

כבוד האדם כזכות חוקתית

מאת: אהרן ברק*

א. הצגת הבעיה: מהו "כבוד האדם" ש"אין פוגעים" בו

כבוד האדם הוכר כזכות יסוד הלכתית בישראל¹. מכוחה של זכות זו נמנע, למשל, ביצוע חוקן באסיר ללא הסכמתו². מכוחה הוכרה זכותו של אדם בחייו, וזכות קרוביו לאחר מותו, כי הכיתוב על מצבתו יהא בשפה הקרובה לו³. מאז חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴ שונה מעמדו הנורמטיבי של כבוד האדם בישראל⁵. הוא הפך

- שופט בית-המשפט העליון. הרשימה מבוססת על דברים שנישאו בטקס חלוקת מלגות על שם ד"ר יעקב הרצוג ז"ל. ההרצאה ניתנה בטרם פורסם חוק-יסוד: חופש העיסוק (החדש) אשר הכניס לתוכו (ולתוך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) את "פסקת עקרונות יסוד". התפישה שלנו בענין כבוד האדם עולה בקנה אחד עם פסקת עקרונות היסוד, ומתחזקת מכוחה. עם זאת, עמדתנו ננקטה ללא קשר עם פסקה זו, ובטרם הוחקה. ביטולה (האפשרי) של הפסקה לא ישפיע, איפוא, על הפירוש הנראה לנו כראוי למושג החוקתי של "כבוד האדם".
1. ראה א' ברק פרשנות כמשפט (כרך שני, תשנ"ג) 444. כן ראה ע"פ 19/80 כהן נ' מ"י, פ"ד לה(3) 281, 291, בו מפנה השופט בכור אל "עקרונות היסוד של כבוד האשה כאדם חפשי ולא כשפחה". ראה גם ע"א 280/71 גרעון נ' חברה קדישא גחש"א, פ"ד כז (1) 10, 23.
 2. בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294, 298: "הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העצור והאסיר. חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי... אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו".
 3. ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 519: "כבוד האדם הוא זכות יסוד של האדם בישראל... שיקול זה של כבוד האדם, בהקשר שלפנינו, הוא בעל היבט כפול: ראשית, כבוד האדם וחופש המצפון, הביטוי והמחשבה של הנפטר. ייתכן ובחיינו ביטא האדם רצון משלו באשר לכיתוב על מצבתו – והדבר בא לידי ביטוי בצוואה שערך. על רצון זה יש להגן. הוא משקף את כבודו של האדם ואת חופש המחשבה, הביטוי והמצפון שלו בחייו. השאיפה לקבורה ראויה היא טבעית לאדם בתור שכוה; שנית, כבוד האדם, חופש המצפון והביטוי של משפחת הנפטר. לבני משפחת הנפטר עומדת הזכות והחירות כי זכרו של יקירם יכובד בדרך הנראית להם כראויה, וכי תינתן להם אפשרות להביע את רגשותיהם כלפיו באופן הנראה להם כמתאים. כיתוב בלשון שהמנוח ובני משפחתו דיברו בה היא ביטוי לכך".
 4. חוק היסוד נכנס לתוקפו עם פרסומו ברשומות, כלומר ב-25.3.1992. חוק-היסוד משמר את תוקפו של הדין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד (סעיף 10).
 5. כבוד האדם כזכות הלכתית ממושיכה לעמוד בעינה. הזכות ההלכתית לא בוטלה על-ידי הזכות החוקתית החקיקה. שתי הזכויות – ההלכתית והחקיקה – ממושיכות לדור זה בצד זה. על כן, עד כמה שהיקפה של הזכות ההלכתית רחב יותר מהיקפה של הזכות החקיקה, ניתן לפנות אליה לצורכי פיתוח ההלכה או פרשנות החקיקה. כך, למשל, אם יוחלט בעתיד כי כבוד האדם כזכות חוקתית על חוקית מכוון כלפי רשות השלטון בלבד, יהא מקום לפנות לכבוד האדם כזכות הלכתית בכל הנוגע ליחסים בין פרטים; לענין זה, ראה א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי": ספר קלייננהופר על המשפט הציבורי (תשמ"ג) 163.
 6. ראה עניין קסטנבאום, לעיל הערה 3, בע' 512: "עם חקיקתו של סעיף 1 לחוק היסוד: כבוד האדם

להיות זכות חוקתית על-חוקית⁷. כבוד האדם מוצא ביטוי מפורש בשלוש הוראות בחוק היסוד. ההוראה האחת קובעת כי⁸:

“אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם”.

ההוראה השנייה קובעת כי⁹:

“כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו”.

ההוראה השלישית – היא “פסקת המטרה” – קובעת כי¹⁰:

“חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמוזינה יהודית ודמוקרטית”.

על רקע שלוש הוראות אלה, מתבלטת חשיבותו של כבוד האדם בישראל. חשיבות זו מתבטאת בשלושה עניינים מרכזיים: ראשית, חוק היסוד מטיל על החקיקה הרגילה הגבלה בפני פגיעה בכבוד האדם. “אין פוגעים... בכבודו של אדם באשר הוא אדם”. חוק “רגיל” הפוגע בכבוד האדם הוא לכאורה לא-חוקתי. הטוען לחוקתיות הפגיעה צריך להראות¹¹ כי נתקיימו בחוק “הרגיל” דרישותיה של “פסקת ההגבלה”, לפיה¹²: “אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש”.

על כן, חוק רגיל (יהא הרוב בו נתקבל אשר יהא), הפוגע בכבוד האדם בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה הוא בלתי חוקתי, ועל-פי התרבות המשפטית שלנו – בטל. אכן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנה משריון מהותי, המשריין אותו בפני פגיעה בחוק רגיל שאינו מקיים את דרישותיה המהותיות של פסקת ההגבלה. מכאן החשיבות הרבה בהבנת מהותו של כבוד האדם כזכות חוקתית והיקף פרישתו; שנית, חוק היסוד אינו מסתפק בקביעה כי “אין פוגעים” בכבוד האדם¹³. חוק היסוד קובע כי “כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו”. משמעות הדבר היא, בין השאר,

וחירותו תל איפוא, חידוש מהותי הן באשר למקור תוקפן של זכויות היסוד האמורות והן באשר להבהרת תוכנה ומקור תוקפה של התכלית שלטובת הערכים האמורה. עד לחקיקת סעיף מטרה זה, מקור החוקף והתכלית האמורים, יסודם היה, כאמור לעיל, במגילת העצמאות שמבטאת את חזון העם ואת האני מאמין שלו... אך מפאת חוסר הנפקות המשפטית של הכרזת העצמאות... היו אלה זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר, אלא הן נובעות במישורין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש... עם הכנס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתקפו, ובראשו סעיף המטרה שבו, היו זכויות יסוד אלה לזכויות הכתובות על ספר, ותכלית חקיקתן כתובה אף היא עלי ספר” (המשנה לנשיא, השופט אלון). ראה גם מ’ אלון “דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: עיוני משפט יז (תשנ”ג) 659.

7. ראה בש”פ 6654/93 בינקין נ’ מ”י (טרם פורסם): בג”צ 3914/92 לב נ’ בית-הדין הרבני האיזורי בתל-אביב-יפו (טרם פורסם).

8. סעיף 2 לחוק היסוד.

9. סעיף 4 לחוק היסוד.

10. סעיף 1 לחוק היסוד.

11. הנטל עליו: ראה P. Hogg Constitutional Law of Canada (3rd ed, 1992) 857.

12. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. למשמעותה של הוראה זו: ראה א’ ברק “המהפיכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות” משפט וממשל א’ (תשנ”ב) 9, 22; א’ ברק “זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות” משפט וממשל א’ (תשנ”ג) 253, 265.

13. סעיף 2 לחוק היסוד.

כי מקום שכבוד האדם אינו מוגן בצורה ראויה, מוטלת החובה על כל רשויות השלטון¹⁴ להגן על כבוד האדם. מכאן, שבהעדר חקיקה מתאימה המגינה כראוי על כבוד האדם, מוטלת חובה על רשויות השלטון לנקוט באמצעים (כגון חקיקה והליכי ביצוע) אשר יגנו על כבוד האדם¹⁵. ביחס לכבוד האדם מוכר אפוא, לא רק הסטטוס השלילי (status negativus) השומר עליו בפני פגיעה, אלא מוענק לו גם הסטטוס החיובי (status positivus) המטיל חובת עשה להגנתו. אך טבעי הוא שחיוני הוא לדעת, מתי מתגבשת חובת הגנה זו, ומהם מרכיביה. שלישית, חוק היסוד אינו מסתפק בסיווג כבוד האדם כאחת מזכויות האדם, בצד זכויות אדם או אזרח¹⁶ אחרות, כגון, הקניין¹⁷, חופש היציאה מהארץ¹⁸, הפרטיות וצנעת הפרט¹⁹. חוק היסוד מעניק לכבוד האדם, בפסקת המטרה, מעמד חוקתי מיוחד, בכך שהוא רואה בהגנה עליו ועל החירות את מטרתו של חוק היסוד כולו, וזאת "כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"²⁰. מהו אותו כבוד האדם, המשמש, בצד החירות, מטרה המונחת ביסוד חוק היסוד כולו?

מתוך שלושת ההיבטים החוקתיים של "כבוד האדם" – איסור הפגיעה, חובת ההגנה, ומטרתו של חוק היסוד – אתמקד בהיבט הראשון. השאלה אותה אבחן היא זו: מהו היקף הפריסה של "כבוד האדם", מקום שחוק היסוד קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם כאשר הוא אדם"²¹? פתרון מניח את הדעת לשאלה זו של הסטטוס השלילי, ישליך במישורין גם על מהותו של כבוד האדם לעניין הסטטוס החיובי, כלומר, זכותו של כל אדם "להגנה על חייו, גופו או כבודו"²². נראה לכאורה, כי מהותו של כבוד האדם בשני הקשרים אלה צריך להיות זהה²³, אם כי הפעולות הפוגעות והפעולות המגינות הן מטבען שונות. בכך גם תיווצר נקודת מוצא להבנת הדיבור "כבוד האדם" בפסקת המטרה, שהינו בוודאי בעל משמעות רחבה יותר.

14. לחובתן של אלה, ראה גם סעיף 11 לחוק היסוד.
15. ראה Mongoldt, Klein, & Starck, *Das Bonner Grundgesetz* (Band I, 1985) 86; Black "The Charter of Rights and Freedoms and Positive Obligations", in W. Kaplan & D. McRed, *Law, Policy and International Justice* (1993) 298; Currie "Positive and Negative Constitutional Rights" 53 *U. Chi.L.Rev.* (1988) 864.
16. חלקן של הזכויות בחוק היסוד הן זכויות אדם. חלקן הן זכויות אזרח (סעיף 6(ב)). חוק יסוד: חופש העיסוק מכיר בחופש העיסוק של אזרח או תושב.
17. סעיף 3 לחוק היסוד.
18. סעיף 6 לחוק היסוד.
19. סעיף 7 לחוק היסוד.
20. על "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", ראה ברק, לעיל הערה 12 (שני המאמרים); אלון, לעיל הערה 6; א' ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195, 207; ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ספר היוכל של הפרקליט (תשנ"ד) 9.
21. סעיף 2 לחוק היסוד.
22. סעיף 4 לחוק היסוד.
23. לדעה אחרת, ראה ח' כהן, לעיל הערה 20 בע' 31; H. Cohen "On the Meaning of Human Dignity" 13 *Isr. B.H.R* 226 (1983).

ב. מקורות

המושג "כבוד האדם" אינו חדש עמנו²⁴. שורשיו שתולים במורשת היהודית שלנו²⁵. על-פי עולמה של היהדות כל הכבוד שבעולם נאצל מהבורא, שהוא מלך הכבוד. כבוד האדם נגזר מכבוד הבורא מפני שהאדם נברא בצלמו²⁶. כבוד האדם פירושו שלא לבייש את צלם האלוקים שבאדם. אכן, כבוד האדם – או, כפי שהוא מכונה, "כבוד הבריות" – הוא ערך מרכזי ביהדות²⁷. על מעמד זה בעולם ערכיה של היהדות מעיד הכלל: "גדול כבוד הבריות שדוחה 'לא תעשה' בתורה"²⁸. על-פי תפישתה של היהדות "נקודת המוצא לכבודם של בני-אדם אחרים הוא כבודך בעיני עצמך: כבוד חברך צריך להיות שווה בעיניך לכבוד עצמך"²⁹. מהמורשת היהודית עבר המושג של כבוד האדם אל הנצרות³⁰ ופחת על-ידי התיאולוגים הנוצריים. "כבוד האדם" משמש מושג מפתח במשנתם של פילוסופים רבים³¹. מושג זה פותח בעיקר על-ידי קנט³². על-פי תפישתו של קנט, התנהגות היא מוסרית אם היא מבטאת את האנושיות שבאדם, כלומר את הרציונליות וההגיון שבו. רציונליות זו מוצאת ביטוי בחובה המוטלת עליו לפעול על-פי הכלל האוניברסלי, לפיו האנושיות, אשר בנו ובזולתנו, לעולם תהא מטרה

24. על "כבוד האדם", ראה 77 Am. J. Schachter "Human Dignity as a Normative Concept" 77 Am. J. Int. Law (1983) 849; Paust "Human Dignity as a Constitutional Right: A Junsprudential Based Inquiry into Criteria and Content" 27 How. L.J. (1984) 145; Henkin "Human Dignity and Costitutional Rights" in M. Meyer and W. Parent *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (1992) 210.
25. ראה המקורות המובאים אצל ח' כהן, לעיל הערה 20, וכן נ' רקובר "ההגנה על כבוד האדם" סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי (משרד המשפטים, תשל"ח).
26. מודה אני לשופט ד' טל על שהעמיד לרשותי את דפי הרצאתו (שלא פורסמה) על כבוד האדם בעולמה של היהדות, מהם לקות קטע זה.
27. ראה ח' כהן, לעיל הערה 20, בע' 34.
28. ראה היינמן "כבוד ה'" אינציקלופדיה מקראית ד 4.
29. ראה ח' כהן, לעיל הערה 20, בע' 36.
30. ראה Beckley "Love, Human Dignity and Justice: Some Legacies from Protestant and Catholic Ethich" 66 Notre Dame L. Rev. (1991) 1053.
31. ראה R. Gotesky and E. Laszlo *Human Dignity: This Century and the Next* (1970); J. Feinberg *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty* (1980) 151; Meyer "Dignity, Rights and Self Control" 99 *Ethics* 520 (1988-89); Gewirth "Human Dignity as the Basis of Rights", in M. Meyer and W. Parent *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (1992) 10. ראה R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (1977) 179; R. Dworkin *Life's Dominion* (1993) 167.
32. ראה Meyer "Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought" 8 *History of European Ideas* (1987) 319; Fletcher "Human Dignity as a Contitutional Value" 22 *U.W. Ont. L. Rev.*(1984) 171; Welden "Dignity, Worth and Rights", in M. Meyer & W. Parent *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (1992) 28; Spiegelberg "Human Dignity: A Challange to Contemporary Philosophy", in R. Gotesky and Laszlo *Human Dignity: This Century and This Next* (1970) 39, 48.

ולעולם לא תהא אמצעי. כבוד האדם, אין לו מחיר. אין להקריבו למען ערך אחר. כבוד האדם הוא הערך העליון. מההגות הפילוסופית, הקנטיאנית והאחרת, עבר כבוד האדם לתחום המשפט המודרני. הוא נזכר במגילת האומות המאוחדות³³ ובהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם³⁴. הוא מופיע בחוקותיהן של מספר מדינות, כגון, גרמניה³⁵, אירלנד³⁶, דרום אפריקה³⁶, פורטוגל³⁷ ויוון³⁸. כל אלה יפרו את מחשבתנו וירחיבו את אופקינו הפרשניים. עם זאת, יש לזכור כי חוקה אינה מסמך פילוסופי, ואינה ראי לתורות מדעיות. חוק-יסוד אינו מניפסט פוליטי. הוא אינו מסמך דתי. חוק-יסוד הוא מסמך משפטי הקובע אורחות חיים של המדינה. כבוד האדם בחוק היסוד אינו מושג קנטיאני, כשם שאין לראות בו ביטוי לתפישות של משפט הטבע או טבע האדם. "כבוד האדם" בחוק היסוד הוא מושג משפטי³⁹. נגזרות ממנו זכויות וחובות. טמונה בו הגבלה על המחוקק. כל אלה מחייבים אותנו לפרש מושג זה על-פי התפישות הפרשניות המקובלות עלינו. במסגרתן של אלה, יש ליתן כמובן ביטוי למרכיבות של "כבוד האדם" בתרכות האנושיות. יש מקום, אפוא, לפנות למשפט המשווה כמקור השראה חשוב להבנת המושג "כבוד האדם". מעמד מיוחד יש ליתן למורשת היהודית שלנו וזאת משני טעמים: ראשית, משום מעמדה המיוחד של מורשת ישראל כמקור לערכי יסוד בשיטת המשפט הישראלית⁴⁰; שנית, משום המעמד המיוחד הניתן למורשת ישראל בפסקת המטרה⁴¹. זו קובעת כי מטרתו של חוק היסוד להגן על כבוד האדם

33. במבוא למגילת האומות המאוחדות נקבע כי: "We the peoples of the United Nations... determined... to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person..."

34. במבוא להכרזה האוניברסלית נקבע, כי "Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world"

35. סעיף 1 (1) לחוק היסוד (ה- Grundgesetz) בגרמניה, הקובע (בתרגום אנגלי): "The dignity of man shall be in inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority". ספרות עניפה קיימת בגרמניה על "כבוד האדם": ראה T. Maunz, G. Durig & R. Herzog Grundgesetz Kommentar (1991) קיימת אף ספרות רבה באנגלית על חוק היסוד הגרמני בכלל ועל כבוד האדם בחוק הגרמני, כפרט: ראה, בין השאר, ח' כהן (הערה 24 לעיל) וכן D. Kommers The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (1989).

36. במבוא לחוקה מ-1937.

36א. סעיף 10 לחוקתה החדשה של דרום אפריקה מ-1993.

37. סעיף 25 לחוקה מ-1974.

38. סעיף 2 לחוקה היוונית מ-1975.

39. ראה בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון (טרם פורסם): "כבוד האדם הוא עקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני, ואין לראות בו ביטוי לתפיסות אלו ואחרות של המשפט הטבעי. תכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק-יסוד: כבוד האדם ותירותו."

40. ראה א' ברק פרשנות במשפט (כרך ב' תשנ"ג) 440; ראה גם א' ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת-ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265, 274.

41. ראה המקורות המוזכרות בהערה 20 לעיל.

ותירונו "כדי לעגן בחוקיסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"⁴². מכוחה של הוראה זו, יש ליתן לדיבור "כבוד האדם" אותה משמעות אשר תיתן ביטוי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, הם ערכים ציוניים מזה וערכים של מורשת ישראל מזה. מכאן חשיבותה של תפישת המורשת, אשר בצד תפישות של ציונות ודמוקרטיה יגבשו את מהותו של "כבוד האדם" כמושג מפתח משפטי בחיים החוקתיים שלנו.

ג. מהות של "כבוד האדם"

"כבוד האדם", כזכות חוקתית שאין לפגוע בה, היא מושג חוקתי מרכזי. מועטה הספרות המשפטית הישראלית עליו⁴³. מעטים פסקי-הדין בהם נבחן⁴⁴, טרם זכינו לפסיקה, שעיון בכבוד האדם כזכות חוקתית-על-חוקית, עמד במרכזו⁴⁵. אני מניח שקיימות בעניין תכנו של "כבוד האדם" דעות שונות ומגוונות. מבקש אני להציג את השקפתי הטנטטיבית, פרי הגות אקס-קטדרה. אין אני טוען שזו הדעה האפשרית היחידה. טוען אני רק לגיטימיות שלה. מקובל עלי כי קיים מגוון של דעות לגיטימיות. על-פי הגישה הנראית לי, מובנו של "כבוד האדם" כהוראה משפטית אופרטיבית, תיקבע על-פי התכלית המונחת ביסודו⁴⁶. תכלית זו נלמדת⁴⁷ מפסקת המטרה⁴⁸, מלשון חוק היסוד⁴⁹ ומטיפוסי הסדריו, מהסיסטמטיקה הפנימית שלו, מההיסטוריה שלו, מעקרונות היסוד המונחים בבסיסו, מערכי היסוד של השיטה ומהמבנה השיטתי הכללי האופף כל הסדר נורמטיבי, לרבות הסדר חוקתי⁵⁰. על רקע כל אלה הנני מציע למחשבה

42. סעיף 1 לחוק היסוד.

43. אך ראה מאמרה של י' קרפ "חוקיסוד: כבוד האדם ותירונו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 322. בהתייחסה לכבוד האדם כזכות קרפ: "ייסודו של ערך כבוד האדם הוא בגישה הפילוסופית והמוסרית, האחווה ברעיון היבראו של האדם בצלם אלוקים, והמשכו בתיאוריות ליברליות, שנותקו מגורמת הבסיס הדתית, והשמות דגש במרכזיותו של הפרט. עניינו של הערך אינו בכבוד האישי של האדם אלא בכבודו האנושי, בכבודו באשר הוא אדם." (שם, בע' 351).

44. ראה בעיקר עניין קסטנבאום, לעיל הערה 3. ראה גם ב"ש 2169/92 סווימה נ' מ"י, פ"ד מו (3) 338; ב"ש 2145/92 מ"י נ' גואטה (טרם פורסם); ע"א 1482/92 הגר נ' הגר (טרם פורסם); ע"פ 3640/92 גבאי נ' מ"י, פ"ד מו (4) 487; ב"ש 3734/92 מ"י נ' עזאומי, פ"ד מו (5) 72; ע"א 506/88 שפר נ' מ"י (טרם פורסם).

45. אחת הסיבות לכך היא שמירת הדינים שנקבעה בחוק היסוד. רק דבר חקיקה שנחקק לאחר כניסתו לתוקף של חוק היסוד נתונה לביקורת שיפוטית של דבר חוקתיותה (להבדיל ממובנה): סעיף 10 לחוק היסוד.

46. ראה עניין ויכסלבאום, לעיל הערה 39: "תכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק היסוד: כבוד האדם ותירונו".

47. על הפרשנות של חוק היסוד על-פי תכליתו, ראה א' ברק "פרשנות של חוקי היסוד" משפטים כב (תשנ"ג) 31.

48. סעיף 1 לחוק היסוד. לבחינתה של פסקת המטרה, ראה המקורות המובאים בהערה 20 לעיל.

49. ראה ברק לעיל, הערה 47.

50. אכן, קיימות ערכים ועקרונות מחוץ לחוק היסוד, אשר חוק היסוד יתפרש לאורם: ראה Gray "Do We Have an Unwritten Constitution" 27 Stan. L. Rev. (1975) 703.

את התפישה כי בבסיסו של "כבוד האדם" כמושג משפטי אופרטיבי "עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו"⁵¹. במרכזו של כבוד האדם מונחים קדושת חיי האדם וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה⁵², וחופש הפעולה של האדם⁵³. כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו. ביסוד כבוד האדם מונחת ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים. כבוד האדם מניח אדם בן-חורין, המהווה מטרה בפני עצמה, ולא אמצעי להשגת מטרת של הכלל או של פרטים אחרים.

ד. כבוד האדם, כבוד הזולת וצורכי החברה

"כבוד האדם" מתמקד ביחיד ובחופש הרצון שלו. עם זאת, היחיד הנהנה מכבוד האדם אינו יחיד החי על אי בודד. חוק היסוד זן ביחיד החי במסגרתה של חברה⁵⁴. "כבוד האדם" הוא כבודו של אדם כיצור חברתי. על כן, "כבוד האדם" של הפרט חייב להניח, כנקודת מוצא, התחשבות בכבוד האדם של הזולת. אין להכיר במלוא חופש הרצון של הפרט, כחלק מכבוד האדם שלו, אם בכך הוא פוגע בכבוד האדם של פרט אחר. אדם אינו זכאי להגנה על כבודו אם הוא אינו מוכן להגן על כבוד זולתו. מכאן, שכבוד האדם כמושג משפטי אופרטיבי, נתפס כפרי של איוון (פנימי)⁵⁵ בין כבודם של הפרטים השונים, בינם לבין עצמם. בכך בא לידי ביטוי האופי היחסי של כבוד האדם כזכות אדם בסיסית. זאת ועוד: "כבוד האדם" בחוק היסוד, הוא כבודו של אדם בחברה

51. עניין ויכסלבאום, לעיל הערה 39.

52. ראה הספרות הגרמנית בדבר כבוד האדם, הערה 35 לעיל.

53. על היחס בין כבוד האדם לבין האוטונומיה של הרצון הפרטי מצויה ספרות רבה בגרמניה. היא עוסקת ביחס בין סעיף 1(1) לחוק היסוד, שענינו "כבוד האדם" (לנוסח ההוראה ראה הערה 35 לעיל) לבין הוראת סעיף 2(1) לחוק היסוד, אשר זו לשונה (בתרגום אנגלי): "Everyone shall have the right to the free development of his personality in so far as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral code". לסוגיה זו, ראה מונגולד, קליין ושטרק, לעיל הערה 15.

54. בפרשת קרן ההשקעות (4 Bverf. GE7 (1954)) פסק בית-המשפט החוקתי: "דמות האדם בחוק היסוד אינה זו של אדם ריבוני ומבודד. חוק היסוד הכריע לטובת יחסים בין פרטים וחברה, במובן זה שהפרט תלוי ומתוייב כלפי הקהילה, וכל זאת בלא לפגוע בערכו של האדם ופרט". בפרשת מאסר העולם (45 Bverf. Ge 187 (1977)) הוסיף בית המשפט החוקתי, וציין כי "כבוד האדם" מבוסס על התפיסה של אדם כיצור רוחני-מוסרי הנהנה מהחירות להחליט לעצמו ולפתח את עצמו. חופש זה, במובנו של חוק היסוד, אינו זה של פרט מבודד הדואג אך לעצמו, אלא זה של אדם המתייחס והקשור לקהילה.

55. הנני מבחין בין איוון "פנימי" לבין איוון "חיצוני". איוון "פנימי" מאזן בין זכויות האדם, בינן לבין עצמן. הוא פרי הפרשנות של חוק היסוד עצמו. איוון "חיצוני" מאזן בין זכויות האדם לבין חקיקה חיצונית לה. הוא פרי היחס בין זכויות האדם לבין צרכי החברה, כפי שהם מתגבשים בדבר חקיקה הפוגע כדין בזכות האדם. האיוון "הפנימי" משפיע על היקפה של הזכות החוקתית האיוון "החיצוני" אינו משפיע על היקפה של הזכות החוקתית, והוא אך שומר על דבר חקיקה רגיל מפני תקיפת אי-החוקתיות שלו, בהיותו פוגע בזכות אדם. על הבחנה זו עמדת: א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253.

מאורגנת, אשר לה יעדים לאומיים, ובמסגרתה מקויים שלטון. נקודת המוצא הינה כי השלטון הנתון למדינה הוא חיוני לקיומה, ולקיומן של זכויות האדם עצמן. זכויות אדם אינן במה לכליון לאומי. חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אורח אינן במה לכליון לאומי... את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם משקפים פשרה לאומית בין כת המדינה לבין זכות הפרט. הם פרי ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם בסיטיות – ובמרכזן את "כבוד האדם" – ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. על כן מכיר חוק היסוד, במסגרתה של פסקת ההגבלה⁵⁷, באפשרות החוקתית לפגוע כדין בזכויות אדם, לרבות "כבוד האדם", על מנת לקדם מטרות לאומיות, ובלבד שהחוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה, ופגיעתו אינה במידה העולה על הנדרש. אכן, תנאי חוקתי ליכולת הפגיעה של חוק בכבוד האדם הוא, כי ביסוד המטרות הלאומיות וביסוד השלטון, תעמוד המטרה של הגנה על זכויות האדם בכלל וכבוד האדם בפרט. זהו האיזון (החיצוני)⁵⁸ שבין זכות הפרט לבין צורכי הכלל, המשקף היבט נוסף של יחסיות הזכות בדבר כבוד האדם. איזון זה מבוסס על ההכרה כי פגיעה בכבוד האדם למען מטרות הכלל מותרת, ובלבד שביסוד מטרות הכלל עומדת ההכרה בכבוד האדם⁵⁹. לפנינו אפוא דיאלקטיקה מורכבת, לפיה הזכות החוקתית של כבוד האדם וההגבלה המותרת עליה יונקים ממקור משותף, ומשקפים אותם ערכים⁶⁰. אמת, כבוד האדם ניתן להגבלה. אך להגבלה על כבוד האדם יש גבולות⁶¹. ההגבלה על כבוד האדם מבוססת על כבוד האדם עצמו.

ה. היקפו של כבוד האדם

מה נכלל בתפישה חוקתית זו של כבוד האדם? לדעתי, יש לכלול בכבוד האדם ארבעת עניינים אלה:⁶² ראשית, כבוד האדם הוא כבודו של כל אדם "באשר הוא אדם".

56. ראה דברי בע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310: "חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אורח אינן במה לכליון לאומי... את חוקי של עם יש לפרש על בסיס ההנחה, כי מבקש הוא להמשך ולהתקיים. זכויות האורח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן קרדום לחיסולה".

57. סעיף 8 לתוק היסוד. לפירושה של פסקת ההגבלה, ראה המקורות המובאות בהערה 12 לעיל.

58. ראה הערה 55 לעיל.

59. ראה 10 "The Supreme Court of Canada and Section 1 of the Charter" Weinrib, *Supreme Court L. Rev.* (1988) 469.

60. ראה דברי השופט דיקסון (Dickson) בפרשת *R.v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103: "The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified".

61. ראה: *The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law* de Mestral (1988) 107 "No right is unlimited... nor are the limitations unlimited".

62. השווה *Kommentar Zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Alternative Kommentare) (1984), 281.

מכאן התפישו, כי מכבוד האדם נגזר עקרון השוויון⁶³. כבוד האדם מחייב שוויון בפני החוק⁶⁴. כבוד האדם מניח כי כל אדם הוא יצור חופשי, המהווה מטרה בפני עצמו. תפישה זו מחייבת שוויון בין בני אדם⁶⁵. אין להכיר במושג של כבוד האדם, מבלי לגזור מכך כמסקנה הכרחית, את השוויון בין בני אדם. זהו שוויון בזכויות אדם⁶⁶; זהו שוויון בהטבות שהמדינה מעניקה ובהזדמנויות.

שנית, כבוד האדם הוא חופש הרצון של האדם. זהו חופש הבחירה הניתן לו לפתח את אישיותו, ולקבוע את גורלו⁶⁷. הפרט מהווה ישות רחנית הנהנית מהחופש לפתח את עצמה. מכאן התפיסה, כי ביסוד כבוד האדם מונחת האוטונומיה של הרצון הפרטי⁶⁸. חופש ההתקשרות החוזית והחופש לעצב את תוכן החוזה, נגזרים מאוטונומיה זו. החופש לפתח את האישיות – המונח ביסוד כבוד האדם – משמעו חופש דת ומצפון, חופש יצירה, חופש תנועה בתוך רחבי המדינה, חופש מידע, חופש אסיפה, תהלוכה, הפגנה, התאגדות והתארגנות (של עובדים ומעבידים). ביסוד כבוד האדם מונח גם

63. בגישה זו תומך ח' כהן (הערה 20 לעיל, בע' 32): "הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות ובגידופים, אלא גם בהפלייה וקיפוח, במשוא-פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויון בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפלייה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה". זו גם דעתה של קרפ, לעיל הערה 43, בע' 345. ראה גם עמדתו של ח' כהן, לעיל הערה 23, בע' 237: "Human dignity presupposes... (by way of a quasi presumptio juris et de jure), the equality of all human beings, because by detracting from the worth of any individual you already necessarily infringe on his or her dignity. This is why the recognition of human dignity is tantamount to a recognition of human equality, and the protection of human dignity requires the prohibition of unwarranted discrimination between human beings". על-פי גישתה של גב' קרפ, עקרון השוויון "אף שאינו נימנה במפורש בין הזכויות, מעוגן גם הוא בחוק היסוד ומעמדו החוקתי הוא כמעמדן של הזכויות המפורטות בו" (שם, בע' 367). גב' קרפ מבססת עמדתה זו על מכלול טיעונים, לרבות זה הגורס כי השוויון הוא חלק מכבוד האדם.

64. ראה בג"צ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מד (2) 309, 332: "הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם... תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזכותו העצמית של האדם" (השופט ברק).

65. ראה הנקין (לעיל הערה 24), בע' 212: "It is self evident that the commitment to human dignity, however defined, requires freedom from slavery or torture, and personhood... and equality before the law..."

66. הגנה על זכויות אדם מניחה – כחלק מהמבנה הפנימי של ההגנה על הזכויות – שוויון בין הזכויות. ראה עניין ניימן (לעיל הערה 56), בע' 262: "ההגשמה של הזכויות, הלכה למעשה, מתבטאת בכיבודן על-ידי הפעלתן למעשה, באופן שווה וללא הפליה פסולה. ערכו וכוחו של החוק המעניק זכויות הוא בכך, שהזכויות הקבועות בו אינן רק בגדר רעיון מופשט, נאה ברוחו ובמגמתו אלא בכך שהוא מופעל לפי אמות מידה של שוויון בין שווים, שאין סוטים ממנו בעטיים של טעמים פסולים" (הנשיא שמגר).

67. ראה קומרס (הערה 35 לעיל), בע' 316.

68. ראה ח' כהן, לעיל הערה 20, בע' 38: "עיקר הערך הדימוקרטי של כבוד האדם הוא באוטונומיה של רצונו".

חופש הביטוי⁶⁹. כבודו של אדם כאדם נפגע אם אין נותנים לו להביע את אשר עם ליבו, ואם אין נותנים לו להתפתח על-ידי שמיעת דעותיהם של אחרים⁷⁰. כמוכך, חופש הביטוי אינו החופש לפגוע בשמו הטוב של אחר, אשר נגזר מכבודו של אותו אחר. אכן, כבוד האדם מחייב הגנה על שמו הטוב של האדם⁷¹. לפנינו מצב טיפוסי של התנגשות פנימית בין היבטים שונים של כבוד האדם (חופש ביטוי, שם טוב). התנגשות זו תפתר על-ידי איזון (פנימי) בין ההיבטים השונים של כבוד האדם. שלישית, כבוד האדם נפגע אם חייו או שלמותו (הגופנית או הנפשית) נפגעים. עונש מוות נוגד את כבוד האדם⁷². מאסר עולם בלא אפשרות לשחרור מוקדם נוגד את כבוד האדם⁷³. עינויים נוגדים את כבוד האדם⁷⁴. השפלה, מכות, החרמות, עבודות כפייה – כל אלה פוגעים בכבוד האדם⁷⁵. תנאי מאסר ומעצר משפילים פוגעים בכבוד האדם. עונש שאינו עומד בכל יחס לעבירה שבוצעה, פוגע בכבוד האדם. כבוד האדם נפגע, כאשר אדם נאלץ לחיות בתנאי חיים משפילים השוללים את צלם האדם שבו, והופכים אותו לאובייקט. כבוד האדם מניח הבטחת מינימום של קיום אנושי חומרי ונפשי⁷⁶.

69. ראה בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 273: "הטעון השני מבסס עצמו על הצורך להביא להגשמתו העצמית של האדם. רק בהכחשתו של חופש הביטוי ניתן להביא לידי הגשמה עצמית זו. בלא לאפשר חופש להשמיע או לשמוע, לכתוב או לקרוא, להתבטא או לשתוק, נפגמת אישיותו של האדם, אשר התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו" (השופט ברק).

70. ראה דברי השופט ברנן (Brennan) בפרשת: *Herbert v. Lando* 441 U.S. 153, 184 (1979). "Freedom of speech is itself an end because the human community is in large measure defined through speech; freedom of speech is therefore intrinsic to individual dignity. This is particularly so in a democracy like our own, in which the . . . autonomy of each individual is accorded equal and in common surate respect"

71. פגיעה בשם הטוב פוגעת בכבוד האדם: "כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעמים לאדם כחיים עצמם. הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר. בתודעתנו החברתית, תופס שמו הטוב של אדם מקום מרכזי": ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840, 856 (השופט ברק). על הקשר בין כבוד האדם לבין שמו הטוב עמד השופט סטיוארט (Stewart) בפרשת *Rosenblatt v. Baer* 383 U.S. 75, 92 (1965): "The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being a concept at the root of any decent . . . system of ordered liberty"

72. ראה ח' כהן, לעיל הערה 20, בע' 25: "בראש סולם ערכי 'כבוד האדם' עומדת קדושת החיים. בלעדי חייו אין שום כבוד יכול להועיל לאדם. . . איסור הפגיעה בחיי אדם, כעקרון-יסוד של המשפט הציבורי, משמעותה הראשונה היא איסור הטלת עונש מוות".

73. כך החליט בית המשפט החוקתי בגרמניה בפרשת מאסר העולם (45 Bverj. GE 187 (1977)).

74. ראה ח' כהן, לעיל הערה 20, בע' 28: "עינויי-הגוף אינם עולים בקנה אחד עם כבוד האדם", תהא הגדרתו אשר תהא. עונשים כמו קטיעת אברים, או סירוס, או אפילו מלקות, הם כיום סימני-היכר של מדינות תתי-תרבותיות".

75. ראה ח' כהן, לעיל הערה 20, בע' 29.

76. ראה בג"צ 161/94 אטרי נ' מ"י (טרם פורסם): "כבודו של העותר כאדם מחייב דאגה לקיום מינימלי כאנוש".

רביעית, כבוד האדם מניח פרט שאינו אמצעי לסיפוק צרכיו של פרט אחר⁷⁷. הוא מניח חברה המבוססת על הרצון להגן על כבוד האדם של כל אחד מפרטיה. על כן, אין לפגוע בזכותו של אדם ללא הליך נאות. פגיעה באדם בלא לשמוע אותו פוגעת בכבודו כאדם. רבות מזכויות הנאשם נגזרות מכבודו כאדם. כך, למשל, החזקה כי כל אדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדינו היא חלק מכבוד האדם⁷⁸. זכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק מכבוד האדם שלו. זכותו של נאשם שמשפטו יסתיים תוך זמן מתקבל על הדעת ולא ייגרם לו עינוי דין היא חלק מכבוד האדם שלו. זכותו של נאשם לדעת במה הוא מואשם או מדוע עוצרים אותו ויכולתו האפקטיבית להתגונן, הם חלק מכבודו כאדם. הטלת אחריות פלילית ומאסר פלילי בגין התנהגות שאין בה מחשבה פלילית, פוגעת בכבוד האדם⁷⁹. הטלת אחריות פלילית על התנהגות שבעת ביצועה לא היתה כלל עבירה, פוגעת בכבוד האדם.

ו. מודל מצומצם, מודל רחב ומודל ביניים לכבוד האדם

בגיבוש המושג החוקתי של "כבוד האדם" יש להזהר מצמצום יתר ומהרחבת יתר. גישה מצמצמת, מייחדת את "כבוד האדם" לשלילה של פגיעה פיסית באדם, ולמניעת עינויים גופניים ורוחניים, הפוגעים בצלם האדם שבו. על-פי גישה מצמצמת זו, עקרון השוויון אינו נכלל בגדריו של כבוד האדם. כן אין נופלים למסגרתו החופשים הקלאסיים האחרים, כגון חופש הביטוי והתנועה. הגישה המצמצמת מבחינה בין חיים, גוף וכבוד, ועומדת על שוני מהותי בין כבוד לבין חירות⁸⁰. גישה מצמצמת זאת, אין לקבלה. אין היא מתיישבת עם תכליתו של חוק היסוד, לעגן בחוק היסוד של ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אין היא מתבקשת מהמבנה הפנימי של חוק היסוד. פגיעה בגופו או בחייו של אדם עשויה להחשב גם כפגיעה בכבודו, כשם שפגיעה בחירותו של אדם עשויה להחשב כפגיעה בכבודו. אכן, חוק היסוד אינו בנוי על הבחנות חדות בין חיים, גוף וכבוד, או בין כבוד לחירות. כל אלה מוגנים בפני פגיעה⁸¹, וזוכים להגנה⁸². פסקת ההגבלה, המאפשרת פגיעה כדין בהם, אחידה היא לכולם. אכן, אילו ניתנה משמעות צרה מדי לכבוד האדם לא ניתן היה לאפשר פגיעה בו, דבר המנוגד לעצם קיומה של פסקת ההגבלה, המאפשרת – בקיום תנאים מסויימים – פגיעה בכל זכות אדם, לרבות כבוד האדם⁸³. יש לדחות את הטענה כי יש לתת

77. ראה קומרס, לעיל הערה 35, מע' 306 ואילך.

78. ראה הוג, לעיל, הערה 11, בע' 1100.

79. השווה R. v. Hess [1990] 2 S.C.R. 906 וראה גם British Columbia Motor Vehicle Reference [1985] 2 S.C.R. 486.

80. שכן סעיף 1 לחוק היסוד מבחין בין כבוד לחירות. יצוין כי "החירות" מופיע בחוק היסוד רק פעם נוספת אחת, בסעיף 5, שענינו נטילה או הגבלה של החירות במאסר, מעצר או הסגרה. מה דין שאר היבטיה של החירות? אם הן אינן בגדר "הכבוד", היכן הן מעוגנות?

81. סעיף 2 לחוק היסוד (ראה הערה 8 לעיל).

82. סעיף 4 לחוק היסוד (ראה הערה 9 לעיל).

83. לשון אחר: העמדת כבוד האדם על מינימום חיוני אינו מאפשר פגיעה נוספת בו. אך פסילת ההגבלה מאפשרת פגיעה בכל זכות יסוד, לרבות כבוד האדם. מכאן הטענה, כי ממבנה חוק היסוד, מתבקשת המסקנה הפרשנית, הדוחה פירוש מצמצם לכבוד האדם.

משמעות צרה לכבוד האדם, בשל החשש שמתן משמעות רחבה יותר לא תאפשר חיי חברה תקינים. הגנה על כבוד האדם אינה מפריעה לחיי חברה ראויים אלא מהווה להם בסיס. בלא כבוד האדם נשמת עצם הבסיס לחייה של חברה שנועדה להגן ולכבד את כבוד האדם. בטחון, ושלוש הציבור ניתנים לקיום במסגרת כיבוד ראוי של כבוד האדם. אין הם מצדיקים תפישה מצומצמת של כבוד האדם. בלא כבוד אדם אין בטחון ואין שלום. אכן, כבוד האדם הוא כבודו של אדם החי בחברה⁸⁴. אך מעבר לכך, כאשר צרכי הפרטים האחרים, וצרכי הכלל, מצדיקים זאת, ניתן לפגוע כדין בכבוד האדם, ובלבד שדבר החקיקה הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, כלומר, הולם את ערכיה של המדינה, נועד לתכלית ראויה ופגיעתו אינה עולה על המידה הנדרשת⁸⁵. אין גם לקבל את הטענה לפירוש מצמצם, והמבסס עצמו על ההיסטוריה החקיקתית⁸⁶. אמת, בהצעות המונחות בפני הכנסת ושטרם הוחקו קיימת רשימה ארוכה של זכויות ובהן שוויון, חופש ביטוי ותנועה וכיוצא בהם חופשים⁸⁷. אין בכך כדי להצביע על כך שכבוד האדם אינו כולל זכויות אלה. עם חקיקתן של זכויות אלה, הן יעמדו כזכויות פרטיקולריות על רגליהן הן. כל עוד הן לא הוחקו, הן מוגנות במסגרת עקרון כבוד האדם. התהליך של הפיצול הנגרם בשל נוחות חקיקתית אינו יכול להכתיב חשיבה חוקתית. תהליך "האטומיזציה" של חקיקת זכויות האדם⁸⁸ – כלומר, פירוק חוקת זכויות האזרח למספר חוקי יסוד – אינו מצביע על מחשבה סובייקטיבית של יוצרי

84. ראה טקסט ליד הערה 54 לעיל.

85. סעיף 8 לחוק היסוד. להיקף פריסתה של פסקת ההגבלה, ראה המקורות המובאים בהערה 12 לעיל.

86. למקומה של ההיסטוריה החקיקתית בפרשנות החוקתית ראה ברק (לעיל הערה 40), בע' 42. בפרשת מאסר העולם (1977) 187 GE Bverf. (45) נקבע כי מאסר עולם בלא אפשרות לשחרור מהכלא פוגע בכבוד האדם של האסיר. כבוד האדם מחייב "אור בקצה המנהרה". כנגד גישה זו הובא טיעון הקשור להיסטוריה החקיקתית של הסעיף בדבר כבוד האדם. בהתייחסו להיסטוריה של החקיקה, כותב בית המשפט החוקתי (בתרגומו לאנגלית של קומרס, ראה לעיל 35, בע' 316): "This determination, however, does not clearly decide the constitutional issue before us. Neither original history nor the ideas and intentions of the framers are of decisive importance in interpreting particular provisions of the Basic Law."

ברוך דומה נפסק מפי השופט למר (Lamer) בפרשת *British Columbia Motor Vehicle Reference* [1985] 2 S.C.R. 486, 504: "Another danger with casting the interpretation of 5.7 in terms of the comments made by those heard at the special Joint Committee Proceedings is that, in so doing, the rights and values embodied in the Charter in effect become frozen in time to the moment of adoption with little or no possibility of growth, development and adjustment to changing societal needs... if the newly planted 'living tree' which is the Charter is to have the possibility of growth and adjustment over time, care must be taken to ensure that historical materials... do not stunt it growth"

87. ראה למשל הצעת חוק היסוד: זכויות היסוד של האדם (הצעת משרד המשפטים, ינואר 1990). הצעת חוק היסוד זכויות במשפט, ה"ח תשנ"ד 100, הצעת חוק היסוד: חופש הביטוי וההתאגדות (ה"ח תשנ"ד 101). הצעות אלה – שלא אושרו בקריאה ראשונה – הוצעו מחדש בה"ח תשנ"ד 335, 336. כן פורסמה או הצעת חוק היסוד: זכויות חברתיות (ה"ח תשנ"ד 357).

88. בלשונה של קרפ (הערה 63 לעיל, בע' 338).

החוקה לצמצום עקרון כבוד האדם⁸⁹. גם אילו חשבו כך, לא היה עלינו, כפרשני החוקה, לראות בכך חזות הכל⁹⁰. תכנם של מושגים חוקתיים צריך להקבע על-פי תפישותיה של החברה בעת מתן הפירוש, ולא על-פי אופקיהם השונים של חברי הגוף המכונן בעת חקיקת הטקסט⁹¹. אכן, כבוד האדם ייקבע על-ידי כל דור ודור על-פי תפישותיו שלו מהו כבוד האדם. תפישת זו תושפע מתפישות העבר, אך לא תשתעבד להן⁹². על כן, למשל, המושג החוקתי של כבוד האדם כולל את חופש התנועה בתוך המדינה ומחוצה לה⁹³. משנקבעה בחוק היסוד הוראה מיוחדת על דבר הזכות לצאת מהארץ⁹⁴, יש לפעול על-פיה כדין מיוחד (Lex specialis), המתגבר על הדין הכללי (Lex generalis) שבכבוד האדם. כאשר הכנסת כרשות מכוננת תמשיך ותחוקק גם זכות תנועה בישראל⁹⁵, ננהג על-פיה כדין מיוחד, ולא נפנה לכבוד האדם, בשל היותו דין כללי. ודוק: חופש התנועה (בארץ ולחוץ לארץ) הוא חלק מכבוד האדם. הוא הועמד כדין מיוחד, ועל כן ננהג על-פי דין מיוחד זה. כל עוד הוא לא הועמד כדין מיוחד, או אותם היבטים שלו (כגון חופש התנועה הפנימית) שלא הועמדו כדין מיוחד, ממשיכים להקרין

89. להיסטוריה "הפרלמנטרית" של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראה קרפ, לעיל הערה 63.

90. ראה הערה 86 לעיל.

91. ראה בג"צ 428/86 ברזילי נ' מדינת ישראל, פ"ד (מ) 3, 505, 560, 560: "המענה לשאלה מה משמעותן של מלות החוק אינה עולה מן הנסיון לגלות את חקרי הלב של חברי הוועדות שתמצית דבריהם שרדו בפרוטוקולים שמעולם לא פורסמו. מקובלת עליי ההשקפה כי התשובה לשאלה זו טמונה בהבנתה של התכלית החוקתית וזו האחרונה עולה מן הפרשנות החוקתית הרחבה, כפי שמתחייב, של מלות החוק על-פי מטרתן הגלויה, מן הרקע וההתפתחות המשפטית, מן האנאלוגיה החוקתית, ממאפייניה של שיטת המשפט ושל התפיסות החוקתיות שלנו" (הנשיא שמגר). ראה גם דברי באותה פרשה: "אין לראות חזות הכל במודל או באבטיפוס שעמד לנגד עיני המחוקק שעה שחוק חוקק. ענין זה חשוב הוא אך אין הוא מכריע. עלינו לפרש את החוק באופן שיתאים למערכת החיים הלאומיים שלנו, ואלה משתנים עם הזמן. במקביל משתנה גם פירושו של החוק (שם, בע' 619).

92. ראה גם א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 332: "במסגרת פירושה של חוקה ושל חוקי-יסוד, יותר משיש להתרכז בכונת יוצרי המסמכים יש להתרכז בתפיסות היסוד של האומה, כלומר, במערך הקונסטיטוציוני הכולל, בהתאמה בין רשויות השלטון השונות, בהרמוניה עם יסודות המשטר והשלטון, בצורך להבטיח איזון ובקרה, ובצורך להגשים עקרונות יסוד קונסטיטוציוניים, כגון משטר דמוקרטי, זכויות אדם, שלטון חוק והפרדת רשויות".

93. כך נפסק בגרמניה: ראה פרשת אלפס (6 Bverf. GE 32 (1957)). סעיף 11 לחוק-היסוד הגרמני מבטיח זכות חוקתית לתנועה בתוך גבולות המדינה. אין בחוק היסוד הוראה מיוחדת בדבר הזכות לצאת מגבולות המדינה. בית-המשפט החוקתי פסק כי זכות זו נגזרת מחופש של הפרט לעצב את התפתחותו. חופש זה כלול אצלנו בכבוד האדם.

94. סעיף 6 לחוק היסוד לפיו: "(א) כל אדם חפשי לצאת מישראל; (ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל".

95. כמוצע בסעיף 6 להצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם (הצעת משרד המשפטים, ינואר 1990): "(א) כל אדם הנמצא בישראל כדין חופשי לנוע בארץ כרצונו; (ב) לכל אזרח ישראלי ולכל תושב ישראלי החופש לבחור את מקום המגורים בישראל". סעיף קטן (ג) להצעה זו הוא סעיף 6(א) לחוק-היסוד, וסעיף קטן (ד) להצעה הוא סעיף 6(ב) לחוק היסוד. הכנסת, כרשות מחוקקת, פיצלה את סעיף 6 בהצעה. היא חוקקה את ההוראות הקשורות ליציאה מהארץ והחזרה אליה. היא לא חוקקה את ההוראה בדבר זכות תנועה בתוך-הארץ.

עצמם מהערך הכללי של כבוד האדם. ושוב: מעצם העובדה שחופש התנועה מחוץ לישראל הועמד כדין מיוחד, אין להטיק שלילת קיומה של זכות התנועה בתוך ישראל כחלק מכבוד האדם. ההסדר הפוזיטיבי על חופש התנועה אל מחוץ לישראל אינו צריך להתפרש כהסדר נגיטיבי לעניין חופש התנועה בתוך ישראל. מתוך "ההן" שחוקק אין להסיק "לאור" לגבי מה שלא חוקק. אין לשכות, כי איננו מפרשים חוק מס⁹⁶. זוהי חוקה שאנו מפרשים⁹⁷, וחוקה יש לפרש מתוך מבט רחב⁹⁸, ומתוך גישה מהותית ולא פורמלית או טכנית⁹⁹. מי שיפרש חוקה כמו צוואה, עשוי להפוך את חוקת המדינה לצוואתה¹⁰⁰. חוקה היא מסמך חי¹⁰¹, ופרשנותה צריכה לתת לה אותו מובן המשקף את תפישותיה של החברה בה היא פועלת, ואת "האני מאמין" שלה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא ביטוי למאווייה של החברה הישראלית. הוא פרי ההיסטוריה שלה וערכיה. הוא כוכב הצפון להתפתחותה. כבוד האדם הועמד ביסוד חוק היסוד צריך לקבל משמעות "נדיבה"¹⁰² ולא לגליסטית או פדנטית¹⁰³. מובנו של כבוד האדם צריך להתאים עצמו למציאות החיים המשתנה¹⁰⁴. "אם אמרנו על חוק רגיל, כי אין הוא מבצר הנכבש עלידי מילון, אלא עטיפה לרעיון חקיקתי חי... הרי על אחת כמה וכמה שגישה זו

96. ראה דברי השופט הרלן (Harlan) בפרשת "The Poe v. Ulman 367 U. S. 497, 540 (1961); basis of judgment as to the Constitutionality of state action must be a rational one, approaching the text which is the only commission for our power not in a literalistic way as if we had a tax statute before us, but as the basic charter of our society"
97. אלה הם דבריו של השופט מרשל (Marshal J. C) בפרשת "McCulloch v. Maryland 17 U. S. 407 (1819): "it is a constitution we are expounding" (4 Wheat) 316, 407. לניתוח הוראה זו, ראה J. Goldstein *The Intelligible Constitution* 3 (1992)
98. ראה עניין ניימן, הערה 56 לעיל, בע' 306: הוראות יסוד יש לפרש מתוך מבט רחב (spacious view) – כלשונו של השופט פרנקפורטר בפרשת "Youngstown Sheet Tube Co. v. Sawyer" שהובאה על ידי מ"מ הנשיא אגרנט בד"נ 13/60 י"מ נ' מתאנה – ומתוך הבנה כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים. הרי לא פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראת יסוד חוקתית" (השופט ברק).
99. ראה ברק, הערה 47 לעיל, בע' 52. ראה גם עניין ברזילי, לעיל הערה 91: "הפרופוזיציה הקונסטיטוציונית היא שהוראות חוקתיות יש לפרש כיאה למעמד הבכורה שיש להן וכיאה למגמתן לקבוע אורחות חיים. הוראת יסוד אינה באה להקפיא מצב קיים. היא באה לכוון נסיון אנושי. על כן צריך לפרשה מתוך תפיסה רחבה ולא באופן טכני (השופט ברק).
100. וראה "The Supreme Law of the United States" 29 *Can. Bar. Review* 1080 (1951) 1086. פרופ' פרוינד הדגיש, כי המשפט צריך להוהר "not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest indeed they become one"
101. זהו המושג של "החוקה החיה" (A living Constitution), עליו נכתב רבות. ראה, Renquist, "The Notion of a Living Constitution" 54 *Tex. L. Rev.* (1978) (693)
102. על הפרשנות החוקתית כפרשנות "נדיבה" (generous) ראה דברי השופט וילברפורס (Lord Wilberforce) בפרשת "Minister of Home Affairs v. Fisher [1979] 3 All E. R. 21, 28"
103. כביטוי של השופט דיקסון (Dixon) בפרשת "Australian National Airways Ltd. v. Commonwealth 71 C. L. R. 29, 81 (1945)
104. ראה עניין ניימן, לעיל הערה 56, בע' 306: "ענין לנו בפירושה של הוראת יסוד חוקתית. הוראות יסוד יש לפרש מתוך מבט רחב ומתוך הבנה כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים... עניין לנו בנסיון אנושי החייב להתאים עצמו למציאות חיים משתנה."

צריכה להדריכנו לעניין פירושו של הוראות בעלות אופי חוקתי¹⁰⁵ בכלל, וזכויות אדם – ובהן כבוד האדם – בפרט.

יש להזהר מהרחבת יתר של "כבוד האדם". "כבוד האדם", אינו כל הטוב והיפה שבחיים. כבוד האדם אינו לשה"פר של המאה התשע-עשרה. כבוד האדם אינו פרוגרמה סוציאליסטית. כבוד האדם אינו מדינת רווחה של המאה העשרים. כבוד האדם אינו כלל זכויות האדם. עלינו להבחין בין כבוד האדם וחירותו כמטרה כוללת של חוק היסוד¹⁰⁶, לבין כבוד האדם כזכות חוקתית, אשר יחד עם החיים והגוף, מוגנים בפני פגיעה בהם¹⁰⁷. כבוד האדם כזכות חוקתית לא נועדה ליתר את שאר הזכויות החוקתיות. לא כל זכות אדם, המוכרת בחוקות על דבר זכויות אדם, כלולה בכבוד האדם. כך, למשל, מספר זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית, הן בוודאי זכויות חשובות ביותר, אך אינן חלק מכבוד האדם. עם זאת, נראה לי כי הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי, מהווה חלק מכבוד האדם וחירותו¹⁰⁸. רבות מזכויות הנאשם נגזרות מכבוד האדם, אך לא כולן. הזכות לחקירה נגדית אינה חלק מכבוד האדם. זכות השתיקה היא חלק מכבוד האדם, במובן זה שאין להכריח נאשם למסור גרסה, אך דומה שאין זה נוגד את כבוד האדם אם מסיקים משתיקתו מסקנה לרעתו.

אכן, הערך החוקתי של "כבוד האדם" נע בין מגמות של צמצום ומתן תוכן מינימלי לכבוד האדם לבין מגמות של הרחבה המעניקות לכבוד האדם תוכן מקסימלי. יש להמנע ממצבים קיצוניים אלה. יש לעצב את "כבוד האדם" כערך חוקתי בסיסי שיש לו קיום עצמאי משלו. יש להמנע מצמצומו, שכן בכך תשלל הגנה חוקתית למה שנראה לנו כחלק אינטגרלי לתפישת כבוד האדם המקובלת עלינו. יש להמנע מהרחבתו של כבוד האדם באופן שהוא ישקף אוטופיה או שהוא ייתר את זכויות האדם הפרטיקולריות. לפנינו, אפוא, "מרחב מחייה" רחב למדי, אשר במסגרתו יעצבו בתי-המשפט – ובמרכזם בית-המשפט העליון – את היקף פריסתו של כבוד האדם במדינת ישראל המודרנית. היא עליהם להתמודד עם בעיות רבות ומגוונות, כגון השאלה, אם זכות העובד לשבות וזכות המעביד להשבית הם בגדריו של כבוד האדם של העובד והמעביד¹⁰⁹. האם כבוד האדם הוא גם כבודו של העובר¹¹⁰ או הנפטר¹¹¹, והאם כבודו של האדם הוא גם כבודו שלא להמשיך בחיים ולמות בכבוד¹¹², מי הם

105. עניין ניימן, שם, בע' 306. דברינו כי "מילותיו של החוק אינם מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק", לקוחים מע"פ 787/79 מזרחי נ' מ"י, פ"ד לה (4) 421, 427.

106. המעוגנת בסעיף 1 לחוק היסוד.

107. על-פי הקבוע בסעיף 2 לחוק היסוד.

108. ראה הערה 76 לעיל.

109. זכות השביתה היא זכות יסוד של האדם: א' ברק, לעיל הערה 1, בע' 463. גדר הספיקות הוא, אם היא כלולה ב"כבוד האדם".

110. תשובה חיובית ניתנה על ידי בתי-המשפט החוקתי בגרמניה: ראה פרשת ההפלה (39 Bverj. GE1 (1975). לסוגיה זו ראה קומרס (הערה 35 לעיל, בע' 348).

111. תשובה חיובית ניתנה לכך בעניין קסטנכאום, הערה 3 לעיל.

112. ראה עניין שפר, לעיל הערה 44.

החייבים בחובות לעניין כבוד האדם¹¹³ וכיוצא בהן בעיות – מהן מיוחדות לנו ומהן אוניברסליות – שהדיבור העמום "כבוד האדם" מעורר מעצם טיבו וטבעו.

ז. כבוד האדם ובית-המשפט

כבוד האדם כזכות חוקתית על-חוקית מטיל משימה כבדה על בית-המשפט. הכנסת, כרשות מכוננת, קבעה את כבוד האדם כזכות חוקתית. היא אצלה בכך לבית-המשפט את התפקיד למלא זכות זו בתוכן נורמטיבי. במלאם את תפקידם החוקתי יגלו בתי-המשפט אובייקטיביות שיפוטית¹¹⁴. לא את ערכיו הסובייקטיביים ישקף השופט, אלא את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בעשותו כן, יפעל השופט, במקרים הקשים, על-פי תפישות היסוד של "הציבור הנאור" בישראל¹¹⁵. בכך הוא יתן ביטוי למצפון הציבורי הכללי, לקונצנזוס החברתי, לאתיקה המשפטית, לעקרונות היסוד ולשכנוע ההערכתי של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראויה ובלתי ראויה. בכך הוא יבטא את האיזון הראוי בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית¹¹⁶. אכן, אמת המידה של "הציבור הנאור" משקפת את הבסיסי והמשותף לחברה הישראלית. היא נותנת ביטוי למורכבות

113. הבעיה המרכזית הינה, אם כבוד-האדם היא אך זכותו של הפרט כלפי השלטון, או שמא היא גם זכותו של פרט כנגד פרט. לסוגיה זו ראה ברק, לעיל הערה 5. ח' כהן גורס, כמוני, כי כבוד האדם, כזכות חוקתית על-חוקית חלה גם ביחסים בין פרטים: לעיל, הערה 20, בע' 24.

114. על האובייקטיביות השיפוטית, ראה ברק, הערה 92 לעיל, בע' 187, וכן בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד (1) 749; בג"צ 616/92 אייונברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד (2) 229. ראה גם Millon (1992); K. Greenawalt Law and Objectivity (1992); "Objectivity and Democracy" 67 N. Y. U. L. Rev. (1992).

115. על הציבור הנאור, ראה פסק-דינו של השופט לנדוי בע"א 461 / 62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335. אמת מידה זו חלה גם במשפט הציבורי: ראה עניין ויכמלבאום, לעיל הערה 39; בג"צ 58/88 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כ"ג (2) 477, 520 (השופט לנדוי), 600 (הנשיא אגרנט); בג"צ 6163/92, לעיל הערה 113; בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקח מחוז ירושלים (טרם פורסם); בג"צ 693/93 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז (1) 749.

116. בעניין שפר, לעיל הערה 44, מביא המשנה לנשיא, השופט אלון את דעתי בעניין וכמלבאום לעיל הערה 39, לפיה תוכנו של המושג "כבוד האדם" ייקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור. גישה זו אינה נראית לשופט אלון: "דברים אלה, עם כל הכבוד, אינם מקובלים עלי. תמיהני, כיצד ומאין נכנס לחוק היסוד האמור – לצורך הגדרת זכויות היסוד שבו – "הציבור הנאור בישראל".... משזכינו ולעולמה של מערכת משפטנו בא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שוב אין צורך ואין זה מן הראוי, להכניס למערכת משפטנו אלמנט והגדרה כגון זו שלהשקפות הציבור הנאור בישראל. אין זה מן הראוי – על שום שחוק יסוד זה, כל כולו ערכים שמלאכת פרשנותם היא השקפות עולם וגישות יסוד, ומושג כה עמום כ"נאור" רק יוסיף אי-ודאות על אי-הודאות במעשה אמנות פרשנות קשה זו; ואין זה מן הצורך, על שום שחוק יסוד זה כולל הוא בחובו הוראה מפורשת בדבר מטרתו – ומתוך כך אופן פרשנותו – היינו: עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. לא ההשקפות של האדם "הנאור" או הציבור "הנאור" קובעות את היקפו, תכנו ומהותו של ערך-העל "כבוד האדם". היקפו, תכנו ומהותו של ערך-על זה – כפי שכך הוא לענין כל הערכים, ההוראות והכללים המצויים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ייקבעו

ולפלורליזם של ערכים יהודיים ודמוקרטיים. "הציבור הנאור", אינו ציבור דתי או חילוני. הוא אינו ציבור יהודי או לא יהודי. "הציבור הנאור" משקף את מכלול ערכיה – היהודיים והדמוקרטיים – של החברה הישראלית, ובו המצפן לפתרון התנגשויות בין ערכיה של מדינת ישראל, בינם לבין עצמם.

במתן תוכן נורמטיבי קונקרטי לכבוד האדם, עשוי פירושו של בית-המשפט להגביל את המחוקק הרגיל. הגבלה זו תחול רק באותם מקרים בהם הפגיעה בכבוד האדם אינה מקיימת את פסקת ההגבלה¹¹⁷. אכן, התוכן הנורמטיבי אשר בית-המשפט יתן לכבוד האדם עשוי למנוע מהמחוקק הרגיל מלפגוע בכבוד האדם באמצעות חוק שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, או שאינו לתכלית ראויה, או שפגיעתו היא במידה העולה על הנדרש. בכך אין בית-המשפט פוגע באופיה הדמוקרטי של החברה¹¹⁸. בכך בית-המשפט נותן ביטוי לצינוי החוקתי הקבוע בחוק היסוד. בכך הוא מגשים את מטרתו של חוק היסוד "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"¹¹⁹. אם הגשמה זו נתפשת על-ידי מאן-דהוא כלא דמוקרטית, הרי בכך מובעת ההשקפה כי החוקה עצמה היא לא דמוקרטית¹²⁰. אך החוקה שלנו היא דמוקרטית. היא הביטוי העליון של הדמוקרטיה שלנו, שכן היא מקיימת את שלטון הרוב במסגרת ההגנה על זכויות אדם. היא מעניקה "מרחב תמרון" למחוקק לעצב את ההסדרים החוקיים על-פי תפישותיו הפוליטיות, גם אם בכך נפגעות זכויות אדם¹²¹. עם זאת, מרחב תמרון זה אינו בלתי מוגבל. גבולותיו

ויתפרשו על פי האמור בחוק זה, היינו לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, וזאת מתוך עיון בערכים אלה, עמידה עליהם, ומציאת הסינתזה שביניהם". ביקורת זו, יש לדחותה. היא מבוססת על ההנחה, כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וערכיה כמדינה דמוקרטית תואמים זה את זה, ומובילים תמיד לפיתרון זהה. ולא היא. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עשויים להתנגש עם ערכיה כמדינה דמוקרטית. כיצד תיפתר התנגשות זו? הצעתי הנה, כי אמת המידה של "הציבור הנאור" תשמש גורם מכוון ומדריך. למותר לומר, שגם לאחר השימוש באמת מידה זו, עדיין יישארו מקרים שבהם ההכרעה תחייב הפעלת שיקול דעת שיפוטי.

117. סעיף 8 לחוק היסוד. לפירושה של פסקה זו, ראה המקורות המובאים בהערה 12 לעיל.

118. ראה ברק (הערה 92 לעיל), בע' 271. ראה גם Bishin "Judicial Democratic Theory" 50 S. Cal. L. Rev. 1099 (1977); Rostow "The Democratic Character of Judicial Review" 66 Harv L. Rev. (1952) 193.

119. סעיף 1 לחוק היסוד.

120. ראה ברק, לעיל הערה 92, בע' 272: "המשטר הדמוקרטי... אינו רק משטר הרוב. הקובע את המדיניות באמצעות נציגיו. הדמוקרטיה היא גם משטר המגן על ערכי יסוד מסויימים. חוקה כוללת בחובה את אלה ואת אלה גם יחד. חוקה אינה מסמך המבטיח אך משטר ייצוגי: חוקה היא מסמך, אשר בא להגביל את הרוב ולרסן את כוחו. משטר חוקתי הוא משטר המאזן בין כוחו של הרוב לקבוע את המדיניות של החברה, לבין ערכים מסויימים בהם הרוב אינו רשאי לפגוע. כאשר בית המשפט נותן ביטוי למהות זו של החוקה, וקובע מדיניות הנוגדת את זו של הרוב הייצוגי, הוא מגן על ערכי החוקה עצמה. כבר טה'טוקויל (de Tocqueville) עמד על כך, כי החוקה הנוקשה והביקורת השיפוטית מגינים בפני הטירניות של האסיפות הפוליטיות. מכאן, שהטעון כי קביעת מדיניות על ידי השופט היא מעשה אנטי-דמוקרטי כמוהו כטענה שהחוקה היא מסמך אנטי דמוקרטי. אכן, אופייה הדמוקרטי של המדינה לא נקבע על פי האופי הייצוגי של כל אחת מזרועותיה, אלא על פי האופי הדמוקרטי של המשטר כולו".

הם ערכיה של מדינת ישראל, תכליתו הראויה של החוק, ופגיעתו בזכויות אדם במידה שאינה עולה על הנדרש. גבולות אלה נקבעים על-פי צורכי הכלל המבוססים על תפישה ערכית של זכויות אדם. אכן, דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא שלטון הרוב במסגרות חוקתיות של הפרדת רשויות ושלטון החוק, המגבילות את כוחו של הרוב, והמבטיחות זכויות אדם. הפעילות השיפוטית במתן תוכן נורמטיבי לכבוד האדם ולהגבלות המותרות עליו, היא פעילות פרשנית-חוקתית לגיטימית וטבעית, המצויה ברובד העליון של הפעילות הדמוקרטית. היא שומרת על גבולותיו של כבוד האדם מזה, ועל מרחב התמרון של המחוקק מזה.

ת. סוף דבר

עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התרחשה מהפיכה חוקתית בישראל¹²². כבוד האדם – ומספר זכויות ספציפיות נוספות – הפכו לזכויות חוקתיות-על-חוקיות. הדבר התרחש בהשקט, כמעט בהתבא¹²³. החברה הישראלית מצאה עצמה, ללא הכנה מספקת, נתונה להגנה חוקתית על זכויות היסוד הבסיסיות. כמתקנות שבאומות, גם לנו חוקה כתובה ונוקשה בדבר זכויות אדם. הכנסת (כבית המחוקקים) מצאה עצמה, לעתים להפתעתה, ככולה בכבלים שקבעה לעצמה (כרשות מכוונת), ושטרם עמדה על מלוא משמעותם. הרשות המבצעת (הממשלה) הופתעה ללמוד כי שליטתה ברוב הפרלמנטרי אינה מאפשרת לה לגבש חקיקה כרצונה, על-פי צרכיה הפוליטיים, כשהיא משוחררת מכבלים של זכויות אדם. לפתע נתחוויר לרשויות הפוליטיות, כי לפוליטיקה יש גבולות של חוקתיות, וחקיקה רגילה הפוגעת בזכויות אדם עשויה להיות לא חוקתית¹²⁴. לבית-המשפט נמסרו מכשירים חוקתיים מרחיקי לכת, שאין הוא רגיל בשימוש בהם. לנשק הקונבנציונלי של פרשנות החוק הרגיל הוסף הנשק הלא קונבנציונלי של הכרזות בטלות החוק הרגיל הפוגע בכבוד האדם

121. על "מרחב התמרון" של המחוקק, ראה א' ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195, 213. בספרות מכונה חופש העיצוב: "margin or power of appreciation" או "reasonable room to manoeuvre". ראה: McDonald "The Margin of Appreciation: in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in *International Law and the Time of its Codification: Essays in Honour of Robert Ago* (1987) 187; Yourow *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (1993); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec* [1989] 1 S.C.R. 927, 990: "The Court was prepared to allow a margin of appreciation to the government despite the fact that less intrusive measures... were available. But there still had to be an evidentiary basis for concluding that the means chosen were proportional to the ends and impaired freedom of expression as little as possible"

122. ראה א' ברק "המהפיכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", לעיל הערה 12.

123. על ההיסטוריה של החקיקה ראה קרפ, לעיל הערה 43.

124. תרם להתערבות זו פסק-הדין בבג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה (טרם פורסם), אשר קבע כי הגבלה על חופש העיסוק, הנובעת מאיסור יבוא בשר לא כשר, אינה ניתנת להטלה בחוק רגיל. הדבר גרם לשינוי חוק-יסוד: חופש העיסוק, והכנסת ההוראה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש עיסוק. למהותה של הוראה זו, ראה ברק, לעיל, 121, בע' 124.

ושאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה¹²⁵. נוצר מצב חוקתי חדש, הצופן בחובו סיכונים וסיכויים. הסיכון הוא במשבר לגיטימיות, אשר מקורו בחוסר ההפנמה של השינויים החוקתיים על-ידי נושאי השלטון בישראל. רובם ככולם ממשיכים לנהוג כאילו המהפיכה החוקתית טרם התרחשה, וכאילו המחוקק הוא כל יכול כבעבר. הכרזת בטלות על-ידי בית-המשפט של חוק רגיל הפוגע שלא כדין בכבוד האדם עשויה להתפס כפעילות שיפוטית בלתי לגיטימית. תפישה זו, אף שהיא מוטעית, פוגעת קשה ברשות השופטת. תחושת האובייקטיביות השיפוטית – פרי הלגיטימיות השיפוטית – עשויה להפגע, ואמון הציבור בשפיטה עשוי להתערער אם נושאי משרה בשלטון, ועמם רבים בציבור, יסברו, ולו בטעות, כי בית-המשפט, המכריז על בטלותו של חוק הפוגע שלא כדין בכבוד האדם, פוגע במבנה הדמוקרטי. כאמור, לסברות אלה אין כל צידוק. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק נגזרת מעליונותה של החוקה שלנו¹²⁶. עליונותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על חקיקה רגילה נגזרת מקביעתו של חוק היסוד בפסקת ההגבלה כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש"¹²⁷. נמצא כי חוק שאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה אינו יכול לפגוע בזכות יסוד. זהו שריון מהותי של חוק היסוד בפני פגיעה בזכות אדם מוגנת על-ידי חוק שלא מקיים את דרישותיה הענייניות של פסקת ההגבלה. עליונותו של החוק יונקת חיותה גם מקביעתו של חוק היסוד כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"¹²⁸. "כל רשות מרשויות השלטון" – כוללת גם את הרשות המחוקקת. הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית היא, אפוא, מעל לכל ספק¹²⁹. אמת, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין שריון פורמאלי¹³⁰. משמעות הדבר, כי את חוק היסוד ניתן לשנות בחוק-יסוד מאוחר יותר, המתקבל בכל רוב. אין צורך ברוב מיוחס¹³¹. אך חוק-יסוד: כבוד האדם כולל שריון מהותי, המונע חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד בלא לקיים את דרישותיה המהותיות של פסקת ההגבלה¹³². למרבה הצער, לא

125. על-פי התרבות המשפטית שלנו, בית-המשפט מוסמך להכריז על בטלותו של חוק הנוגד הוראה בחוק יסוד. ראה א' ברק פרשות במשפט (כרך א, תשנ"ב) 557.

126. ראה הדין בארצות הברית, מאו פרשת *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

127. סעיף 8 לחוק היסוד.

128. זוהי "פסקת הכיבוד": כל רשות שלטונית, לרבות הרשות המחוקקת, חייבת לכבד את זכויות האדם הקבועה בחוק היסוד: סעיף 11.

129. באחת הרשימות העליתי את האפשרות, כי עליונותו הנורמטיבית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מתבטאת אך בכך, שנדרשת הוראה מפורשת בחוק רגיל כדי לשנותו: ראה ברק, הערה 122 לעיל. איני תומך עוד בגישה זו והיא נראית לי שגויה.

130. ההצעה לשריון פורמאלי נכללה בהצעת חוק היסוד, והיא נפלה בקריאה השנייה: ראה קרפ, לעיל, הערה 43 לעיל, בע' 343.

131. תוצאה זו אינה ראויה. אין כל צידוק לכך שחוק-יסוד: חופש העיסוק זכה לשריון פורמאלי, ואילו חוק-יסוד: כבוד האדם לא זכה לשריון פורמאלי. יש לקוות כי מצב חוקתי זה ישונה במהרה.

132. אכן, יש להבחין בין שריון פורמאלי לבין שריון מהותי: שריון פורמאלי משריין את חוק-היסוד בדרישות פורמאליות (של מהות דבר החקיקה המתקן (כחוק יסוד או חוק רגיל) או הרוב בו

הכל מודעים לאלף-בית החוקתי הזה ודברים שהם מובנים מאליהם בכל שיטת משפט חוקתית, עשויים לעורר אצלנו תגובות קשות וטענות של השגת גבול שיפוטית. רבים ממגבשי המדיניות חיים עדיין במשטר נורמטיבי שחלף ועבר מעולמנו המשפטי. תגובות מוטעות, לעתים בלתי מרוסנות, פוגעות באמון הציבור בשופטיו. בצד הסיכונים עומדים הסיכויים. הסיכויים הם בתקווה, כי השינויים החוקתיים יילמדו ויוכרו במוקדם או במאוחר, והם ישפיעו על שינוי בתרבות המשפטית והפוליטית שלנו. הסיכוי הוא בהעלאת כבוד האדם למקומו הראוי, כערך יסוד של החברה שלנו. חשיבותו של ערך זה אינה רק בכוחו להבטיח את כבוד האדם בישראל, ואת כבוד ישראל בין אומות העולם. חשיבותו של ערך זה הוא בהיותו גורם מגשר בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית, ובהיותו גורם מאחד ומגבש את בני החברה הישראלית, על כל גווניהם, לבני חברה אחת, אשר על דגלה חרוט כבוד האדם¹³³.

נתקבל, בלי להתחשב כלל בתוכן החוק. שריון מהותי משריין את חוק היסוד, מפני שינוי או פגיעה – ושני אלה אינם היינו הך – על-פי תוכנו של החוק המשנה או הפוגע.
133. ראה א' ברק "בית המשפט העליון וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" המשפט" כרך ב, 4, 6 (תשנ"ד); "מצויים אנו בתקופת מעבר קשה. רבות המחלוקות המפרידות בינינו. האין זה ראוי כי נתאחד כולנו, על כל מחנותינו, סביב ערכי היסוד של כבוד-האדם וחירותו? האם מרחיק לכת הוא לצפות, כי כבוד-האדם וחירותו – ושאר זכויות האדם הבסיסיות, ישמשו דבק המאחד אותנו כבניה של מדינה מתחדשת? האין זה ראוי כי נניח על דגלנו את נס כבוד-האדם וחירותו, וכי ערכים אלה – פרי סינתזה בין אופיה של המדינה כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית – ישמשו לנו סמלים מיוחדים, ומטרות ראויות להגשמה?".