים יצירתיים (וכלל לא־סימפתיים) שהגו מפקדי הכיתות וסמלי המחלקות שלהם בשלב זה או אחר של השירות. לדעת דן קהן (Kahan), עונשי קלון מתחלקים לארבע קבוצות עיקריות:<sup>172</sup>

(א) stigmatizing publicity: מטרת העונשים בקבוצה היא להגדיל את ההשפלה הכרוכה בהרשעה על־ידי שיתוף הקהל הרחב במיצב (סטטוס) החדש של העבריין. בקבוצה זו נכלל פרסום השמות של משדלים לזנות וכדומה.

(ב) literal stigmatization: שימת אות או סימן על העבריין עצמו באופן שמזמין יחס משפיל כלפיו, כגון שלט "אני עבריין־מין" וכדומה. לעיתים האות מושם על הרכוש, כמו המדבקה על מכוניתו של נוהג בשכרות או על דלת ביתו של עבריין־מין.<sup>173</sup>

(ג) self-debasement: עונשים הכרוכים במעין טקסים שתכליתם להשפיל את העבריין בפומבי. למשל, העמדתו במקום ציבורי עם שלטים על העברה, או שליחת בני־אדם שהשתינו ברחובות לנקות את הרחובות.

(ד) contrition: עונשים שמהותם הודאה פומבית או בקשת סליחה על העברות. במרילנד, עבריינים צעירים חייבים לכרוז על ארבע (פשוטו כמשמעו) ולהתנצל על פשעיהם לפני קורבנותיהם, ואין משחררים אותם עד שהם משכנעים את קורבנותיהם שהחרטה כנה. אלה טקסי התנצלות – apology rituals.

קהן סבור שעונשים אלה חיוביים, ומציעים חלופה מוצלחת לדרכי הענישה הקיימות, דהיינו, כלא וקנס. אחד היתרונות של עונשים אלה הוא שהם זולים בהרבה ממאסר, ומקילים את העומס העצום הרובץ על בתי־הכלא. אבל לדעת קהן, גיתן להצדיקם גם מבחינה מוסרית. הפופולריות של עונשים משפילים נובעת מהעובדה שהם עושים משהו שהעונשים הקונוונציונליים אינם מצליחים לעשות, דהיינו: לבטא את הגינוי המוסרי הראוי. העונש (בין השאר) הוא כלי שבאמצעותו החברה רוצה להעביר לעבריין מסר מסוים, דהיינו, מסר של גינוי הד־משמעי של מעשהו. לדעת קהן, עונשים מהסוג הנזכר לעיל מצליחים להעביר מסר זה בצורה ברורה הרבה יותר מאשר העונשים המקובלים. זאת ועוד: גם מבחינת מטרה מרכזית אחרת של הענישה, דהיינו, הרתעה,<sup>174</sup> יש יסוד להאמין שעונשי הקלון יתגלו כיעילים. אף שאין די חומר אמפירי בדבר הכוח המרתיע של העונשים הנידונים, נאספו עד כה נתונים מספר: במרילנד נרשמה ירידה דרמטית בשיעור החזרה לפשע של עברייני־נוער שהיטבו להשתתף בטקסי התנצלות.<sup>175</sup> ובעיר La Mesa,

D. Kahan "What Do Alternative Sanctions Mean?" 63 *University of Chicago Law Review* 172 (1996) 591, 631–634.

173 אות מעין זה מכונה לעיתים "אות קין", אף כי האות על קין במקרא נועד דווקא להגן עליו; ראו בראשית, ד, טו: "וישם ה' לקין אות לבלתי הכות אותו כל מצאו."

174 על היחס המורכב בין התיאוריה ההרתעתית של ענישה לבין התיאוריה הביטויית (expressive) עמד קהן בהרחבה במאמר מאוחר יותר, ראו: D.M. Kahan "The Secret Ambition of Deterrence" 113 *Harvard L. R.* (1999) 413.

Kahan, *supra* note 172, at p. 640 175.

קליפורניה, נרשמה ירידה משמעותית במספר הפרוצות ברחובות העיר מאז החלה העיר מפרסמת את שמותיהם של המשדלים לזנות.<sup>176</sup> לאור מה שנאמר בסעיף ג לעיל על החשיבות הפסיכולוגית העצומה של הכבוד-העצמי, הכוח ההרתעתי של עונשים משפילים אינו צריך להפתיע.<sup>177</sup>

קהן מציע להשתמש בקלון לא רק כדרך חלופית לענישה המקובלת (מאסר, קנס, עבודות-שירות), אלא כתוספת לה, שתפקידה יהיה להבהיר ולחדד את המסר המגנה של הענישה. למשל, בעבודות-שירות נשקפת סכנה שהמסר המגנה של העונש יטושטש בגלל הקונוטציה החיובית של הביטוי "עבודות-שירות". כדי להתגבר על כך, קהן מציע לצרף לעבודה הקהילתית יסוד של כיוש. דרך אחת היא באמצעות לבישת בגדים מיוחדים שיבהירו שמדובר בעבריינים. דרך אחרת היא לבחור עבודות שיש להן דימוי גמון, כגון ניקוי שירותים או אורוות. ועוד אפשרות שהוא מציע היא לשנות את שם העונש מ-"community service למשהו כמו shameful service, כדי להבחין במפורש בין שירות לקהילה הראוי לכבוד ושבח לבין העבודה המוטלת כעונש על העבריין כדי להביע גינוי להתנהגותו.

האם עונשי קלון מתיישבים עם התפיסות המקובלות להצדקת ענישה? בתפיסה תועלתנית של ענישה, פשיטא שאין בהם כל קושי, והשאלה היחידה היא מידת היעילות שלהם. אם יתברר שמבחינת התוצאות המבוקשות – שיקום העבריין, הרתעת עבריינים אחרים – עונשי קלון מוצלחים יותר (או מוצלחים לא-פחות) מעונשים אחרים, אין סיבה לא להשתמש בהם. גם בתפיסה גמולנית (retributive) של ענישה דומה שעונשים אלה לגיטימיים, שכן הם גורמים לעבריין כאב וסבל, וזו בדיוק מטרת הענישה: לגמול לעבריין רעה תחת הרעה שהוא עצמו גרם (במיוחד אם העברה היתה אף היא כרוכה בהשפלת הקורבן). גם מלומדים שתקפו את קהן והתנגדו להצעותיו נאלצו להודות שעונשי קלון ניתנים להצדקה על-סמך תיאוריות הענישה המקובלות.<sup>178</sup>

אבל – וכאן אנו מגיעים לנקודה החשובה לעניינו – האין עונשים כאלה מהווים פגיעה בלתי-נסבלת בכבוד? האין הם מחזירים אותנו לתקופות אפלות, שבהן נקשרו עבריינים לעמוד-הקלון ועברו השפלות שונות ומשונות לעיני ציבור מריע? טוני מסרו (Massaro) סבורה שהתשובה לשאלות אלה חיובית. לדעתה, "State-enforced shaming authorizes public officials to search for and destroy [...] or damage an offender's

<sup>176</sup> Ibid, ibid

<sup>177</sup> לפי התיאוריה שפיתח צ'מבליס, האנשים בעלי הסיכוי הגבוה ביותר להירתע מפעולות לא-חוקיות בשל החשש מסנקציות הם עבריינים לא-"מקצועיים", כגון עברייני צווארון לבן, עברייני חנייה וכדומה, ומה שמרתיע אותם בעיקר אינו הסנקציה הפלילית אלא הסנקציה התברתית הכרוכה בה. ראו: W. Chambliss *Crime and the Legal Process* (New York, 1969) 365–372.

<sup>178</sup> T.M. Massaro "Shame, Culture and American Criminal Law" 89 *Michigan L. R.* 178 (1991) 1880, 1890–1900; J. Whitman "What Is Wrong With Inflicting Shame Sanctions?" 107 *Yale L. J.* (1998) 1055, 1057–1058.

"dignity.<sup>179</sup> במקרה הטוב, היא סבורה, יתברר שעונשים משפילים הם בגדר תגובות חסרות ערך, אפילו טפשיות, על פשע. במקרה הגרוע הם יהיו הרסניים ביותר – "state-imposed assaults on human personality".<sup>180</sup>

האומנם כצעתה? נכון שעונשי קלון פוגעים בכבודו של האדם, אבל כפי שמסרו עצמה מודה, כך המצב כמעט בכל צורות הענישה. מה מיוחד בעונשי הקלון שיש לאסור אותם כדי להגן על הכבוד? בסופו של דבר, תשובתה של מסרו מבוססת על הערכתה לגבי התוצאות המעשיות של עונשים אלה. לדעתה, היתרונות המעשיים של עונשים אלה קטנים בהרבה משמסערים התומכים בהם, והסכנה בהם רבה:

"Aggressive use of such authority may be an Orwellian prospect, particularly when reintegration is not part of the punishment process. Absent far more compelling evidence than we currently possess that shaming would produce demonstrably better results than conventional punishments, then, shaming should not become part of the sentencer's arsenal."<sup>181</sup>

אבל ראשית, כפי שטען קהן, יש כבר קצה ראייה שעונשי הקלון דווקא יעילים.<sup>182</sup> שנית, אף שאין ראיות מספיקות להצלחה של עונשי הקלון, יש ראיות למכביר לבעייתיות של מערכת הענישה הקיימת; שיעור החזרה לפשע גבוה, העבריינים אינם מצליחים להשתלב בחברה לאחר ריצוי תקופת המאסר, והכוח ההרתעתי של עונש המאסר מוטל בספק. גם מבחינת הכבוד האסירים צפויים לפגיעות כואבות. אף שבתחילת האמורים למזער את הפגיעה הלא-הכרחית בכבוד, המצב בפועל שונה, כפי שהעיד השופט אלון: "עונש המאסר, כפי שהוא קבוע ומבוצע כיום, אין בו משום שלילת החירות בלבד; באות עמו ומתלוות אליו רעות רבות, מדכאות וחולות, שיש בהן משום ביזוי האדם, רמיסת כבודו והשחתת צלמו."<sup>183</sup> [ההדגשות שלי – ד' ס.] אם כך, כדי להצדיק את השימוש בעונשי קלון איננו זקוקים ל"הרבה יותר ראיות מכריעות מכפי שיש בידינו היום" להצלחתם, כפי שדורשת מסרו. שלישית, התניית קבלתם של עונשי קלון בהוכחות ליכולתם וביכולת לשלוט בהם פירושה שבהתמלא תנאים אלה, לא תהיה מניעה להטיל עונשים כאלה. משמע, גם לפי מסרו, השיקול של פגיעה בכבוד אינו פוסל מראש הטלת עונשי קלון, ואינו חסין מפני התחשיב התועלתני הרגיל. הליברליזם מזכיר לנו, היא טוענת, שעלינו להיות זהירים בהפעלת צעדים כאלה. אבל מבחינה זו אין הבדל בין פגיעה בכבוד לבין פגיעה בחירות; גם לפני שליחת אדם לכלא דרושה זהירות רבה, וגם בעונש המאסר יש סכנה שייצא מכלל שליטה.<sup>184</sup>

Massaro, *ibid*, at p. 1943 179

*Ibid*, at p. 1944 180

*Ibid*, at p. 1943 181

ראו לעיל הטקסט הסמוך להערות 175 ו-176. 182

בג"צ 114/86 חיים לואיס וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 497-498. 183

בביטוי "יציאה מכלל שליטה" אני מתכוון הן ליכולתם המוגבלת של שלטונות בתי- 184

הטענה שעונשי קלון אסורים כי הם פוגעים בכבוד העבריינין אומרת שעונשים כאלה אכזריים מדי.<sup>185</sup> אבל, טוען קהן, הכליאה אכזרית הרבה יותר. ראייה לכך היא העובדה שרוב העבריינים שניתנה להם בחירה בין עונשי קלון לבין כליאה העדיפו את האפשרות הראשונה, גם כאשר הכליאה היתה לתקופה קצרה בלבד.<sup>186</sup> מכאן שלפחות מנקודת־מבט סובייקטיבית, החירות יקרה יותר מהכבוד, או אם נביא בחשבון את הפגיעה בכבוד הכרוכה בכליאה, הפגיעה בחירות ובכבוד שבכליאה נתפסת כגרועה מהפגיעה בכבוד בעונשי הקלון.

נקל לראות שבדברים אלה אני מסתמך על המושג הסובייקטיבי־הפסיכולוגי של פגיעה בכבוד, כפי שהוסבר בסעיף ג. נגד זאת ניתן לטעון, על בסיס המושג האובייקטיבי־המוסרי של כבוד, שעונשי קלון פוגעים פגיעה חמורה באנושיות ובכבוד, גם אם באופן סובייקטיבי העבריינים סבורים אחרת. לכבוד האדם, כך יטענו, יש ערך מוחלט, ואיש, כולל הסובייקט עצמו, אינו יכול למחול עליו. לכן ההעדפה של קלון על מאסר היא העדפה פסולה מבחינה מוסרית, שאינה משקפת את הכבוד־העצמי הראוי. אבל, שוב, מהו אותו כבוד הנפגע באופן אנוש בעונשי קלון אך אינו נפגע בכליאה? אם מדובר בכבוד כיחס מוסרי, או בהנחה שעונשי קלון ניתנים להצדקה על בסיס תיאוריות הענישה המקובלות, אין הם פוגעים בכבוד (בוודאי לא יותר מאשר שלילת החירות הכרוכה בכליאה). ואם מדובר בכבוד כיחס לא־משפיל, או ראשית, כבוד זה נפגע גם בכליאה, ושנית, הואיל ומושג זה של כבוד הינו פסיכולוגי, הערכת הקורבן לגבי המשקל היחסי של פגיעה זו הינה קריטית.

גיימס ויטמן מנסה למצוא במסורת הליברלית הקלסית מושג של כבוד שיוכל להראות מדוע עונשי קלון פסולים, אך החיפוש אינו מניב תוצאות משביעות־רצון.<sup>187</sup> גם המסורת הנוצרית אינה מספקת, לדעתו, תשובה טובה יותר.<sup>188</sup> בחינה ביקורתית זו מותירה אותו, בלשונו, במצב של "מבוכה אינטלקטואלית": מצד אחד, ודאות אינטואיטיבית שיש משהו פסול בעונשי קלון; מצד אחר, חוסר יכולת למצוא טיעון מוצלח נגדם.<sup>189</sup> מה שהוא מציע

הכלא לשלוט במה שמתרחש בכלא, במיוחד בנוגע למתרחש בין האסירים לבין עצמם, והן לגידול העצום במספר האסירים בארצות־הברית בעשור האחרון. באשר לנקודה האחרונה, ראו: N. Lemann "Justice for Blacks?" 45(4) *The New York Review of* Books (March 5, 1998) 25. הצינע על הגידול הרב במספר האסירים בארצות־הברית בשנות השמונים והתשעים מקרב האוכלוסייה השחורה. לפי אחת ההערות, שיעור השחורים הכלואים על עבירות סמים גדל ב־700% בין 1985 ל־1995.

185 הטענה על אכזריות היא טענה מוסרית בהקשר הנידון, ולא טענה משפטית. על כך שעונשי קלון אינם מפירים את האיסור על עונש "אכזרי ויוצא־דופן" בתיקון השמיני לחוקה האמריקאית, ראו פסקי־הדין הנזכרים אצל Kahan, *supra* note 172, at p. 646, note 226.

186 *Ibid*, *ibid*; *Ibid*, at p. 641, note 204.

187 Whitman, *supra* note 178, at p. 1069.

188 *Ibid*, at p. 1079.

189 *Ibid*, at p. 1087.

הוא לראות את עונשי הקלון כפוגעים בסוג מיוחד של כבוד, מה שהוא מכנה "transactional dignity". כך הוא מסביר אותו:

"It is a deeply rooted norm of our society that persons should never be forced to deal with wild or unpredictable partners. We have a sense that no one should be compelled to dance with a madman, that no one should be compelled to trade except under well-understood rules of trading... It is, as it were, marketplace dignity. It is the dignity involved in having the right to know what of a deal one has struck, and on what terms. It is the dignity of the one-shot transaction – the dignity that arises from our marketplace right to complete one deal and move on to the next one, the dignity that comes from our right to pay off a debt once and for all and be done with our creditor."<sup>190</sup>

מדוע סוג מיוחד זה של כבוד נפגע במקרה של עונשי קלון? משום שעונשים אלה אינם ניתנים כמעט בהכרח לשליטה. לעולם לא נוכל לדעת באילו דרכים יגיב הציבור כלפי מי שמודבק לו תיוג של "עברייניזם", "נהג שיכור" או "גנב". לכן, מי שנחשף לעונשי קלון הריהו כמי שנכפה "לרקוד עם מטורף", בלא שהוא יכול לדעת לאן יוליכו אותו צעדיו של השותף ומתי יסתיים הריקוד. מתן transactional dignity לאדם פירושו לאפשר לאדם לדעת מה המחיר שעליו לשלם על פשעיו, ולאפשר לו לדעת שברגע שיגמור לשלמו, ישלים בכך את חובו, ולא יהיה צפוי להוראות תשלום נוספות.

הצעתו של ויטמן מקורית ומעניינת, אך איני משוכנע שיש בה כדי לספק את הטיעון המבוקש נגד עונשי קלון. ראשית, היא מבוססת על ההנחה שעונשי קלון מניבים תוצאות שאין לנו שליטה בהן, שהרגשות השליליים כלפי העבריינים המתעוררים בגינם עלולים להוליך לתיוג, לנידוי, ובמקרים קיצוניים למעשי לינץ' בעבריינים, ואין דרך לשלוט בתוצאות אלה. ברם, דומני שאין די חומר אמפירי לתמוך בחששות אלה. רוב עונשי הקלון אינם לנצח, אלא לתקופת זמן מוגבלת וקצרה, והתבוננות בדוגמות השונות שהבאנו אינה מספקת יסוד מספיק לחשש שאנו מפקירים את העבריינים לתוצאות חמורות שאינן ניתנות לחיזוי. שנית, ובעיקר, עלינו לשאול שוב אם הענישה הקיימת, דהיינו, כליאה, אינה ניצבת לפני אותו קושי של פגיעה ב-"transactional dignity", ולדעת, אין מנוס מהתשובה שאכן כך, ובאופן חמור יותר. קודם-כל, גם עונש המאסר מטיל על העברייני תיוג חברתי שקשה להשתחרר ממנו, ולא נוכל לדעת מראש את התוצאות של תיוג זה. ומה שיותר חשוב: שליחת אדם למאסר ברוב בתי-הכלא הקיימים היא בדיוק שליחתו "לרקוד עם מטורפים", להיות חשוף לסכנות של אלימות, ניצול והשפלה, בעיקר מצד האסירים, ולעיתים גם מצד הסוהרים. ויטמן מכיר בכך שהמצב בפועל בבתי-הכלא הינו מפלצתי (monstrous) ובגדר תוהו-ובוהו, ובכל-זאת, הוא טוען, בתי-הכלא "ניתנים באופן עקרוני לשליטה".<sup>191</sup> אבל גם אם באופן "עקרוני" ניתן להפסיק את ריקוד המטורפים בבתי הכלא,

<sup>190</sup> Ibid, at p. 1090

<sup>191</sup> Ibid, at p. 1091

מה שחשוב לעניין הצדקתן של סנקציות חלופיות הוא המצב בפועל. ואם המצב בפועל בברי-הכלא אינו בשליטה, אזי המושג כבוד של ויטמן אינו מסביר מדוע יש להעדיף כליאה על עונשי קלון.

בסעיף הקודם (סעיף ה) ניסיתי להראות את הקושי הכרוך בהגדרת תפקידו הנורמטיבי העצמאי של המושג כבוד (כמובן, כבוד כיחס לא־משפיל, והדגמתי זאת באמצעות עיון ביקורתי בנסיונו של מרגלית להבחין בין חברה צודקת לחברה הוגנת. בסעיף הנוכחי ניסיתי להראות שכאשר יש למושג כבוד תפקיד נורמטיבי מובחן ומיוחד, כזה מוגבל למדי. למרות האינטואיציה הראשונית החזקה שיש לנו נגד עונשי קלון, המושג כבוד כיחס לא־משפיל אינו מספק טיעון חד־משמעי להצדקת התנגדות זו. יש להרגיש: איני טוען שעונשי קלון ניתנים להצדקה מוסרית (בהתחשב בכל), וגם לא שאינם ניתנים להצדקה. כל מה שאני טוען כאן הוא שהמושג כבוד אינו מספק תשובה ברורה לשאלה זו.<sup>192</sup> הוא מבסס בלא ספק טעם לכאורה (prima facie) נגד עונשי קלון, בדיוק כשם שערך החירות מבסס טעם לכאורה נגד עונש הכליאה, אך לא ברור שטעם זה יוכל להדוף את הטעמים השונים בעד הטלת סנקציות משפילות.<sup>193</sup>

## ו. סיכום ומסקנות

ביסודו של מאמר זה מונחת הבחנה בין שני מושגים של כבוד המשמשים בשיח המוסרי והמשפטי: כבוד כיחס מוסרי וכבוד כיחס לא־משפיל. ניסיתי להראות שההבדל ביניהם אינו עניין של דרגה בלבד (כלומר, שהראשון רחב יותר מהשני), אלא עניין של מהות: כבוד כיחס מוסרי הוא מעין מושג־על של השיטה המוסרית, שאינו יכול, מבחינה עקרונית,

192 באופן אישי אני סבור שהצדק עם Garvey, *supra* note 171, הטוען כי בקטיגוריה של עונשי קלון נוהגים לכלול בטעות שתי קבוצות שונות של עונשים: כאלה שמטרתם להשפיל, וכאלה שמטרתם לחנך (מעין עונשים חינוכיים). עונש משפיל הוא פרסום שמות של משדלים לזנות בטלוויזיה. עונש חינוכי הוא שליחת עבריינים אלה ליום־עיון על חיי הרחוב של היצאניות. לדעת גרווי, אם רוצים ענישה חלופית, יש לחפשה בסנקציות מהנכות, שיש להן סיכוי טוב לשפר את העבריון, ולא בסנקציות משפילות, שסיכויי ההצלחה שלהן נמוכים.

193 שאלה החורגת מתחום הדיון הנוכחי היא אם בענישה, הטעמים נגד פגיעה בכבוד ובחירות נדחים (are overridden) מפני טעמים של צדק ותועלת, או שאלה האחרונים מבטלים לגמרי את תוקפם של הראשונים. לפי האפשרות הראשונה, ענישה אינה רעה מבחינה מוסרית (בשל הפגיעה בכבוד ובחירות), אף שבהתחשב בכל היא מוצדקת. לפי האפשרות השנייה, ענישה אינה רעה כלל, שכן הפגיעה בחירות היא בדיוק הדרך לעשות צדק (גמולני). כאינדיקציה לתשובה על שאלה זו ניתן לשאול אם רגשי צער או אשמה על ענישת פושע עשויים להיות מוצדקים. לפי העמדה הראשונה, התשובה חיובית, ואילו לפי העמדה השנייה, היא שלילית. ראו לעיל הערה 166, הערה 31 והטקסט הסמוך לה.

להתנגש במושגים מוסריים אחרים, וחשוב מכל, אינו מסוגל לספק הנחיה מעשית. ואילו כבוד כיהס משפיל הוא שיקול מוסרי אחד מִנֵּי רבים, וכמותם הוא ממלא תפקיד בחשיבה המעשית, המוסרית והמשפטית.

הואיל והחשיבה המעשית זקוקה למושגים שיש להם תוכן נורמטיבי ברור, שיכולים לספק לנו הנחיה מעשית, המושג כבוד שהיא זקוקה לו הוא כבוד כיהס לא־משפיל. לפי זה, כאשר המשפט נדרש להגן על הכבוד, הכוונה היא להגנה על כבודו־העצמי של האדם מפני מעשים של הזולת, או של המדינה, שמאיימים על כבוד זה באמצעות מסרים של השפלה, עלבון, ביוזי, דחייה. דוגמות לאיום מעין זה הן פגיעה בפרטיות, פגיעה בשם הטוב, הטרדה מינית,<sup>194</sup> וכמובן עינויים.<sup>195</sup>

על־פי הבנה זו, כבוד האדם שונה מערכים אחרים שהחוק מבקש להגן עליהם, במיוחד מערך החירות, בין במובנה החיובי ובין במובנה השלילי. אמת שפגיעות מסוימות בחירות הן גם פגיעות בכבוד, בשל תחושת הוסר־האוניס והיעדר השליטה בחיים שהן גורמות לאדם. אבל לא כל פגיעה בחירות היא פגיעה בכבוד במובן האמור, וכמובן לא כל פגיעה בכבוד היא פגיעה בחירות.<sup>196</sup>

אף שכבוד כיהס לא־משפיל הוא מושג מצומצם יותר מאשר כבוד כיהס מוסרי, הוא מבטיח הגנה טובה יותר לכבוד הבריות מאשר זה האחרון. כשאין הבדל ברור בין כבוד לבין ערכים אחרים, וכאשר הכל נהפך לעניין של כבוד, יש חשש שהכבוד במובנו הרגיל ייעלם מהעין ולא יזכה בהגנה הדרושה. התיזה המוצעת כאן מבקשת להתזרזר לכבוד את כבודו, האבוד לעיתים בתוך שלל הדיבורים הנשגבים על ערך האדם ומעמדו המיוחד. התוצאות הבעייתיות מהשימוש הרחב במושג "כבוד" לא נעלמו מעיניהם של כמה שופטים, החשים שהשימוש שבית־המשפט עושה במושג זה הוא בלתי־סביר לעיתים. כך אומר, למשל, השופט זמיר:

"אפשר לפרש את לשון החוק בהרחבה, אך אין לשלול מלשון החוק כל משמעות. כבוד, רחב ככל שיהיה, איננו כלי־בו. יש לתת לכבוד פירוש שישמור על קשר עם המובן הלשוני, הוא המובן המקובל, של כבוד."<sup>197</sup>

194 ראו מאמרה המאלף של א' קמיר "איוו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט (תשנ"ח) 317, 375, הטוענת שלפחות בהקשר הישראלי, "נכון להציג את ההטרדה המינית כפוגעת בראש ובראשונה בכבוד האדם וחירותו".

195 ראו, למשל, לעיל הערה 68, במיוחד פרקים ג-ד, וכן לעיל הערה 32.

196 איני מניח איפוא הבדל "מהותי" או "חד" בין פגיעה בכבוד לפגיעות אחרות, כאילו לא ניתן באותה עת לפגוע, למשל, הן בגוף והן בכבוד (השוו לעיל הערה 29). הנקודה היא שלא כל פגיעה בגוף היא פגיעה בכבוד, ולהיפך.

197 לעיל הערה 134, בע' 497, וראו גם דבריו בעניין שדולת הנשים, לעיל הערה 140, בע' 535-536: "בפסיקה שלאחר חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מפוזרות אמרות־אגב המוצאות פנים הרבה בחוק היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד. וכך גם בספרות המשפטית. יש המוצאים בכבוד האדם את עקרון השוויון, יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרן בחוק־היסוד. מי שמקבץ את האמרות האלה

דומה שהפירוש של כבוד לפי "המובן המקובל", כזה "השומר על קשר עם המובן הלשוני", הוא הפירוש של כבוד כהיעדר השפלה, ואילו הפירוש של כבוד "השולל מלשון החוק כל משמעות" הוא הפירוש של כבוד כיחס מוסרי, שהוא "כל-בו", כביטוי הקולע של זמיר.<sup>198</sup> אם אנו רוצים למנוע מצב שבו המושג כבוד נהפך לכל-בו ומאבד כל משמעות, מוטב שנדבק במובן הרגיל של כבוד, כבוד כהיעדר השפלה. ניסיתי להצביע על היתרון של המושג כבוד כיחס לא-משפיל בכמה תחומים שהמושג כבוד ממלא בהם תפקיד: מיתה בכבוד, חופש הביטוי, שוויון ועוד.

הטענה שהמושג כבוד כיחס מוסרי הוא מושג ריק מבחינה גורמטיבית-מעשית אינה גוררת את המסקנה שאין לו כל תפקיד או ערך בחשיבה המוסרית. כמו באתיקה של קאנט, למושג זה של כבוד יש חשיבות עיונית כמו גם חשיבות חינוכית. הדיבורים על כבוד האדם מספקים השראה מוסרית ופועלים על הרגש המוסרי, ואיני מזלזל ביתרונות אלה. הרעיון שביקשתי להגן עליו הוא שברמה הגורמטיבית-המעשית, מושג זה של כבוד אינו מועיל.<sup>199</sup> לכן, אף שיש לו מקום במסמכים הצהרתיים, אין לו מקום בתוך מערכת המשפט, בצורת כלל או עיקרון מחייבים.<sup>200</sup>

במאמרו הקלטי "שני מושגים של חירות", המשמש מקור השראה למאמר הנוכחי, ישעיהו ברלין מזהיר מפני הנטייה לראות כל מקרה של פגיעה בחירות במובן הרגיל של המלה, תרומה לחירות במובן אחר, למשל: שהגבלת החירות כדי לפתור את העוני היא תרומה לחירות, כי עוני מניח או גורר היעדר חירות. לדעת ברלין:

יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, כביכול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כמאמר חכמים, הפוך בו והפוך בו דכולא בו. [ההדגשות שלי - ד' ס']

198 לתפיסה רחבה עד מאוד של המושג כבוד, ראו ברק, לעיל הערה 3, סעיף ה ("היקפו של כבוד האדם"). אף שלדברי ברק, לא כל זכות אדם כלולה בכבוד, ואין כלול בו "כל הטוב והיפה שבחיים" (שם, בע' 285), קשה, לדעתי, למצוא התנהגות בלתי-ראויה שאינה כלולה - או שיכולה בנקל להיות כלולה - בגבולות המושג פגיעה בכבוד המשורטטים שם, והוא הדין בתפיסה העולה אצל קרפ, לעיל הערה 3, ואצל ח' כהן, לעיל הערה 3.

199 השוו: D. Feldman "Human Dignity as a Legal Value" *Public Law* (1999) 682, 688 (מצוטט אצל Englard, *supra* note 84, at p. 1924, note 103: "It seems that speaking of human dignity is a way of expressing a set of moral problems rather than a technique for resolving them (in hard cases at any rate)").

200 ברק, לעיל הערה 3, מעלה את הטיעון הבא נגד פרשנות מצמצמת של המושג כבוד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: אם מפרשים כבוד באופן מצומצם, הרי שהואיל ואנו מעמידים אותו בכך על המינימום החיוני, פירוש הדבר שלא תיתכן פגיעה נוספת בו. אבל הדבר נוגד את פסקת ההגבלה, המאפשרת פגיעה בכבוד כתנאים מסוימים. מכאן שיש לפרש את המושג כבוד באופן רחב. אלא שלפי ההצעה שלי, הפירוש המצומצם מתייחס לסוג הפגיעה (השפלה), ולא לעוצמתה (מינימום חיוני), ולכן פסקת ההגבלה יכולה לחול על פגיעות בכבוד בדיוק כפי שהיא חלה על פגיעות בחירות. ראו גם לעיל הערה 29.

"כדי להימנע מאי־שוויון וזעק או ממצוקה נרחבת, אני מוכן להקריב חלק מחירותי או את כולו. אפשר כי אעשה זאת ברצון ובאורח תופשי; אולם חירות הוא הדבר שאני מוותר עליו למען צדק או שוויון או אהבת אחי בני־מיני... כל דבר הוא אשר הינו: חירות היא חירות ולא שוויון או הגינות או צדק או תרבות או אושר או נאמני או מצפון רגוע."<sup>201</sup>

מה שביקשתי לטעון כאן הוא שאותו דבר חל גם על המושג כבוד: כבוד הוא כבוד, ולא חירות,<sup>202</sup> או אוטונומיה, או שוויון.<sup>203</sup> עלינו להשתדל להגן עליו במידת האפשר, תוך מציאת האיזון הראוי בינו לבין ערכים אחרים.<sup>204</sup> להגנה זו סיכוי טוב יותר דווקא אם נתפוס את הכבוד כמובנו המצומצם, כהיעדר השפלה, מאשר אם נתפוס אותו כ"כל־בו" המכיל את כל הערכים המוסריים.

201 לעיל הערה 28, בע' 177.

202 הצירוף "כבוד האדם וחירותו" עלול לעודד את ההבנה שמדובר בערך אחד. ראו, למשל, לעיל הערה 194, בע' 374, שם קמיר מתייחסת אל צירוף זה בלשון יחיד, כמבטא ערך אחד: "בשנת 1992 קבעה הכנסת ערך מרכזי בלב החברה והמשפט כאחד – 'כבוד האדם וחירותו'... 'כבוד האדם וחירותו' היה לערך המרכזי של שיטת המשפט." [ההדגשות שלי – ד' ס.]. אלא שלפי התיוה שהצעתי מדובר כאן בשני ערכים, לא רק מבחינה תחבירית, אלא גם מבחינה עניינית. מעניין שבבואה לפרט באיזה מובן הטרדה מינית פוגעת "בכבוד ובחירות", קמיר מתייחסת בעיקר לפגיעות בכבוד במובן הרגיל של המלה: השפלה, ביווי, פגיעה בפרטיות וכולי (שם, בע' 375–376).

203 אבל ראו לעיל בטקסט הסמוך להערה 143.

204 מכאן שאיני יכול לקבל את טענתו של ברק, לעיל הערה 3, בע' 278, ש"הגבלה על כבוד האדם מבוססת על כבוד האדם עצמו". הגבלה על הכבוד עשויה להיות מוצדקת על בסיס ההגנה על בטחון הציבור, למשל, אך אמירה שהגנה זו מבוססת אף היא על כבוד האדם מטשטשת את התפקיד הגורמטיבי העצמאי של המושג "כבוד". השוו לעיל, סוף סעיף ד3.

