

מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו*

מאת

יהודית קרפ**

כבוד האדם הוא ערך "מלכותי" במבנה החוקתי של ישראל ונדבך מרכזי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הצירוף "כבוד האדם" מופיע ברבדים שונים של חוק היסוד ובהקשרים שונים בו, אך תכניו הפרטיקולריים לא הוגדרו שם. קביעת תכניו של כבוד האדם וקביעת היקף התפרשותו חשובות לא רק לעניין המשמעות המסרימת של כבוד האדם כזכות בין זכויות אדם אחרות שבחוק היסוד, אלא גם לשאלת היחס שבין כבוד האדם לבין זכויות אדם אחרות, ששמן לא פורש בחוק היסוד. נראה שבפסיקה ובכתבים המשפטיים גוברת והולכת ההסכמה, כי מבחינה מושגית מקיף המונח "כבוד האדם" מכלול זכויות אדם, מהן שפורטו בחוק היסוד ומהן ששמן לא נזכר בו.

שאלה אחרת, שטרם ניתנה לה תשובה מוסמכת, היא אלו מסקנות יש להסיק לגבי תוקפן החוקתי ההיררכי של זכויות האדם הנגזרות מכבוד האדם, אך לא נכללו במפורש בחוק היסוד. האפשרות כי זכויות אלה זכו, יחד עם הזכויות הנזכרות בחוק היסוד, למעמד חוקתי על-חוקי, אינה התשובה המסתברת היחידה. החיבור בוחן את משמעויותיו השונות של הצירוף "כבוד האדם" ואת שאלת מעמדן החוקתי של נגזרותיו. הללו נבחנות כראי ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד, על פי ההקשרים שבהם הצירוף מופיע בחוק, ובמבחן פרשנותו של בית המשפט.

א. מבוא

מטרתו של חיבור זה היא לדון במשמעותו של המונח "כבוד האדם" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולבדוק את תכניו ואת היקף תחולתו של המונח מתוך היבטיו השונים של חוק היסוד עצמו. שדה הראייה וזווית המבט של חיבור זה תוחמו מראש לבחינת משמעותו של כבוד האדם על פי חוק היסוד, ואין בו יומרה למצות את הדיון במכלול השאלות הקשורות בסוגיית כבוד האדם, שהיבטיה מרובים ומגוונים. סוגיה זו הרי היא משולה להר, שערכים, עקרונות וזכויות הם רמותיו, אידיאלים

* על פי הרצאה בכנס העמותה למשפט ציבורי ביום 22.4.94.
** המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לתפקידים מיוחדים.

נשגבים הם פסגותיו, והוא עתיר נופים ונפתל משעולים; העין לא תקיף את גדלו, והעומד לרגליו חייב להזהיר עצמו שלא יגבה לבו לומר: כולו אחוז במבטי. בתיכור זה לא יורחב, אפוא, הדיבור ברציונל הפילוסופי של כבוד האדם, במקורותיו ובשורשיו, ואף לא בערכים הדמוקראטיים ובערכים היהודיים הכונים אותו. התיכור לא יטפל בהרחבה בוויכוח סביב הפישת החוק כסינתזה בין ערכיה הדמוקראטיים של המדינה ובין ערך היותה מדינה יהודית, ואף לא יבדוק את הרעיונות הגלומים בו בריקה השואחת¹. כן לא יורחב הדיבור על מקומו של כבוד האדם במארג החברתי והמשפטי של חברה נתונה, או על מהותו כערך, כעקרון או כזכות². עוד לא ידונו בנושאים לעצמם עקרונות פרשנות של כבוד האדם כמושג חוקתי, וכן לא ידונו המשקלות המשמשים אותו והנלווים אליו בדיני התנגשות זכויות ואינטרסים³. מבין מגוון נופיו של המושג "כבוד האדם" יהלך חיבור זה, כאמור, בנופי חוק היסוד עצמו. הילוך זה יעשה בעיקרו על דרך ההתבוננות והשאלה בלבד, ובמסלול ההולך לאורך קו התפר שבין הפוליטי למשפטי.

בהמשך ידונו שאלות הנוגעות לתיחומו של כבוד האדם במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על מושגיו המשתנים. כן ידובר ברבדיו השונים של כבוד האדם כמושג-גג וכמושג-גרעין, ובשלושת מעגלי התכנים של כבוד האדם המצויים בחוק היסוד. עוד ידובר בהיקף התחולה של כבוד האדם כנורמה חוקתית "על-חוקית", וזאת – בראי ההיסטוריה החקיקתית ובראי פרשנותו של בית-המשפט.

- 1 לענין זה מועיל יותר העיון בפיתוח הערך בגרמניה, ובפסיקה על פי האמנות הבינלאומיות לזכויות האדם שנחתמו לאחר מלחמת העולם השנייה. הביטוי "כבוד האדם" או ביטוי שווה ערך לו אינם חלק מהטרמינולוגיה של הצ'ארטר הקנדי או של מגילת הזכויות של ארה"ב. וראו את דבריו של ברק במאמרו "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 261 הערה 57, לענין פסיקת בית-המשפט החוקתי בגרמניה.
- 2 שאלת ההבחנה בין כבוד האדם כערך בהקשר הפילוסופי, הדתי, האתי או הדמוקראטי, ובין כבוד האדם כעיקרון נורמטיבי בעל השלכות מוגדרות על זכויות אדם שנתות, ושאלת ההבחנה בין כל אחד משני אלה לבין כבוד האדם כזכות ספציפית, היוצקת תוכן קונקרטי לעיקרון הנורמטיבי, בין ככלל ובין בהקשרו המיוחד של חוק היסוד, ראוה לדין שהוא מעבר לתיחומו של חיבור זה, אולם בהמשך הדברים חובע עמדת המחברת כי בחוק היסוד – "כבוד האדם" הוא כל אלה יחדיו.
- 3 בכל אלה הניס ח' כהן במאמרו "ערכיה של מדינה יהודית דמוקראטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היוכל (התשנ"ד) 9; מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית דמוקראטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט י (התשנ"ג) 659; א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (התשנ"ד) 271 והאסמכתאות המצויות בו; א' ברק "בית-המשפט העליון וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" המשפט ב (התשנ"ד) 15. ספרו של א' ברק פרשנות במשפט (חלק ג, תשנ"ד), ובו דיון מקיף במושג כבוד האדם (בעמ' 403-434), יצא לאור רק בעת הגעתו של חיבור זה, והחיבור אינו כולל הפניות מיוחדות לאמור בו, פרט לענין אחד. כן עוסקים בהרחבה בנושאים הנדונים פסקי-הדין בענין קסטנבאום (להלן הערה 5) ושפר (להלן הערה 8).

ב. הנפקות של היקף השתרעותו של המושג "כבוד האדם"

כבוד האדם הוכר בהלכה הפסוקה כזכות יסוד⁴, אולם עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התעצם כבוד האדם התעצמות נורמטיבית וקנה לו מעמד חוקתי שהוא בעל תוקף נורמטיבי עליון⁵. דבר חקיקה עתידי הפוגע בכבוד האדם, שאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, עשוי להתבטל מחמת העדר תוקף חוקי. כל חוק, ואפילו זה שנתקבל לפני חוק היסוד, צריך שיתפרש על רקע ערך היסוד של כבוד האדם ומתוך ההנחה שתכלית החוק האובייקטיבית היא לכבד את ערך היסוד הזה. רשויות השלטון כפופות לחוק בפעולתן, והן זקוקות להסמכה מפורשת כדי להתיר פגיעה בו⁶. ואם הייתה לשאלת היקף התפרשותו של כבוד האדם נפקות משפטית ומעשית גם לפני חקיקתו של חוק היסוד, לעניין פרשנותו של דבר חקיקה וכאמת מידה לתקפות פעולותיהן של רשויות השלטון, יש משנה חשיבות. לדיון בה לאחר חקיקתו, בעיקר לאור קיומה של פסקת ההגבלה האמורה, שעל פיה יישק חוק. לשאלת היקף השתרעותו ומהות תכניו של המושג "כבוד האדם" עשויה להיות השלכה הן לעניינו הוא, לבחינת תכניו הקונקרטיים, הן לעניין פירושו של מושגי היסוד האחרים האמורים בחוק היסוד והן לעניין זכויות אדם אחרות, ששמך לא נזכר בחוק במפורש. קביעת גדריו ותחומיו של כבוד האדם עשויה, כשלעצמה, להשליך על תכניהן ומשמעויותיהן של זכויות היסוד הדרות לצדו בחוק היסוד, וכן על זכויות יסוד אחרות הנגזרות ממנו, ולהשפיע על הגדרת מקומן בהירארכיית הנורמות המשפטיות. נפקות אחת של הגדרת היקפו של כבוד האדם היא קביעת סמן פרשני של זכויות האדם, למדד לפיו את תוכנו ואת ומהותו. נפקות לכאודית גוספת מהתוריית תחומי ההשתרעות של המושג "כבוד האדם" היא האפשרות להעלות זכויות אדם, המסתופפות בחצריו של כבוד האדם ואינן מנויות במפורש בחוק היסוד, למעלה נורמטיבית עליונה, שבה פגיעה בהן תהייה בת תוקף רק אם תעמוד במבחניו של חוק היסוד.

ג. תחום השתרעותו של כבוד האדם – שאלה של פרשנות

שאלת תחום השתרעותו של כבוד האדם ומהות תכניו בגבולות השתרעותו היא שאלה של פרשנות. התשובות לה ייקבעו בידי בית המשפט לפי כללי פרשנות

- 4 בג"צ 355/79, 370, 391, 373 קטלן נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד (לד) (3) 294, שם אמר בית המשפט עוד טרם חקיקתו של חוק היסוד: "כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם" (בעמ' 298).
- 5 השופט א' ברק בכג"צ 5688/92 וייכסלבאום נ' שר הכיטחון, פ"ד (מו) (2) 812 (להלן: פרשת וייכסלבאום); ע"א 294/91 חברה קדישא גזש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד (מו) (2) 464 (להלן: פרשת קסטנבאום).
- 6 פרשות וייכסלבאום וקסטנבאום, וכן בש"פ 6654/91 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד (מח) (1) 290.

ואמות מידה פרשניות, והן עשויות להיות מושפעות משיטת הפרשנות שינקוט המפרש, ומכלליה של אותה שיטה – להצר או להרחיב.⁷

הביטוי "כבוד האדם" הוא ביטוי עמום, שטרם גובש עד תומו במלאכת הפרשנות וגדרי תכניו טרם תוחמו. כבוד האדם, כפי שפורש בפסיקה עד כה, קשור לתחומים רבים ודבוק בהקשרים אנושיים שונים.⁸ זהו מושג מורכב מבחינת מהותו ותכניו והוא עמוס משמעויות, בין כשהוא לעצמו ובין כשהוא בהקשריו. ואף שהעיר עליו השופט א' ברק כי: "בגיבושו יש להתרחק מהניסיון 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..."⁹, ודאי שלא ניתן לגדור את תכניו שלא בזיקה לעולמות המוסר והפילוסופיה שהוא מעוגן בהם, וללא קשר למקורות החשיבה ולתיאוריות, שהצמיחו את מושכלותיו. וכבר ניבעה על רקע זה מחלוקת באשר לעקרונות

- 7 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות", לעיל הערה 1, בעמ' 260-261; ח' כהן, לעיל הערה 3, בעמ' 32.
- 8 בין פסקי-הדין שניתנו לאחר קבלתו של חוק היסוד ראוי לציין, בנוסף לפרשות וייכסלבאום וקסטנבאום, וע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, שעניינם בכיתוב על גבי מצבה, גם את בג"צ 3933/92 מוסטפה ברכאת ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, הדין בסדרי קבורה; ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (להלן: פרשת שפר), בו נידונה סוגיית זכותו של אדם לסרב לקבל טיפול רפואי בניגוד לרצונו (להלן: פרשת שפר); בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותה נ' שר המשפטים ואח' (מיום 31.8.93, טרם פורסם), הדין בסוגיית מעצרי חוב בהוצאה לפועל; בש"פ 2169/92 סורסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338; ובש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאומי פ"ד מו(5) 72, הדנים בשאלת זכויותיהם של עצורים ואסירים; בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704, הדין בהליכי חיפוש באדם; בג"צ 2481/93 דיין נ' ניצב וילק ואח' (מיום 9.2.94, טרם פורסם) הדין בחופש האספה והתהלכה; בג"צ 3412/91 עבדאללה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח', פ"ד מז(2) 843, הדין בזכותו של עצור להיפגש עם עורך דיין; בש"פ 6654/91 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290; בג"צ 3914/92 לב נ' בית-הדין הרבני האזורי בחל אביבייפו (מיום 10.2.94, טרם פורסם); בר"ע 7208/93 וייסגלס נ' וייסגלס (מיום 2.2.94, טרם פורסם); בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר (מיום 21.4.94, טרם פורסם), הדנים בעיכוב יציאה מן הארץ; דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חאג'י יחיא, פ"ד מז(3) 661 שעניינו הזכות לחקירה נגדית והזכות להיפגש עם עורך דיין כנגזרות מזכות האדם לחירות אישית; בג"צ 1935/93 כשג"צ 3661/93 מחפד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(1) 752 הדין ברעיון ההכיליטציה וכשיקום עבריינים; בג"צ 161/94 איטרי נ' מדינת ישראל (מיום 1.3.94, טרם פורסם) – בענין הזכות לתנאי קיום מינימאלי; בג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה (מיום 12.5.94, טרם פורסם); בג"צ 454/94, 453 שרולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' (מיום 1.11.94, טרם פורסם); בג"צ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח' (מיום 19.10.94, טרם פורסם) הדנים בזכות לשוויון; ובג"צ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים פ"ד מז(3) 282, הדין בחופש הרת והפולחן.
- 9 פרשת וייכסלבאום, בעמ' 827.

פרשנותו. "תוכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" אמר השופט א' ברק¹⁰; ואילו השופט מ' אלון סבר כי "לא ההשקפות של האדם 'הנאור' או הציבור 'הנאור' קובעות את היקפו, תוכנו ומהותו של ערך-העל 'כבוד האדם'. היקפו, תוכנו ומהותו של ערך-על זה – כפי שכך הוא לעניין כל הערכים, ההוראות והכללים המצויים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ייקבעו ויתפרשו על פי האמור בחוק זה, היינו לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, וזאת מתוך עיון בערכים אלה, עמידה עליהם ומציאת הסינתזה שביניהם"¹¹.

ד. תיחום כבוד האדם במסגרת חוק היסוד

חוק היסוד נוקט לשון "כבוד האדם" ארבע פעמים: בשמו – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; בסעיף 1א, הוא סעיף המטרה, האומר: "חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו..."; בסעיף 2 שלפיו: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; בסעיף 4 האומר: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". לעומת זאת, סעיף 1, הוא סעיף עקרונות היסוד¹², אינו מדבר בכבוד האדם אלא ב"ערך האדם", וקובע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין". ריבוי זה של אזכורים מעלה מתוכו שאלות מספר. "ערך האדם" שבסעיף העקרונות, שהוסף לאחר חקיקתו של חוק היסוד, האם כמוהו כ"כבוד האדם" שבסעיפי האחרים של החוק, או אולי שונה הוא, רחב או צר הימנו¹³? האם

- 10 שם.
- 11 פרשן שפר, בעמ' 103-104. הדברים משקפים היבט אחד בוויכוח עמוק ונוקב יותר על מעמדו ומקומו של המשפט העברי במיוזג הערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית.
- 12 סעיף זה הוסף לחוק היסוד ביום כ"ו באדר התשנ"ד (9.3.94) כתיקון עקיף בסעיף 11 של חוק יסוד: חופש העיסוק (ס"ח התשנ"ד, 90). כתוצאה מסעיף זה שונה מספרו של סעיף המטרה והפך לסעיף 1א.
- 13 הסעיף לקוח מהצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם, שקדמה להצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והייתה העתק מדויק של נוסח משרד המשפטים (ראה י' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" – ביורפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (התשנ"ד) 323, בהערה 27). הביטוי "ערך האדם" מופיע בסעיף 1 להצעתו של חבר הכנסת ה' קלינגהופר משנת 1964, סעיף שקבע: "ערך האדם אין לפגוע בו". נוסח זה פותח בהצעת ועדת החוקה, חוק ומשפט בראשותה של חברת הכנסת ש' אלוני. בסעיף 2 של ההצעה נאמר: "מדינת ישראל מושתתת על ההכרה בערך האדם; אין לפגוע בערך האדם ובכבודו". לפי נוסח זה, לכאורה, אין מדובר בערכים חופפים. בנוסח משרד המשפטים משנת 1989 ובנוסח הזהה לו שבסעיף 1א לחוק היסוד מופיע, לעומת זאת, "ערך האדם" שלא בצמידות ל"כבוד האדם", ובסעיף נפרד מסעיפי כבוד האדם שבחוק. "ערך האדם" בנוסחים אלה נקשר לתשתית זכויות היסוד ולא לתשתית ערכיה של מדינת ישראל, ערכים שאליהם נקשר בהצעת ועדת אלוני. לפירוש ההצעות שקדמו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראה א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (תשנ"א) 704-707; קרפ, שם, בהערה 35.

"כבוד האדם", האמור בחוק היסוד, אחד הוא בכל סעיפי האכסניה שלו ובכל הקשריו? מאי נפקא מינה בין "כבוד האדם", כשהוא מכהן בצד הזכות לחיים ולגוף ומוסיף משלו עליהם¹⁴, ובין "כבוד האדם" כשהוא נפרד מחבורתם של אלה? האם רומה "כבוד האדם" כשהוא סומך את המילים "באשר הוא אדם"¹⁵ ל"כבודו" סתם¹⁶, שאפשר שאינו דווקא כבודו האוניברסאלי באשר אדם הוא, אלא אולי כבודו האחר, הפרטי, האישי? האם אחד לנו "כבוד האדם" כשהוא בן לווייתן של הזכויות לחיים ולשלמות הגוף ו"כבוד האדם" כשהוא בן לווייתן של החירות¹⁷? האם המילים "באשר הוא אדם" להרחיב הן באות או לצמצם? האם נתכוון המחוקק להבחין בין כבוד האדם כמושא החובה הפסיבית של הרשויות שלא לפגוע או כנושא החירות שלא להיפגע¹⁸, ובין כבוד האדם כמושא חובת ההגנה האקטיבית המוטלת על הרשויות¹⁹, שאינו דווקא כבודו של אדם באשר הוא אדם? ואם אכן הכתנה היא — מה רחב ממה: חובת ההימנעות מפגיעה או החובה להגן? ואולי "כבודו" שבסעיף 4 אינו אלא קיצור לשון של אותו כבוד המוגן בסעיף 2, הוא כבודו של אדם באשר הוא אדם? האם יחול כאן הכלל שמעמידים את המחוקק בחזקתו, שהוא מייחס משמעות זהה לאותו הביטוי כשהוא משתמש בו בחוק אחד, או נאמר שהמחוקק בחר להשתמש במשמעויות השונות של אותו המושג, וההקשר מגלה איזו משמעות נידונה בכל סעיף? נראה כי אין אחדות דעות מוחלטת בעניין התשובות לשאלות אלה, אם כי אין גם מחלוקת ברורה. ת' כהן מעלה במאמרו²⁰ את האפשרות כי:

משמעותם של שלושת המונחים הזוהים²¹ אינה בהכרח זהה: ראשית, מותר להעמיד את המחוקק בחזקתו שאינו חוזר על עצמו וקובע אותה הנורמה באותו החוק פעמיים ושלוש; ושנית, על פי הקשר הדברים ברור שהכבוד האמור בסעיפים 2 ו-4 הוא ממין יתר הפרטים המנויים בהם, שהם חיי וזופו של אדם. כבר ראינו שגם קדושת החיים וגם שלמות הגוף הם ערכים הנכנסים בגדר "כבודו של אדם"; עתה בא ה"כבוד" כמרכיב שלישי של "כבודו של אדם" ליד החיים והגוף. המילה "כבוד" מופיעה במקרא בעשר משמעויות שונות; וגם בלשונונו כיום עמוסה היא משמעויות רבות, שהחשוכות שבהן הן *respect, dignity, honour*. אולי ניתן לראות את ה"כבוד" שבכותרת חוק היסוד ובסעיף 1 כ-*dignity*, ואילו את הפרט או

- | | |
|----|--|
| 14 | סעיפים 2 ו-4. |
| 15 | סעיף 2. |
| 16 | סעיף 4. |
| 17 | כפי שהוא מופיע בשם החוק ובסעיף 1 א שבו. |
| 18 | סעיף 2. |
| 19 | מכות סעיף 4. |
| 20 | לעיל הערה 3. |
| 21 | הכוונה למונח "כבוד האדם" בפירוטיו השונים בחוק. |

התולדה שבסעיפים 2 ו-4 כ-honour²².

מהאמירה "משמעותם של שלושת המונחים הזהים אינה בהכרח זהה" אין נובע בהכרח כי לדעתו של האומר יש שוני בין הכבוד שהוא מושא ההגנה האקטיבית ובין הכבוד המוגן מפני פגיעה. אולם גם עמדה מפורשת הפוכה אין כאן. א' ברק, לעומת זאת, אומר מפורשות כי: "נראה לכאורה, כי מהותו של כבוד האדם בשני הקשרים אלה²³ צריך להיות זהה, אם כי הפעולות הפוגעות והפעולות המגינות הן מטבען שונות"²⁴. עם זאת הוא מוסיף בהמשך אחד כי הכיטור "כבוד האדם" שבפסקת המטרה "...הגו בוודאי בעל משמעות רחבה יותר ממשמעותו לעניין חובת ההגנה ואיסור הפגיעה"²⁵.

מהות חובקת זו של כבוד האדם, שהיא כאחת נצמדת לזכויות אחרות ובאחת נפרדת מהן, מצמיחה גם את שאלת היתכנותן של התנגשות וסתירה בין כבוד האדם ובין הזכויות הספציפיות האחרות המגורות בחוק היסוד ואחרות בו. האם בנייתחרות הם הכבוד וזכויות האדם האחרות, התולקות עמו את הוראותיו של חוק היסוד? אין כוונת חיבור זה להרחיב בסוגיה זו, הטענה ליבון בפני עצמה. בהקשר זה ייאמר רק כי התייתנות הפסיקה עד כה לשאלה האמורה היא בבחינת פתיחת דיון בלבד ואין היא סוף פסוק²⁶.

22 שם, בעמ' 31-32.

23 הכותה לסטטוס השלייל ולסטטוס החיובי של כבוד האדם.

24 "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל הערה 3, בעמ' 273.

25 שם.

26 בפרשת שפר העמיד השופט מ' אלון את ערך קדושת החיים וההגנה על חיי אדם כבד ההגנה על כבוד האדם, ומצא כי באותו עניין ההגנה על חיי האדם אינה עולה בקנה אחד עם ההגנה על כבוד האדם, וכן עם חירותו האישית, פרטיותו וצנעתו. בפעולת האיזון שעשה, העדיף השופט לכאורה את קדושת החיים. אלא שיחד עם זאת הוסיף: "בין מותו של אדם לכבודו של אדם סתירה יש. לעומת זאת — עצם חייו של אדם, הם כבודו של האדם, ובין חיי אדם וכבודו — אין סתירה ולא תיתכן סתירה" (שם, בעמ' 172). אולם לאור הממצא העובדתי; לפיו הקטינה נשוא הדיון "אינה סובלת ואינה מתיסרת. כבודה נשמר מעל ומעבר", נראה שלכאורה הוצב המתח האפשרי בין כבוד האדם לבין קדושת החיים וההגנה עליהם כמתח תיאורטי בלבד. הקביעה כי "בין חיי אדם וכבודו אין סתירה ולא תיתכן סתירה" מוקשית מאוד, כשהיא סמוכה למסקנה (התיאורטית אמנם) לפיה יש להעדיף את קדושת החיים, שעה שהיא מתנגשת עם כבוד האדם. אם נכיר באפשרות סתירה — נוכל, לכאורה, לטעון גם כי באיזון הערכים המתנגשים יגבר דווקא ערך כבוד האדם. טעון כזה יסתמך לא רק על מרכזיותו של כבוד האדם בחוק היסוד, אלא גם משום שגרעינו המרכזי טמון בלבה של כל זכות אדם הנגזרת ממנו ומכחיב את מהותה. ראו לעניין זה ל' שלף "בין קדושת החיים לכבוד האדם — על יסורי הגוף, הקדמה הרפואית, רגישות אנושית והמשפט הפלילי" משפטים כד (תשנ"ד) 207. אך ראו גם ח' כהן, לעיל הערה 3, בעמ' 25: "בראש טולם ערכי 'כבוד האדם' עומדת קדושת החיים. בלעדי חיו אין שום כבוד יכול להועיל לאדם".

ה. כבוד האדם כמושג-גג, כמושג-גרעין וכזכות

ניתן אולי לומר כי ריבוי ההקשרים בחוק היסוד שהמונח "כבוד האדם" מופיע בהם אינו בא ללמד על משמעויות שונות של אותו מונח, אלא על רבדי התייחסות שונים, המשמשים בערבוביה תחת גגו של אותו מונח. האחד – מעין שם משפחה, זה המקיף וגורף את כבוד האדם עם החירות, והוא מושג-גג, שרוחו מרחפת על הכול, והוא בבחינת ערך פרשני רחב, האוצל מרותו על השיטה המשפטית כולה. השני – מעין תואר זהות או מאפיין קבוצתי, שהוא גרעין מושג-מהותי, המבטא את התמצית הרעיונית של נצירת האנושי שבאדם. רובד זה הוא גרעין הבסיס, הנאצל מכבוד האדם ללכה של כל זכות הנגזרת ממנו, והוא מאפיין אותה ושולט בה. הוא לבן של הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד, וגם לבן של זכויות כבוד האדם האחרות. הרובד השלישי הוא רובד כבוד האדם כזכות ספציפית בעלת שם פרטי הנמנית על משפחת כבוד האדם, זכות המתאחדת עם הזכויות הספציפיות האחרות, בעלות השמות הפרטיים האחרים, כמו הזכות לחיים ולגוף, לקניין ולפרטיות, לכלל משפחה אחת רחבה.

כבוד האדם בכותרת החוק ובסעיף המטרה הוא מושג-הגג, הערך שאליה שואפת השיטה המשפטית ואותו היא מבקשת להגשים בעקרונות הנורמטיביים שהיא מחוקקת ובזכויות הספציפיות המוכתבות מהם. כבוד אדם זה הוא המעטפת העיונית, העוטפת את כלל השיטה המשפטית. אולם כבוד האדם בכותרת החוק ובסעיף המטרה הוא גם הגרעין המשותף התמציתי, שהוא מרכיב הבסיס של זכויות האדם, ואשר בלעדיו הן מעוקרות תוכן. בשני רבדים אלה – מעטפה וגרעין – ניתן לדבר על כבוד האדם כעל ערך בעל אופי מוחלט²⁷. לעומת זאת, כבוד האדם ברובד הזכות הפרטנית עומד בין שאר הזכויות הפרטניות שבחלק האופרטיבי של חוק היסוד, והוא בעל אופי יחסי. זכות זו עשויה להתנגש בזכויות אדם אחרות ובאינטרסים כלליים אחרים בעלי עניין ציבורי, וגדרה ייקבע לפי נוסחאות האיוון כפי שתקבען הפסיקה.

ו. מעגלי התכנים של כבוד האדם

ניתן לראות את ערך "כבוד האדם" כמוקף מעגלי תכנים, כאילו השליך המחוקק את אבן "כבוד האדם" לחלקת מימי אגם חוק היסוד, ומגעה במימיו יצר מעגלים מתרחבים והולכים, המכים זה בזה בשוליהם ומתמלאים זה מזה. כל מעגל הוא תולדה של מעגל אחר, והם זורמים זה אל זה והולכים ומתרחקים ממקורם עד לעמדם.

המעגל הפנימי, הצר, הוא מעגל המשמעות המידית, הטבעית והפשוטה של המילה כבוד, והיא – היפוכם של החילול, הביזיון, הבושה והמבוכה, הפוגעים בצלם האדם. זהו המעגל, שמהותו מניעת הרע והשלילי. המעגל השני, המתרחב

27 והשוו סעיפים (1), 19(2) ו-79(3) של חוק היסוד הגרמני: כבוד האדם אינו ניתן לפגיעה ואין לפגוע בתוכן הבסיסי של זכות יסוד.

ממנו, הוא מעגל כבוד האדם המשמיע את התכנים הפוזיטיביים הגלומים בכבוד האדם, והוא מורכב מתכני משנה ספציפיים הכלולים בו. מעגל זה יוצר וגורר מעגל נוסף, רחב יותר, שהוא מרחב השתלבותם של ערך כבוד האדם עם ערך החירות. שני הערכים הללו אינם אלא אחד בהשלכותיהם, ומהם נגזרות אחדות מזכויות האדם האחרות, אם לא הזכויות כולן. המעגל המורחב של כבוד האדם הוא, אפוא, סך כל התרחבותם של מעגלי משנה פנימיים, החותרים אל שוליו. כל מעגל ותכני המשנה שלו, הנמשכים ממרכז הזרימה של כבוד האדם; כל מעגל והיקפו ההולך ומתרחב, הולך ומתמלא, עד שבקצהו מתעמעמים שוליו אל שולי המעגל החובק אותו ומתרחב ממנו.

1. מעגל התכנים הראשון – הגרעין

מעגל התכנים הראשון, הנמצא בעין מעגליו של כבוד האדם, הוא, כאמור, זה המדבר בכבוד האנושי במובנו הטבעי והמידי. זה הוא הכבוד שהוא היפוכם של חילול, של ביזוי, של הלבנת פנים, של כושת ועלבון, של פגיעה בצלם. בפרשת גואטה²⁸ אמר השופט מ' אלון: "כבוד האדם פירושו שלא לבייש ולבזות את צלם האלוקים שבאדם".

איסור עינויים והאיסור על ענישה אכזרית נכללים במעגל הראשון של כבוד האדם. ההגנה מפני פגיעה בשמו הטוב של אדם ומפני לשון הרע עליו שייכת גם היא למעגל הפנימי של כבוד האדם²⁹. ייאמר כי התייחסות בעניין זה אינו פשוט כלל ועיקר. מצד אחד רגילים להדגיש, ובצדק, כי המושג כבוד האדם אין עניינו בכבוד הבא לו לאדם בשל נתונים ותכונות אישיות ומיוחדות הקיימות בידו, ואין הוא כבודו של איש פלוני כפלוני, אלא כבודו שלו באשר הוא אדם³⁰. מן הצד

28 לעיל הערה 8.

29 את שייכותה של הפגיעה בשם הטוב לפגיעות בכבוד האדם קבע בית-המשפט עוד טרם היות חוק היסוד (ע"א 214/89 אבנר ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג(3) 840). על השם הטוב כערך יחיד אומר ח' כהן במאמרו, לעיל הערה 3, בעמ' 37: "בעיני חכמים קדמונים לא הייתה פגיעה מאוסה ומגונה בכבוד האדם מאשר לשון הרע עליו ועלבונו בפניו. בין היכתרים שעל ראשו של אדם – הם כבודו – תופס 'כתר שם טוב' מקום בראש: הוא עולה אף על כתר תורה וכתר כהונה וכתר מלכות". זוהי, אולי, דוגמה למשקל השונה המיוחס לזכות מצד הערך היהודי שלה לעומת משקלה כערך דמוקרטי.

30 כדברי ח' כהן במאמרו, שם, בעמ' 32: "לא באשר הוא חכם או משכיל, עשיר או נשוא פנים – אלה ושכמותם בין כה זוכים לכבוד משלהם... הכבוד המיוחד הראוי למלך או לנשיא, למשל, אינו זקוק להכרה ולהגנה על פי חוק: הוא כאילו טבוע בטבע המעמד והתפקיד. מה שאין כן כבודו של האדם הלא מכובד: באשר גם הוא אדם, בא חוק היסוד להרים גם את כבודו שלו על נס... כבודו של המכובד אינו שונה מכבודו של הלא מכובד.

כבוד האדם אינו ניתן לדירוג: דווקא משום שמידות הכבוד הנופלות בחלקם של המכובדים יותר גדולות הן ורישומן ניכר בעיני כול, קיים הצורך בהדגשה יתרה שהכבוד הוא זכותו, וצריך להיות נחלתו של אדם באשר הוא אדם". גם השופט מ' אלון אמר בעניין גואטה (לעיל

השני אין מחלוקת על כך כי ההגנה על שמו הטוב של אדם מפני לשון הרע גם היא במשמע כבוד האדם. זוהי דוגמה לחילופי הרבדים בין כבוד האדם כערך או כעיקרון ובין כבוד האדם כזכות שיש לה גדרות משלה.

במעגל התכנים הראשון של כבוד האדם מצויה גם חדירה לגופו של אדם ללא הסכמתו³¹ וכן עריכת חיפוש על גופו באופן מבזה³². במובן מופשט יותר, כלולים במעגל זה גם כבודם של עצורים ואסירים בקשר לתנאי כליאה, טיפול רפואי, קיום יחסי אישות, סיפוק צרכי אנוש בסיסיים וקביעת סדרים תרבותיים בעניין אופן סיפוקם של צרכים אלה³³. למעגל זה ניתן לשייך את כבודו של הנפטר, אם כבוד הנפטר עומד כערך בפני עצמו, במנותק מכבוד האדם של משפחתו – שאלה הטעונה עדיין הבהרה³⁴. במעגל זה ניתן למקם מבחינה רעיונית גם את זכותו של

הערה 8, בעמ' 724): "ודוק. לא כל פגיעה בכבוד האדם, כלולה היא במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. רך משל פגיעה בכבוד של אדם מכובד, שראוי הוא, לפי מעמדו, לשבת במקום בו יושבים בני מעמדו, ולא בין פשוטי העם, יכול ופוגע הוא בכבודו מבחינה חברתית (אם אכן כך הוא!) אך אין בכך משום כיווי וביוש צלם האלוקים שבו, ואין 'פגיעה' כגון זו כלולה כל עיקר במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

31 "חדירה לגופו של אדם יש בה משום פגיעה חמורה בכבודו של האדם ובזכותו לפרטיות, 'באשר הוא אדם': השופט מ' אלון בפרשת גואטה, לעיל הערה 8, בעמ' 711; בג"צ 391, 373, 370, 355/79 קטלן ואח' נ' שירזת בתי הסוהר, פ"ד (3) 294, לעניין ביצוע חוקן בעציר שלא בהסכמתו ושלא מטעמים רפואיים; ר"נ 9/83 בית-הדין הצבאי לערעורים נ' ועקיני, פ"ד (3) 837, לעניין השקיית אדם ככוח לצורך חיפוש סמים.

32 כמו הנראה לפשוט את בגדיו, אף בחלקם, בשוק, ברשות הרבים לצורך חיפוש, או כל חיפוש ואפילו בהסכמה בדרך שיש בה לרמוס את כבוד האדם: פרשת גואטה, לעיל הערה 8, בעמ' 719 ר' 725.

33 בש"פ 2169/92, לעיל הערה 8; בש"פ 3734/92, לעיל הערה 8 ורשימת פסקי-הדין המאחזרים במאמרו של מ' אלון, לעיל הערה 3, בהערה 61 פסקה ב; ח' כהן, לעיל הערה 3, בהערה 116; י' קרפ, לעיל הערה 13, בהערה 117. וראה גם לעניין אסירי חוב: השופט מ' אלון בבג"צ 5304/92, לעיל הערה 8, הגדיר את המציאות בה הם מצויים כ"מציאות שיש בה משום שלילת חירותו של החייב ופגיעה חמורה בכבודו כאדם שנכבד בצלם אלהים". אולם את כבודם של עצורים ואסירים ניתן לשייך גם לסעיף המיוחד שבחוק היסוד הדין בחירות האישית, כלומר במעגל הזכרות השני – ראו להלן.

34 בעת הדיונים בוועדת השרים לענייני חקיקה בהצעת החוק הממשלתית, ששימשה מודל לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעיל הערה 13), העלו אחרים מהשרים הצעה לכלול במפורש בערך כבוד האדם גם את כבוד המת. הצעה זו לא נתקבלה, בין אם בשל הסברה שכבוד האדם באשר הוא אדם כולל גם את כבוד המת, ובין אם בשל הסברה שזכויות אדם ניתנו לחיים, שרק הם יכולים לממשן. בעת הקריאה הראשונה בחוק יסוד: זכויות במשפט ובחוק יסוד: חופש הכיטוי וההתאגדות, קבל חבר הכנסת רביץ על כי "כאשר בחוק היה סעיף של שמירה על כבוד האדם על גופו, אמרנו, תוסיפו עוד משפט אחד לחוק הזה: גם לאחר מותו. במקום להוסיף את המשפט, אמרו שזה לא בקונצנווס והוציאו את המשפט החשוב הזה..." (ד"כ, התשנ"ד, מיום 17.11.93). וראו ח' כהן במאמרו הנ"ל (לעיל הערה 3): "אין באיסור הפגיעה בחיים כדי לשלול את הערך היהודי של כבוד המת. אם כי אינו בהכרח גם ערך

אדם לקיום בסיסי בכבוד, זכות חברתית שתכליתה למנוע מאדם ביזוי ועלבו³⁵. מכוח אותו ההיגיון שייכות למעגל זה הזכויות החברתיות הבסיסיות, שהגיון הוא הגיון הזכות לאמצעי מחיה בסיסיים, כמו הזכות לחינוך אלמנטרי, לבריאות בסיסית ולתנאי סביבה הולמים, שקיומם הוא תנאי יסודי לקיום בכבוד אנושי ולהנאה מזכויות האדם הבסיסיות, האזרחיות והפוליטיות³⁶. כן ניתן לשייך למעגל זה את כבודם של בני מיעוטים, חולי נפש וחשוכי מרפא, ואת כבודם של פושעים³⁷.

2. מעגל התכנים השני – הזכויות המוגדרות

כבוד האדם של עצורים ואסירים סווג כחלק מן המעגל הפנימי של כבוד האדם, באשר זכותם של העצירים, כבני אדם, לחיות בתנאים אנושיים, היא המוגנת כלפי סוהרים וכלפי רשויות בתי הסוהר. אולם ניתן לשייך את כבוד האדם בתחום זה גם למעגל השני, הוא מעגל התכנים הספציפיים, האחוזים בכבוד האדם ומגולמים בו, והם: הזכות להגנה על החיים ועל הגוף³⁸, על הקניין³⁹, על החירות⁴⁰, על הפרטיות⁴¹ ועל חופש הכניסה לישראל וחופש היציאה ממנה⁴². מעגל זה הוא

דמוקראטי... המחוקק נמנע מלכלול, במפורש או במשתמע, במושג 'כבוד האדם'; הוא נוקט לשון 'כבוד האדם' בקיצור לכבוד האדם החי... כא חוק היסוד וקובע שכבוד האדם החי הוא הערך העליון... (שם עמ' 25). יש להוסיף כי לדעתו של ח' כהן "כבודו של האדם החי – להוציא עובר שטרם נולד". לעומת זאת ראו את פסקי-הדין בפרשות קסטנבאום וויכסלבאום, המדברים בנושאים אחרת על כבוד הנפטר ועל כבוד בני משפחתו. אשר לכבוד משפחת הנפטר, ניתן לשייכה למעגל זה, אם רואים כבוד זה כנאצל מכבודו של המת. אולם הגיונו של כבוד זה, בהקשרים שבהם הוא נידון בפסיקה, מוביל לשיוכו למעגל החיצוני, שבו צמוד כבוד האדם לחירות. וראו להלן על האוטונומיה האישית כבסיס לכבוד האדם. וראו פרשות וייכסלבאום וקסטנבאום ופרשות הגר וכרכאת (לעיל הערה 8).

35 השופט א' ברק בבג"צ 161/94, לעיל הערה 8: "כבודו של העותר כאדם מחייב דאגה לקיום מינימאלי כאנוש"; וראה א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל הערה 3; א' ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (התשנ"ד) 195, 202: "הזכות לעבודה אינה נגזרת מחופש העיסוק, אם כי הזכות לקיום בסיסי בכבוד עשויה להיגזר מכבוד האדם וחירותו". מעניין לציין, לעומת זאת, כי ח' כהן, לעיל הערה 3, בעמ' 49, אומר כי: "זכות העבודה היא מזכויות היסוד של האדם". את הזכות לעבודה גזר ח' כהן מביטויה, על דרך השלילה, של החירות האישית.

36 פרק ח להלן.

37 ח' כהן, לעיל הערה 3, בעמ' 33. אפשר גם לומר כי ענינם של עבריינים מצוי בתחום החפיפה בין המעגל הראשון למעגל השני.

38 סעיפים 2 ו-4.

39 סעיף 3.

40 כמשמעותה בסעיף 5 לחוק היסוד, שהיא חירות הגוף: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

41 סעיף 7.

42 סעיף 6.

מעגל זכויות האדם הספציפיות, שחוק היסוד מפרטן ומפרשן בשמן. יש הגורסים כי זכויות אלה אינן עומדות בפני עצמן, אלא הן ביטוי פרטני של ערך כבוד האדם. לפי תפישה זו, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא מקשה אחת: כבוד האדם הוא בניין האב, והזכויות המפורשות בשמן בחוק היסוד אינן אלא דבר הנלמד מעניינו, אינן אלא שמות פרטיים של נגזרותיו⁴³.

גישה זו, הרואה בערך כבוד האדם "כלל ופרט וכלל", עדיין מתגדרת במסגרתו של חוק היסוד וברשימת הזכויות המנויות בו. אין היא מצטמצמת ב"כבוד האדם" במעגלו הראשוני, אבל עדיין היא נאחזת במניין הזכויות המפורשות של חוק היסוד.

הכפפתן של הזכויות הספציפיות כמו הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לקניין, לחירות מפני מעצר ומאסר ולפרטיות תחת קורת הגג של כבוד האדם, מוצאת לכאורה את חיזוקה בשמו של החוק ובסעיף המטרה שלו. סעיף המטרה מכריז, כפרשנות אותנטית של המחוקק, כי תכליתו של חוק היסוד היא "להגן על כבוד האדם וחירותו" ואין הוא מכריז על הגנת הקניין או הפרטיות כמטרה. גישה זו מוצאת את חיזוקה גם בדבריו של מגיש ההצעה, שהעיד עליה בעת הצגתה בפני הכנסת כי היא נוגעת "אך ורק לזכות אחת מכל זכויות האדם... זכותו של האדם לחייו, לחירותו, לכבודו... הזכות שבעצם היהדות נתנה לעולם, שאדם נברא בצלם"⁴⁴.

3. המעגל השלישי — כבוד האדם עם החירות

המעגל הרחב ביותר, שאליו שואפים יתר מעגלי כבוד האדם, הוא זה שבו אחוזים במשולב כבוד האדם והחירות. "חירות" בהקשר זה אין משמעה החירות האישית, המוגדרת בסעיף 5 לחוק היסוד ומבטיחה את חירותו של אדם מפני מאסר, מעצר,

43 כך אומר א' ברק במאמרו "זכויות אדם מוגנות", לעיל הערה 3, בעמ' 259: "מבנה חוק היסוד מלמד, כי הוא מכיר במספר זכויות אדם מיוחדות הנגזרות מכבוד האדם וחירותו, כגון זכות הקניין, החירות ממאסר, מעצר והסגרה, תופש היציאה מישראל והזכות לפרטיות ולצנעת החיים. על כל אלה יש להשקיף — על פי מבנה החוק — כביטויים מיוחדים של כבוד האדם וחירותו, אשר לגביהם נקבע הסדר מיוחד"; וראה השופט א' ברק בפרשת קסטנבאום, בעמ' 524. כך אומר גם ח' כהן במאמרו, לעיל הערה 3, בעמ' 24: "כבוד האדם אשר חוק היסוד בא 'לעגן' מפורט, כאמור, בהוראות ספציפיות, מהן האוסרות פגיעה בחייו, בגופו, בכבודו ובקניינו של אדם (סעיפים 2 ו-3) ומהן המעניקות לאדם זכות הגנה 'על חייו, על גופו ועל כבודו' (סעיף 4). גם זכות הפרטיות וצנעת החיים (סעיף 7) ניתן לטווג בין המרכיבים את כבוד האדם". ועוד הוא מפרט ואומר: "בראש סולם ערכי 'כבוד האדם' עומדת קדושת החיים. בלעדי חייו אין שום כבוד יכול להועיל לאדם..." (שם, בעמ' 25). על ערך השמירה על הגוף הוא אומר: "כל מכה בגוף האדם היא פגיעה בכבודו... הערך של כבוד האדם, המתבטא באיסור הפגיעה בגופו, הוא גם יהודי וגם דמוקרטי, שהרי איסור הפגיעה בגוף האדם בא 'באשר הוא אדם' (שם, בעמ' 29). כן מונה ח' כהן את הקניין בין ערכי היסוד של כבוד האדם, בקבעו: 'גם פגיעה בקניינו של אדם אינה, בסופו של דבר, אלא פגיעה בכבודו' (שם, בעמ' 40).

44 חבר הכנסת א' רובינשטיין, ד"כ, התשנ"ב, 1235.

הסגרה וכיוצא באלה. החירות בהקשר זה היא החירות במובנה הרחב, חירות שהיא במהותה לא רק חירות הגוף אלא גם חירות הרוח. זוהי החירות, שביטוייה הפרטיקולאריים לא פותחו בחוק היסוד, לא במשמעות היות האדם בן-חורין לעשות כרצונו⁴⁵, ולא במשמעות זכותו של האדם לחופש לפיתוח אישיותו⁴⁶. ובכל זאת, רוחה של חירות זו על שני תכניה, שהם אחד, שורה על החוק כולו. זוהי החירות ששמו של חוק היסוד מכריז עליה, והיא מופיעה בסעיף עקרונות היסוד שלו⁴⁷. זוהי החירות שדובר בה בהכרזה על הקמת המדינה⁴⁸. זוהי גם החירות, הנלמדת מתוך כלל ערכיה של מדינת ישראל⁴⁹. כך פורשו ערכים אלה מאז ומתמיד — כמבטאים את היותו של האדם בן-חורין, נולד אל חירותו ועמה, והיא לו בזכות. אין החירות מוקנית לאדם מידי הרשות ואין הרשות שוללתה בשרירות, והיא כבודו.

אומר על כך ח' כהן במאמרו⁵⁰:

- 45 וראו סעיף 1 להצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, שנוסחה בידי ועדת החוקה, חוק ומשפט בראשותו של חבר הכנסת ב' הלוי (ה"ח 1085, מיום 12.8.73):
 "האדם הוא בן-חורין. אין מטילים עליו הגבלות או חובות אלא מכוח החוק".
 איתרע מזלו של סעיף זה, שנולד להצעה שלא היה בה סעיף הגבלה כללי המגביל את המחוקק בחוקיו, דוגמת פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, ולפיכך פורש נכב לכפוף את חירותו של האדם לשרירותו של המחוקק ולאפשר את הגבלת החירות בחוק סתם, ללא תנאים ומגבלות. תפישה מוטעית זו של הסעיף, כאילו הוא בא לצמצם את החירות ולא לפרשה ולהגן עליה, היא שחרצה את דינו לשכחה, וזכרו לא בא עור באף אחת מן ההצעות שבאו אחריו. אפשר גם שההתנגדות לסעיף האמור נבעה מן העובדה שהתפיסה שביסודו אינה מתיישבת עם תפישת היהדות את ערך החירות של האדם. מכל מקום, דומה כי התנגדות גרמה גם להשמטתו של סעיף כללי מהצעת משרד המשפטים, סעיף שהופיע בטיטוט השונות תחת הכותרת המשנית "חירות האדם", והצהיר כי "האדם הוא בן-חורין". נראה למחברת כי להכללתו של סעיף הדין בחירות האדם בחוק יסוד יש ערך חינוכי משל עצמו, וחבל שלא הובן טעמו. וראו את הסעיף הראשון בהצהרת האו"ם על זכויות האדם: "כל בני אדם נולדו בני-חורין..."
- 46 ראו סעיף 2 להצעת החוק של חבר הכנסת קלינגהופר מיום 15.1.64, ולהצעת החוק של חבר הכנסת א' רובינשטיין (ה"ח התשמ"ג, 111) וכן סעיף 2 לנוסח שגובש בוועדה בראשות חברת הכנסת ש' אלתי, שקבע: "כל אדם זכאי לחופש הפיתוח של אישיותו, ככל שאין בכך לפגוע בזכויות הזולת". והשוו סעיף 2(1) לחוק היסוד הגרמני: "לכל אדם הזכות לפיתוח החופשי של אישיותו כל עוד אין הוא פוגע בזכויות אחרים, בסדר החוקתי או במידות המוסר".
- 47 סעיף 1: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין" (הדגשה זו, וכל הרגשה אחרת בלשון החוק המובאת, היא שלי — י.ק.).
- 48 "מדינת ישראל תהא ... מושגת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל".
- 49 סעיף 1א לחוק היסוד.
- 50 לעיל הערה 3, בעמ' 44.

יכול אף גם זאת שהחירות והכבוד משמשים כירי המחוקק שמות נרדפים: כל פגיעה בחייו ובגופו ובקניינו ובפרטיותו של אדם היא פגיעה בחירותו האישית, וכל מאסר או כליאה אחרת והגבלת חופש התנועה הם פגיעה גם בכבודו של אדם.

ועוד הוא אומר:

בין אם יש לסווג פרטיות וצנעת הפרט עם ערכי כבוד האדם ובין אם יש לסווג עם ערכי חירות האדם — על כל פנים מתחברת ההגנה על פרטיותו, סודותיו ורשות היחיד של האדם להגנת חייו, גופו וכבודו, ולאיסור הפגיעה בקניינו ובחירותו — לחטיבה אחת.

מיוזג זה של כבוד האדם עם החירות בעין מעגלי כבוד האדם — מכה בכוחו ודוחף את שוליהם המעומעמים של מעגלי המשנה של כבוד האדם, הנמשכים ממנו, אל מעגל זרמים רחב יותר, ששוליו מקיפים חכמים מגוונים ומהווים שהם השתקפות של ערכי כבוד האדם והחירות.

ז. כבוד האדם והחירות — האוטונומיה האישית של הפרט

יסודו של מיוזג זה של כבוד האדם עם החירות הוא בגישה הגורסת כי עיקר הערך הדמוקרטי של כבוד האדם הוא בכיבוד האוטונומיה של רצונו החופשי. אוטונומיה זו, שהיא החירות לפיתוח הפוטנציאל האיש, היא גם מהותו של האדם באשר הוא אדם. מהות זו, המייחדת את האדם ממי שאינו בן אנוש, היא פוטנציאל המימוש הטמון בו לפתח את עצמו ואת אישיותו באופן חופשי בתהליך של בחירה, במסגרת הכוחות הפועלים עליו בסביבת חייו. כוליותו של אדם ניכרת בתהליך זה של הפיתוח החופשי של אישיותו ושל צלמו כאדם לפי בחירת רצונו. חופש בחירה זה הוא החירות של הגוף והרוח, חירות שבלעדיה לא תיתכן עצמאותו של האדם, עצמאות שהיא תמצית הכבוד האנושי⁵¹. ההכרה בזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי היא שעמדה, בפרשת וייכסלבאום, ביסוד העדפת כבוד האדם של הנפטר והחי על פני ערך שמירתה של השפה העברית:

ההכרה בכבוד האדם מחייבת מתן חירות לאדם לעצב את כיתוב המצבה כפי שגראה לו כראוי. שלילתו של חופש עיצוב זה והטלת חובת השימוש בכיתוב עברי בלבד יש בהן פגיעה קשה וממשית בערך היסוד של כבוד

51 כפרשת וייכסלבאום, בעמ' 827, אמר השופט א' ברק על כבוד האדם: "בכביסו של מושג זה עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו וזאת במסגרת החברתית שעמה הוא קשור ושבה הוא תלוי." כאלה הם גם דברי השופט א' ברק בפרשת קסטנבאום, בעמ' 533, ובמאמרו "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל כ (תשנ"ב) 195, 200; וראו גם ח' כהן, לעיל הערה 3, בעמ' 49, שם הוא גוזר את חופש העיסוק מתוך החירות.

האדם. ודוק: הפגיעה בכבוד האדם מקורה בשלילת החירות לעצב את תוכן המצבה כפי שהמנוח (בחיו) ומשפחתו (לאחר מותו) מבקשים לעצבה⁵².

בניסוח שונה ביטא גם ח' כהן את הרעיון הזה במאמרו⁵³:

שתי פנים לה למידה זו של כבוד האדם. מצד אחד, על ידי שמכבדים רצונו של אדם עושים לו "כבוד"; אך מן הצד השני עשוי כבודו של אדם להימרד לפי טיב רצונותיו... רצונו של אדם אינו רק התגשמות כבודו, כי אם גם קנה מידה ומבחן של כבודו.

וח' כהן הוסיף:

גם פגיעה בקניינו של אדם אינה, בסופו של דבר, אלא פגיעה בכבודו. לא משום שקניינו של אדם הוא כבוד, אלא משום שהפגיעה בקניינו פוגעת באוטונומיה שלו, של רצונו. לא הוא המחליט על מה שיעשה בשלנו, אלא השלטונות מחליטים במקומו⁵⁴.

וגם לעניין הפרטיות הוא אומר:

הערך הדמוקראטי של הפרטיות שוב נעוץ באוטונומיה של האדם: זכותו להחליט על דעת עצמו את מי לראות ועם מי לדבר, את מי להכניס לביתו ואת מי לא להכניס, את מי לשתף בסודותיו ואת מי לא לשתף. אין לך התערבות הפוגעת בעצמאיותו של אדם יותר מאשר הסגת גבולו האישי ללא הסכמתו⁵⁵.

כבוד האדם וצלמו כאנוש נמדדים, אפוא, בחירותו לעשות לפיתוח אישיותו מתוך בחירה חופשית. זכויות האדם, על שמותיהן, מניינן וכניינן לא הוקנו לו אלא על מנת לשרת את חירותו זו ולהגן על עצמאותו, שהיא תמצית כבודו כאדם. זוהי התפישה העומדת ביסוד גישתם של אלה הסוברים כי כבוד האדם הוא אבי זכויות האדם, שכולן לא נועדו אלא להכליתו. זוהי התפישה הליבראלית שביסוד השיטה הדמוקראטית שלנו, המציבה את הפרט במרכז, רואה בעצמאותו של האדם תכלית ולא אמצעי⁵⁶, ומעמידה במרכז הערכים את כבודו, שהוא השתקפותה של עצמאות זו⁵⁷.

- 52 שם, בעמ' 523. אך ראו גם דעת מיעוט של המשנה לנשיא מ' אלון, שם, בעמ' 486-516.
- 53 לעיל הערה 3, בעמ' 38.
- 54 שם, בעמ' 40.
- 55 שם, בעמ' 44.
- 56 א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל הערה 3.
- 57 אולם ניתן להגיע למסקנה דומה באשר להיותו של כבוד האדם מסד למכלול זכויות – רבות הזכות לשוויון – על בסיס תפישה שונה לחלוטין, שאינה דמוקראטית-ליבראלית

ח. כבוד האדם וחירותו – היקף השתרעותם של המעגלים

מזיהוי החירות, היא האוטונומיה האישית של האדם לפיתוח הפוטנציאל האנושי שלו, עם כבוד האדם, ניתן ללמוד כי כל זכות אדם, שיסודה בכבוד האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו, היא זכות של כבוד האדם, גם אם לא זכתה להימנות כזו בחוק היסוד ושמה לא נזכר בו במפורש⁵⁸. מתפישה זו משתמע גם כי ערך כבוד האדם הוא אביהן של זכויות אדם נוספות, שאינן מפורטות בחוק היסוד, ובסיסן בערך המשולב של כבוד האדם והחירות, של מרכזיות הפוטנציאל האנושי ושל כיבוד האוטונומיה של הפרט. הדוגלים בראייה זו יגרסו כי בחוק היסוד עוגנו גם חופש ההתקשרות וחופש החוזים⁵⁹, חופש המצפון, הביטוי והמחשבה⁶⁰, חופש

ביטוח ואינה מעמידה כלל את הפרט ואת האוטונומיה שלו במרכז ההוריה החברתית. הכוונה היא לתפישה המעוגנת בערך היהודי של כבוד האדם. לפי תפישה זו, מקור הזכות לכבוד האדם אינו באוטונומיה האישית שלו, אלא בהיותו ברוא בצלם אלוהים. תפיסת בריאת האדם בצלם היא מאשיותיה של תפיסת העולם של היהדות כמקור הזכות לכבוד האדם, היא ולא ערך חירותו האישית. כדברי השופט מ' אלון בפרשת שפר, בעמ' 116: "יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוהים... בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא, שוויוני ואהבתו..." וכן אמר (ר"ע 698/86, 151/87, 184 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, 676): "הכלל הגדול שצריך להנחות את בית-המשפט הוא, שאין אנו מוסמכים ואין אנו רשאים להבריל באיזו צורה שהיא בערכו של האדם... כל בני האדם, באשר נבראו בצלם אלוהים, שווים הם בערכם וכסגולתם". וראו גם עניין גואטה, לעיל הערה 8. ח' כהן, לעיל הערה 3, מדבר על מקורו הכפול של ערך כבוד האדם: הערך הדמוקרטי של האוטונומיה האישית של הפרט והערך היהודי של היות האדם נברא בצלם אלוהים. גם הוא סומך את השוויון על ערך הכבוד, ואת ערך הכבוד הוא מבקש "כמסקנה הכרחית מסיפור הבריאה שהאדם נברא 'בצלם' או 'בדמות אלוהים'" (שם, בעמ' 35).

א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל הערה 3. 58

השופט א' ברק בפרשת קסטנבאום, בעמ' 533: "אחת מזכויות היסוד של האדם שיש להתחשב בה היא זו של האוטונומיה של הרצון הפרטי. זהו חלק מכבוד האדם וחירותו. התקשרות חזית היא ביטוי לאוטונומיה זו. חופש החוזים הנה זכות חוקתית". גם במאמרו "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר (תשנ"ג) 163, 198 ו-200, אומר א' ברק: "בין מכלול זכויות היסוד שיש להתחשב בהן מצויות גם זכויות היסוד של כבוד האדם ופיתוח אישיותו. האוטונומיה של הרצון כלולה במסגרת זו. מהן נגזר עקרון חופש ההתקשרות ועקרון חופש התווים. אכן, עקרון חופש ההתקשרות וחופש החוזים הוא עצמו עיקרון חוקתי, הוא עצמו זכות אדם חוקתית ומוגנת." וראו גם א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" לעיל הערה 1, בעמ' 261.

א' ברק בפרשת קסטנבאום, בעמ' 520: "שיקול זה של כבוד האדם, בהקשר שלפנינו, הוא בעל היבט כפול: ראשית, כבוד האדם וחופש המצפון, הביטוי והמחשבה של הנפטר. ייתכן שכחיו ביטא האדם רצון משלו באשר לכיתוב על מצבתו... על רצון זה יש להגן. הוא משקף את כבודו של האדם ואת חופש המחשבה, הביטוי והמצפון שלו בחייו... שנית, כבוד האדם וחופש המצפון והביטוי של משפחת הנפטר... לבני משפחת הנפטר עומדות הזכות והחירות

האספה והתהלכה⁶¹, וכן זכויותיו הפרוצדוראליות של עצור⁶². מרעיון החירות והאוטונומיה האישית ייגזרו, על פי גישה זו, גם חופש הדת⁶³, חופש התנועה⁶⁴, חופש היצירה, חופש המידע וחופש ההתאגדות וההתארגנות של עובדים ומעבידים⁶⁵. והערך האחרון – שאינו אחרון בחשיבותו – מכוח גישה זו עשוי להיגזר מעקרונן כבוד האדם גם ערך השוויון⁶⁶.

המעגל השלישי של כבוד האדם, הכורך את הכבוד עם החירות, עשוי, אפוא, להקיף את מכלול התכנים המקיימים את האוטונומיה של הפרט ואת זכותו לפיתוח אישיותו, כמרכיב יסודי של כבוד האדם שלו. כבוד האדם כולל, לפי תפישת מיוזג זו, לא רק את זכויות כבוד האדם שהוסדרו באופן מיוחד בחוק היסוד, אלא גם את אלו שלא הוסדרו בו, אך הן נובעות ממיזוג זה של כבוד

כי זכרו של יקירם יכול בדרך הנראית להם כראויה. וראו על חופש המחשבה גם ח' כהן, לעיל הערה 3, בעמ' 51.

61 א' ברק בפרשת חלק, לעיל הערה 8: "נראה כי כיום ניתן לגזור זכות זו מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעמיד על בסיס חוקתי את זכותו של אדם לכבוד ולחירות".

62 כמו זכותו שיודיעו לו על דחיית מימוש הזכות להיפגש עם עורך דין: השופט מ' אלון בבג"צ 3412/91, לעיל הערה 8, בעמ' 853: "הזכות לידע על השינוי במצבת זכויותיו של אדם היא זכות טבעית; יסודה באופיו של האדם, מקורה בזכותו לכבוד האדם ובעקרונות צדק כלליים". כן יכללו חוקת הזכאות, הזכות להליך הוגן ועיקרי יסוד בפלילים: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל הערה 3, בעמ' 281 וא' ברק, לעיל הערה 1, בעמ' 259.

63 ח' כהן, לעיל הערה 3, בעמ' 39: "אוטונומיה רצונית היא גם אוטונומיה מצפונית ומוסרית: בכסוף לחוק – ולחוק בלבד – זכאי וחייב כל אדם לקבוע לו דפוסי התנהגותו ואורח חייו כאוות נפשו... כל כפייה דחית או אחרת היא פגיעה בכבוד האדם".

64 ח' כהן, שם, בעמ' 48. יש לזכור כי חופש התנועה כמשמעות החופש לנוע בארץ ולקבוע בה את מקום המגורים לא נכלל בחוק היסוד מטעמים של פשרה פוליטית, כדי להפיס את דעת המפלגות הדתיות בחששן מפני פרשנות שתאפשר נסיעה בשבתות באזורי מגורים של דתיים (קרפ, לעיל הערה 13, עמ' 340, והערה 66 שם).

65 א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל הערה 3, בעמ' 279.

66 השופט ת' אור בבג"צ 5394/92, לעיל הערה 8; השופט א' מצא בבג"צ 454/94, 453, לעיל הערה 8. אך ראו עמדתו של השופט י' זמיר באותו עניין. השופט א' ברק בפרשת וייסלבאום בשאלת אחידות הכיתוב על מצבות: "אחידות זו מקדמת גם היבט חשוב של כבוד האדם, שכן השוויון הוא גם הכבוד"; כן ראו ח' כהן, לעיל הערה 3, בעמ' 32: "הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות ונידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא פנים וכהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם כהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפליה כלשהי"; וכן א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל הערה 3, בעמ' 281; ראוי לציין כי במאמרו הנ"ל על כבוד האדם תולה השופט ברק את השוויון ביסוד כבודו של אדם באשר הוא אדם (בעמ' 278), ולא בעניין חופש הרצון של האדם. לדעת המחברת בא השוויון לחוק את חופש הפיתוח של האישיות, שההפליה פוגעת בו ומעכבת אותו. אולם לא נראה שיש נפקות ממשית להבחנה זו; וראו לעניין השוויון וכבוד האדם גם: השופט מ' אלון בפרשת שפר, לעיל הערה 8; קרפ, לעיל הערה 13, בעמ' 345-361.

האדם עם החירות.

ראוי להדגיש כי התפישה המרחיבה, היוצאת מן השילוב של כבוד האדם עם החירות ומדגישה את רעיון האוטונומיה של הפרט במסגרת החברתית שהוא פועל בה – אין משמעה בהכרח גזירת כל זכויות האדם כולן מערך כבוד האדם. כך, למשל, מוציא א' ברק⁶⁷ את הזכויות החברתיות והכלכליות, כמו הזכות להינך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית, מגדר כבוד האדם, למעט הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי. כן מוציא א' ברק מגדר כבוד האדם את הזכות לחקירה נגדית⁶⁸. אולם ניתן להניח שמי שסובר כי אי-סיפוקם של צורכי הקיום הבסיסיים פוגע בכבוד האדם – יכלול בגדר סיפוק הצרכים הבסיסיים לא רק את סיפוקם של תנאים כלכליים חיוניים, אלא גם את סיפוקם של חינוך אלמנטרי, שירותי בריאות בסיסיים וסביבה שאינה מזיקה, שכן היעדרם של אלה גורם בורות מבוה ובריאות פגועה, שגם הן אינן מתיישבות עם הכבוד. ההכרה בזכויות חברתיות וכלכליות יסודה בהבנה העקרונית, כי אין אדם יכול ליהנות מזכויותיו המשפטיות והפוליטיות ומשאר זכויות האדם שלו, אם קיומו הבסיסי האנושי אינו מובטח, וכי אדם שתנאי היסוד של קיומו נשללים ממנו נפגע בכבוד האדם שלו. על סמך אותה הבנה עקרונית ניתן לטעון שגם זכויות חברתיות וכלכליות, שאינן בדרגת צרכים בסיסיים מינימאליים, הן מבחינה מושגית-עקרונית זכויות יסוד של כבוד האדם, שכן הן משרתות את כבוד האדם בכך שהן מספקות לו תנאים הכרחיים לפיתוח אישיותו עד למיצויה. הוויכוח על היקפה של קבוצת זכויות זו, על רמת המחויבות של המדינה למימושה ועל הרובד הנורמטיבי שהיא ממוקמת בו: ערך, עיקרון או זכות – אינו משפיע בהכרח על סיווגן המושגי של הזכויות הללו, לפי הערך שהן באות לשרת⁶⁹. מעמדן של זכויות אלו כמרכיב חיוני באמנה החברתית שבין הפרט לרשות במדינה חופשית ודמוקרטית, והפגיעה בכבוד האדם שהיעדרן גורם, אינם שונים ביסודם ממעמדה של כל זכות כבוד אדם אחרת, שעניינה הבטחת האוטונומיה של הפרט לעשות לפיתוח אישיותו במסגרת החברתית שהוא חי בה⁷⁰. אשר לזכות לחקירה נגדית, שגם היא הוצאה לדידו של

67 "כבוד האדם נזכות חוקתית", לעיל הערה 3.

68 שם.

69 ייאמר כי הזכויות החברתיות והכלכליות, גם מקום שהן מעוגנות בחוקה, מעוררות שאלות קשות באשר ליישומן הלכה למעשה ובאשר לתוקפן הנורמטיבי בהשוואה לתוקפן של זכויות אדם אחרות. גם הביקורת השיפוטית על יישומן של זכויות אלה מרוסנת יותר בהשוואה לבקרת זכויות אחרות. כך הדבר מסיבות הקשורות בטיבן היחסי של זכויות אלה, בעיקר לאור המשמעות הכלכליות שלהן.

70 הזכויות החברתיות והכלכליות נכללו בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם של חבר הכנסת קלינגהופר, שלא זכתה להיחקק. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת גיבשה כמושב זה של הכנסת את הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות (ה"ח התשנ"ד, 337) אולם לא אישרה את העברתה למליאה לקריאה ראשונה. סיווג זכויות אלו תחת גג כבוד האדם עשוי להשפיע כמונחים של שאיפות חברתיות ולהשליך על תכנון מדיניות חברתית.

א' ברק מכלל זכויות כבוד האדם – נראה שאין אחידות דעים בעניינה. דעתו של המשנה לנשיא, השופט מ' אלון היא שזכות החקירה הנגדית, "כזכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין, היא נגזרת מזכותו לחירות אישית"⁷¹. על כך יש להוסיף שאין החירות האישית אלא נגזרת מיוחדת של כבוד האדם, נגזרת שמחוקק חוק היסוד קרא לה שם משלה.

ניתן לומר כי מכלול הדעות שהובעו, בין בפסיקה ובין בכתבים משפטיים, נוטה לתפישה המרחיבה, שלפיה הצירוף "כבוד האדם", גם כשהוא ברובד הזכות הפרטיקולארית, אינו אלא אשכול של זכויות אדם, שרק אחדות מהן נזכרו בחוק היסוד בשמן המפורש. קו רישומו החיצוני של אשכול זכויות זה לא הותווה מעולם, ואף לא נעשה עד כה ניסיון להתוותו בכירור. לכאורה ניתן לומר על "כבוד האדם" כי הוא "כל התורה כולה על רגל אחת", וכן, כמאמר חכמים, "הפוך בו והפוך בו דכולא בו"⁷².

הנה כי כן – מעגל כבוד האדם שבו מתמזגים כבוד האדם והחירות הוא גם המעגל שבו משתקפת מהותה של הדמוקרטיה הליברלית על ערכי זכויות האדם שלה. ההשתקפות כפולת מראות: כבוד האדם וחירותו עולים מתוך ערכי היסוד של הדמוקרטיה, וערכי הדמוקרטיה יוצאים מתוך רעיון המרכזיות של כבודו וחירותו של האדם.

ט. היקפם של מעגלי כבוד האדם – המסקנות הנורמטיביות

אלו מסקנות נורמטיביות נוכל להסיק מן התפישה הגורסת, כי בכבוד האדם כלולות גם זכויות יסוד ששמן לא בא בחוק היסוד עצמו? מה הן השלכותיה של תפישה זו על זכויות אדם אלו, הנגזרות מכבוד האדם?

מסקנה אפשרית אחת, טבעית ומתבקשת לכאורה, היא כי כל אותן זכויות אדם, המסתפחות לחוק היסוד כנגזרות של כבוד האדם, אף שלא עוגנו בו במפורש – עלו בדרגתן הנורמטיבית להיות גם הן מעוגנות בחוק היסוד עצמו ומוגנות על ידיו מכללא. משמע – בשל היותן נגזרות של כבוד האדם, חלים על הפגיעה בהן כללי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד: אין לפגוע בהן אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, ורק אם הפגיעה היא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

מסקנה אפשרית אחרת, שגם היא הגיונה בצדה, הכול לפי זווית הראייה של המסתכל⁷³, היא שיש להבחין בין שאלת היקף התכנים הנורמטיביים של כבוד האדם ובין שאלת התוקף הנורמטיבי ההירארכי של הזכויות הכלולות בו. לפי גישה זו, אף אם נרחיב עד למרב את תכניו של המונח "כבוד האדם", ונסכים כי זכויות נוספות, ששמן לא פורש בחוק היסוד, הן נגזרותיו – עדיין אין מתבקשת

71 דנ"פ 4390/91, לעיל הערה 8, בעמ' 694.

72 השופט י' זמיר בהערת ביקורת בבג"צ 454/94, 453, לעיל הערה 8.

73 ראו להלן בענין ההיסטוריה החקיקתית.

בהכרח המסקנה כי אותן זכויות אדם, שלא פורשו בחוק היסוד, עולות עמו למדרגתו הנורמטיבית העליונה.
 כבודן של זכויות אדם אלה מונח בתחום הפרשנות ובתחום הכללים החלים על המינהל, שם ביטויין ושם יישומן. אולם פסקת ההגבלה אינה חלה עליהן, ואין ביכולתן לשמש אמת מידה לפסילת חוק.
 המחלוקת כאשר למקומן בהירארכיה החוקתית של זכויות אדם שלא פורשו בחוק היסוד, היא מחלוקת של פרשנות משפטית. הדיון בה, באקדמיה, בכמות פוליטיקה ובכית המשפט אך זה החל. בשלב זה נגלים רק ניצניה של המחלוקת ואי-אפשר להצביע על דעה אחת הגוברת על האחרות.
 על כך אומר ח' כהן במאמרו:

...השאלה אם מותר או אסור לפגוע בזכויות אחרות הנובעות מערכים אלה ושלא פורטו עוד בחוק היסוד, נשארה פתוחה, על כל פנים במידה שלא נקבעו עוד בחוק אחר. וכן גם השאלה אם ההוראות הספציפיות של חוק היסוד באות למצות את "כבוד האדם וחירותו", או שמא ייתכן שהשמירה על היבטים נוספים של כבוד האדם וחירותו יצריכו חקיקה או אף חקיקת יסוד נוספת, טרם הוכרעה.⁷⁴

א' ברק הביע דעתו בכתביו כי לפי גישת הפרשנות התכליתית "המושג 'כבוד האדם וחירותו' צריך לקבל את משמעותו המלאה. יש ליתן לו אותו תוכן, אשר ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מעניקים (אובייקטיבית) למושג 'כבוד האדם וחירותו'".⁷⁵ אליבא דא' ברק, משמעותה הנורמטיבית של גזירת זכויות האדם מערך כבוד האדם וחירותו היא שהזכויות, אף שלא נכללו בחוק היסוד, הועלו למעלת זכות חוקתית על-חוקית.⁷⁶ גישה זו על מסקנותיה טרם באה לידי ביטוי בפסיקתו של א' ברק, אולם תומכים בה, ככל הנראה מאמרות אנב בפסיקתם,⁷⁷ השופטים אור⁷⁸ ומצא⁷⁹. גישה מסויגת מביע השופט י' זמיר.⁸⁰
 המחלוקת כאשר למעמדן הנורמטיבי ההירארכי של זכויות האדם, שלא פורטו

74 לעיל הערה 3, בעמ' 1.

75 לעיל הערה 1, בעמ' 259.

76 א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל הערה 3; א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר (תשנ"ג) 198, 200: "כשם שהזכות לחופש הקניין וחופש העיסוק הועלתה בדרגתה הנורמטיבית — מזכות 'הלכתית' לזכות 'חוקתית' — כך עלתה בדרגה גם הזכות לחופש עיצוב החוזה. זכות זו מהווה ביטוי לכבוד האדם וחירותו, ואף היא בעלת מעמד חוקתי". וראו קרפ, לעיל הערה 13, לעניין השוויין חזיונות נגזרות אחרות.

77 ראו פירוט להלן בדיון על מבחני בית-המשפט.

78 בבג"צ 5394/92, לעיל הערה 8.

79 בג"צ 454/94, 453, לעיל הערה 8.

80 שם. ראו להלן.

בחוק היסוד, היא שוב – כמו לעניין היקף תכניו של הצירוף "כבוד האדם" – מחלוקת פרשנית באשר לכוונת החוק ובאשר לכוונת המחוקק. מחלוקת זו תוכרע, בין השאר, בזיקה לשאלת כוונת המחוקק בראי ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד.

י. היקף ההשתרעות והתוקף הנורמטיבי בראי ההיסטוריה החקיקתית

דומה כי משמעות הביטוי "כבוד האדם" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ושאלת רוחב יריעתו היא שאלה מורכבת, וזאת לא רק בגלל עמימותו של הביטוי ותשתית פרשנותו הרוערערת: היהודית והדמוקראטית, אלא בעיקר בשל היותו נטוע בחוק יסוד שהוא פרי פשרה פוליטית, שכוונה כל כולה לגדירת תחומיו. ההיסטוריה של חקיקתו של חוק היסוד מעלה סימני שאלה כבדים לעניין טיבה של הפשרה, ואנו תוהים אם אכן הבינו המחוקקים את משמעותה של הפשרה והסכימו עליה. הקושי לפרש את הביטוי "כבוד האדם" נעוץ בפער האפשרי שבין חוק היסוד כמסמך פוליטי ובין אותו החוק כמסמך משפטי, ובספק בעניין מודעותם של חברי הכנסת להשלכות המשפטיות-חוקתיות של ההסכמה הפוליטית, שנתנו לה יד. וכבר עמדתי על כך בהרחבה במקום אחר⁸¹.

לכאורה התשובה לשאלה אם התכוון המחוקק לתת לזכויות, שלא פורש שמן בחוק היסוד, מעמד חוקתי בעל תוקף עליון, היא תשובה שלילית. נוסחת ה"אטומיזציה" של זכויות היסוד⁸² אפשרה לקדם למעמד של חוק יסוד אותם פלחי זכויות שזכו להסכמה לאומית רחבה, ולדלג על המכשולים ולעקוף את המוקשים של אותם סעיפי הצעה, שהיו בלבה של המחלוקת הפוליטית. לכאורה עולה, כי ההבנה הפוליטית, שעל בסיסה קודמה הצעת החוק, הייתה שהזכויות שבחוק היסוד יהיו רק אלה שנקבו בו בשמן. לכאורה עולה גם כי ההבנה הפוליטית הייתה שעקרון השוויון, השנוי במחלוקת, וכן גם חופש האמונה, הרת והמצפון, חופש התנועה וחופש היצירה והמחקר המדעי לא יעוגנו בחוק היסוד. ככל שניתן להסיק מן ההיסטוריה החקיקתית נראה, אם כן, כי לפחות לגבי חלק מן השותפים במלאכת החקיקה, היעדרן של כמה זכויות אדם מחוק היסוד אינו נובע משגגת שכחה אלא מכוונה מכוונת⁸³. למרות קיומן של התוויות העשויות להטיל ספק בדבר קיומה של כוונה מבוררת בעניין זה⁸⁴ – זו הייתה לכאורה כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק.

81 קרפ, לעיל הערה 13.

82 שם, בעמ' 340-338.

83 כך, למשל, אמר חבר הכנסת רובינשטיין: "אין כאן סעיף שוויון כללי, נכון, מכיון שסעיף השוויון הכללי הוזה היה אבן נגף, המכשלה שבגללה אי-אפשר לקבל את הצעת החוק הכוללנית" (ד"כ, החשב"ב, 1532).

84 קרפ, לעיל הערה 13, בעמ' 358-354.

ודאי יהא מי שיטען כי לא רק זכויות האדם, שלא נמנו בחוק היסוד, הושמטו ממנו מתוך הבנה והסכמה, אלא הכנסת מוסיפה ומגלה דעתה עד היום כי אין היא רוצה לעגן זכויות אלו בחוק יסוד. גילוי דעת זה עולה, כך יטענו הטוענים, מהימנעותה של הכנסת מחיקוק חוקים, שיעגנו בחוקי יסוד זכויות כבוד-אדם נוספות⁸⁵. על פי קו חשיבה זה ניתן ללמוד מן המחל על דבר קיומו של הסדר שלילי, מעין הצהרה מכללא של המחוקק על העדר בוונה לעגן בחוקי יסוד זכויות כבוד-אדם נוספות, ולתת להן מעמד נורמטיבי חוקתי.

ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד עובר לקבלתו, כמו גם ההיסטוריה של הצעות חוקי יסוד שעניינן זכויות אדם, אינה מצביעה, אפוא, על פני הדברים לפחות, על כוונת מחוקק לקדם קידום חוקתי את זכויות האדם, שלא בא זכרן בחוק היסוד.

ועדיין יש לבחון אם ההיסטוריה החקיקתית שלאחר חוק היסוד עשויה לחדש דבר בסוגיה שהיא נושא ענייננו. תיקונו של חוק היסוד, בהוספת סעיף עקרונות היסוד שלו⁸⁶, מצמיח בסיס חדש לבחינתה של סוגיה זו.

סעיף עקרונות היסוד משמיע את חובת כיבודו של ערך האדם, קדושת חייו והיותו בן-חורין ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת המדינה. האם משמיע לנו סעיף זה משנה חדשה בסוגיית כבוד האדם, משנה שלא יכולנו ללמודה עובר לחקיקתו? האם אזכורה המפורש של ההכרזה האמורה בחוק היסוד יוצר כשלעצמו מקור עצמאי לעיגון של זכויות אדם נוספות המפורשות בה, כמו הזכות לשוויון ולחירות שהם מיסודותיה, בחוק היסוד⁸⁷? האם הוספו העקרונות שבהכרזה אל חוק היסוד לצורך השלמת חסר בזכויות כבוד האדם, שטרם עוגנו בחוק היסוד? או אולי אין בו בסעיף 1 לחוק היסוד אלא מה שנראה בו על פניו: סעיף פרשנות ותו לא, שעניינו רק בזכויות הנמנות במפורש בחוק היסוד? מהו היחס שבין סעיף המטרה, המעגן בחוק היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכולל, מטבע עניינו, גם את ערכיה שלפי ההכרזה על הקמת המדינה, ובין סעיף עקרונות היסוד, המדבר בכיבוד זכויות היסוד ברוח ערכיה של ההכרזה? האם הזכרת ההכרזה היא תוספת חיווק ל"כבוד האדם

85 שתי הצעות החוק של חבר הכנסת א' רובינשטיין בעניין חופש הביטוי וחופש ההתאגרות לא זכו לעבור אפילו קריאה טרומית. הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט, והצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, שעובדו בידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ופורסמו בכחול ב-16.11.93, לא אושרו כשהועלו בקריאה ראשונה בכנסת. הן פורסמו מחדש ב-23.2.94 בצירוף הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, ושוב פורסמו מחדש כהצעת חוק ב-7.3.94, משום שוועדת החוקה החליטה, אגב הדיון בחיקוני חוק יסוד: חופש העיסוק, לכלול גם בהן את סעיף עקרונות היסוד. שלוש ההצעות האמורות לא הועלו עד היום לדיון במליאת הכנסת מסיבות של אי-הסכמה פוליטית.

86 סעיף 1, לעיל הערה 13.

87 "מדינת ישראל... תהא מושתתת על יסודות החירות... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות".

והיותו, והיא נותנת תוקף למה שמצוי בהכרזה ואינו מצוי בחוק היסוד, כגון השוויון והחירות האמורים בה? או אולי אין הוספת כאן, אלא פיתוח וגריעה דווקא: מגילת העצמאות מעמידה כמשקל נגד מול כבוד האדם את עובדת יהדותה וציוניותה של המדינה – עובדה שלטת בהכרזה האמורה?⁸⁸

נראה למחברת כי אין בהיסטוריה החקיקתית של סעיף עקרונות היסוד כדי לתרום תרומה של ממש לפתרון שאלתנו, וזאת למרות שלמראית פני הדברים אפשר שאכן נתכוונו מחוקקיו של הסעיף לענות לשאלה זו.

סעיף עקרונות היסוד, כנוסחו היום, הוא העתקו של סעיף בהצעת משרד המשפטים, שהועתק להצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם, אשר קדמה לחוק יסוד: כבוד אדם וחירותו. הסעיף נוסח במשרד המשפטים כחלופה לנוסחאות השונות, שליוו את סעיף השוויון, וביקשו בדרכים שונות להעמיד את יהדותה של המדינה כסייג לאותו סעיף. הסיבות המרכזיות לניסוחו של הסעיף במשרד המשפטים בנוסח הקיים היו הרצון להימנע מאזכורה המפורש של יהדות המדינה בפרק הדין בזכויות האדם בכלל, ובהקשר של השוויון בפרט, והחשש מהפיכת מגילת הזכויות למגילה אתנוגרפית, מגילה של זכויות ה"רוכ"ם.⁸⁹ כוונת המנסחים הייתה כפולה: מצד אחד, להבליט בפרק זכויות האדם את ערכיה של ישראל כדמוקרטיה ליברלית, שמרכזיות הפרט עומדת ביסוד שיטתה המשפטית, ושארניה הם ההכרה בערכו של האדם, בקרושת חייו ובהיותו בן-תורין. ההכרה בערך האדם נוסחה כהצהרה המעידה על עצמה ככזו: זכויות האדם מוקנות לו מלידתו, אין הן באות לו מידי השלטון ולפיכך אין השלטון מסייגן לרצונו. ברבד נתכוונו מנסחיה של ההצעה להציב מול ערך האדם וכדו את ערכיה הלאומיים-ציוניים-יהודיים של המדינה, הבאים לידי ביטוי בהכרזה על הקמתה. לומר לך, שאין כבוד האדם מתקיים וניזון כחי הנושא את עצמו, אלא כערך שצמח במסגרתה של חברה מאורגנת, שיש לה יעדים לאומיים וחברתיים, והיא מקיימת שלטון. ההכרזה על הקמת המדינה נבחרה כמייצגת ערכים אלה וכביטוי מדויק שלהם. עקרונות ההכרזה על הקמת המדינה לא הוצבו בנוסח משרד המשפטים כסייג, הבא לגרוע מן השוויון, אלא כהתוויה לכיבוד זכויות האדם ולמימושן ברוח ערכיה של המדינה. ערכיה הלאומיים-ציוניים והיהודיים של המדינה הוצגו בסעיף עקרונות היסוד כמאפייני דרך כיבודן של זכויות האדם, לא כמרכיב בהגדרתן ולא כמחסום חיצוני העומד נגדן.⁹⁰ ההכרזה על הקמת המדינה הוצבה כסמל המבטא את אחדות ערכיה של החברה ואת ההגנה על זכויות האדם.

88 ההכרזה על הקמת המדינה מברכת בזכות העם היהודי לתקומה לאומית, בחידוש המדינה היהודית בארץ ישראל ובזכות הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם במדינתו הריבונית; היא מכריזה על "הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל" וקובעת כי "מרינת ישראל תהיה פתוחה לעלייה יהרית ולקיבוץ גלויות".

89 קרפ, לעיל הערה 13, בעמ' 336-337.

90 תודתי לחבר הכנסת ד' מרידור על ששב והאיר את עיניי באשר לרוח הדברים שהיו נגד עיניו כשהוביל, כשר משפטים, את ניסוח ההצעה של משרד המשפטים.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שנתקבל במקורו, לא כלל את סעיף עקרונות היסוד⁹¹. סעיף עקרונות היסוד נתקבל, כאמור, כשנתיים לאחר חקיקתו של חוק היסוד, ללא הסעיף הדרגתי. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף עקרונות היסוד מעלה ספקות באשר למה שאפשר ללמוד ומה שאי-אפשר ללמוד מן ההכללות שבו, כספקות העולים נוכח נוסחת "המדינה היהודית והדמוקרטית" שבסעיף המטרה של חוק היסוד⁹². השתלשלות העניינים עשויה ללמד כי תוספת הסעיף אינה אלא תולדה של המחלוקת הבסיסית, שבין תפיסת העולם הליברלית, המציבה במרכז הערכים את ערך האדם ואת כיבוד האוטונומיה האישית שלו, ובין תפיסת העולם של היהדות, המציבה במרכז את בורא העולם ואת עולמה של היהדות, על הפן הלאומי הקולקטיבי שלה, ומבקשת להגן על ערך כבוד האדם בלי לקבע בכך את מרכזיותו של האדם כיצור אוטונומי וחופשי. בהכללה שבסעיף אפשר לראות ביטוי נוסף לאותה מחלוקת עצמה, שלוותה את חקיקת חוק היסוד מתחילת הורתו והייתה בית גידולו הרעיוני והפוליטי. אותה מחלוקת שהפשרה עליה הותירה בסימן שאלה את התשובה לסוגיה שהיא נושא ענייננו.

מצד אחד נראה, כי מציע סעיף עקרונות היסוד⁹³ נתכוון להציע את העקרונות הקולקטיביים של ההכרזה על הקמת המדינה כמשקל נגד למרכזיותו של כבוד האדם, ולא נתכוון להציע את עיגונן הקונקרטי בחוק יסוד של כלל הזכויות הנגזרות מן ההכרזה. ברבריו אף הרגיש המציע, כי מעלתו של הסעיף היא, שאין הוא עוסק בזכות ספציפית, אלא בעקרונות יסוד בלבד. מצד שני נראה, כי אימוצם של העקרונות שבהכרזה כוון בידי אחרים מחברי הוועדה דווקא למתן תוספת משקל לכבוד האדם, ולחזוקתו על ידי אזכורן במשתמע של זכויות כבוד האדם, המעוגנות בהכרזה האמורה⁹⁴.

91 ניתן להניח שכך אירע בשל העדרו של סעיף השוויון מחוק היסוד, העדרות שמנעה את הצורך בסעיף מאזן כנגדו.

92 קרפ, לעיל הערה 13, בעמ' 341-343.

93 התיקון הוצע בידי חבר הכנסת י' לוי מהמפד"ל, בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 1.3.94, בעת הדיון בהצעת התיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק.

הצעת חבר הכנסת לוי באה בתגובה להצעתו של השופט א' ברק, ומתוך התנגדות לה. במכתבו ליו"ר הוועדה ולשר המשפטים הציע השופט ברק לקבוע בכל חוקי היסוד סעיף מטרה אחיד, שיתמקד בערך כבוד האדם וחירותו כערך מרכזי. מציע סעיף עקרונות היסוד נתכוון, כך נראה, לקדם את פני האפשרות שתתקבל נוסחת המבוא של השופט ברק. הצעתו האמורה של השופט ברק לא נתקבלה על דעת רוב חברי הוועדה, אולם סעיף עקרונות היסוד נתקבל ברצון וללא דיון של ממש במשמעותו ובהשלכותיו. דיון כזה לא נחקים גם במליאת הכנסת עובר לקבלתו של החוק. לאחר קבלתו טענו נציגי המפלגות הדתיות כי הסעיף "הוגנב" אל תוך חוק היסוד.

94 יש להדגיש כי הדברים לא נאמרו במפורש, ואפשר ניתן להניח כי טעמים פוליטיים הם שהיו ביסוד אי-האמירה.

יש, אפוא, מקום להניח כי סעיף עקרונות היסוד נתקבל בדרך דומה לזו שבה נתקבלה נוסחת ה"מדינה היהודית והדמוקראטית" שבסעיף המטרה של חוק היסוד. כל צד מבעלי המחלוקת ראה בבחירתו סיכוי, ונטל סיכון מתוך תקווה שגישתו הוא תתקבל⁹⁵. המציע – מתוך שסבר כי הערכים הקולקטיביים שבהכרזה על הקמת המדינה, ובכללם ערכי המדינה כמדינה יהודית וציונית, ישמשו משקל מאזן ומסייג כנגד מרכזיותו של כבוד האדם. חברי הוועדה הרוגלים במרכזיותו של כבוד האדם תמכו בסעיף המוצע מסיבה שונה לגמרי: הם סברו כי אזכורם המפורש של הערכים שבהכרזה העצמאות משמיע אינקורפורציה שלהם אל תוך חוק היסוד; אינקורפורציה ההופכת ערכים אלה, המפורשים בהכרזה ואינם מפורשים בחוק היסוד – וערך השוויון וחופש הדת והמצפון בכללן – להיות חלק מגופו של חוק היסוד – מעוגנים ומוגנים בו. ושוב – כמו לעניין נוסחת ה"מדינה היהודית והדמוקראטית" – נראה שכל צד נטל בצד הסיכוי גם את הסיכון שבית-המשפט לא יפרש את הסעיף המוצע לפי ראייתו הוא. זהו סיכון שבצדו התקווה, כמו בעת ההסכמה על נוסחת סעיף המטרה, כי הפרשנות המשפטית העתידה אכן תתאים לציפיות – כל צד וציפיותו הוא. למצער, אפשר, אפוא, לומר כי ההיסטוריה החקיקתית של סעיף עקרונות היסוד אינה מעלה דבר, פרט לספק באשר לכוונת המכוון-המחוקק בחקיקתו. הדעת נותנת כי סעיף עקרונות היסוד אינו מעבה ואינו מחזק אף אחד מאבריה של המשוואה-לכאורה, משוואה המעמידה את כבוד האדם מול ציוניותה ויהדותה של המדינה. כבוד האדם, כמו גם ציוניותה ויהדותה של המדינה, חוזקו בסעיף המטרה המקורי, המדבר בעיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקראטית בחוק יסוד. ביסוד ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקראטית עומדת ההכרזה על הקמת המדינה. ההכרזה האמורה הייתה, אפוא, חלק בלתי-נפרד מחוק היסוד המקורי והועלתה עמו, וכחלק ממנו, למדרגה נורמטיבית חוקתית⁹⁶. השלכותיה האפשריות של ההכרזה על משמעות המונח "כבוד האדם", לתוספת או לגריעה, לא מחידושו של סעיף עקרונות היסוד באו. יתר על כן – ההכרזה עצמה מעידה על עצמה מחויבות שווה הן לעקרונות הדמוקראטיה – ביניהן זכויות האדם, שלא בא זכרן בחוק היסוד – והן לציוניותה וליהדותה של המדינה. אין היא נותנת משקל יתר לא לאלו ולא לאלו. החידוש שבסעיף עקרונות היסוד לעומת סעיף המטרה אינו, בעיקרו של דבר, קביעת המעמד הנורמטיבי החוקתי של ההכרזה על הקמת המדינה – מעמד זה כבר נקבע לה בסעיף המטרה. החידוש שבסעיף מצוי בהעתקתה של ההכרזה ממקומה, שמכללא, בין שאר ערכיה של המדינה שבסעיף המטרה, ובהצבתה

95 קרפ, לעיל הערה 13, בעמ' 341-343.

96 קרפ, לעיל הערה 13, בעמ' 350.

המיוחסת מול ערך האדם, קרושת חייו והיותו בן-חורין כאמת מידה מתומצתת של עקרונות שלפיהם יכובדו זכויות האדם.⁹⁷

ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד אינה משקפת, אפוא, כוונה מוסכמת וברורה של מכונני חוק היסוד לכלול בחוק היסוד מה שלא נאמר בו במפורש. לכאורה אפשר אפילו לומר שמראית הדברים מעירה שלא לכך נתכוונו המכוננים. ושוב לכאורה – בדין ישאלו השואלים: אם על ידי פשרה או על ידי מחדל הביע מכונן חוק היסוד את דעתו שלא לעגן בחוק היסוד את השוויון, את חופש הביטוי וההתאגדות ואת הזכויות במשפט, הכיצד נבוא ונאמר כי הן מעוגנות בחוק יסוד תחת כנפיו הפרושות של ערך כבוד האדם ותוקפו הנורמטיבי העליון?

אלא שבחינת ההיסטוריה החקיקתית מעלה גם סימני שאלה שלא ניתן להתעלם מהם, ואלו מעמידים בספק של ממש את היכולת ללמוד בוודאות מה הייתה כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, והדברים פורטו בהרחבה במקום אחר.⁹⁸ נוכח סימני ספק אלה – התשובה לשאלה מהי יריעת תכניו של כבוד

97 אך השוו א' ברק פרשנות במשפט, לעיל הערה 3, בעמ' 301-307. שם עולה – ללא חמיכה מפורשת – אפשרות קיומו של "מודל עצמאי" מכוח סעיף עקרונות היסוד, שלפיו הסעיף אינו רק מודל פרשני, אלא גם מקור עצמאי לשאיבת זכויות פרטיקולאריות מן ההכרזה אל תוך חוק היסוד. וראו גם את דברי השופט ד' לוי ב"דעת מעוט כבג"צ 726/94, 878, לעיל הערה 8: "באו חוקי יסוד אלה והביאו לשינוי דרמטי במעמדה של מגילת העצמאות, בכך שאינה עוד רק מקור לפרשנות, אלא היא עצמה הייתה למקור עצמאי לזכויות אדם...". לדעת המחברת יש דווקא יסוד לחשש כי הוספת סעיף עקרונות היסוד בנוסחו, המדבר לא בעניון זכויות, אלא בכיבוד זכויות האדם "ברוח" העקרונות של ההכרזה, עשוי להחליש את מעמדה של ההכרזה על הקמת המדינה כמקור עצמאי לקביעת זכויות אדם בחוק היסוד. במאמרי, לעיל הערה 13, הצגתי את העמדה, שלפיה סעיף המטרה הוא סעיף המעגן בדרך האינקורפורציה את כלל הערכים שבהכרזת העצמאות, והופכם להיות בשר מבשרו של חוק היסוד (שם, בעמ' 350). אך אפשר שדווקא סעיף עקרונות היסוד, שהוציא, כביכול, את ההכרזה מגדר הערכים המעוגנים שבסעיף המטרה והדגיש את תפקידה החוקתי כהתוויה לכיבוד כבוד האדם, כאילו רק רוחה מרחפת ולא היא עצמה בתה, עשוי לפגום באפשרות הפרשנות הרחבה, שלפיה נעשתה בסעיף המטרה אינקורפורציה של הזכויות האמורות בהכרזה אל חוק היסוד והן עוגנו בו. ואפשר שלא כך הוא; ייתכן שניתן לדבר כאחת הן על הזכויות הפרטיקולאריות, הנובעות מן ההכרזה על הקמת המדינה והמעוגנות גם בסעיף המטרה עם שאר ערכיה של המדינה, והן בעקרונותיה הכלליים של ההכרזה כמקור הראה לפרשנות זכויות אדם.

98 במאמרי, לעיל הערה 13, בעמ' 357-358, הצבעתי על ספקות אלה. כך, למשל, אמר מציע החוק בעת הצגתו כי החוק נוגע "אך ורק לזכות אחת מכל זכויות האדם... וזכותו של האדם לחייו, לחירותו, לכבודו" (ר"כ, התשנ"ב, 1235), אך הוסיף גם כי: "ההצעה טומנת בחובה את רעיון השוויון בכל הנוגע לכבוד האדם וחירותו" (ר"כ, התשנ"ב, 1532). ואילו חברת הכנסת ש' אלוני אמרה: "אני מקווה שבית-המשפט יפרש את הרעיון של כבוד האדם וחירותו לא לפי מנות, כי כבוד האדם וחירותו אינם ניתנים לחלוקה ואינם ניתנים לפי מוצא, גזע ומין" (ר"כ, התשנ"א, 1241). אפשר שבכך שימשה פה לאחריים בעיצוב כותנתו הסובייקטיבית של המחוקק.

האדם בראי ההיסטוריה החקיקתית ואילו תכנים של כבוד האדם חוסים בצל תוקפו הנורמטיבי העליון של חוק היסוד – אינה פשוטה וחלקה כל עיקר.

יא. היקפו של כבוד האדם ושאלת התוקף הנורמטיבי במבחן פרשנותו של בית-המשפט

שאלת רוחב יריעתו של כבוד האדם כזכות חוקתית על-חוקית היא, כאמור לעיל, שאלה של פרשנות, ובית-המשפט הוא שיכריע בה. בפרשת קסטנבאום⁹⁹ התייחס השופט מ' אלון לפרשנותו של חוק היסוד על דרך בירור תכלית החקיקה ועל רקע ההיסטוריה החקיקתית של החוק:

דא עקא, שהעמידה על תכלית והיסטוריה אלה סכנה של חוסר ודאות רובצת לפתחה... משום כך מצווים אנו על זהירות מרובה בבואנו להיזקק להם לשם ביאורה של לשון החוק, וזהירות מרובה זו טובה כפולה ומכופלת היא עלינו בבואנו לפרש מונחים ערכיים כגון כבוד האדם וחירותו, שמעצם טבעם כוללניים וכלתי מבוארים הם¹⁰⁰.

ובהמשך הוא מוסיף:

ככל הנראה, דרך פרשנותו של מושג יסוד כה חשוב ועקרוני כ"כבוד האדם" יכול שתהא שונה מן הקצה אל הקצה¹⁰¹.

התוצאה הפרשנית שבית-המשפט יגיע אליה תלויה, בין השאר, במשקל שבית-המשפט ייתן להיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד, בבואו לבחור את אמות המידה הפרשניות שינקוט בהן.

א' ברק¹⁰² מציע לא לתת משקל מכריע להיסטוריה החקיקתית, ולפרש את חוק היסוד על פי הגישה הפרשנית התכליתית. על פי גישה פרשנית זו, סובר א' ברק, יש לתת למושג "כבוד האדם" את משמעותו המלאה ואת אותו תוכן, אשר ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מעניקים אובייקטיבית למושג זה, על פי חפיסות הציבור הנאור בישראל. להיסטוריה החקיקתית אין, לפי גישה זו, מעמד מכריע, והכוונה הסובייקטיבית של מחברי החוק אינה אלא אמצעי אחד לבירור תכליתו של החוק. חוק היסוד יתפרש על פי מטרת החוק כפי שהיא מתפרשת מלשונו, מן הרקע שלו, ממאפייני השיטה ומן התפישות החוקתיות המקובלות¹⁰³. לפיכך,

99 לעיל הערה 5.

100 שם, בעמ' 511.

101 שם, בעמ' 514.

102 במאמרו על זכויות אדם מוגנות, לעיל הערה 1, ובספרו, לעיל הערה 3.

103 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות", לעיל הערה 1, בעמ' 260-261; הנשיא שמגר בבג"צ 428/86 ברזילי נ' מדינת ישראל ואח' פ"ד מ(3) 505, 560: "לא חקרי הלב של

אומר א' ברק, יש לקרוא את חוק היסוד כאילו כלולות בו מכללא ובחוקת תוקפו הגורמטיבי העליון מכלול זכויות היסוד האחוזות בכבוד האדם, והן ביטוי לכבוד האדם וחירותו במדינה יהודית דמוקרטית. עמדה זו טרם מצאה את ביטוייה המפורש בפסיקתו של השופט ברק, אולם היא אומצה, כך נראה, בידי השופט ת' אור, באמרו¹⁰⁴: "היום ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על – חוקית." וכן אמר: "גם הוראות חוק הזיכרון, העומד במרכז דיוגנו, הקובעות את סמכויותיו של יד ושם צריכות להתפרש לאור העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית." זו היא, כך נראה, גם דעתו של השופט א' מצא, שאמר אף הוא¹⁰⁵ כי "גישה זו מתחייבת לכאורה גם מן ההכרה, שעם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על חוקית... לפיכך יש יסוד להעריך, כי מכאן ואילך תתפרש הזכות לשוויון – על פי מבחניו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו..."¹⁰⁶. ראוי לציין כי אמירותיהם של השופטים בדבר היותו של השוויון זכות בעלת מדרגה נורמטיבית חוקתית על-חוקית היו אמירות אגב בלבד, ולא נצרכו לאותו עניין¹⁰⁷.

לעומת זאת, הביע השופט י' זמיר גישה מסויגת כלפי העמדה, הגורסת כי עקרון השוויון נכלל בחוק היסוד כחלק מן הערך של כבוד האדם, ולפיכך הועלה למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית. וכך אמר השופט זמיר:

אלה הם דברים מרחיקי לכת. וכי מה משמעות הדבר שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את עקרון השוויון למדרגה על-חוקית? כאמור, אין לכך משמעות מעשית בכל הנוגע לפרשנות חוק או ליישום חוק, שכן כך הוא הדין אף לפני ומחרן לחוק היסוד. אמור מעתה, יש לכך משמעות מעשית אחת בלבד: שמעתי עקרון השוויון יכול לשמש את בית-המשפט לביקורת החוקתיות של חוקים. לשון אחרת, הוא יכול לשמש בידי בית המשפט עילה לפסול חוק חדש שאינו מתיישב עם עקרון השוויון. ושאלה

חברי הכנסת הם הקובעים, אלא משמעותן של מילות החוק כעולה מן הפרשנות החוקתית הרחבה, כמתחייב על פי מטרות הגלויה, מן הרקע וההתפתחות המשפטיים, מן האנלוגיה החוקתית, ממאפייניה של שיטת המשפט ושל התפישות החוקתיות שלנו"; קרפ, לעיל הערה 13, בעמ' 354-360, וכן דעתו של ח' כהן, לעיל הערה 3.

- 104 כג"צ 5394/92, לעיל הערה 8.
- 105 בבג"צ 454/94, 453, לעיל הערה 8.
- 106 וראו גם השופט ד' לרין (דעת מיעוט בבג"צ 726/94, 878, לעיל הערה 8) בקשר לחופש העיסוק ובהסתמך על מגילת העצמאות.
- 107 וראו קרפ, לעיל הערה 13, להצגה מפורטת של הסברה כי עקרון השוויון אכן מעוגן גם הוא בחוק היסוד, בהיותו חלק אינטגרלי של כבוד האדם, וכי מעמדו הנורמטיבי הוא כמעמד זכויות כבוד האדם, המפורטות בחוק היסוד. באותו הקשר הועלתה גם האפשרות להבחין לעניין זה בין השוויון ובין זכויות האדם האחרות, שאינן נזכרות בחוק היסוד.

היא אם אמנם זו כוונת המחוקק¹⁰⁸.

ומוסיף השופט י' זמיר:

...יש המוצאים בכבוד האדם את עקרון השוויון, יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרן בחוק היסוד. מי שמקבץ את האמרות האלה יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, כביכול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כמאמר חכמים, הפוך בו והפוך בו דכולא בו. ואילו אני מבקש להזהיר עצמי, בהקשר זה, מפני אמרות-אגב המוצאת דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין כחלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב. דיה לכעיה בשעתה. בבחינת אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפץ¹⁰⁹.

ראוי להדגיש כי השופט י' זמיר אינו מביע, כמתבקש מדבריו, את עמדתו לגופו של עניין. דבריו מכוונים, כך נראה, לא לגופה של השאלה, אלא לגופו של תהליך ההכרעה בה¹¹⁰.

השאלה אם חוק יסוד, כמוהו כחוקה, יתפרש על פי כלליה ומבחינה של הפרשנות התכליתית, ומה משקל יינתן להיסטוריה החקיקתית במסגרתה של פרשנות זו, טרם הוכרעה באמירה מפורשת בפסיקה, אולם זכתה כבר לדיון. הערות שונות שהעירו שופטים בפסקי-דינם מעידות על נטייה לכיוון הפרשנות התכליתית. אולם השאלה בדבר מעמדן החוקתי ההירארכי של זכויות האדם, שטרם נכללו במפורש בחוק היסוד, טרם הועלתה לדיון של ממש בבית-המשפט, טרם לובנה על ידו או הוכרעה בפסיקתו, והיא תלויה ועומדת לפי שעה כשאלה אקדמית בלבד.

כשיינתן בית-המשפט את דעתו להכריע בסוגיה זו, תעלה בוודאי גם השאלה מה משקלה של ההיסטוריה החקיקתית בפרשנותה של חוקה, לא לגבי אומדן דעתם של "האבות המייסדים" אחרי שנות דור, אלא לעניין דבר חקיקה חוקתי, שהדיו עליו טרם יבש¹¹¹. כשתעלה הסוגיה לפני בית-המשפט – מה יעשה? אפשר שסמיכות הזמנים בין ההכרעה הפוליטית להכרעה השיפוטית תנווט את בית-המשפט להכרעות פרשניות שאין בהן עימות גלוי בין הפרשנות התכליתית,

108 כנ"צ 454/94, 453, לעיל הערה 8.

109 שם.

110 אפשר שניתן לעמוד על טיב עמדתו מעצם הערתו שלעיל ומרוחה. ואפשר שאכן טרם גיבש את עמדתו בסוגיה זו.

111 ראוי לציין כי בקנדה קבע בית-המשפט העליון, בסמוך לחקיקת צ'ארטר הזכויות, כי יחיל על הצ'ארטר את כללי הפרשנות התכליתית, בשונה מפרשנות הנותנת משקל מכריע לכוונתו המקורית של המחוקק (R. v. Oakes (1988) 1 S.C.R. 103). בארה"ב נחלקת הקהילה המשפטית בשאלת הפרשנות לפי הכוונה המקורית מחלוקת קשה וכוואבת.

על תוצאותיה הצפויות, ובין כוונתו הנחוצה של המחוקק. שהרי ההכרעה בדבר רוחב יריעתו של המונח "כבוד האדם" וכדבר מעמדו הנורמטיבי החוקתי של הזכויות האחוזות בו אך אינן נמנות בשמן המפורש, אינה הכרעה משפטית גרידא, ואין היא רק עניין של בחירה בין אמות מידה פרשניות שונות. היא איננה רק הכרעה בשאלה אקדמית על משמעותו של כבוד האדם כביטוי לשוני, להצר או להרחיב. הכרעה זו היא בעיקרה הכרעה בשאלת מעמדו החוקתי ההירארכי של זכויות, וקביעת עמדה בשאלת מקומו ותפקידו של בית-המשפט בהכרעה כזו. זוהי הכרעה שיש לה משמעויות סוציו-פוליטיות אקטואליות ומידיות, ותגובתו האפשרית של המכונן-המחוקק בסמיכות וברצף אחד של פעולתו כמכונן היא רק אחת מהן. זוהי הכרעה שאינה קלה, משום שעניינה פער אפשרי בין חוק היסוד כמסמך פוליטי ובין חוק היסוד כמסמך משפטי. היא נוגעת בנכול העדין שבין הרשות המחוקקת לרשות השופטת.

מבחינה משפטית הקושי נעוץ בכך, שהכרעה לפי כוונתו המקורית-הנחוצה של המחוקק עשויה להפר את המערך ההרמוני של זכויות האדם. אי-הכללתן של הזכויות שבמחלוקת במערך הנורמטיבי החוקתי העל-חוקי תיצור דרגות שונות ורמות תקפות שונות של זכויות אדם, מאותה דרגת ערך ומאותה משפחת זכויות. היא תיצור פער נורמטיבי בין זכויות הנובעות מאותו הגיון דברים וממשושות לאותן החכליות החברתיות, ותפגום בתפישת אחדותן של זכויות אלה. ואכן, יש מקום להרהור של ספק אם רעיון ה"אטומיזציה של הזכויות", שצמח מתוך מאבקי כוח פוליטיים ונולד מן הצורך הפוליטי לקדם הסכמות, הולם את תפישות היסוד המשפטיות המזינות ומקיימות את זכויות האדם. התפישה שלפיה זכויות האדם הן מערך הרמוני אחדותי שאין לחלקן היא רק אחת מהן. מדובר, אפוא, בסוגיה השייכת באופן טבעי לתחום ערכי היסוד של המשפט, סוגיה הניזונה מתורות ומאידאולוגיות משפטיות, אשר אינה מנותקת מעשייתו הלגיטימית של בית-המשפט בתחומו היעודי.

מה אפוא יבור לו בית-המשפט? פרשנות על דרך ה"נדיבות" וההרחבה, כמצווה בעניין פרשנות חוקה¹¹², או פרשנות על דרך הזהירות, לאור העמימות ותוסר הוודאות, שההיסטוריה החקיקתית מחזקת אותם¹¹³? פרשנות המביאה בחשבון את כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק בין שיקולים אחרים, אך אינה נותנת לה משקל מכריע, מתוך שהיא תותרת לאחד את תכליתו האובייקטיבית ואת תכליתו הסובייקטיבית של חוק היסוד, כמגמה לממש את פוטנציאל ההבטחה שלו – או פרשנות המבקשת לתת תוקף מעשי ל"הסכמה הלאומית" שהייתה

112 א' ברק "זכויות אדם מוגנות; ההיקף וההגבלות", לעיל הערה 1, בעמ' 258; ח' כהן, לעיל הערה 3, בעמ' 32: "ואולם נראה לי שלא מן הראוי הוא לפרש את 'הכבוד', שאסור לפגוע בו ושחובה להגן עליו, על דרך הצמצום: דין הוא לפרש חקיקת יסוד הבאה לעגן זכויות האדם, על דרך הנדיבות וההרחבה, ולמלא את המונחים שהמחוקק השתמש בהם כל תוכן מיטיב שאפשר למלאם".

113 השופט מ' אלון בפרשת שפר, לעיל הערה 8.

ביסוד חקיקתו של החוק, מתוך הבנת הרקע החברתי והפוליטי שהיה בית גידולו ומתוך רגישות למשמעויות הלבר-משפטיות של ההכרעה?

יב. סוף דבר

ושוב תחרת השאלה: מהו, בסופו של חשבון, כבוד האדם, המוגן על פי חוק היסוד הגנה חוקתית על-חוקית?

אפשר שהתשובה לעת הזאת היא: כבוד האדם הוא מה שבית-המשפט יקבע שהוא כבוד האדם, בתהליך של פיתוח והתנסות, ומה שהמחוקק יגדיר כ"כבוד האדם" כתגובה לאותו תהליך. ואנו ניתי ונלמד:

אפשר שבית-המשפט יכריע על פי מסורות הפרשנות התכליתית – להרחיב. אפשר שבית-המשפט ימצא מסילות פרשניות שישקפו מכללא גם את השפעותיהם של הלכי הרוח בני הזמן והשעה.

אפשר שבית-המשפט יעדיף שלא להכריע בסוגיה העקרונית. הוא ימצא דרך מעשית לתת הגנה פרשנית רחבה לזכויות שבמחלוקת, על ידי שימוש בכלי הפרשנות, שבהם חיזק את מעמדם של זכויות היסוד עובר לחקיקתו של חוק היסוד. קיומו של חוק היסוד ייתן יתרת-קפות להגנתן על דרך הפרשנות.

אפשר שהתשובות, שייתן בית-המשפט, תבואנה לשיעורין, ולא כאמירה הצהרתית גורפת ומעמתת. כך, למשל, אפשר, שהשוויון לבדו יתפרש כבעל תוקף נורמטיבי עליון, משום שרק הוא חלק אינטגרלי של הזכויות שחוק היסוד מרבר בהן, והוא יתפרש כך רק בעניינים הנוגעים לאותן זכויות.¹¹⁴

אפשר גם שאמירות-אגב חזרות ונשנות, כאלו המדברות בשוויון כבעל תוקף חוקתי על-חוקי, יכשירו את הקרקע, יסגלו את הדעת ויתנו לגיטימאציה לתוצאה פרשנית שלפיה זכויות של כבוד-אדם, שאינן מפורשות בחוק היסוד, מוגנות גם הן הגנה חוקתית "על-חוקית", והרשות המחוקקת אינה רשאית לפגוע בהן על ידי כל חוק שהוא.

יהא אשר יהא – כבוד האדם הוא מה שבית-המשפט יקבע שהוא כבוד האדם.

ואפשר שהתשובה לעת הזאת ואף לעתיד לבוא היא שכבוד האדם, כמוהו כאידיאל, לעולם אין להגדירו או לצמצם את תחומיו ואת כוחו, שהרי לעולם יפרוץ את גדריו מתוך עצמו ויהיה הולך ומתגבר, וככל שיתמלא תוכן – כן יפרוץ וכן יתמלאו מעגלותיו.

ואני ידי חובתי יצאתי בהצגת השאלות ובסיוור במסלולי האפשרויות הפתוחות.
