

כבוד האדם ואלוהים

מאיר שמגר*

א. צמיחתן של אידיאות ואידיאולוגיות וטעויותיהן. ב. המשפט ומרעי המדינה. ג. הפשיעה. ד. כבוד האדם. ה. החירות האישית. ו. על האלימות.

א. צמיחתן של אידיאות ואידיאולוגיות וטעויותיהן

ההיסטוריה של האידיאות, קרי של הרעות וההשקפות האנושיות והחברתיות, היא עשירה בתוכנה. סר ישעיהו ברלין¹ ציין כי אל לנו להתפלא, עם זאת, כאשר ניווכח, תוך לימוד החומר העיוני, שהדיסציפלינה של "ההיסטוריה של הרעיונות המדיניים והחברתיים" אינו תחום מדויק ביותר, אלו האמונים על המרעים המדויקים מסתכלים, על כן, על תולדות האידיאות והאידיאולוגיות בחשדנות מוצרקה.

זאת ועוד, בדיקתה המדוקדקת יותר של זווית מסוימת בתולדות האידיאות תוליד גם הפתעה מסוימת ואף תניב תועלת עיונית: אחד מן הגילויים שייפרש בפנינו יהיה כי ערכים מופשטים אחרים – והמוכרים היטב ומושרשים היטב בתרבות ימינו – הם בגדר התגבשויות או התפתחויות של התקופה ההיסטורית הקרובה לנו ולא של ימים עברו. כוונתנו לכך שאידיאות אלו הן חרישות באופן יחסי, ואינן פרי של תוכמה עתיקה. סלוי, למשל, את הערכים של ההגינות והכנות (Integrity and Honesty) ביחסים הציבוריים. ערכים אלה לא נמנו, לרעתו של סר ישעיהו ברלין, עם התכונות המוערכות והמטופחות בעולם התרבות האירופית בעת העתיקה או בימי הביניים.

בעת ההיא העריכו את מה שמעצבי תורתיה כינו "האמת האובייקטיבית", ויצירת עולם סדור הניצב על מכונו – תהיה דרך השגתו או האמצעים לארגונו אשר יהיו. הרי,

* נשיא בית המשפט העליון.

הרשימה מבוססת על דברים שנישאו בפני תלמידי הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ביום 11.12.1994, לרגל יום זכויות האדם הבין-לאומי.

1. J. Berlin, *Against The Current* (Oxford, 1989) 333.

עולמם של האירופים בימי הביניים היה מבוסס על האמונה שיש רק אמת אחת ולצדה וסביבה משגים רבים, הנוכעים כולם מהיעדר אמונה דתית צרופה. מסקנה דומה תעלה לגבי ותיקותו ועתיקותו בתרבות המערב של רעיון הסובלנות ושמיירת כבוד האדם, כערך עצמי ולא כאמצעי תועלתני הבא למנוע מחלוקת הרסנית. תורתנו כתבה: "ויברא אלהים את האדם בצלמו בצלם אלהים ברא אותו" (בראשית א, כו). על כן, כפי שנהוג לפרש, כל אדם גברא בצלם אלוקים. כולם שווים ולכולם יאה כבוד האדם. רעיון החירות וחזיונות האדם כפי שהוא נרדן היום במעגלי הציוויליזציה המערבית, הוא תולדה של שינויים והתפתחויות בעולם המערבי, שהתרחשו לקראת סוף המאה השמונה-עשרה בלבד. מהפכות-הנגד הטוטליטריות שאירעו במאות התשע-עשרה והעשרים לא היו אלא מעין עוויתות-דהייה פיסילוגיות שהיום, "כביכול", כבר שכחו. אני נוקט לשון "כביכול", מאחר שאיני מאמין בהשקפה שהציג הוגה הדעות האמריקני פוקויאמה² במאמרו, שנכתב בלהט האופוריה שליוותה את האירועים המהפכניים במזרח אירופה, ואשר לפיה ניצחון הדמוקרטיה סופי ובלתי מעורער. וכך כתב פוקויאמה במאמרו:

Liberal Democracy may constitute the endpoint of mankind's ideological evolution and the final form of human government and as such constituted the end of history... The ideal of liberal democracy could not be improved upon.

היינו, הדמוקרטיה הליברלית עשויה להיות נקודת גמר להתפתחות האידיאולוגיה. היא הצורה הסופית של הממשל שנוצר על-ידי בני האדם, ולכן יש לראות בה את סוף ההיסטוריה. אין אפשרות לשפר את האידיאל של הדמוקרטיה הליברלית. לפי השקפתו של פוקויאמה, כפי שהוסיף והסביר בספרו, יש שני כוחות חזקים המניעים את ההיסטוריה האנושית: את האחד הוא מכנה "ההיגיון הסמון במדע החדש" (The logic of modern science), ואת האחר, "המאבק להכרה" (the struggle for recognition). ההיגיון הסמון במדע החדש דוחף את האדם המבקש למלא את מאווייו, לעבר אופק הולך ומתרחב. האדם פועל כאן על-פי תהליך רציונלי. המניע האחר, המאבק להכרה, ההולך במידה רבה בעקבות הגל (Hegel) אינו אלא מלחמת הקיום, שהיא הנלגל המניע של ההיסטוריה.

לדעת פוקויאמה, במהלך הזמן שני כוחות אלה מביאים להתמוטטותו של כל שלטון טוטליטרי. הם גורמים לתברות השונות זו מזו מכחינה תרבותית לכונן דמוקרטיה קפיטליסטית, בתור שלב הסיום של תהליך ההיסטוריה.

2. המאמר פורסם ב-National Interest, Summer 1989; ראו גם ספרו של פוקויאמה - F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (London, 1992) XI

לטענתו, ההיסטוריה הגיעה עתה אפוא אל סופה, שהרי הוכח ניצחונה הבלתי מעורער של הדמוקרטיה. אין פירושו של סוף ההיסטוריה שייפסק מהלך האירועים האישי או הקיבוצי, שהרי זה בלתי אפשרי. סוף ההיסטוריה פירושו, לדידו, הפסקת החידוש הרעיוני שתקרה בהכרח משום שהדמוקרטיה היא כוח שלא ניתן לנצחו ולהתגבר עליו. הדמוקרטיה תמשיך ותהיה הרעיון השליט, באין מתנגד ובאין מחדש. אין להוסיף עליה שכלול או תיקון פגמים או משגים.

זה יהיה המצב בשלב שהוא מכנה "גמר ההיסטוריה". אולם, שאלה גדולה – גם לדידו – היא אם החירות והשוויון המדיניים יכולים להתקיים בתברה שבה יהיה האדם שבע רצון לחלוטין, או שמא מצבו הנפשי של "האדם האחרון" בהיסטוריה, שנטלו ממנו את פתחי המוצא לשאיפותיו לשליטה, יוביל ללא חלופה להחזרת העולם לתוהו ובוהו ולשפיכת דמים.

עם כל העניין שניתן למצוא בדעות וברעיונות שפוקיאמה מציג לא תיפסק, לטעמי, לעולם המתשבה הרעיונית המתחדשת, המערערת על הקיים ועל מוסכמות, תוך חידוש, הוספה והתאמה. זאת ועוד, אנו יודעים אל נכון כי ניצחון הדמוקרטיה אינו דבר מובן מאליו, וכי גם רעיון החירות קיים ויתקיים רק אם יוגן באופן מתמיד מפני מהפכות-הנגד, האישיות או הקבוצתיות, ואין כל ודאות או ערובה שמהפכות-הנגד לעולם יכשלו. עם חלוף הימים גם למדנו כי התלהבות הנעורים, שהשתררה לרגע כאשר חל המהפך במזרח אירופה, לא הביאה לדמוקרטיזציה מושלמת בכל מקום. מבחינה זו היתה ההתלהבות מוקדמת מדי. ההיסטוריה אינה כפוחה להתפתחויותיה ההדרגתיות, וכל שינוי מדיני צריך להיות צפוי.

נשוב לתולדות הרעיונות: הוגי הדעות הליברלים במאות התשע-עשרה והעשרים, שהאמינו כי הם רציונליים כתפיסתם, דבקו כמונו בדורנו באמונה שדמוקרטיה ליברלית היא הטובה ביותר – או כדברי צ'רצ'יל, הפחות רעה – מבין צורות ההתארגנות המדינית האנושית. הם גם סברו כי המדינה האתנית-לאומית היא הדגם הרצוי של חברה אנושית, שזכתה להגדרה עצמית ושולטת בעניינה. הם קיוו, משום מה, כי מעת שהתפרקו המדינות הרבי-לאומיות הגדולות שנשלטו על-ידי שושלות ההבסבורגים או הרומנובים ונפרדו למרכיביהם, הושבע בכך רצונם של בני היחידות האתניות העצמאיות, והלחצים הפנימיים האלימים והגזעניים התוקפניים באו על סיפוקם. שהרי, לפי תפיסתם התמימה, כל המסגרות האתניות הללו לא שאפו אלא לאיחודם של בני אותה תרבות, לשון, מסורת וזיכרונות משותפים, זה ותו לא; וברגע שהשיגו את זה, שבע רעבונם והשלום ישרור בין כולם. הם האמינו שתקום קבוצה "צעירה" של מדינות אומות משוחררות מבחינה ריבונית ומרעיונות הכפייה הפוליטית; וכי התוקפנות תיעלם, שהרי התוקפנות היא כביכול רק מצב פתולוגי הנוצר על-ידי ועקב הדיכוי הלאומי על-ידי אחרים.

המציאות טפחה על פניהם והוכיחה שלא רק שמרכיבי "נפש-האומה" אינם כה פשטניים, תמימים ואידיליים, אלא כי הפרט כשלעצמו, כלומר נפש האדם, רב-גוני יותר, מורכב יותר, ואם תרצו, מפתיע יותר וכי היצר האסוויסטי של תחרות, תוקפנות, אלימות, עוינות ושאיפה לעליונות, נשאר עמנו וכנראה ישאר עמנו כמציאות חיה וגם ביהסים שבין מדינות גדולות כקטנות. אמנם קידמנו והפצנו את רעיונות הסובלנות,

החירות והאנושיות וגם הגברנו את המודעות לנוכחות האדם, אולם, למרבה הצער, אין עדיין שינוי בסיסי ביחסים ההדדיים בין פרט לפרט ובין חברה לחברה, והשמירה על החירות האישית, הסבלנות והסובלנות מחייבת עירנות, חינוך, דרבון, הסברה וסילוק סיכונים, עתה לא פחות מאשר בעבר.

ב. המשפט ומדעי המדינה

עולם האידיאות שולט וחייב לשלוט בתפיסות היסוד המדריכות אותנו בעת עיצובם של הכלים החברתיים, ובתוכם הכלים המשפטיים המשרתים אותנו. אין חיי משפט ללא זיקה לסביבה החברתית וללא הישענות על שיטת ממשל ותפיסות עולם מוגדרות, שהן הלוח של שיטת המשפט. אין טיפול משפטי רציונלי ופרגמטי בבעיה חברתית, שאינו מונחה על ידי השקפות ודעות היוצקות את סם החיים (ה-elixir) לתוך הכלים הללו. אכן, יש תזוה עיוניות המתארות מעין תהליך של ניתוק בין המשפט לבין תפיסות היסוד הערכיות של החברה והמדינה. אולם דומה כי אלו אינן מציאותיות. כך גורס גריפית במאמרו:³

משפטן כבול על-ידי סוג מסוים של הרגלי חשיבה. אדם בעל הכשרה משפטית אינו מסוגל להסתכל ולבחון מוסדות או כללים מינהליים או אפילו מדיניות חברתית או פוליטית, כאשר הוא משוחרר מהרגלי החשיבה שלו. לא קל למשפטן להפוך לאיש מדעי המדינה. קשה לו להפוך לסוציולוג או להיסטוריון. הוא ילחם בשינוי כדי להגן על זכויות חוקיות מול סיעונים וגימוקים משכנעים המבוססים על היעילות, טובת הכלל או טובת החברה. הוא מאמין, עקב הרגליו המחשבתיים, שאלו מסוכנים ומשמשים על נקלה כמעטה, ככיסוי, לפעולות שרירותיות.

קרי, המשפטן כפוח וכבול לתפיסתו והפתיחות רחוקה ממנו. מתרה ומחזיק אחריו שקלר⁴ המציג את התיאור הבא:

הדחף להתוות קו מבדיל ברור בין משפט לבין מה שאיננו משפט, הולך לגיבושן של שיטות נוקשות יותר של הגדרות פורמליות. הליך כזה הביא לבידוד גמור של המשפט מן ההקשר החברתי שבתוכו הוא קיים. מעניקים למשפט היסטוריה מושלמת ונפרדת,

³ J.A.G. Griffith, "The Law of Property (Land)" in M. Ginsberg (ed.), *Law and Opinion in England in the 20th century* (1959)

⁴ Shklar, *Legalism* (1964)

מדע משלו, ערכים משלו, אשר לגבי כולם נוהגים כאילו הם גוש אחד המנותק מן ההיסטוריה הכללית, מן הפוליטיקה, מן המוסר. הרגלי המחשבה מתאימים עצמם, כגבולות הצרים, לסדרי הדין הנוהגים בבתי־משפט. מטרתה של דרך זו לשמר את החוק מפני שיקולים לא רלוונטיים; אולם הדבר הביא לניתוק המחשבה המשפטית משאר סוגי המחשבה והניסיון ההיסטוריים.

אינני מאמין בניתוקו של המשפט מסביבתו. אינני מאמין גם בכידודו של המשפט ממדעי ההתנהגות. יסודה של כל תורה הקובעת אורחות של תברה ומרכיביה, סמון בערכים היסודיים המדריכים אותה. המשפט צומת מתוך תפיסות היסוד הללו, למשל האמונה בדמוקרטיה, שביטוי בנורמות הקובעות זכויות יסוד ותפיסות יסוד. אכן, הכול כפוף לחוק, והחוק כפוף לנורמות החוקתיות המגדירות זכויות אדם, אך הכול צומח מתוך ראייה משולבת, מתוך השקפת עולם דמוקרטית קומפרהנסיבית ולא מתוך נחלה משפטית, המנותקת מן המציאות, מדפוסי המשטר המדיני ומתפיסותיה של החברה שבתוכה המשפט מופעל.

לכן, מקובלת עלי במידה רבה יותר אמירתו של פרופסור הרולד לסקי, שכתב, כי אמונתו היא ששיטת המשפט היא חלק מן הורה הפוליטית הרחבה יותר.⁵ משמע, יש מבחינה ערכית ותוכנית קשר וויקה ישירים בין תורת המשפט לבין תורת מדע המדינה. אין ספק שמשפטן עושה כמיטב יכולתו כדי לראות דברים ללא מסננת פוליטית – במובנו הצר של המושג. אולם היסודות הערכיים, קרי תפיסות היסוד, יוצרים קשר חי ובל ינתק בין תורת המדינה לבין התפיסות בדבר צורת המשטר, התפיסות הנורמטיביות בתחום המשפט וזכויות היסוד.

ערכי היסוד המשפטיים, זכויות היסוד החוקתיות, הם השולטים בתורת המדינה ובדפוסייה של המדינה והחברה. הם תמצית האמונות והדעות המוליכים אל המשפט ואל המשטר המדיני השורר במדינה נתונה. האמונה בחירות האדם מכתובה הן את צורת המשטר המדיני והן את תוכנו של החוק השורר בה.

נעבור מן הכלל אל הפרט ומן המקרו אל המיקרו: לעולם דרושה תפיסת יסוד, ועל כן אין גם אפשרות ויכולת של התמודדות עם פשיעה, בלי שיש תפיסה ערבית בסיסית שעל יסודה נעשה הניסיון לגבש השקפה בעניין כללי המותר והאסור בתחום הגדרת העבירות, במישור סדרי הדין ובשדה הענישה. זהו מסה ומעש (Trial and Error), מתמיד ומתמשך. המשפט הפלילי מבטא את החרב והסגן שהתברר מניפה כדי להגן על הפרט. בהתאם ליעוד עקרוני זה מגובשות התפיסות בדבר זכויות הקורבן וזכויות העבריין. הפנולוגיה או הוויקטימולוגיה אינן תלויות על בלימה, אלא משקפות ראייה המעוגנת באמונה בזכויות יסוד של האדם.

5. H. Lasky, A Grammar of Politics (1925) ch.10

ג. הפשיעה

נאמר כי הפשע משקף, במידה רבה, את אופייה של החברה. זוהי אמירה שאינה נעימה לאוזן ועלולה אף להרפות ידהם של הבקשים לבנות שיטות התמודדות עם הפשע. אולם, כפי שעוד אעיר, יש מאפיינים עובדתיים שאין להתעלם מהם, כגון נורמות התנהגות חברתיות מקובלות, דעות קדומות נפוצות ומסורות מושרשות. הסברה שלי היא כי תופעות הפשע השופות תמיד להשפעה ולשינוי יחסיים. אחד התנאים לכך הוא שתהיה שיטה, היינו תפיסה כוללת מגובשת ושיטתית למלחמה בפשע, שיטה שיש לה Tools & Dices, דרכי פעולה ולוחות זמנים וסדר עדיפויות, ובעיקר עקביות כלשהי. נכשלו שיטות שהיו מונחות רק על-ידי המגמה להיות רכים ודצויים בעיני התיאורטיקאים. בהיפוש אחר דרכינו החלפנו שיטות ורעיונות בתחום הענישה וערכנו ניסויים מוצלחים ולא מוצלחים, ובכך אין רע, שהרי יש לעולם לנסות וללמוד. כך קמו מעונות נוער בארץ ומעונות Borstal באנגליה שאימצו שיטה שונה במקצת, המאסר הבלתי קצוב, עבודות שירות, שירות לתועלת הציבור ומאסר על תנאי והארכת המאסר על תנאי, ואנו עדיין מנסים ומחפשים. על כגון דא חיבר ט"ס אליוט את אחת משורותיו באומרו:

We shall not cease from exploration and the end of all
exploring will be to arrive where we started and to know the
place for the first time.⁶

לדעתי, נוכחנו כיום לדעת שאין בידינו אלא לחזור לנקודת המוצא, וכי בהיעדר הרתעה אין ענישה אפקטיבית, וכי בהיעדר ענישה אפקטיבית מתפשטות שחיתות ואלומות ומתרבים מעשים כמו אונס, רצח, שוד, גרימת מוות בכבישים של יותר מחמש מאות איש ואישה בשנה וגניבת כלי רכב כל עשרים וחמש דקות. בהיעדר הרתעה עונשית אפקטיבית אין לוחמים באלימות בכלל ובאלימות במשפחה בפרט, ואין שומרים על שלמו וכבודו של קורבן-העבירה, ואין מגינים על דמותו האנושית. מקום שבו נכשל המינוך ונחסמת התקווה להישגים מניעתיים בדרך המבחן והשיקום, היוגית ההרתעה העונשית הממשית. בהיעדר כוחו של הדין, נאלם קולו של הדין. בהיעדר הגנה על הפרט, נעלם לא רק ביסחוננו אלא גם כבודו.

ד. כבוד האדם

נכון וראוי לפעול בתחומים אלה הן בכל הנוגע לזכויותיו של הקורבן והן בכל הנוגע לזכויותיו של העבריין, לפי ערכי היסוד שלנו. במה דברים אמורים? עלינו לעבד

⁶ T.S. Eliot, "Little Gidding", Collected Poems (1963) 222.

ולהשריש אמות-מידה להתנהגות ראויה בין בני האדם. עלינו לפעול גם לקיומן הלכה למעשה. תפיסת היסוד המנחה אותנו בכל הנוגע ליחסים בין אדם לחברו, בין גבר לאישה, בין בגיר לקטין, היא של יחסי כבוד ויש לכך גדבכים שונים.

אנו נמצאים בעידן שבו מתקיים שינוי זוחל בלבוש שלובשות הגדרות חוקתיות של זכויות הפרט. הזכויות מעוגנות גם כיום במשפט הפוזיטיבי שלנו, אולם לפני כשלוש שנים ניתן לאחדות מהן לבוש חקוק ויציב, ולאחת מהן אף מעמד משוריין. ביניהן ניצבת זכות היסוד לכבוד האדם, ואני מבקש להקדיש מלים לזכות זו ולהבנת אופייה. זוהי זכות חיה, החייבת בהגשמה יום-יומית, ואשר איננה מתמצית בנוסחות חוקתיות ובהתמודדות תיאורטית בין רשויות השלטון. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי אין פוגעים בכבודו של אדם. זכותו של אדם היא, כי כבודו כאדם יוגן. ההגנה על כבוד האדם היא חובה של הרשויות, המעוגנת בחוק-יסוד. הזכות קיימת כחלק מהותי מתפיסות היסוד האנושיות והחברתיות שלנו, ועל כן נקבע לה מקום בהוראות החוקתיות של משפטנו, כביטוי לערכי המדינה והחברה.

הזכות היתה מעת קום המדינה חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו. היא עלתה ממגילת העצמאות, שקבעה כי המדינה תהיה מושתתת על יסודות החירות והצדק לאור חוונם של גביאי ישראל ותקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור. הזכות עלתה מפסיקתו של בית-המשפט העליון. משמע, התגבשותה ולאחר מכן השלכתה והפעלתה לא היו מותנים בתקיפתו של חוק-יסוד, המבטיח את הגנתה ושמירת קיומה. חוק-היסוד אינו יוצר את זכות היסוד מעיקרה, אלא מגבש אותה בתוך הוראה סטטוטורית וקובע הסדרים ודפוסים שנועדו להגן עליה.

יש מקום להבחין בין הגרעין לבין הכלים שנועדו לשמרנו. הגרעין הוא זכות היסוד, וכן השאיפה והשקידה על קיומה הלכה למעשה בכל הרבדים של חיינו המדיניים, החברתיים והבין-אישיים. ההסדרים החוקתיים נועדו אך לשמש אמצעים ומכשירים להגנה על הזכות. על כן, יש לזכור, לעולם, כי ההכרה בזכות היסוד והאמצעים הדרושים כדי להבטיח את הגשמתה, משתרעים אל מעבר לנוסחות החוקתיות הקובעות את דרכי שריונה של הזכות, והמקנות לזכות היסוד, מן הבחינה המשפטית, מעמד-על מוגן ונעלה. לכן גם נאמר בסעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות המצוינות בחוק-היסוד האמור. אני סבור שהמטרה היא, כי גם כל פרט יהיה קשור לחובה האמורה גם ביחסיו בתחום המשפט הפרטי, ורשות השלטון הנוגעת בדבר, קרי לרבות בית-המשפט, חייבת לכבד זכות זו בעת אכיפת החוק.

ההגנה החוקתית על זכות יסוד שומרת על קיומה מול חקיקה המבקשת לצמצמה, ושאינה עונה לכללים המסייגים שהותוו בחוק-היסוד, ומול הפרתה על-ידי רשות מרשויות השלטון. אולם ההגדרה החוקתית אינה יכולה לוודא את כיבודה הכול-כולל של זכות היסוד, בכל הנסיבות, בחיי היום-יום, הלכה למעשה. יש לה ערך דידקטי, אך הפיכת הדידקטי לממשי-פרגמטי דורשת עלייה בשלב נוסף בסולם. על כן, הבנתה וקידומה של זכות היסוד של כבוד האדם כערך בין ערכי היסוד של שיטתנו המשפטית והחברתית, וכאמת-מידה חיה ומיושמת, הם העיקר הראוי להצבה במרכז מעיינינו, גם כאשר אין מתעוררת השאלה בדבר סתירה בין זכות היסוד לבין חיקוק כלשהו.

לעולם יש לשוות לנגד עינינו, כי קיומה והגשמתה של הזכות אינם מתמצים במבנה החוקתי הקובע את שריונה ובנוסחות המשרתות אותו. ביצועה של הזכות - לרבות העמקתה, השרשתה והרחבתה - חייב למצוא ביטוי בכל דוברי החיים ובכל ההקשרים והגסיבות המדיניים, התברתיים והאנושיים, אשר בהם על הזכות למצוא את ביטוייה המוחשיים. כבוד האדם חייב לבוא לידי ביטוי ביחסי היום-יום שבין השלטון לפרט, של האנשים ביחסיהם הבין-אישיים, ביחסי של הפקיד לאזרח, ביחסי של התקשורת, ביחסי של המשטרה. כאשר מתעכבים בדיון על ההסדרים החוקתיים, אין לזנוח את ההדגשה וההבהרה של ביטוייה הרב-גוונים ועשירי ההשלכות של הזכות לגופה.

הבשורה החוקתית אינה מתמצית רק בהצהרה המילולית על חשיבותו של כבוד האדם, אלא במהותה, במידתה ובתוכנה של הגשמת הזכות, הלכה למעשה.

כמוזכר כבר, חוק-היסוד מחיל את החובה להגן על כבוד האדם על כל רשות מרשויות השלטון. זוהי החובה שבחוק, אך בכך לא סגין כבוד האדם וההימנעות מן הפגיעה בכבודו של אדם באשר הוא אדם הם ערכים שיש להשרישם בתוך כל רכיבי החברה, מעל ומעבר לתחומיהן של החובות המשפטיות המוטלות על רשויות השלטון. יש לעסוק בכך בגן הילדים, בבית-הספר, בצבא, במכללות ובקורסים במסגרות הקהילתיות. ערכה ויעודה של נורמה חוקתית עולים לא רק בחיוב החוקתי החל על החקיקה, אלא בכוחה החינוכי. אגב, הוא הדין בזכות היסוד של חופש הדיבור. הירות זו אינה ערך שמנופפים בו רק כאשר מבקשים לסגור עיתון, אלא גם כאשר בכל מסגרת חברתית וחינוכית עולה השאלה אם להתיר ויכוח חופשי או להנהיג צנזורה על-פי תפיסתו של הרוב המזדמן, שדעות חולקות אינן חביבות עליו.

השאיפה לערכים, שתבקש למצות עצמה בהגדרות של יחסי כוחות חוקתיים ובאיוונים בין רשויות השלטון, תישאר תלויה על בלימה בלי לזכות להגשמה מלאה. הגנת כבוד האדם כחובה של רשויות השלטון, ספק אם תצליח, אם תהיה מנותקת מן המציאות אשר בתוכה הרשויות פועלות. הגשמת הזכות מן הנכון שתעלה מתוך חיות ערכית של המדינה והתכרה שבה היא מופעלת ותמצא ביטוייה המוחשי בחיי היום-יום, ובין השאר גם בהתייחסותו של בית-המשפט להגשמת הזכות, בבואו לדון בסכסוכים קונקרטיים, שבהם מתחייבים דיון והכרעה בהגשמת זכות היסוד.

נרוד וגלוי על כן, שכבוד האדם לא יובטח רק על-ידי הדיבור עליו אלא על-ידי מתן ביטוי, ממשי ומוחשי, לשמירה עליו. בכך יש תפקיד חשוב לבתי-המשפט, בכך יש תפקיד חשוב לאקדמיה, בכך יש תפקיד חשוב למשפטנים, החייבים לשקוד על חינוך הציבור לגישה המכבדת את הזולת, על ההגנה המעשית על כבוד האדם, על קיום השוויון שהוא רכיב מרכזי בכבוד האדם ועל ההגנה על אלה שאין בידיהם להגן על כבודם ללא עזרת בית-המשפט.

סיכומם של דברים, כבוד האדם, בהקשר החוקתי, הוא מושג משפטי, אולם חייב להיות לו ביטוי מעשי בהווה האנושית היום-יומית וביחסם של המדינה והחברה ורשויותיהן, אל הפרט החי בה. כבוד האדם משתקף, בין השאר, ביכולתו של יצור אנוש לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, שלא להיות משועבד לכפייה שרירותית, שלא להיות מבוזה,

גדרס, מוכה, נרדף ומושפל, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, כולל בן זוגו, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש, לזכות לתשומת-הלב הראויה של החברה בה הוא חי, להשיג דעת או לסרב לדעת, ברצונו.

על כן כבוד האדם נפגע, כאשר גושה אינו יכול לגבות חובו מן החייב, היינו אם המחוקק ובית-המשפט מושיטים ידם רק לחייב ולא לנושה; והרי ייתכן שהנושה הוא עני מרוד ורעב, חזקוק לפרוטה שנשללת ממנו, והחייב הוא בעל משאבים הנהנה עתה מן הדממה שהשתררה בלשכות ההוצאה לפועל בעקבות פסק-דין פרי"ח.⁷ כבוד האדם נפגע כאשר בית-המשפט דן במשפטו של מי שעבר עבירה כלפי גופו של אחר ודן בהטלת עונשו של מי שהורשע בדין, בלי לקבל במסגרת הליך זה מידע מה עולל העבריין לקורבן העבירה, היינו, מהו מצבו הערכני של קורבן העבירה. ההנחה האופנתית שלפיה נועדו עיקרי הפנולוגיה רק להגנת הנאשם וכי הצורך בהגנת הקורבן וההתחשבות בייסוריו נדחקו הצידה, פוגעת בכבוד האדם.

ה. החירות האישית

שמירת כבוד האדם היא אחותה התאומה של האמונה בחירות האדם. הכלי להגשמת שמירה זו מסתייע, כאחד מזרועותיו, בסובלנות. אין מוקדם ומאוחר בתורה זו. קיומה של חירות אמיתית מחייב כיבוד זכויותיו של הזולת. הכבוד לאדם הוא פועל יוצא של הכרה בחירותו האישית, בדמותו כאדם. הכרה בזכותו של הפרט לפתח את אישיותו ולהיות אדון לעצמו, הם ביטויים של זכות היסוד לכבוד האדם ולהכרה בחירות האישית של הפרט. סד ישעיהו ברלין אמר בספרו "ארבע מסות על חירות":⁸

המשמעות החיובית של המילה "חירות" נובעת ממשאלתו של היחיד להיות אדון לעצמו. אני מבקש שחיי והחלטותי יהיו תלויים בי עצמי, לא בכוחות חיצוניים כלשהם. אני מבקש להיות מכשיר של פעולותי הרצוניות שלי, לא של זולתי. אני מבקש להיות סובייקט, לא אובייקט. להיות מונע על ידי שיקולים, על ידי תכליות מודעות שהם משלי ולא על ידי גורמים המשפיעים עלי כביכול מבחוץ. אני מבקש להיות מישהו, לא אלשהו (Nobody). עושה, מחליט, לא מי שמחליטים בשבילי, מכון עצמו ולא מופעל על ידי הטבע החיצון או על ידי בני אדם אחרים, כאילו הייתי חפץ, או בעל חיים...

כלומר, ללא יכולת לעצב מטרות ומדיניות משלי ולהוציאן לפועל. דבר זה... הוא חלק ממה שאני מתכוון באומרי כי אני ראציונלי, וכי תבונתי היא המייחדת אותי כייצור אנוש... אני

7. בג"צ 5304/91 פרי"ח נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מז (4), 715.

8. I. Berlin, *Four Essays on Liberty* (Oxford, 1969) 131.

מבקש מעל לכל להיות מודע לעצמי כיצור חושב, רוצה, פעיל,
נושא באחריות לבחירותי ומסוגל להסבירן על ידי התייחסות
לרעיונותי ולמטרותי. אני חש עצמי חופשי כמידת אמונתי כי
הדבר נכון, ומשועבד כמידת הבאתי לכלל הבנה כי אין זה כך.

פשוט וברור הוא, כי קיומה של הסובלנות ההדדית בין בני אדם היא אמצעי ראשון
במעלה לקיום ולשמירה של החירות האישית. הישרדותה ומימושה היומיומי מותנה, בין
השאר, ביחסיהם של בני אנוש זה לזה. נפרשת קסטנבאום⁹ אמרתי בהקשר זה, כי בני
האנוש הנמנים עם חברה נתונה, נקראים לכבד את התחושות האישיות רגשיות של הפרט
ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה שהדגשים הרגשיים האישיים שונים
מאדם לאדם, וכי בחברה חופשית אין שאיפה לקולקטיביות של אמונות, דעות או רגשות.
חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט ונוהגת
בסבלנות, בסובלנות ואף בניסיון להבין את האחר, וכך גם כאשר מדובר בהליכה בדרכים
שאינן נראות בעיני הרוב כמקובלות או כרצויות.

כפי שיש לקבל ולכבד את זכותה של חברה לספח את תרבותה, לשונה הלאומית,
מסורתה ההיסטורית וערכים היוצא באלה, כך גם צריכה לשרוד נכונות לחיות עם פרט
זה או אחר בתוך החברה, הבוחר בדרך שאינה זהה למגמות ולשאיפות של הרוב שבה. זו
הדרך לכבד את הפרט ואת בחירותיו.

בחברה חופשית יש מקום לדעות רבות ושונות, וקיומה של החירות שבה, הלכה
למעשה, מוכח על-ידי יצירת האיוון הנכון המאפשר לכל אחד להגיע לביטוי אישי בדרך
שבה הוא בוחר. זו מהותה של הסובלנות, שהיא מתירה מגוון של דעות, חירות של ויכוח
וחופש מצפון, כל עוד אלה אינם יוצרים סיכון לכלל או לפרט אחר. הסובלנות היא צורת
ביטוי לכיבוד האדם.

הוספתי ואמרתי בפרשת נשות הכותל,¹⁰ בעומדי על חשיבותה של "הסובלנות" כערך
יסוד בחברתנו ואף במשפטנו, כי בניה ובנותיה של חברה חופשית, שכבוד האדם הוא חלק
מעיקריה, נקראים לכבד את התחושות האישיות רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם,
וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה כי ההדגשים הרגשיים אישיים ואורחות הביטוי שלהם
שונים מאדם לאדם... הסובלנות והסבלנות אינן נורמות בעלות מגמה חריסטית אלא
נורמות היקפיות ורבי-כיווניות. חברה נאורה מכבדת את אמונותיו ודעותיו של הרבך בהן
בלהט ובהזדהות, אף שאינם בהכרח מדרכו וממידתו של האדם מן השורה. ההבנה של
הזולת עולה בחשיבותה על ההבנה העצמית; הציווי של "דע את עצמך" הלקוח ממסורת
תרבותית אחרת, כבודו במקומו, אך אין הוא יכול לבוא במקום האימוץ של עקרון
הסובלנות, כביטוי בכלל הגדול "דעלך סני לחברך לא תעביר" (מה ששנוא עליך אל
תעשה לחברך). סובלנות אינה סממה לצבירת זכויות, אלא אמת-מידה להענקת זכויות

9. ע"א 294/91 חברת קדישא ב' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464.

10. בג"צ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח (2) 265.

לזולת. סוף דבר, הסובלנות חייבת להיות הדדית. מפגנים כוחניים השאובים לעתים מנהגייהן של חברות אלוניות, ממערב או ממזרח, אינם הולמים אותה. ערכי היסוד של כיבוד האדם כאדם, כיבוד החירות האישית של הזולת וביטויים בסובלנות ההדדית, הם אנתיתזה לאליונות.

1. על האליונות

אם עוברים מתחום הרצוי אל תחום המצוי, אין להתעלם מכך כי האליונות היא תושב קבע במציאות שלנו. היא תושב קבע בחברה האנושית המערבית והמזרחית, והתרבות לא השפיעה עליה את השפעתה הממתנת המצופה.

האליונות מודקרת כתופעה מבהילה למי שפותח את העיתון מדי יום: פגיעה בילדים, פגיעה בכני הזוג, פגיעה בקשישים, פגיעה בשכנים בשל דברים של מה בכך, נהיגה אלימה בכביש המתעלמת מכל יתר המשתמשים בדרך; והייתי יכול להוסיף ולמנות. גם האליונות במשפחה היא, כאמור, ענף בתוך האליונות הכללית, והמיוחד אותה הוא שהיא בדרך כלל בעלת שני סממנים בולטים: 1. שהייה תחת קורת גג אחת מגבירה את החיכוך ומלבה את האליונות אצל מי שאינו מסוגל או אינו רוצה לנהוג בהבנה, בהשלמה, בסבלנות ובסובלנות, ולכבד את בן או בת זוגו, כפי שהתחייב בשלב פלוני בחייו, כאשר נכנס לקשר הנישואין. 2. יחסי הכוחות בדרך כלל אינם שווים.

יש שהאליונות צומחת מתוך נסיבות חברתיות או גנטיות. לפסיכואנליזה הפתרונים וההבחנות. היא תופעת לוואי של אכזריות ואטימות אנושיים, הטמונים כנראה עמוק בנפש האדם.

הקורא בספרו של מישל פוקו¹¹ את תיאור הוצאתו להורג בפריס של דמיאן (Damien) – לפני כמאתיים וארבעים שנה – נדהם מן האכזריות בטולת המעצורים שהוצגה ברבים בפני קהל עם ועדה, שהתאסף בסקרנות כדי להזות במחזה האימים: השפוט הובל לפתח הכנסייה בעגלה, כאשר לגופו כותנת בלבד. על כמה נישאה נתלש בשרו במלקחיים לוחטות מחזהו, מידי ומרגליו. על ידו הימנית נשפכה גופרית כדי לשרפה. למקומות שבהם נתלש בשרו מגופו נשפכה עופרת מומסת, שמן בוער, שעווה וגופרית, ולבסוף נקרע גופו לארבעה גורים עליידי ארבעה סוסים שרתמותיהם נקשרו לארבעת גפיו, ואשר הופנו לארבעה כיוונים. מי שקורא תיאור זוועה זה שב ונדהם מן היכולת הבלתי מוגבלת להמציא שיטות עינויים, הנותנות ביטוי ליצר האליונות חסר המעצורים החבו כנראה בנפש האדם. אגב, בתקופה שבה אירע מקרה זה חיו וולטר (1694-1774) ורוסו (1712-1778).

מאז 1757, מועד הוצאתו להורג של דמיאן, זרמו מים רבים והתרחשו מעשי אכזריות ואליונות רבים. התרבות עידנה את הביטויים החיצוניים הראויתניים של האליונות, אך לא ביטלה את עצם קיומה ואת ביטוייה הרבים, והיו אף תקופות שאינן רחוקות מאתנו שבהן צעדה אחורה ולא קדימה.

11. M. Foucault, *Discipline and Punish* (1979) 3.

לצד, פיתחנו גם אצלנו דגם לא מלוטש ואלים של התרבות המערבית. האלימות המילולית היא סימן היכר של התרבות הישראלית המצויה, מגן הילדים עד לדברים הנראים ומושמעים על גבי המסך הקטן – ואין כוונתי לטרטים דווקא. האלימות זכתה לתשומת-לב רבה במחקריהם ובמסותיהם של הקרימינולוגים. הגישות והפתרונות הם כמוזן רבי-גוניים. יוזכר בהקשר זה, כי בין זרמי הקרימינולוגיה צמחה גם, בין השאר, תזה עיונית שאינה שמה את הדגש באופן בלעדי בגורמים החברתיים, הפסיכולוגיים או הגנטיים של האדם כגורמי אלימות – אם כי איננה מתעלמת מהם – אלא מתמקדת במערכת הנסיבות או שרשרת האירועים שקדמה למעשה האלימות והוליכה אליו. הבחינה מופנית אל מה שתואר במחקרים בלועזית כשרשרת האירועים הממשית שהובילה למעשה האלים.

במחקר שערך פרופ' ש"ג שוהם, יחד עם בן-דוד, ודמני, עטר ופלמינג¹² נדונה השאלה, מהו אינטראקציה של אלימות?

המתברים מבחינים בין מקרים שבהם מתגלה נטייה מוקדמת, מראש, לאלימות לבין מקרים שהם התפתחות של אינטראקציה אנושית. אין הם מתעלמים מן היסודות וההיבטים הגנטיים וההיסטוריים. ניתן למצוא באלה, לא אחת, הסבר לציפיות של אלימות. הגורמים שהוזכרו מתייחסים כמוזן רק לנסיבות שבהן קיימת אצל מושא הבדיקה נטייה מראש לאלימות. אולם הם מבקשים להפנות את תשומת-הלב אל ההיבט הנסיבתי, שאינו חל רק על בעל נטיות מראש לאלימות. הבדיקה הנסיבתית מאפשרת הבנה ומעקב אחר התפתחות המחקר על האלימות כתופעה נסיבתית בנוי על דגם האינטראקציה שכין היאני" (alter-I ego).

המשמעות של שיטת הבדיקה המתוארת נוגעות לקביעת האחריות הפלילית, היינו לשאלה אם יש תשובות משפטיות לכך מי הנחית את המכה האחרונה במעגלי התגובה ההרדיים, המוליכים לנקודה שאין ממנה חזרה (leading to a "point of no return" series of escalating stimulus-response cycles).

יש לכך גם השלכה על המדיניות המניעתית. כאמור, מדובר בשרשרת או במעגל (Cycle) של גירוי ותגובה, עד לנקודה שאין ממנה חזרה. איני נכון לאמץ את התורה של מערכת התגובות והגירויים של "alter"-I "ego" ללא סייג ותנאי ולהכריע בעניין משקלה היהסי מול גורמים חברתיים, היגויים, פסיכולוגיים ואחרים. אולם, ניתן להסיק מכל מקום, כי כאשר מדובר בנסיבות ספציפיות של "מעגל של תגובות", גדל הסיכוי בקביעתה של הרתעה אפקטיבית. התגובה האלימה אינה גזרת משמים. כאשר העכבות והריסונים רופפים, תהיה התוצאה שונה אם יתוספו מעצורים שמקורם בחשש מן התוצאה העוגשית במקרה של העדר ריסון, תגובותיו של אדם הן גם פועל יוצא של עוצמת המעצורים, ולא רק תולדה של גובה סף הגירוי שלו.

במלים אחרות, גם סף הגירוי הנמוך נשלט במידה לא מועטה על-ידי התוצאות הצפויות מראש. מקום שבו מותרת התנהגות מופקרת מוחלטת, שבה המאצו יכול לנהוג

12. S. Shoham, S. Ben David, R. Vadmani, J. Atar, S. Fleming, "The Cycles of Interaction in Violence", 2 Israel Studies in Criminology (1973) 69-70.

כגיבור חברתי וכדמות שמפניה חייבים לסגת או אף להשתחוו ולסגוד לה, אין גם קיום לריסונים ואין מעצורים.

אולם גם היפוכו של דבר הוא נכון. מקום שבו החברה אינה גרתעת מהדיפת ההשתלמות האלימה, יש תקווה לריסונים. כך, למשל, מספק החוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, אמצעי עזר, כפעולת חירום יעילה ומרסנת. הוא לא יחנך במישרין לסובלנות, לסבלנות, לאנושיות ולמידות טובות. לכך דרושות מסגרות אחרות. אולם הוא מאפשר תגובה מיידית המפרידה בין הניצים, המפסיקה את מעגל המריבה ואת הדיכוי וההשתלמות התוקפניים של מי שכופה דעתו במכות, באגרוף, בסכין, ולעתים בנשק חם.

ההפרדה בין בני הווג, שהיא בין האמצעים הננקטים לפי החוק הנוכח, היא במקרה כזה אך צעד ראשון. אין היא באה במקום מעצר וענישה. הענישה על אלימות חייבת להיות מחמירה, והרחמנות שבה נוהגים לעתים אינה מובילה אלא לסיכון נוסף של הקורבן. בתגובה של סלחנות מול אלימות יש משום זניחת כבוד הקורבן וכניעה לכוח הבא להרע. הגשמה של זכות היסוד של כבוד האדם באה לידי ביטוי, כאמור, בחיי יום-יום. כבוד האדם נרמס עליידי האלימות המצויה.

עלינו לפעול בכל כוחנו לשירושה של האלימות; מקום שבו מוכחת אלימות אמיתית צריך להיות ברור למי שהאשם בכך רובץ לפתחו, שתהיה תגובה משפטית משכנעת. בכך נתרום להגנה על קורבנות יבכוה; בכך נתרום לשמירת כבוד האדם.
