

# מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי<sup>1</sup>

אורית קמיר\*

- א. הצגת הנושא
- ב. מושג השוויון והקשיים הטבועים בו
- ג. תפיסת השוויון האריסטוטלית
  1. הצגת נוסחת השוויון האריסטוטלית
  2. השקפת העולם השמרנית הגלומה בנוסחת השוויון האריסטוטלית
  3. השתרשותם של קטגוריות וקריטריונים
  4. אי-צלילותו של "התיקון הנאור" של הנוסחה האריסטוטלית
- ד. תפיסת "שוויון החירות" בעולם הליברלי
- ה. תפיסת שוויון כבודו הסגולי של האדם (Dignity) וכבוד מחייתו
  1. כבודו הסגולי של האדם וכבוד מחייתו
  2. שוויון כבודו הסגולי של האדם ושוויון כבוד המחיה
  3. שוויון הכבוד הסגולי וכבוד המחיה כערכים קולקטיביים
  4. כבוד האדם וחירותו
- ו. ערכי היסוד של המדינה: שוויון כבוד האדם וחירותו

\* דוקטור למשפטים, מרצה למשפט, חברה ומגדר באוניברסיטה העברית בירושלים, מנהלת במשותף של המרכז הישראלי לכבוד האדם ועמיתה במכון שלום הרטמן לחקר היהדות.  
1 תודה ליעל ברנדווין על עזרתה המסורה במחקר ולחברים שקראו טיוטות קודמות ותרמו הערות מועילות: רבקה אלישע, יקיר אגלנדר, יעל ברנע, דפנה ברק-ארוז, עידן חלילי, צבי טריגר וחנה נוה. גרסה שונה של חלקים ממאמר זה הופיעה במאמרי: אורית קמיר "תפיסות של שוויון: משוויון כמושתת על דמיון לשוויון כמושתת על כבוד האדם" אי/שוויון 15 (אורי רם וניצה ברקוביץ' עורכים, 2006); גרסה נוספת, העוסקת בשוויון המגדרי, תופיע בפרק הראשון של ספרי: אורית קמיר כבוד אדם וחיה: פמיניזם ישראלי משפטי וחברתי (הוצאת כרמל, 2007) (להלן: קמיר כבוד אדם וחיה).

## א. הצגת הנושא

בעשור השישי לקיומה, בראשית המאה הצייונית השנייה, החברה הישראלית מוטרת מערכיה. רבים בישראל עוסקים בזיהוי ערכינו, בבחינתם, בביקורת עליהם, בדאגה למעמדם ובקינה על אבדנם. במציאות חברתית ואידאולוגית שסועה ומקוטבת, רבים פונים אל החוק, שתפקידו לבטא, להגדיר ולכונן ערכי יסוד בסיסיים שעל כלל המגזרים להתלכד סביבם. ואכן, דומה שגם בעתות מבוכה ובלבול, המשפט הישראלי משתדל לשמש מגדלור ערכי המתנשא מעל לסערות העזות הפוקדות את החברה הישראלית, ולשדר עמדות ערכיות יציבות ומאחדות. בלבו של מאמץ זה קבוע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>2</sup>, שהתקבל על ידי הקהילה המשפטית והובנה על ידיה כמגילת זכויות האדם הישראלית<sup>3</sup>.

בראשית שנות התשעים של המאה העשרים קבע חוק-היסוד כי כבוד האדם הוא ערך הליבה של מדינת ישראל ושיטת המשפט שלה. החירות צורפה אל הכבוד כערך תומך ומשלים. לעומת זאת, המילה שוויון אינה מופיעה בחוק-היסוד, כיוון שבעת חקיקתו לא התגבשה בקרב הרשות המחוקקת הסכמה בנוגע למעמדה המשפטי של הזכות לשוויון. במהלך השנים קראה הרשות השופטת בישראל (בעידוד חלק מן האקדמיה המשפטית) את הזכות לשוויון (או חלקים ממנה) אל תוך חוק-היסוד וערך כבוד האדם שבלבו, בטענה שבהקשרים שונים אין משמעות להגנה על כבוד האדם ללא הבטחת שוויונו. כך זכה השוויון להכרה חלקית, מקומית, כשהוא חוסה תחת כנפיו של ערך כבוד האדם<sup>4</sup>. יש בישראל מי שמברכים על הכינון השיפוטי של הזכות לשוויון בתוך כבוד האדם וחוק-היסוד, ומצרים על תחולתה החלקית והמקוטעת של פרשנות זו. לעומתם, יש מי שמבקרים את הגישה השיפוטית כ"אקטיביסטית" ומרחיבה יתר על המידה, ומבקשים להבחין בין הכבוד מחד גיסא לשוויון מאידך גיסא.

במקומות אחרים ניתחתי בפרוטרוט את משמעויותיו השונות של הכבוד כמושג

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

3 למאמרים המשפטיים הראשונים שהציגו את חוק-היסוד והקנו את מעמדו התוקף ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (התשנ"ב); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א 253 (התשנ"ג); יהודית קרפ "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (התשנ"ג). מאז נכתבה בתחום ספרות ענפה ומסועפת. ראו, בין השאר, הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות — על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (התשנ"ז); רות גבז "המהפכה החוקתית — תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (התשנ"ז).

4 כך כ"ח של כתב העת משפטים הוקדש כולו לחוק-היסוד והמהפכה החוקתית שחולל. דוגמה לקריאה שיפוטית של הזכות לשוויון בערך כבוד האדם ניתן למצוא בפסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 1113/99 עדאלה — המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164 (2000). דוגמה לקריאה של חלק מוגבל מן הזכות לשוויון בערך כבוד האדם ניתן למצוא בפסק דינה של השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

וכערך יסוד בחברה ובמשפט בישראל<sup>5</sup>. רשימה זו יוצאת דווקא ממושג השוויון במגמה לדון ביחסים בינו ובין כבוד האדם והחירות. ככוונתי לבחון מכיוון זה, של בחינת השוויון, את המצוי והרצוי בעמדותיו הערכיות של המשפט הישראלי, ולזהות כיוונים שבהם אפשרי להרחיב ולהעמיק את השימוש בכלים הערכיים שחוק-היסוד מכונן ומעמיד לרשותו.

הטענה המוצגת כאן היא כי באמרנו "שוויון" (בחי היום וביתר שאת בעולם המשפט), אנו (בעקבות תרבות המערב הליברלית) מתכוונים לרוב ל"זכותו של כל פרט לשוויון החירות (השלילית)<sup>6</sup> על פי המבחן האריסטוטלי". לעומת זאת, "כבוד האדם" של חוק-היסוד הוא בראש ובראשונה "כבודו הסגולי של האדם (Dignity) שכל בני האנוש שותפים שווים בו והוא טבוע בכל פרט במידה שווה", כלומר זהו "שוויון כבודו הסגולי (Dignity) של האדם". לכן השימוש הרגיל והמשפטי במושג השוויון קשור בזכות לשוויון החירות (השלילית) ובנוסחת השוויון האריסטוטלית, ואילו השימוש בכבוד האדם קשור בשוויון הכבוד האנושי הסגולי (Dignity).

רשימה זו מראה כי שוויון החירות (השלילית) ונוסחת השוויון האריסטוטלית שניהם רעיונות בעלי נטייה שמרנית מבחינה חברתית; הם אינם מקדמים — או אף מאפשרים — ביקורת יסודית של המציאות החברתית הנוהגת או חשיפת סוגי ההפליה העמוקים שעליהם היא מושתתת ושאותם היא מכוננת ומקבעת. שניהם מנציחים את חלוקת המשאבים והכוח הנוהגת בחברה ומאפשרים רק לזהות ולתקן טעויות ועוולות מקומיות במסגרת הסטטוס קוו השליט הנתפס כמובן מאליו. לעומת זאת, נקודת המבט של שוויון כבודו הסגולי של האדם מאפשרת להתעלות מעל למובן מאליו של המציאות החברתית הנוהגת, לזהות סוגים של הפליה (לרבות מגדרית, אתנית ומעמדית) אשר טבועים בסדר הקיים ואף לפעול נגדם. נקודת מבט זו אינה שכיחה בחלוקת אנשים לקטגוריות מבדילות ומפלות, ודווקא

5 ניתוח של משמעויות הכבוד בישראל ראו אורית קמיר שאלה של כבוד — ישראליות וכבוד האדם (2004), וכן אורית קמיר "על פרשת דרכי כבוד — ישראל בין מגמות של הדרת-כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת כבוד (glory) וכבוד-מחיה (respect)" תרבות דמוקרטית 9, 169 (2005). ליישומו של הניתוח על סוגיות שונות (כמו אינוס ופורנוגרפיה) ראו רשימת מאמרים ב-[www.sitemaker.umich.edu/orit\\_kamir/home](http://www.sitemaker.umich.edu/orit_kamir/home).

6 ראו פירוט בהמשך המאמר. "חירות שלילית", כפי שהגדיר אותה ישעיהו ברלין בספרו ארבע מסות על חירות (1987), היא "החירות מ", כלומר חירותו של הפרט מעריצות המדינה ומהתערבות יתר שלה בפרטיותו, באוטונומיה שלו ובזכויות האדם שלו. לעומת החירות השלילית ישנה חירות חיובית, שהיא חירותו של הפרט להתפתח באופן מוגדר ומסוים; למשל, בעולם הסובייטי — חירות הפרט להיות חבר מפלגה נאמן וחבר גאה בחברה הסובייטית. על פי גישתו הליברלית של ברלין, החירות השלילית היא חירות "טובה" וליברלית, ואילו החירות החיובית היא כפוּטנציאל דכאנית ומגבילה; הבחנה דיכוטומית זו בין שני סוגי החירות אינה נקייה מקשיים. ראו: Charles Taylor, *What's Wrong with Negative Liberty*, in *LIBERTY* (David Miller ed., 1991). עם זאת, היא מכטאה מוסכמת ליברלית מושרשת, והיא שימושית להבנתן ולהבהרת ניתוחיהן.

היא מקדשת את שוויון חירותם (גם זו החיובית) להתפתח כבני אדם כדי לממש ולמצות את הפוטנציאל האנושי הטמון בכולם.

לכן המסגרת הערכית המקופלת במושג השוויון — כפי שנהוג להשתמש בו — מועילה הרבה פחות למאבק בהפליה השיטתית לסוגיה מאשר המסגרת הערכית המקופלת בערך כבוד האדם הסגולי שבלב חוק-היסוד. למעשה, מושג כבוד האדם הסגולי מכיל את סוג השוויון שיש בכוחו להועיל באמת למאבק בהפליה המערכתית למיניה, כמו גם חירות בעלת משמעות ערכית הומניסטית. לפיכך הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי פותחת פתח לעשייה משפטית וחברתית מתקנת ומתקדמת. זהו פוטנציאל רב-חשיבות שיש להעצים את מימושו על ידי פרשנות מדויקת של כבוד האדם והשוויון והחירות הנגזרים ומתחייבים ממנו.

לאחר דיון קצר בבעייתיות הטבועה במושג השוויון (פרק ב'), אציג את נוסחת השוויון האריסטוטלית (בפרק ג') ותפיסת שוויון החירות הליברלית (בפרק ד'), תוך הדגשת נטייתם של שני הרעיונות הללו לשמרנות חברתית. לאחר מכן אציג (בפרק ה') את שוויון הכבוד הסגולי (וכבוד המחיה) תוך הדגשת הפוטנציאל הרפורמטורי הגלום בהשקפת עולם זו. הטיעון כולו מעודד שימוש בחוק-היסוד ובכבוד האדם הקבוע בלבד ביתר שאת למאבק בסוגים שונים של הפליה מושרשת.

### ב. מושג השוויון והקשיים הטבועים בו

כשבוחנים את מושג השוויון ומנסים להעניק לו משמעות ברורה ומחייבת, מיד מתעוררות שאלות החושפות את מורכבותו וחוסר הבהירות הכרוך בשימוש הרגיל בו. כך, למשל, מה הקשר בין שוויון, חירות, צדק, הזכות לקניין, הזכות לחיים והזכות לשליטה בגוף? האם שוויון נוגע לזכויות, להזדמנויות, לחלוקת משאבים? האם השוויון הוא אחת מזכויות האדם, או אולי הוא הבסיס לכולן אך לא אחת מהן? האם הוא יכול להיות גם הבסיס לכולן וגם אחת מהן? האם הוא גובר על זכויות אחרות? האם הוא חל אך ורק על היחס שבין פרטים, או שמא גם על היחס שבין קבוצות, או בין פרטים על פי השתייכותם הקבוצתית? האם יש לבחון שוויון — או הפרתו — על פי כוונות, תהליכים או תוצאות? האם זהו ערך אוניברסלי, הגובר על גישות תרבותיות שונות, או שמא הוא יחסי ונסוג מפני גישות חברתיות וערכיות של פרטים ושל קבוצות? האם שוויון צריך להתקיים רק במרחב הציבורי, או גם בזה הפרטי? האם גם במרחב האינטימי? האם רק במקום העבודה או גם בתוך המשפחה? אם כן — באיזה מובן? האם הוא צריך לחול רק בהקשר האזרחי, או גם בהקשר החברתי והכלכלי? על פי אילו קריטריונים נבחן את כל התהיות הללו ונכריע בהן?<sup>7</sup>

7 פילוסופים, משפטנים, אנשי מדע המדינה ואנשי אקדמיה מדיסציפלינות נוספות מציגים קשיים אלה מזה שנים רבות, מטפלים בהם ומנסים להציע פתרונות. ראו למשל:

אחת מתכונותיו הבעייתיות ביותר של מושג השוויון כפי שהוא מוכר לנו בחיי היום יום היא שהוא משמש לנו בה בעת גם לציון מצב עניינים במציאות החברתית, גם לביטוי ערך שיש לשאוף אליו וגם לתיאור זכות (הן זכות טבעית והן זכות חברתית או משפטית). כלומר אנו תופסים את השוויון כמצוי, כטבעי וכרצוי גם יחד.<sup>8</sup> ככלל, "מצוי", "רצוי" ו"זכות" (טבעית, חברתית או משפטית) שייכים לשלושה מישורים מושגיים נבדלים ומובחנים. יתרה מכך, טשטוש הגבולות ביניהם, או גזירת האחד מן השני (ובמיוחד הרצוי מן המצוי), נתפסים מנקודת מבט אנליטית ככשל לוגי המכונה "הכשל הנטורליסטי"<sup>9</sup>.

על פי הגישה המגדירה מהלך כזה ככשל נטורליסטי, "קיים" ו"לא קיים" ("יש" ו"אין") שייכים לתחום האמפירי, העובדתי. לעומת זאת, ה"טוב" וה"רע" הם שיפוטים מוסריים; ככאלה, לא ניתן לגזור אותם מקביעות עובדתיות, אלא רק מאקסיומה מוסרית כלשהי שבבסיס השקפת עולם ערכית זו או אחרת. אקסיומה מוסרית כזו אי-אפשר "להוכיח" עובדתית בעזרת הקיים (או הנעדר), אלא רק להניח, לקבל, לשכנע ולהשתכנע בתקפותה המוסרית (במילים אחרות, "יש אנשים לבני עור ויש אנשים שחומי עור" היא קביעה אמפירית, עובדתית, של "יש", "קיים". אין ולא ייתכן כל קשר של נביעה מעובדה זו לעמדה ערכית, מוסרית מן הסוג של "אנשים לבני עור טובים מאנשים שחומי עור", "אנשים שחומי עור טובים מאנשים לבני עור" או "אנשים לבני עור ושחומי עור טובים במידה אחת". כל עמדה ערכית כזו נגזרת מאקסיומה מוסרית כלשהי הנוגעת לאיכויותיהם של בני אדם, אך לא מן העובדות האמפיריות עצמן).

גזירת הרצוי מן המצוי עלולה לעורר לא רק קושי לוגי אלא גם בעייתיות מנקודת מבט חברתית. הטיעון ש"אם תופעה חברתית מסוימת קיימת אזי היא טובה", מניח, בעצם, אקסיומה ערכית בסיסית שעל פיה המציאות העובדתית הנבחנת היא חיובית, ראויה ומוסרית. כאשר המציאות הנבחנת היא חברתית, האקסיומה היא שהמצב החברתי הקיים הוא בהכרח טוב. גישה זו מכילה לרוב את החוליה המקשרת, שעל פיה מה שקיים (גם בעולם החברתי) הוא מה שטבעי והכרחי שיתקיים, ומה שטבעי הוא בהכרח גם טוב. הנחת היסוד הערכית של גישה זו מזהה אפוא בין המצוי (לרבות המצוי החברתי), הטבעי, ההכרחי והרצוי. הבעיה היא שהנחת יסוד שעל פיה המצוי (גם החברתי) הוא הטבעי, והטבעי הוא הרצוי היא, ככלל, הנחה שמרנית, מקבעת, המשרתת את הסדר החברתי

JOHN WILSON, EQUALITY (1966); JACK R. POLE, THE PURSUIT OF EQUALITY IN AMERICAN HISTORY (1978); Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982); Kent Greenawalt, *How Empty is the Idea of Equality?*, 83 COLUM. L. REV. 1167 (1983).

8 לדיון מקיף ראו למשל PATRICK M. BRENNAN & JOHN E. COONS, BY NATURE EQUAL: THE ANATOMY OF A WESTERN INSIGHT (1999).

9 ראו דיון בנקודה זו אצל Westen, לעיל ה"ש 7, בעמ' 543, ואצל Wilson, לעיל ה"ש 7, בעמ' 18.

הקיים ואת מי ששולטים בו ונהנים ממנו. היא מסווה את אופיו הפוליטי של המבנה החברתי ומונעת כל אפשרות לבקר אותו באופן משמעותי. זיהוי הסדר החברתי הקיים עם מציאות טבעית ועם הערכה חיובית לא מאפשר לאבחן את ההיבטים האידאולוגיים והכוחניים של הסדר החברתי, או לבקרם כבעייתיים או כשליליים. לכן, מנקודת מבט ביקורתית, גזירת הרצוי מן המצוי מבצעת מה שמכונה "נטורליזציה", ובעברית "טֶבְעוֹן". מנקודת מבט ביקורתית, מהלך כזה צריך לעורר חשד, ויש לבחון בקפידה מהי בדיוק התכונה של העולם המצוי – במיוחד כאשר מדובר בעולם החברתי – אשר הוצגה בעזרתו כטבעית וכחיובית. אם כן, השוויון הוא רעיון מורכב המעורר קושיות מסוגים רבים. תפיסתנו אותו והתייחסותנו אליו אינן טבעיות או מוכנות מאליהן, אלא מעוצבות בהכרח על ידי השקפות עולם פילוסופיות שאנו מאמצים אף אם לא במודע.

### ג. תפיסת השוויון האריסטוטלית

#### 1. הצגת נוסחת השוויון האריסטוטלית

הדרך הנפוצה ביותר לחשוב על השוויון היא באמצעות הנוסחה שניסח אריסטו לפני כאלפיים וחמש מאות שנה. נוסחה זו מושתתת על הקישור האינטואיטיבי, שנראה לרבים מובן מאליו, בין שוויון לבין דמיון (במובן Similarity ולא Imagination) בכל הקשר נתון<sup>10</sup>. על פי אריסטו, שוויון משמעו התייחסות דומה, בהקשר מוגדר, למי שדומים זה לזה באותו הקשר. כלומר, כאשר בהקשר מוגדר כלשהו מתקיים מצב עובדתי של דמיון משמעותי בין פרטים, יש להעניק להם באותו הקשר יחס דומה, ובכך לנהוג בהם שוויון. על פי היגיון זה, כאשר פרטים אינם דומים זה לזה בהקשר נתון לא ראוי להעניק להם יחס דומה, שעלול לחתור תחת ההבחנה בין דומים לשונים, ולכן תחת המבנה הרעיוני כולו של נוסחת השוויון<sup>11</sup>.

במסגרת הנוסחה האריסטוטלית, הטענה שפלוני ואלמוני דומים בהקשר נתון נתפסת ומוצגת כטענה עובדתית, אמפירית, המתייחסת אל המציאות החברתית באובייקטיביות ובניטרליות, בלא לנקוט לגביה עמדה מכל סוג שהוא. כך, למשל, במסגרת החשיבה האריסטוטלית, הקביעה "פלוני מוכשר כמו אלמוני למלא תפקיד הנהגתי" היא פשוט תיאור מצב עניינים אובייקטיבי ונקי מכל שיקולים חברתיים בעלי משמעות פוליטית. ממצב עניינים נהג וטבעי זה של דמיון, נוסחת השוויון האריסטוטלית גוזרת את הציווי הערכי שעל פיו "ראוי להעניק לפלוני

10 אריסטו, אתיקה: מהדורת ניקומאכוס (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1985); להצגה ולניתוח מפורטים של הגישה האריסטוטלית לשוויון ראו: Wolfgang von Leyden, Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument (1985). כמו הוגים רבים בכל תחומי הדעת, Western מניח כמובן מאליו ש"שוויון" משמעו "שוויון על פי הנוסחה האריסטוטלית", ומאמרו מכוון כולו כנגד תפיסת שוויון זו. Western, לעיל ה"ש 7, בעמ' 539 ובעמ' 542 ואילך.

11 ראו דיון אצל Western, לעיל ה"ש 7, בעמ' 572; von Leyden, לעיל ה"ש 10, בעמ' 6, 10, 41 (למשל); לפרשנות שונה ראו Greenawalt, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1173 (חלק B).

ולאלמוני יחס דומה, שווה, בהקשר המוגדר שבמסגרתו הם דומים". במקרה האמור, משמעותו של ציווי מוסרי זה יכולה להיות "יש לשקול במידה שווה של רצינות את מועמדותם של פלוני ושל אלמוני למלא תפקיד הנהגתי נדון". מובן שעל פי אותה גישה, אם כישוריהם של פלוני ושל אלמוני אינם דומים בהקשר הנדון, אזי אין לשקול את מועמדותם באותה מידה של רצינות. גישה זו נתפסת כמוסרית, פרוגרסיבית, נטולת פניות ובעלת פוטנציאל לקדם במידה שווה את זכויותיהם של כל הפרטים. השוויון האריסטוטלי נתפס כמעניק לכל פרט הזדמנות שווה, תוך הרחקת כל "שיקול זר" שאיננו רלוונטי בנסיבות העניין, כמו דעות קדומות, סטראוטיפים קבוצתיים ופרוטקציה.

גישתו של אריסטו אומצה על ידי התרבות המערבית המודרנית, הפכה לאחת מאבני היסוד של העולם הליברלי, והיא מקובלת על רבים ונאכפת על ידי שיטות המשפט המודרניות. ייתכן שמשום כך היא נדמית כמובנת מאליה, הגיונית וראויה. ואולם בחינה ביקורתית של הנוסחה האריסטוטלית מעוררת תהיות. במסגרת השימוש בנוסחה, הדמיון בין הפרטים הנבחנים מוצג כאמור כתיאור מצב עניינים עובדתי המתייחס אל המצוי, האמפירי, העובדתי. היחס השוויוני אליהם, לעומת זאת, הוא ערכי, רצוי ומוסרי, וממנו נגזרת זכותם החברתית המשפטית לשוויון. המעבר מן המצוי (הדמיון בין הפרטים) לרצוי (היחס השוויוני שיש להחיל עליהם) משמעו שהנוסחה האריסטוטלית לוקה בכשל נטורליסטי<sup>12</sup>. כשל לוגי זה כשלעצמו אינו בהכרח בעל משמעות חברתית, אך הוא מחייב בחינה קפדנית של התכונה של העולם העובדתי (החברתי) שאותה מטבענת הנוסחה ומתרגמת לעמדה ערכית ולזכות חברתית משפטית. תכונה זו היא הדמיון בין בני אדם בהקשרים שבתוכם הם נבחנים. לכן השאלה שיש לבחון היא: האם הצגתו של דמיון בין בני אדם בהקשרים מוגדרים כתכונה בעלת משמעות ערכית היא מהלך שמרני המנציח את השקפת העולם השלטת בהקשר הנדון?

2. השקפת העולם השמרנית הגלומה בנוסחת השוויון האריסטוטלית התפיסות החברתיות הרווחות במדעי האדם בעולם המערבי במאות העשרים והעשרים ואחת הן ביקורתיות ואנטי-מהותניות; הן מדגישות את ההקשר הפוליטי, המעמדי, האידאולוגי של הבניות חברתיות בכלל ושל הבניות של דמיון ושוני בפרט. על פי תפיסות אלה, דמיון בין פרטים אנושיים בהקשר מוגדר לעולם איננו מצב בראשיתי הטבוע במהותם הטבעית, הקדם-חברתית; דמיון בין פרטים, כמו ההקשר החברתי שבתוכו הוא נדון, הוא תמיד תוצר של השקפת עולם, ערכים חברתיים, אידאולוגיה ופוליטיקה. רק נקודת המבט האנושית, שהיא בהכרח ספציפית, סובייקטיבית וערכית, היא שמגדירה "הקשר", קובעת כיצד יוגדר כל פרט בתוך ההקשר, כיצד תתוארנה תכונותיו, ובאילו אופנים הוא יעוצב כדומה

12 ראו דיון בנקודה זו אצל Westen, לעיל ה"ש 7, בעמ' 543 ואילך.

או שונה ביחס לפרטים אחרים, שאף הם מוגדרים באופן דומה מתוך נקודת המבט המסוימת<sup>13</sup>. לכן דמיון ושוני בהקשר החברתי הם תמיד תוצאות של הבניות חברתיות, שהן בהכרח שיקוף של מבנים חברתיים קיימים ובעלות היבטים פוליטיים ואידאולוגיים.

לפי גישה זו, הנחת דמיון ושוני כלשהם כבסיס לשיפוט ערכי היא בהכרח "טבעון" תוצאות של הבניה חברתית נוהגת, שהיא בהכרח פוליטית ואידאולוגית. אימוץ תפיסות נוהגות של דמיון ושוני לשם הערכה מוסרית וגזירת זכויות — מאמצת את התהליכים החברתיים שיצרו דמיון ושוני אלה דרך העדפה של אנשים מסוימים (החזקים, השליטים) והפליה לרעה של האחרים (החלשים, הנשלטים). אציג דוגמה להמחשת הדברים. בעיני אריסטו "עבדים" דמו זה לזה במהותם, "אזרחים" דמו זה לזה במהותם, ואילו "עבדים" ו"אזרחים" היו שונים מהותית זה מזה. לכן אפשר היה להחיל את נוסחת השוויון ליישוב סכסוך או לדרישת זכויות בין שני "עבדים" או בין שני "אזרחים" אך לא בין "עבד" ל"אזרח"<sup>14</sup>. על פי הגישות הביקורתיות המודרניות, דמיון ושוני נטענים אלה אינם טבעיים ואינם טבעיים במהותם של הפרטים שהוגדרו בתור "עבדים" או "אזרחים". ההפך הוא הנכון: בעולם החברתי שבו פלוני משעבדים את אלמוני, הגדרתם של אלמוני כ"עבדים" ושל פלוני כ"אזרחים", של אלה כ"מתאימים לביצוע עבודות כפייה קשות" ושל אלה כ"חכמים ומוכשרים להשתתף בהליך האזרחי", מבטאת את יחסי הכוח החברתיים ומנציחה אותם. ההגדרה החברתית אינה מתארת אלא מבנה בני אדם כחלק מקטגוריות חברתיות נבדלות. בתוך כך היא הופכת את שונותם הנטענת לטבעית ומובנת מאליה במסגרת החברה הנדונה.

יתרה מכך: מי שהובנה חברתית בתור "עבד" מקבל יחס חברתי שונה והזדמנויות שונות, הוא מעצב דימוי עצמי, שאיפות ותכניות שונות, וכסופו של דבר הופך בהתנהגותו ובאורחות חייו ל"עבד" ולשונה ממי שקיבל יחס חברתי של "אזרח". כך, הוא "מגשים את נבואת" ההגדרה החברתית. השונות שנוצרה בהכל פיהם של החזקים והשולטים מטעמים פוליטיים ואידאולוגיים, מייצרת בסופו של דבר בני אדם שאכן מסגלים ומאמצים את השונות החברתית הנטענת ומגשימים אותה<sup>15</sup>.

על פי הגישה הביקורתית, גזירת הזכות לשוויון ממציאות חברתית זו, תוך קבלתה ללא עוררין, אינה יכולה אלא להנציח את הסדר הקיים על חלוקת הכוח והמשאבים שלו. אין בידה להציע למי שהוגדר והובנה כ"עבד" הזדמנות להשיג שוויון ביחס ל"אזרח", שכן על ידי ההתייחסות אליו כאל "עבד" היא מקבלת את הגדרתו כ"עבד" כלומר את הגדרתו כ"שונה מאזרח" וכמי שאינו זכאי ליחס שווה לזה שמקבל "אזרח".

13 לדין מפורט ראו WILSON, לעיל ה"ש 7, בעמ' 40 ואילך.

14 ראו דין אצל von LEYDEN, לעיל ה"ש 10, בעמ' 10.

15 Pierre Bourdieu מכנה תופעה זו "a well founded fiction". ראו: Pierre Bourdieu, *On the Family as a Realized Category* 13(3) THEORY, CULTURE & SOCIETY 19, 20–21 (1996).



נשוב לדוגמת ההתמודדות על תפקיד הנהגתי. הכישורים הנדרשים למילוי תפקיד הנהגתי עוצבו בחברה שבה חי אריסטו כקשורים ב"היות אזרח" ומי שעוצב בחברה זו כ"עבד" עוצב כמי שאין לו כישורים הנהגתיים אלה. לכן בעיני אריסטו "עבד" חייב להתפס כ"שונה" מ"אזרח" בהקשר המסוים של "כישורים הנדרשים למילוי תפקיד הנהגתי". אם "עבד" ו"אזרח" מבקשים להתמודד על תפקיד הנהגתי, הם יתפסו כשונים זה מזה בהקשר הנדון, ולכן כמי שיש להתייחס אליהם באופן שונה. הנוסחה האריסטוטלית אינה מחייבת להתייחס למועמדותו של ה"עבד" באותה מידה של רצינות כאל זו של ה"אזרח", ולהפך. לכן היא אינה יכולה להציע ל"עבד" שוויון בחברה שבה הוא מוגדר אחרת מ"אזרח".

באופן דומה, בעיני אריסטו, נשים השתייכו לקטגוריה אנושית שונה מגברים. המובן מאליו בעולמו של אריסטו היה שנשים נועדו מטבע בריאתן ללדת, לשמש לסיפוק צרכים מיניים, להנעים, לשרת ולרצות גברים. נשים נוצרו לצרכים שונים מאשר גברים, ולכן הוענקו להן תכונות שונות. גברים נבראו חזקים, תבוניים, פעילים ושליטים, ולעומתם נשים נבראו חלשות, רגישות, סבילות ונשלטות. מכיוון שכך, גם נשים, כמו "עבדים", היו שונות מגברים באופן מהותי בהקשרים רבים, כולל, למשל, ביכולות הנהגה. לכן בעולמו של אריסטו, ועל פי נוסחת השוויון שלו, אישה אינה זכאית ליחס דומה לזה שמקבל גבר אם שניהם מתמודדים על תפקיד מנהיגותי.

דומה שהדרך הקלה והברורה להתמודד עם בעיות אלה בנוסחת השוויון האריסטוטלית היא להחליף את הקריטריונים העתיקים לדמיון ושוני בקריטריונים מודרניים ונאורים יותר<sup>16</sup>. על פי היגיון זה, יבוטלו הקטגוריות של "עבדים" ו"אזרחים", וקטגוריות הנשים והגברים יוחלו אולי רק בהקשרים מסוימים ולא באחרים. ואולם רפורמה זו לוקה בשני קשיים יסודיים: ראשית, קשה לעקור משורש הבחנות, קטגוריות וקריטריונים הקשורים בהן שהשתרשו עמוק בתפיסותינו התרבותיות; כאשר אנו מתכחשים להן בשיח המודע – הן יורדות למחתרת, אל הלא מודע ומפעילות את עצמתן משם. שנית, מנקודת מבט חיצונית ומרוחקת – כל קריטריון מודרני, נאור ככל שיהיה, יתגלה כערכי, כאידאולוגי וכאינטרסנטי ממש כמו אלה העתיקים. החלת נוסחת השוויון האריסטוטלית תוך שימוש בקריטריונים מודרניים פשוט תנציח אידאולוגיה, סטטוס קוו חברתי וסיפור שליט שונים מאלה שנהגו בימיו של אריסטו.

אפרט מעט כל אחת מטענות אלה בשני תחיהסעיפים הבאים.

### 3. השתרשותם של קטגוריות וקריטריונים

אחת הביקורות היסודיות והחזקות ביותר של נוסחת השוויון האריסטוטלית נוסחה

16 ראו Greenawalt, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1169, 1178.

על ידי קתריין מקינן, המשפטנית הפמיניסטית רבת-ההשפעה<sup>17</sup>. מקינן טוענת שמה שהיה נכון בגלוי ובמפורש בעולמו של אריסטו כאשר להבניית הנשים כשונות, נכון עדיין בעולמנו, גם אם כיום הדברים מוסווים, מוכחשים ולעתים אף לא מודעים<sup>18</sup>. לשיטתה, לשם הבנת משמעותו האמיתית של הצירוף "שוויון האישה" בעולמנו, יש לבחון את נוסחת השוויון האריסטוטלית בהקשר זה ביחד עם המציאות החברתית-תרבותית הנוהגת בפועל — אף אם לא תמיד במפורש או במודע. מציאות חברתית-תרבותית זו מבנה את האישה בראש ובראשונה כ"שונה" (כ"אחר", כמי שאיננה "דומה")<sup>19</sup>. החיבור של הגדרת השוויון האריסטוטלית ביחד עם הבניית האישה כ"שונה" במהותה, תמיד ובכל הקשר, מבהיר כי במסגרת התרבותית הקיימת משמעותה העמוקה של הדרישה להעניק לאישה שוויון היא להעניק "יחס דומה לשונה". "שוויון זכויות האישה" משמעו דרישה להעניק "זכויות שוות לאנשים שונים". דרישה זו עומדת בניגוד מובהק להגדרת השוויון האריסטוטלית, שעל פיה יחס דומה מגיע לדומים, ואילו לשונים יש להעניק יחס שונה.

לכן מקינן קובעת שבמערכת המשמעות של תרבותנו, הרעיון של "שוויון האישה" הוא אוקסימורון, פרדוקס, סתירה פנימית חסרת משמעות. לכן החברה המערבית אמנם מתיימרת (ואולי אף רוצה) להיות מחויבת לרעיון שוויון האישה, ואולם למעשה כל עור הגיונה הוא אריסטוטלי והיא מבנה את האישה כ"שונה", היא אינה יכולה באמת להתחייב לו.

ביקורת זו יפה במידה רבה גם בנוגע לקבוצות לא שליטות רבות אחרות כמו "שחורים" (לעומת "לבנים" בעולם האירופי), "מזרחיים" (לעומת "אשכנזים" בישראל), "בני כת הטמאים" (לעומת "ברהמינים" בהודו), "אנשי הפריפריה" (לעומת "בני טובים") או "הומוסקסואלים ולסביות" (לעומת "הטרנסקסואלים").

4. אי-צליחותו של "התיקון הנאור" של הנוסחה האריסטוטלית לכאורה, ניתן להמיר את הבחנותיו הארכאיות של אריסטו בין "אזרחים", "נשים" ו"עבדים" בקריטריונים מודרניים נאורים ומתקדמים. קריטריונים אלה לא יבחינו בין אנשים על פי צבע עורם, לא ינצחו סטריאוטיפים ודעות קדומות, ויקדשו את העניינות. ואולם די בדוגמה אחת כדי להמחיש עד כמה קשות תקוות אלה למימוש.

17 להצגה מפורטת של ביקורתה של מקינן את נוסחת השוויון האריסטוטלית ראו אורית קמיר "הצגת משנתה של קתריין מקינן בספרה Femenism Unmodified" דרכים לחשיבה פמיניסטית 393–450 (ניצה ינאי, תמר אלור, אורלי לובין וחנה נזה עורכות, האוניברסיטה הפתוחה, קורס 10680, רעננה, 2006).

18 Catharine MacKinnon, *Difference and Dominance: On Sex Discrimination* (1984), in FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW 32 (1987); Catharine MacKinnon, *Toward a New Theory of Equality*, WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS 44 (2005)

19 זאת מכיוון שהגבר הובנה בעולם הפטריאכלי, בין השאר, כחזק, תבונה, מאפק, אמיץ, קשוח, גדול, פעיל, דינמי, מוחצן, תחרותי, לוחם וכובש ואילו האישה הובנת כחלשה, רגשית, אימפולסיבית (או "היסטרית"), מוגת לב, רכה, קטנה, סבילה, נייחת, מופנמת, לא תחרותית, נכנעת ונכבשת.

נשוב לדוגמת הבחירה בין פרטים שונים לתפקיד מנהיגותי. נאמר כי אחד המועמדים הוא גבר ואזרח בעל נטיות מיניות הטרוסקסואליות, והאחר הוא גבר ואזרח בעל נטיות מיניות הומוסקסואליות. עד לפני שנים ספורות נטייה מינית הומוסקסואלית קוטלגה על ידי מומחים מקצועיים בעולם המערבי הליברלי והנאור כמחלת נפש. בהתאם להגדרות מוסמכות אלה, ניתן היה לקטלג מועמד בעל נטיות מיניות הומוסקסואליות כחולה נפש, ולקבוע כי הוא שונה מן המועמד בעל הנטיות ההטרוסקסואליות על פי קריטריון ענייני ורלוונטי של בריאות הנפש. ממרחק של שנים מספר ברור כי שימוש בקריטריון זה אינו נוגע בתכונות טבעיות וקדם-תרבותיות, אלא דווקא מנציח הבחנה חברתית שעוצבה על ידי החוקים והשליטים (הצייבור ההטרוסקסואלי) תוך הפליה של מיעוט לא אהוד (ההומוסקסואלים).

גם כיום ישנם קריטריונים רבים המקובלים על מומחים מקצועיים ועל הציבור הרחב שבעוד שנה, עשר או עשרים שנה ייחשפו כמבטאים אידאולוגיה שלטת. הבסיס האידאולוגי, האינטרסנטי, המעמדי, להבחנות בנות זמננו בין "דומים" ל"שונים" קשה הרבה יותר לזיהוי (על ידינו) מאשר הבסיס האידאולוגי שהיה מקובל ביוון העתיקה; זאת, משום שאנו שבוים בקטגוריות הנוהגות בנות זמננו. ואולם אין שום סיבה לחשוב שהחלוקות על פי דמיון ושוני כפי שאנו מכירים אותן כיום הן פוליטיות, מוטות ואינטרסנטיות פחות משהיו לפני אלפיים וחמש מאות שנה.

המסקנה היא שהבעיה בנוסחה האריסטוטלית אינה בתכנים המסוימים המשמשים כקריטריונים לקביעת דמיון ושוני בין בני אדם, אלא בעצם ההסתמכות על דמיון ושוני. כאשר מסתמכים על דמיון ושוני בין בני אדם, אי-אפשר להשתחרר מהשימוש בקריטריונים המבטאים אידאולוגיה שלטת ומנציחים הפליה מושרשת. לכן הסתמכות על דמיון ושוני בין בני אדם לשם קביעה ערכית וגזירת זכויות מהווה כשל נטורליסטי שיש לו היבטים חברתיים שמרניים המנציחים סוגי הפליה מושרשים.

עד כאן הצגתי וביקרתי את נוסחת השוויון הקלאסית של אריסטו המקובלת על רבים ורבות ואף נתפסת כמובנת מאליה, כהכרחית וכנאורה. בפרק הבא אציג ואבקר גישה נוספת לשוויון, שאף היא קלאסית ונתפסת על ידי רבים כמובנת מאליה, הכרחית ונאורה.

## ד. תפיסת "שוויון החירות" בעולם הליברלי

הליברליזם נולד כנגד דיכוי ושעבוד של פרטים על ידי מנגנוני שלטון חסרי מיצרים, ושאיתו המרכזית היא להבטיח חופש מכפייה. לכן החירות היא לב לבו של העולם הליברלי מראשיתו. בצרפת קבע ז'אן ז'אק רוסו כי הבעיה בעולם הישן היא כי למרות שהאדם נולד חופשי, בכל מקום הוא כבול באזיקים<sup>20</sup>. באנגליה, ג'ון

20 ז'אן ז'אק רוסו על האמנה החברתית או עקרוני המשפט המדיני 9 (מהדורה שלישית, חיים יהודה רות עורך, יוסף אור מתרגם, התשט"ז).

סטיוארט מיל קרא לספרו, המהווה אבן יסוד בתפיסה הליברלית, "על החירות"<sup>21</sup>. עצם השם "ליברליזם" נגזר, כמובן, מאותו שורש כמו "ליברטי" – חירות. ואולם החירות היא זכות שאינה יכולה לעמוד לבדה, שכן חירות בלתי מוגבלת מאפשרת אלימות והשתררות של החזקים, ואינה מאפשרת קיומה של חברה. למעט הכללים המבטיחים את החירות ומגנים עליה, כל נורמה חברתית, מנהג וחוק מגבילים את חירות הפרט בדרך זו או אחרת, בשם ההגנה על הזולת ועל הסדר החברתי. לכן גם בחברה הליברלית ביותר אין מנוס מהגבלת החירות. השאלה הליברלית היא לפיכך באיזו נוסחה יש להשתמש כדי להגביל את חירותו של כל פרט מעט ככל הניתן, בלא לסכן יתר על המידה את הסדר החברתי ואת חירותם של הפרטים האחרים. זוהי שאלה של איזון ראוי.

בעולם הליברלי השוויון הוא הערך המרכזי הנוסף שצמח ותפס את מקומו לצד החירות<sup>22</sup>. המעמד הבינוני, העירוני, שפיתח את השקפת העולם הליברלית בעולם המערבי, סבל הפליה בוטה ביחס למעמדות שנחשבו גבוהים יותר, ופיתח כמיהה והערכה להשוואת מעמדו וזכויותיו לאלה של המעמדות הגבוהים. הערכים שצמחו בצרפת ובארצות-הברית והולידו את שתי המהפכות ששינו את פני העולם היו חירות, שוויון ואחווה. לכן אך טבעי, שבעולם הליברלי התפתחה תפיסה שעל פיה הגבלת החירות על ידי השוויון היא ההוגנת וההולמת ביותר. החירות היא המשאב האנושי יקר הערך ביותר, והשוויון נועד להבטיח כי משאב זה יוענק לכול במידה שווה. כל בני האדם שווים בחירותם ובזכותם לממשה. למעשה, ערך השוויון נתפס והוכנה בעולם הליברלי ככלל ובארצות-הברית כפרט כ"שוויון החירות", כלומר – גם כשהמילה חירות אינה מצוינת, היא נקראת אל תוך השוויון<sup>23</sup>.

"שוויון החירות" משמעו שכל אדם זכאי לאותה מידה של חירות מן העולם הסובב אותו, כלומר מן הפרטים החיים לצדו, ובראש ובראשונה מן המדינה שבה הוא חי; זו נתפסת בהשקפת העולם הליברלית כגוף בעל הכוח הגדול ביותר להגביל את חירות הפרטים. בה בעת זכותו של כל אדם לשוויון החירות משמשת בעולם הליברלי גם כמעצור המגביל את זכותו של כל פרט – ושל המדינה – מלממש את חירותם באופן מלא ומוחלט ולעשות ככל העולה על רוחם. כלומר בעולם הליברלי שהחירות היא נשמת אפו, עקרון השוויון ממלא פונקציה כפולה: מצד אחד, הוא מבטיח כי כל בני האדם יוכלו לממש את חירותם במידה שווה; ומצד שני, הוא מגביל את חירותו של כל פרט ואת חירות המדינה, כשהגבול

21 ג'ון סטיוארט מיל, על החירות (מהדורה ראשונה, חיים יהודה רות עורך, אריה סימון מתרגם, תש"ו).

22 היחס בין השוויון לחירות בעולם הליברלי הוא נושא מורכב המעסיק הוגים רבים מזה דורות. ראו למשל: GEORGE P. FLETCHER, OUR SECRET CONSTITUTION: HOW LINCOLN REDEFINED: AMERICAN DEMOCRACY (2001).

23 ראו למשל פניה עוזלוצברגר "ג'ון רולס על צדק ושוויון" משפט וממשל ז 459, 466 (2004); JOHN CHARVET, A CRITIQUE OF FREEDOM AND EQUALITY (1981).

שהוא קובע למימוש החירות הוא זכותם של כל בני האדם האחרים למימוש שווה של חירויותיהם.

חשוב לציין ולהבהיר כי התפיסה הליברלית הקלאסית של שוויון החירות מעניקה לפרט אך ורק את החירות מפני התערבות חיצונית של הזולת ושל המדינה, ואינה נוגעת בתכניה המהותיים של חירותו, או בנסיבות האופפות את חירותו ואת יכולתו לממש. תפיסה זו מכירה בחירות מן הזולת (לרבות מן המדינה) ולא בחירות להגשים או לממש מטרות מסוימות ומוגדרות (כמו אושר, התפתחות אישית, פריחה תרבותית כלשהי, אידאולוגיה חברתית זו או אחרת, או שוויון במשאבים). זאת ועוד: זוהי תפיסה שאינה מתייחסת לנקודות המוצא של הפרטים בחברה (למשל בהקשר של חלוקת המשאבים והכוח ביניהם) ולא לתוצאות של פעולותיהם (למשל בהקשר של השגת שוויון בהקצאת המשאבים או כוח חברתי). תפיסה זו מתייחסת אפוא אך ורק ל"חירות שלילית", במושגיו של ברלין, כלומר "החירות מכפייה כלשהי", ולא לחירות לעשות דבר מה, שהיא "חירות חיובית"<sup>24</sup>.

אם כן, העולם שבונה נוסחת שוויון החירות הוא עולם שבו כל פרט רשאי לממש את חירותו השלילית עד הנקודה שבה מימוש זה יפגע בזכותו השווה של פרט אחר לממש את חירותו השלילית שלו.

בעולם המושגים האמריקני, למשל, תפיסת עולם זו של שוויון החירות באה לידי ביטוי במרכזיותם של דיני החוזים ובקדושת זכות ההתקשרות החוזית. דיני החוזים מבטיחים, מעל לכול, את חירותו השלילית של כל פרט להתקשר בחוזה ככל פרט אחר, כלומר להביע ולממש את חירותו השלילית באמצעות הזכות להתקשר בחוזה. העובדה שלחלק מן הפרטים בחברה אין משאבים שהם יכולים להתקשר לגביהם בחוזים אינה נתפסת כרלוונטית לנוסחת שוויון החירות: כל עוד איש אינו מגביל את חירותם השלילית להשתמש במה שיש להם, העובדה שאין להם מאומה אינה פוגעת בזכותם לשוויון (החירות השלילית). הנוסחה הליברלית של שוויון החירות אינה מתימרת להבטיח לאיש חירות חיובית שווה להשיג לעצמו חלק שווה מן המשאבים העומדים לרשות החברה. לכן העובדה שעצם החירות (השלילית) להתקשר בחוזה עלולה שלא להיטיב את מצבו הכלכלי היחסי של אדם לעומת הסובבים אותו אינה נתפסת כרלוונטית לעובדה שהוא נהנה מן הזכות לשוויון (החירות)<sup>25</sup>.

קסמו של שוויון החירות הליברלית נעוץ ב"ניקיונו" המושגי ובמינימליותם שלו. השימוש בשוויון החירות מאפשר למעט ככל האפשר בהגבלת חירותו השלילית

24 ראו לעיל ה"ש 6.

25 תודה לנגה מורג'ליון על פיתוח נקודה זו; לדיון במרכזיותה ובקדושתה של חירות ההתקשרות באתוס המשפטי בארצות-הברית ראו למשל, David E. Bernstein, *Lochner Era Revisionism Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism*, "The story of the growth of American liberty כי קובע 1 Geo. L. J. 91 (2003/4); ברנשטיין קובע כי "The story of the rise of liberty of contract" was the story of the rise of liberty of contract". שם, בעמ' 42.

של הפרט, ואינו כופה ערכים מהותיים כלשהם. לכן מנקודת מבט ליברלית הוא אופטימלי. ואולם מנקודות מבט אחרות, חסרונותיו של שוויון החירות רבים. מבין הביקורות הרבות שניתן למתוח על גישה אידאולוגית זו אציין רק שתיים. ראשית, במציאות החברתית הקיימת, לרשותם של פרטים שונים עומדים משאבים שונים למימוש חירויותיהם. תפיסת שוויון החירות הליברלית מתעלמת מעובדת יסוד זו לחלוטין ומתייחסת אליה כבלתי רלוונטית. התעלמות זו הופכת את תפיסת שוויון החירות לשמרנית ורגרסיבית, שכן יש בה הנצחה של המצב החברתי הקיים.<sup>26</sup> התוצאה היא שפרטים שהם בעלי משאבים ובעלי דחף חזק לממש את חירותם על ידי ניהול החברה או צבירת משאבים, יכולים, בחסות תפיסה זו, לממש את חירותם כמעט ללא הגבלה, על חשבון רווחתם של כל האחרים. ממש כמו נוסחת השוויון האריסטוטלית, תפיסת שוויון החירות מקבלת ללא סייג את הסדר החברתי הנוהג, "מטבענת" את חלוקת המשאבים שלו ומחילה את ערכיה מכאן ואילך, ולא לשם בחינת יסודותיו של המבנה החברתי. גישה כזו יכולה לשרת את מי שהסדר החברתי כבר העניק לו זכויות יתר, אך לא לשפר את מצבו של מי שהסדר החברתי מבנה אותו כשייך למעמד המופלה והמוחלש.

כך, למשל, בעולם שבו פרט אחד הוא בעל מפעל ופרט אחר חסר כול, על פי תפיסת שוויון החירות, בעל המפעל רשאי לעשות ככל העולה על רוחו — כל עוד איננו שולל מחסר הכול את הזכות לנהוג באותה מידה של חירות שלילית במשאבים העומדים לרשותו. כלומר בעל המפעל רשאי להתקשר עם חסר הכול בהסכם עבודה המעניק לחסר הכול תנאי עבודה בלתי אנושיים, ובלבד שהתקשרות חוזית זו אינה שוללת מחסר הכול את חירותו השלילית להתקשר, מרצונו החופשי, בחוזה שעניינו כוח העבודה שלו. לפי תפיסת שוויון החירות, בהתקשרותם החוזית, בעל המפעל וחסר הכול שניהם מממשים ללא הגבלה אותה מידה של חירות שלילית, ובכך מובטחת זכותו של כל אחד מהם לשוויון. העובדה שהחברה עיצבה מצד אחד אנשים בעלי רכוש השולטים במשאבים החברתיים ומצד שני "חסרי כול"; העובדה שלחסר הכול אין בררה אלא להתקשר בחוזה, אם אינו רוצה לגרוע ברעב; העובדה שתנאי העבודה שלו יהיו מחפירים, לא יאפשרו לו לחיות במינימום של נוחות או לממש את שאיפותיו, ושבעל המפעל יתעשר מן ההסכם ואילו חסר הכול ישרוד בקושי — כל אלה אינן נתפסות כרלוונטיות לסוגיית השוויון.<sup>27</sup> הביקורת על גישה זו היא כי שוויון כזה הוא לא רק ריק מכל תוכן חברתי של ממש, אלא הוא בבחינת לעג לרש. זהו שוויון המבטיח את שלטונם של החזקים בחלשים, תוך התהדרות בערכים ליברליים נאורים.

הביקורת השנייה שאזכיר היא כי נוסחת שוויון החירות מחילה על כל בני

26 ראו CHARVET, לעיל ה"ש 23, בעמ' 96.

27 תפיסה זו של שוויון החירות קיבלה גיבוי מלא של המשפט האמריקני בראשית המאה העשרים, ראו (Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905); לדיון מפורט ראו Bernstein, לעיל ה"ש 25.

מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות?

האדם תפיסה אחת מצומצמת של אנושיות, אשר נבחרה, למעשה, רק על ידי קבוצה מסוימת של אנשים. מתוך מחויבות לחירות השלילית, תפיסה זו מתיימרת להימנע מהגדרת "טבע אנושי" כלשהו ולהסתפק בהענקת החירות השלילית לכל פרט להגדיר את מהותו ללא הפרעה. ואולם למעשה ניתן בהחלט לשמוע בגישה זו תפיסה ערכית ואידאולוגית מסוימת בנוגע למהות האנושית. האדם, על פי גישה ליברלית זו, הוא יצור השואף מעל לכול לממש את זכותו לחירות שלילית תוך מינימום של התערבות חיצונית בבחירותיו ובפעולותיו. באופן בלתי מפתיע תפיסה זו של האדם מועדפת על ידי מי שהם בעלי אמצעים ושולטים במשאבים החברתיים; אנשים אלה (השייכים למעמד השליט) הם בעלי האינטרס למזער את התערבות החברה בשלטונם, ולכן גם מטפחים את תפיסת האדם האמורה. ואולם ישנם פרטים רבים אשר מגדירים את עצמם במושגים שונים לחלוטין, שעבורם מימוש חירות שלילית איננו ערך עליון, והתערבות חיצונית איננה שורש כל רע. אנשים רבים מגדירים את עצמם דווקא במושגים של חירות חיובית מסוימת, כגון החירות להיות יהודי שומר מצוות, או להיות אדם שחור גאה, או לקבל השכלה מעולה, או להיות בעל שליטה בחלק שווה של המשאבים העומדים לרשות החברה. אנשים בעלי תפיסות עולם כאלה מעוניינים דווקא בהתערבות הקולקטיב בחיי הפרטים כדי "להעשירם" ולהבטיח כי מרב הפרטים בחברה ייהנו מאותם תנאים המאפשרים להתפתח בכיוון שנראה להם רצוי. היומרה הליברלית להגדיר את האנושיות במושגים ה"ניטרליים" וה"מינימליים" של נוסחת שוויון החירות בעצם כופה על הכלל השקפת עולם ומודל אנושי שאינם בהכרח רצויים לו.

\*

אם כן, הגישה הליברלית התופסת שוויון בראש ובראשונה כשוויון החירות מכילה יסודות לא מפורשים שיכולים לחזק שמרנות חברתית ולהנציח את הסדר החברתי הקיים תוך התעלמות ממבנים חברתיים מורששים המכילים הפליה ומייצרים אותה. בכך חולקת גישה ליברלית זו אותן תכונות הגלומות גם בנוסחת השוויון האריסטוטלית. לכן לא יפלא ששילובן של השתיים מכיל תכונות אלה ביתר שאת. כאשר אדם טוען להפליה, סביר להניח שהחברה ומערכת המשפט שלה יבחנו אם לפי הגישה האריסטוטלית נפגעה זכותו לשוויון החירות, וזאת אף אם המילים "חירות" ו"אריסטו" כלל לא יוזכרו. גישה רווחת זו עלולה להניב שמרנות חברתית בלתי ביקורתית.

ה. תפיסת שוויון כבודו הסגולי של האדם (Dignity) וכבוד מחייתו<sup>28</sup>

המחויבות לשוויון כבודו הסגולי של האדם (Dignity) וכבוד מחייתו היא תפיסה

28 ראו קמיר, לעיל ה"ש 5.

הומניסטית שונה וחילופית לאידאולוגיית שוויון החירות. כדי לרדת לעומקה יש להציג תחילה את מושגי הכבוד הסגולי וכבוד המחיה. לאחר הצגה תמציתית של שני סוגי הכבוד הללו אציג את שוויון הכבוד הסגולי וכבוד המחיה.

### 1. כבודו הסגולי של האדם וכבוד מחייתו

תפיסת העולם המושתתת על שוויון החירות התהוותה בתקופת הנאורות, כשהלך רותה של החברה המערבית היה אופטימי, והיא האמינה בקדמה ובעתיד ורוד. ההתכנסות סביב כבודו הסגולי של האדם היא תולדה של מלחמת העולם השנייה כאשר החברה המערבית נוכחה לדעת שבהיעדר קווים אדומים המסמנים את המכנה המשותף האנושי המזערי – גם הנאורות שבחברות עלולות לממש את חירויותיהן ולהפעיל את כוחן ללא גבול, תוך רמיסה מוחלטת של חירויות של פרטים, זכויותיהם לשוויון ואף עצם אנושיותם וחייהם. השקפת העולם המושתתת על כבודו הסגולי של האדם היא מזערית יותר, אך גם הומנית יותר מזו המושתתת על שוויון החירות.

כבודו הסגולי של האדם, Dignity, נקבע על ידי ארגון האומות המאוחדות כמסמן את תמצית מהותו האנושית של האדם, וכערך הבסיסי שממנו נגזרות כל זכויות היסוד של האדם; כך מכריזה ההכרזה לכל באי עולם על אודות זכויות היסוד של האדם משנת 1948, וכך שבות ומאשרות אמנות בינלאומיות רבות<sup>29</sup>. תמצית המהות האנושית, האנושיות, נקבעה אפוא כאקסיומה מוסרית וחזקה ערכית חלוטה; היא מכילה את הקיום הפיזי, ההכרתי והרגשי בביטחון וברוחה בסיסיים ואת האוטונומיה להגדרה עצמית ולהתפתחות.

במסגרת תפיסת העולם הליברלית ההומנית של המחצית השנייה של המאה העשרים, כבוד סגולי הוא "תכונתו הערכית" המוחלטת ביותר של כל בן אנוש כאשר הוא, והיא מאצילה על כל פרט את הזכות המלאה שהסוכבים אותו יקבלו את שייכותו למשפחה או לקהילה האנושית, כלומר יכירו בכבודו הסגולי, יימנעו מפגיעה בו ויגנו עליו. מעל הדברים מרחפות רוחו של קאנט, ורוח הציורי הקטגורי שלו, שעל פיו לעולם יש לנהוג בכל אדם כמטרה (תכלית) בפני עצמה, ולעולם לא רק כאמצעי להשגת מטרה (תכלית) חיצונית לאותו אדם<sup>30</sup>.

על פי החלטות בינלאומיות, הזכויות ה"חיוביות" הנגזרות מן הכבוד הסגולי כוללות את זכותו של כל אדם לא לרעוב, לא לקפוא מקור, לא להיות נטול לבוש, לא להיות נטול מחסה, לא לסבול עינויים, לא להיכלא, לא להיות משועבד, לא לסבול אלימות, לא להיות בלא קורת גג, לא להיות מושחק, לא להיות מנודה

29 ראו יהושע אריאלי "תורת 'זכויות האדם', מוצאה ומקומה בעיצובה של החברה המודרנית" משפט והיסטוריה 25 (דניאל גוטוין ומנחם מאוטנר עורכים, התשנ"ט).

30 עמנואל קאנט הנחות יסוד למטפיסיקה של המידות 105 (מהדורה שנייה, ש' שטיין עורך, מ' שפי מתרגם, התש"י).



ולא להיות מושפל על ידי קבלת יחס אשר מבנה אותו כבעל ערך פחות מבני אדם אחרים. כבודו הסגולי של האדם הוא הבסיס לזכויותיו של כל אדם לרכוש השכלה בסיסית, לדבר בלשונו, להחזיק באמונתו או לא להחזיק באמונה כלשהי, לממש את מיניותו, להקים או לא להקים משפחה כרצונו, וכיוצא באלה. אף על פי שלדעת רבים לא ניתן לגזול מאדם את כבודו הסגולי, כי הוא תכונה אינהרנטית לו, בהחלט ניתן לתקוף אותו ולפגוע בו. הזכויות הנגזרות מהכבוד הסגולי אוסרות מעשים כאלה.

כבודו הסגולי של האדם הוא ערך מזערי: הוא מתייחס רק אל ההגדרה הבסיסית ביותר של "היות אנושי" ומגדיר רק את הזכויות היסודיות ביותר, שנועדו להבטיח הישרדות אנושית. לכן נבנה סביבו "מעגל ערכי שני", משלים, שמטרתו "לעבות", לגבות ולהרחיב את הכבוד הסגולי באמצעות רובד נוסף של כבוד, שאף הוא "תכונה ערכית אקסיומטית", ואני מכנה אותו "כבוד המחיה". כבוד המחיה מעניק ערך לפוטנציאל המימוש העצמי האנושי הייחודי לכל פרט על פי הגדרתו העצמית כי הוא תכונה אינהרנטית לא, בהחלט ניתן לתקוף אותו ולפגוע בו. הזכויות הנגזרות מהכבוד הסגולי אוסרות מעשים אלה. הוא אינו מכון להגן על המכנה המשותף הבסיסי והמזערי של כל בני האדם, אלא דווקא על המכלול המורכב המאפיין כל פרט אנושי כזה. כבוד המחיה מעניק ערך למכלול תכונותיו של כל פרט, לסגולותיו, לכשריו, ליכולותיו, לנטיותיו ולשאיפותיו. הוא מעניק ערך להתפתחותו של כל אדם, לגדילתו ולמימושו את הפוטנציאל האנושי שלו בהתאם לייחודו האנושי ולמערכת הערכית שבתוכה הוא חי, כלומר — בהתאם לתרבותו ולחברתו. ההכרה החברתית בסוג זה של כבוד מכוננת מרחב של הכרה וסובלנות המקיף כל פרט ומאפשר לו לפתח את ייחודו האישי והקבוצתי כבחירתו. הזכות החברתית והמשפטית להגנה על כבוד המחיה מבטאת הכרה וקבלה של הפלורליזם האנושי, על הצרכים השונים הנגזרים ממנו. ההגנה על כבוד המחיה מצריכה זכויות חיוביות ספציפיות, מפותחות ועשירות יותר מאשר ההגנה על הכבוד הסגולי; זכויות אלה מכוננות כיום זכויות חברתיות וכלכליות, והן אינן מוחלטות כמו אלה המגנות על כבוד האדם הסגולי, אך הן רחבות יותר וחלות על מגוון רחב יותר של צרכים. כיוון שהן יחסיות, ניתן לאזן בין זכויותיהם השונות — ולעתים המתנגשות — של אנשים שונים לכבוד מחיה. כל חברה חייבת לקבוע, במשא ומתן מתמשך, אילו משאבים היא מקצה להגנה על כבוד מחייתם של חבריה, וכיצד היא מחלקת אותם ביניהם.<sup>31</sup>

אוצות־הברית ממשיכה לדבוק במידה רבה בנוסחת שוויון החירות הליברלית (وهיא משפיעה על אזורים רבים בעולם, כמו דרום מזרח אסיה), ולעומתה אירופה

31 כשלעצמי, אני מאמינה בהחלת תפיסות אלה של כבוד סגולי וכבוד מחיה על בעלי חיים כאשר הם בעלי חיים, ולא רק על בני אדם כאשר הם בני אדם. ואולם לא אכנס לסוגיה זו כאן, שכן היא ראויה לפיתוח עצמאי.

של המחצית השנייה של המאה העשרים וראשית המאה העשרים ואחת מפתחת אלטרנטיבה המושתתת על שוויון הכבוד הסגולי וכבוד המחיה. אלטרנטיבה זו מתממשת בדמות מדינת הרווחה הסוציאל-ליברלית ומגובה בתפיסת הרווחה של השוק האירופי המאוחד. בכך אירופה נאמנה יותר ל"סדר הערכי החדש" שדווקא ארצות-הברית היא שהובילה את יצירתו בשנת 1948 (אפשר לטעון שהבחירות לנשיאות האמריקנית שהוכרעו בנובמבר 2008, ממש עם עריכת ההגהות האחרונות למאמר זה, מאתגרות את הבחירה האמריקאית המסורתית בשוויון החירות. אפשר לטעון כי הנשיא שנבחר, ברק אובמה, מייצג ביקורת תפיסת שוויון החירות, והתלפתה בשוויון כבודו הסגולי וכבוד מחייתו של האדם. ימים יגידו).

## 2. שוויון כבודו הסגולי של האדם ושוויון כבוד המחיה

הכבוד הסגולי מכיל בחובו הן את החירות והן את השוויון, ומאציל על שניהם משמעות חדשה.

הכרזת האו"ם לכל באי עולם על אודות זכויות היסוד של האדם נועדה, כאמור, להוות את המכנה המשותף הרעיוני המלכד סביבו את החברה האנושית כולה ומתווה את הדרך לעתיד אנושי יותר. ההכרזה פותחת בקביעה שכל בני האדם נולדו שווים בכבודם הסגולי. אקסיומה ערכית זו מהווה את הנחת היסוד שממנה נגזרות כל זכויות היסוד הבסיסיות של כל אדם באשר הוא אדם. בהקשר זה, "שוויון" הכבוד הסגולי משמעו בעצם זהות אנושית אוניברסלית בשותפות בסגולה האנושית. לכן, לצד קביעת הכבוד הסגולי כערך יסודי, אקסיומת שוויון כבוד האדם הסגולי של ההכרזת האו"ם מאצילה משמעות חדשה על מושג השוויון: מעתה נקודת המוצא היא כי כל בני האדם שווים, בראש ובראשונה, לאו דווקא בחירותם, בתבונותם או בערכם החברתי, אלא בכבוד האדם הסגולי שלהם, כלומר בערכה המוחלט של אנושיותם; שוויונם אינו מתבטא בדמיון אמפירי אלא באחדות ובשותפות בעלת משמעות ערכית. בתמצית, השוויון מבטא שותפות של כל בני האדם בערך האנושיות: כל בני האדם שותפים במידה שווה באנושיותם וחולקים יחדיו דבר מה מופשט ויסודי, שהחברה האנושית החליטה להעניק לו מעמד מוסרי, ולקבוע אותו כערך מוחלט.

שוויון כבוד האדם הוא צירוף ערכי המכוון שוויון שאינו נסמך על מבחנים של דמיון ושוני בין בני אדם. כיוון שכל בני האדם הם אנושיים, בהגדרה, וכולם אנושיים במידה שווה, אזי השוויון ביניהם הוא מוחלט וקבוע, ממש כמו הכבוד האנושי הסגולי שאליו הוא מתייחס. לכן גם זכויות האדם הנגזרות משוויון כבוד האדם אינן מכילות, מחייבות או מאפשרות שימוש בהשוואות בין בני אדם, מצבם, תפקידיהם או כל תכונה אחרת המיוחסת להם. משמעות הדבר היא כי כדי לקבוע זכויות של פרט הנגזרות מן הכבוד הסגולי, אין צורך לבדוק את זכויותיו של פרט אחר לשם "גזירה שווה"; יש לגזור את זכויות הפרט הנדרן מכבודו הסגולי, שהוא הכבוד הסגולי האוניברסלי, ותו לא. נכון, כמובן, שאותן זכויות (או זכויות

דומות או מקבילות) עשויות להיגזר מן הכבוד האנושי הסגולי גם עבור כל פרט אחר, ואולם ממד ההשוואה בין פרטים, בין צורכיהם ובין זכויותיהם אינו מרכזי בקביעת זכויותיו של כל אחד מן הפרטים.

בעולם זה, אם פלוני דורש שמדינתו תאפשר לו חיים תחת קורת גג, בגדים לגופו ומזון להשביע את רעבונו, יש לגזור זכות זו מכבודו הסגולי בלא קשר לשאלה אם אלמוני נהנה מזכות דומה. כך גם אם פלונית דורשת הגנה חברתית ומשפטית אפקטיבית מפני אונס, יש לגזור זכות זו מכבודה הסגולי בלא קשר לשאלה אם אלמוני זקוק לזכות דומה, מבקש אותה או נהנה ממנה.

קשה להפריז בחשיבותה של נקודה זו, המבטאת את ההבדל המהותי והעמוק בין השימוש בנוסחת השוויון האריסטוטלית לבין השימוש בכבוד הסגולי כבסיס לגזירת זכויות. כפי שהוסבר, הנוסחה האריסטוטלית, וכמוה תפיסת שוויון החירות, מניחות את המבנה החברתי הקיים, מקבלות אותו, מאמצות אותו, "מטבענות" אותו ומשוות בין זכויותיהם של פרטים במסגרתו — בלא להכיר בהפליה הבסיסית המאפיינת אותו, בלא לערער עליה ובלא להתמודד עמה. גישות אלה עיוורות להפליה העמוקה שבבסיס הסדר החברתי הנוהג, ולכן אינן מסוגלות להגיב אליה. משום כך אין בכוחן לטפל דווקא במקרים הקשים והעמוקים ביותר של הפליה, הקשורים בחלוקה לקבוצות, בהכניית קטגוריות אנושיות ובסיווג — לא בהכרח מודע — של פרטים אל תוך חלוקות אלה. מבחן הדמיון, המשמש בנוסחה האריסטוטלית כדי להבטיח שוויון, "מטבען" את החלוקה הנוהגת לקטגוריות ולמעמדות חברתיים, חלוקה שהיא עצמה ההפליה החברתית העמוקה ביותר, ואשר כל שאר גילויי ההפליה אינם אלא מקרים פרטיים שלה.

השקפת העולם של שוויון כבוד האדם חופשית מכל אלה. היא אינה מניחה את הסדר החברתי הקיים ואינה מקבלת אותו. היא אינה מאמצת את החלוקה לקטגוריות אנושיות המשרתות את המעמדות השליטים ואת סדר היום החברתי שלהם. היא אינה מאמצת את מבחן הדמיון, המבטא את ההפליה החברתית הקבוצתית, כבסיס להשוואת זכויותיהם של פרטים בחברה. בניגוד גמור לכל אלה, תפיסת שוויון כבוד האדם קובעת שכל בני האדם שותפים שווים, מעצם הגדרתם, בערך המוחלט שממנו נגזרות זכויותיהם. הקריטריון שמציבה תפיסה זו לבחינת תביעה של פרט לזכויות אינה אם פרט זה דומה או שונה, אם הוא שייך לקטגוריה חברתית כזו או אחרת, אלא פשוט מה מתחייב מהיותו בן אדם; אלו זכויות יש להעניק לו כדי לכבד את אנושיותו, להבטיחה ולאפשר לה להתממש.

מבחן זה "עוקף" ככל האפשר את המבנים החברתיים הקיימים, את הקטגוריות האנושיות, את המעמדות ואת שאר החלוקות המבטאות את יחסי הכוחות הנוהגים, את האינטרסים השולטים ואת נחיתותם החברתית של המוחלשים. הוא "עוקף" את עליונותם החברתית של העשירים, את חלוקת הכוח הגזעית ואת הפטריארכיה. כיוון שהוא מתמקד במישור הערכי ולא בזה העובדתי — הוא עוקף, ככל שניתן,

אף את הכשל הנטורליסטי עצמו. הוא גודר את צרכיו של הפרט האנושי הישר מאנושיותו, שהגדרה כערכית ואחידה בנוגע לכל אדם באשר הוא אדם. כאמור, כאשר הגנה על אנושיותו של פרט מחייבת הגנה עליו מפני אינוס, הרעבה או כליאת שווא — הכבוד הסגולי מבטיח ומחייב הגנה כזו.

אדגיש מאפיין נוסף של תפיסת שוויון כבוד האדם הסגולי. כפי שהוסבר, בעולם הליברלי, שוויון החירות מכיל קונוטציה שלילית חזקה (כלומר הוא נתפס בראש ובראשונה כמבטיח את שוויון החירות השלילית במובן שטבע ישעיהו ברלין). שוויון כבוד האדם הסגולי, לעומת זאת, אינו מעדיף הגנה שלילית על פני הגנה חיובית, וההפך הוא הנכון: בהקשר של כבוד האדם הסגולי, מטרת השוויון היא להבטיח את האנושיות הבסיסית, שהיא ערך בעל תכנים מסוימים ומוגדרים, כלומר בעל מהות חיובית (בהשאלה ממושגי ברלין). שוויון כבוד האדם נועד להבטיח שכל בני האדם יוכלו לחיות כבני אדם על פי ההגדרה הליברלית ההומניסטית, כלומר כיצורים אוטונומיים, חושבים, מרגישים, חולמים, מתכננים, יוצרים.

“לחיות כבני אדם”, משמעו להתקיים ולהתפתח באופן מסוים ולא אחר, כלומר באופן חיובי. תכניה החיוביים של האנושיות הם אמנם מזעריים, ליברליים ברוחם ומכילים בראש ובראשונה את חופש הבחירה וההגדרה העצמית; עם זאת, הם קובעים גבולות ומבחינים בין קיום שהוא אנושי לזוה שאיננו אנושי, בין קיום הראוי להגנה מכוח שוויון כבודו הסגולי של האדם לבין כזה שאינו ראוי. כך, אדם ה“מבקש” לממש את עצמו כחפץ (נאמר כבשר עובר לסוחר לשימוש מיני או כשולחן להגשת שושי), אינו מבקש לממש את עצמו כבן אדם על פי השקפת העולם הנגזרת מן הערך של כבוד האדם הסגולי; הזכות לשוויון כבוד האדם הסגולי אינה בהכרח מקנה לו הגנה על שאיפה ל“מימוש עצמי” מסוג זה. למעשה, ניתן בהחלט לטעון כי ההגנה על כבוד האדם הסגולי אוסרת על אדם “לבחור” ב“מימוש עצמי” כזה.

שוויון כבודו הסגולי של האדם אינו מחייב שום השוואה בין פרטים ואף לא הפעלה של שיקול דעת, שכן כל פרט זכאי תמיד להגנה מלאה ומוחלטת על כבודו הסגולי בכל מצב ותנאי. כל אדם, בכל מקום, זכאי תמיד שלא להיאנס, לא להיות מורעב, לא להיות אנוס להמיר את דתו ולא להיות משולל השכלה וחופש ביטוי בסיסיים. לעומת זאת, מימוש הזכות לשוויון כבוד המחיה כן מחייב התייחסות משווה בין פרטים והפעלה של שיקול דעת. עם זאת, ההשוואה בין הפרטים אינה נוגעת לדמיון ביניהם, אלא לדמיון במידת ההכרה, ההתחשבות, ההגנה והמימוש של מימוש כבוד מחייתו של כל אחד מהם. אדגים.

אם פלוני, המוכשר ואוהב ללמוד שפות, דורש מן החברה שתממש את זכותו ללמוד שפות, כלומר שתקצה משאבים לצורך כך — ניתן להשוות את זכותו למימוש כבוד מחיה זה לזכותו של אלמוני, המוכשר במשחק, לקבל מידה דומה

של משאבים חברתיים לשם מימוש זכותו ללמוד משחק. זהו שוויון שאינו מושתת על דמיון תוכני מהותני בין פרטים, אלא רק על דמיון בכמות המשאבים המוקצים להם לפתח את ייחודם האנושי. שיקול הדעת הכרחי לשם מימוש זכויות הנגזרות מכבוד המחיה, שכן על החברה להחליט, למשל, אם להעניק משאבים ציבוריים גם למי שיכול לממן בעצמו את מימוש הזכויות הנגזרות מכבוד מחייתו. באופן דומה, על החברה להכריע אם להשקיע משאבים גם במימוש כישוריו של מי ששאפותיו חריגות, ולכן יקרות לאין שיעור יותר מאלה של פרטים אחרים (אם רק פרט אחד מבקש ללמוד שומרית עתיקה — אזי אפילו מימוש מזערי של זכותו זו יקר לאין שיעור ממימוש מלוא זכויותיהם של מי שמבקשים ללמוד מחשבים או לשחק כדורגל).

3. שוויון הכבוד הסגולי וכבוד המחיה כערכים קולקטיביים  
כבוד האדם הסגולי וכבוד המחיה אינם, בבסיסם, ערכים קולקטיביים אלא אישיים, ממש כמו החירות והשוויון. חשוב לזכור כי נוסחת שוויון החירות היא אינדיווידואליסטית לחלוטין ביסודה, ורק פיתוח אידאולוגי ממושך אפשר להחילה (גם אם לא באופן מושלם) על קבוצות, כמו קבוצת השחורים או קבוצת הנשים<sup>32</sup>. באותו אופן ממש, ניתן לפתח גם את נוסחת שוויון כבוד האדם ולהחילה על קבוצות. כך למשל במקום שבו רק שחורים, ולא לבנים, נמכרים במכירות פומביות לעבדות, אזי כבוד האדם הסגולי יכול וצריך לשמש כערך לקידום מעמדם של השחורים. ניתן להיאבק על זכותם של השחורים שלא להימכר במכירות פומביות בשם כבודו הסגולי של האדם ככלל, או בשם כבודו הסגולי של האדם השחור — שהוא מקרה פרטי של כבודו הסגולי של האדם, ואינו נבדל ממנו במאומה. כך באשר לנשים, במקום שבו רק הן נמכרות במכירות פומביות לעבדות מינית. כך באשר להומוסקסואלים וללסביות במקום שבו רק הם סובלים מסוגים מסוימים של פגיעות וקיפוח. אם כן, כבודו הסגולי של האדם הוא ערך אוניברסלי, אך בנסיבות היסטוריות חברתיות מסוימות אפשר לרתום אותו להגנה על זכויותיה של קבוצה מוגדרת, ועל זכויותיהם של פרטים המזוהים עם קבוצה זו<sup>33</sup>.

32 גם נוסחת השוויון האריסטוטלית היא, כמובן, אישית ולא קבוצתית, הן במקורה והן במהותה. היא מאפשרת לפלוני לדרוש יחס כמו זה שמקבל אלמוני אם שניהם דומים די הצורך זה לזה, כלומר אם שניהם יכולים להיחשב כשייכים לאותה קבוצה לצורך העניין הנדון (חשבו על דוגמת האזרחים והעבדים בעולמו של אריסטו). אם פלוני נתפס כשונה, כלומר כמי ששייך לקבוצה אחרת בהקשר הנדון, הוא לא יכול לדרוש שוויון על פי הנוסחה האריסטוטלית. הניסיון להשתמש בנוסחה זו כדי להשוות מעמד של פרטים מקבוצות שונות הוא בעייתי מיוחד, ואכן, פעמים רבות אינו עולה יפה, כפי שתואר קודם.

33 החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166 פועל בריוק על פי עיקרון זה: בשם כבוד האדם הסגולי וכבוד מחייתו, ושללה הטרדה מינית של כל אדם בידי כל אדם אחר, ככל מקום ובכל הקשר; וכיוון שבפועל מרבית הנפגעות הן נשים, החוק מגן ספציפית גם

בהקשר זה, כבוד המחיה הוא מקרה פשוט יותר, שכן קל יותר להתאימו לצרכים קבוצתיים. נניח שבעירק או בטורקיה נאסר על המיעוט הכורדי לדבר בשפתו וללמוד אותה בבתי הספר. דרישתו של כורדי פלוני, או דרישתם של מספר כורדים אלמונים, לדבר בשפתם וללמוד אותה בבתי הספר יכולה להתנסח במסגרת הדרישה להכרה בכבוד המחיה. כיוון שהזיקה לשפה הכורדית משותפת לכל המשתייכים והמשתייכות לקבוצה אתנית-לשונית זו, אזי שימוש זה בכבוד המחיה ובזכויות הנגזרות ממנו הוא קבוצתי, ומשרת את הקבוצה, בין שהוא נתבע על ידי הקבוצה כולה ובין שהוא נתבע על ידי פרטים המזדהים בהקשר הנדון כשויכים אליה. באופן דומה, נניח שנשים רבות סובלות במקום עבודה מהטרדות מיניות שאינן עולות כדי פגיעה בכבודן הסגולי, אך הן מקשות עליהן לפרוץ ולבוא לידי ביטוי אנושי מלא באופנים שבהם הן חפצות לעשות כן. בין שאישה אחת דורשת הגנה מפני הטרדה מינית כזו בשם כבוד המחיה ובין שקבוצת נשים דורשת הגנה כזו, כבוד המחיה יכול לשמש במקרה זה כבסיס לקביעת זכויות קבוצתיות של נשים בהקשר של הטרדה מינית. כאשר משתמשים בנוסחת שוויון כבוד המחיה, אין צורך לבחון אם גברים זקוקים להגנה דומה מפני הטרדות מיניות קלות. השאלה היא אם כבוד מחייתן של אישה מסוימת או של קבוצת נשים מחייב הגנה עליהן מפני הטרדות מיניות כאלה.

שוויון כבודו הסגולי של האדם ושוויון כבוד המחיה הם, לפיכך בסיסים איתנים לגזירת זכויות קבוצתיות, לפחות כמו השוויון (האריסטוטלי), החירות (השלילית) ושוויון החירות.

#### 4. כבוד האדם וחירותו

כשהצגתי את מושג השוויון הצעתי כי הוא מצוי ביחס כפול אל החירות: מצד אחד הוא מבטיח אותה לכול (בהגדירו אותה כמשאב הנתון במידה שווה לכל אדם), ומן הצד השני הוא מגביל אותה, בקבעו כי חירותו של פלוני נעצרת במקום שבו היא פוגעת בזכותו השווה של אלמוני לחירות. גם כבוד האדם מצוי ביחס כפול כזה אל החירות הקבוצה בלבד. מן הצד האחד, כבוד האדם הסגולי מכיל את החירות והופך אותה בכך לחלק בלתי נפרד מנשמת אפה של הזהות האנושית הבסיסית כאשר היא. מן הצד השני, כבוד האדם הסגולי מגביל את חירותו של כל פרט ותוחם אותה עד המקום שבו היא עלולה לפגוע בכבוד הסגולי של זולתו.

היות החירות חלק אינטגרלי ומרכזי של כבוד האדם הסגולי מבטיח את מעמדה המרכזי בעולם הערכי המושתת על ערך זה. עם זאת, כאשר החירות היא חלק מכבודו הסגולי של האדם היא מקבלת ממד חיובי (במושגיו של ברלין) יותר מן החירות השלילית המפעמת בלב השקפת העולם הליברלית הקלאסית. אם ההגנה

על כבודו הסגולי ועל כבוד מחייתן של נשים. שתי רמות אלה, האינדוידואלית והקבוצתית, אינן מתנגשות ואף משלימות זו את זו. לניתוח ולהצגה מקיפים של נקודה זו ראו קמיר, כבוד אדם וחיה, לעיל ה"ש 1, בפרקים 1 ו-9.

על כבודו הסגולי של האדם היא הגנה על זכויותיו של כל פרט לחיות ולהתפתח **כבן אדם** (ולא סתם "לחיות ולהתפתח ככל העולה על רוחו"), אזי ההגנה על חירותו של אדם היא הגנה לא רק מפני הגבלתו על ידי כוחות חיצוניים לו, אלא גם הגנה על חירותו לבחור, לחיות ולהתפתח **כבן אדם**. כפי שהבהרתי, הגדרת "הקיום כבן אדם" היא מזערית וליברלית ברוחה, ועם זאת – היא מבחינה בין קיום כבן אדם ובין סוגי קיום אחרים, ומעדיפה את הראשון על פני האחרים. בכך היא חיובית באופייה. זאת, בשונה מן החירות השלילית, שעשויה להוביל אדם לבחור בכל קיום העולה על דעתו (בין כבן אדם ובין, למשל, כאובייקט לשימוש מיני, עבד או שולחן). דבר זה נכון גם כאשר לכבוד המחיה, שנועד לאפשר לאדם להתפתח על פי כישוריו וצרכיו, כלומר בכיוונים מסוימים יותר מאשר באחרים.

הפן השני של היחס בין חירות לכבוד האדם הסגולי הוא, כאמור, שכבוד האדם הסגולי משמש להגבלתה של החירות (וליתר דיוק – החירות השייכת לכבוד המחיה)<sup>34</sup>. הגבלת חירות על בסיס ערך כבוד האדם, משמעה שזכותו של פלוני לממש את חירותו נעצרת במקום שבו היא פוגעת בכל אחת מן הזכויות או החירויות הנגזרות מכבוד האדם הסגולי של אלמוני – או של פלוני עצמו. אופן זה של הגבלת החירות שונה מהותית מן האופן שבו מגביל השוויון את החירות בעולם הליברלי הקלאסי: הוא מזערי יותר, אך גם מהותי, הומני ומוחלט יותר לעומת אופייה הצורני והיחסי של הגבלת החירות על ידי השוויון.

כפי שהוסבר לעיל, הגבלת החירות באמצעות שוויון החירות משמעה שפלוני יכול לממש את חירותו ולעשות ככל העולה על רוחו – עד הנקודה שבה התנהגותו זו פוגעת בזכותו השווה של אלמוני לממש את חירותו ולעשות ככל העולה על רוחו. במושגי הדוגמה שהצעתי, בעל מפעל רשאי להתקשר עם אדם חסר כול בהסכם עבודה המעניק לחסר הכול תנאי עבודה בלתי אנושיים, ובלבד שהתקשרות חוזית זו אינה שוללת מחסר הכול את חירותו להתקשר, מרצונו החופשי, בחוזה שעניינו כוח העבודה שלו. ואולם בעולם שבו החירות מוגבלת לא על ידי שוויון החירות, אלא על ידי כבוד האדם הסגולי, בעל המפעל אינו יכול להתקשר עם חסר הכול בהסכם עבודה שיפגע בכבוד האדם הסגולי שלו. לכן ההגבלה שמגביל כבוד האדם הסגולי את החירות, אף שהיא מזערית, היא מהותית (חיובית) ומוחלטת.

הגבלת החירות באמצעות שוויון מבטאת תפיסה של "סכום אפס" של החירות

34 את החירות (השלילית והחיובית) השייכת לכבוד הסגולי – אין להגביל אלא בנסיבות חריגות ביותר (כמו כליאה בשל הרשעה בעברה). יתרה מכך, חירות זו של פלוני אינה יכולה, מעצם הגדרתה, להתנגש בזכות כלשהי (לרבות חירות) הנגזרת מכבודו הסגולי של אלמוני. בשל תכונת "הכלים השלובים", כל הזכויות הנגזרות מכבודם הסגולי של כל בני האדם חייבות לעלות בקנה אחד עם אלה. חירות השייכת לכבודו הסגולי של אדם לעולם אינה מוגבלת על ידי זכות כלשהי (לרבות חירות) הנגזרת מכבוד מחייתו של אחר (כיוון שההגנה על הכבוד הסגולי גוברת תמיד על ההגנה על כבוד המחיה).

האנושית: הגדלת חירותו של האחד מקטינה את חירותו של האחר, ולכן יש להבטיח חירות שווה לכול, ואף לוודא שאיש לא ינכס לעצמו חירות יתרה על חשבון זולתו. עולם הכבוד הסגולי איננו מבטא תפיסה של "סכום אפס", אלא ההיפך: כבוד האדם נתפס כמכנה משותף כלל אנושי, ואם לנקוט דימוי מטפורי, אזי כמו בכלים שלוכים, ככל שכבוד האדם "עולה" אצל פלוני — כך הוא "עולה" גם אצל אלמוני. נכון, אמנם, שהבטחת כבוד האדם הסגולי של פלוני עלולה להגביל את חירותו של אלמוני. כך, למשל, הבטחת תנאי העסקה אנושיים לפועל חסר משאבים כלכליים עלולה לפגוע בחירות ההתקשרות החוזית של בעל המפעל. ואולם הבטחת תנאי העסקה אנושיים לחסר האמצעים "תרומם" גם את כבוד האדם של בעל המפעל, שכן הוא חולק עם חסר המשאבים את כבוד האדם הסגולי האוניברסלי ששניהם שותפים בו. החירות הטבועה ככבוד הסגולי בהכרח יוצאת נשכרת אף היא.

גם כבוד המחיה מגביל את החירות באופן דומה לזה שבו מגביל אותה הכבוד הסגולי: זכותו של פלוני למימוש חירותו מסתיימת מקום שבו היא פוגעת בכבוד מחייתו של אלמוני. הגבלה כזו היא מזערית פחות, שכן כבוד מחייתו של אלמוני נרחב יותר מכבודו הסגולי, אך היא גם מוחלטת פחות: היחס בין זכותו של פלוני לחירות ובין זכותו של אלמוני לכבוד מחיה אינו חקוק באבן, אלא הוא מצריך משא ומתן חברתי מתמיד, שיביא בחשבון גורמים אישיים וחברתיים משתנים, רלוונטיים, רבים ומגוונים.

כדי לסבר את האוזן: חופש ההתקשרות החוזי של בעל המפעל מסתיים החלטית במקום שבו הוא פוגע בכבודו הסגולי של העובד (למשל — בעל המפעל אינו יכול לדרוש ממנו טובות הנאה מיניות עבור ההעסקה, אינו יכול לדרוש ממנו לעבוד בתנאים שיגרמו לפגיעה בבריאותו, שימנעו ממנו שינה או חיי משפחה וכיוצא באלה). ואולם היכן מסתיים חופש ההתקשרות החוזי של בעל המפעל בנוגע לרצונו של העובד להיות בבית בשעות אחר הצהריים עם משפחתו? או בנוגע לרצונו ללמוד באוניברסיטה כמה שעות במשך יום העבודה? או לקיים טקסים חברתיים או דתיים המונעים ממנו לעבוד ימי עבודה מלאים? שאלה זו של תיחום החירות על ידי כבוד המחיה פתוחה למשא ומתן בהתאם לערכי החברה כפי שהיא מגדירה אותם בכל מקום ובכל זמן.

היוצאים מן הכלל לעקרונות אלה הם מצבים טרגיים חריגים, שבהם מתנגשות זכויות הנגזרות מכבודם הסגולי של פרטים, ואין מוצא. מצבים כאלה הם בבחינת מצבים אבודים מראש ("lose-lose"), שכן לא יכול להיות להם פתרון ערכי נכון. כך, למשל, בפסק הדין *R. v. Dudley & Stephens*<sup>35</sup> העוסק במקרה שבו כמה מלחים שספינתם נטרפה נותרים ללא מזון וגוועים ברעב — האם נכון ואפשרי מוסרית להגביל את חירותו של מלח א' להרוג את מלח ב' כדי לאכול את בשרו

<sup>35</sup> R. v. Dudley & Stephens, 14 QBD 273 DC (1884)



מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות?

ולשרוד יום נוסף (בתקווה שתופיע ספינת הצלה)? או בסיטואציה של מחנות ריכוז והשמדה — האם נכון ואפשרי מוסרית להגביל את זכותו של אסיר א' לגנוב את מנת לחמו של אסיר ב' כאשר שניהם גוועים מרעב?  
ערך כבוד האדם יכול רק לחייב את כולנו תמיד לעשות ככל שאפשר כדי למנוע היווצרותם של מצבים כאלה, שאין להם פתרון ראוי; ואכן כך הוא עושה.

\*

הדיון בכבוד האדם, בחירות ובשוויון מעלה כי הכבוד הסגולי וכבוד המחיה מכילים הן את החירות השלילית והן את החירות החיובית הנדרשות לכל אדם כדי להתקיים כבן אדם ולהתפתח (לפחות במידת מה) בהתאם לתכונותיו ולצרכיו. בה בעת, הכבוד הסגולי וכבוד המחיה קובעים את הקריטריונים להגבלת החירות הנגזרת מכבוד המחיה. על פי הגדרתם, שני סוגי הכבוד "מוטבעים" בכל אדם במידה שווה, ולכן הם מכילים את ערך השוויון. עם זאת, השוויון המגולם בערכי הכבוד הללו אינו אריסטוטלי, ואינו נסמך על השוואה ודמיון בין פרטים או בין קבוצות. הוא גם אינו שוויון החירות השלילית המקובל בעולם הליברלי. הכבוד הסגולי וכבוד המחיה קובעים בסיס ערכי מוחלט ואוניברסלי לגזירת זכויות מערכו האנושי של כל אדם. שני סוגי הכבוד נוגעים, במקורם, לפרטים, אך הם ניתנים להחלה על קבוצות ועל חברי קבוצות.

### 1. ערכי היסוד של המדינה: שוויון כבוד האדם וחירותו

חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992<sup>36</sup> (ושוב בשנת 1994<sup>37</sup>) לא נעשתה בהיסח הדעת ולא הייתה מחטף פוליטי של צד זה או אחר. חוק זה מבטא יותר מכל מהלך ציבורי, חברתי או משפטי אחר, ניסיון של החברה הישראלית לגבש תשתית ערכית משותפת ומוסכמת שיש בה משום "אני מאמין" קולקטיבי ובסיס לגזירת זכויות אדם ונורמות התנהגות. הדיון שהוצג כאן מבהיר שחקיקת הצירוף "כבוד האדם וחירותו" מבטאת בחירה בהשקפת עולם המציבה את שוויון הכבוד הסגולי וכבוד המחיה כבסיס להתנהלות החברתית, לתפיסת הפרט ולהבטחת זכויותיו.

הסמכת החירות אל כבוד האדם, השונה באופן מהותי מהעמדתה לכד, בפני עצמה, מסמנת שזוהי החירות הנגזרת מן הכבוד הסגולי ומכבוד המחיה ומתיישבת עמם. השקפת עולם זו עולה בקנה אחד עם הכרות האומות המאוחדות לכל באי עולם, עם אמנות בין-לאומיות רבות נוספות ועם הליברליזם ההומני, המפוכח והביקורתי שמדינות אירופה המערבית מפתחות מאז העשורים האחרונים של

36 לעיל ה"ש 2.

37 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון מס' 1), ס"ח התשס"ד, 90.

המאה העשרים. זוהי השקפת עולם שאינה מסתפקת בהכרה בזכותו של כל פרט לשוויון פורמלי לממש את חירותו השלילית; היא מחויבת לתפיסה תוכנית, ערכית של האנושיות ולהגנה על הצרכים ועל הזכויות המהותיים הנגזרים ממנה. היא מכילה מסד מוצק לפיתוח תורות של זכויות חברתיות, תרבותיות, כלכליות וקבוצתיות.

כך, למשל, בהקשר הכלכלי, פרשנות מודעת ומדויקת של חוק-היסוד הייתה יכולה להוביל להכרעה משפטית (על ידי בג"ץ) שאזרחי המדינה ותושביה זכאים ל"קיום בכבוד". לאור האמור ברשימה זו, המושג "קיום בכבוד" יכול (ולדעתי גם צריך) להתפרש כמכיל זכות שווה לא רק לכבוד סגולי (כלומר לתנאי חיים בסיסיים הכוללים מזון המספיק להשרדות, קורת גג וחימום בסיסי), אלא גם למידה כלשהי של כבוד מחיה (כלומר גם למימוש עצמי כלשהו בתחומי החינוך, התרבות והבילוי). פרשנות כזו יכולה להוביל לקביעת חובה של המדינה לדאוג שכל אדם ייהנה ממידה כלשהי של מימוש עצמי של כישורונותיו, יכולותיו ונטייתיו. בהקשר הקבוצתי, השקפת העולם הנדונה מהווה בסיס איתן לפיתוח תפיסה מגדרית פמיניסטית המושתתת על כבוד סגולי ועל כבוד מחיה<sup>38</sup>. באופן דומה, ניתן לפתח במסגרתה נורמות וקריטריונים לטיפול ערכי שיטתי בכל שסע מעמדי או מגזרי נוסף.

חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו נחקק בראשית שנות התשעים של המאה העשרים. הוא חולל שינוי תודעתי משמעותי – בוודאי בתוך מערכת המשפט, וגם בציבור הרחב. עם זאת, השימוש בערכי הכבוד, השוויון והחירות נותר עדיין במידה רבה מעורפל, מבולבל ולא מפוענח. לא המערכת המשפטית ולא השיח הציבורי עסקו די הצורך בליבון יסודי של משמעויותיהם השונות של הערכים הללו, של השלכות יחסי הגומלין ביניהם או של השקפות העולם שניתן לגזור מהם. כל אלה הכרחיים לשם המשך מימושו של חוק-היסוד כבסיס ערכי להתנהלותן של החברה הישראלית ומדינת ישראל. כפי שהצעתי בדיון זה, אני מאמינה שחוק-היסוד בחר בתפיסת עולם בעלת פוטנציאל חברתי מבטיח ולא בהשקפה פורמליסטית, צרה ומגבילה. אך מימוש הפוטנציאל מחייב התייחסות רחבה ויסודית לפרטי הפרטים של תפיסה ערכית זו. בעשייה זו חייבים כמוכן ליטול חלק משפטנים, אך גם ארגונים חברתיים וכל אזרח ואזרחית שפני החברה והמדינה יקרים לכם. גם אם היא באה לידי ביטוי במסמך חוקי וממומשת כמגילת זכויות, השקפת העולם הערכית של ישראל אינה סוגיה משפטית מקצועית – אלא קיומית.

38 לפיתוח תפיסה פמיניסטית כזו ראו קמיר, כבוד אדם וחיה, לעיל ה"ש 1.