

## כבוד האדם

(דברים ביום העיון לדורית ביניש)

22.4.2013

1. תרומה חשובה ביותר תרמה הנשיאה ד. ביניש למשפט הישראלי על כל

היבטיו. תרומה מיוחדת היא תרמה למשפט החוקתי :

▪ רשימה ארוכה של פסקי דין : פרשות עדאלה וגלאון (איחוד משפחות), פרשת פלוני (אימוץ בגיר), המרכז האקדמי למשפט (בית סוהר פרטי), פרשת אורן (חיי משפחה וכבוד האדם), פרשת רסלר (בחורי הישיבה II), פרשת "משפחה חדשה" (חיי משפחה וכבוד האדם, אימוץ בין-ארצי), פרשת לוזון (זכות לבריאות).

▪ גולת הכותרת היא פרשת חסן-

❖ תפיסת הקיום האנושי בכבוד כחלק מכבוד האדם, תוך קביעת גבולותיה והיקפה של זכות זו.

❖ הקביעה כי כבוד האדם כולל הן היבטים אזרחיים והן היבטים חברתיים.

❖ הקביעה כי אין להחיל על ההיבט החברתי מודל חוקתי שונה לעניין הביקורת השיפוטית מזה החל בהיבט האזרחי.

על תרומה זו חבה לה מדינת ישראל תודה. ולכבודה מבקש אני להקדיש הערות מספר על כבוד האדם.

2. מקומו של כבוד האדם כזכות חוקתית מבוסס ומוכר. כך לעניין זכות-

האם של כבוד האדם, וכך לעניין כל זכויות-הבת המרכיבות אותה. אלו כוללת, בין השאר, את זכות-הבת לאישיות, לשם טוב, לחיי משפחה (כגון נישואין, גירושין, אימוץ), לשוויון, לחופש ביטוי, לחופש תנועה בתוך

המדינה, לקיום אנושי בכבוד, לחינוך, ליחסי עבודה, לחופש המצפון והדת, להליך הוגן. לכל אלה תרמה הנשיאה ד. ביניש תרומה חשובה ביותר.

3. השפעתה של הזכות לכבוד האדם על המשפט הישראלי הינה ניכרת. היא השפיעה לא רק על זכותו של הפרט כנגד המדינה, אלא גם על זכותו של פרט אחד כלפי פרט אחר. זאת באמצעות התחולה העקיפה של הזכות לכבוד האדם בתחומי המשפט התת-חוקתי.

4. עם כל זאת, השפעתו של כבוד האדם היתה חלקית בלבד. זאת בעיקר בשל ההוראה בדבר "שמירת הדינים" לפיה: "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד".

בשל הוראה זו כוון כל המאמץ המשפטי לעבר החקיקה החדשה – זו שאחרי מרץ 1992 – תוך שהדין הישן – זה שקדם לכינון חוק היסוד – נשאר ללא שינוי של ממש, וזאת לאור הגישה שהוא מוגן מפני כבוד האדם. הגנה זו מעוגנת כל כולה בפסקה בדבר שמירת הדינים.

האקדמיה הישראלית – ואני בתוכה – לא הקדישה תשומת לב מספיקה להוראה זו, להיקפה ולתוצאותיה. מבקש אני לעודד את החוקרים הישראלים לבחון אותה ואת השפעתה.

5. בחינת ההוראה על "שמירת הדינים" מעלה כי היא שומרת על חוקתיותו של הדין. היא לא מעלה אותו לרמה חוקתית, אם כי היא שומרת עליו בפני פגיעה בלתי מידתית בזכויות שבחוק היסוד. בעיקרו של דבר, הוראה זו מעניקה לדין הישן חסינות מפני ביקורת שיפוטית. לעניין הפסקה לשמירת דינים, ברצוני להעלות חמש נקודות:

6. ראשית, הוראות חוק חדשות המתקנות ישנות אינן חוסות בהגנה של שמירת הדינים. זאת גם אם הן מטיבות עם זכויות האדם לעומת הדין הישן.

7. שנית, ההוראה בדבר שמירת דינים עוסקת בחוקתיות של הדין הישן, לא במובנו. הדין הישן צריך להתפרש על רקע הערכים והזכויות שבחוק היסוד.

8. שלישית, לדעתי אין כל מניעה שבית המשפט ייתן הכרזה כי הדין הישן פוגע באופן לא מידתי בזכות חוקתית. תהא זו הכרזה על אי-התיישבות, כפי שהוסמך לעשות שופט באנגליה בעקבות ה- Human Rights Act (1998). ההכרזה לא תביא לבטלותו של הדין הישן – זו תוצאה הנמנעת על ידי הפיסקה בדבר שמירת הדינים – אך תכיר באי-חוקתיות של הדין הישן. להכרזה זו חשיבות חברתית, שכן היא מעמידה את המחוקק מפני הצורך להתמודד עמה. לעיתים עשויות להיות לה תוצאות משפטיות.

9. רביעית, הדין הישן לא מחוסן מפני המחוקק. הוא רשאי בוודאי בחקיקה רגילה לבטלו או לשנותו ובלבד שהחקיקה החדשה היא מידתית. האם מוטלת עליו (על המחוקק) חובה חוקתית לעשות כן? אני חושב שכן. זו חובת הכיבוד המוטלת על כל רשות שלטונית – על פיה "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". שמירת הדינים מכוונת לשופט, לא למחוקק. מהו הסעד במקרה של הפרת החובה? שאלה זו טרם נדונה בארץ. האם חיוב המחוקק לחוקק יעלה בקנה אחד עם הפיסקה בדבר שמירת הדינים?

10. חמישית, על בית המשפט לפתח דין הלכתי, המכבד את הזכויות שלפי חוק היסוד. פסקת הכיבוד קובעת כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". "כל רשות מרשויות השלטון" כוללת כמובן גם את הרשות השופטת. בית המשפט יוכל למלא חובתו זו רק בהיעדר דין קודם, שכן אין ביכולתה של ההלכה הפסוקה לנגוד דין קודם, לרבות דין קודם בלתי חוקתי שתוקפו נשמר. פיתוח הלכתי זה הוא חשוב. הוא אפשרי שכן הוא נגזר מחובת הכיבוד שבחוק היסוד. הוא

עולה בקנה אחד עם אופיה של ישראל כשיטת משפט מעורבת שיש בה יצירה שיפוטית. כך נהג בית המשפט העליון בעבר.

דוגמאות:

▪ בתחום דיני המשפחה: חזקת שיתוף הנכסים; תום לב בין ידועים בציבור; כבוד האדם כשחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) לא הוכח; פיתוח דיני הנזיקין כנגד גבר המסרב לקיים פסק דין של גט; פיתוח דיני גירושין למי שלא נישאו באופן דתי; פרשת נחמני; פרשת פלונית.

▪ לעניין חופש הביטוי: בפרשת מור נ' ברק אי.טי.סי [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומי בע"מ בית המשפט ניצב בפני מצב בו אין חקיקה רלבנטית. עם זאת, קיימת זכותו החוקתית של אדם לשמו הטוב. זכות זו מכוונת כנגד המדינה. לעומתה עומדת זכות חוקתית של אדם אחר לחופש הביטוי. אף היא מכוונת כנגד המדינה. על המדינה, באמצעות בתי המשפט – ובהעדר פעולה על ידי המחוקק – מוטלת החובה לקבוע דין תת-חוקתי-הלכתי שיאזן בין שתי הזכויות הללו. כך עשה השופט א' רובינשטיין בפסק דין המיעוט שלו.

בכל המקרים הללו צריכים להתקיים שני תנאים כדי שבית המשפט ימלא כדין את חובתו החוקתית:

האחד: הפיתוח ההלכתי פועל בתחום בו אין חקיקה של הכנסת.

האחר: הפיתוח ההלכתי הוא מידתי. דרישת המידתיות מכוונת גם כלפי בית המשפט.

מקווה אני כי פיתוח הלכתי זה – פרי חובתו החוקתית של בית המשפט – ייתן ביטוי למרכזיותו של כבוד האדם במשפט החוקתי הישראלי ולתרומתה המרכזית של דורית בגיבושו.