

כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי

מאת
אביחי דורפמן*

תקציר

רשימה זו נכתבת על רקע החשש כי השיח החוקתי הישראלי שנוצר סביב הזכות לכבוד האדם גולש לשיח של רגשות ורגישויות, מצד אחד, או לאדי-הוקיזם משפטי, מצד אחר. עניינה בהשבת הזכות לכבוד האדם במשפט החוקתי הישראלי למקומה הראוי בחברה אשר מעלה על נס את היות חבריה חופשיים ושווים זה לזה. מטרתה המרכזית היא פיתוחה של המסגרת התיאורטית שלאורה יהיה אפשר לשאול את השאלות הנדרשות כדי להתמודד עם טענות משפטיות הן בדבר עצם חלותה של הזכות על מקרה נתון והן בדבר משמעותה הקונקרטי של הזכות במקרה כזה. המפתח ליצירת מסגרת זו מצוי בשתי טענות מרכזיות המפותחות ברשימה: ראשית, הזכות החוקתית לכבוד האדם היא זכות המאחדת היבטים מסוימים של רעיונות השוויון והאוטונומיה; שנית, אחרות זו לובשת צורה קטגורית, כלומר, ההגנה הניתנת באמצעות הזכות אינה מותנית בחשיבות קידומם של ערכים ואינטרסים אחרים, חשובים ככל שיהיו. לתפיסה זו של הזכות יש חשיבות תיאורטית כמו-גם השלכות דוקטרינריות ניכרות בנוגע לאופן שבו על המשפט החוקתי הישראלי להתמודד עם שאלות העוסקות בטענות לפגיעה של המדינה בכבוד האדם.

הקדמה

- א. הזכות לכבוד האדם: על קדימותו של הניתוח המושגי לניתוח הפרשני
 - ב. על הניסיון לנתק את הזכות לכבוד האדם מרעיונות השוויון והאוטונומיה
1. כבוד האדם כזכות ליחס לא-משפיל

* אוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה למשפטים. דוא"ל: dorfman@post.tau.ac.il
תודותיי לליאורה בילסקי, למיכאל בירנהק, לדפנה ברק-ארוז, לגרשון גונטובניק, לאייל גרוס, לדפנה הקר, לשי וזנר, לשי לביא, לאורלי לובל, ליורם מרגליות, לאיילת עוז, לעמית פונדיק, לרועי קרייטנר, ליופי תירוש, למשתתפי הסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ולמשתתפי הכנס לרגל עשרים שנה למהפכה החוקתית שנערך באוניברסיטה העברית בירושלים על הערותיהם המועילות. תודה גם לישי בלנק ולשי לביא על שיחות מרתקות בנושא כבוד האדם שקדמו לכתיבת המאמר. לבסוף, תודה למערכת עיוני משפט, ובמיוחד לעורך עמרי רחום-טוויג ולחברי המערכת יהודה גור, אלמוג גיל-אור וניצן הלפרין, על הסיוע הרב.

2. כבוד האדם כחברות בקהיליה המוסרית
 - ג. הצגה ראשונית של המסגרת התיאורטית
 1. כבוד האדם והכרה פומבית
 2. כבוד האדם ואוטונומיה
 3. כבוד האדם ושוויון
 4. כבוד האדם ושוויון – האם שוויון פורמלי אפשרי?
 - ד. הזכות לכבוד האדם כזכות קטגורית: דחייה עקרונית של גישת האיזונים
 - ה. הקשר בין היקף התפרשותה של הזכות לכבוד האדם לבין לגיטימציה פוליטית
- סיכום

הקדמה

ברשימה זו אבקש לפתח את הטענה (הכפולה) כי הזכות החוקתית לכבוד האדם הינה (1) זכות אשר מאחדת היבטים מסוימים של רעיונות השוויון והאוטונומיה, (2) ומעניקה לאחדות זו הגנה קטגורית (בכפוף לחריגים מצומצמים). אך בטרם אפנה למשימה, אבקש להדגיש מדוע היא כה נחוצה כאן ועכשיו.

הבעיה. אם קיימת אמת מוסרית כלשהי בעולמנו, ברור לכולנו שכבוד האדם הוא חלק בסיסי ממנה. אפשר גם אפשר להתווכח על עצם קיומה – ולא כל שכן על מידתה – של מחויבות מוסרית מצד החברה לקידום היעילות, הרווחה המצרפית ועוד. אולם אי־אפשר לעשות כן ביחס למחויבותה הבסיסית של החברה לכיבוד האדם, כל אדם. כך, על כל פנים, מורה לנו האינטואיציה המוסרית.

ברם, הביטוי הפורמלי־הפוליטי של מחויבות זו מתקשה, כך נראה, להוביל לשיווי־המשקל הנכסף בין אותה אינטואיציה לבין העקרונות המשפטיים המנחים בפועל את חיינו המשותפים בישראל. "כבוד האדם", הזכות המצויה במרכזו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתקשה לעמוד בציפיות גבוהות אלה. את זאת ניתן לראות על־ידי התבוננות על האופן שבו "כבוד האדם" – הן בשל עמימותו והן בשל הניסיון להכפיפו לתופעות של השפלה – עלול ליהפך לטרף קל בידי תפיסות ערכיות רבות, שונות ואף מנוגדות.

אפתח באותה עמימות ובשרשרת של תופעות הקשורות לבעיה זו של העדר תוכן הכרחי. דומה כי אין תפיסת־עולם בולטת בחברה הישראלית שיכולה (או למצער צריכה) להצדיק הכרעות שיפטיות בנושא כבוד האדם הנעשות "באוויר", ללא אותה הכוונה אובייקטיבית ובסיס דוקטרינרי מוצק אשר לאורם (ורק לאורם) קמה הלגיטימציה של בית־המשפט לקבל הכרעות שהן ערכיות־אידיאולוגיות־פוליטיות במהותן. על רקע זה סבורני שרבים יכולים להזדהות עם האמירה הביקורתית (הנשמעת לעיתים במסדרונות האקדמיה ובכיתות הלימוד, ולאחרונה גם בבית־המשפט העליון) על כך שכבוד האדם נהפך בפסיקת בית־המשפט העליון לתום־הלב של המשפט הציבורי.¹ הכוונה היא לכך שהזכות לוקה בעמימות, ויותר

1 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 72 לפסק־דינו של המשנה לנשיא חשין (2006).

מכך באד־הוקיום, שהפסיקה טרם הצליחה להפיג.² באחד מפסקי־הדין המרכזיים שבהם נדרש בית־המשפט העליון למשמעותה של הזכות לכבוד האדם, קבע הנשיא ברק כי "תוכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על־פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".³ אלא שקשה לראות מה תוכן הכרחי ניתן ליצוק אל תוך מבחן זה.⁴ כך, למשל, קשה לקבוע, כהתבסס על אמת־מידה זו, אם חוק אשר פוטר בני ישיבות משירות חובה מלא בצבא או דוחה את שירותם הצבאי פוגע בכבוד האדם של המחויבים בגיוס.⁵

הנשיא ברק ענה אומנם בחיוב על שאלה זו. לדבריו, "כבודו של מי שמתחייב בשירות צבאי תובעני וממושך, תוך סיכון חיים, נפגע כאשר אחר זוכה לרחיית השירות אך בשל היותו בחור ישיבה שתורתו אומנתו", שכן "בכך [יש משום] פגיעה באוטונומיה, בשלמות הפיזית והרוחנית של האדם ובמכלול אנושיותו".⁶ הפגיעה "במכלול אנושיותו" של המחויב בגיוס מוסברת בכך ש"הטלת חובה זו על האחד ושחרור ממנה של האחר פוגעת קשות בזהותו העצמית של האדם [המחויב בגיוס]".⁷ אולם לא ברור כלל מה עומד מאחורי הסקת מסקנה זו (או לצורך העניין – מסקנה הפוכה ממנה). קשה לראותה כהבחנה פסיכולוגית־אמפירית לגבי זהותו של אדם זה או אחר, וקשה עוד יותר לראותה כקביעה גורפת כי זהותם העצמית של כל המשרתים בהווה ובעבר פגועה משום שתלמידי ישיבות אינם משרתים (שירות מלא או חלקי). דומה שהנשיא ברק מבקש להסיק מסקנה נורמטיבית הנשענת על הפסול המוסרי שבפטירת תלמידי ישיבות משירות צבאי מלא. אולם העדר תוכן הכרחי לזכות

2 להאשמות ברוח זו נגד המושג "כבוד האדם" עצמו ראו: Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, 19 Eur. J. Int'l L. 655, 678 (2008). עוד ראו: David Feldman, *Human Dignity as a Legal Value – Part II*, 2000 Public Law 61, 75.

3 בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827 (1993). המשכו של המבחן המוצע שם מותיר את העמימות במקומה: "בבסיסו של מושג זה [קרין, כבוד האדם] עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על־פי רצונו וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי". שם. פסק־דינו של ברק נותר במיעוט, אולם הוא התקבל בדעת רוב בדנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

4 ביקורת ברוח זו מצויה אצל דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 543 (2001).

5 הכוונה היא לחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, ס"ח 1862, הידוע גם בכינויו "חוק טל". ההכרעה הסופית בעניין חוקתיותו של החוק ניתנה בבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, תק-על 2012(1) 4049. בפסק־הדין נקבע כי פגיעתו של החוק בכבוד האדם של המחויבים בגיוס אינה מידתית (שכן היא אינה צולחת את מבחן הקשר הרציונלי). הפסיקה נשענת על קביעה מוקדמת של בית־המשפט העליון בעניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, שלפיה החוק האמור פוגע בזכות לכבוד האדם של המחויבים בגיוס. מסיבה זו הרשימה הנוכחית מתמקדת בפסיקה המוקדמת, שכן היא זו שמתמודדת עם שאלת תוכנה של הזכות לכבוד האדם, בעוד הפסיקה המאוחרת אך בוחנת במבחן המעשה את התקיימותו של קשר רציונלי בין החוק לבין השגת התכלית שביסודו.

6 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 43 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

7 שם, פס' 42 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

לכבוד האדם אינו מאפשר לנו לראות מה טיבה וטבעה של אותה פגיעה בזהות העצמית, וכיצד היא משליכה על כבוד המתגייס כאדם. הקושי לראות אינו רק מינוח מטפורי שנועד לצבוע נקודה בעייתית בצבעים מוכרים; ראייה מרמזת על עקרון הפומביות (publicity). דומה שעצם העובדה שפסק־דין מתפרסם בפומבי אינה מקיימת את עקרון הפומביות אם ההנמקה ודרך החשיבה שהובילה לתוצאת פסק־הדין אינן ניתנות לבחינה אובייקטיבית ורצינואלית.⁸ קושי זה של העדר תוכן הכרחי מעלה את החשש שהכרעות משפטיות בעניין כבוד האדם נגועות באד־הוקיום, וכתוצאה מכך מושפעות בעיקר מסולם ערכיו של השופט, להבדיל מזה של המשפט.⁹

ניתן לזהות שתי מגמות שאותן נקט בית־המשפט העליון כדי לצמצם את בעיית העמימות, מצד אחד, ולצקת תוכן הכרחי לתוך הזכות לכבוד האדם, מצד אחר. שתיהן, כך אטען בקצרה, חושפות אותו לביקורות חדשות מבלי שהן מחלצות אותו בהכרח מביקורת האד־הוקיום. מגמה אחת, המזוהה יותר מכל עם פסיקותיה של השופטת דליה דורנר ועם כתיבתו של הפילוסוף דניאל סטטמן, עושה רדוקציה של הזכות לכבוד האדם לזכות להגנה מפני יחס משפיל. המגמה האחרת, המזוהה עם כתיבתו המשפטית והמחקרית של הנשיא ברק, מדגישה את חשיבותה של הזכות לכבוד בהגנה על האוטונומיה של היחיד, המקבלת פרשנות מקסימליסטית עד כדי ריקונה מתוכן מוסרי.

המגמה הראשונה (כבוד כהגנה מפני יחס משפיל) חשופה למתקפה חריפה משני צידי הקשת הערכית־הפוליטית: לוחמי זכויות האדם מזה וליברטריאנים מזה. המשותף לשני הצדדים, אם לומר זאת בצורה לא־פורמלית, הוא התהייה אם השיח המשפטי שבמרכז ניצבת הזכות לכבוד האדם אינו אלא שיח של רגשות ורגישויות (sensibilities) אשר רק מתחזה לשיח זכויות.

כך, מנקודת־מבטם של לוחמי זכויות האדם, זיהוי כבוד האדם עם מקרי השפלה חוטא בשניים מן המובנים הבסיסיים ביותר של שיח הזכויות הליברלי. ראשית, הרדוקציה להשפלה הופכת את הזכות לכבוד האדם לעיקרון שמרני בהגדרה, אשר מאבד בהכרח את האופי המשחרר (emancipate) של שיח הזכויות בכלל ושל כבוד האדם באשר הוא אדם בפרט.

8 בעוד קיימים עדיין ויכוחים פילוסופיים בשאלה אם פומביות היא תנאי הכרחי לכך שעיקרון או החלטה אשר מנחים את מוסדות השלטון ייחשבו צודקים (ראו והשוו: G.A. COHEN, *RESCUING JUSTICE & EQUALITY* 344–371 (2008); JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* (1993) (hereinafter: RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM*)) 254, ויכוח משפטי מקביל הוכרע לאחרונה בישראל כאשר בית־המשפט העליון מנה את עקרון הפומביות ברשימת עקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרה הדמוקרטי של מדינת־ישראל. ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד (נט) 14, פס' 18 לפסק־דינה של השופטת ביניש (2004). מקל וחומר דומה כי עקרון הפומביות תקף ביתר שאת להליך השפיטה, ובעיקר להנמקתו של פסק־דין (אשר ניתן, בסופו של דבר, לא עלי־ידי נבחר ציבור).

9 חשש זה אינו ייחודי למשפט החוקתי הישראלי. ראו, למשל: Izhak Englard, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, 21 *CARDOZO L. REV.* 1903, 1924 (2000) [“dignity remains an elusive and capacious concept”].

ההיסטוריה האנושית מספקת מגוון של מקרים שבהם נפגע כבוד האדם של חברי קבוצות שונות אך מבלי שלפגיעה זו התלוותה תחושת השפלה בקרב הנפגעים. אפשר אף לחזק את ההבחנה ולומר כי חלק מהקושי העקרוני והפרגמטי של ביעור הפליה וחוסר כבוד במקרים הקשים ביותר (כגון המאבק לשוויון בין המינים¹⁰) נעוץ בכך שהנפגעים אינם חווים רגשית את העוול המוסרי שנגרם להם, וממילא אינם חשים מושפלים או "חסרי-אונים", כפי שאחד מתומכיה של תזת ההשפלה מתאר זאת.¹¹ האופי המשחרר של זכויות האדם, ובפרט של הזכות לכבוד האדם, טמון בדיוק באופיין הרדיקלי, המתבטא ביכולתן לחשוף אי-צדק גם כאשר רובנו איננו ערים לו.¹² יותר מכך, נראה כי מצדדיה של תזת ההשפלה הפכו את הסדר הנכון של הדברים, שכן לעיתים קרובות תחושות של השפלה ונחיתות הן תוצר של פגיעה לא-צודקת בפרט, ולא להפך. תזת ההשפלה, אם כן, מצליחה אומנם ליצוק לזכות לכבוד האדם תוכן הכרחי – עובדות פסיכולוגיות בדבר תחושות של מושפלות – אך במחיר של הכנסת מרכיב שמרני טבוע (built-in) התורם להנצחתו האפשרית של אי-צדק על-ידי ויתור מראש על אפשרות חשיפתו (ככל שלא נלווית אליו תודעת מושפלות).

שנית, רגשות של נחיתות והשפלה לא רק פוגעים באופיו הרדיקלי (קרי, הלא-מוטה) של שיח זכויות אותנטי, אלא אף זרים לו.¹³ שיח הזכויות, שבמרכזו התביעה להכרה ולשוויון, אינו מונע – סוציולוגית ומוסרית – על-ידי תחושות של נחיתות והשפלה. נהפוך הוא, מאבקים חברתיים כמו-גם טיעונים מוסריים בעד הכרה בשוויון זכויות לכל אינם יוצאים ממקום של עלבון ומסכנות, כי אם ממקום של עוצמה מוסרית; מתוך תחושה – או ליתר דיוק ידיעה – שהתייחסות שונה במקרה שעל הפרק (למשל, שלילת זכויות הצבעה מנשים או מניעת שירותי הסעדה, מגורים ואירוח משחורים) מצביעה דווקא על נחיתותם המוסרית של המפלים.¹⁴ אין זה אומר שהנאבקים על זכותם לכבוד האדם אינם חשים מושפלים. הנקודה היא שתחושת ההשפלה אינה ממלאת תפקיד הכרחי ומכונן במאבקם. כלומר, ייתכן שמרטין לותר קינג חווה תחושות של השפלה, עלבון וחסרי-אונים במהלך חייו כשחור בתקופה שקדמה למהפכת זכויות האזרח של שנות השישים בארצות-הברית, אלא שמאבקו לא היה

10 MARY WOLLSTONECRAFT, A VINDICATION OF THE RIGHTS OF WOMEN 43 (Carol למשל: ראו, H. Poston ed., Norton & Co. 1975) (2nd ed. 1792).

11 סטטמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 560.

12 Jürgen Habermas, *The Concept of*: ראו: (ושל כבוד האדם) *Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, 41 METAPHILOSOPHY 464, (2010) 467 (המציין את ה"radical thrust" של זכויות האדם).

13 קרל מרקס, מגדולי מבקריו של שיח הזכויות, היטיב לראות את הניתוק בין זכויות (והשיח הציבורי שהן יוצרות) לבין ערכים ורגישויות חברתיות שונות. ראו: KARL MARX, ON THE JEWISH QUESTION, *reprinted in* KARL MARX: SELECTED WRITINGS 1, 15–17 (Lawrence H. Simon ed., 1994).

14 ראו, למשל: DUDLEY CLENDINEN & ADAM NAGOURNEY, *OUT OF GOOD: THE STRUGGLE TO BUILD A GAY RIGHTS MOVEMENT IN AMERICA* (1999).

בבחינת תחינתו של מושפל חסר-אונים כלפי משפילו, כי אם של תובע זכות הדורש את ההכרה המגיעה לו מן המעוול מאז ומתמיד, מתוקף היותו בן-אדם.¹⁵ זאת ועוד, ההתמקדות בהשפלה חשופה לביקורת חזקה אף מהכיוון הליברטריאני, שעניינה בחשש מפני יצירת תרבות חוקתית חודרנית אשר מבססת את המלכיה על רגשות והלכי-נפש פנימיים ובכך חורגת מגבולות הכוח הלגיטימיים של מדינה המחויבת לכבד את חירות הפרט.¹⁶ תלונה זו עוסקת בהשלכותיה של יצירת פרקטיקה משפטית שבה העותר נדרש – ככל שברצונו לשכנע את בית-המשפט כי השלטון פגע בזכותו לכבוד האדם – לחשוף, ובמובן זה אף לחגוג, את רגשותיו ובעיקר את תחושת המושפלות שהוא חווה כתוצאה מפעולה או מהחלטה של השלטון.¹⁷ ביקורת כזו אף מוצאת חיזוק נוסף (ושונה) בתורת המידה הטובה (virtue) של קנט, המאמצת עמדה טהרנית נגד מתן פומביות לתחושות השפלה או כל מעשה אחר של הבעת מסכנות לפני הזולת, שכן החצנה זו כשלעצמה מהווה פגיעה עצמית בכבוד האדם של אותו אדם.¹⁸

המגמה השנייה (המזהה את הזכות לכבוד האדם עם האינטרס של היחיד בהגשמת האוטונומיה) מתגברת על ביקורות אלה, אולם חושפת את עצמה לביקורות חריפות שבמהותן מחזירות את הדיון לנקודת ההתחלה – עמימות ואד-הוקיזם – ואף יוצרות בעיות חדשות של התרחקות משמעותית מהאידיאל המוסרי של כבוד האדם (יהא תוכנו אשר יהא). הנשיא ברק קבע, עוד בפרשת *ויכסלבאום*, כי בקביעת תוכנה של הזכות האמורה "יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני", והדגיש כי התרחקות זו כוללת גם את "ה[מושג] הקנטיאני" של כבוד האדם.¹⁹ גישתו היא שהזכות לכבוד האדם מגינה על האוטונומיה של הפרט לפתח "את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי".²⁰ אך מבלי להטיל הגבלות על המושג "אוטונומיה" יוצא שההמשגה (conception) שברק עובד עימה היא שהזכות לכבוד האדם חלה על כל מעשה בחירה רצוני של הפרט, ללא קשר לטיבה של הבחירה, ובמיוחד ללא קשר לחוקיותה או למוסריותה.

כך, למשל, ברק דוחה את הוצאתה של פעולת הגנבה – או של כל פעולה רצונית אחרת שמהווה פגיעה בזכותו של אחר – ממה שייחשב "בחירה רצונית" הנכללת בזכות לכבוד

15 ראו, למשל: PETER J. ALBERT & RONALD HOFFMAN, WE SHALL OVERCOME: MARTIN LUTHER KING JR. AND THE BLACK STRUGGLE (1990).

16 השוו: Elizabeth Anderson, *What Is the Point of Equality?* 109 ETHICS 287, 287–288 (1999) (Anderson, *What Is the Point of Equality?*).

17 לטיעון קרוב ראו אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" *משפט וממשל* ז' 538, 469 (2004).

18 IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS 188 [6:436] (Mary Gregor trans. & ed., 1996). חשוב לא לבלבל בין עמדתו הטהרנית של קנט ביחס לתחושות של השפלה, מסכנות ונחיתות לבין עמדה טהרנית גורפת נגד תפקידם של רגשות בכלל במוסר. קנט אינו טהרן של רגשות ותחושות פסיכולוגיות בכלל; טהרנותו היא חלקית, וחלה רק לגבי רגשות שמונעים אותנו מלפעול באופן אוטונומי-מוסרי בהתאם לציווי הקטגורי.

19 בג"ץ *ויכסלבאום*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 827. אולם בעניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 32, ברק מבהיר כי התרחקות מגישה קנטיאנית אין משמעה דחייתה.

20 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 35.

האדם או לחירות.²¹ לשיטתנו, ניתן (וצריך) להטיל איסור על גנבה ופעולות לא־חוקיות אחרות, אלא שאיסורים אלה מהווים פגיעה (מוצדקת, אם היא מידתית) בזכות לכבוד האדם.²² מכאן נובע שהזכות לכבוד האדם אליבא דברק חפה מתוכן מוסרי, שכן אין ביכולתה להבחין בין הבחירות השונות שאנו עושים בחיינו לבין קשרן להגשמת האוטונומיה שלנו כיצורים חופשיים. הבחנה חיונית זו מוצאת אל מחוץ לכבוד האדם, ומועתקת אל פסקת ההגבלה ובעיקר אל מבחן המידתיות. ברק מגן על תפיסה מרחיבה זו של הזכות לכבוד במונחים של "אידיאל שהחברה צריכה לשאוף למימושו",²³ אך קשה להבין מהו אותו אידיאל שבמסגרתו כבוד האדם משתרע גם על חוסר כבוד לזכויות (משפטיות ומוסריות) של הזולת, באופן שמקרב אותו לרעיון החופש המאפיין את מצב הטבע המצמרר המתואר בכישרון רב על־ידי הובס.²⁴ קשה, על כל פנים, ליישבו עם אותו אידיאל מוסרי בדבר כבוד האדם שהזכרתי בפתחה של רשימה זו.

מה השתבש? ניתן להציע הסברים מסוגים שונים – למשל, סיבתיים (כגון הסבר היסטורי או פסיכולוגי) או ביקורתיים (כגון הסבר מרקסיסטי). אולם במקומם אבקש להציע שני הסברים נורמטיביים, שאותם אבקש לפתח ביתר פירוט בהמשך הרשימה. בשלב זה של הטיעון אסתפק בהצגתם המהירה, מכיוון שהם – או ליתר דיוק ההתגברות עליהם היא – המפתח לפיתוחה התיאורטי והדוקטרינרי של הזכות לכבוד האדם.

ההסבר הראשון עוסק בבעיה אחת שמשותפת לחלק מהכותבים בנושא הזכות החוקתית לכבוד האדם, והיא ההתמקדות בכבוד האדם, ולא בכבוד האדם. התמקדות זו מובילה לעיתים לניתוחים אטימולוגיים, פילולוגיים וסמנטיים של הגדרותיו השונות של המונח "כבוד" (כבוד כ־honor, כ־dignity, כ־glory ועוד), מתוך ניסיון למצוא את המשמעות המוסרית של "כבוד" שתהלוס את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. דווקא דלותה של השפה העברית בהקשר זה היא יתרון על שפות אחרות, שכן העניין המרכזי שיש להפנות אליו את תשומת־הלב הוא האדם שבכבוד האדם, ולא – או לא רק – הכבוד. לא קשה לתאר מצבים בחיי היומיום שלנו שבהם אנו חשים כי כבודנו נפגע, אפילו נרמס. אך פגיעה זו, חמורה ככל שתהיה, אינה מהווה בהכרח פגיעה בכבוד האדם שלנו.²⁵ כפי שעוד אטען להלן, דווקא מושא הכבוד – האדם, השופט, המלך ועוד – הוא שמקבע את מובנו של ה"כבוד", ולא להפך, כפי שהיה אפשר להבין מהעיסוק במשמעויות המילוליות השונות של המילה "כבוד" בלעז.²⁶

21 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 66–67 (2010) (להלן: ברק מידתיות). כן ראו שם, בעמ' 113–114.

22 שם, בעמ' 66 ("פעולת הגניבה מכוסה במישור החוקתי, אך היא אסורה במישור התת־חוקתי").
23 שם, בעמ' 112.

24 אצל הובס "חירות" מוגדרת כיכולת לפעול "[ב]העדר עכבות חיצוניות", ובמצב הטבע היא מנביעה כי "לכל אדם זכות לכל דבר, אפילו לגוף האחר". תומס הובס לזיתן 91 (מנחם לורברבוים עורך, אהרן אמיר מתרגם, 2009).

25 לדוגמה, כישלון ברסיטל הפומבי הראשון של הנגן; הפסד ביתי צורב לקבוצה היריבה, שמגיע כדי "השפלה"; תחושת blackout של סטודנט לנוכח שאלה שהמרצה מפנה היישר אליו.

26 עמדה זו – אשר שמה את מושא הכבוד במרכז כמפתח להבנת "כבוד האדם" – זוכה לאחרונה בעדנה בכתבתם של ג'יימס ויטמן ושל ג'רמי וולדרון. ראו להלן ה"ש 132.

ההסבר השני, החשוב יותר, מתייחס לרוב הכותבים, שאינם ספקניים ביחס למושג "כבוד האדם", ועוסק בנסיונם, הבלתי־אפשרי, למצוא דרך לרבע את המעגל, כלומר, לפתח תיאוריה ליברלית על הזכות לכבוד האדם ללא הישענות על שוויון וחירות (או בצורה מדויקת יותר – אוטונומיה).²⁷ זוהי הבחנה שנראית לי ברורה,²⁸ אבל ראוי בכל־זאת להדגישה: הזכות לכבוד האדם אינה זכות בעלת עיגון מוסרי נבדל (free-standing) מן הרעיון הליברלי הבסיסי בדבר היותנו בני־אדם חופשיים ושווים.²⁹ כפי שאראה בהמשך, נסיונות מפורשים בפסיקה ובספרות לאפיין מהי פגיעה בזכות לכבוד האדם במנותק מן הרעיונות הליברליים הבסיסיים בדבר שוויון ואוטונומיה קורסים בסופו של יום לאחד משני הרעיונות האמורים או לשניהם גם־יחד.³⁰

מן ההבחנה המוצעת לעיל, שלפיה כבוד האדם אינו רעיון עצמאי שניתן להמשה במנותק מאוטונומיה ומשוויון, נובעת מסקנת־הביניים כי הזכות לכבוד האדם היא זכות מאחדת – כזו המבטאת את מחויבותה של החברה, באמצעות מוסדותיה הרשמיים, להגן, במידה מסוימת, על זכותו של כל אדם שיכירו בו כיצור חופשי וגם שווה. ההאחדה שהיא מקדמת אינה נומינלית, במובן של שימת קורת־גג אחת מעל שוויון ואוטונומיה, אלא

27 אין ספק שלמושג "כבוד האדם" יוחסו משמעויות שונות, אשר מושפעות, מן הסתם, מתפיסות־עולם שונות. אולם רשימה זו אינה דנה במושג "כבוד האדם", אלא בהמשגה הליברלית של מושג זה, כלומר, בזכות החוקתית לכבוד האדם כפי שהיא מובנת מנקודת־מבטו של הליברליזם הפוליטי (political liberalism).

28 עם זאת, אין כמובן אחידות־דעים לגביה. כך, למשל, מאיר דן־כהן מכיר בזהות בין כבוד האדם לבין היבט בסיסי של שוויון (equal moral worth), אך לטעמו אוטונומיה וכבוד האדם הם מושגים נבדלים. MEIR DAN-COHEN, HARMFUL THOUGHTS: ESSAYS ON LAW, SELF, AND MORALITY 154–159 (2002). אך למסקנה זו הוא מגיע רק משום שהוא אוהו בהמשגה לא־ראויה – או למצער לא־אינטואיטיבית – של אוטונומיה. לשיטתו, תנאי הכרחי ומספיק לקיומה של אוטונומיה הוא זמינותן של אפשרויות בחירה שונות (שם, בעמ' 156). הגדרה צרה זו מובילה אותו למסקנה כי לעבר אשר "נהנה" מאדון המותר לו מגוון של אפשרויות בחירה יש בכל־זאת אוטונומיה אישית (שם). מסקנה זו מובילה אותו לטענה כי הפסול המוסרי בעבדות הוא הפגיעה בכבוד האדם (קרי, יחס שאינו מתיישב עם הערך המוסרי השוויוני שכל אדם ראוי לו), ולא – או לא בהכרח – שלילת האוטונומיה של העבד. לטעמי, לעומת זאת, המסקנה שיש להסיק מניתוחו של דן־כהן היא כי המושג "אוטונומיה" המוצע על־ידיו אינו נכון, וכי המשגה נכונה של "אוטונומיה" חייבת להביא בחשבון לא רק קיומן של אפשרויות בחירה שונות, אלא גם את עצם היות האדם האוטונומי עצמאי ולא־כפוף (non-subordinated) לבחירה של אדם אחר, בין שבחירתו של אותו אדם אחר היא בנוולנטית ובין שהיא מלולנטית. לא לחינם השווה טולסטוי את האדם שנשללה חירותו ל"מת" (ראו ל"ט טולסטוי מלחמה ושלום כרך ב 640 (לאה גולדברג מתרגמת, 1977)). דומה כי כבוד האדם אינו יכול להיבדל לחלוטין מהמשגה כזו של אוטונומיה.

29 ההסבר לכך טמון בצירוף שתי ההנחות הבאות: האחת – ששוויון ואוטונומיה הינם עקרונות מוסריים בסיסיים שחייבים להתקיים בחברה ליברלית; והאחרת – שכבוד האדם הינו הזכות המוסרית העליונה. צירופן מוביל למסקנה שכל ניסיון להסביר את מוסריותה של הזכות החוקתית לכבוד האדם צריך לכלול (היבטים מסוימים) של שוויון ואוטונומיה.

30 ראו את הדיון להלן בפרק ב.

מהותית: עניינה ביצירת חיבור הרמוני בין שני עקרונות אשר ללא מאמץ כאמור עלולים למשוך לכיוונים מנוגדים.³¹ מכאן גם נובעת המסקנה הסופית (לשלב זה של הצגת הטיעון): השאלה המרכזית הרובצת לפתחו של כל ניסיון ליצור תיאוריה של "כבוד האדם" היא על אילו היבטים של שוויון, מצד אחד, ושל אוטונומיה, מצד אחר, הזכות לכבוד האדם צריכה להגן.³²

ניתן לכאורה לסבור כי אף אם בכוחה של הגישה המוצעת בדבר הזכות המאחדת להאיר בצורה מדויקת יותר את הזכות לכבוד האדם, משמעותה המעשית היא ריקונה של הזכות האמורה מכל חשיבות. אולם זו תהא מסקנה חפוזה מדי. ראשית, הכרה בזכות לכבוד האדם קושרת אותנו, בבחינת "תקיעת רגל בדלת", לשני הרעיונות הבסיסיים ביותר, ובכך מונעת התנערות מאכיפתו המשפטית של אחד מהם בלבד, בהתאם להעדפות כאלה או אחרות של הציבור ונבחריו בזמן נתון. שנית, ובאופן דרמטי יותר, כפי שאטען בהמשך, הכנסתם של היבטים מסוימים של שוויון ושל אוטונומיה תחת קורת-הגג של הזכות לכבוד האדם צובעת היבטים אלה בצבעים לא-מכשירניים (לא-אינסטרומנטליים). כלומר, הערך המוסף המוסרי והמעשי של הזכות לכבוד האדם, בהשוואה לזכות חוקתית "רגילה" לשוויון ו/או לאוטונומיה, נוגע בטיבה של ההגנה על מושא הזכות: אותם היבטים של שוויון ואוטונומיה מוגנים באמצעות הזכות לכבוד האדם באופן שאינו מותנה בחשיבות קידומם של ערכים ושיקולים אחרים, חשובים ככל שיהיו. בצורה אלגנטית פחות ומדויקת פחות אפשר לומר כי אין להבינה באופן שבו בית-המשפט העליון הישראלי תופס ברגיל זכויות-יסוד, קרי כיחסיות, במובן זה שהן משמשות לא יותר מנקודת ההתחלה בניתוח החוקתי הרב-שלבי (הכולל, כמעט תמיד, את בחינת איזונה של הזכות עם אינטרסים וערכים מתחרים); הזכות לכבוד האדם, כך אטען, היא לא רק נקודת ההתחלה, אלא – בכפוף לסייגים מצומצמים ביותר – גם ובעיקר מסקנה בניתוח החוקתי.

רשימה זו תציע פיתוח ראשוני של הזכות לכבוד האדם כזכות המאחדת את ההיבטים המרכזיים של עקרון השוויון עם אלה של האוטונומיה. איני עוסק בשאלה האחרת, המיוחסת לעיתים (בטעות) לקנט, בדבר היות "כבוד האדם" המקור (source) לערכים ולזכויות במסור

31 המתח בין שוויון לבין אוטונומיה ניתן להמחשה באמצעות העמדתו של רצף התחום בין אוטונומיה מרבית, בקצה האחד, לבין שוויון מוחלט, בקצה האחר: הוא אינו מאפשר למשטר פוליטי לאחוז בו-זמנית בשני קצות הרצף, אפילו היה רוצה בכך (מכל סיבה שהיא). הזכות לכבוד האדם מייצגת נקודה על הרצף שבה מינונים מסוימים של שוויון ושל אוטונומיה מתיישבים אלה עם אלה.

32 הגנה על היבטים מסוימים של שוויון ושל אוטונומיה מנביעה את המסקנה שיש היבטים של שוויון והיבטים של אוטונומיה שלא יחסו תחת הזכות לכבוד האדם. האין לזקוף תוצאה זו לחובתה של הגישה המוצעת ברשימה זו? סבורני שלא. אמת-המידה לקביעה מה התיאוריה הטובה ביותר של הזכות לכבוד האדם אינה יכולה להיות היקף ההגנה המוענקת בפועל על-ידי הזכות על-פי כל אחת מן התיאוריות המתמודדות. מכל מקום, כפי שהקדמה לרשימה זו מראה, הקשיים המתעוררים סביב שתי הגישות הנוהגות בפסיקה הישראלית בדבר הזכות לכבוד האדם הם כבדים דיים להאפיל על שאלת היקף ההיבטים של השוויון ושל האוטונומיה הזוכים בהגנה על-ידי הזכות.

או במשפט³³; איני עוסק אף בגישה הקהילתנית, הרואה ב"כבוד האדם" הגבלה המוטלת על הפרט מטעמים פרפקציוניסטיים של אכיפת תפיסת טוב כזו או אחרת.³⁴ עיקרה של הרשימה ביצירת המסגרת התיאורטית שבתוכה ומתוכה יוכל בית-המשפט לשאול את השאלות הנכונות בהכרעו בענייני הזכות לכבוד האדם. מסגרת זו חיונית לעצם האפשרות של יציקת תוכן הכרחי לזכות לכבוד האדם, ובכך ליצירת שיווי-המשקל הנכסף בין האידיאל המוסרי בדבר כבוד האדם לבין מחויבותה של החברה – באמצעות מוסדותיה הכופים – להגשמתו. בכך גם תושג המטרה החשובה של החזרת העיסוק בזכות לכבוד האדם משיח הרגשות והרגישויות של חוויית המושפלות והקורבנות אל חיקו של שיח זכויות אותנטי. הרשימה מתקדמת בסדר הבא. הפרק הראשון מבהיר בקצרה במה הטיעון שיפותח ברשימה זו שונה מטענות פרשניות בדבר המשקל שיש לייחס לכוונת המכוון בקביעת היקפה של הזכות לכבוד האדם בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפרק השני מתמקד בשני נסיונות מן התקופה האחרונה לפתח תיאוריה של הזכות החוקתית לכבוד האדם במנותק מרעיונות השוויון והאוטונומיה. מטרת הדיון היא להראות, על-דרך ההדגמה, כי נסיונות מסוג זה דינם להיכשל, שכן הזכות לכבוד האדם אינה יכולה לא להיות חיבור של מרכיבים מסוימים של שוויון ושל אוטונומיה. הפרקים השלישי והרביעי מציעים פיתוח ראשוני של הזכות: הפרק השלישי משרטט, בקווים כלליים, את המסגרת התיאורטית שמתוכה יהיה

33 לעיתים קרובות מדי דיונים במושג "כבוד האדם" אינם מבחינים בצורה ברורה וחדה בין "כבוד האדם" כזכות חוקתית לבין "כבוד האדם" כמקור אפשרי להכרה בערכים ובזכויות אחרים (כגון שוויון וחירות). לא רק שאלה שתי סוגיות שונות, הן מבחינה אנליטית והן מבחינה נורמטיבית, אלא שהסוגיה השנייה נידונה מראש לכישלון. זאת, משום שהטענה כי כבוד האדם הוא המקור לזכויות ולערכים אחרים – או בפשטות, המקור לכל ערך אנושי – היא סתומה. מה שנדרש להראות הוא מה המקור לקביעה שכבוד האדם הוא המקור לזכויות ולערכים אחרים, כלומר, מהו בדיוק אותו מאפיין אנושי אשר יכול להפוך את בני-האדם ליצורים בעלי סטטוס מיוחד ולכן לכאלה שזכאים להגנה מיוחדת בדמותן של זכויות. המושג "כבוד האדם" אינו עושה כאן עבודה מיוחדת; הוא לכל-היותר מסקנה בדיון.

34 תפיסה קהילתנית של כבוד האדם רואה בו ביטוי של חובה או אחריות המוטלת על הפרט לטובת שמירת המוסר הציבורי הנוהג או תפיסת טוב מסוימת. אורית קמיר פיתחה גישה בעלת דמיון מסוים לזו הקהילתנית. גישתה, הצומחת מתוך זרם הפמיניזם הרדיקלי (ומשלבת לצד זאת תובנות מתוך האתיקה הקנטיאנית), רואה אף היא במושג "כבוד האדם" (המוגדר ככבוד סגולי – dignity) מקור משפטי המצדיק הטלת הגבלות על חירויות פוליטיות, אזרחיות וכלכליות שונות. דוגמה לכך היא הצדקת ההגבלה המוטלת על עיסוק בתעשיית הפורנוגרפיה במונחים של כבוד האדם. ראו אורית קמיר **כבוד אדם וחיה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי** 194-199, 213-215 (2007). קמיר אינה מספקת ביסוס לבכירותו של מושג כבוד האדם (הסגולי) אל מול טענות הסכמה (מצד משתתפות הסרטים הפורנוגרפיים ומצד החברות המסחריות), שכן לשיטתה "זכויות של כבוד סגולי... הן מוחלטות". שם, בעמ' 216. דומה כי אין זה טיעון בדבר מהותה של הזכות לכבוד האדם, אלא בדבר החובה המוטלת על כולי עלמא (ובכלל זה גם על משתתפות הסרטים הפורנוגרפיים) לא לנהוג באופן שאינו מתיישב עם כבודם הסגולי. אכן, תפיסה זו של כבוד האדם מוצגת כבר בראשית דבריה של קמיר, שבהם היא מבחירה כי היא רואה בפגיעה בו משום "חטא" של פגיעה ב"משאב ערכי המשותף לכלל... אוניברסלי ומוחלט". שם, בעמ' 19.

אפשר לצקת תוכן הכרחי לתוך הזכות לכבוד האדם, קרי, אותם היבטים של אוטונומיה ושל שוויון המצויים בבסיסה של הזכות; והפרק הרביעי עניינו באופייה הקטגורי של הזכות לכבוד האדם, כלומר, באי־כפיפותה לתחשיב הטוב החברתי (תהא הגדרתו אשר תהא). במסגרת דיון זה אבקש להדגיש כי לגישה המוצעת יש השלכות דוקטרינריות חשובות על פרשנותו הראויה של מבחן המידתיות, ובאופן כללי יותר על גישתו של בית־המשפט העליון להכרעה בטענות לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. הפרק החמישי והאחרון דן בקצרה ביחס שבין התיאוריה המוצעת של הזכות לבין אחת משאלות־היסוד בפילוסופיה של המשפט החוקתי – שאלת הגליטימציה הפוליטית.

א. הזכות לכבוד האדם:

על קדימותו של הניתוח המושגי לניתוח הפרשני

הטיעון שאבקש לפתחו ברשימה זו אינו מתעלם מההנחה הבסיסית אשר כלל השופטים והחוקרים העוסקים בזכות לכבוד האדם שותפים לה – בכוונת מכוון לא "הוכנסה" הזכות לשוויון לחוק־היסוד, כחלק מהרצון המפורש להשיג לחוק תמיכה של רוב. סביר להניח שנתון פרלמנטרי זה הוא שהוביל לנסיגות לפתח תיאוריה של כבוד האדם שאינה נשענת על שוויון באופן ישיר או מפורש. התפיסה שבבסיסה של תיאוריה כזו אומרת כי שוויון היא "זכות בלתי־מנויה"³⁵, וכי קריאתו אל תוך חוק־היסוד היא לא יותר מאשר "ניסיון מאולץ ומלאכותי"³⁶ (דברים דומים ניתן לומר, אגב, גם לגבי זכויות "בלתי־מנויות" אחרות, כגון חופש הביטוי וחופש הדת).

הסבר זה אינו משכנע בעיניי (ולא רק משום שהוא אינו כולל את חציו האחר של כבוד האדם – חירות או אוטונומיה). עניינו בשאלה פרשנית, קרי, בשאלה אם הוראות חוק־היסוד, כגון "אין פוגעים... בכבודו של אדם באשר הוא אדם", צריכות להתפרש ככוללות הגנה על השוויון בין בני־האדם. על־מנת להשיב על שאלה זו יש להתחקות אחר לשון חוק־היסוד, כוונת המכונן, תכלית חוק־היסוד ועוד. לעומת זאת, מישור הטיעון המוצע על־ידיי הוא מושגי. טענתי היא כי הזכות החוקתית לכבוד האדם, ולא אך הזכות החוקתית לכבוד האדם בישראל שלאחר שנת 1992, היא איחוד (היבטים מסוימים) של שני רעיונות – שוויון ואוטונומיה. טענה זו יכולה בוודאי (ולטעמי גם צריכה) להשליך על השאלה הפרשנית, אך קודם לכן עניינה במהותו של המושג "הזכות לכבוד האדם".

לשם המחשה, שערנו בנפשכם שהכנסת המכוננת תקבע בחוק־יסוד את הזכות לחופש ביטוי, ותגדיר אותה כ"זכותו של כל אדם לביטוי, להוציא דיבור". אין ספק שלניסוח זה צריכה להיות השפעה על פרשנות הסעיף (כלומר, על השאלה מהו היקף התפרשותה של הזכות). אולם עוד לפני הגיענו אל השאלה הפרשנית יכולה לעלות הטענה המושגית כי הזכות לחופש ביטוי, ככזו, חלה על פעולות תקשורתיות לשוניות ולא־לשוניות, שכן שני

35 הלל סומר "הזכויות הבלתי־מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).

36 סטטמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 579 ה"ש 133. כן ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995).

סוגי הפעולות הנזכרות הם חלק ממהותו של המושג "הזכות לחופש ביטוי". כך גם בעניין הזכות לכבוד האדם. כפי שבמישור המושגי הגנה על "הזכות לחופש ביטוי" כוללת גם הגנה על פעולות תקשורתיות לשוניות, כך גם הגנה על "הזכות לכבוד האדם" כוללת גם הגנה על (היבטים מסוימים של) שוויון. משמעות הדברים היא שגם אם הכנסת המכוננת תתקן את חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו כך שהוא יאמר במפורש כי "בחוק יסוד זה, 'כבוד' להוציא שוויון", טענתי תהיה כי תיקון זה אינו משנה את היקף השתרעותה של הזכות; הוא משנה את הזכות עצמה. זו לא תהא עוד הזכות לכבוד האדם, אלא משהו אחר – אולי הזכות למימוש האוטונומיה. כך, בעוד המחלוקת הפרשנית שצמחה עקב נסיבות כינונו של חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו עוסקת בשאלת היקף השתרעותה של הזכות (אם היא כוללת שוויון), טענתי עוסקת בטבעה של הזכות העומדת לבחינה. העדר האפשרות לנתק את כבוד האדם מערכי השוויון (והאוטונומיה) אינו מאפשר לפתח הבנה נכונה של הזכות החוקתית לכבוד האדם במנותק ממה שהופך אותה למה שהיא, קרי, שוויון (ואוטונומיה).

ב. על הניסיון לנתק את הזכות לכבוד האדם מרעיונות השוויון והאוטונומיה

ניתן להדגים את ההבחנה שהצעתי לעיל – שלפיה מנקודת-המבט הליברלית הזכות לכבוד האדם היא הזכות להגנה על היבטים מסוימים של שוויון ושל אוטונומיה – באמצעות שתי תיאוריות שפותחו לאחרונה בנושא מהותה של הזכות לכבוד האדם שבחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו. אין בכוונתי לעסוק בתיאוריות אלה לגופן, אלא רק בבחינה מצומצמת שלהן: היש ביכולתן לבסס תיאוריה בדבר כבוד האדם במנותק משוויון, מאוטונומיה או (בעיקר) משילוב של השניים? בבחינה זו אני מוכיח, כמובן, שביסוס כזה אינו אפשרי לעולם; מטרתו צנועה יותר, כאמור, ועניינה בהדגמת הבחנה שנראית לי ברורה מאליה.

1. כבוד האדם כזכות ליחס לא-משפיל

במאמר מרתק מגן סטטמן על צמצומה של הזכות לכבוד האדם להגנה מפני יחס לא-משפיל.³⁷ הוא עושה זאת בשני שלבים. השלב הראשון מתמקד בביקורת על אפשרות פיתוחה של הזכות על בסיס "האתיקה של קנט",³⁸ ובמיוחד על הציווי הקטגורי, המחייב התייחסות לאנושות שבפועל (agent) או בזולת תמיד גם כתכלית, ולא רק כאמצעי. ביקורתו היא שכיבוד האדם על-ידי התייחסות אליו כאל תכלית מניח קיומה של אמת-מידה מוסרית חיצונית ל"כבוד האדם", שבאמצעותה יהיה אפשר לקבוע מה נחשב להתייחסות אל האדם (גם) כתכלית.³⁹

עוד בטרם אעבור לשלב השני בטיעונו של סטטמן, אבקש לציין בקצרה כי החיפוש של סטטמן אחר עיגון קנטיאני לזכות החוקתית לכבוד האדם ב"אתיקה של קנט", להבדיל

37 סטטמן, לעיל ה"ש 4. עוד ראו: Daniel Statman, *Humiliation, Dignity, and Self Respect*, 13 PHIL. PSYCHOL. 523 (2000).

38 סטטמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 545.

39 שם, בעמ' 547.

מהפילוסופיה הפוליטית שלו, צריך להידחות בשתי ידיים על-ידי קנט וממשיכיהו. הצייוי הקטגורי והאתיקה שהוא משתייך אליה פונים אל הפועל פנימה – אל האופן הראוי שבו עליו לקבל החלטה על פעולה ואל ההתכוונות (attitude) הנכונה שהוא צריך לפתח בעת יישומה.⁴⁰ הזולת הוא לעיתים – אך לא בהכרח – הנהנה (beneficiary) מתוצאות הפעולה המוסרית, אך מוסריותה של הפעולה אינה "נמדדת" במונחים של הנאתו או אפילו כבודו, אלא תמיד במונחים של היות הפועל עצמו יצור אוטונומי, המחוקק לעצמו את חוקי פעולתו במנותק מיצוריו, מגחמותיו או מציפיותיו של הזולת. אי-קיום הבטחה לזולת בוודאי עלול לפגוע באחרון, אך הכשל המוסרי שהאתיקה הקנטיאנית מדגישה לגבי מקרה זה הוא פגיעת המפר באוטונומיה שלו עצמו. הכבוד הנרמס בפעולה כזו הוא בראש ובראשונה של הפועל עצמו, הפועל כיצור בעל רצון הטרונומי, ולא אוטונומי. הזכות החוקתית לכבוד האדם, לעומת זאת, לא רק שאינה פועלת פנימה אל צפונות הלב של הפועל, או אפילו "החוצה" אל מוסריות פעולתו במסגרת יחסיו עם הזולת (קרי, משפט פרטי), אלא שמישור פעולתה הוא מוסדות השלטון ויחסיהם אל הפרט.⁴¹ כלומר, הזכות חלה במישורין רק כנגד פועל מיוחד – המדינה. עניינה בהגנה הניתנת לפרט כנגד השלטון, ולא – כפי שנובע מהאתיקה הקנטיאנית – בחובות ובהגבלות המוטלות על הפרט.⁴²

איני טוען, עם זאת, כי קיים ניתוק מוחלט בין האתיקה של קנט לבין התיאוריה הפוליטית שלו (או בין אתיקה לבין מוסר פוליטי); כל שאני מבקש לטעון הוא שהמסקנות שסטטמן מסיק מדינו באתיקה הקנטיאנית אינן צריכות – ובוודאי אינן יכולות – לשכנע את הקורא "לוותר" על אפשרות פיתוחה של תיאוריה קנטיאנית של כבוד האדם.⁴³ המקום הטבעי שבו

40 ראו, למשל: ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 110–111 (1995); ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 11–17, 355–388 esp. 379–383 (2009); Louis-Philippe Hodgson, *Kant on the Right to Freedom: A Defense*, 120 ETHICS 791, 793 (2010); Elizabeth Anderson, *Emotions in Kant's Later Moral Philosophy: Honour and the Phenomenology of Moral Value*, in KANT'S ETHICS OF VIRTUE 123, 135–139 (Monika Betzler ed., 2008).

41 ההבחנה בין אתיקה לבין מוסר (וכן ההבחנה הקרובה אליה בין מוסר אישי לבין מוסר פוליטי) מוכרת ונוהגת בעיקר (אך לא רק) בקרב כותבים המזהים את עצמם עם המסורת הקנטיאנית. ראו, למשל: Bruce Ackerman, *Why Dialogue?* 86 J. PHIL. 5 (1989); כן ראו: RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS 327–328 (2011) (להלן: DWORKIN, JUSTICE (המבחין בין מוסר אתי, מוסר אישי ומוסר פוליטי)).

42 יישום האתיקה הקנטיאנית במשפט החוקתי עלול להובילנו למסקנה הפטרנליסטית (המבטאת גם תפיסת-עולם פרפקציוניסטית) שיש להפקיע פעולה הטרונומית של הפרט – פעולה שאינה עולה בקנה אחד עם הצייוי הקטגורי – מפני שהיא פוגעת בכבוד האדם שלו עצמו. חשוב להבהיר כי איני מייחס לקנט נטיות פטרנליסטיות, פרפקציוניסטיות או שמרניות (או כולן יחדיו), אם כי הוא לא היה חף כידוע מהטיות (למשל, נגד נשים ובעד עונש מוות). קנט הקפיד לא לבלבל בין אתיקה לבין מוסר פוליטי, כפי שטיעונו של סטטמן עושה (ובהמשך הדרך גם זה של רייכמן).

43 מובן שהטיעון המרכזי שסטטמן מפתח – הגנתו על תזת ההשפלה – אינו תלוי בהצלחתו או בכשלונו בביקורת התפיסה הקנטיאנית של כבוד האדם.

ניתן להתחיל בחיפוש אחר האופן שבו קנט תופס את הזכות לכבוד האדם הוא בכתביתו הפילוסופית על החברה האזרחית ומשפטה. שם לא קשה לראות כי העיקרון הבסיסי של תפיסתו – מה שהוא מכנה ⁴⁴“innate right to freedom” – עוסק בכבוד האדם כרעיון המגלם חירות הטבועה בכל אדם באשר הוא אדם.⁴⁵ אם כן, השלב הראשון בטיעונו של סטטמן, שבו הוא מסביר מדוע תיאוריה טובה של כבוד האדם אינה יכולה להיבנות מרעיון האוטונומיה של האתיקה הקנטיאנית, אינו מפריך את ההבחנה שהצעת לעיל שלפיה כבוד האדם קשור בטבורו לרעיונות השוויון והאוטונומיה.

השלב השני של הטיעון משאיר מאחור את האתיקה של קנט ועובר למה שניתן לכנות “תזת ההשפלה” – פגיעה בכבוד האדם, כך מציע סטטמן, היא יחס משפיל, כזה הגורם תחושות סובייקטיביות-אותנטיות של השפלה (להבריל מיחס שיש לגביו טעמים מוסריים או אובייקטיביים אחרים להרגיש מושפלים, בין אם הרגשה כזו מתרחשת בפועל ובין אם לאו).⁴⁶ במונחים של שוויון ואוטונומיה נראה כי תזת ההשפלה שסטטמן מציע קרובה יותר ברוחה למונח הראשון.⁴⁷ סטטמן מכיר בכך כאשר הוא טוען כי “המאפיין החשוב ביותר של השפלה הוא התחושה של הדרה חברתית (social exclusion)”, ומוסיף את הקביעה כי “כאשר משפילים אדם, מעבירים לו מסר שהוא אינו שייך, או אינו ראוי להיות שייך, לקבוצה מסוימת” שיש לה ערך מבחינת כבודו העצמי של המושפל.⁴⁸ על פניו קשה להבין את הדיבור על השתייכות והדרה לא במונחים של שוויון. סטטמן אינו מכחיש זאת. הוא מציע הבחנה בתוך עקרון השוויון בין “אי-שוויון ‘סתם’” לבין “אי-שוויון משפיל”.⁴⁹ אולם בכך הוא אינו מנתק את הזכות לכבוד האדם משוויון, אלא מראה כי זכות זו חלה על היבטים מסוימים של שוויון. למעשה, מדבריו עולה כי החובה לא לפגוע בכבוד האדם של הפרטים היא החובה להתייחס אליהם כאל שווים בהקשרים מסוימים הנתפסים, לשיטתם של אותם פרטים, כבעלי מעמד מכוון לגבי הערכתם העצמית. דומה כי גישה זו אינה יכולה להסביר את חשיבותה של הזכות לכבוד במנותק מחשיבותו המוסרית של השוויון, לפחות ביחס להיבטים מסוימים שבו.

כדי לנתק כליל את הזכות לכבוד מכל היבט של עקרון השוויון, על תזת ההשפלה להסביר את הפסול המוסרי שבפגיעה בכבוד כיחס משפיל לא במונחים של שוויון. סטטמן

44 KANT, לעיל ה"ש 18, פס' 6:237 (שם הוא מציין כי לכל אדם יש [to] “innate right... freedom... insofar as it can coexist with the freedom of every other in accordance with “the only original right belonging to every human being by virtue of his humanity” שם.

45 לזיהוי הזכות החוקתית לכבוד האדם עם הזכות הטבועה לחירות (innate right to freedom) ראו Habermas, לעיל ה"ש 12, בעמ' 474-475; Ripstein, לעיל ה"ש 40, בעמ' 221.

46 סטטמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 548-553, 553-559.

47 לדיון ביחס שבין תזת ההשפלה לבין אוטונומיה ראו שם, בעמ' 571-576.

48 שם, בעמ' 559.

49 שם, בעמ' 582. עוד ראו שם, בעמ' 583 (“לא שוויון כשלעצמו הוא ערך מוגן, אלא רק אותו שוויון הנחוץ כדי לבטא כבוד כיחס לא-משפיל”). מכאן יוצא שלשיטתו של סטטמן, כל מקרה של פגיעה בכבוד באמצעות השפלה נובע מהתייחסות לא-שוויונית, אולם לא כל מקרה של התייחסות לא-שוויונית הוא גם מקרה שמבטא חוסר כבוד.

מעלה אפשרות זו תוך שהוא נעזר בטענות שהועלו לאחרונה בספרות הפילוסופית הדוחות את ערכו המוסרי העצמאי של השוויון. אם טענות אלה נכונות, אזי תזת ההשפלה אינה זקוקה עוד לשוויון (כי הוא אינו מושג האופציה ערך מוסרי). אולם סבורני כי טענות אלה אינן נכונות, משום שהן מניחות הגדרה צרה מאוד ופרוכיאלית מאוד של שוויון, כזו שאינה מתיישבת עם ההגות הליברלית העכשווית בנושא השוויון. כך, סטטמן מביא את עמדתו של הרי פרנקפורט כי "לשוויון כשלעצמו אין כל ערך מוסרי... וכי קיימת נטייה לבלבל בין חוסר שוויון לבין היעדר כבוד". לפיכך, מסיק פרנקפורט של סטטמן, "מה שנדרש מבחינה מוסרית אינו שוויון, אלא התייחסות בלתי-שרירותית"⁵⁰. אבל טיעון זה של פרנקפורט מתייחס בעיקרו לביקורת על העיסוק האובססיבי בחלוקה מחדש של העושר כדי ליצור שוויון כלכלי.⁵¹ ביקורתו אינה על עקרון השוויון ככזה או על כל מגוון היבטיו (למשל, שוויון פוליטי או שוויון הזדמנויות בשוק העבודה).⁵² זאת ועוד, פרנקפורט טוען כי במקום להתמקד בטענות על חוסר שוויון (כלכלי, אני מדגיש), יש לטפל במקרים של התייחסות שרירותית לבני-אדם. אך למעשה, קשה להבין מה נחשב התייחסות שרירותית בהקשרים שונים ללא תיאוריה מקיפה של שוויון.⁵³ בקצרה, קשה לראות כיצד גישתו של פרנקפורט תורמת ליצירת מרחב מושגי נקי משוויון שבתוכו ניתן לבסס תיאוריה על הזכות החוקתית לכבוד האדם כזכות עצמאית (free-standing).

2. כבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית

גישה מתחרה לתזת ההשפלה הוצעה לאחרונה במאמרו של אמנון רייכמן. רייכמן מפתח את הרעיון שלפיו הזכות לכבוד האדם היא ההגנה המשפטית הניתנת כלפי כל אדם וכלפי החברה בכללותה מפני הדרה מהקהילייה המוסרית שאליה משתייכים כל היצורים הניחנים ביכולת לפתח תפיסות של טוב וצדק וליישמן בחיי המעשה.⁵⁴ כזכור, אין בכונתי לדון בעמדה זו לגופה, אלא להתמקד בשאלת היחס שבין עמדה זו לבין ההבחנה שהצעתי לעיל

50 שם, בעמ' 583.

51 ראו בעיקר: Harry Frankfurt, *Equality as a Moral Ideal*, 98 ETHICS 21 (1987), reprinted:

in HARRY G. FRANKFURT, *THE IMPORTANCE OF WHAT WE CARE ABOUT* 134 (1988).

52 בעיה דומה ניתן למצוא בביקורתה של אליזבת אנדרסון (סטטמן מזכיר אותה בצוותא חדא עם פרנקפורט), המניחה כי התיאוריות השונות שעוסקות בשוויוניות במזל (luck egalitarianism) מזניחות את המאבקים החברתיים לשחרור משעבודים שונים למיניהם ולשוויון זכויות. Anderson, *What Is the Point of Equality?*, לעיל ה"ש 16. גם כאן הבעיה בביקורת נובעת מאי-תשומת-לב לכך שתיאוריית השוויוניות במזל מתייחסת להיבט אחד ומסוים – ולא כוללני – של עקרון השוויון, ואינה יכולה (או מבקשת) לבלוע אותו.

53 אכן, כל המעיין בספרות הפילוסופית העכשווית על שוויון מנקודת-מבט ליברלית יוכל להיווכח כי נקודת המוצא של אלה המבקשים לפתח תיאוריה ליברלית של שוויון היא בעיית השרירותיות: זו בדיוק הבעיה שמצויה סביב ההבחנה הבסיסית ביותר של ליברלים שוויוניים (liberal egalitarians), קרי, בין מזל לבין בחירה. לסקירה של הבחנה זו ולניתוחה בעת האחרונה ראו: Daniel Markovits, *Luck Egalitarianism and Political Solidarity*, 9 THEORETICAL INQ. L. 271 (2008).

54 רייכמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 495-493.

בדבר העדר האפשרות לנתק בין הזכות לכבוד האדם לבין היבטים מסוימים של שוויון ושל אוטונומיה. במקומות שונים תזת החברות בקהילייה המוסרית מוצגת כמעמידה את הזכות לכבוד האדם על אדנים שאינם נטועים ברעיונות השוויון והאוטונומיה, אף שיש ביניהם מוקדי חפיפה מסוימים. ברצוני לערער על הצגה זו, ולטעון – כפי שטענתי ביחס לתזת ההשפלה – כי אי־אפשר לנתק את מוסריותה של הזכות לכבוד האדם מערכי השוויון והאוטונומיה.

כבוד האדם מול אוטונומיה. רייכמן פותח בהצגת הנחת־הבסיס של גישתו – היות האדם פועל מוסרי בעל יכולת רפלקטיבית להגיב כלפי סביבתו (האנושית והדוממת) ולמצוא בה טעמים לפעולה. בכך האדם מגלה ריבונות, קרי, שלטון של תבונתו אל מול תכתיבים חיצוניים לה (בין שהם נובעים מרחפיו הרגשיים ובין שהם נובעים מן המציאות הסובבת את האדם). מכאן, טוען רייכמן, נגזרות שתי מסקנות נורמטיביות שוות־מעמד: אוטונומיה וכבוד האדם. השנייה, כך נראה, משלימה את הראשונה. באשר למסקנה הראשונה, האוטונומיה, רייכמן גורס כי משמעה כפיפות לציווי הקטגורי כפי שהוא נגזר מן האתיקה הקנטיאנית, שכבר הוזכרה לעיל בהקשר של מאמרו של סטטמן.⁵⁵ באופן מעשי, ההכרה באוטונומיה של האדם מנביעה את הזכות של כל אדם "להגנה על חייו ועל גופו" וכן "להגנה על חירותו, הלא היא הביטוי הישיר של האוטונומיה".⁵⁶ באשר למסקנה השנייה, רייכמן מתחיל מכך שהאוטונומיה – שאותה הוא תופס כמושג־יסוד באתיקה של קנט – עוסקת בהגנה שיש לתת לאדם במנותק מהחברה שבה הוא חי ומהחברות שהוא עובר דרכה. אולם מכיוון שהאדם אינו אך אוטונומי במובן מופשט ורזה זה, יש צורך להוסיף לצד ההגנה המשפטית על האוטונומיה של הפועל המוסרי את ההגנה על השתייכותו לחברה האזרחית שאליה הוא משתייך.⁵⁷ זוהי ההגנה על כבוד האדם, קרי ההגנה על היחס המוסרי שכל אדם זכאי לו, לא רק באופן מופשט ואטומיסטי, אלא באופן המגלם את ההקשר החברתי העשיר שבו האדם פועל (למשל, כ"עובד, מעביד, בעל, אישה, בעל מקצוע"⁵⁸ ועוד). הזכות לכבוד האדם, אם כן, מגינה על חברותו השוויונית של האדם בחברה האזרחית שבה הוא חי, ובעיקר על התפקיד שהוא ממלא בכל רגע נתון. במילותיו של רייכמן: "יחס כלפי אחר שאיננו עולה בקנה אחד עם התפקידים שממלאים בני האדם זה כלפי זה משמעו האופרטיבי כי אדם אחד מדיר אדם שני מן הסטטוס אותו ממלא האדם השני."⁵⁹

מבלי להיכנס לבחינת התיאוריה לגופה, קשה להבין מדוע הזכות לאוטונומיה והזכות לכבוד האדם מופרדות. בפרט, לא ברור מדוע אוטונומיה מוגדרת על־ידי רייכמן כך שמרחב התפרשותה נעצר ממש בנקודה שבה הזכות לכבוד האדם נכנסת לתמונה. נראה שהסיבה לכך היא שחזור של בעיה דומה לזו שאותרה בעת הדיון בעמדתו של סטטמן. רייכמן, כמו

55 ראו שם, בעמ' 494-495. כפיפות לציווי הקטגורי היא ביטוי לאוטונומיה, לשיטת קנט, שכן ציווי זה הינו עקרון הפעולה שכל אדם, בשל היותו יצור תבוני, יחוקק לעצמו.

56 שם, בעמ' 496.

57 רייכמן מייחס טיעון זה לגישה הגליאנית, אך (בעיניי) ניתן למצוא לה אחיזה גם בתיאוריה הפוליטית והמשפטית של קנט.

58 שם, בעמ' 495.

59 שם, בעמ' 497.

סטטמן, נשען על האתיקה של קנט כדי לגזור מסקנות נורמטיביות על הצורה שבה יעוצב המשפט החוקתי ותוצדק מוסריותו.⁶⁰ גם כאן הבעיה היא שהעמדת עקרון האוטונומיה של האתיקה הקנטיאנית לצד זכויות חוקתיות לכבוד האדם (או אף לאוטונומיה או לחירות) אינה ראויה.⁶¹ ההפרדה המושגית שרייכמן מבקש לעשות בין אוטונומיה לבין כבוד האדם אינה מחויבת גם כאשר היא נבחנת במשקפיים קנטיאניים. אין שום טעם, המבוסס על עמדותיו של קנט, להפריד בין אוטונומיה, כפי שהיא מובנת על רקע תורת המוסר הפוליטי של קנט, לבין הזכות לכבוד האדם, כפי שהיא מוגדרת על-ידי רייכמן.

כבוד האדם מול שוויון. רייכמן ער כמוכן לקשר החשוב שבין כבוד האדם לבין שוויון. למעשה, אחת ההגדרות החוזרות שהוא נותן לתזת החברות בקהילייה המוסרית מנוסחת במונחים שאינם אלא מונחי שוויון: השיבותה של "החברות השווה" של כל בני-האדם.⁶² עם זאת, רייכמן מתעקש על מקומה העצמאי והנבדל של הזכות לכבוד האדם ביחס לשוויון. הוא ניגש לסוגיה זו משני מישורי טיעון שונים: המישור המושגי והמישור הפרגמטי. להלן אתיחס הראשון בלבד.

במישור המושגי רייכמן מבקש להראות כי הזכות לכבוד האדם מגינה על הפועל המוסרי מפני פגיעות שאינן ניתנות להבנה במונחי שוויון. טענה זו נכונה, ונובעת למעשה מההבחנה שהצעת לעיל בדבר היות הזכות לכבוד האדם זכות המאחדת היבטים מסוימים של אוטונומיה ושל שוויון. כך, בהנחה ששוויון ואוטונומיה (או חירות) "מושכים" לכיוונים שונים, הזכות לכבוד האדם, כזכות מאחדת, אינה יכולה להיות זכות המגינה רק על היבטים מסוימים של שוויון או רק על האוטונומיה. מכאן נובע שהבנה נכונה של הזכות מכירה בהכרח במצבים שבהם היא נדרשת לפעולה מטעמי אוטונומיה, ולא – או לא בהכרח – מטעמי שוויון. אך האם יש באמתחתו של רייכמן טיעון אחד המראה על עצמאותה של הזכות לכבוד האדם ביחס לעקרון השוויון? אפשר שרייכמן מכוון למצב דברים זה כאשר הוא טוען כי שהזכות לכבוד האדם מגינה גם על עצם החברות של אדם מסוים בקהילייה המוסרית, וזאת בלי שום קשר לקיומה או להעדרה של הפליה או אי-שוויון בין פרטים חברי הקהילייה: "לעיתים תהא הפגיעה בזכות לכבוד האדם פגיעה בעצם החברות של פלוני, ללא קשר ליחס לאלמוני... [ו]מכאן – הזכות לכבוד האדם אינה זהה לזכות לשוויון."⁶³ אך נראה שההתמקדות בעצם החברות בקהילייה אינה יכולה לנתק את כבוד האדם מן השוויון: המושג "שוויון" נכנס בדלת האחורית, דרך המושג "חברות בקהילייה", שכן התנאי היחיד לחברות בה הוא היות בן-אדם (או ליתר דיוק היות בן-אדם בעל יכולות קוגניטיביות,

60 קו הדמיון בין רייכמן לסטטמן הוא בתפיסתם – המשותפת – כי האתיקה הקנטיאנית היא נקודת המוצא הראונטולוגית לניתוח מוסריותה של הזכות החוקתית לכבוד האדם.

61 כפי שהבהרתי במסגרת הדיון בתזת ההשפלה, איני טוען כי הקשר בין האתיקה הקנטיאנית לבין תורת המוסר הפוליטי של קנט אינו קיים או אינו אפשרי. טענתי היא כי מעבר אוטומטי או מכני מן הראשונה אל השנייה הוא בעייתי משום שהוא אינו ער לשוני החשוב הכרוך (על-פי קנט עצמו) במעבר זה.

62 ראו שם, בעמ' 474, 478, 491, 496, 497, 503, 529. הביטוי המדויק "החברות השווה" מופיע, בין היתר, בעמ' 478 ה"ש 22, 491 ה"ש 58, 529 ה"ש 151.

63 שם, בעמ' 478.

מנטליות וסכיבתיות סבירות).⁶⁴ כאשר נפגעת עצם חברותו של אדם בקהילייה המוסרית, ניתן לתאר פגיעה זו כהדרה ולכן כהתייחסות לא־שוויונית לאדם, באשר הוא אינו זוכה ביחס שכל אדם זכאי לו מתוקף היותו אדם.

כך, דומה שהניסיון להעמיד את הזכות לכבוד האדם על רגליים עצמאיות ביחס לרעיון השוויון, כמו־גם ביחס לאוטונומיה (כזכור), אינו משכנע דיו. הדגמה זו, וכן זו שנערכה סביב מחקריו של סטטמן, מחזירות אותי אל ההבחנה בדבר היות הזכות לכבוד האדם עקרון פעולה מוסדי – בעל צורה של זכות משפטית חוקתית – המאחד היבטים מסוימים של רעיון השוויון ושל רעיון האוטונומיה.

ג. הצגה ראשונית של המסגרת התיאורטית

1. כבוד האדם והכרה פומבית

אפתח בהבחנה בין שתי שאלות על הזכות לכבוד האדם. הן נבדלות לא רק ברמת ההפשטה שלהן, אלא גם בהשלכות המעשיות שיש לכל אחת מהן על הבנת הזכות לכבוד האדם כחלק מן המשפט החוקתי. שאלה אחת מנוסחת ברמת הפשטה גבוהה וכללית: מה נדרש כדי שבני־אדם יחיו את חייהם כיצורים אוטונומיים ושווים? שאלה זו אינה נוגעת באופן ישיר והכרחי במדינה, אלא מתעניינת בתנאים שבהם בני־אדם יכולים להגשים את מטרותיהם בחיים ולעשות זאת מבלי להכפיף אחרים אליהם או להיות כפופים להם. שאלה זו רלוונטית וחשובה מעבר ליחסי מדינה-פרט, שכן היא מקיפה גם מערכות יחסים נורמטיביות אחרות, כגון אלה הנרקמות במסגרת המשפט הפרטי או סביב מערכת המוסר הבין־אישי שחלה ללא קשר למשפט הנוהג. אין גם שום סיבה אפריורית להניח שכבוד האדם בהקשר של יחסי פרט-מול-פרט יהיה זהה בצורתו ובתוכנו לכבוד האדם בהקשר של יחסי פרט-מול-מדינה.⁶⁵

השאלה השנייה, שבה אתמקד, מתייחסת ברצינות לעובדה שבירור מהותה של הזכות החוקתית לכבוד האדם נוגע בחובתה של המדינה לכבד את הזכות, כלומר, להתייחס אל מחזיקי הזכות כאל יצורים אוטונומיים ושווים. שאלת־המפתח כאן היא מה נחשב להתייחסות הולמת מצד המדינה כלפי נתיניה.⁶⁶ ייחודה של שאלה זו אינו אך ברמת ההפשטה הנמוכה שבה היא נשאלת (בהשוואה לשאלה הכללית), אלא במקום המיוחד שהמדינה תופסת במערך

64 שם, בעמ' 474.

65 למשל, במישור הפרטי ניתן לעקוף מחלוקות מוסריות ואתיות בנושא איריאל המשפחה הטובה על-ידי התייחסות ליחסים חרמיניים כאל עניין של העדפה או נטייה מינית. דרך זו אינה זמינה למדינה, שכן כל עמדה שלה, כולל עמדה הרואה ביחסים חרמיניים עניין של העדפה מינית פרטית, הינה תפיסת צד בוויכוח מוסרי.

66 השימוש במונח "נתינים" (להבדיל מאזרחים, למשל) נעשה במודע. מטרתו היא לא להניח את המבוקש לגבי השאלה כלפי מי המדינה חייבת לנהוג כבוד בהתנהלותה. תשובה לשאלה זו תלויה בשאלה – שבה לא אגע ברשימה זו – כלפי מי החוקה הישראלית חלה. הטיעון המפותח ברשימה זו אינו נשען על תיאוריה מסוימת בדבר תחולת החוקה. די בכך שהחוקה חלה על ציבור כלשהו (למשל, אזרחי המדינה ותושבי־הקבע שלה) להבטיח שלטיעון תהיה תחולה כלשהי.

הציפיות המוסריות שיש לנתינה ממנה (בהשוואה לציפיות המוסריות שיש לנו מן הזולת). ייחוד זה מעניק לשאלה "מה נחשב להתייחסות הולמת" מימד עמוק של פומביות וסמליות. עניינה של הזכות החוקתית לכבוד האדם אינו רק בשאלה אם בשורה התחתונה פרט זה או אחר חי חיים אוטונומיים או נהנה משוויון זכויות ומשוויון הזדמנויות. עניינה הוא בידע המשותף (common knowledge) של כולנו בדבר האופן שבו המדינה מתייחסת אל נתין זה או אחר (או אל קבוצה של נתינים). יחס מדינתי המכבד את האוטונומיה והשוויון של הפרט הוא כזה שגם נראה, ולא רק נעשה. במובן זה, ניתן לומר כי הזכות החוקתית לכבוד האדם דורשת את ההכרה הפומבית של המדינה בהיות נתיניה חופשיים ושווים זה לזה.⁶⁷ מכאן, ועל רקע זה, אפנה להצגת הזכות החוקתית לכבוד האדם כפי שהיא פועלת בשדה האוטונומיה ובשדה השוויון. מאמץ כפול זה מניח המשגה מסוימת – מוכרת ואטרקטיבית – של מושגי האוטונומיה והשוויון שעומד אצלם. הצגת הדברים תהיה סכמטית בעיקרה. אין בכונתי לפתח את התורה כולה (או את תורת כבוד האדם), אלא להתמקד ביצירת המסגרת התיאורטית אשר לתוכה יהיה אפשר ליצוק תוכן סובסטנטיבי הכרחי. כפי שאראה, המסגרת התיאורטית המוצעת מאירה את פועלו של בית המשפט בעניין הזכות לכבוד האדם באור מדויק ושונה מזה המוצג לעיתים על ידי אהדיו ומבקרו. אפתח באוטונומיה ואסיים בשוויון.

2. כבוד האדם ואוטונומיה

ממגוון התיאוריות העוסקות במהותה של האוטונומיה ניתן לחלץ שני מרכיבים יסודיים שישמשו אותי ברשימה זו. המרכיב הראשון נוגע במימד הזמן ובהשפעתו העמוקה על המצב האנושי – האדם כפועל על-פני זמן. קשה לדמיין עולם שבו כל פעולותינו מסתכמות במילוי דחפים רגועים, מעכשיו לעכשיו, כמין בהמת-משא הנשלטת בכל רגע ורגע מחייה על-ידי יצירה ודחפיה. בני-אדם הם, בין היתר, יצורים מתכננים,⁶⁸ כאלה היוצרים לעצמם זהות אישית על-פני זמן.⁶⁹ אדם אוטונומי הוא אדם אשר בוחר לעצמו תוכנית פעולה, לעיתים מלאה ומפורטת ולעיתים חלקית ומחוררת, ופועל על-פיה לאורך זמן.⁷⁰ במובן שלידי זה – שכן הוא חל לגבי התוכנית הגרנדיוזית לכבוש את פסגת האורוסטס כמרגם לגבי הכנת כוס קפה – אוטונומיה מבטאת בחירה (המקבלת ביטוי מעשי בתוכנית פעולה) שנלווית אליה מחויבות עצמית הנמשכת על-פני זמן.

67 דומה שניתן למצוא לתפיסה זו ביטוי מסוים (אך לא זהה) בכתיבתו העכשווית של דוורקין. ראו Dworkin, Justice, לעיל ה"ש 41, בעמ' 335 (הגורס כי זכות האדם הבסיסית היא "the right to an attitude, כלומר, right to be treated as a human being whose dignity is fundamentally matters").

68 ראו: Michael E. Bratman, Intention, Plans, and Practical Reason 2 (1999).

69 ראו: Christine M. Korsgaard, Creating the Kingdom of Ends 371–372 (1996).

70 שתי נקודות מחייבות הבהרה בנקודה זו. ראשית, תוכנה של התוכנית יכול שיהיה מוסרי (קיום הבטחה), אנטי-מוסרי (תמיכה בשלטון הרודן) או לא לא-מוסרי (כגון ביקור במוזיאון שווייצרי). שנית, לתוכנית פעולה על-פני זמן יש יציבות מסוימת, אך היא אינה חייבת להיות בלתי-הדירה. שני נסיבות או כל טעם חזק דיו עשויים להצדיק את שינויה או ביטולה.

המרכיב השני עוסק בדרישת הרציונליות המכשירנית, המוכרת מההבחנה שהציע אריסטו בין בחירה לבין שאיפה,⁷¹ שלפיה הפועל האוטונומי יכול לתכנן ואחר כך להוציא אל הפועל תוכנית פעולה אם – ורק אם – הוא מניח את קיומם וזמינותם של האמצעים ההכרחיים, לדעתו לפחות, להגשמתה.⁷² רצוני ללכת למכולת כדי לקנות חלב הוא מעשה בחירה המחייב תכנון (מה ללבוש, מהיכן ללכת, כיצד לשלם וכמה שקיות חלב לקנות); זהו מעשה בחירה משום שהוא נשען על זמינותם של אמצעים המאפשרים לי להפוך את הרצון הערטילאי לשתות חלב לכלל תוכנית פעולה ממשית. אך אם אני מעוניין, בסתיו התשע"ב, להצטרף לצבאו של נפוליאון או אפילו למכור את דירת שכני, ניתן לומר כי אלה לא יותר משאיפות; קשה לומר שהאוטונומיה שלי נפגעה משום שלא הצטרפתי לצבא נפוליאון או משום שלא מכרתי את דירת שכני. במקרה הראשון האמצעים ההכרחיים לכך שהעניין שלי להצטרף לצבאו יהיה נתון לבחירתי ולתכנוני לא רק שאינם זמינים לי, אלא פשוט אינם קיימים – את הזמן אי־אפשר להשיב לאחור. במקרה של מכירת דירת השכן, רצוני הוא לא יותר משאיפה, להבדיל מבחירה ותכנון, משום שהאמצעי הנדרש אינו זמין מבחינה משפטית (וכנראה גם מבחינה מוסרית), שהרי הבעלות בדירה אינה בידיי.⁷³ מכאן שניתן לאפיין בצורה גסה וראשונית את האוטונומיה של האדם הפועל על־פני זמן ככזו שחלה על מעשי בחירה, אשר מוגדרים, בתורם, בהתאם לאמצעים הזמינים לו. אמצעים אלה, חשוב להדגיש, אינם מגבילים את האוטונומיה של הפרט; הם קובעים על מה היא חלה מלכתחילה. הדגש בבחירה על־פני זמן ובזמינותם של האמצעים הנדרשים לצורך כך מראה כי ההגנה החוקתית על האוטונומיה של הפרט מחייבת הכרעה בדבר התפיסה הראויה של המושג "אמצעים זמינים". לשם המחשה, פרופ' ברק, כזכור, מניח תפיסה מקסימליסטית של אותו מושג בהקשרים מסוימים, כך שגם רכושו של הזולת נכלל במגוון האמצעים המאפשרים לפרט לבחור מטרה ולפעול להגשמתה,⁷⁴ ואילו בהקשרים אחרים – כגון סביבה נקייה ואיכותית, ככל שזו עשויה לשמש אמצעי־רקע למימוש תוכניות פעולה שונות של הפרט –

71 Aristotle, *Nicomachean Ethics* 1111a25 (Roger Crisp trans., 2000). הבחנה זו מוצאת

ביטוי מוכר ביותר בדיני הקניין בעקרון ה־"nemo dat quod non habet" (אדם אינו יכול לתת את מה שאין לו).

72 קיימת עמימות סביב המונח "זמינות" – האם הכוונה לזמינות במובן המילולי של כל אמצעי ברי־השגה (בין באמצעות כוח ובין באמצעות זכאות מוסרית או משפטית) או רק לזמינות במגבלות חוקיות או אחרות? אני עוסק בשאלה זו בטקסט המרכזי להלן.

73 ההבחנה בין שאיפה לבין מעשה עשויה לעיתים להיות תוצר של בחירה נורמטיבית מוקדמת של האמצעים העומדים לרשותנו. נקודה זו חשובה כדי להבהיר כי ההבחנה בין שאיפה לבין בחירה אינה נחלת תיאוריות של זכויות טבעיות בלבד, אלא ישימה לכל תיאוריה של אוטונומיה הכפופה לעקרונות של רציונליות מכשירנית. טלו, לדוגמה, מקרה קרוב של תקנת השוק במקרקעין או במיטלטלין. זהו מקרה שבו אלמלא הגנתה של תקנת השוק היה עלינו לומר כי המוכר לא הפעיל בחירה במוכרו את הממכר לקונה, אלא רק שאיפה, שכן הנכס שנמכר אינו זמין לו מבחינה חוקית משום שהוא אינו שלו (זהו, כאמור, עקרון ה־"nemo dat").

74 ראו את הדיון לעיל ליד ה"ש 19–24.

גישתו של ברק מניחה תפיסה מינימליסטית.⁷⁵ לעומתו, ליברטריאנים ותיאורטיקאים אחרים של זכויות טבעיות משרטטים תפיסה רזה של אמצעים זמינים, הכוללת בעיקרה את גופו של הפועל ואת הרכוש שבו זכה (למשל, על-ידי השבחתו באמצעות עבודה, כטיעונו של ג'ון לוק).⁷⁶ קיימות כמובן גם גישות שעוברות עם תפיסה עבה יותר של אמצעים זמינים, כגון תפיסות ליברליות-שוויוניות (liberal egalitarianism) הדורשות מן המדינה ליצור שוויון מהותי, ולא רק פורמלי, ביחס להזדמנויות של הפרטים השונים לעצב את חייהם בהתאם לבחירותיהם.⁷⁷ אחזור אל גישה זו בהמשך כאשר אטען כי הזכות החוקתית לכבוד האדם מניחה תפיסה ליברל-שוויונית, וכי ניתן להבין פסיקות מרכזיות של בית-המשפט העליון ככאלה הפועלות מתוך תפיסה זו. מכל מקום, הנקודה שרציתי להבהיר כאן היא שכל ניסיון לחשוב על ההגנה החוקתית על האוטונומיה מניח תפיסה מסוימת בדבר המושג "אמצעים זמינים" הראוי למישור היחסים שבין המדינה לבין הפרט.

ההצגה הקצרה של חשיבות המושג "אמצעים זמינים" מזמינה כמובן את השאלה מהם האמצעים הזמינים שעל המדינה לספק או להימנע מלשלול כדי שתצא ידי חובתה להכיר בנתיניה כיצורים אוטונומיים ושווים ולכבדם ככאלה.⁷⁸ חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל פירוט כזה. אך בהעדר פירוט או הָכוּונה ראשונית בעניין אין כאמור משמעות להגנת הזכות על מימוש האוטונומיה. כלומר, הבעיה אינה של הגנה חלקית למימוש האוטונומיה, שכן העדר פירוט מאיזן את קיומה. כך, על כל פנים, נובע מההכרה בחשיבותו של המושג "אמצעים זמינים".

על רקע זה ניתן אף להבין מדוע ראה בית-המשפט העליון צורך להנהיג פרקטיקה המתוארת על-פירוב באמצעות המטפורה הלא-מוצלחת של "גזירת" זכויות חוקתיות "בלתי-מנויות" מתוך הזכות לכבוד האדם. כך, למשל, חופש הביטוי, חופש דת וחופש מדת, זכויות להליך הוגן, זכות למימוש חיי נישואים בישראל, זכויות לרווחה חומרית מינימלית וזכויות אחרות מייצגות רשימה בהתהוות של אמצעים זמינים אשר בהתקיימם ניתן לומר כי המדינה מכיידה בחשיבות מימושה של האוטונומיה ובכך מתייחסת אל נתיניה כאל יצורים

75 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503 (2004).

76 ראוי לציין כי תפיסות רזות של אמצעים זמינים עשויות להחיל בכל-זאת גם יסודות שונים של תמיכה סוציאלית (למשל, חינוך, מערכת בריאות, תשתית תחבורתית ועוד). ראו והשוו: ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 78–79, 82–83, 87, 115 (1974); Ernest J. Weinrib, *Poverty and Property in Kant's System of Rights*, 78 NOTRE DAME L. REV. 795 (2003).

77 ראו, למשל: RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE (2000) (להלן: DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE).

78 דרך זו של הצגת הדברים מראה כי ההכרעה בדבר רשימת האמצעים הזמינים שהזכות לכבוד האדם מנביעה חייבת להיעשות על בסיס התחשבות בשיקולים מוסריים (לצד שיקולים נוספים, כל עוד הם אינם מתנגשים בראשונים), שכן ההאחדה של אוטונומיה עם שוויון, שנעשית על-ידי הזכות לכבוד האדם, שוללת את האפשרות להציב תפיסה נעדרת תוכן מוסרי לעקרונ האוטונומיה (וזאת בניגוד לעמדתו של פרופ' ברק, כפי שהוסבר בראשית הדברים).

אוטונומיים.⁷⁹ הביקורת על פרקטיקת הגזירה שהנהיג בית-המשפט עושה טעות קטגורית ככל שהיא מדגישה את בעיית הלגיטימציה הכרוכה ב"הרחבת מגוון הזכויות המנויות".⁸⁰ הביקורת היחידה הראויה היא בנוגע לשאלה אחרת: אם זכות "נגזרת" כזו או אחרת ראויה להיכלל ברשימת האמצעים הזמינים הנחוצים למימוש שוויוני של אוטונומיית הפרט.⁸¹ במילים אחרות, בית-המשפט אינו עוסק כלל בהרחבה או בהגדלה של מצאי הזכויות החוקתיות, אלא רק במתן המשמעות ההכרחית – הקיומית – לזכות "מנויה".⁸² כאן, אם כן, עולה השאלה החשובה מהם אותם אמצעים זמינים הכרחיים. בהתאם לכך יהיה אפשר אף להעריך את פועלו של בית-המשפט – אם הוא גיבש, על-דרך ה"גזירה", את רשימת האמצעים הנכונה.

בנקודה זו בדיוק נכנסת הצלע השנייה של הזכות לכבוד האדם – השוויון. המחויבות המוטלת על המדינה להתייחס אל נתיניה לא רק כאל יצורים חופשיים, אלא גם כאל שווים, וכמובן גם להכיר בהם ככאלה, מכפיפה את ההמשגה הראויה של המושג "אמצעים זמינים" לשתי הגבלות שונות: האחת נוגעת בשאלה אילו אמצעים זמינים נדרשים, ואילו האחרת עניינה בתוכנם הקונקרטי של כל אחד מהאמצעים הללו. ראשית, ההגנה החוקתית על מימוש האוטונומיה צריכה להיעשות באופן שוויוני. מכאן נובע שעל רשימת האמצעים הזמינים לכלול אותם אמצעים שעל בסיסם כל אדם באשר הוא אדם יוכל לקדם את תפיסת הטוב שלו, ובכלל זה תפיסת טוב מדרגית (היררכית) שאינה מושתתת על אוטונומיה כעיקרון מנחה בחייו הפרטיים. הכוונה בהגבלה זו, בקיצור, היא למה שג'ון רולס כינה "טובין עיקריים" או "טובין ראשוניים" (primary goods), המוגדרים כאמצעים כל-תכליתיים (all-purpose means).⁸³ רולס אומנם הואשם (ובצדק) כי רשימת הטובין שהוא הציע לוקה בהטיה אינדיווידואליסטית ואגליטריאנית מובהקת, ולכן גם הואשם (הפעם לא בצדק) כי

79 למשל, ראו לאחרונה בג"ץ 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים, תק-על 2011(2) 2745 (הזכות למים).

80 גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 107 (2010). לביקורת מפורסמת קודמת ברוח זו ראו משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" **משפט וממשל ג** 697, 701 (1996).

81 מובן שהביקורת במישור זה יכולה להיות שבית-המשפט עשה מעט מדי בפיתוחה של אותה רשימה. דוגמה מובהקת לביקורת מסוג זה היא בעניין זכויות חברתיות. ראו, למשל, גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה ז** 65 (1999).

82 הסבר קרוב לזה (העושה שימוש בהבחנה בין הזכות-האם לבין הזכויות-הבנות) מצוי אצל ברק מידתיות, לעיל ה"ש 21, בעמ' 76-78.

83 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 54-55, 222-223 (rev. ed. 1999). אף שרולס ייחד את רשימת הטובין לכאלה המוקצים ישירות על-ידי החברה (כגון זכויות והכנסה), להבדיל מאלה המוקצים ישירות על-ידי הטבע, הוא לא התנגד בסופו של דבר להכללת טובין טבעיים עיקריים, כאלה שקיבלו הדגשה מיוחדת בגישת ה"capabilities", המזוהה עם אמרטיה סן. John Rawls, *Social Unity and Primary Goods*, in UTILITARIANISM AND BEYOND 159 (Amartya Sen & Bernard Williams eds., 1982). מכאן גם השימוש שלי במונח "טובין עיקריים", ולא "טובין חברתיים עיקריים", ככתוב במקור.

היא פוגעת ביומרה הליברלית לניטרליות.⁸⁴ אך אלה ביקורות מוגבלות, שכן הן חלות לכל-היותר על פרטי הרשימה של אותם טובין, ולא על עצם הרעיון לערוך רשימה לא-מוטה של אמצעים זמינים שנדרשים לכל אדם באשר הוא אדם על-מנת שיוכל לפעול כיצור אוטונומי.⁸⁵ מכל מקום, ההגבלה הראשונה שמוטלת מכוח עקרון השוויון על אופן פיתוחה של רשימת האמצעים הזמינים היא שרשימה זו צריכה להעמיד לרשות הפרט – כל פרט ופרט – אותם כלים שיאפשרו לו עצמו לבחור כיצד לממש את האוטונומיה שלו, כלומר, באיזו תפיסת טוב הוא מעוניין לדבוק בכל רגע נתון בחייו.⁸⁶

מסיבה זו, הנעוצה בהגבלה הראשונה שעקרון השוויון מטיל על פיתוח ההגנה החוקתית על האוטונומיה, נובע שבין האמצעים הזמינים חייבות להיכלל החירויות הקלסיות, במיוחד חופש הביטוי, חופש הדת והמצפון והזכות לבחור ולהיבחר, באשר בהעדרן לא תיתכן פעולה אוטונומית, בעיקר כאשר זו אינה מתיישבת, אחת לאחת, עם תפיסת-העולם המועדפת על המחוקק. באופן דומה ניתן לבחון זכויות נוספות – כאלה שהוכרו וכאלה שטרם זכו בהכרה כזכויות "נגזרות" – כדי לגבש את רשימת האמצעים הזמינים הנחוצים למילוי חובתה של המדינה להכרה שוויונית בכבוד האדם של נתיניה כולם. בחינה זו אינה מנותקת – ואל לה להיות מנותקת – מהוויכוח הנצחי סביב היחס שבין מרפיבה הדמוקרטי של מדינת-ישראל לבין מרפיבה היהודי, ובפרט עליה לוודא כי רשימת האמצעים הזמינים שתגובש בפסיקה (או על-ידי הכנסת המכוננת) לא תלקה בהטיה "יהודית", באופן שיבטא התייחסות לא-שוויונית של המדינה כלפי מימוש האוטונומיה של חברי קהילת המיעוט הערבי.⁸⁷

ההגבלה השנייה המוטלת על גיבוש רשימת האמצעים הזמינים נובעת אף היא ממחויבותה של המדינה להכרה בנתיניה כיצורים שווים. בעוד ההגבלה הקודמת נוגעת בשאלה אם יש

84 הטענה של ההטיה האינדיווידואליסטית מופיעה לראשונה אצל: Thomas Nagel, *Rawls on Justice, in* READING RAWLS 1 (Norman Daniels ed., 1975). פיתוח הטענה בדבר חוסר הניטרליות מופיע, בין היתר, אצל: JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 117 (1986). הקושי עם הביקורת בדבר חוסר הניטרליות הוא שרולס אינו מתיימר לפתח תיאוריית צדק שתוצאות "הפעלתה" יהיו זהות תחת מגוון רחב ביותר של תפיסות טוב שונות (הבנה כזו אינה יכולה להתיישב עם התעקשותו על קדימותו של הצודק על הטוב). ראו RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 197 ("social influences favoring some doctrines over others cannot be avoided by any view of political justice"). במובן זה רולס אינו עושה שימוש במובן השגור של ניטרליות בהשפעה או בתוצאה. כוונתו צנועה יותר: ניטרליות בהצדקה של פעולות המדינה, ומכאן גם הימנעות מיצירת העדפה "ממלכתית" לתפיסת טוב מסוימת. גישה זו בולטת בעיקר בכתיבתו המאוחרת של רולס, המדגישה את יומרתו הצנועה להציע ליברליזם פוליטי, ולא כוללני. ראו שם, בעמ' 195-200.

85 לדוגמה, אחד הנסיונות המעניינים שנעשו כדי להקהות את ההטיה האינדיווידואליסטית שרשימת הטובין העיקריים של רולס לוקה בה הוא הכנסתה של הזכות לתרבות. ראו: WILL KYMLICKA, *LIBERALISM, COMMUNITY, AND CULTURE* 135-205 (1991).

86 לדיון בשימותה של תפיסת הליברליזם הפוליטי של רולס בעיצוב המסגרת החוקתית בחברה הישראלית הרב-תרבותית, ראו מנחם מאוטנר *משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת* 304-308, 312-316, 317-318 (2008).

87 לעניין זה ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

להכיר בזכות כזו או אחרת כחברה ברשימת האמצעים הזמינים, ההגבלה הנוכחית עוסקת בתוכנם הקונקרטי של אותם אמצעים. דוגמה בולטת לכך היא הפסיקה בעניין הזכות לקיום בכבוד. עניינה בחובתה של המדינה להעמיד לרשות הפרט אמצעים – משאבים ועושר – ככל שיש לראותם כהכרחיים למימוש חיים אוטונומיים באופן שהוסבר לעיל. הדיון להלן יוצא מנקודת מוצא מקובלת שלפיה יכולתו של אדם לפעול באורח אוטונומי (במובן הרלוונטי) אינה בת-מימוש – לפחות לא באופן שיטתי וקוהרנטי – ללא אותם אמצעים בסיסיים, כגון מזון, קורת-גג, בריאות והכנסה כספית מסוימת. העמדה הנוהגת בפסיקה, המזוהה בעיקר עם פסיקתו של הנשיא ברק, מקבלת הנחה זו ברמת העיקרון, וממשיכה משם "לגזור" מתוך הזכות לכבוד האדם את הזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד.⁸⁸ סבורני כי היא אינה עולה בקנה אחד עם ההגבלה השנייה.

ההגנה החוקתית על מימוש האוטונומיה, על-פי העמדה הנבחנת, עוברת דרך מתן תמיכה אחידה – מינימלית – לכל מי שמגיע מתחת לסף מסוים של יכולות כלכליות שנקבע מראש בהתאם ליוקר המחיה. ניתן לתאר עמדה זו במונחי שוויון, אך זהו לכל-היותר שוויון פורמלי, המבטא יחס שרירותי מבחינה מוסרית – ולכן לא-שוויוני – כלפי נמעני התמיכה. זאת, מכיוון שבמתן סכום מינימלי אחיד המדינה מעבירה מסר כי היא אינה מכירה באוטונומיה של בני-אדם שונים, במובנים הרלוונטיים שעליהם אעמוד מיד, כחשובה במידה שווה; היא מפרה, במילים אחרות, את ההגבלה השנייה. מצד אחד, גישה קשיחה זו אינה נותנת משקל הולם לאחריות האישית של האדם לאופן שבו מתנהלים חיייו.⁸⁹ קשה בהקשר זה להפריד בין חשיבותה של האוטונומיה כמחויבות אישית להשגת המטרות הנבחרות לבין המקום המרכזי שאחריות אישית תופסת בה – אחריות אישית לחיינו, על הטוב ועל הרע שבהם.⁹⁰ מצד אחר, הגישה המדוברת אינה נותנת משקל מספיק להשפעות השליליות (והחיוביות) שיש לנסיבות חיצוניות על חיינו, קרי, לאותן השפעות שאי-אפשר להטיל בגינן אחריות אישית. בעיה כפולה זו מתבטאת בכך שההגנה החוקתית המינימליסטית על רווחה ושוויון חומריים (ככל שאלה הכרחיים למימוש האוטונומיה) אינה מסוגלת להצדיק את עצמה הן לפני המבוססים (הנדרשים לממן את ההגנה הזו, גם אם היא ניתנת למי שכשל בנטילת אחריות לחייו) והן לפני הלא-מבוססים (הנדרשים להסתפק בהגנה זעומה זו אף אם אי-אפשר לייחס להם אחריות אישית למצבם הכלכלי הרעוע).⁹¹

לעומת זאת, הכפפת חובתה החוקתית של המדינה להכרה שוויונית בחשיבות האוטונומיה של כל אחד ואחת ולהתייחסות שוויונית אליה מנביעה שני קווים מנחים בגיבוש תוכנם של אמצעים זמינים. כך, קביעת תוכנם של האמצעים הזמינים המספקים רווחה אשר הכרחית

88 עמדה זו הובעה בכמה פסקי-דין, ששיאם בכג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס"ד (3) 464 (2005). עמדת המיעוט של השופט לוי תומכת בהרחבה כספית של זכות זו לכלל הגנה על תנאי מחיה נאותים. שם, בעמ' 495. עם זאת, אמת-המידה של קיום נאות לא הובררה כל צורכה בפסקי-דינו.

89 ביקורת זו חלה – וביתר שאת – גם כלפי עמדת המיעוט של השופט לוי.

90 מרכזיותה של אחריות אישית בתיאוריה של השוויון אינה נחלת הליברטריאנים, כפי שעולה בבירור מהגותו של דוורקין.

91 יתרונה של עמדת המיעוט של השופט לוי הוא בכך שהיא מתגברת על קשיי ההצדקה האחרונה, אך זאת במחיר החרפת כשלונה של ההצדקה הראשונה (בהשוואה לעמדת הרוב).

למימוש האוטונומיה צריכה להיעשות באופן הנמנע הן מהנצחתם של פערים שמקורם שרירותי מבחינה מוסרית, מצד אחד, והן מטשטוש פערים אחרים שבגינם ניתן לייחס אחריות לבחירות השונות של הפרטים כיצורים אוטונומיים, מן הצד האחר⁹² ייתכן שגישה זו מורכבת מדי ליישום בעולם המעשה או כרוכה, כפי שנטען בעבר, בעלויות כבדות במונחים של פגיעה בפרטיות ויצירת תרבות של קורבנות.⁹³ נקודה זו ראויה להתייחסות מעמיקה, אך זו חורגת ממטרת הרשימה הנוכחית.⁹⁴ הנקודה החשובה שאותה ביקשתי להבהיר כאן אינה עוסקת בשאלת היישום ובאתגרים שהיא מציבה; עניינה בפיתוח המסגרת התיאורטית שבתוכה ומתוכה על בית המשפט ליצוק תוכן הכרחי למושג "אמצעים זמינים" הרלוונטי למילוי מחויבותה החוקתית של המדינה להתייחסות שוויונית לחשיבות האוטונומיה של נתיניה כולם. כך, ייתכן שלנוכח קשיי היישום האמורים, הקירוב (proxy) הטוב ביותר לדרישת השוויון המגולמת במה שכינתי "ההגבלה השנייה" יהיה הכרה בזכויות רווחה כאמצעים זמינים המעניקים תמיכה בשיעור אחיד – גבוה או נמוך – ללא התייחסות לשיקולים של אחריות אישית ונסיונות חיצוניות. גם במקרה זה ראוי לעמוד על ההבדל העקרוני החשוב בין הגישה המוצעת ברשימה זו לבין עמדתו של בית המשפט העליון (ובכלל זה גם עמדת המיעוט, המבכרת קיום נאות – ולא אך מינימלי – בכבוד). לגישתי, הן ההסבר והן ההצדקה של הכרה בזכויות רווחה אלה מצויים במחויבותה החוקתית של המדינה להכרה שוויונית בחשיבות האוטונומיה של כל אחד ואחת מנתיניה (וזאת בכפוף לאילוצים חיצוניים, המחייבים, כך אני מניח, עריכת התאמות בהוצאתה אל הפועל של המחויבות האמורה). גישתו הנוכחית של בית המשפט העליון אינה יכולה לעשות כן, כפי שהוסבר לעיל, משום שהיא מבטאת התייחסות לא־שוויונית מצד המדינה כלפי חשיבות האוטונומיה של כל אחד ואחת מנתיניה. החפיפה (האפשרית) בשורה התחתונה אינה מחפה על חשיבות הטעמים המניעים את המדינה – דרך פסיקתו של בית המשפט – להכיר בזכויות אלה.

3. כבוד האדם ושוויון

גם כאן אבקש להדגיש את מחויבותה החוקתית של המדינה להתייחס אל נתיניה כאל יצורים שווים (נוסף על היותם חופשיים) ולהכיר בהם ככאלה. שאלת המפתח על־כן תהיה

92 אין בכך כדי למנוע את הצורך להעניק סיוע־חירום למי שמצוי במצוקה כלכלית קשה במיוחד, וזאת ללא קשר לשאלת האחריות האישית להימצאותו במצב קשה זה. הטעם לסיוע זה הוא הומניטרי, ואינו מבוסס על תפיסת השוויון הנידונה בטקסט המרכזי (או על כל תפיסת שוויון אחרת). חשיבות הסיוע נעוצה בהכרחיותו, אפילו כאשר הוא עומד בסתירה למחויבותה של המדינה להתייחסות שוויונית לאוטונומיה של כל אחד ואחת מנתיניה. להבדל בטעמים בין שוויון לבין סיוע הומניטרי עשויים להיות ביטויים מעשיים שונים, כגון הצורה הא־אישיתית של סיוע הומניטרי ומידתו הצנועה (בשווי הכלכלי של הסיוע המוענק).

93 ראו Jonathan Wolf, *Fairness*, 16 לעיל ה"ש, Anderson, *What Is the Point of Equality? Respect, and the Egalitarian Ethos*, 27 PHIL. & PUB. AFF. 97 (1998).

94 להתמודדויות עקרוניות שונות עם עמדתם של וולף ואנדרסון (שם) ראו Markovits, לעיל ה"ש 53; Richard Arneson, *Egalitarian Justice versus the Right to Privacy*, 17 Soc. PHIL. & POL'Y 91 (2000). לשלילת הטענה ברבר הקושי האינהרנטי בהגנה המשפטית על זכויות חברתיות ראו מונדלק, לעיל ה"ש 81, בעמ' 91-104.

מה נחשב להתייחסות שוויונית של המדינה כלפי כל אחד ואחת. כפי שטענתי לעיל, התשובה לשאלה זו אינה יכולה להתעלם מן המרכיב ההרמנויטי הטבוע בה: התייחסותה של המדינה נמדדת לא רק בתוצאות פעולתה, אלא גם, ובעיקר, באופן שבו "התייחסות" זו נתפסת – או למצער צריכה להיתפס – על-ידי נתיניה (ובכלל זה נתיניה הטוענים לפגיעה בזכותם לכבוד האדם). כלומר, הסוגיה המרכזית לצורך הבנת ההגנה החוקתית על הזכות לכבוד האדם בהקשר של שוויון נעוצה בהתחקות אחר תפיסתנו בנוגע לאופן שבו המדינה תופסת אדם או קבוצה מסוימת של בני-אדם כאשר היא מחילה עליהם נורמות אשר שונות לרעה מן הנורמות החלות על שאר נתיניה. טענתי בהקשר זה תהיה כי הזכות לכבוד האדם מגינה (אך ורק) מפני הפליות שמגולמת בהן התייחסות אל המופלה לא כאל שווה בין שווים.⁹⁵ השלב הנוכחי של הטיעון מבקש להסביר אמירות אלה בצורה מדויקת.

אפתח בליבון ההבחנה בין מקרה של מדיניות מפלה המבטאת הכרה מדינתית במופלה כשווה בין שווים לבין מקרה המבטא תפיסה של המופלה כנחות מן האחרים. הצגת ההבחנה תיעשה דרך התבוננות על שלושה סוגי מקרים שבהם המדינה מחילה נורמות שונות לרעת אדם או קבוצה. אבקש להראות כי שאלת-המפתח לגבי כל אחד מהם היא אם חוסר השוויון כלפי המופלה לרעה מבטא – או צריך להתפרש כמבטא – תפיסה של המופלה על-ידי המדינה כמעין אדם סוג ב, אשר ככזה אינו ראוי להשתייך למועדון האקסקלוסיבי שחברים בו בני-האדם מן המעמד הגבוה ביותר, או כפי שאכנה זאת בהמשך – הקסטה העליונה. השימוש במונח "קסטה" נועד לבטא מאפיין מבני של חברה רווית מדרג, ולא בהכרח מציאות היסטורית (הודית או אחרת).⁹⁶ מכיוון שאיני מתעכב ברשימה זו על ניתוח המושג "קסטה", על חשיבות השיוך הקסטאי ועל אפשרות זיהויו במקרי הפליה חדשים, הדיון המוצע יתמקד במקרים פרדיגמטיים בלבד של הפליה מדינתית אשר מאשררת או יוצרת קסטות עליונות וקסטות נמוכות.⁹⁷ ניתוח מעמיק של המושג "קסטה" ייאלץ להמתין לפיתוח עתידי.⁹⁸

95 בכך אין כדי לשלול את חשיבותה של זכות כללית לשוויון, כזו שחלה גם במקרים שהזכות לכבוד האדם (כמגינה על היבטים מסוימים של שוויון) אינה חלה עליהם.

96 המבנה הקסטאי, כפי שהבחין ובר, "transforms the horizontal and unconnected coexistences of ethnically segregated groups into a vertical social system of super-2 Max Weber, *Economy and Society* 934 (Guenther Roth & Claus Wittich eds., 1978). ראו: "קסטה" כפי שאסביר להלן, אינו רואה מקום לצמצם את המושג "קסטה" למעמד כלכלי הנמדד בהתאם לרווחת החברים בו (או באופן דומה – בהתאם להשתייכות למעמד הפרולטריון לעומת בעלי ההון, כפי שסבר מרקס). מדיניות ממשלתית מפלה שיוצרת קסטות עליונות וקסטות נחותות חוצה לא פעם מעמדות כלכליים, באופן ההופך את ההתמקדות ברמות רווחה לנטולת כוח הסברי.

97 כלומר, הדיון להלן יוצא מתוך הנחה שאם המושג "קסטה" קיים ומשמעותו קרובה לזו שנתן לו ובר (שם), אזי המקרים שיידונו להלן בוודאי נופלים לתוך משמעות זו.

98 בנקודה זו עולה השאלה כיצד ניתן לקבוע, ביחס לכל מקרה ומקרה, מי מושתת לקסטה העליונה ומי לא. שאלה זו מחייבת שתי הבהרות קצרות. ראשית, שאלת הקושי בקביעת הקסטה בהקשר הרלוונטי מופנית בעיקר למקרי-קיצון, שלגביהם יתקיימו חילוקי-דעות סבירים בנושא. המסגרת התיאורטית המוצעת ברשימה זו אינה מבקשת להעלים מחלוקות, אלא להציע מסגרת משפטית יציבה שלאורה יהיה אפשר להתמודד עימן. יתרונה של הפנייה

I. מקרה פרטי: העדפה מתקנת. זהו מקרה שבו מדינת ישראל נותנת עדיפות (למשל, במינוי למשרה ממשלתית בכירה) לאישה או לערבי/יה שכישורם אינו עולה על זה של גבר או יהודי/יה, בהתאמה (אם כי גם לא בהכרח נופל ממנו). זהו מקרה ברור של פגיעה בשוויון כלפי המועמד שנדחה. סיבת דחייתו היא השתייכותו, לרוב בעל-כורחו, למין הגברי או לקהילת הרוב היהודית – עובדות שנתפסות כשרירותיות מבחינה מוסרית. קשה להצדיק פגיעה זו בשוויון במונחי האתיקה הקנטיאנית או תזת ההשפלה. אכן, חסידי יישומה האוטומטי של האתיקה הקנטיאנית למשפט החוקתי חייבים להודות שעל פניו זהו מקרה חד וחלק של התייחסות המדינה אל המועמד שנדחה כאל אמצעי בלבד (אומנם להשגת מטרה נעלה, אבל בכל-זאת אמצעי). אין לשלול אף את האפשרות שהוא יחוש "מושפל" ו"חסר-אונים" לנוכח התעקשותה של המדינה להתעלם מכישוריו, שאותם השיג בעמל ישרים, אך בשל היותו גבר ו/או יהודי/יה.

למרות כל זאת, וכפי שהאינטואיציות המוסריות שלנו ופסיקת בית המשפט מאשרות,⁹⁹ קשה להבין מדוע יש בחוסר השוויון הגלום בהעדפה מתקנת (ככל שהיא נעשית לצורך קידום מטרה חשובה, כגון חתירה לשוויון בין המינים או בין העמים) משום פגיעה בכבוד האדם של המועמד הנדחה.¹⁰⁰ ההסבר שברצוני להציע לכך שהפגיעה הנדונה בשוויון אינה מהווה הפרה של הזכות לכבוד האדם במובן שהוסבר לעיל הוא שהעדפה מתקנת אינה מבטאת הכרה של המדינה במועמד הנדחה כבעל מעמד נמוך מזה של הנהנים הישירים שלה; נהפוך הוא, הטעם לנהוג בו חוסר שוויון הוא דווקא שהמדינה רואה אותו כמי שמשתייך לקבוצת אוכלוסייה המצויה, בהקשר הרלוונטי, בקסטה הגבוהה ביותר. במילים אחרות, מטרת המדינה היא לעשות "יישור קו" כלפי מעלה בין חברי המינים או העמים, כאשר ה"למעלה" מוגדר ביחס למועמד הנדחה (בשל השתייכותו לקסטה הגבוהה ביותר). זהו האופן הנכון שבו יש להבין את מקרה ההעדפה המתקנת המתואר לעיל. המועמד הנדחה יכול, כמובן, להתעקש

למציאת השייך הקסטי בהקשר הרלוונטי הוא בהמרת שאלה נורמטיבית טהורה ומופשטת (מה ראוי שיהיה?) לשאלה נורמטיבית בעלת מרכיבים פרשניים-סוציולוגיים חשובים (מהי הקסטה העליונה בעיני החברה שלנו?). הנחת היא כי לא כל מקרה שבו מתעורר הצורך לקבוע את ההשתייכות לקסטה "בהקשר הרלוונטי" הוא מקרה קשה; נהפוך הוא, מקרים קשים הם בבחינת חריג המעיד על הכלל. שנית, הגדרתה של הקסטה כעליונה או כתחתונה אינה סטטית, או לפחות אינה חייבת להיות סטטית, אלא עליה להביא בחשבון שינויים חברתיים. עם זאת, נראה שאין מקום להגזים במידת הדינמיות של המצב החברתי העכשווי; קבוצות האוכלוסייה הנפגעות באופן תדיר מחוסר שוויון אינן נהנות מניעות חברתית רדיקלית המערערת על האפשרות להגיע לקביעות נכונות בדבר השתייכות לקסטה כזו או אחרת. כן ראו את הדיון להלן בה"ש 126.

99 ראו בג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501 (1994). לדיון בפרקטיקת ההעדפה המתקנת בהקשר המגדרי בישראל ראו יופי תירוש "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה: תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 – פרשנותו וקווי יסוד ליישומו" **משפטים** ל 183 (1999) וההפניות שם.

100 ייתכן שהפגיעה בשוויון עשויה להעלות קשיים משפטיים אחרים או להצדיק מתן סעדים מסוימים למועמד המתאים שנדחה. זו שאלה שאיני דן בה כלל, כי היא אינה רלוונטית לדיון הנוכחי.

"ולחוכיח" כי תחושת המושפלות שחוה כאן היא כנה ואותנטית; איני טוען כי הוא יבין בהכרח את דחייתו כאישוש של השתייכותו לקסטה העליונה. ההסבר שהעליתי (ואשר אפתח בהמשך) מציע לו טעמים טובים להאמין שכך עליו להבין את הסיטואציה. אך בטרם אתיחס לשאלות שעשויות להתעורר בנקודה זו (למשל, האין בעצם תיוגו של המועמד הנדחה כגבר או כיהודי/יה משום פגיעה בכבוד האדם? או מניין לי שזו הפרשנות היחידה – ולא כל שכן הנכונה – של הסיטואציה?), ברצוני להמשיך בחידוד הטענה המרכזית באמצעות מעבר למקרה-מבחן שני.

II. מקרה פרטי: נפרד אבל שווה. מהי בדיוק טבעה של הפגיעה בזכות לכבוד האדם כתוצאה מהנהגת מדיניות של "נפרד אבל שווה"? טלו, לדוגמה, את מקרה ההפרדה העדתית בין תלמידות ספרדיות לבין תלמידות אשכנזיות בבית-הספר התורני לבנות "בית יעקב" שבעמנואל.¹⁰¹ הארגון שמנהל את בית-הספר, ואשר כפוף לפיקוחו ולמרותו של משרד החינוך, החליט על חלוקת בית-הספר לשני חלקים נפרדים לחלוטין. מסתבר כי חלוקה זו נועדה – או למצער אפשרה במודע – ליצור הפרדה בין תלמידות בית-הספר שמוצא הוריהן אשכנזי לבין אלה שהוריהן ממוצא ספרדי.¹⁰² זהו כמובן רק מקרה אחד, חדש יחסית, של ניסיון להגן על הפרדה בין קבוצות שונות בטענה כי ההפרדה אינה פוגעת בעקרון השוויון משום שהיא אינה באה על-חשבון היחס לגופו של עניין שניתן לכל אחד ואחת מחברי הקבוצות.¹⁰³ אך טענה זו נדחתה. אין ספק שמקרים דוגמת "נוער כהלכה" ו-*Brown* מדגימים פגיעה בכבוד האדם מהי – אם יש מקרים שבהם נפגע כבוד האדם כאשר הוא אדם, מה הם אם לא אלה?

אבל השאלה החשובה היא מדוע. והתשובה לה, כך אטען, אינה יכולה להיאחז בתפיסה הדוגמטית שלפיה מדיניות של "נפרד אבל שווה" היא בהכרח – תמיד – לא-שוויונית ופסולה.¹⁰⁴ דוגמה מוכרת לכך בפסיקה הישראלית היא מקרה אביטן, שבו הכיר בית-המשפט העליון בחוקיותה של מדיניות "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי המדינה להתיישבות בדווים ביישוב-הקבע שוקייב (שגב-שלום) תוך מניעת קבלת יהודים.¹⁰⁵ גם כאן אפשר לומר, כפי שנאמר לעיל לגבי מקרה ההעדפה המתקנת, כי אביטן נפגע כתוצאה מאי-

101 לתיאור המקרה ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, תק-על 2009(3) 1797, פס' 1-8 לפסק-דינו של השופט לוי.

102 שם, פס' 26 לפסק-דינו של השופט לוי.

103 מקרה-הדגל הוא: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). למקרים במשפט הישראלי הרומים לעניין *Brown* ראו עניין קעדאן, לעיל ה"ש 87, בעמ' 278-280; בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, תק-על 2011(1) 1124.

104 בתי-המשפט בעניין *Brown*, לעיל ה"ש 103, ובעניין קעדאן, לעיל ה"ש 87, למשל, לא נשענו על תשובה זו.

105 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989). דוגמה מפורסמת אחרת היא מדיניות המקרקעין הבדלנית שהונהגה בקנדה (ובאופן מוגבל יותר בארצות-הברית) על-מנת לשמור על אורח החיים של אוכלוסיית הילידים. לדיון במקרה ולניתוחו מנקודת-מבט ליברלית ראו KYMLICKA, לעיל ה"ש 85, בעמ' 142-157.

השוויון הגלום בהחלטת המדינה לאפשר לבדווים בלבד לרכוש מקרקעין ביישוב.¹⁰⁶ זאת, משום שמחיר המקרקעין בשוקיים זול ממחירים ביישובים סמוכים עתירי יהודים, וכן פשוט משום שרצונו להחליט היכן יגור לא כובד על-ידי המדינה, וכל זאת מפני שהוא יהודי, ולא בדווי. אם כך, מדוע מדיניות של "נפרד אבל שווה" פוגעת בזכות לכבוד האדם במקרים דוגמת "נוער כהלכה" אך לא במקרים דוגמת אביטן?¹⁰⁷ כפי שטענתי לעיל, התשובה היא שבמקרה הראשון המדינה פועלת באופן שיש להבינו כביטוי של תפיסת התלמידות ממוצא ספרדי כמצויות מחוץ – כלומר מתחת – לקסטה הגבוהה ביותר בהקשר הנידון, שבה נכללות התלמידות ממוצא אשכנזי. לעומת זאת, בהפרדה המכוונת שהנהיגה המדינה בין בדווים לבין אחרים אין משום פעולה של סימון המשתייכים לקבוצה אחת כשווים יותר (או פחות). אכן, ההפרדה אינה נעשית מתוך מטרה של המדינה לבצר את עליונותה של הקסטה (הבדווית על זו היהודית). למעשה, כך ניתן לטעון על-סמך ההיסטוריה של יחסי המדינה עם הפזורה הבדווית בנגב, למדיניותה של המדינה בהקשר זה יש דמיון משפחתי למקרה של הערפה מתקנת: העיקרון "נפרד אבל שווה" מאומץ על-ידיה כחלק מרצונה לקדם ולפתח את התבססותה של הקהילה הבדווית בחברה הישראלית, כך שחבריה לא יראו את עצמם ולא ייראו על-ידי אחרים כחברי קסטה נמוכה. כך, "נפרד אבל שווה" מבטא בהקשר האמור מאמץ מדינתי ל"יישור קו" כלפי מעלה של הבדווים, ולא הכפפה של אביטן לאיזושהי "עליונות" בדווית.¹⁰⁸

כפי שהראיתי עד עתה, העיקרון המנחה להבחנה בין מקרי הפליה שמגיעים כדי פגיעה בכבוד האדם לבין אלה שאינם כאלה חד הוא: הוא חל גם בהקשר של הערפה מתקנת וגם בזה העוסק במדיניות "נפרד אבל שווה". השאלה בשני הקשרים אלה היא אם הפלייתו לרעה של אדם מסוים צריכה להיתפס כביטוי להתייחסות המדינה אליו כאל מי שאינו משתייך לקסטה העליונה. מקרה-המבחן הבא מראה כי שאלה זו רלוונטית אף מעבר למקרי ההפליה הפרטיים של הערפה מתקנת ו"נפרד אבל שווה", שכן ההתמקדות באופן ההתייחסות של

106 אומנם העתירה הוגשה נגד מדיניות המנהל לא לאפשר למי שאינם בדווים לרכוש קרקע בשוקיים במחיר המזול שהוצע לבדווים, אך מפסק-הדין עולה כי המנהל מתנגד גם לרכישה במחיר מלא. כלומר, מדיניות המנהל היא מניעת התיישבות לא-בדווית בשוקיים בכל מחיר, תרתי משמע.

107 חשוב לזכור כי לא כל מדיניות שמצהירה על מטרה של שימור תרבותי באמצעות עיקרון של "נפרד אבל שווה" היא אכן לגיטימית – לא כל תרבות ראויה לשימור (חשוב, למשל, על מנהגי תרבות אלימים או לא-מוסריים וכולי). כמו-כן, הלגיטימציה של המדיניות צריכה להיבחן לא רק אל מול הצהרות המדינה, אלא לפי נתונים נסיבתיים שונים היכולים לתת אינדיקציה לקיום מטרה נוספת (לעיתים נסתרת) שאינה לגיטימית.

108 ניתן כמובן לטעון כי זו לכל-היותר הדרך שבה המדינה מעוניינת להיתפס בעיני החברה, בעוד המניע האמיתי של המדינה הוא הרצון לברל את הבדווים, לתחום אותם למקום יישוב "סגור" (להבדיל ממאהל נודדים) ובכך אולי אף "להנמיך את קומתם" ביחס לקהילת הרוב. אם זה אכן האופן הנכון שבו יש להסתכל על מקרה אביטן, אזי הדוגמה שבחתי אינה מתאימה להמחשת הטענה כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" אינה פוגעת כשלעצמה בזכות לכבוד האדם, אולם טענה זו עדיין נכונה בבסיסה.

המדינה אל המופלה מצויה, לצד ההגנה על האוטונומיה, בבסיס ההגנה החוקתית על הזכות לכבוד האדם – בקצרה, היא חלה גם במקרה הכללי של הפליה.

III. המקרה הכללי: שלילת זכאות או מתן העדפה (שאינה העדפה מתקנת). המקרה הכללי מתאפיין בשני מצבים שמקיימים סימטרייה הפוכה ביניהם. המצב האחד הוא שלילת זכאות – מדיניות המונעת מאדם (או מקבוצה) את האפשרות לעשות פעולה שכל היתר רשאים לעשותה או ליהנות מהזדמנות הפתוחה לכל השאר. דוגמה לכך היא חוק המפיקע את זכותם של חברי-כנסת מכהנים להתמודד בבחירות לרשויות מקומיות. המצב האחר הוא מתן העדפה – מדיניות הפוטרת אדם או קבוצה מדרישה, מאחריות, מחובה או מאיסור המוטלים על כל השאר, כגון מתן פטור לתלמידי ישיבות מחובת השירות הצבאי. בכל אחד ממצבים אלה קיימת נורמה כללית (למשל: הזכות להיבחר והחובה לשרת בצבא, בהתאמה) ולצידה חריג שתוצאות החלתו הן יצירת הפליה בין שתי קבוצות אוכלוסייה. ההבדל ביניהם הוא שבמצב הראשון חברי הקבוצה המוחרגת (חברי-הכנסת) הם המופלים לרעה, בעוד במצב השני חברי הקבוצה המוחרגת הם שנהנים מן ההפליה, אם כי לא בהכרח על-חשבון אלה שמופלים לרעה.¹⁰⁹ בשל האופן הכללי שבו מתוארים שני מצבים אלה, דומה כי כל מקרה של הפליה מדינתית ניתן לתיאור באמצעות אחד מהם (או שניהם, ככל שיש ספקות לגבי איזו מבין שתי נורמות היא ה"כללית" ואיזו היא בגדר ה"חריג").

שתי הדוגמות שנזכרו לעיל – בעניין חברי-הכנסת ובעניין הגיוס לצבא – לא נבחרו באקראי מתוך מגוון של דוגמות הנופלות לגדר המקרה הכללי של הפליה. הראשונה אומצה בחום על-ידי מצדדיה של תזת ההשפלה כתמיכה בטענה כי הזכות לכבוד האדם אינה יכולה ואינה צריכה להגן על פגיעה בעקרון השוויון שלא נלווית אליה תחושת השפלה;¹¹⁰ ואילו השנייה זכתה בליבון מקיף לאחרונה באחד מפסקי-הדין החשובים ביותר שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון בסוגיית מהותה של הזכות לכבוד האדם, ובעיקר בשאלת הקשר בינה לבין עקרון השוויון.¹¹¹ באמצעות בחינת שתי הדוגמות הללו אבקש להדגים את חשיבותה של המסגרת התיאורטית המוצעת ברשימה זו לבחינת טענות לחוסר שוויון מבעד למשקפי הזכות החוקתית לכבוד האדם.

באשר לדוגמה הראשונה, תומכיה של תזת ההשפלה טוענים כי חוק השולל מחברי-כנסת מכהנים את האפשרות לעמוד לבחירות לרשויות מקומיות מאשר את ההבחנה – המצויה בבסיס התזה – בין פגיעות "סתם" בשוויון לבין פגיעות בשוויון הגורמות תחושות השפלה בקרב קורבנות הפליה. אין ספק שעמדה תיאורטית הרואה את חברי-הכנסת המופלים כמי שנפגעה זכותם החוקתית לכבוד האדם צריכה לעורר חשדות כבדים באשר לנכונותה.

109 מוכן שהשאלה אם פטירת תלמידי ישיבות משירות חלקי או מלא בצבא מטילה על ציבור המתגייסים נטל גדול מזה שהיו נושאים אלמלא הפטור היא שאלה שקיימת לגביה מחלוקת. לצורכי הדיון הנוכחי אבקש להניח כי מתן הפטור לתלמידי ישיבות אינו מעלה ואינו מוריד מבחינת עצם קיומה ונחיצותה של חובת השירות (להבדיל ממשך השירות) החלה על שאר הציבור.

110 סטטמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 580. המקרה המתואר נידון בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד (3) 485, 497 (1996). השופט דורנר הציעה דוגמה קרובה – הפליה לרעה של מפלגות קטנות לעומת גדולות. ראו עניין מילר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 132.

111 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1.

חשד כזה צריך להתעורר גם ללא עזרתה של תיאוריה (ובכלל זה של תזת ההשפלה); די בפנייה לאינטואיציות הבריאות שלנו כדי להבין שהחוק האמור, בהקשר הרלוונטי שבו הוא חוקק ובמציאות הנוכחית שבה הוא חל, אינו מסוג החוקים אשר לשם פסילתם היינו רוצים לראות את המחויבות החוקתית לכבוד האדם בפעולה. אם כך, מה ערך מוסף יש לתזת ההשפלה בדיון על מקרה קל כזה? ובכן, מצדדי התזה טוענים את הטענה הסיבתית הבאה: מכיוון שחוק זה אינו משפיל את נמעניו חבריי-הכנסת, פגיעתו בשוויון אינה עולה כדי פגיעה בכבוד האדם. אך זוהי הנחת המבוקש.¹¹² השאלה החשובה היא מדוע – מהם הטעמים שבגינם ניתן להבין מדוע – כה ברור לנו כי החוק אינו יוצר תחושות השפלה או נחיתות בקרב "קורבנותיו". אכן, החשד המגקר כאן הוא כי תזת ההשפלה מניחה את המבוקש משום שהעדר השפלה הוא תוצר של הבנה מוקדמת – אשר כלל הנתינים יכולים להיות שותפים לה – באשר לאופן שבו המדינה תופסת את מיקומם של חבריי-הכנסת הנפגעים במדרג החברתי, ובפרט באשר לתפיסתה בנוגע לאי-השתייכותם (או במקרה זה להשתייכותם) אל הקסטה הגבוהה ביותר בהקשר הרלוונטי.¹¹³

הדוגמה השנייה מציבה אתגר משמעותי הרבה יותר לכל ניסיון לפתח תיאוריה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. במקרה זה חלה חובת גיוס כללית, אולם שר הביטחון מוסמך להעניק פטור מטעמים שונים, המנויים (בחלקם הרלוונטי) בסעיף 36 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986. מכוח סמכות זו העניק שר הביטחון פטור לתלמידי ישיבות, שמספרם המוחלט וכן שיעורם ממחזור הגיוס צמחו לממדים גדולים בעשורים האחרונים. הסדר משפטי זה נפסל, ובמקומו חוקק "חוק טל", אשר הסדיר את מתן הפטור לצד הסדרים אחרים הנוגעים בסוגיית גיוסם (או אי-גיוסם) של בחורי ישיבות ושילובם בשוק העבודה. כזכור, הנשיא ברק ביקש להראות כי החוק האמור פוגע בזכות לכבוד האדם של המתגייסים. מבין שתי הצלעות של הזכות – שוויון ואוטונומיה – הנמקתו של ברק מתמקדת בפגיעת מתן הפטור באוטונומיה של המתגייסים (שאינם זוכים בפטור). אך נסיונו לקשור בין ההפליה הטמונה ב"חוק טל" לבין ההגנה על מימוש האוטונומיה של המתגייסים נראית מלאכותית למדי, כפי שטענתי לעיל.¹¹⁴ המלאכותיות אינה מצויה רק בעמדתו כי הפגיעה באוטונומיה מצויה בכך ש"הטלת חובה זו על האחד ושחרור ממנה של האחר פוגעת קשות בזהותו העצמית של האדם [המחויב בגיוס]".¹¹⁵ המלאכותיות שאני מכוון אליה היא בראש ובראשונה בניסיון לקשור את ההפליה עם האוטונומיה. איני טוען כי אין שום קשר בין הפליה לבין אוטונומיה, במקרה זה או בכל מקרה אחר. טענתי היא כי זהו קשר עקיף בלבד,

112 ייתכן שלתזת ההשפלה יש ערך ראייתי מסוים – תחושות השפלה (אם ניתן להוכיחן ברמת הוכחה סבירה) מעידות לעיתים, אם כי לא בהכרח, על הדרת הקורבן מן הקסטה העליונה.

113 כפי שהערתי בתחילת הרשימה, תזת ההשפלה מבלבלת את שרשרת הסיבתיות ככל שהיא "מצניחה" את התחושות של השפלה והעדר כבוד עצמי אל תחילת השרשרת, מבלי לראות שהשפלה אינה קודמת בהכרח לשאלות של מוסר וצדק (שהן, במיטבן, שאלות אובייקטיביות).

114 עמדתו של המשנה לנשיא חשין נחרצת עוד יותר: "האם פטור משירות הניתן לבני-ישיבה פוגע באוטונומיית הרצון הפרטי של המתגייס?... התשובה לשאלה היא, לדעתי, בשלילה נמרצת." עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 71 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

115 שם, פס' 42 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

במובן זה שהפגיעה באוטונומיה היא לכל-היותר אינצידנטלית לפגיעה אחרת – בשוויון. הפסול האפשרי בהפליה המיוחסת ל"חוק טל" נוגע בשוויון, ורק כפועל יוצא מכך – אם בכלל – ייתכן שהוא משליך על מימוש האוטונומיה של המתגייס.¹¹⁶ קשר עקיף זה רופף במיוחד במקרה של "חוק טל", מכיוון שחובת הגיוס – ופגיעתה באוטונומיה – חלה בכל מקרה על המופלים לרעה. במובן זה, ההתחקות אחר הפגיעה השולית באוטונומיה הנובעת מעצם הידיעה כי תלמידי הישיבות אינם חולקים בנטל השירות היא כפועל ניסיון להמשיג בעיה של חוסר שוויון במונחים של אוטונומיה. אך לשווא – שחרור בני ישיבות מחובת הגיוס הוא בבסיסו עניין של הפליה, במובן של מתן העדפה לציבור מסוים על אחר. השאלה האמיתית היא אם חוסר השוויון ש"חוק טל" יוצר פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם, כלומר, פוגע בחובת המדינה להתייחס אל כל נתיניה כאל יצורים שווים, ולכן להכיר בהם ככאלה. על-פי הגישה המוצעת ברשימה זו, כזכור, התשובה לשאלה מה נחשב להתייחסות והכרה שאינן מכבדות את המופלה לרעה כשווה בין שווים צריכה להינתן על רקע התפיסה הנכונה של האופן שבו המדינה עצמה תופסת את מקומו של המופלה בחברה. התייחסות והכרה שאינן עומדות בדרישת הכיבוד האמורה מתבטאות בתפיסה מדינתית של המופלה לרעה כמי שאינו חבר בקסטה שמוטב הנורמה המפלה משתייך אליה, קרי, הקסטה הגבוהה ביותר בנסיבות העניין. לכן השאלה המרכזית שהיה על בית-המשפט להכריע בה היא השאלה (הסוציולוגית) כיצד נתיני המדינה אמורים לפרש את מתן הפטור מגיוס לבחורי ישיבות, ובפרט אם מדיניות זו מבטאת תפיסה מדינתית המעמידה את פטורי הגיוס בקסטה הגבוהה ומכפיפה לה את חיבי הגיוס. הדיון בשאלה זו בפסק-הדין משמש נקודת התחלה טובה מאוד.¹¹⁷

בית-המשפט מבהיר כי חובת הגיוס אינה אך נטל כבד שהחברה מטילה על מי שנקרה בדרכה, בין שהם אזרחים הנקראים לדגל ובין שהם שכירי-חרב שהצטרפתם לצבא נקנית באיומים או בתמריצים אחרים. יתר על כן, תפיסה זו משותפת לדעת הרוב ולדעת המיעוט. לשיטתה של דעת המיעוט (שנכתבה על-ידי המשנה לנשיא חשין), זוהי חובה עם מטען מוסרי רב – עוצמתה "מן הגבוהות שבעוצמות היא".¹¹⁸ בפרפרזה על זכות-היסוד, חובת הגיוס היא "חובת-יסוד",¹¹⁹ ואף יותר מכך – היא "מיצווה שיש לקיימה".¹²⁰ דעת הרוב של הנשיא ברק מוסיפה על כך את האמירה המוכרת כי "שירותו של אדם בשירות הצבאי [בישראל] היא זכות וחובה גם יחד".¹²¹ ברק אף צועד צעד משמעותי אחד קדימה כאשר הוא מוסיף, בהתייחסו לחובת הגיוס ולשירות בצבא, את הקביעה המדהימה כי "הגשמתם היא כבודו של האדם".¹²²

116 שם, פס' 37-40 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

117 כאמור בה"ש 5 לעיל, הדיון מתמקד בעניין התנועה לאיכות השלטון, שכן פסק-הדין האחרון שניתן בסוגיה (עניין רסלר, לעיל ה"ש 5) אינו עוסק כלל בסוגיה העקרונית הנבחנת בטקסט המרכזי להלן.

118 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

119 שם.

120 שם, פס' 63 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

121 שם, פס' 41 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

122 שם, פס' 43 לפסק-דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה).

ניתן לכנות תפיסה זו "תזת השירות כקריאה לדגל", שבמרכזה התפיסה כי עצם הגיוס לצבא הוא ביטוי להערכה המיוחדת של המדינה כלפי ציבור המגויסים (שהרי בסופו של דבר קוראים לדגל, בראש ובראשונה, את מי שחפצים בתרומתם לשמירה על הדגל). כך, המגויסים אינם רק בבחינת נכפים לשרת; הרעיון המרכזי בתזת הקריאה לדגל הוא שהם הנבחרים לשרת, תרתי משמע. תמיכה לכך מתקבלת מתופעת ההתנדבות לשירות של מי שמטעמים רפואיים ואחרים אינם כשירים לשרת.¹²³ דומה שאי-אפשר להסביר תופעה זו במלואה מבלי להכיר במרכזיותה של תזת הקריאה לדגל בציבוריות הישראלית.¹²⁴

על רקע זה הטענה כי הזכות לכבוד האדם של החייבים בגיוס נפגעת מכך שבני ישיבות זוכים בפטור מאותה חובה נראית שגויה, במיוחד כאשר היא נבחנת לאור קביעותיו של בית-המשפט עצמו, שבהן הוא מאמץ למעשה את תזת הקריאה לדגל. חשוב להבהיר: הפטור הניתן, ופגיעתו בעקרון השוויון, בוודאי מקוממים את ציבור המתגייסים, וייתכן שחלקם אף מרגישים מושפלים מכך; אך מכאן אין להסיק שכבודם כבני-אדם נפגע.¹²⁵ המסגרת התיאורטית המוצעת ברשימה זו עוזרת לראות מדוע – בהינתן שהפרשנות הנכונה ביותר של תפיסת המתגייסים על-ידי המדינה תואמת, פחות או יותר, את תזת הקריאה לדגל – עצם קיומו של פטור מגיוס אינו מבטא הכרה של המדינה בתלמידי הישיבות כמי שמשתייכים לקטטה הגבוהה ביותר, מצד אחד, ואינו מעיד כי המדינה תופסת את ציבור המתגייסים כמי שמאיישים קטטה נמוכה יותר, מצד אחר. דרישתם של האחרונים אינה ל"ישור קו" של

123 לניתוח אמפירי של תופעת ההתנדבות (לצבא או לשירות אזרחי) ראו: Nicole Fleischer & Reuven Gal, *Toward Universal National Youth Service in Israel: Possible Social Capital Effects*, in CIVIC SERVICE WORLDWIDE: IMPACTS AND INQUIRY 60 (Amanda Moore, McBride & Michael Sherraden eds., 2007).

124 גם החלטת ההתנדב הנשענת על קידום האינטרס האישי הצר עשויה לנבוע מחשיבותו (המכשירנית) של הצבא וההשתייכות אליו להתפתחות האישית העתידית.

125 הגישה המוצעת מאפשרת לנו, אם כן, להחזיק בדעה כי מתן פטור רחב מגיוס ומשירות בצבא מהווה פגיעה חמורה בעקרון השוויון (וככל שיש עקרון-על כזה בעל מעמד על-חוקי – ואולי על-חוקתי, כפי שהשופטים חשין וברק סבורים – ניתן לבקר מכוחו את "חוק טל") לצד הדעה כי פגיעה זו, למרות חומרתה הרבה, אינה מהווה פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. ככל מקרה, לגישתי, אין הצדקה לביטול "חוק טל" על בסיס הזכות לכבוד האדם (לפי התזה המוצעת). ביטול כזה יכול להיות מוצדק, אם בכלל, על-סמך הישענות על נורמה על-חוקתית אחרת (בין שהיא נסמכת על הקונסטרוקציה המוצעת על-ידי המשנה לנשיא חשין ובין שהיא נוצרת בדרך אחרת). אציין עוד – וארחיב על כך במקום אחר – כי הכרעת בית-המשפט (בעניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, ובעניין רסלר, לעיל ה"ש 5) לוקה בקושי מהותי נוסף על זה הנטען בטקסט המרכזי לעיל: בית-המשפט מתעלם לחלוטין מהטענה החזקה ביותר העומדת לטובת תלמידי הישיבות. כוונתי היא להגנה על חופש הדת (המהווה נדבך חשוב ברשימת האמצעים הזמינים שהזכות לכבוד האדם חלה עליהם). תלמידי הישיבות אומנם אינם צד ישיר להתדריינות המשפטית, אך קשה להתעלם מכך שזכות חוקתית הנמצאת על הכף אינה באה כלל לידי ביטוי כאשר בית-המשפט ניגש לבחינת מידתיות הפגיעה של החוק בזכות לכבוד האדם של החייבים בגיוס ובשירות מלא.

מעמדם שלהם כלפי מעלה, כך שיקבלו הכרה המשתווה לזו של הראשונים; נהפוך הוא, טענתם היא כי על המדינה לקרוא אל הדגל גם את תלמידי הישיבות. דיון זה מראה את תרומתה של המסגרת התיאורטית המוצעת להבניית בחינתה של שאלת הפגיעה בזכות לכבוד האדם. בחינה זו מצריכה ניסיון פרשני להתחקות אחר האופן שבו החברה צריכה לתפוס את האופן שבו המדינה תופסת את חברי קבוצת המופלים, מצד אחד, ואת הנהנים מן ההפליה, מצד אחר. איני מכחיש כי ניסיון זה עשוי להיות קשה ביותר במקרים שונים,¹²⁶ אולם – וזאת נקודה חשובה – הוא בלתי־נמנע ככל שיש חשיבות להבחנה בין סוגים שונים של הפליות בין בני־אדם על רקע השתייכותם לקבוצת אוכלוסייה מסוימת. בית־המשפט עושה זאת (גם אם במובלע) כאשר הוא מכיר בהצדקה העקרונית להעדפה מתקנת; כאשר הוא בוחן אם במקרה נתון המדיניות של "נפרד אבל שווה" יכולה להיחשב חוקתית; וכן, כפי שהודגם זה עתה, כאשר הוא נתקל במקרה ההפליה הכללי (דהיינו, שלילת זכאות או מתן העדפה), דוגמת זה שהתעורר סביב חקיקתו של "חוק טל". אכן, השימוש בקטגוריות של מוצא אתני, דת, מין ועוד, והעיסוק במעמדן היחסי של קטגוריות אלה, הינם שני נדבכים מרכזיים של הדוקטרינה המשפטית הנוהגת בענייני הפליה.¹²⁷

126 הוא עשוי להיות קשה אף במקרה של גיוס בחורי ישיבות. בעוד שאני נסמכתי על הפרשנות שבית־המשפט עצמו נתן למציאות החברתית, כפי שבאה לידי ביטוי בתזת הקריאה לדגל, ניתן לטעון כי הרכב אחר של שופטים היה יכול להגיע לפרשנות הפוכה של אותה מציאות, שלפיה הנקראים לדגל הם חוטבי העצים ושואבי המים של החברה הישראלית, בעוד בחורי הישיבות נמנים עם הקסטה העליונה, הנהנית ממעמד מיוחס המקנה לה פטור מנטלים משמעותיים (משירות בצבא, ובהמשך לכך מיציאה לשוק העבודה ומתשלום מיסים). אין ספק ששאלת הפרשנות הנכונה של המציאות החברתית עלולה לפתוח פתח מסוים למניפולציה בידי בית־משפט שיהיה מעוניין בכך, אך חשש זה אינו ייחודי למקרה זה, שכן הוא מלווה את הכרעותיו של בית־המשפט בכל מקרה ומקרה. לגופו של עניין, הפרשנות המתחרה בתזת הקריאה לדגל מניחה תפיסה לא־נכונה בעיניי של מי מצוי בקסטה העליונה בעיני המדינה, שכן היא סוברת כי שיוך זה נקבע אך ורק על־פי החובות המוטלות על קבוצה אחת ולא על האחרת. תפיסה זו אינה מתיישבת עם המציאות החברתית במגוון תחומים – למשל, ככל שאנחנו עולים בסולם הדרגות (בצבא, במשרד עורכי־הדין, בפקולטה למשפטים וכולי), האחריות המוטלת עלינו גדלה, ועימה גם הציפיות מאיתנו. כפי שאני טוען במקום אחר ובהקשר משפטי אחר, לעיתים עצם הטלת חובה על בני־אדם מבטאת הכרה מכבדת בהם (להבדיל ממתן חסינות, המבטא לעיתים תפיסה של החסין כחפץ או כחסר כשירות אנושית בסיסית). ראו: Avihay Dorfman, *Reasonable Care: Equality as Objectivity*, 31 L. & Phil. 369 (2012). על רקע זה ייתכן שהבעיה בסוגיית הפטור מגיוס לבחורי ישיבות נוגעת לא בעצם נכונותה של תזת הקריאה לדגל כפרשנות של המציאות החברתית, אלא בעובדה שהמדינה אינה מתגמלת מספיק את הנקראים לדגל.

127 לטענה זו ניתן להשמיע את ההסתייגות כי דיון בשאלות של הפליה יכול להיעשות באמצעות התעלמות גורפת מאותן קטגוריות (כלומר, עצם הקטגוריוזציה מהווה הפליה פסולה). אני מתמודד עם טענה זו בטקסט המרכזי להלן.

4. כבוד האדם ושוויון – האם שוויון פורמלי אפשרי?¹²⁸

כנגד הניתוח המוצע לעיל ניתן לטעון כי הוא אינו קוהרנטי, ואולי אף פגום, מכיוון שהוא קופץ מהאידיאל של שוויון בין בני-האדם כאשר הם בני-אדם אל ניסוח עקרון פעולה משפטי המבוסס על השתייכותם של בני-אדם לקבוצות (כגון מוצא אתני) שהן שרירותיות מבחינה מוסרית. מדוע, ניתן לתמוה, התמודדות עם מקרי הפליה צריכה להוביל את בתי-המשפט לתיוג המופלים והנהנים בהתאם להשתייכות כזו או אחרת, במקום להתמקד בהשוואה הפרסונלית בין המופלה כאדם לבין הנהנה כאדם? במילים אחרות, כיצד ניתן להסביר את הקפיצה מדיבור על יצורים שווים זה לזה להתמקדות בקסטות שאליהן הם משתייכים, לרוב בעל-יכורחם. על תלונה זו ניתן להוסיף גם כי תיוגם של בני-אדם לקטגוריות לצורך בחינת הפגיעה בשוויון סותר כשלעצמו את החובה להתייחס אליהם, כנפרד, בכבוד הנדרש מעצם היותם בני-אדם (כלומר, כאל "יחידות" נפרדות שאינן ניתנות לסכימה בצורה של השתייכות דתית, אתנית ועוד).

תשובתי מחולקת לשלושה, מן המופשט אל הקונקרטי. ראשית, עצם השימוש בקטגוריות שרירותיות מבחינה מוסרית לשם עריכת הבחנות בין בני-אדם אינו פסול כשלעצמו. גם יצירת הבחנות על בסיס איכות (merit) עושה שימוש בתכונות (כגון קול יפה, חוסן פיזי, מנת-משכל גבוהה ועוד) אשר דבר הימצאן אצל בעליהן היא שרירותית לא פחות מבחינה מוסרית. כמו צבע עור, גם יכולות רבות שעל בסיסן מוקצים תפקידים שונים אינן אלא תוצאות הגרלה שהטבע עורך בנו.¹²⁹ גישה עקבית נגד קלסיפיקציה ככזו היא לכן כוללנית מדי (over-inclusive), ואינה יכולה לבסס טיעון בעל שיניים נגד הניתוח המוצע ברשימה זו. שנית, הרתיעה משימוש ברעיון הקסטה ומהתיוג הנלווה אליו היא לא אחרת מאשר טענה בזכות שוויון פורמלי ונגד שוויון מהותי. הוויכוח כאן, במילים אחרות, הוא על השאלה מהו קו-הבסיס (base line) שביחס אליו ניתן "למדוד" מה נחשב התייחסות לא-שוויונית הפוגעת בזכות לכבוד האדם.¹³⁰ גישתי מאמצת קו-בסיס שהוא למעשה הקו העליון (upper line) לצורכי מדידה זו, וכך אינה לוקה בבטיחה המרכזית של גישת השוויון הפורמלי בהקשר זה. אכן, שוויון פורמלי מתעלם מגורמים שרירותיים לחלוטין – מזל טוב ומזל רע – למרות השפעתם הדרמטית על יכולתם ומיקומם החברתי של בני-האדם. הנצחת השרירותיות שבהבדלי הסיכויים וההזדמנויות בין בני-האדם אינה יכולה להיחשב התייחסות לכל בני-האדם כאל שווים זה לזה. הגישה המוצעת, לעומת זאת, מתייחסת ברצינות לתיוגים ולהשתייכות לקסטות בדיוק משום שהם אינם אמורים להיות חשובים, שכן הם אינם אמורים להיות רלוונטיים לשום החלטה שהמדינה מקבלת בדבר הקצאה או שלילה של משאבים והזדמנויות. שלישית, ניתן להפוך את טענת השוויון הפורמלי אל מול שוויון מהותי על

128 חשוב להבהיר כי אין בחלק זה של הטיעון משום ניסיון לקעקע את חשיבותו של שוויון פורמלי בכלל – בכל הקשר ובכל מצב. הטיעון מתמקד אך ורק בבחינת מקומו של שוויון פורמלי ביחס לזכות החוקתית לכבוד האדם.

129 ראו: RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 395 (1986).

130 מכיוון ששוויון הוא בהגדרה עניין יחסי (relational), אין שום אפשרות להימנע ממתחת קו-בסיס כלשהו. הוויכוח היחיד הוא על השאלה איזה קו, כלומר היכן למתוח אותו, ולא על עצם קיומו.

ראשה. אימוץ קו־בסיס שהוא למעשה קו עליון אינו ניסיון של essentialization להשתייכות לקסטה, או גרוע מכך – מעשה של הפיכת הקסטות לקטגוריות מוסריות חשובות; אין הוא גם ניסיון להסיט את מרכז הכובד של הזכות לכבוד האדם ממניעת השפלה פסיכולוגית לביעור השפלה סוציולוגית.¹³¹ ההתחקות אחר הקסטה הגבוהה ביותר בנסיבות העניין היא בבחינת שימוש בקסטה כקירוב (proxy) למה שצריכה להיות התייחסות מכבדת לבני-אדם שווים. כלומר, קבוצת הגברים במקרה של העדפה מתקנת, למשל, היא קירוב לקבוצת בני-האדם. התייחסות שוויונית של המדינה מחייבת אותה לדאוג לכך שכל קבוצת אוכלוסייה שמסיבות שרירותיות לא זכתה עד כה בהתייחסות שוויונית – כפי שהיא נמדדת באמצעות אותו קירוב – תזכה בה מעתה ואילך.¹³²

ד. הזכות לכבוד האדם כזכות קטגורית: דחייה עקרונית של גישת האיזונים

המשפט החוקתי הישראלי פיתח בעשורים האחרונים תורת משפט ענפה של איזונים. לא יהיה זה מוגזם לומר כי הגיון האיזונים בלע לתוכו את המשפט החוקתי כולו:¹³³ הוא

131 אני מודה לשי לביא על המונח "השפלה סוציולוגית" ועל דיון שניהלנו סביב עניין זה.
132 תפיסה זו של התייחסות שוויונית כחלק מהזכות לכבוד האדם אף זוכה בשנים האחרונות בכיסוס בניתוחיו הסוציו-היסטוריים של ג'ים ויטמן (Whitman) ובניתוחו התיאורטי המשפטי של ג'רמי וולדרון (Waldron). למבחר מייצג מכתבתו של ויטמן בנושא ראו: James Q. Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 YALE L.J. 1279 (2000); James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151 (2004); James Q. Whitman, *On Nazi 'Honour' and the New European 'Dignity'*, in DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE 243 (Christian Joerges & Navraj Jeremy Waldron, *Dignity, Rank, and Rights*, Singh Ghaleigh eds., 2003).
לכתבתו של וולדרון ראו: James Q. Whitman, *On Nazi 'Honour' and the New European 'Dignity'*, in DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE 243 (Christian Joerges & Navraj Jeremy Waldron, *Dignity, Rank, and Rights*, Singh Ghaleigh eds., 2003); Stephanie Henne-
Vauchez, *A Human Dignitas? The Contemporary Principle of Human Dignity as a Mere Reappraisal of an Ancient Legal Concept* (EUI Working Paper Law No. 2008/10), available at ssrn.com/abstract=1303427.
ה"ש 12, בעמ' 473-474; Gerald L. Neuman, *On Fascist Honour and Human Dignity: A Sceptical Response*, in DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE 267 (Christian Joerges & Navraj Singh Ghaleigh eds., 2003); Stephanie Henne-
Vauchez, *A Human Dignitas? The Contemporary Principle of Human Dignity as a Mere Reappraisal of an Ancient Legal Concept* (EUI Working Paper Law No. 2008/10), available at ssrn.com/abstract=1303427.

133 ראו, בין היתר, מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 30 (2010) (ביקורת על "זריזות-יתר לאזן", שהיא פועל יוצא משליטתה של "שפת האיזונים" במשפט החוקתי הישראלי).

יוצא לדרך בשלב המקדמי של מתן פרשנות לנורמה החוקתית (על מה היא חלה ומה משמעותה), ממשיך משם לבחינת חוקתיותה של הפגיעה בה (אם החוק הפוגע הוא מירתי), ומסיים בבחינת הסעד הראוי, באיזון הכולל, שיש לתת בגין פגיעה שנמצאה לא־מוצדקת (אם יש להורות על בטלות הנורמה הפוגעת או שמא להשעות הכרזה זו לפרק־זמן מסוים או אפילו להימנע מביטולה).¹³⁴ ברצוני לטעון כי הזכות החוקתית לכבוד האדם היא אנטי־זהה להיגיון זה. הטיעון שיובא להלן, חשוב להבהיר, אינו מבקר את הגיון האיוונים ככזה; ייתכן שאין קושי מושגי בהכפפת זכויות־יסוד מסוימות להגיון האיוונים.¹³⁵ עניינו של הטיעון הנוכחי צנוע הרבה יותר – אבקש להראות כי הגיון האיוונים מעקר לחלוטין את תוכנה של הזכות לכבוד האדם כפי שפותחה בפרק הקודם. בקצרה, אטען כי הגיון האיוונים מושתת על תפיסת מוסר תוצאתנית ביחס לחשיבותן של זכויות־היסוד, בעוד הזכות לכבוד האדם מחייבת את המדינה לכבד את האוטונומיה והשוויון של כל אחד ואחת מנתיניה בנפרד, ללא קשר לתרומה החיובית או השלילית של שניים אלה לטוב החברתי.¹³⁶ אפתח בהצגה קצרה של תפיסת המוסר התוצאתנית המצויה בבסיסה של גישת האיוונים, כפי שפותחה בפסיקתו של בית־המשפט העליון הישראלי, ובמיוחד בפסיקתו ובכתיבתו של ברק. למרות מורכבותה והתחכום הרב בפיתוחה, הרעיון הכללי שבבסיסה של גישה זו הוא פשוט, ודי בהצגתו להראות את הניגוד בינה לבין הזכות לכבוד האדם. הרעיון הוא כי על השופט לאתר את הערכים הרלוונטיים למקרה הנידון, להציב לכל אחד מהם את משקלו הראוי, ולבסוף להשוות בין משקלים אלה כדי לקבוע למי יש לתת את הבכורה.¹³⁷ כאן

134 הגיון האיוונים חדר למשפט החוקתי הישראלי עד כדי כך שלאחרונה הועלתה הטענה כי בדיוק כשם שזכויות חוקתיות הן יחסיות, כך יש לראות גם את הסעד הניתן בבית־המשפט בגין פגיעה בהן כ"חס", בהתאם למבחן המידתיות. ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** ט 39, 92–93 (2006).

135 אין זה אומר, כמובן, שלמעשה הכפפה זה אין "מחיר" במונחים של הפיכת זכויות־היסוד מכאלה שמעוגנות באוטונומיה של הפרט לכאלה המבוססות על רווחת הפרט. לנקודה זו ראו: Jules L. Coleman & Jody Kraus, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 *YALE L.J.* 1335 (1986). לעיקרי הוויכוח בין הברמס לבין אלקסי בעניין השימוש באיוונים במשפט החוקתי ראו: Robert Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, 16 *RATIO JURIS*. 131, 134–135 (2003); JÜRGEN HABERMAS, *BETWEEN FACTS AND NORMS* 256–259 (William Rehg trans., 1996).

136 האם ניגוד זה בין הגיון האיוונים לבין הזכות לכבוד האדם תקף גם לגבי שאר זכויות־היסוד ואולי אף לגבי שאר הזכויות במשפט בכלל? טענתי היא שניגוד זה אינו מבטא אמת מושגית על טבען של זכויות. זאת, משום שאין שום מניעה מושגית להניח כי הטעמים המונחים בבסיסן של זכויות מסוימות הם גם או רק תוצאתניים. ראו Coleman & Kraus, לעיל ה"ש 135.

137 לניתוח ביקורתי של מטפורת האיוונים בפסיקת בית־המשפט העליון ראו מיכאל בירנהק "הגרסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט יט** (2003) 591.

ראוי להבהיר כי המונח "ערכים", לשיטת ברק, כולל גם זכויות ועקרונות.¹³⁸ יש המכנים ערכים אלה "אינטרסים" או "שיקולים". הנקודה העיקרית היא שהבחנה בין המושגים "ערך", "עיקרון", "זכות" ו"אינטרס" מאבדת כל חשיבות. אף לא אחד מהם נהנה מעדיפות אפריורית וקטגורית, והשאלה המרכזית היא מה המשקל היחסי של כל אחד מהם. הטיעון שלהלן יתמקד באפשרות של עריכת איזון בין הזכות לכבוד האדם לבין אינטרס חברתי חשוב, כגון שלום הציבור.

אחת הביקורות המושמעות נגד גישת האיזונים היא כי היא בלתי-אפשרית. ההשוואה בין ערך אחד לאחר כמוה כהשוואה בין תפוחים לתפוזים, כלומר, מדובר בהשוואה בין ערכים שאי-אפשר להמירם למכנה משותף אחד לצורך שקילתם ואיזונם. אך זוהי ביקורת לא-משכנעת (אשר נובעת, אולי, מהתפיסה הלא-נכונה שברק דוגל באקלקטיזם רדיקלי, כזה שאינו מניח ערך-על המכפיף תחתיו את יתר הערכים). ברק טוען, בצדק רב, כי ניתן ליצור מכנה משותף אחד לערכים שונים במהותם, שאותו הוא מכנה "החשיבות החברתית" של כל אחד מן הערכים המתחרים (להלן אקרא למכנה המשותף הזה "טוב חברתי").¹³⁹ השאלה מהי פונקציית הטוב החברתי הראויה לחברה הישראלית (או בכלל) היא כמובן שאלה פתוחה שטרם זכתה בתשובה משכנעת,¹⁴⁰ אך זוהי שאלה מסדר שני שאינה מערערת על עצם האפשרות לערוך איזון בין ערכים מתחרים על בסיס תרומתם לטוב החברתי.¹⁴¹ מכל מקום, הפנייה למכנה משותף של הטוב החברתי מאפשרת את עריכת האיזון בין הערכים המתנגשים בהתאם לרעיון המוכר של איזון עלות-תועלת (cost-benefit analysis) על רקע הטוב החברתי שערכים אלה כולם מבקשים להגשים.¹⁴² כך, לגישת ברק, הזכות

138 ראו, למשל, אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 263 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית).

139 ברק מידתיות, לעיל ה"ש 21, בעמ' 579-580.

140 ברק מודה בכך ומפציר בחוקרי המשפט "לקדם תורת משפט של ערכים" שבעזרתה "בית המשפט יוכל להגיע לפתרון טוב יותר במקום שהוא ניצב בפני בעיה שפתרונה מחייב התחשבות בערכים מתנגשים". ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 138, בעמ' 267.

141 אני משתמש במונח הפחות-שגור "פונקציית הטוב החברתי" – ולא, כפי שנהוג, ב"פונקציית הרווחה החברתית" – כדי לא להניח מראש שעניינו של המשפט החוקתי הישראלי במקסום הרווחה המצרפית בלבד.

142 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 138, בעמ' 266 ("במובן עמוק... האיזון אכן מתבסס על השוואה בין החשיבות ('התועלת') החברתית היחסית של ערכים שונים"). לפיתוח פורמלי של ניתוח עלות-תועלת למבחן המידתיות ראו: Robert Alexy, *The Weight Formula, in* FRONTIERS OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 9 (Jerzy Stelmach et al. eds., 2007); Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 19, 28-32 (2010) (להלן: Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*). ייתכן שלניתוח עלות-תועלת ניתן להוסיף אילוצים הקרויים "אילוצים דאונטולוגיים" (אף שהקשר בינם לבין דאונטולוגיה הוא רופף לא פעם). ראו: Avihay Dorfman, *Humane Consequentialism: A Critical Note on Eyal Zamir & Barak Medina, Law, Economics, and Morality* (2010), 3 JRSML. REV. LEGAL STUD. 54 (2011). אולם איני משוכנע כי תוספת כזאת משנה ממהותו התוצאתנית של איזון הערכים. שם.

לכבוד האדם "נמדדת" לצורך האיזון במונחי תרומתה לטוב החברתי, וכך גם האינטרס הציבורי בדבר שלום הציבור – על השופט לגבש מתכון שבאמצעותו יהיה אפשר למקסם את הטוב החברתי בהינתן שכבוד האדם ושלום הציבור מתנגשים. כל פתרון עשוי להיות אפשרי.¹⁴³ במקרים מסוימים כבוד האדם יכול לדחוק את שלום הציבור לחלוטין, אך זאת לא מהסיבה שלזכות לכבוד האדם יש עדיפות אפריורית-קטגורית על שלום הציבור (שהרי אז לא היה צורך בעריכת האיזון עם שלום הציבור מלכתחילה), אלא מפני שבנסיבות מסוימות מתן עדיפות מוחלטת לכבוד האדם תורם לטוב החברתי יותר מאשר מתן עדיפות חלקית או אפסית לאותה זכות. כך בדיוק נאמר בפסק-הדין החשוב בעניין הוועד הציבורי נגד עיניוים: "שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת בטחונה (של המדינה הדמוקרטית). בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה."¹⁴⁴ במקרים אחרים קורה ההפך, ושלום הציבור דוחק החוצה את כבוד האדם, וזאת שוב מכיוון שבאיזון הכולל הערך שהחברה מפיקה מכך גבוה מהערך שהיא הייתה מפיקה אילו העדיף בית-המשפט את כבוד האדם. ביתר המקרים אנחנו צפויים לראות מעין פשרה, שבמסגרתה הזכות לכבוד האדם מקבלת הגנה חלקית ולצידה שלום הציבור מקבל אף הוא הגנה חלקית. גם כאן, מעשה הפשרה מוכתב על-ידי הערך שהחברה מפיקה ממצב דברים שבו מתקיים תמהיל מאוזן של הגנה חלקית על הזכות לכבוד האדם עם הגנה חלקית על שלום הציבור. בצורה כזאת ההגנה על כל אחד מן הערכים המתחרים היא קונטינגנטית בהכרח. היא מותנית תמיד בשאלה המכשירנית איזו תועלת החברה מפיקה מכל אחד משלושת סוגי הפתרון המוזכרים בנסיבות המקרה.¹⁴⁵

ראוי להדגיש כי שיטה של איזון עלות-תועלת אינה צריכה להתפרש כשאיפה של המשפט לקדם טוב חברתי מסוג יעילות כלכלית או רווחה חברתית דווקא. כמו-כן, גישה כזו אינה חייבת להיות עוינת בנוגע לחשיבותן של זכויות-יסוד (אם כי זאת אפשרות). זאת, משום שניתן להגדיר את הטוב החברתי במונחים של מקסום ההגנה על זכויות-יסוד, כך שהאיזון הנכון בין ערכים מתחרים יהיה זה המנפק תוצאה שמבטיחה את מירב ההגנה

143 הדיון להלן מניח כי האינטרס בדבר שלום הציבור אינו תיאור נרדף של זכות חוקתית של כל אחד ואחת מחברי אותו ציבור (כגון הזכות לחיים). זו גם עמדתו המקובלת (אם כי לא היחידה) של בית-המשפט העליון. ראו, למשל, פס' 110 לפסק-דינו של הנשיא בברק בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006). אין זה המקום לעמוד על כך בהרחבה, אך לשיטתי, טעם מרכזי להבדל בין זכות לבין אינטרס נובע מכך שהזכות "שייכת" למחזיקה, שהוא על-יכן בבחינת פועל (agent), ואילו אינטרס מתייחס למושא הגנתו כאל patient. ראו: Avihay Dorfman, *The Society of Property*, U. TORONTO L.J. (forthcoming 2012).

144 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999). עוד ראו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006(4) 3958, פס' 63-64 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

145 יש ליכור כי גם הפתרון הראשון – מתן משקל מלא לזכות לכבוד האדם על-חשבון שלום הציבור – מעניק הגנה קונטינגנטית בלבד לכבוד האדם, שהרי הטעמים להגנה על זכות זו אינם חשיבותה של הזכות ככזו, אלא תרומתה (בנסיבות המתקיימות בהווה) לקידום הטוב החברתי.

על זכויות-יסוד בחברה.¹⁴⁶ תפיסה זו של "utilitarianism of rights" שמה לה למטרה את מזעור הפגיעות בזכויות האדם בחברה. טוב חברתי זה מצדיק פגיעה בזכות-יסוד של אדם רק ככל שיש בה כדי לקדם, בסך הכול, את השמירה על זכויות-היסוד של כל בני החברה (ובכלל זה של האדם שנפגע).¹⁴⁷

אף-על-פי שקיימות טענות דאונטולוגיות חזקות ביותר נגד הפיכתן של זכויות-יסוד למכשירים בשירות הטוב החברתי (תהא הגדרתו אשר תהא), טענות אלה חלות במישור הנורמטיבי – הן מבקשות לשכנע אותנו מדוע המשגה או פרשנות דאונטולוגית של זכויות-יסוד היא דאוויה או נכונה יותר מבחינה מוסרית מאשר התפיסה המכשירנית-התוצאתנית של זכויות אלה. אך הן אינן מתמקדות, על-פי-רוב, באפשרות קיומו של קושי מושגי בפיתוח תורת זכויות-יסוד המעוגנת בטוב החברתי שזכויות אלה מקדמות (ובכלל זה הטוב החברתי של הגנה מצרפית חזקה יותר על כלל זכויות-היסוד). כלומר, הן אינן מבקשות להראות שהכפפת זכויות-היסוד לטוב החברתי באמצעות שיטת האיזונים אינה אפשרית כלל.

במאמר זה, לעומת זאת, ברצוני לטעון כי הרדוקציה שגישת האיזונים עושה לזכות לכבוד האדם לכלל זכות הנמדדת, בכל מקרה ומקרה, ביחס לטוב החברתי שהיא מקדמת אינה אפשרית מבחינה מושגית, ולא רק לא-רצויה מבחינה נורמטיבית. ההסבר לכך פשוט, והוא נובע ישירות מן התיאוריה שפותחה בשלב הקודם של הטיעון. בהנהגת איזון עלות-תועלת, המדינה נכשלת במילוי חובתה להתייחס אל נתיניה, כל אחד בנפרד, כאל יצורים חופשיים ושווים זה לזה. זאת, משום שבכך היא מכפיפה את ההגנה על האוטונומיה והשוויון לחשיבות החברתית שצומחת, באיזון הכולל, מהתמהיל הנכון של כיבודן (החלקי) עם השגת תכליות חברתיות חשובות אחרות (כגון שלום הציבור). כלומר, על-פי גישת האיזונים, חובת ההתייחסות וההכרה הנדרשת מהשלטון אינה אוסרת עליו לפגוע בשוויון ובאוטונומיה מטעמים שאינם שוויון ואוטונומיה. חשבו, למשל, על מקרה שבו בית-המשפט מחייב את המדינה להימנע מפגיעה לא-מידתית בזכות לכבוד האדם (למשל, להימנע מהפליה של קבוצת מיעוט באמצעות חוק הקובע ברירה (סלקציה) בקבלה למקום יישוב). למרות התוצאה החיובית מבחינתה של הזכות, העובדה שהחלטה זו של בית-המשפט נתמכת בהגיון האיזונים סותרת לחלוטין את חשיבותה של הזכות לכבוד האדם, משום שהחלטה מתקבלת מן הטעם שבאיזון הכולל הטוב החברתי יוצא נשכר מהגנה מלאה או חלקית על הזכות המדוברת בהשוואה למתן הגנה מלאה או חלקית לאינטרס העומד ביסוד החוק הפוגע. הסתירה היא מוחלטת משום שהזכות לכבוד האדם היא לא יותר מאשר אמצעי (חשוב ככל שיהיה) בשירות הטוב החברתי: בית-משפט-של-איזונים מתעקש על הגנתה משום שהיא דרושה, במקרה זה, לקידום הטוב החברתי, ולא להפך.

אולם הכרה בכבוד האדם של האדם, כך טענתי לעיל, מחייבת את המדינה להתייחס לנתיניה כאל יצורים חופשיים ושווים זה לזה מכיוון שהם חופשיים ושווים, ולא משום

146 ברוח זו, ניתן לסבור, קבע בית-המשפט כי חוק הפוגע בזכות-יסוד מגשים את דרישת התכלית הראויה שבפסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אם הוא נועד להגשים "מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם." בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 739 (2004) (הנשיא ברק).

147 ראו Nozick, לעיל ה"ש 76, בעמ' 30. נוזיק, כידוע, דוחה גישה זו.

שהתייחסות כזו משרתת, במידה כזו או אחרת, את הטוב החברתי (תהא הגדרתו אשר תהא). גם אם נניח כי ברוב-רובם של המקרים הגנה על הזכות לכבוד האדם מקדמת את הטוב החברתי, אין בכך כדי לרפא את הכשל הטמון בהשגת התוצאה הנכונה (ההגנה על הזכות) מן הטעמים הלא-נכונים (החשיבות החברתית של ההגנה, להבדיל מהחשיבות העצמאית של כבוד האדם של "בעל" הזכות). כזכור, מרכזיותם של הטעמים שניתן לייחס לפעולת המדינה נובעת מכך שבבסיסה הזכות החוקתית לכבוד האדם מבטאת את ההכרה הפומבית של המדינה – כפי שהיא נתפסת בתודעה המשותפת של נתיניה – בהיות בני-האדם החשופים להשפעתה חופשיים ושווים. מחויבות זו היא מידה טובה (virtue) בסיסית של המדינה, וכזו – כלומר, כמו כל מידה טובה אחרת – היא נמדדת בדרך שבה היא מוצאת אל הפועל, ולא רק בתוצרים הישירים והעקיפים של הפעלתה.

ההשלכה המעשית המיידית של הניתוח המוצע היא שאי-אפשר – וממילא גם לא ראוי – להכפיף את הזכות החוקתית לכבוד האדם לגישת האיזונים הנוהגת כיום במשפט החוקתי הישראלי. במקום לרוץ ישר אל פסקת ההגבלה ולעמת בין הזכות לבין האינטרס החברתי שהחוק הפוגע מבקש לקדם, השאלה החשובה שיש לשאול היא אם הזכות נפגעה, וזאת בהתאם למסגרת התיאורטית שרשימה זו מבקשת להציע (באופן ראשוני בלבד). תשובה חיובית תהא כשלעצמה, ללא קשר לתחשיב עלות-תועלת, טעם חזק לפסוק כי החוק אינו חוקתי.

גישה זו מעלה כמה שאלות חשובות שהתייחסות אליהן יכולה להבהיר את התזה המוצעת ואת אופן יישומה במשפט הנוהג. במקום שנתר אתמקד בשתי שאלות: ראשית, האם משמעות הדברים היא שהזכות לכבוד האדם היא זכות "מוחלטת"? שנית, האם ניתן ליישב הבנה חזקה כזאת של הזכות עם מילותיה המפורשות של פסקת ההגבלה? כאשר לשאלה הראשונה, תשובתי היא "כן ולא". הזכות לכבוד האדם אינה מוחלטת אם הכוונה היא לכך שתמיד, לעולם, היא תגבר ויהי מה. אפתח בכך שהקטגוריות של הזכות, כפי שהוסבר לעיל, אינה חלה בהכרח במצב של התנגשויות בין זכויות-היסוד השונות – מה שנהוג לכנות במחוזותינו "איזון אופקי" בין זכויות שוות-מעמד. למעשה, כפי שטענתי, הזכות לכבוד האדם מבטאת בעצמה האחדה של שני עקרונות – שוויון ואוטונומיה – אשר בהעדרה עלולים למשוך לכיוונים מנוגדים. קיומם של מתחים בין זכויות-יסוד מציב אתגר בפני המשפט החוקתי בין אם הוא פועל על-פי הגיון האיזונים ובין אם לאו.¹⁴⁸ האתגר נפתר באמצעות עריכת התאמות (adjustments) בכל אחת מן הזכויות כך שמערך זכויות-היסוד כולו ייהפך לשיטתי ולקוהרנטי.¹⁴⁹ חשוב להדגיש כי ההתאמות אינן צריכות להיעשות אד-הוק, ממקרה למקרה, אלא ex-ante (לפני שמערך הזכויות "מוגש" לציבור), או למצער באמצעות פסיקות עקרוניות שמפרשות את הזכויות השונות באופן שיטתי וקוהרנטי. דוגמה

148 אתגר זה מצוי במרכזה של ביקורתו החריפה (והנכונה) של הרט על תפיסת החירויות הבסיסיות של רולס בכתבתו המוקדמת, והיא אכן הובילה את רולס בכתבתו המאוחרת להציע שינויים משמעותיים בניסוחו ובמהותו של עקרון הצדק הראשון. ראו: H.L.A. Hart,

Rawls on Liberty and Its Priority, 40 U. CHI. L. REV. 534 (1973).

149 ראו: T.M. Scanlon, *Adjusting Rights and Balancing Values*, 72 FORDHAM L. REV. 1477 (2004).

לכך ניתן ללמוד מן ההחלטה (הידועה לשמצה) של בית-המשפט העליון האמריקני שפסלה חוק המגביל מימון מסע בחירות בטענה שתרומה כספית למועמד או למפלגה היא ביטוי מוגן ולכן זוכה בהגנה מלאה – "מוחלטת" – של התיקון הראשון לחוקה.¹⁵⁰ הבעיה בפסיקה זו היא שהיא מבנה את מערך הזכויות הרלוונטיות באופן שפוגע באפשרות מימושן של זכויות-היסוד של חסרי האמצעים. כלומר, בית-המשפט העליון אינו עורך את ההתאמות הנדרשות בהגדרת הזכות כדי לאפשר הנאה שווה של כל האזרחים מן הזכות, כמו-גם מזכויות אחרות, כגון הזכות להשתתפות שוויונית בהליך הדמוקרטי.¹⁵¹ דרך משלימה לערוך התאמות, ובכך להימנע מהנכחת ניתוח עלות-תועלת בפסיקה השוטפת, היא באמצעות הכרעה מקדמית בשאלה על מה הזכות חלה – למשל, אם חופש הביטוי (כחלק מן האמצעים הזמינים לצורך מימוש שוויוני של האוטונומיה) כולל גם ביטוי מסחרי מובהק, אם הוא כולל ביטויי תועבה ושנאה, אם מימוש האוטונומיה של הפרט כולל גם פגיעה בזכויות-יסוד של הזולת וכדומה. במובן זה, הזכות לכבוד האדם אינה צריכה להיות מוחלטת.

אך ניתן לתהות אם לאחר כל מהלכי ההתאמות הנדרשים ליצירת מערך זכויות-יסוד שיטתי וקוהרנטי, הזכות לכבוד האדם היא בכל-זאת מוחלטת. כך, למשל, האם לאחר שהוצאו ביטויי שנאה מגדר הביטויים המוגנים על-ידי הזכות לכבוד האדם, הזכות הנפכת למוחלטת בכל הקשור להגנה על חופש הביטוי? גם כאן התשובה צריכה להיות "כן ולא". ההגנה על חופש הביטוי צריכה להיות "מוחלטת" ככל שהיא חלה על ביטויים מוגנים וככל שנסיונות השלטון להשתיק ביטוי נוגעים בתוכנו. אך ההגנה אינה חייבת להיות מוחלטת במצבים אחרים (שאינם מצבי de minimis); היא מבטאת מעין חזקה שניתנת לסתירה, אך רק במקרים חריגים ביותר. הפסיקה האמריקנית בעניין חופש הביטוי (כמו-גם בעניינים הנוגעים בזכויות-יסוד אחרות) יכולה לשמש המחשה – לא מושלמת אך גם לא תמיד רעה – לצורה שבה ניתן למצוא חריגים שבהם תיחשב פגיעה בזכות לחוקתית. כל זאת, חשוב להדגיש, ללא פנייה למנגנון האיזונים וללא בחינה אר-הוקית של המקרה הנתון אל מול תחשיב עלות-תועלת, כפי שנעשה כיום בניחות החוקתי הנוהג בבית-המשפט הישראלי.

ניתן כמובן לטעון כי השימוש האמריקני בקטגוריות לבחינת חוקתיותה של פגיעה בזכויות-יסוד הוא בסך-הכל צורה אחרת של גישת האיזונים, שהינה ברורה אומנם וקשיחה יותר, אך מאפשרת בכל-זאת לאינטרס מתחרה לגבור על הזכות במצבים מסוימים. ההבדל, כך ניתן לטעון, הוא כמותי, ולא איכותי. אך כוונתי היא להבדל האיכותי, המורגש היטב מקריאת פסקי-הדין, בין ההגנה הבלתי-מתפשרת על זכויות-יסוד, שארצות-הברית מהווה דוגמה טובה לה אף אם לא מושלמת, לבין העמדה הישראלית, העושה רדוקציה לכל שאלה של הגנה על זכויות-יסוד לשאלה של איזון בין הזכות לבין האינטרס המתחרה. אם הבדל זה מתמצה בהבחנה בין הגנה מוגברת לבין הגנה פחותה, אזי הוא כמותי גרידא. אולם זוהי הבחנה לא-מעניינת אם מניחים – כמקובל גם בתפיסות מוסר דאוטולוגיות – כי אין זכויות מוחלטות במובן החמור של המילה (כלומר, זכויות שמקבלות הגנה תמיד, אפילו אם הן

150 Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976). עמדה עקרונית זו זוכה בשנים האחרונות ברוח גבית חזקה מבית-המשפט (השמרן ברובו) של הנשיא רוברטס. ראו, למשל: Citizens United v. Federal Election Commission, 130 S. Ct. 876 (2010).

151 מובן שיש גם בעיות אחרות (כגון בעיות של שחיתות וקשרי הון-שלטון).

מובילות לקטסטרופה).¹⁵² ההבחנה שאליה אני מכוון, לעומת זאת, היא איכותית, מכיוון שהבסיס להשוואה (בין שתי הגישות הנזכרות) הוא השאלה מה מקומם של ערכים ואינטרסים בבחינה החוקתית של חוק הפוגע בזכות יסוד. בעוד הגישה המוצעת, כפי שהסברתי לעיל, דורשת מבית המשפט להימנע, למעט במקרים חריגים, מהכפפת ההגנה על הזכות לערכים ולאינטרסים (בין שהם מתחרים בזכות ובין שהם תומכים בה), גישת האיזונים עושה את ההפך, וזאת לא רק במקרים "קשים", אלא כעניין שבשגרה. במונחיו של מבחן התוצאה, ניתן לנסח את ההבדל המוצע בין הגישות כפי שניסחתיו בראשית הרשימה: בעוד בעבור גישת האיזונים הזכות לכבוד האדם היא אך נקודת ההתחלה של הניתוח החוקתי, הגישה המוצעת דורשת מבית המשפט להקפיד שהזכות תשמש לא רק נקודת ההתחלה, אלא – בכפוף לסייגים מצומצמים ביותר – גם ובעיקר מסקנה בניתוח החוקתי. לפיכך ההיאחזות בטענה כי אין בנמצא זכויות מוחלטות (שהיא כאמור טענה נכונה) כדי להסיק ממנה תמיכה בגישת האיזונים מפספסת את ההבדל החשוב – שהוא כאמור הבדל איכותי – בין גישה זו לבין גישה הדוחה את הכפפת הזכות לתחשיב הטוב החברתי.¹⁵³

מכל מקום, איני קורא לאימוץ הדוקטרינה האמריקנית דווקא. אחרי ככלות הכל, ההעדפה להגנה קטגורית על זכויות אינה ייחודית למשפט החוקתי האמריקני – גם המשפט החוקתי הגרמני מכיר בקטגוריות של הזכות החוקתית לכבוד האדם, ולכן עשוי להוות מקור נוסף שניתן ללמוד ממנו כיצד אפשר להעניק הגנה חוקתית לזכות יסוד מבלי לגלוש לשיח האיזונים.¹⁵⁴ מטרת הייתה אך להמחיש (באמצעות המקרה האמריקני) את האפשרות לעסוק בשאלות של דוקטרינה חוקתית מבלי לצמצמן לכלל שאלות על איזונים בין זכויות לבין אינטרסים מתחרים. לא רק שאין זה הכרחי לנקוט אימוץ כזה, אלא שאין זה ברור כלל שפסקת

152 ראו, למשל, Nozick, לעיל ה"ש 76, בעמ' 29; Rawls, Political Liberalism, לעיל ה"ש Charles Fried, Right and Wrong; 222 בעמ' 8, בעמ' 351; Ripstein, לעיל ה"ש 40, בעמ' 10 (1978); Matthias Kumm, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in Law, Rights, and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy 131, 154 (George Pavlakos ed., 2007); Alon Harel & Assaf Sharon, *Necessity Knows No Law: On Extreme Cases and Uncodifiable Necessities*, 61 U. Toronto L.J. 845 (2011).

153 להבדל זה יש כמובן תוצאות מעשיות חשובות. ניתן לראות הבדל זה בהשוואה בין פסקי הדין של בית המשפט העליון הישראלי בעניין בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, תק-על 2006 (2) 4500, שבו אושרה פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי של מפלגה בשל תשדיר בחירות הפוגע ברגשות הציבור הדתי, לבין פסק-דינו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין Snyder v. Phelps, 131 S. Ct. 1207 (2011). בית המשפט האמריקני ביטל את החבות הנזיקית שהוטלה על מי שהפר את החובה לא לגרום נזק נפשי במכוון, מכיוון שההתנהגות הפוגענית (משמרת-מחאה רועשת אנטי-הומוסקסבית שעשתה שימוש בביטויים בוטים נגד חללים אמריקנים בזמן הלוייתם) חוסה תחת הגנת התיקון הראשון לחוקה האמריקנית.

154 לסקירה ולניתוח של הזכות החוקתית לכבוד האדם במשפט הגרמני ראו מרדכי קרמיניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל? (2011).

ההגבלה שבחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו מתיישבת דווקא עם הדוקטרינה האמריקנית, להבדיל מדוקטרינה אחרת שאינה דוקטרינת האיזונים. על רקע זה נראה שאחת ההשלכות המעשיות המרכזיות של הגישה המוצעת היא על הדרך הראויה להבין את פסקת ההגבלה, קרי, את תוכנה ותפקידה במסגרת הניתוח החוקתי של הזכות לכבוד האדם. סוגיה זו מחייבת כמובן התייחסות מעמיקה החורגת מגבולות רשימה זו, אך אבקש בכל־זאת להבהיר שתי נקודות חשובות לגבי היחס בין המסגרת התיאורטית המוצעת לניתוח הזכות לכבוד האדם לבין פסקת ההגבלה שבחוקי־היסוד.

הנקודה הראשונה עניינה בתפיסה השגויה שלפיה קיומה של פסקת ההגבלה בחוקי־היסוד, אשר מתירה למחוקק לפגוע בזכויות המנויות בחוקי־היסוד ובלבד שהפגיעה עומדת בכמה דרישות, מהווה ראייה חותכת לכך שזכויות־היסוד הן יחסיות, ושניתן על־כן לפגוע בהן כל עוד התועלת מפגיעה זו עולה על עלותה. כל גישה השוללת איזונים, אפילו הייתה אפשרית בתיאוריה, נידונה מראש לכישלון בשנייה שבה "יגלה" המחוקק כי ביכולתו לפגוע בזכות לכבוד האדם ככל שהטוב החברתי דורש זאת. ביכולתו של טיעון זה, המוכר מכתובתו של אחד מחשובי התיאורטיקאים של גישת האיזונים,¹⁵⁵ לשמוט את הקרקע מתחת לרגלי המסגרת התיאורטית המוצעת ברשימה זו, שכן גם אם נסכים כי היא אפשרית ומשכנעת, אין ביכולתה להיות מסגרת תיאורטית של הזכות החוקתית לכבוד האדם בישראל, לפחות כל עוד פסקת ההגבלה עומדת על מכונה.

אך טיעון זה מניח את המבוקש, ועל־כן נידון לכישלון. ההשלכה האפשרית של פסקת ההגבלה על הגישה הנכונה להבנתה של הזכות לכבוד האדם אינה נובעת מעצם קיומה בשדה החוקתי. היא תלויה לחלוטין באופן שבו תפורש פסקת ההגבלה ותיושם על־ידי בית־המשפט. בית־המשפט יכול – כפי שהוא אכן עשה הלכה למעשה – לתת לה פרשנות מקילה, כלומר, כזאת שמאפשרת למחוקק לראות את הזכות לכבוד האדם כלא יותר מאשר דרישה לחוקק חוקים שבאיזון הכולל מועילים לטוב החברתי יותר מאשר מזיקים לו. אך זאת, כמובן, רק אפשרות אחת מתוך רצף שלם של אפשרויות (החל בפסקת הגבלה מקילה ביותר וכלה בפסקת הגבלה מחמירה ביותר). אשר על־כן, הניסיון לטעון על בסיס פרשנות זו של פסקת ההגבלה כי עצם קיומה מחייב את המסקנה שגישת האיזונים היא היחידה האפשרית במשפט החוקתי הישראלי הוא לא יותר מאשר הנחת המבוקש. על כך יש להוסיף כי הנחת המבוקש במקרה זה חושפת לא רק כשל לוגי בטיעון בעד גישת האיזונים, כי אם קושי נורמטיבי מהותי: הניסיון להסיק לאחור (backward induction) מה טבען של זכויות חוקתיות מתוך פסקת ההגבלה לוקה גם בהבנת הסדר הנכון של הדברים, שהרי טבען של הזכויות הוא שצריך להכתיב את פרשנותה הראויה של פסקת ההגבלה, ולא להפך.

הנקודה השנייה נובעת ישירות מדחיית הטענה הרואה בעצם קיומה של פסקת ההגבלה משום הוכחה לנחיצותה של גישת עלות-תועלת במשפט החוקתי הישראלי. מאחר שאחת פסקת ההגבלה ניתן – וצריך – לפרש בהתאם להמשגה הנכונה של הזכות לכבוד האדם, מתעורר הצורך למצוא לפסקה זו פירוש המתיישב בצורה ההולמת ביותר עם הזכות לכבוד האדם כפי שפותחה (בראשי־פרקים) ברשימה זו. גם לשאלה זו לא אוכל להציע תשובה

155 ראו, לאחרונה, Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 23. כן ראו ברק מידתיות, לעיל ה"ש 21, בעמ' 566-567.

מספקת ברשימה זו.¹⁵⁶ בשורות הבאות אבקש להצביע, בקצרה ובקווים כלליים, על השוני בין הפרשנות המקובלת של פסקת ההגבלה במשפט החוקתי הישראלי – אשר נהפכה לה, באופן לא-מפתיע, למילה נרדפת למבחן הסבירות – לבין הפרשנות הנדרשת לנוכח התפיסה המוצעת בדבר הזכות החוקתית לכבוד האדם. אזכיר כי המקרה היחיד הנידון כאן הוא עימות בין חוק המבקש לקדם אינטרס חברתי חשוב (שאינו זכות-יסוד) לבין הזכות לכבוד האדם. פסקת ההגבלה כוללת את ארבע הדרישות הבאות: דרישת החוקיות ("פגיעה בחוק או לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו"); דרישה כי החוק הפוגע יהלום את ערכיה של מדינת-ישראל; דרישת קיומה של תכלית ראויה לחוק הפוגע; ודרישת המידתיות, אשר מורכבת, לפי הפסיקה, משלושה מבחני-משנה (מבחן התאמה, מבחן הצורך ומבחן המידתיות במובן הצר).¹⁵⁷ להלן אראה כי מכל הדרישות המנויות לעיל נותרה, כפי שהיה אפשר לצפות מבית-משפט הדרגל בגישת האיזונים, דרישה אחת מרכזית – מבחן המידתיות במובן הצר – ואילו כל השאר, למעט אולי דרישת החוקיות, נהפכו ברבות השנים לרוחות-רפאים של עצמן.¹⁵⁸ איני טוען כי דרישות אלה אינן יכולות, מפעם לפעם, להביא לידי פסילתו של החוק הפוגע, אלא שמקרים אלה מצומצמים, ונובעים יותר מחולשתו (קרי, חוסר תבונתו) של המחוקק מאשר מעוצמתה של פסקת ההגבלה כקו המגן האחרון של זכויות חוקתיות מפני המחוקק.¹⁵⁹ הבחנה זו מוכרת מאוד לגבי דרישות התכלית הראויה והלימת ערכיה של מדינת-ישראל, ולכן לא אפרט בנושא. במקום זאת אבקש להתמקד בדרישת המידתיות, ובמיוחד בשני מבחני-המשנה האחרונים שלה.¹⁶⁰ זו גם הדרישה המרכזית ביותר בפסיקה העכשווית, ולא יהיה זה אף מוגזם לומר שהיא למעשה – כיאה לפילוסופיית העלות-תועלת הנוהגת – לב-ליבו של המשפט החוקתי הישראלי בכללותו!

מבחן-המשנה השני, הנתפס גם כמבחן הצורך, התחיל את דרכו במשפט החוקתי הישראלי כשחקנה הראשי של המידתיות, ואולי אף של פסקת ההגבלה בכללותה. בפסק-הדין המפורסם בעניין **בנק המזרחי**, שבו נחגגה המהפכה החוקתית, הוכתר מבחן הצורך כ"חשוב ביותר" מבין מבחני-המשנה של המידתיות.¹⁶¹ אך לאחר פחות מעשור קיבלה הערכה זו תפנית דרמטית, שבה הומר מבחן הצורך למבחן שמזכיר יותר מבחן של סבירות מאשר אמת-מידה של צורך, קרי, אמת-מידה המתעקשת על הפגיעה הפחותה האפשרית בזכות-היסוד. התפנית

156 תשובה כזו תפוחת במאמר-המשך לרשימה הנוכחית.

157 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

158 דרישת החוקיות קיבלה "חיזוק" משמעותי, החל בפרשת **רובינשטיין**, כדמות כלל ההסדרים הראשוניים, שלפיו הסדרים נורמטיביים ראשוניים (כפי שבית-המשפט רואה זאת) צריכים להיעשות בחוק, ולא בחקיקת-משנה. ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998).

159 דוגמה לכך מן העת האחרונה, שבה חוק הפוגע בזכות לכבוד האדם אינו "עובר" את מבחן-המשנה הראשון במבחן המידתיות, היא עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 5.

160 מגבלת מקום מונעת הרחבה של הניתוח האמור גם למבחן-המשנה הראשון (מבחן הקשר הרציונלי). אציין רק כי לשיטת המצדדים בגישת האיזונים, "חשיבותו אינה רבה במיוחד". **ברק מידתיות**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 389.

161 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 437 (2005) (הנשיא ברק).

נעשתה בפסק־דין **מנחם**, שבו חזרה אומנם השופטת ביניש על התפיסה כי מבחן הצורך הוא "לב ליבו של מבחן המידתיות",¹⁶² אולם בפועל היא לא דרשה שהחוק הפוגע אכן יהיה האמצעי להשגת המטרה המיועדת שפגיעתו היא הפחותה האפשרית. מייד לאחר שמבחן הצורך מוצג כמבחן הדורש מן המחוקק לפגוע בזכות "במידה הקטנה ביותר האפשרית לשם השגת תכלית החוק",¹⁶³ ביניש מסייגת את דבריה (כמה שנראה כהיפוכם של הדברים שזה עתה הובאו): "ודוק, הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קביעה כזו תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית."¹⁶⁴ גישה זו אומצה בפסיקות מאוחרות יותר, כולל זו של הנשיא ברק (שישב במושב של בג"ץ מנחם ונתן את הסכמתו לפסק־דינה של ביניש).¹⁶⁵ בספרו על המידתיות ברק מסכם עמדה זו, וכותב כי "מבחן הצורך אינו עילה להעמדת אמצעי פוגע פחות".¹⁶⁶ כך, למשל, מלבד מקרים שבהם החוק הפוגע מבקש להגן על זכויות אחרות, ברק מציינ "הוצאה כספית מאוצר המדינה" ו"שינוי של סדר העדיפויות הלאומיות" כסייגים לדרישת הפגיעה הפחותה האפשרית.¹⁶⁷ גישה זו, כפי שספיר טוען

162 בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 279 (2002).

163 שם.

164 שם, בעמ' 280. השופטת ביניש נימקה את סטייתה ממבחן הצורך בדוקטרינת מתחם המידתיות, המקבילה של מתחם הסבירות. אך הנמקה זו בעייתית משתי סיבות. ראשית, מתחם המידתיות מאפשר למחוקק חופש בחירה בין אפשרויות חקיקה שונות בתנאי שכולן עוברות את מבחן המידתיות (ולכן אי־אפשר לנמק את הסטייה ממבחן הצורך בדוקטרינה זו, כפי שביניש עושה, ללא הנחת המבוקש). לאחרונה הורה ברק בטעות שעשה בהצטרפותו להנמקה זו של ביניש וכן בפסיקות מאוחרות שלו שיצרו רושם מוטעה כי מתחם המידתיות יכול לבסס את הסטייה ממבחן הצורך כצורך. ראו ברק מידתיות, לעיל ה"ש 21, בעמ' 507-509. לניתוח ביקורתי של הסוגיה ראו גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345, 368-370 (2007). שנית, דוקטרינה זו מושפעת ככל הנראה מדוקטרינה קרובה לה במשפט הבין־לאומי – מתחם ההתחשבות (margin of appreciation). לאחרונה נוצרה על רקע חששם של בתי־משפט על־לאומיים שמא יתערבו יתר על המידה בריבונותה של מדינה עצמאית. היגיון זה אינו חל במקרה של בית־משפט מקומי הבוחן חוקתיות של חוק מקומי.

165 ראו, למשל, עניין מנור, לעיל ה"ש 146, בעמ' 740-741 (הנשיא ברק); בג"ץ 4947/03 עיריית באר־שבע נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006(2) 1545, פס' 13 (השופטת ביניש); ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782, 813 (2004) (השופט גרוניס). עוד ראו דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך ב 281, 290 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) ("באשר למבחן הפגיעה הפחותה, לא נדרש כי האמצעי שבו הרשות תבחר להגשמת התכלית יהיה – בכל תנאי ובכל מחיר – האמצעי הפוגע בזכות או באינטרס במידה הפחותה ביותר האפשרית").

166 ברק מידתיות, לעיל ה"ש 21, בעמ' 401.

167 שם. כן ראו שם, בעמ' 506 ("שיקול הדעת [של המחוקק] הוא ניכר כאשר לבחירת האמצעים שמקיימים את דרישת הקשר הרציונלי וכן כאשר לבחירת האמצעים שיש בהם 'צורך'").

בצדק, הופכת את מבחן הצורך לכלי קיבול דוקטרינרי לפשרה פוליטית סבירה בין תכליות
 סותרות חשובות.¹⁶⁸

ניתן לתהות כיצד מבחן של צורך מקבל פרשנות המעקרת ממנו את המשמעות של
 המושג "צורך", המשקף רעיון של חוסר בררה, ולא של סבירות גרידא. בהתאם למסגרת
 התיאורטית המוצעת ברשימה זו, יש להשיב למבחן זה את משמעותו המקורית: גם כאן
 הבחינה צריכה להיות עובדתית ביסודה, ובמרכזה הדרישה מן המדינה להראות, במידת
 ההוכחה הנדרשת בהליך הבג"צ, כי אי-אפשר להגשים את המטרה המיוחסת לחוק באמצעי
 – יקר יותר או פחות – שפגיעתו בזכות לכבוד האדם פחותה. זהו מיקרוקוסמוס של התפיסה
 הלא-מכשירנית של הזכות לכבוד האדם המוצעת כאן: דבר היותה של הזכות בעלת ערך
 עצמאי (free-standing) מחייב שמירה על אי-כפיפותה לתחשיב הטוב החברתי. לא בכדי
 ריכזה גישת האיזונים את מבחן הצורך עד כדי מבחן עמום של סבירות; ריכוך זה הוא
 בלתי-ימנע במסגרת תורת שיפוט הרואה בזכות לכבוד האדם רק נקודת פתיחה בתחשיב
 עלות-תועלת. אך במיטבו – כלומר, כאשר הוא נאמן למושג "צורך" – מבחן-משנה זה
 הוא אכן "לב ליבו של מבחן המידתיות": הוא מציב את המשוכה הגבוהה ביותר האפשרית
 למחוקק החפץ להכפיף את הזכות החוקתית לכבוד האדם לשיקולי הטוב החברתי.

מבחן-המשנה השלישי והאחרון הוא מבחן המידתיות במובנו הצר. הפרשנות שניתנה
 לו בפסיקה רואה במבחן זה מבחן של סבירות,¹⁶⁹ קרי, עניינו ביחס סביר או ראוי בין "מידת
 התועלת הצפויה לצמוח לציבור מהפעלתו של האמצעי החקיקתי (הפוגע בזכות) לבין מידת
 הנזק הנגרמת בעטיו [לזכות]".¹⁷⁰ זוהי בחינה ערכית אדי-הוקית, כלומר, כזו המתעקשת על
 סטנדרט גמיש ועמום-משהו, מחד גיסא, ודוחה אימוץ כלל או שורה של כללים המזהים
 מקרים פרטניים בהתאם להשתייכותם לקטגוריה מסוימת של מקרים, מאידך גיסא. כפי
 שהוסבר לעיל, מנקודת-המבט של גישת האיזונים, הזכות לכבוד האדם ותכלית החוק הפוגע
 הן שני מרכיבים מתחרים על טוב משותף אחד, שיש למצוא את נקודת התחלופה (trade-off)
 המיטבית ביניהם. אולם הקושי המרכזי עם הפרשנות המקובלת של מבחן המידתיות
 במובנו הצר אינו האדי-הוקיות המובנה בו על-פי פרשנות זו (אף שזהו קושי מהותי בפני
 עצמו), אלא הכפפת הזכות החוקתית לכבוד האדם לטוב החברתי, כלומר, לתועלת הצומחת
 לחברה (במונחים של קידום מיטבי של מערך זכויות-יסוד או של הרווחה המצרפית) משקלול
 הזכות עם אינטרס מתחרה.

168 גרעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד
 רותם עורכים, 2009). ספיר תומך בהפיכתו של מבחן הצורך למצע חוקתי להשגת פשרה,
 אלא שהוא עושה זאת (כך אני מאמין) מטעמים שונים מאלה של בית-המשפט העליון.

169 ברק מידתיות, לעיל ה"ש 21, בעמ' 465 ("במצב דברים... שבו נבחן היחס בין אמצעים
 הפוגעים בזכות חוקתית לבין המטרה החקיקתית שלהשגתה נבחרו... אין הברל בין מידתיות
 לבין סבירות").

170 בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 797 (2003). פסק-דין זה עוסק
 אומנם בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, אך מבחן המידתיות בעניינו זהה לזה הקיים בהקשר של
 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיתוח של מבחן-המשנה השלישי כמבחן של ניתוח עלויות
 ותועלות שוליות (להבדיל ממוחלטות) ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ'
 ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 841 (2004).

המסגרת התיאורטית המוצעת ברשימה זו יוצאת מתוך תפיסה הפוכה: גם מבחן המשנה השלישי נדרש לשמור על קדימותה של הזכות לכבוד האדם על אינטרסים חברתיים נוגדים. במקום להגדיר את הטוב החברתי כמכנה משותף למדידת יחסי עלות-תועלת, הגישה המוצעת רואה את חשיבות ההגנה על הזכות – אשר מולה עומדת מחויבותה של המדינה להתייחס לכל אחד מנתיניו כאל יצור חופשי ושווה – כמכנה המשותף היחיד האפשרי לבחינת המידתיות במובנה הצר של החוק הפוגע. חוק הפוגע בזכות לכבוד האדם הוא מידתי (במובן הצר) אם ורק אם, על-אף פגיעתו, תכליתו הבסיסית עולה בקנה אחד עם קדימותה (priority) של הזכות על האינטרס של הכלל. כמה דברים אמורים? כוונת הדברים היא למצב שבו קיומו של הסדר המשפטי כולו נמצא על הכף, כך שממילא גם קיומה של ההגנה על הזכות לכבוד האדם מוטל על הכף. במצב זה ניתן לפגוע בזכות כדי להבטיח את המשך קיומו של הסדר החברתי, ובכך גם את המשך קיומה של הזכות.¹⁷¹

כך, למשל, חוק המתיר שימוש בעינויים למטרת השגת מידע מוקדם על התרחשות מעשי טרור – כולל מצבים של "פצצה מתקתקת" – אינו מידתי במובן הצר, מכיוון שאי-אפשר להצדיקו במונחים של הזכות לכבוד האדם, שכן אי-אפשר ליישבו עם הזכות לכבוד האדם של הנחקר. שונים פני הדברים כאשר עסקינן בחוק שפגיעתו בזכות לכבוד האדם של אדם כלשהו מעוגנת בשמירה על התנאים הבסיסיים לקיומו של הסדר המשפטי שבתוכו מוכרת הזכות של אותו אדם. הכוונה היא לכך שמחויבותה של המדינה להכיר בנתיניה כיצורים חופשיים ושווים אינה צומחת יש מאין, אלא היא חלק (חשוב) ממצייאות נורמטיבית; בהעדר האחרונה אין קיום לראשונה. למשל, חוק המחייב שירות-חובה בצבא מקיים יחס נאות בין פגיעת החוק בזכות לכבוד האדם של המגויס לבין המטרה שהוא מבקש להשיג (ככל שמטרה זו קשורה לשמירה על ריבונותה של המדינה המגייסת). מובן שזיהוי מצבים שבהם קיומו של הסדר המשפטי נמצא על הכף עלול להיות נתון במחלוקת עזה (בעיקר בין אלה שנוטים להערכות פסימיות של המציאות לבין האופטימיים). אך קיומן של מחלוקות מסוג זה אינו מערער על עצם קיומה של ההבחנה בין איומים על קיומו של הסדר המשפטי לבין איומים אחרים. הבחנה זו היא חלק מן המסגרת התיאורטית המוצעת ברשימה זו, אשר לתוכה יצטרך בית-המשפט ליצוק תוכן על-מנת לקבוע אם חוק שפוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם ומקיים את יתר הדרישות של פסקת ההגבלה ושל המידתיות מקיים גם את מבחן המידתיות במובנו הצר, קרי, תכלית החוק הפוגע עולה בקנה אחד עם קדימותה של הזכות.¹⁷²

כפי שהבהרתי לעיל, הדיון הקצר בפרשנות של מבחן המידתיות לאורה של המסגרת התיאורטית המוצעת נועד להדגים את הטענה העקרונית שלפיה קיומה של פסקת הגבלה

171 לתמיכה בעמדה זו ראו Rawls, Political Liberalism, לעיל ה"ש 8, בעמ' 353-356.
 172 אף שניתן לנסח גישה מוצעת זו במונחי עלות-תועלת, חשוב לא לבלבל אותה עם גישה תוצאתנית או עם גישה המכונה "דאוטולוגיה מתונה" (אשר קשה, להבנתי, לא לראותה כתוצאתנית לכל דבר ועניין). גישתי אינה תוצאתנית במובן זה שהיא אינה מתירה, במסגרת מבחן המידתיות במובנו הצר, פגיעה בזכות לכבוד האדם כדי למקסם את ההגנה על הזכות לכבוד האדם של כלל הציבור. חוק המתיר עינויים אינו יכול לצלוח את המבחן המדובר גם אם עינויו של נחקר יביא, בסופו של יום, לידי קידום ההגנה על הזכות לכבוד האדם של כל השאר. מסקנה זו לא תשתנה גם אם קיימת ודאות גמורה לכך שהטוב החברתי המופק משימוש בעינויים יהיה גבוה לאין שיעור ממצב שבו לא יותרו עינויים בחקירה.

אינו מהווה, כשלעצמו, מכשול בלתי־עביר בעבור הגישה המוצעת. שני מבחני־המשנה המרכזיים של מבחן המידתיות, כפי שהראיתי זה עתה, אינם מחייבים את הכפפת הזכות לכבוד האדם לתחשיב הטוב החברתי. ניתן (ורצוי) להבינם כאמות־מידה המותירות למחוקק פתח צר ביותר שדרכו ניתן לפגוע בזכות לכבוד האדם לשם השגת תכלית חקיקתית חשובה. כפי שהראיתי, הבנה זו, לפחות לגבי מבחן הצורך, מתיישבת באופן טבעי יותר עם מבחן המידתיות מאשר גישת האיזונים. אך כאמור, אין דיון זה מתיימר לטעון כי שני מבחני־המשנה האמורים הם בהכרח המבחנים הטובים ביותר לבחינת חוקתיותו של חוק הפוגע בזכות לכבוד האדם למטרת הגנה על אינטרס חברתי. כך, למשל, ייתכן שדרך הבחינה החוקתית הנוהגת במשפט האמריקני מוצלחת יותר, ובוודאי אין שום מניעה עקרונית לחשוב על פיתוח מבחן חדש.¹⁷³ שלושת מבחני־המשנה, יש לזכור, הם לא יותר מאשר יצירה שיפוטית הנותנת פרשנות למושג העמום "מידתיות" המצוי בפסקת ההגבלה של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ה. הקשר בין היקף התפרשותה של הזכות לכבוד האדם לבין לגיטימציה פוליטית

אחת ההשלכות המעשיות החשובות העולות מן הגישה המוצעת לזכות החוקתית לכבוד האדם היא ההכרח בתפיסה מצמצמת של קשת המצבים שהזכות חלה עליהם. ככל שהיקף התפרשותה של הזכות גדול יותר כן ההגנה עליה נהפכת, במונחים הקטגוריים שהוסברו לעיל, לבלתי־אפשרית. במילים אחרות, קריאה מקסימליסטית של היקף הזכות מובילה בהכרח לגישת האיזונים ולהכפפת הזכות לטוב החברתי ולשורה של הבחנות מסדר שני, כגון ההבחנה בין פגיעה בגרעין לבין פגיעה בשולי הזכות. כל זאת, כמובן, בהינתן שעולמנו צר מלהכיל את מלוא הערכים ותפיסות־העולם הקיימים בו, כפי שנסיון החיים אכן מלמד.¹⁷⁴ המאמץ האינטלקטואלי הנדרש מבית־משפט המאמץ את הגישה המוצעת שונה מזה הנדרש על־פי גישת האיזונים. לשיטת האחרונה, אין שום קושי להניח את תחולתה של הזכות על אמצעי זמין מסוים (למשל, חופש ביטוי מסחרי), שכן מירב ה"עומס" מתרכז ממילא בבחינת מידתיותה של הפגיעה בזכות, ובמיוחד, כפי שהוסבר לעיל, בבחינת מידתיותה כמובן הצר. כלומר, בית־המשפט החוקתי מתמודד עם השאלות הערכיות הכבדות שעיימן הוא נדרש להתמודד באמצעות פנייה לאיזוני עלות-תועלת אד־הוקיים לאור נסיבותיו של המקרה הנתון. אלה פני הדברים כיום, כאשר בית־המשפט נוקט בדרך־כלל גישה ליברלית ביותר באשר להיקפה של זכות־יסוד, תוך שהוא מכריע בעתירה באמצעות בחינת מידתיותה של פגיעת החוק באותה "זכות".¹⁷⁵ אולם על־פי הגישה הראשונה (זו המוצעת כאן), העומס

173 לגישה שונה בעניין ראו, למשל: GREGOIRE WEBBER, THE NEGOTIABLE CONSTITUTION: ON THE LIMITATION OF RIGHTS (2009).

174 עמדה זו מוזהה יותר מכל עם כתיבתו של ישעיהו ברלין. ראו: Isaiah Berlin, *The Pursuit of the Ideal*, in THE CROOKED TIMBER OF HUMANITY 11–19 (1991).

175 במונחי הבחינה התלת־שלבית שפיתח בית־המשפט העליון (בחינת קיומה של פגיעה בזכות, בחינת מידתיותה ובחינת הסעד המגיע בגינה, אם בכלל), גישת האיזונים מעמידה במרכז את השלב השני על־חשבון הראשון.

נמצא ברובו בשאלה אם עניין מסוים חוסה תחת הזכות לכבוד האדם. תשובה לשאלה זו מהווה, ככפוף לחריגים שהובאו לעיל, גם מסקנה בניתוח החוקתי. בפרט, תשובה חיובית גוררת את ההכרה באי־חוקתיותו של החוק הפוגע.¹⁷⁶

בנקודה זו חשוב לציין כי הצורך בעיצוב מדויק ומצומצם של הזכות אינו אך אילוץ פרגמטי הנובע מכך שאי־אפשר, כעניין מעשי, להעניק לזכות הגנה קטגורית ככל שהיא חלה על קשת רחבה של פעילויות ומצבים. כלומר, העמדתה של זכות צרת־היקף אינה צורך הנובע מהיותנו שבוים בעולם לא־אידיאלי, שכן צורך זה תקף גם בעולם שבו היה אפשר להרחיב מהותית את היקפה של הזכות. הצורך נובע בעיקרו מהרצון להותיר מרחב רחב ככל האפשר לדמוקרטיה המבוססת על שלטון עצמי. הגנה קטגורית על זכות מצומצמת תוחמת את גבולותיו של מגרש ההתדיינות הדמוקרטית מבלי לבלוע אותו.¹⁷⁷ בדרך זו ביכולתה של חלוקת העבודה בין בית־המשפט לבין הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת) ליצור את התרכיב הנדרש לקיומו של משטר הנהנה מלגיטימציה פוליטית.¹⁷⁸ מצד אחד, צורת שלטון דמוקרטית רותמת את משתתפי ההליך הדמוקרטי לתוצאת ההליך (נניח, חוק שהתקבל בבית־הנבחרים), במובן זה שהלגיטימציה שלה אינה נובעת בהכרח מהסכמת המשתתפים לתוכנה, אלא מעצם היותם שותפים לפרויקט יצירתה. מצד אחר, הזכות לכבוד האדם תוחמת את גבולות המגרש שבו מתקיים אותו הליך, במובן זה שהיא מבטיחה כי ההשתתפות – ולכן גם הסולידריות הפוליטית שנוצרת בעקבותיה – תהיה נחלתם של משתתפים חופשיים ושווים. על רקע זה, הקפדה על הגדרה צרה של הזכות לכבוד האדם חיונית כדי להבטיח כי ההחלטות שמתקבלות על־ידי רשויות השלטון יהיו לגיטימיות, ולא רק צודקות (אם בכלל).¹⁷⁹

סיכום

רשימה זו ביקשה לעשות צעד ראשון לקראת השבת הזכות החוקתית לכבוד האדם למקומה הראוי בחברה אשר מכירה בהיות חבריה חופשיים ושווים זה לזה. צעד זה כלל את פיתוחה של המסגרת התיאורטית הנחוצה ליצירת תכניה של הזכות המדוברת – זוהי המסגרת שלאורה יהיה אפשר לשאול את השאלות הנדרשות כדי להתמודד עם טענות משפטיות הן בדבר עצם חלוקתה של הזכות על מקרה נתון והן בדבר משמעותה הקונקרטית

176 איני נוגע בשלב זה בשאלת הסעד, המצריכה דיון עצמאי.

177 גישה ליברלית דאונטולוגית המסתכנת בבליעת מגרש ההתדיינות הדמוקרטית היא זו המזוהה עם דוורקין. ראו, למשל, DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE, לעיל ה"ש 77, בעמ' 184–210, 386–351. הברמס, לעומת זאת, מכיר בסכנה זו ועל־כן מתעקש על צרותן של זכויות־היסוד. ראו HABERMAS, לעיל ה"ש 135, בעמ' 450.

178 איני יכול להרחיב במסגרת רשימה זו בשאלת חשיבותה של הלגיטימציה הפוליטית. "פיצוי" על חֶסֶר זה מצוי בדיונים שערכתי בסוגיה בהקשרים שונים של המשפט. ראו, למשל: Avihay Dorfman, *Property and Collective Undertaking: The Principle of Numerus Clausus*, 61 U. TORONTO L.J. 467 (2011).

179 ההבחנה בין לגיטימציה לבין צדק ניתנת להמחשה באמצעות ההבחנה בין שתי השאלות הבאות ביחס להחלטה כלשהי: מי המחליט? והאם ההחלטה הוגנת?

של הזכות במקרה כזה או אחר. כל זאת, כך הראיתי, ללא צורך לגלוש לשיח חוקתי של רגשות ורגישויות, מצד אחד, או לאד-הוקיזם משפטי, מצד אחר. במרכז הרשימה פותחה הטענה כי הזכות החוקתית לכבוד האדם היא זכות המאחדת היבטים מסוימים של רעיונות השוויון והאוטונומיה, וכי אחדות זו לובשת צורה קטגורית, כלומר, ההגנה הניתנת באמצעות הזכות אינה מותנית בחשיבות קידומם של ערכים ואינטרסים אחרים, חשובים ככל שיהיו. לתפיסה זו של הזכות, כך הדגמתי, יש השלכות מיידיות חשובות ברמות שונות של הפשטה – מן המופשט ועד הקונקרטי, מן התיאוריה ועד הדוקטרינה – בנוגע לאופן שבו על המשפט החוקתי הישראלי להתמודד עם שאלות העוסקות בטענות לפגיעה בכבוד האדם.

