

אהרן ברק / כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה

אהרן ברק

כבוד האדם

הזכות החוקתית ובנותיה

כרך א

נבו

Aharon Barak

HUMAN DIGNITY
THE CONSTITUTIONAL RIGHT
AND ITS DAUGHTER-RIGHTS

Volume I

הפקה: ענת זקון
עריכת לשון: יהודית ידלין
מפתחות: טלי פלד

מסח"ב 978-965-442-116-4 ISBN

©

כל הזכויות שמורות למחבר

תשע"ד–2014

נבו הוצאה לאור בע"מ
ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835
טל' 02-9992099; פקס' 02-9992088
nevo@nevo.co.il

לאליקה

תוכן עניינים כללי

כרך ראשון

מבוא 31

שער ראשון: מושגי יסוד והיסטוריה 39

- פרק ראשון: ההיבטים השונים של כבוד האדם 41
- א. תאולוגיה פילוסופיה ומשפט חוקתי 41
 - ב. הביקורת על השימוש במושגיות של כבוד האדם והתשובה לה 47
 - ג. כבוד האדם – ערך חברתי, ערך חוקתי וזכות חוקתית 50
- פרק שני: ההיסטוריה האינטלקטואלית של הערך החברתי של כבוד האדם 53
- א. העולם העתיק 53
 - ב. גישות פילוסופיות 61
 - ג. הלקחים מההיסטוריה האינטלקטואלית 71
- פרק שלישי: ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות במסמכים בין-לאומיים 73
- א. כבוד האדם בשיח המשפטי 73
 - ב. כבוד האדם באמנות בין-לאומיות 76
- פרק רביעי: ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות בחוקות 89
- א. ההתפתחות עד מלחמת העולם השנייה 89
 - ב. ההתפתחות ממלחמת העולם השנייה עד ימינו 91
- פרק חמישי: ההיסטוריה של כבוד האדם במשפט הישראלי 107
- א. סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 107
 - ב. ההיסטוריה עד לכינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 108
 - ג. המהפכה החוקתית 116
 - ד. התפתחות לאחר כינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק 136
- פרק שישי: ההיסטוריה השיפוטית של כבוד האדם במשפט הישראלי 139
- א. התפתחות הפסיקה עד לפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 139
 - ב. פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 149
 - ג. ההתפתחות לאחר פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 156

שער שני: כבוד האדם כערך חוקתי 171

- פרק שביעי: הפרשנות החוקתית התכליתית 173
- א. ייחודה של החוקה והשפעתו על פרשנותה 173

- ב. לשון החוקה 177
 - ג. התכלית הסובייקטיבית של החוקה 183
 - ד. התכלית האובייקטיבית של החוקה 185
- פרק שמיני: תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 209
- א. כבוד האדם כערך חוקתי מפורש ומשתמע 209
 - ב. כבוד האדם כערך חוקתי בישראל 212
 - ג. תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 214
- פרק תשיעי: המודלים לקביעת תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם 225
- א. שלושה סוגים של מודלים: מודלים תאולוגיים, מודלים פילוסופיים ומודלים חוקתיים 225
 - ב. המודלים התאולוגיים 225
 - ג. המודלים הפילוסופיים 227
 - ד. המודלים החוקתיים 232
- פרק עשירי: תוכנו של כבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 239
- א. כבוד האדם כאנושיותו של האדם 239
 - ב. כבוד האדם כאנושיות האדם והארכיטקטורה החוקתית 261

שער שלישי: כבוד האדם כזכות חוקתית 281

- פרק אחד-עשר: ההכרה בזכות החוקתית לכבוד האדם ותוכנה 283
- א. ההכרה החוקתית 283
 - ב. תוכנה של הזכות החוקתית הוא להגשים את הערך החוקתי 290
 - ג. פרשנות חוקתית תכליתית 293
- פרק שנים-עשר: הזכות החוקתית לכבוד האדם – זכות-מסגרת (זכות-אם) 303
- א. כבוד האדם כזכות-מסגרת 303
 - ב. זכויות-הבת של כבוד האדם 310
- פרק שלושה-עשר: התחום המכוסה על ידי הזכות לכבוד האדם 329
- א. התחום המכוסה ובעיית החפיפה 329
 - ב. התחום המכוסה באופן בלעדי על ידי הזכות לכבוד האדם במגילת זכויות מקיפה 329
 - ג. הזכות החוקתית לכבוד האדם במגילת זכויות חלקית 333
 - ד. קושי ארכיטקטוני: הזכות לכבוד האדם והזכות לחירות אישית 338
 - ה. האם יש לראות בכבוד האדם זכות "שיוויון"? 345
- פרק ארבעה-עשר: תכונותיה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 347
- א. כבוד האדם כזכות שלילית וכזכות חיובית 347
 - ב. כבוד האדם בהיבט האזרחי ובהיבט החברתי 354
 - ג. הגרעין והשוליים של כבוד האדם 360

ד. כבוד האדם כזכות יחסית 366

ה. הזכות לכבוד האדם אינה זכות נצחית 371

פרק חמישה-עשר : תחולת חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו מבחינת הצדדים, הזמן והמקום 379

א. הצדדים לזכות לכבוד האדם 379

ב. התחולה בזמן 389

ג. התחולה במקום 401

שער רביעי: כבוד האדם במשפט המשווה 405

פרק שישה-עשר : כבוד האדם במשפט החוקתי האמריקני 407

א. כבוד האדם כזכות חוקתית בחוקות של המדינות 407

ב. בחוקה הפדרלית לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם 409

ג. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי האמריקני 414

פרק שבעה-עשר : כבוד האדם במשפט החוקתי הקנדי 433

א. בצ'רטר הקנדי לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם 433

ב. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי הקנדי 436

פרק שמונה-עשר : כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני 451

א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד אדם 451

ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי הגרמני 458

ג. הגדרת כבוד האדם 460

ד. כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני והמשפט המשווה 464

פרק תשעה-עשר : כבוד האדם במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 467

א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד האדם 467

ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 490

ג. היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם 492

ד. היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 496

כרך שני

שער חמישי: זכויות-הבת של כבוד האדם 533

מבוא 535

פרק עשרים : זכות-הבת לאישיות 537

א. הזכות לאישיות במשפט המשווה 537

ב. הזכות לאישיות בחקיקה ובהלכה הפסוקה 538

ג. הזכות לאישיות כזכות-בת של כבוד האדם 539

- פרק עשרים ואחד: זכות-הבת למינימום קיום אנושי בכבוד 547
- א. ההיסטוריה של הזכויות החברתיות בישראל 547
 - ב. זכויות חברתיות במשפט המשווה 552
 - ג. הזכות לקיום אנושי בכבוד כזכות-בת של כבוד האדם 564
 - ד. מהותה של הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד 598

- פרק עשרים ושניים: זכות-הבת לשם טוב 615
- א. הזכות ההלכתית לשם טוב 615
 - ב. השם הטוב כזכות-בת של כבוד האדם 616
 - ג. היקפה של זכות-הבת לשם טוב 621
 - ד. העקרונות שביסוד זכות-הבת לשם טוב 624

- פרק עשרים ושלושה: זכות-הבת לחיי משפחה 629
- א. הזכות לחיי משפחה במשפט הדתי, בחקיקה ובהלכה הפסוקה 629
 - ב. הזכות לחיי משפחה כזכות-בת של כבוד האדם 638
 - ג. מאפייניה של זכות-הבת לחיי משפחה 662
 - ד. הזכות ליצירת התא המשפחתי 669
 - ה. הזכויות במסגרת התא המשפחתי 678
 - ו. הזכות לצאת מהתא המשפחתי 680
 - ז. ההיבט החוקתי של חיי המשפחה 682

- פרק עשרים וארבעה: זכות-הבת לשוויון 685
- א. הזכות לשוויון בחקיקה ובהלכה הפסוקה 685
 - ב. השוויון כזכות-בת של כבוד האדם 688
 - ג. היקפה של זכות-הבת לשוויון 691

- פרק עשרים וחמישה: זכות-הבת לחופש הביטוי 707
- א. הזכות ההלכתית לחופש הביטוי 707
 - ב. חופש הביטוי כזכות-בת של כבוד האדם 708
 - ג. הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי 712
 - ד. האופי היחסי של זכות-הבת לחופש הביטוי 722
 - ה. חופש הביטוי – זכות כנגד המדינה 723
 - ו. חופש הביטוי – זכות שלילית וזכות חיובית 724
 - ז. המימוש של חופש הביטוי 728
 - ח. חופש הביטוי – גרעין ומעטפת 730
 - ט. היקפה של זכות-הבת לחופש הביטוי 732

- פרק עשרים ושישה: זכות-הבת לחופש המצפון והדת 755
- א. הזכות לחופש המצפון והדת בחקיקה ובהלכה הפסוקה 755
 - ב. חופש המצפון והדת כזכות-בת של כבוד האדם 758
 - ג. חופש המצפון 765
 - ד. חופש הדת 769

- ה. חופש מדת 774
ו. הגנה על רגשות דתיים 776
- פרק עשרים ושבעה: זכות-הבת לחופש התנועה 781
א. הזכות ההלכתית לחופש התנועה 781
ב. חופש התנועה בתוך ישראל כזכות-בת של כבוד האדם 782
ג. היקפה של זכות-הבת לחופש התנועה בתוך ישראל 789
- פרק עשרים ושמונה: זכות-הבת לחינוך 793
א. הזכות ההלכתית לחינוך 793
ב. הזכות לחינוך כזכות-בת של כבוד האדם 794
ג. היקפה של זכות-הבת לחינוך 812
- פרק עשרים ותשעה: זכות-הבת לעבודה 819
א. זכויות מתחום העבודה בחקיקה ובהלכה הפסוקה 819
ב. זכויות מתחום העבודה במשפט המשווה 821
ג. הזכות לעבודה כזכות-בת של כבוד האדם 827
ד. הזכות לעבודה 841
ה. הזכות להתארגנות 850
- פרק שלושים: זכות-הבת להליך הוגן 863
א. הליך הוגן מהו? 863
ב. הזכות להליך הוגן בחקיקה ובהלכה הפסוקה 864
ג. הזכות להליך הוגן במשפט הביין-לאומי ובמשפט המשווה 866
ד. הזכות להליך הוגן בהצעות לחוקה או למגילת זכויות אדם בישראל 866
ה. הזכות להליך הוגן כזכות-בת של כבוד האדם 868
ו. זכות-הבת להליך הוגן והזכות העצמאית להליך הוגן 870
ז. היקפה של זכות-הבת להליך הוגן 872

מפתחות 881

תוכן עניינים מפורט

כרך ראשון

מבוא 31

שער ראשון: מושגי יסוד והיסטוריה 39

פרק ראשון: ההיבטים השונים של כבוד האדם 41

א. תאולוגיה פילוסופיה ומשפט חוקתי 41

1. השוני בין ההיסטוריה האינטלקטואלית לפרשנות החוקתית 41
 2. הדמיון בין ההיסטוריה האינטלקטואלית לפרשנות החוקתית 43
- ב. הביקורת על השימוש במושגיות של כבוד האדם והתשובה לה 47
1. הביקורת 47
 2. התשובה 49

ג. כבוד האדם – ערך חברתי, ערך חוקתי וזכות חוקתית 50

פרק שני: ההיסטוריה האינטלקטואלית של הערך החברתי של כבוד האדם 53

א. העולם העתיק 53

1. היסטוריה של רעיונות (History of ideas) 53
 2. הסטואה וקיקרו 55
 3. הדתות העולמיות 56
- (א) היהדות 56
- (ב) הנצרות 59
- (ג) האסלאם 60

ב. גישות פילוסופיות 61

1. גישות פילוסופיות עד קנט 61
- (א) הרנסנס 61
- (ב) הנאורות 62
2. קנט 63
 3. דבורקין 65
 4. וולדרון 68

ג. הלקחים מההיסטוריה האינטלקטואלית 71

פרק שלישי: ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות במסמכים בין-לאומיים 73

א. כבוד האדם בשיח המשפטי 73

ב. כבוד האדם באמנות בין-לאומיות 76

1. שיח כבוד האדם באמנות הבין-לאומיות 76
 2. אמנות של האומות המאוחדות 77
- (א) האמנות של האו"ם לזכויות האדם מ-1966 77
- (ב) אמנות של האו"ם בנושאים מיוחדים 78

- (ג) אמנות של הארגונים המיוחדים של האו"ם 80
3. אמנות בנושאים מיוחדים 82
4. אמנות אזוריות 83
- (א) אירופה 83
- (ב) אמריקה 85
- (ג) אפריקה 87
- (ד) הליגה הערבית 88
- (ה) ארגון הוועידה האסלאמית 88
- פרק רביעי: ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות בחוקות
- 89 א. ההתפתחות עד מלחמת העולם השנייה 89
1. ההתפתחות עד מלחמת העולם הראשונה 89
2. ההתפתחות ממלחמת העולם הראשונה עד מלחמת העולם השנייה 89
- ב. ההתפתחות ממלחמת העולם השנייה עד ימינו 91
1. גדר ההתפתחות 91
2. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אירופה 92
- (א) שנות הארבעים 92
- (ב) שנות החמישים – האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד 94
- (ג) שנות השישים, השבעים והשמונים 94
- (ד) שנות התשעים 96
- (ה) תחילת המאה העשרים ואחת 98
- (ו) מבט לאחור 99
3. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אמריקה הלטינית 99
- (א) עד סוף שנות הארבעים 99
- (ב) כבוד האדם בחוקות העכשוויות 101
4. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אפריקה 102
5. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אסיה 104
- פרק חמישי: ההיסטוריה של כבוד האדם במשפט הישראלי 107
- א. סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 107
- ב. ההיסטוריה עד לכינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 108
1. הכרזת העצמאות ואופייה הפרשני 108
2. כבוד האדם עד לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 109
- (א) זכויות אדם הלכתיות לפני המהפכה החוקתית 109
- (ב) הזכות ההלכתית לכבוד האדם 111
3. כבוד האדם בהצעות לחוקה או למגילת זכויות האדם 113
- ג. המהפכה החוקתית 116
1. שלב ראשון במהפכה החוקתית – חוק-יסוד: הכנסת ופרשת ברגמן 116
- (א) ההחלטה בפרשת ברגמן 116
- (ב) תחילת המהפכה החוקתית – פרשת ברגמן 118
2. שלב שני – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק ופרשת בנק המזרחי המאוחד 120
- (א) מהפכה חוקתית – מדי 120

- (ב) הביקורת על המהפכה החוקתית והתשובות לה 124
 (1) האם הייתה מהפכה חוקתית? 124
 (2) מי חולל את המהפכה החוקתית? 128
 3. חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והמשפט המקובל 133
 (א) השפעת המעבר ממשפט מקובל למשפט חוקתי 133
 (ב) דינן של הזכויות ההלכתיות שהפכו לזכויות חוקתיות 133
 (ג) דינן של הזכויות ההלכתיות שלא הפכו לזכויות חוקתיות 135
 (ד) הזכויות ההלכתיות והזכויות החוקתיות 135
 ד. התפתחויות לאחר כינונם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק 136

- פרק שישי: ההיסטוריה השיפוטית של כבוד האדם במשפט הישראלי 139
 א. התפתחות הפסיקה עד לפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 139
 1. כבוד האדם וכבוד החוק 139
 2. הגדרת המחלוקת 142
 ב. פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 149
 1. העתירה 149
 2. פסק הדין של הנשיא א' ברק 149
 3. פסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין 151
 4. פסק הדין של השופט א' גרוניס 152
 5. סיכום מתודולוגי 153
 ג. ההתפתחות לאחר פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 156
 1. המתודולוגיה נשמרת 156
 2. פרשת עדאלה 157
 (א) העתירה 157
 (ב) פסק הדין של הנשיא א' ברק 158
 (ג) פסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין 159
 (ד) פסק הדין של השופט ד' ביניש 161
 (ה) פסק הדין של השופט ס' ג'ובראן 162
 (ו) פסק הדין של השופטת א' חיות 162
 (ז) פסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה 163
 (ח) פסק הדין של השופט א' גרוניס 163
 (ט) פסק הדין של השופטת מ' נאור 164
 (י) פסק הדין של השופט י' עדיאל 164
 (יא) פסק הדין של השופט א' ריבלין 165
 (יב) פסק הדין של השופט א' לוי 166
 (יג) סיכום מתודולוגי 166
 3. ההתפתחות לאחר פרשת עדאלה 167

שער שני: כבוד האדם כערך חוקתי 171

- פרק שביעי: הפרשנות החוקתית התכליתית 173
 א. ייחודה של החוקה והשפעתו על פרשנותה 173

1. חוקה כנורמת-על 173
 2. ייחודה של החוקה ופרשנותה התכליתית 174
 3. פרשנות תכליתית לחוקה – משפט משווה 175
 - ב. לשון החוקה 177
 1. "הכללות מלכותיות" 177
 2. תפקידה הכפול של הלשון בפרשנות החוקתית 179
 - ג. התכלית הסובייקטיבית של החוקה 183
 1. מהותה 183
 2. מקורות פנימיים: הטקסט כמכלול 184
 3. מקורות חיצוניים: ההיסטוריה החוקתית 185
 - ד. התכלית האובייקטיבית של החוקה 185
 1. מהותה 185
 2. מקורות התכלית האובייקטיבית 186
 - (א) מקורות פנימיים: החוקה כמכלול והחיפוש אחר אחדות חוקתית 186
 - (ב) מקורות חיצוניים: הוראות חוקתיות אחרות 187
 - (ג) מקורות חיצוניים: היסטוריה פוסט-חוקתית 188
 - (ד) מקורות חיצוניים: ההלכה החוקתית-שיפוטית 189
 - (ה) מקורות חיצוניים: ערכי יסוד 190
 - (ו) מקורות חיצוניים: משפט משווה 191
 3. קביעת התכלית הסופית של החוקה 197
 - (א) כיצד תקבע התכלית הסופית 197
 - (ב) גישתה של הפרשנות התכליתית 198
 - (ג) התכלית הסובייקטיבית של החוקה אינה מכרעת 200
 - (ד) התכלית האובייקטיבית וההגנה על הפרט 204
 - (ה) "חוקה חיה" ו"עץ חי" 204
 - (ו) פרשנות מתוך מבט רחב 205
 - (ז) שיקול דעת פרשני בקביעת התכלית הסופית של החוקה 207
- פרק שמיני: תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 209
- א. כבוד האדם כערך חוקתי מפורש ומשתמע 209
 1. הכרה מפורשת בערך החוקתי של כבוד האדם 209
 2. הכרה משתמעת בערך החוקתי של כבוד האדם 210
 - ב. כבוד האדם כערך חוקתי בישראל 212
 - ג. תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 214
 1. מכלול התפקידים 214
 2. כבוד האדם כערך חוקתי המניח בסיס לכל הזכויות 215
 3. תפקידו הפרשני של כבוד האדם כערך חוקתי 217
 - (א) תפקיד פרשני כללי 217
 - (ב) תפקיד פרשני מיוחד: פרשנות הזכות לכבוד האדם 222
 - (ג) כבוד האדם כערך חוקתי בהגבלתן של זכויות חוקתיות 223
- פרק תשיעי: המודלים לקביעת תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם 225
- א. שלושה סוגים של מודלים: מודלים תאולוגיים, מודלים פילוסופיים ומודלים חוקתיים 225

- ב. המודלים התאולוגיים 225
- ג. המודלים הפילוסופיים 227
1. הערכת המודלים הפילוסופיים 227
 2. כבוד האדם וקנט 228
 3. כבוד האדם ודבורקין 229
 4. כבוד האדם ווולדרון 230
 5. כבוד האדם ומרגלית וסטטמן 230
- ד. המודלים החוקתיים 232
1. המאפיינים של המודלים החוקתיים 232
 - (א) גישה פרשנית מתוך מבט רחב 232
 - (ב) פרשנות מתוך מבט רחב לערך החוקתי של כבוד האדם והזכויות החוקתיות 233
 - (ג) ריבוי המודלים החוקתיים 234
 2. תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם – כבוד האדם כאנושיותו של האדם כאדם 235
- פרק עשירי: תוכנו של כבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 239
- א. כבוד האדם כאנושיותו של האדם 239
1. הזהות בישראל בין הערך החוקתי של כבוד האדם לזכות החוקתית לכבוד האדם 239
 2. התוכן של כבוד האדם בחוק-היסוד 239
 - (א) כבוד האדם – ההיבט הלשוני 239
 - (1) המבנה הלשוני של כבוד האדם 239
 - (2) שליפת המשמעות המשפטית מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות 242
 - I. הלשון קובעת את גבולות הזכות החוקתית לכבוד האדם 242
 - II. הזכות החוקתית לכבוד האדם ותחושת הלשון 242
 - (ב) כבוד האדם – ההיבט של התכלית 244
 - (ג) אנושיותו של האדם כיצור חופשי 245
 - (ד) אנושיותו של האדם כאוטונומיה של הרצון 250
 - (ה) אנושיותו של האדם כשלילת הפיכתו לאמצעי בלבד 254
 - (ו) אנושיות בגדריה של חברה 256
 - (ז) אנושיות האדם והגזע האנושי 257
 3. ביקורת המודל החוקתי של אנושיות והתשובה לה 258

ב. כבוד האדם כאנושיות האדם והארכיטקטורה החוקתית 261

 1. ייחודו הארכיטקטוני של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 261
 2. פסקת עקרונות היסוד 261
 - (א) עקרונות פרשניים 261
 - (ב) ערך האדם, קדושת חייו והיותו בן חורין 264
 - (ג) העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל 264
 - (1) מעמדה של הכרזת העצמאות 264
 - (2) עקרונותיה של ההכרזה 266
 - (ד) פסקת עקרונות היסוד והיחס בין הערך החוקתי לזכות החוקתית 267
 3. פסקת המטרה 267

- (א) מטרתה הכפולה של פסקת המטרה 267
 (ב) מטרה ראשונה: "להגן על כבוד האדם וחירותו" 268
 (ג) מטרה שנייה: "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" 270
 (1) ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית 270
 (2) ערכיה של ישראל כמדינה יהודית 271
 (3) ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית 272
 (4) סינתזה והתאמה בין ערכים יהודיים לדמוקרטיים 272
 (ד) פסקת המטרה והיחס בין הערך החוקתי לזכות החוקתית 275
 (ה) ערכי יסוד נוספים 275
 4. כבוד האדם והאופי החלקי של מגילת הזכויות בישראל 278

שער שלישי: כבוד האדם כזכות חוקתית 281

פרק אחד-עשר: ההכרה בזכות החוקתית לכבוד האדם ותוכנה 283

- א. ההכרה החוקתית 283
 1. הכרה מפורשת בזכות חוקתית לכבוד האדם 283
 2. הכרה משתמעת בזכות חוקתית לכבוד האדם 286
 3. הכרה בכבוד האדם כזכות חוקתית בדרך של השלמת חסר בחוקה 287
 (א) תורת החסר 287
 (ב) חסר בחוקה? 288
 ב. תוכנה של הזכות החוקתית הוא להגשים את הערך החוקתי 290
 1. הגישה הכללית 290
 2. המקרה המיוחד של חוק-היסוד הגרמני 291
 ג. פרשנות חוקתית תכליתית 293
 1. פרשנות מתוך מבט רחב 293
 2. מבט רחב אינו מבט ללא גבולות 294
 3. פרשנות תכליתית של כבוד האדם ופגיעה בזכות אחרת 294
 4. פרשנות תכליתית של כבוד האדם והפגיעה בטובת הכלל 296
 5. ביקורת גישתי והתשובה לה 299

פרק שנים-עשר: הזכות החוקתית לכבוד האדם – זכות-מסגרת (זכות-אם) 303

- א. כבוד האדם כזכות-מסגרת 303
 1. זכות-מסגרת 303
 2. אגד של זכויות 306
 3. זכויות-מסגרת וזכויות ללא שם מיוחד 308
 ב. זכויות-הבת של כבוד האדם 310
 1. זכויות-הבת מוציאות מן הכוח אל הפועל את הפוטנציאל הטמון בזכות-האם 310
 2. הקטגוריות של פעולות הפוגעות בזכות-האם לכבוד האדם 312
 3. גזירת זכות-הבת מזכות-האם לכבוד האדם 313
 4. זכויות-הבת ואותן זכויות כזכויות עצמאיות 314
 5. היחס בין זכויות-הבת לבין עצמן 315

- (א) העדר השקה, חפיפה משלימה וחפיפה נוגדת 315
 (ב) העדר השקה 316
 (ג) חפיפה משלימה 316
 (ד) חפיפה נוגדת 317
 (1) חפיפה נוגדת בין עיקרון לעיקרון 317
 (2) חפיפה נוגדת בין עיקרון לכלל 321
6. היחס בין זכויות-הבת לזכויות אחרות הקבועות בחוק-היסוד 322
 7. היחס בין זכויות-הבת לזכויות חוקתיות אחרות שזכרן לא בא בחוקי-היסוד 325
 (א) היבטים של זכויות שזכרן לא בא בחוקי-היסוד כזכויות-בת 325
 (ב) זכויות-הבת והזכויות העצמאיות שלא כוננו – "קשר ענייני הדוק" 327
- פרק שלושה-עשר: התחום המכוסה על ידי הזכות לכבוד האדם 329
 א. התחום המכוסה ובעיית החפיפה 329
 ב. התחום המכוסה באופן בלעדי על ידי הזכות לכבוד האדם במגילת זכויות מקיפה 329
 ג. הזכות החוקתית לכבוד האדם במגילת זכויות חלקית 333
 ד. קושי ארכיטקטוני: הזכות לכבוד האדם והזכות לחירות אישית 338
 1. הצגת הבעיה 338
 2. "או בכל דרך אחרת" 339
 (א) מהי "בכל דרך אחרת"? 339
 (ב) בכל דרך המגבילה את החופש הפיזי של האדם 339
 (ג) "בכל דרך אחרת" – כל הגבלה או נטילה של חירות 340
 (ד) הגבלת חופש התנועה ומצבים אחרים 340
 (ה) משפט משווה 340
 (ו) הפסיקה הישראלית 343
 (ז) היקפה של הזכות לחירות אישית 344
 ה. האם יש לראות בכבוד האדם זכות "שירית"? 345
- פרק ארבעה-עשר: תכונותיה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 347
 א. כבוד האדם כזכות שלילית וכזכות חיובית 347
 1. ההבחנה בין זכויות חוקתיות שליליות וחיוביות 347
 2. ההבחנה בין זכויות שליליות וחיוביות במשפט המשווה 349
 3. ההבחנה בין זכויות שליליות וחיוביות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 351
 ב. כבוד האדם בהיבט האזרחי ובהיבט החברתי 354
 1. הבעיה הכללית 354
 2. הטיעונים לעניין ההכרה בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות 355
 3. ייחודו של ההיבט החברתי והמסקנות המתבקשות ממנו 358
 (א) ייחודו של ההיבט החברתי 358
 (ב) המסקנות המתבקשות מייחודו של ההיבט החברתי 359
 4. היבטים אזרחיים וחברתיים של כבוד האדם 359
 ג. הגרעין והשוליים של כבוד האדם 360
 1. הגרעין והשוליים הם חלק מכבוד האדם 360
 2. הגרעין והשוליים הם זכויות נגזרות מכבוד האדם 364

3. הגרעין והשוליים בזכות-האדם ובזכות-הבת 366
- ד. כבוד האדם כזכות יחסית 366
1. הגישה המקובלת במשפט המשווה 366
 2. יחסיותה של הזכות לכבוד האדם בישראל 368
- ה. הזכות לכבוד האדם אינה זכות נצחית 371
1. הגישה המקובלת במשפט המשווה 371
 2. המצב בישראל: היעדר הוראת נצחיות מפורשת 372
 3. המצב בישראל: הוראת נצחיות משתמעת 372
 4. שינוי חוקתי והגבלה חוקתית 374
- פרק חמישה-עשר: תחולת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבחינת הצדדים, הזמן והמקום 379
- א. הצדדים לזכות לכבוד האדם 379
1. בעל הזכות 379
 - (א) בן-אדם 379
 - (ב) הקבוצה 384
 - (ג) תאגיד 385
 2. החייב 387
- ב. התחולה בזמן 389
1. תחולה אקטיבית של חוק היסוד 389
 2. הפסקה בדבר שמירת הדינים 391
 - (א) שמירת הדין הישן 391
 - (ב) אנומליה נורמטיבית 391
 - (ג) שמירת תוקף בלא הענקת מעמד חוקתי 390
 - (ד) מצבים בהם פסקת שמירת הדינים אינה חלה 393
 - (1) פרשנות הדין הישן 393
 - (2) חקיקה חדשה המתקנת דין ישן 396
 - (3) הפעלה (חדשה) של סמכות (ישנה) 397
 - (4) מתן פסק דין הצהרתי 398
 - (ה) פסקת שמירת הדינים ופסקת הכיבוד 398
- ג. התחולה במקום 401
1. חזקת הטריטוריאליות בחקיקה 401
 2. התחולה הטריטוריאלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 402
 - (א) תחולה על ישראלים המצויים במקום שלישראל יש שליטה בו 402
 - (ב) הדין הראוי: תחולה אקסטרטריטוריאלית 403
- שער רביעי: כבוד האדם במשפט המשווה 405**
- פרק שישה-עשר: כבוד האדם במשפט החוקתי האמריקני 407
- א. כבוד האדם כזכות חוקתית בחוקות של המדינות 407
 - ב. בחוקה הפדרלית לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם 409
 1. היעדר הוראה מפורשת ועצמאית לכבוד האדם בחוקה הפדרלית 409
 2. כבוד האדם אינו חלק מזכות-מסגרת בחוקה הפדרלית 410

3. כבוד האדם ופרשת Griswold v. Connecticut 413
- ג. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי האמריקני 414
1. כבוד האדם וכבוד המדינה 414
 2. ההיסטוריה של כבוד האדם כערך חוקתי 415
 - (א) עד מלחמת העולם השנייה 415
 - (ב) שנות הארבעים והחמישים של המאה העשרים 416
 - (ג) המשך השימוש בכבוד האדם בבית המשפט העליון 420
 - (1) הרחבת התחולה של כבוד האדם למרבית מגילת הזכויות 420
 - (2) תרומתו של השופט ברנן (Brennan J.) 422
 - (3) תרומתו של השופט קנדי (Kennedy J.) 424
 3. הערכת כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי האמריקני 428
 - (א) מעמדו של כבוד האדם כערך חוקתי 428
 - (ב) מהותו של כבוד האדם בפסיקה האמריקאית 429
- פרק שבעה-עשר: כבוד האדם במשפט החוקתי הקנדי 433
- א. בצ'רטר הקנדי לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם 433
1. העדרה של זכות עצמאית לכבוד האדם 433
 2. שלילת כבוד האדם כזכות חוקתית נגזרת 433
 3. כבוד האדם כערך ברמה התת-חוקתית 435
- ב. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי הקנדי 436
1. מרכזיותו של כבוד האדם 436
 - (א) בצ'רטר הקנדי בכלל 436
 - (ב) בזכויות חוקתיות מסוימות 438
 - (1) הזכות לשוויון 438
 - (2) הזכות לחופש הביטוי 439
 - (3) הזכות לחיים, לחירות ולביטחון אישי 439
 - (4) זכויות במשפט 440
 2. תוכנו של כבוד האדם 442
 - (א) כבוד האדם כאנושיותו של האדם 442
 - (ב) הביטויים השונים של כבוד האדם 442
 - (1) כבוד האדם בפרשת Law 442
 - (2) כבוד האדם בפרשת Morgentaler 444
 - (3) כבוד האדם, חופש הרצון והאוטונומיה של הפרט 445
 - (4) כבוד האדם ותפיסת האדם כמטרה לעצמה 446
 - (5) כבוד האדם בגדריה של חברה 446
 3. תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 447
 - (א) כבוד האדם כאמת מידה פרשנית בקביעת היקפה של זכות חוקתית 447
 - (ב) כבוד האדם בהגבלתן של הזכויות החוקתיות 448
- פרק שמונה-עשר: כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני 451
- א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד אדם 451
1. הוראת סעיף 1(1) לחוק היסוד הגרמני 451
 2. כבוד האדם כזכות מוחלטת 453
 3. כבוד האדם כזכות נצחית 455

4. כבוד האדם כערך עליון בחוק-היסוד הגרמני 456
5. התחום המכוסה על ידי כבוד האדם כזכות חוקתית 457
6. ייחודו של כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני 458
- ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי הגרמני 458
 1. כבוד האדם כערך חוקתי בלבד 458
 2. כבוד האדם כזכות חוקתית 459
- ג. הגדרת כבוד האדם 460
 1. הגדרות שליליות וחיוביות 460
 2. יסודות משותפים ונוגדים להגדרות השונות 461
 3. ההיקף של כבוד האדם 462
 - (א) כבודו של כל אדם כבן אנוש 462
 - (ב) תחילתו של כבוד האדם וסיומו 462
 - (1) תחילת כבוד האדם 462
 - (2) סיומו של כבוד האדם 463
 - (ג) כבוד האדם וכיו-אתיקה 464
- ד. כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני והמשפט המשווה 464
 פרק תשעה-עשר: כבוד האדם במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 467
 א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד האדם 467
 1. הוראת סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה 467
 2. כבוד האדם כזכות יחסית 468
 3. כבוד האדם כזכות חוקתית הניתנת לשינוי חוקתי 472
 4. כבוד האדם כערך עליון בחוקה של דרום-אפריקה 477
 5. התחום המכוסה על ידי כבוד האדם כזכות חוקתית 481
 - (א) גזרה בה חל כבוד האדם בלבד 481
 - (ב) כבוד האדם והזכות לחופש 483
 6. ייחודה של הזכות לכבוד האדם במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 486
 - (א) כבוד האדם כזכות חוקתית המשתרעת על כל התנהגות הנופלת לגדרי כבוד האדם כערך חוקתי 486
 - (ב) בעיית החפיפה בין הזכות לכבוד האדם והזכויות החוקתיות האחרות 487
- (ג) הבעיה של הגרעין המינימלי (Minimum Core) 489
- ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 490
 1. כבוד האדם כאחת מזכויות האדם 490
 2. היחס בין הערך החוקתי לכבוד האדם והזכות החוקתית לכבוד האדם 491
- ג. היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם 492
 1. קשיי ההגדרה 492
 2. כבוד האדם כראיית האדם כמטרה ולא כאמצעי בלבד 493
- ד. היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 496
 1. חפיפה והתנגשות בין כבוד האדם לזכויות חוקתיות אחרות 496
 2. הצדדים לזכות לכבוד האדם 497
 3. תוכנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 498
 - (א) ההקשר החיצוני וההקשר הפנימי 498
 - (ב) תוכנו של כבוד האדם כזכות חוקתית על רקע הפסיקה 500
 - (ג) כבוד האדם והאוטונומיה של הרצון הפרטי 502

כרך שני

שער חמישי: זכויות-הבת של כבוד האדם 533

מבוא 535

פרק עשרים: זכות-הבת לאישיות 537

- א. הזכות לאישיות במשפט המשווה 537
- ב. הזכות לאישיות בחקיקה ובהלכה הפסוקה 538
- ג. הזכות לאישיות כזכות-בת של כבוד האדם 539
 1. כבוד האדם ואישיות האדם 539
 2. "סימני הדרך" הפסיקטיים להכרה בזכות לאישיות 540
 3. הקו המאחד את "סימני הדרך" – זכות-בת לאישיות 543
 4. תכונותיה של זכות-הבת לאישיות 545

פרק עשרים ואחד: זכות-הבת למינימום קיום אנושי בכבוד 547

- א. ההיסטוריה של הזכויות החברתיות בישראל 547
 1. זכויות חברתיות בחקיקה ובהלכה הפסוקה 547
 2. זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות עצמאיות 549
 - ב. זכויות חברתיות במשפט המשווה 552
 1. הכרה בזכויות חברתיות כזכויות אדם חוקתיות 552
 2. הגישה של האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 553
 - (א) הזכויות החברתיות שבאמנה 553
 - (ב) הזכויות החברתיות וחובת מימושו 554
 - (ג) הזכות לרמת חיים נאותה 557
 3. גישתה של החוקה של דרום-אפריקה 558
 4. זכויות חברתיות כזכויות-בת חוקתיות 560
 - (א) זכויות-בת חוקתיות חברתיות 560
 - (ב) גישתו של בית המשפט העליון של הודו 560
 - (ג) גישתו של בית המשפט החוקתי הגרמני 562
 - (ד) גישתו של בית המשפט החוקתי של קולומביה 563
 - ג. הזכות לקיום אנושי בכבוד כזכות-בת של כבוד האדם 564
 1. שוויון עקרוני בין זכויות-בת חוקתיות אזרחיות וחברתיות 564
 2. זכויות-האם החוקתיות מהן נגזרות זכויות-הבת החברתיות 565
 3. ההתפתחות של ההכרה בזכויות-בת חוקתיות-חברתיות 566
 - (א) צעדים ראשוניים 566
 - (ב) העשור הראשון: ההכרה בזכות החברתית לקיום מינימלי בכבוד 567
 - (ג) העשור הראשון: פרשת אדם טבע ודין 571
 - (ד) העשור הראשון: פרשת עמותת מחויבות 576
 - (ה) העשור השני: ההכרה בהלכתית בזכות-הבת החברתית לבריאות, לחינוך ולמים 579
 - (ו) פרשת חסן 589
- (1) הבעיה והטענות 589

- (2) האם זכויות חברתיות מצדיקות מודל חוקתי שונה מהמודל לזכויות האזרחיות? 589
- I. ההבחנה בין זכויות אזרחיות (שליליות) לבין זכויות חברתיות (חיוביות) 589
- II. שלילת הסטייה מהמודל הקיים לביקורת שיפוטית 590
- III. הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד 591
- IV. היחס שבין חוק הבטחת הכנסה לבין הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד 592
- V. טענת הכורח 593
- (3) פסק הדין של השופטת מ' נאור 594
- (4) פסק הדין של השופט ע' פוגלמן 594
- (5) פסק הדין של השופטת ע' ארבל 595
- (6) פסק הדין של השופטת א' חיות 596
- (7) פסק הדין של השופט א' רובינשטיין 596
- (8) פסק הדין של השופט ס' ג'ובראן 597
- ד. מהותה של הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד 598
1. מרכזיותה של זכות-הבת למינימום של קיום אנושי בכבוד 598
2. תוכנו של מינימום הקיום בכבוד 598
- (א) מינימום החיים בכבוד – לא מינימום החיים 598
- (ב) לא רק השפלה וביזוי 600
- (ג) תנאים בסיסיים לקיום אנושי בכבוד 601
3. המאפיינים של הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד 604
- (א) ייחודה של הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד 604
- (ב) המגבלות של ייחודיות הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד 605
4. חלוקת התפקידים הראויה בין הרשויות הפוליטיות 606
5. מינימום הקיום האנושי או תנאי מחיה נאותים 606
- (א) עמדתו של השופט א' לוי 606
- (ב) השוני בין עמדת הפסיקה ועמדתו של השופט א' לוי 608
- (ג) הצידוק לעמדת הפסיקה 609
6. דרכי ההוכחה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד 612
- (א) החלת מודל שני השלבים 612
- (ב) היקף הנטל המוטל על הטוען לפגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד 612
7. הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד ושאר הזכויות החברתיות 613
- פרק עשרים ושניים: זכות-הבת לשם טוב 615
- א. הזכות ההלכתית לשם טוב 615
- ב. השם הטוב כזכות-בת של כבוד האדם 616
1. השם הטוב כזכות-בת חוקתית 616
2. חשיבותה של זכות-הבת לשם טוב 620
- ג. היקפה של זכות-הבת לשם טוב 621
1. שם טוב כזכות עצמאית 621
2. המשפט התת-חוקתי המגן על השם הטוב 623
- ד. העקרונות שביסוד זכות-הבת לשם טוב 624

1. גזירת זכות-הבת לשם טוב מזכות עצמאית 624
 2. העקרונות שזכות-הבת לשם טוב נועדה להגשים 626
 - (א) הערכת האדם בגדרי החברה 626
 - (ב) שם טוב והבטחת Honor ו-Dignity 627
- פרק עשרים ושלושה: זכות-הבת לחיי משפחה 629
- א. הזכות לחיי משפחה במשפט הדתי, בחקיקה ובהלכה הפסוקה 629
 1. המקורות המשפטיים 629
 2. משפחה מהי 633
 - (א) ה"משפחה" בחקיקה ובפסיקה 633
 - (ב) ה"משפחה" באמנות בין-לאומיות, בחוקות ובחוקי-היסוד בישראל 634
 3. חוקת המשפחה 636
 - ב. הזכות לחיי משפחה כזכות-בת של כבוד האדם 638
 1. ההתפתחות השיפוטית עד לפרשת עדאלה 638
 2. פרשת עדאלה 646
 3. ההתפתחות השיפוטית לאחר פרשת עדאלה 650
 - ג. מאפיינייה של זכות-הבת לחיי משפחה 662
 1. זכות-הבת לחיי משפחה וזכויות-הבת האחרות של כבוד האדם 662
 2. הזכות לחיי משפחה – זכות כלפי רשויות השלטון 663
 3. הזכות לחיי משפחה – זכות שלילית וזכות חיובית 664
 4. חשיבותה של זכות-הבת לחיי משפחה 668
 - ד. הזכות ליצירת התא המשפחתי 669
 1. הזכות ליצירת תא משפחתי 669
 2. הזכות להכרה ביחסי זוגיות 670
 - (א) הזכות ליצירת הקשר המשפחתי 670
 - (ב) הנישואין 671
 - (ג) ברית הזוגיות 673
 - (ד) ידועים בציבור 674
 3. הזכות להורות 675
 - (א) הולדה 675
 - (ב) אימוץ 677
 - ה. הזכויות במסגרת התא המשפחתי 678
 - ו. הזכות לצאת מהתא המשפחתי 680
 - ז. ההיבט החוקתי של חיי המשפחה 682
 1. "משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה" – האמנם? 682
 2. התא המשפחתי ושתי רמות נורמטיביות – חוקתית ותת-חוקתית 683
- פרק עשרים וארבעה: זכות-הבת לשוויון 685
- א. הזכות לשוויון בחקיקה ובהלכה הפסוקה 685
 - ב. השוויון כזכות-בת של כבוד האדם 688
 - ג. היקפה של זכות-הבת לשוויון 691
 1. השוויון כזכות חוקתית עצמאית 691
 - (א) מורכבותה של הזכות העצמאית לשוויון 691

- (ב) שוויון ושונות על פי הנוסחה האריסטוטלית 692
 (ג) שוויון והעדפה מתקנת 693
2. השוויון כזכות-בת 695
 (א) זכות-האם לכבוד האדם וזכות-הבת לשוויון 695
 (ב) זכות-הבת לשוויון וזכות עצמאית לשוויון 696
 (ג) העקרונות שביסוד זכות-הבת לשוויון וביסוד הזכות העצמאית לשוויון 698
3. "קשר ענייני הדוק" 699
 (א) הפליה במישור המנהלי והפליה במישור החוקתי 699
 (ב) הפליה גנרית 703
 (ג) מעבר להפליה גנרית 705
- פרק עשרים וחמישה: זכות-הבת לחופש הביטוי 707
- א. הזכות ההלכתית לחופש הביטוי 707
 ב. חופש הביטוי כזכות-בת של כבוד האדם 708
 ג. הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי 712
1. הטעמים לחופש הביטוי כזכות עצמאית 712
 (א) בסיס אידאולוגי רחב 712
 (ב) חשיפת האמת 714
 (ג) הבטחת המשטר הדמוקרטי 715
 (ד) הגשתו העצמית של האדם 717
2. הטעמים המונחים ביסוד זכות-הבת לחופש הביטוי 719
 (א) זכות-הבת לחופש הביטוי והגשמה עצמית של האדם 719
 (ב) זכות-הבת לחופש הביטוי מלבד ההגשמה העצמית של האדם 721
- ד. האופי היחסי של זכות-הבת לחופש הביטוי 722
 ה. חופש הביטוי – זכות כנגד המדינה 723
- ו. חופש הביטוי – זכות שלילית וזכות חיובית 724
1. ההבחנה בין הזכות החיובית לזכות השלילית 724
 2. ההיבט השלילי של חופש הביטוי 725
 3. ההיבט החיובי של חופש הביטוי 726
- ז. המימוש של חופש הביטוי 728
 ח. חופש הביטוי – גרעין ומעטפת 730
- ט. היקפה של זכות-הבת לחופש הביטוי 732
 1. חופש הביטוי – אגד של זכויות 732
 2. מובנו של חופש הביטוי 735
 (א) כל ביטוי 735
 (ב) שקר ואמת 736
 (ג) ביטוי שהוא עברה פלילית 737
 (ד) חופש הביטוי ופגיעה ברגשות 738
3. הפגנה, אספה, משמרת צמודה 741
 (א) הפגנה, אספה ומשמרת צמודה הלכתיות 741
 (ב) הפגנה, אספה ומשמרת צמודה כזכויות-בת של כבוד האדם 742
4. החופש האקדמי 742

5. ביטוי מסחרי 743
- (א) הביטוי המסחרי כזכות הלכתית 743
- (ב) הביטוי המסחרי כזכות חוקתית 745
- (1) הביטוי המסחרי כחלק מחופש העיסוק 745
- (2) הביטוי המסחרי כזכות-בת של כבוד האדם 747
- I. ביטוי פוליטי על ידי גוף פוליטי במסגרת מסחרית 747
- II. ביטוי מסחרי על ידי גוף מסחרי במסגרת מסחרית (ביטוי מסחרי טהור) 748
1. טעמים שבחופש הביטוי וטעמים שבכבוד האדם 748
2. המבחן הראשון: הביטוי המסחרי הטהור והעקרונות של חופש הביטוי 749
3. המבחן השני: הביטוי המסחרי הטהור והעקרונות של כבוד האדם 751
- פרק עשרים ושישה: זכות-הבת לחופש המצפון והדת 755
- א. הזכות לחופש המצפון והדת בחקיקה ובהלכה הפסוקה 755
- ב. חופש המצפון והדת כזכות-בת של כבוד האדם 758
1. ניתוח הפסיקה 758
2. הזכות לחופש המצפון והדת כנגזרת מכבוד האדם 762
- (א) הקשר בין חופש המצפון והדת וכבוד האדם 762
- (ב) חופש המצפון והדת וההרישה ל"קשר ענייני הדוק" 764
- ג. חופש המצפון 765
1. מהותו של חופש המצפון 765
2. חופש המצפון כזכות-בת של כבוד האדם 767
3. חופש המצפון ופטור מהשירות הצבאי 768
- ד. חופש הדת 769
1. חופש הדת כזכות-בת של כבוד האדם 769
2. תוכנו של חופש הדת כזכות-בת חוקתית 771
- ה. חופש מדת 774
- ו. הגנה על רגשות דתיים 776
- פרק עשרים ושבעה: זכות-הבת לחופש התנועה 781
- א. הזכות ההלכתית לחופש התנועה 781
- ב. חופש התנועה בתוך ישראל כזכות-בת של כבוד האדם 782
1. הרקע ההיסטורי 782
2. האם סעיף 6 לחוק היסוד קובע הסדר שלילי לעניין זכות התנועה בישראל? 783
3. חופש התנועה בתוך המדינה והזכות לכבוד האדם 785
- ג. היקפה של זכות-הבת לחופש התנועה בתוך ישראל 789
- פרק עשרים ושמונה: זכות-הבת לחינוך 793
- א. הזכות ההלכתית לחינוך 793
- ב. הזכות לחינוך כזכות-בת של כבוד האדם 794
1. שלילת המודל הרחב: פרשת עמותת שוחרי גיל"ת 794

2. הכרה בזכות לחינוך במסגרת המודל המצומצם: פרשת יתד 796
3. הכרה בזכות לחינוך במסגרת מודל הביניים 797
 - (א) התפתחות הפסיקה 797
 - (ב) הזכות לחינוך כזכות-בת של כבוד האדם 803
 - (1) הזכות לשוויון בחינוך 803
 - (2) הזכות לחינוך כזכות-בת "העומדת על רגליה שלה" 804
 - I. הקשר בין הזכות לחינוך לזכות לכבוד האדם 804
 - II. פרשת עמותת "נוער כהלכה" 806
 - III. פרשת טבקה 808
 - IV. פרשת אבו לבדה 809
4. הזכות לחינוך כחלק ממודל הביניים: מבט לאחור 810
 - ג. היקפה של זכות-הבת לחינוך 812
 1. העקרונות המונחים ביסוד זכות-הבת לחינוך 812
 2. המשפט התת-חוקתי המגן על הזכות לחינוך 814
 3. התוכן של זכות-הבת לחינוך ואופייה היחסי 815
 - פרק עשרים ותשעה: זכות-הבת לעבודה 819
 - א. זכויות מתחום העבודה בחקיקה ובהלכה הפסוקה 819
 - ב. זכויות מתחום העבודה במשפט המשווה 821
 1. משפט בין-לאומי 821
 2. משפט חוקתי משווה 822
 3. חוקת העבודה 824
 - ג. הזכות לעבודה כזכות-בת של כבוד האדם 827
 1. צעדים ראשונים 827
 2. ההתפתחויות בבית הדין הארצי לעבודה 831
 3. ההתפתחות בפרשות עמותת מחויבות והתנועה למען איכות השלטון בישראל ואחריהן 835
 4. זכויות מתחום העבודה והזכות לכבוד האדם 838
 - ד. הזכות לעבודה 841
 1. תוכנה של הזכות לעבודה כזכות עצמאית: משפט משווה 841
 2. הזכות לעבודה כזכות-בת חוקתית 842
 3. היקפה של הזכות לעבודה כזכות-בת חוקתית 844
 - (א) היבטים שונים של זכות-הבת לעבודה 844
 - (ב) הזכות להתפרנס בכבוד 845
 - (ג) הזכות לתנאי עבודה הוגנים 846
 - (ד) הזכות למניעת פיטורין 849
 - ה. הזכות להתארגנות 850
 1. זכות ההתאגדות וזכות ההתארגנות 850
 2. זכות ההתארגנות כזכות-בת חוקתית 852
 3. היקפה של זכות ההתארגנות כזכות-בת חוקתית 854
 - (א) זכות ההתארגנות כזכות משולשת: התארגנות, משא ומתן קיבוצי ושביתה 854

- (ב) הזכות להתארגן 854
- (ג) הזכות למשא ומתן קיבוצי 856
- (ד) הזכות לשבות ולהשבית 857
- (1) הזכות לשבות 857
- I. זכות השביתה כזכות נגזרת 857
- II. הבעיה של גזירת זכות השביתה מכבוד האדם והתשובה לה 859
- III. היקפה של זכות השביתה 860
- (2) הזכות להשבית 861
- פרק שלוש: זכות-הבת להליך הוגן 863
 - א. הליך הוגן מהו? 863
 - ב. הזכות להליך הוגן בחקיקה ובהלכה הפסוקה 864
 - ג. הזכות להליך הוגן במשפט הבין-לאומי ובמשפט המשווה 866
 - ד. הזכות להליך הוגן בהצעות לחוקה או למגילת זכויות אדם בישראל 866
 - ה. הזכות להליך הוגן כזכות-בת של כבוד האדם 868
 - ו. זכות-הבת להליך הוגן והזכות העצמאית להליך הוגן 870
 - 1. הליך הוגן ו"קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם 870
 - 2. הטעמים המונחים ביסוד הזכות להליך הוגן 871
 - ז. היקפה של זכות-הבת להליך הוגן 872
 - 1. זכות-הבת להליך הוגן ב"טוהרתה" 872
 - 2. הליך הוגן ובית המשפט 872
 - 3. הליך פלילי הוגן 873
 - 4. הליך מנהלי הוגן 876
 - 5. תכונותיה של הזכות להליך הוגן 878

מפתחות 881

- מפתח חקיקה 883
- חוקי יסוד 883
- הצעות חוק יסוד 884
- חקיקה ישראלית 886
- הצעות חוק 891
- מקורות המשפט העברי 891
- אמנות ומסמכים בין-לאומיים בעברית 891
- אמנות ומסמכים בין-לאומיים באנגלית 893
- חוקות 898
- חקיקה זרה 913
- שונות 914
- מפתח פסיקה 915
- פסיקה ישראלית 915
- פסיקה זרה 944

- מפתח ספרים 955
- ספרים בעברית 955
- ספרים בלועזית 959

- מפתח מאמרים 973
- מאמרים בעברית 973
- מאמרים בלועזית 985

- מפתח עניינים 1021

- מפתח שמות 1039

מבוא

למושג "כבוד האדם" היסטוריה בת אלפיים וחמש מאות שנים.¹ בתנועתו על פני ההיסטוריה הוא הושפע מדתות שונות שראו בו מרכיב חשוב בגישתן התאולוגית. כן הושפע כבוד האדם, כל אותן שנים, מתפיסתם של פילוסופים שעסקו בו בהגותם הפילוסופית. במאה העשרים ידע המושג "כבוד האדם" תופעה חדשה: נוצרו טקסטים משפטיים (בין-לאומיים וחוקתיים) שאימצו את המושגיות של כבוד האדם. זוועות מלחמת העולם השנייה, ובמרכזן השואה של העם היהודי, הביאו לחידתו של כבוד האדם לשיח המשפטי. בעקבות זאת התייצבו במאה העשרים בצד התאולוגים והפילוסופים – המשפטנים. חכמי המשפט נתבקשו לקבוע את הבסיס התאורטי לכבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית. השופטים הוצרכו לפתור בעיות מעשיות שהקונסטיטוציונליזציה של כבוד האדם כערך או כזכות יצרה.

ספר זה דן בהיבט המשפטי-חוקתי של כבוד האדם. אין בו תרומה תאולוגית או פילוסופית. אינני מתווכח עם חכמי דת יהודים או נוצרים; אינני בר-פלוגתא של קנט. אני מנסה להסביר, באמצעות ניתוח משפטי-אנליטי, את כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית. כמובן, המשפט אינו מנותק מהחיים. ההבנה המשפטית מושפעת מההשקפות התאולוגיות והפילוסופיות. עם זאת אין היא מזדהה עמן. אין לשכוח כי אקווינס וקנט לא עסקו בפירושה של מגילת זכויות חוקתיות אשר בה מעוגנים הערך או הזכות לכבוד האדם. כמובן, הפתרונות המתקבלים במשפט לבעיות המעשיות חופפים לעתים קרובות פתרונות שתאולוגים או פילוסופים דוגלים בהם. פועלת כאן התופעה של "חפיפה בהסכמה" (overlapping consensus), שעליה עמד רולס (Rawls),² אך נקודות המוצא העקרוניות שונות הן, שכן נקודת המוצא להבנתו של כבוד האדם במגילת זכויות חוקתית היא החוקה ולא שיקולים תאולוגיים או פילוסופיים.

חוקה היא טקסט משפטי. לשון החוקה אינה מטפורה. האמצעי המשמש את המשפטן להבנת כבוד האדם בחוקה הוא הפרשנות המשפטית. בהיעדר פרשנות "אמתית"³ על כל שיטת משפט לקבוע לעצמה פרשנות שהיא רואה אותה ראויה. ביסוד ספר זה מונחת הפרשנות החוקתית התכליתית. פרשנות זו מתחשבת בלשון הטקסט החוקתי, בארכיטקטורה שלו ובתכלית המונחת ביסוד הוראותיו. על יסוד כל אלה ניתן

1 ראו להלן בעמ' 54.

2 ראו (2005) JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 144.

3 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 45 (2003).

ללשון החוקה מובן המגשים את תכליתה והמעניק לה משמעות המאפשרת לה להתמודד עם צורכי ההווה. פרשנות החוקה נעשית מתוך מבט רחב.

ברבות מהחוקות כבוד האדם איננו זכות חוקתית. עם זאת החוקה מכירה – במפורש (כמו בספרד⁴) או במשתמע (כמו בארצות הברית⁵ וקנדה⁶) – בכבוד האדם כערך חוקתי. לערך זה כמה תפקידים בגדרה של החוקה: הוא משמש בסיס לזכויות החוקתיות; הוא ערך שעל פיו מתפרשות הזכויות החוקתיות, כגון פירוש הזכות לשוויון על יסוד הערך של כבוד האדם⁷; הוא משפיע על המרכיבים השונים הקובעים אם הגבלתה של זכות חוקתית היא חוקתית. מהו כבוד האדם בחוקות המכירות בו כערך חוקתי בלבד? תשובתו של ספר זה היא כי כבוד האדם הוא אנושיותו של האדם. ביסוד אנושיות זו מונח חופש הרצון והאוטונומיה של האדם. זהו החופש של אדם לכתוב את סיפור חייו. אנושיות זו משקיפה על האדם תמיד כמטרה ולא כאמצעי בלבד. אנושיות זו היא אנושיותו בגדרי החברה שבה הוא חי.

קיימות חוקות שבהן כבוד האדם אינו אך ערך חוקתי. הוא מוכר בהן כזכות חוקתית. דוגמאות לכך הן החוקות של גרמניה⁸, דרום-אפריקה⁹ וישראל¹⁰. מהי פרשנותה התכליתית של הזכות לכבוד האדם? על פי גישתי, תוכנה של הזכות לכבוד האדם הוא הגשמת הערך החוקתי של כבוד האדם. על כן תכליתה של הזכות לכבוד האדם היא להגשים את אנושיותו של האדם. כבוד האדם כזכות חוקתית הוא החופש של האדם לטוות את סיפור חייו. זהו חופש הרצון של האדם. זוהי האוטונומיה שלו והיותו חופשי לעצב את חייו ולהגשים את עצמו על פי רצונו שלו ולא על פי רצונם של אחרים. אנושיות זו פועלת בגדרי החברה שבה הוא חי.

תפיסה רחבה זו של הזכות לכבוד האדם כפופה כמובן למסקנה פרשנית אחרת המתבקשת מתוך המבנה החוקתי והארכיטקטורה החוקתית. זהו המצב בחוק-היסוד הגרמני. הזכות לכבוד האדם בחוקה הגרמנית היא זכות מוחלטת¹¹. אין היא כפופה לדיני המידתיות. כל הגבלה של הזכות היא בלתי חוקתית. מבנה זה של הזכות לכבוד

4 ראו סעיף 10 לחוקה של ספרד () CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, B.O.E. n. 311, Dec. 29, 1978.

5 ראו להלן בעמ' 407.

6 ראו להלן בעמ' 433.

7 ראו LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA (2012).

8 ראו סעיף (1) לחוק-היסוד הגרמני () GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK (DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I בעמ' 459.

9 סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה (S. Afr. Const., 1996). ראו להלן בעמ' 467.

10 סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. ראו להלן בעמ' 107.

11 ראו סעיף (1) לחוק-היסוד הגרמני.

האדם מחייב ניתוק בין הערך החוקתי לכבוד האדם – החל במלוא היקפו לעניין הזכויות החוקתיות האחרות – לבין הזכות החוקתית לכבוד האדם. זו חייבת להתפרש בצמצום, שאם לא כן חיי החברה אינם אפשריים. על כן נוקט בית המשפט החוקתי הגרמני את נוסחת האובייקט (Objektformel) להבנת כבוד האדם. על פיה כבוד האדם נפגע מקום שהאדם נתפס כאמצעי בלבד להגשמת מטרתו של אחר. נוסחה זאת משקפת את אופייה המוחלט של הזכות לכבוד האדם בחוקה הגרמנית.

תפיסת הזכות החוקתית לכבוד האדם כאנושיותו של האדם מביאה לתפיסה רחבה של הזכות לכבוד האדם. יש חפיפה ניכרת (משלימה או נוגדת) בין זכות זו לבין הזכויות החוקתיות האחרות. חפיפה משלימה היא ברוכה. היא מחזקת כל אחת מהזכויות החופפות. לעתים קרובות מביאה תפיסה רחבה זו של כבוד האדם לחפיפה נוגדת (התנגשות) בין הזכות לכבוד האדם לבין זכויות חוקתיות אחרות (כגון הזכות לפרטיות ולחירות אישית) או אינטרס הציבור (כגון ביטחון הציבור ושלומו). האין בכך כדי להביא לצמצום היקפה של הזכות לכבוד האדם? על פי גישתי, התנגשות זו היא טבעית לקיום האנושי. אין היא משקפת טעות חוקתית. אין בה כדי להביא לצמצום בהיקפה של הזכות לכבוד האדם או הזכויות האחרות. במישור החוקתי תמשיך ההתנגשות להתקיים – בחינת יפרחו נא אלף הפרחים – ללא כל פתרון חוקתי. פתרונה של ההתנגשות לא ייעשה אפוא במישור החוקתי. הפתרון יבוא במישור התת-חוקתי (החקיקתי או ההלכתי). נורמה תת-חוקתית הפוגעת בכבוד האדם כדי להגן על זכות חוקתית או כדי להגשים אינטרס ציבורי, תהא חוקתית רק אם היא מידתית.

פרשנות הזכות לכבוד האדם מתוך מבט רחב והבנתה של זכות זו כאנושיות של האדם נותנת לזכות לכבוד האדם תחולה עניינית רחבה. ברוב החוקות היא הן זכות שלילית והן זכות חיובית. היא משתרעת הן על היבטים המצויים בגרעינה של הזכות והן על היבטים המצויים בשוליה. היא מכסה הן היבטים אזרחיים והן היבטים חברתיים. היא חלה על כל התנהגות של המדינה כלפי כל אדם. הזכות לכבוד האדם נתפסת כזכות מסגרת וכזכות-אם. תחת כנפיה מצטופפות זכויות-בת. זכויות אלה מבטאות את ההיבטים השונים של כבוד האדם. למשל: בית המשפט העליון גזר מזכות האדם לכבוד האדם את זכויות-הבת לאישיות, לשם טוב, לקיום אנושי בכבוד, לחיי משפחה, ליחסי עבודה, לשוויון, לחופש ביטוי, לחופש מצפון ודת, לחופש תנועה, לחינוך ולהליך הוגן. בחוקה המעגנת מגילת זכויות מקיפה תהא חפיפה משלימה בין זכויות-בת אלה לבין הזכויות העצמאיות המוכרות בה. אין בכך כדי לייתר את הזכות לכבוד האדם, ואין בכך כדי להפכה לזכות שיווית. חוק הפוגע בה ובזכות חוקתית אחרת יהא חוקתי רק אם יקיים את דרישות המידתיות החלות הן על כבוד האדם והן על הזכות האחרת. עם זאת תפקידה העיקרי של הזכות לכבוד האדם בחוקה המכירה במגילת זכויות מלאה יהא בחיזוק הזכויות החוקתיות האחרות ובהיותה מקור לזכויות-בת. למשל, בדרום-אפריקה אין החוקה מכירה בזכות עצמאית לשם טוב. זכות זו מוכרת כזכות-בת של כבוד

האדם.¹² כמובן, לעתים קרובות תתרחש – בחוקה המעגנת מגילת זכויות מקיפה – התנגשות בין הזכות לכבוד האדם והזכויות החוקתיות האחרות. כמו כן אפשר שתתרחשנה התנגשויות בין זכויות-הבת של כבוד האדם לבין עצמן. התנגשות זו לא תיפתר במישור החוקתי. הפתרון יימצא, כפי שראינו, במישור התת-חוקתי. חוק או משפט מקובל הפוגע בזכות חוקתית כדי להגן על כבוד האדם יהא חוקתי אם הוא מידתי.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן מגילת זכויות חלקית. רבות מהזכויות המוכרות כזכויות עצמאיות במגילות הזכויות החוקתיות המודרניות נעדרות מחוק-היסוד. זהו הדין למשל לעניין הזכות לשוויון, לעניין חופש הביטוי ולעניין זכויות חברתיות וכלכליות. אין בכך כדי למנוע הכרה בהיבט ה"דיגיטרי" של זכויות אלה כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. הכרה בזכויות-בת אלה מתבקשת מהמבנה הארכיטקטוני של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומההוראות הכלולות בו בדבר "עקרונות יסוד" ו"מטרה".¹³ ו"מטרה".¹⁴

תפיסה רחבה של הזכות החוקתית לכבוד האדם נתונה כמובן לביקורת. רבים מהמבקרים מצביעים על היותו של כבוד האדם מושג עמום וגמיש, כי הוא מעניק לפרשן – כלומר לשופט – שיקול דעת רחב ובלתי רצוי. תשובתי לביקורת זו היא כי מרבית הזכויות החוקתיות "סובלות" מתכונות דומות. גם הזכות לשוויון והזכות לחירות אישית – כמו הזכות לכבוד האדם – הן זכויות עמומות וגמישות, המעניקות לשופט שיקול דעת רחב. השופט-המקצוען רגיל לתופעה זו, ובידיו הכלים הפרשניים לטפל בה. מה שנראה לתאולוג ולפילוסוף זכות שאין לה גבולות, נראה לשופט זכות המתוחמת על ידי כללי הפרשנות. אין בכללי פרשנות אלה כדי למנוע קיומו של שיקול דעת שיפוטי. שיקול דעת כזה הוא טבעי להליך השיפוטי והוא חלק בלתי נפרד ממנו.¹⁵ אכן, בעיית רחב שיקול הדעת אינה מיוחדת לכבוד האדם, והיא קיימת בכל מקום שיש מגילת זכויות חוקתיות המבוססת על "הכללות מלכותיות" (majestic generalities).¹⁶

ביקורת אחרת – "פנים-חוקתית" – היא שתפיסה רחבה של כבוד האדם סופה שתביא לפגיעה בזכויות האדם. ההגנה על כבוד האדם – שהיא זכות חיובית – תצדיק פגיעה בזכויות החוקתיות השליליות. ביקורת זו אינה מיוחדת לכבוד האדם. ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות היא תופעה פיזיולוגית בריאה, ואין בה כל היבט פתולוגי שלילי.

12 ראו Khumalo v. Holomisa, 2002 (5) SA 401 (CC) para. 27.

13 סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

14 סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

15 ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987); MARISA IGLESIAS VILA, FACING JUDICIAL DISCRETION: LEGAL KNOWLEDGE AND RIGHT ANSWERS REVISITED (1999).

16 כלשונו של השופט ג'קסון (Jackson J.), בפרשת Fay v. New York, 332 U.S. 261, 282 (1947).

פתרון ההתנגשות ייעשה במישור התת-חוקתי. דבר זה יתאפשר כמוכן רק אם הזכויות החוקתיות כולן הן יחסיות, ורק אם הזכות לכבוד האדם אינה זכות מוחלטת. זהו המצב ברוב רובן של החוקות. החריג הוא המשפט החוקתי הגרמני, ובו אכן לכבוד האדם כזכות חוקתית פריסה צרה ביותר.

ספרי זה – בדומה לספרי על מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה – הוא פרי ההלכה והמעשה גם יחד. הוא משקף את מחשבותי על כבוד האדם כפי שהבעתי אותן במאמרים שכתבתי ובפסיקתי. עשרים ושמונה שנים כיהנתי בבית המשפט העליון בישראל. המחצית השנייה של כהונתי החלה עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר העניק בישראל מעמד חוקתי לערך ולזכות לכבוד האדם. כתבתי – עם אחיי ואחיותי בבית המשפט העליון – עשרות רבות של פסקי דין אשר עסקו בכבוד האדם. הניתוח התאורטי-אנליטי של הערך החוקתי והזכות החוקתית לכבוד האדם הוא תוצאה של הפעלה הלכה למעשה של כבוד האדם כפי שהוא מתואר בספר זה.

ספר זה מתמקד במהותו של כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית. בחלק הראשון נבחנים היבטים כלליים, החלים בכל שיטת משפט המכירה בכבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית. בחלק השני בוחן הספר אחת-עשרה זכויות-בת. לעניין רובן קיימת הלכה פסוקה של בית המשפט העליון. מיעוטן הוכרו באמרות אגב בלבד. אחת מהן – זכות-הבת לאישיות – טרם זכתה להכרה בפסיקה כזכות-בת, אם כי "סימני הדרך" מובילים להכרה זו. אכן פסיקתו של בית המשפט העליון לעניין כבוד האדם היא ענפה. היא מהווה תרומה חשובה לא רק לזכויות אדם בישראל אלא גם למשפט המשווה. הייתה זו שעתו היפה של בית המשפט העליון כאשר פיתח – בהדרגה, בזהירות ובאחריות – את משפחת כבוד האדם בישראל.

בדומה למידתיות, גם כבוד האדם כזכות חוקתית פותח במיוחד במשפט החוקתי הגרמני. דומה שכולנו חבים תודה לבית המשפט החוקתי הגרמני ולספרות המשפטית הגרמנית, אשר העשירו את הידע של כולנו בכל הנוגע לכבוד האדם. עם זאת עלינו להיות מודעים לשוני הרב שבין כבוד האדם כזכות חוקתית ברוב החוקות המודרניות (לרבות זו שלנו) לבין כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני. בחוקה הגרמנית כבוד האדם הוא זכות מוחלטת. לפיכך מתחייב מתן פירוש מצמצם לזכות זו. צמצום זה אינו חל במרבית החוקות האחרות, אשר בהן כבוד האדם – ככל שאר הזכויות – היא זכות יחסית. חרף שוני זה עניין רב לנו בהבנתה של הפסיקה והספרות הגרמנית באשר לערך החוקתי של כבוד האדם. ערך זה עודנו מוסיף ומקבל במשפט החוקתי הגרמני משמעות רחבה. כל שיטות המשפט הנוקטות גישה דומה עשויות להפיק תועלת רבה מהספרות הגרמנית.

רבים הם הספרים והמאמרים העוסקים בכבוד האדם מתוך היבט תאולוגי או פילוסופי כללי. כפי שציינתי, איני חוקר נקודות מבט אלו בספר זה. המוקד של ספר זה הוא כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית. הספרות המשפטית המשווה על היבט זה

אינה רבה. בולטת כאן שוב הספרות המשפטית-חוקתית הגרמנית, ובעיקר ספרו של אנדרס (Enders)¹⁷ וספרו של מהלמן (Mahlmann)¹⁸. הספרות המשפטית-חוקתית בשפה האנגלית מועטה היא. בולטים בה ספריהם של אקרמן (Ackermann)¹⁹, וולדרון (Waldron)²⁰, אברלה (Eberle)²¹ ודלי (Daly)²². בעברית תרמו תרומה חשובה להבנת הערך והזכות של כבוד האדם אורית קמיר,²³ ומרדכי קרמניצר ומיכל קרמר.²⁴ מרבית הספרים כוללים אסופות של מאמרים.²⁵ אין בהם הצגה של תזה חוקתית קוהרנטית המתמקדת בערך החוקתי ובזכות החוקתית לכבוד האדם. בכך אני רואה את תרומתו של ספר זה.

הספר מחולק לחמישה שערים: ארבעה שערים בכרך הראשון ושער חמישי בכרך השני. השער הראשון מוקדש למושגי יסוד (פרק ראשון) ולהיסטוריה האינטלקטואלית של כבוד האדם (פרק שני). כן נכללת בשער זה סקירה היסטורית של כבוד האדם במסמכים בין-לאומיים (פרק שלישי) ובחוקות של המדינות השונות (פרק רביעי). את השער חותמת סקירה של ההיסטוריה החוקתית (פרק חמישי) וההיסטוריה השיפוטית (פרק שישי) של כבוד האדם במשפט הישראלי. השער השני מוקדש לכבוד האדם כערך

- CHRISTOPH ENDERS, DIE MENSCHENWÜRDE IN DER VERFASSUNGSORDNUNG: ZUR DOGMATIK DES ART. 1 GG 501 (1997) 17
- MATTHIAS MAHLMANN, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTS THEORIE (2008) 18
- ACKERMANN, לעיל ה"ש 7. 19
- JEREMY WALDRON, DIGNITY, RANK, AND RIGHTS (Meir Dan-Cohen ed., 2012) 20
- EDWARD J. EBERLE, DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES (2002) 21
- ERIN DALY, DIGNITY RIGHTS: COURTS, CONSTITUTIONS, AND THE WORTH OF THE HUMAN PERSON (2012) 22
- אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2004). 23
- מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי במשפט הגרמני – האם גם בישראל? (2011) 24
- החשובים שבהם הם אלה: THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992) ; כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל (אלוף הראבן וחן ברם עורכים, 2000); THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); DIGNITY AND HUMAN RIGHTS: THE IMPLEMENTATION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (Berma Klein Goldewijk, Adalid Contreras Baspineiro & P. Cesar Carbonari eds., 2002); IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES (Robert P. Kraynak & Glenn E. Tinder eds., 2003); HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING (Silja Vöneky & Rüdiger Wolfrum eds., 2004); PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION (Jeff E. Malpas & Norelle Lickiss eds., 2007); HUMILIATION, DEGRADATION, DEHUMANIZATION HUMAN DIGNITY VIOLATED (Paulus Kaufmann, Hannes Kuch, Christian Neuhaeuser & Elaine Webster eds., 2011); UNDERSTANDING HUMAN DIGNITY (Christopher McCrudden ed., 2013) 25

חוקתי. היקפו של ערך זה ותפקידו נלמדים מפירושה של החוקה. השער פותח אפוא בניחוח שיטת הפרשנות התכליתית, שהיא המכשיר המשפטי להבנת כבוד האדם (פרק שביעי). על יסוד פרשנות תכליתית זו אני מנתח את התפקידים השונים של הערך החוקתי של כבוד האדם (פרק שמיני), אשר במרכזם מונח התפקיד הפרשני של מתן מובן לזכויות השונות ובעיקר לזכות לכבוד האדם. השער ממשיך (פרק תשיעי) בבחינת שלושה מודלים לקביעת תוכנו של כבוד האדם כערך חוקתי: המודל התאולוגי, המודל הפילוסופי והמודל החוקתי. על פי השקפתי, המודל הראוי להבנת הערך של כבוד האדם בחוקות המודרניות הוא המודל החוקתי. בפרק העשירי אני בוחן את תוכנו של כבוד האדם במסגרת הארכיטקטורה החוקתית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין זה תוכנו של כבוד האדם כערך תאולוגי או פילוסופי – זהו תוכנו כערך חוקתי הממלא תפקיד חוקתי. על פי תפיסתי, כבוד האדם היא אנושיותו של האדם. זו אנושיותו כיצור חופשי בעל אוטונומיה חופשית. אנושיות זו מבטאת את האדם כמטרה ושוללת תפיסתו כאמצעי בלבד. אנושיות זו היא בגרירה של חברה. השער השלישי עוסק בזכות החוקתית לכבוד האדם. בפרק האחד-עשר נבחנות הדרכים השונות להכרה בכבוד האדם כזכות חוקתית. הפרק ממשיך ובוחר את תוכנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. נקודת המוצא היא כי הזכות החוקתית לכבוד האדם נועדה להגשים את הערך החוקתי של כבוד האדם. פרשנות רחבה זו מעוררת בעיות הקשורות ליחסים שבין הזכות לכבוד האדם לזכויות חוקתיות אחרות. יחסים אלה נבחנים בפרק השנים-עשר בהיבטים שונים. הפרשנות הרחבה לכבוד האדם כזכות-מסגרת (או זכות-אם) רואה בכבוד האדם אגד של זכויות, הכולל בחובו את זכויות-הבת של כבוד האדם. הפרק בוחן את היחסים שבין זכויות-בת אלה בינן לבין עצמן ובינן לבין הזכויות החוקתיות האחרות. הפרק השלושה-עשר מתמקד בשאלה אם קיים תחום המכוסה על ידי הזכות לכבוד האדם ועל ידי בלבד. על רקע זה, נבחנת השאלה מהו היחס בין הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין הזכות החוקתית לחירות אישית. הפרק מסתיים בבחינת השאלה האם הזכות לכבוד האדם אינה אלא זכות שיוויון. הפרק הארבעה-עשר מנתח תכונותיה של הזכות החוקתית לכבוד האדם כזכות יחסית, חיובית ושלילית, המשתרעת על הגרעין של כבוד האדם ושוליו והעוסקת הן בהיבטים אזרחיים והן בהיבטים חברתיים. זכות זו אינה זכות נצחית. השער מסתיים בפרק החמישה-עשר, אשר מתמקד בתחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבחינת הצדדים לזכות, הזמן והמקום. השער הרביעי בוחן את מקומו של כבוד האדם בארבע חוקות. שער זה נפתח בבחינת שתי חוקות – החוקה האמריקנית (פרק שישה-עשר) והצ'רטר הקנדי (פרק שבעה-עשר) – שבהן כבוד האדם משמש ערך חוקתי בלבד. הוא ממשיך לבחון שתי חוקות נוספות – חוק-היסוד הגרמני (פרק שמונה-עשר) והחוקה של דרום-אפריקה (פרק תשעה-עשר) – אשר בהן כבוד האדם משמש הן ערך חוקתי והן זכות חוקתית. בשתי שיטות המשפט האלה נבחנות תכונותיה של הזכות לכבוד האדם כערך חוקתי ותכונותיה של הזכות החוקתית כזכות

מוחלטת (במשפט הגרמני) וכזכות יחסית (במשפט של דרום-אפריקה). על רקע זה נבחנת השאלה מהו היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם בחוקת אלה. השער החמישי – הוא הכרך השני לספר זה – מנתח את זכויות-הבת של כבוד האדם. הוא בוחן אחת-עשרה זכויות-בת: הזכות לאישיות (פרק עשרים), הזכות לקיום אנושי בכבוד (פרק עשרים ואחד), השם הטוב (פרק עשרים ושניים), הזכות לחיי משפחה (פרק עשרים ושלושה), הזכות לשוויון (פרק עשרים וארבעה), חופש הביטוי (פרק עשרים וחמישה), חופש המצפון והדת (פרק עשרים ושישה), חופש התנועה (פרק עשרים ושבעה), הזכות לחינוך (פרק עשרים ושמונה), הזכות לעבודה (פרק עשרים ותשעה) והזכות להליך הוגן (פרק שלושים). רשימה זו אינה סגורה כמובן. היא משקפת את הפסיקה עד למועד פרסומו של ספר זה. לעניין כל זכות-בת מנותח המצב המשפטי עד לכינונו של חוק-היסוד ולאחריו. כל פרק עוסק בהיקפה של זכות-הבת והעקרונות המונחים ביסודה. מודגש לעניין כל זכויות-הבת כי הן חלק מזכות-האם לכבוד האדם, וכל תכונותיה של זכות-האם חלות גם בזכויות-הבת. על כן, הן זכויות יחסיות והן מכוונות כלפי המדינה.

אינני תאולוג ואינני פילוסוף. הנני משפטן-אנליטיקן המתעניין במשפט החוקתי על רקע השוואתי. ספר זה אינו ספר בתורת המשפט או בתורת המדינה. זהו ספר אנליטי במשפט החוקתי בכלל, ובמשפט החוקתי הישראלי בפרט, שעניינו הערך החוקתי והזכות החוקתית לכבוד האדם. הספר מכוון לחוקר המשפט, לשופט ולעורך הדין. מקווה אני כי הניתוח ההשוואתי יעשיר את הקורא ויקרב אותו אל הערך המרכזי, ואל הזכות המרכזית של כבוד האדם.

תודתי נתונה בראש ובראשונה למרכז הבינתחומי הרצליה ולנשיאו אוריאל רייכמן ולפקולטה למשפטים באוניברסיטת ייל ולדיקן רוברט פוסט, שפתחו בפני את שעריהם והעניקו לי סביבה מחקרית שאפשרה כתיבתו של ספר זה. תודתי נתונה לעוזרי המשפטיים ליאור הדס, אורי קויתי, עדי קופל-אביב, סתיו כהן, תום כוכבי, ג'ואי לייסטון ולירון קורן. תודתי נתונה לאסתר תמוז, אשר ריכזה את עבודת העריכה, ולדינה זהורי שעמלה בפענוח כתב ידי. כן נתונה תודתי לאסתר הרשקוביץ על עזרתה בפרק על זכות-הבת לעבודה. כן מודה אני ליהודית ידלין על העריכה הלשונית ולהוצאת נבו על הטיפול המסור בהוצאת הספר. וכתמיד, התודה לאליקה, התגלמותו של כבוד האדם כאנושיותו.

Aharon Barak / Human Dignity
The Constitutional Right and its Daughter-Rights

Aharon Barak

HUMAN DIGNITY

THE CONSTITUTIONAL RIGHT AND
ITS DAUGHTER-RIGHTS

Volume I



CONTENTS

Volume I

Introduction 31

PART I: FUNDAMENTAL CONCEPTS AND HISTORY 39

Chapter One: The Various Aspects of Human Dignity 41

- A. Theology, Philosophy and Constitutional Law 41
- B. The Criticism of the Use of the Concept of Human Dignity and Response to it 47
- C. Human Dignity – a Social Value, a Constitutional Value and a Constitutional Right 50

Chapter Two: The Intellectual History of the Social Value of Human Dignity 53

- A. The Ancient World 53
- B. Philosophical Approaches 61
- C. The Lessons Learned from the Intellectual History 71

Chapter Three: Human Dignity as a Value and as a Right in International Documents 73

- A. Human Dignity in Legal Discourse 73
- B. Human Dignity in International Conventions 76

Chapter Four: Human Dignity as a Value and as a Right in World Constitutions 89

- A. Pre-Second World War Developments 89
- B. Post-Second World War Developments 91

Chapter Five: The History of Human Dignity in Israeli Law 107

- A. Articles 2 and 4 of Basic Law: Human Dignity and Liberty 107
- B. History Prior to the enactment of Basic Law: Human Dignity and Liberty 108
- C. The Constitutional Revolution 116
- D. Developments after the enactment of Basic Law: Human Dignity and Liberty and Basic Law: Freedom of Occupation 136

Chapter Six: The Judicial History of Human Dignity in Israeli Law 139

- A. Developments Prior to Movement for Quality Government 139
- B. The Movement for Quality Government case 149
- C. Developments After Movement for Quality Government 156

PART II: HUMAN DIGNITY AS A CONSTITUTIONAL VALUE 171

Chapter Seven: Purposive Constitutional Interpretation 173

- A. Constitutional Uniqueness and its Influence on Constitutional Interpretation 173
- B. The Language of the Constitution 177
- C. The Subjective Purpose of the Constitution 183
- D. The Objective Purpose of the Constitution 185

Chapter Eight: The Role of Human Dignity as a Constitutional Value 209

- A. Human Dignity as an Express and Implied Constitutional Value 209
- B. Human Dignity as a Constitutional Value in Israel 212
- C. The Role of Human Dignity as a Constitutional Value 214

Chapter Nine: The Models for Determining the Content of the Constitutional Value of Human Dignity 225

- A. Three Types of Models: Theological Models, Philosophical Models and Constitutional Models 225
- B. The Theological Models 225
- C. The Philosophical Models 227
- D. The Constitutional Models 232

Chapter Ten: The Content of the Value of Human Dignity in Basic Law: Human Dignity and Liberty 239

- A. Human Dignity as the Humanity of a Person 239
- B. Human Dignity as the Humanity of a Person and the Constitutional Architecture 261

PART III: HUMAN DIGNITY AS A CONSTITUTIONAL RIGHT 281

Chapter Eleven: Recognition of the Constitutional Right to Human Dignity and its Content 283

- A. Constitutional Recognition 283
- B. The Constitutional Right as the Realization of a Constitutional Value 290
- C. Purposive Constitutional Interpretation 293

Chapter Twelve: Human Dignity as a Framework Right (Mother-Right) 303

- A. Human Dignity as a Framework Right 303
- B. Daughter-Rights of Human Dignity 310

Chapter Thirteen: The Area Covered by the Right to Human Dignity	329
A. The Area Covered and the Overlap Problem	329
B. The Area Covered Exclusively by the Right to Human Dignity in a Comprehensive Bill of Rights	329
C. The Constitutional Right to Human Dignity in a Partial Bill of Rights	333
D. Architectural Difficulty: The Right to Human Dignity and the Right to Personal Liberty	338
E. Is Human Dignity a “Residual Right”?	345
Chapter Fourteen: The Traits of the Constitutional Right to Human Dignity	347
A. Human Dignity as a Negative Right and as a Positive Right	347
B. The Civil Aspect and Social Aspect of Human Dignity	354
C. The Core and Penumbra of Human Dignity	360
D. Human Dignity as a Relative Right	366
E. Human Dignity is not an Eternal Right	371
Chapter Fifteen: The Application of Basic Law: Human Dignity and Liberty	379
A. The Sides to the Right to Human Dignity	379
B. The Temporal Application of Basic Law: Human Dignity and Liberty	389
C. The Territorial Application of Basic Law: Human Dignity and Liberty	401
PART IV: HUMAN DIGNITY IN COMPARATIVE LAW	405
Chapter Sixteen: Human Dignity in American Constitutional Law	407
A. Human Dignity as a Constitutional Right in the States’ Constitutions	407
B. The Federal Constitution does not Recognize a Constitutional Right to Human Dignity	409
C. Human Dignity as a Constitutional Value in American Constitutional Law	414
Chapter Seventeen: Human Dignity in Canadian Constitutional Law	433
A. The Canadian Charter does not Recognize a Constitutional Right to Human Dignity	433
B. Human Dignity as a Constitutional Value in the Canadian Constitutional Law	436
Chapter Eighteen: Human Dignity in German Constitutional Law	451
A. The Normative Traits of Human Dignity	451
B. Human Dignity as a Constitutional Value and a Constitutional Right in German Constitutional Law	458
C. The Definition of Human Dignity	460
D. Human Dignity in German Constitutional Law and Comparative Law	464

- Chapter Nineteen: Human Dignity in South African Constitutional Law 467
- A. The Normative Traits of Human Dignity 467
 - B. Human Dignity as a Constitutional Value and as a Constitutional Right in South African Constitutional Law 490
 - C. The Scope of the Constitutional Value of Human Dignity 492
 - D. The Scope of the Constitutional Right to Human Dignity 496

Volume II

PART V: THE DAUGHTER-RIGHTS OF HUMAN DIGNITY 533

Introduction 535

Chapter Twenty: The Daughter-Right to Personality 537

- A. The Right to Personality in Comparative Law 537
- B. The Right to Personality in Statutes and Common Law 538
- C. The Right to Personality as a Daughter-Right of Human Dignity 539

Chapter Twenty One: The Daughter-Right to Dignified Human Subsistence 547

- A. The History of Social Rights in Israel 547
- B. Social Rights in Comparative Law 552
- C. The Right to Dignified Human Subsistence as a Daughter-Right of Human Dignity 564
- D. The Essence of the Right to Dignified Human Subsistence 598

Chapter Twenty Two: The Daughter-Right to Reputation 615

- A. The Right to Reputation in Common Law 615
- B. The Right to Reputation as a Daughter-Right of Human Dignity 616
- C. The Scope of the Daughter-Right to Reputation 621
- D. The Principles Underlying the Daughter-Right to Reputation 624

Chapter Twenty Three: The Daughter-Right to Family Life 629

- A. The Right to Family Life in Religious Law, Statutes and Common Law 629
- B. The Right to Family Life as a Daughter-Right of Human Dignity 638
- C. The Characteristics of the Daughter-Right to Family Life 662
- D. The Right to Create the Family Unit 669
- E. Rights Within the Family Unit 678
- F. The Right to Exit the Family Unit 680
- G. The Constitutional Aspect of Family Life 682

- Chapter Twenty Four: The Daughter-Right to Equality 685
- A. The Right to Equality in Statutes and Common Law 685
 - B. The Right to Equality as a Daughter-Right of Human Dignity 688
 - C. The Scope of the Daughter-Right to Equality 691
- Chapter Twenty Five: The Daughter-Right to Freedom of Expression 707
- A. The Right to Freedom of Expression in Common Law 707
 - B. The Right to Freedom of Expression as a Daughter-Right of Human Dignity 708
 - C. The Rationales Underlying Freedom of Expression 712
 - D. The Relative Nature of the Daughter-Right to Freedom of Expression 722
 - E. Freedom of Expression – A Right vis-à-vis the State 723
 - F. Freedom of Expression – A Positive and a Negative Right 724
 - G. The Realization of Freedom of Expression 728
 - H. Freedom of Expression – Core and Penumbra 730
 - I. The Scope of the Daughter-Right to Freedom of Expression 732
- Chapter Twenty Six: The Daughter-Right to Freedom of Conscience and Religion 755
- A. The Right to Freedom of Conscience and Religion in Statutes and Common Law 755
 - B. Freedom of Conscience and Religion as a Daughter-Right of Human Dignity 758
 - C. Freedom of Conscience 765
 - D. Freedom of Religion 769
 - E. Freedom from Religion 774
 - F. Protection of Religious Feelings 776
- Chapter Twenty Seven: The Daughter-Right to Freedom of Movement 781
- A. The Right to Freedom of Movement in Common Law 781
 - B. Freedom of Movement Within Israel as a Daughter-Right of Human Dignity 782
 - C. The Scope of the Daughter-Right to Freedom of Movement Within Israel 789
- Chapter Twenty Eight: The Daughter-Right to Education 793
- A. The Right to Education in Common Law 793
 - B. The Right to Education as a Daughter-Right of Human Dignity 794
 - C. The Scope of the Daughter-Right to Education 812
- Chapter Twenty Nine: The Daughter-Right to Employment 819
- A. Employment Rights in Statutes and Common Law 819
 - B. Employment Rights in Comparative Law 821
 - C. The Right to Employment as a Daughter-Right of Human Dignity 827

D. The Right to Employment 841

E. The Right to Unionize 850

Chapter Thirty: The Daughter-Right to Due Process 863

A. What is Due Process? 863

B. The Right to Due Process in Common Law 864

C. The Right to Due Process in International and Comparative Law 866

D. The Right to Due Process in Proposed Bills of Rights in Israel 866

E. The Right to Due Process as a Daughter-Right of Human Dignity 868

F. The Daughter-Right to Due Process and the Independent Right to
Due Process 870

G. The Scope of the Daughter-Right to Due Process 872

INDEX 881

שער ראשון

מושגי יסוד והיסטוריה

פרק ראשון

ההיבטים השונים של כבוד האדם

א. תאולוגיה, פילוסופיה ומשפט חוקתי

1. השוני בין ההיסטוריה האינטלקטואלית לפרשנות החוקתית

למושג "כבוד האדם" (Human Dignity) משמעויות רבות ומגוונות. אורית קמיר עומדת על ארבעה מובנים שונים של הדיבור "כבוד": הדרת כבוד (honor), הילת כבוד (glory), כבוד סגולי (dignity) וכבוד מחיה (respect).¹ הספרות הבלשנית בעברית מיעטה לעסוק בצירוף הלשוני "כבוד האדם". באחד המילונים מצויה ההגדרה הזאת של "כבוד": "ערכו של האדם באשר הוא אדם. הערך הפנימי הטמון באדם כיצור אנושי, באשר הוא, והמחייב שיתייחסו אליו בכבוד".² מילון אחר גורס כי כבוד האדם הוא "ערכו הסגולי של כל אדם, בלי כל התייחסות למעמדו ותפקידו".³ דומה כי מובנו הלשוני של המונח "כבוד האדם" מתפרס על פני תחום רחב. נראה כי בשפה העברית המודרנית למושג "כבוד" שתי משמעויות לשוניות יסודיות: במשמעותו הראשונה נסב המושג על ערך פנימי (Würde, Dignity), המיוחד למין האנושי בכללותו ולפרטים החברים בו; המובן השני נסב על ההערכה הבאה מבחוץ (Ehre, Honor) כלפי קבוצות ויחידים.⁴ הביטוי האנגלי Dignity

- 1 ראו אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם 11 (2004); אורית קמיר "על פרשת דרכי כבוד – ישראל בין מגמות של הדרת כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת-כבוד (glory) וכבוד מחיה (respect)" *תרבות דמוקרטית* 9, 169, 171 (2005). במילונים האנגליים נמצאת הגדרה של dignity בארבעת מובנים אלה. במילון Oxford אפשר למצוא חמש הגדרות למונח dignity: Ledsley: *THE NEW SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY* (1993). Brown ed., 5 METAPHYSICA. Gloria L. Zúñiga, *An Ontology of Dignity*, 51 (1976) *PHILOSOPHY* 251; Aurel Kolnai, *Dignity*, 115 (2004); ראו גם להלן בעמ' 239.
- 2 רב-מילים – המילון השלם, כבוד האדם (בתוך הערך "כבוד"), 811 (1997).
- 3 מילון הצירופים, כבוד האדם, 427 (2005). בהמשך מובא תרגום לאנגלית של המונח "Human Dignity".
- 4 ראו האנציקלופדיה העברית, כבוד, 540 (1968).

שורשיו נעוצים בביטוי הלטיני dignus, dignitas. בשפות הלטיניות משתמשים בדיבור dignité (צרפתית), dignità (איטלקית), dignidade (פורטוגזית), dignidad (ספרדית).⁵ ריבוי משמעויות זה מקורו במורכבותו של המושג "כבוד האדם".⁶ יש העוסקים בו והמבקשים להבינו כערך חברתי.⁷ זהו בעיקרו של דבר העיסוק בכבוד האדם בהיסטוריה הארוכה שלו לעומת כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית, שהופעתו חדשה, וימיו כימי החוקות המודרניות. הוא זכה לפיתוח מיוחד מאז מלחמת העולם השנייה ובעקבות הפגיעות הקשות בכבוד האדם שהתגלו במהלכה, ובמרכזן שואת העם היהודי.⁸ העוסקים בכבוד האדם – אם התאולוגים (כגון תומס אקווינס) ואם הפילוסופים (כגון עמנואל קנט) – לא עסקו בערך החוקתי של כבוד האדם ובזכות החוקתית לכבוד האדם, וזאת משום שבאותה עת לא הייתה מצויה מגילת זכויות חוקתית כלל, וממילא לא היה דיון במעמד החוקתי – אם כערך ואם כזכות – של כבוד האדם. העיסוק בכבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית ימיו כימיהן של מגילות זכויות אדם חוקתיות. זהו אפוא עיסוק קצר ימים המצוי אך בתחילתו. כמובן, העיסוק המודרני בערך החוקתי ובזכות החוקתית נשען על ההיסטוריה התאולוגית והפילוסופית הארוכה של כבוד האדם. עם זאת העיסוק החוקתי הוא עיסוק מיוחד במינו,

- 5 ראו Margareta Broberg, *A Brief Introduction, in DIGNITY, ETHICS AND LAW* 7, 8 (Margareta Broberg & Bresson Ladegaard Knox eds., 1999).
- 6 Michael Meyer, *Dignity as a (Modern) Virtue, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE* 195 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); David Feldman, *The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, E. HUM. RTS. L. REV. 265 (1997); PETER LAWLER, MODERN AND AMERICAN DIGNITY: WHO WE ARE AS PERSONS AND WHAT THAT MEANS FOR OUR FUTURE (2010) ראו גם Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513, 545 ("Dignity being a notoriously elusive גם לא concept") (La Forest J.) (Can.); National Coalition for Gay & Lesbian Equality v. Minister of Justice, 1999 (1) S.A. 6 (CC), Para 29 ("Dignity is a difficult concept to capture in precise terms") (Ackermann J.) (S. Afr.) המים בישראל פס' 22 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 5.6.2011) ("כבוד האדם הוא מושג מורכב, שמוטמעים בו ערכים שונים ומגוונים – מהם בעלי אופי פיזי-קיומי, ומהם בעלי אופי נפשי-רוחני"); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי פס' 29 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012) ("פניה הרבים של זכות זו").
- 7 DRUCILLA CORNELL, BRIDGING THE SPAN AND AIRDAL חברתי ראו TOWARD JUSTICE: LAURIE ACKERMANN AND THE ONGOING ARCHITECTONIC OF DIGNITY BRAD STETSON, HUMAN DIGNITY AND CONTEMPORARY JURISPRUDENCE (2008) ראו גם LIBERLISM (1998).
- 8 ראו יהושע אריאלי "תורת 'זכויות האדם', מוצאה ומקומה בעיצובה של החברה המודרנית" משפט והיסטוריה 25, 27 (דניאל גוטוויץ ומנחם מאוטנר עורכים, 1998) ("כבוד האדם [...] מהווה את האנטי-תזה האידיאולוגית של העולם החופשי לאידיאולוגיות של מעצמות ה'ציר', ובמיוחד לזו של הנציונל-סוציאליזם"). ראו גם James Q. Whitman, *On Nazi "Honour"*, in DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE 243 and the New European "Dignity", (Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh eds., 2003).

המושפע השפעה מכרעת מהיבטיו החוקתיים. מכאן חשיבותה ומגבלותיה של ההיסטוריה האינטלקטואלית של כבוד האדם על הדיון החוקתי. עמד על שוני זה בין הבחינה המשפטית-חוקתית לבין בחינות אחרות השופט מ' חשין באחת הפרשות⁹ שבה בחן את השאלה אם חופש הביטוי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם:¹⁰

"הסוגיה כורכת סביב עצמה לא אך את פירוש המושג 'כבוד האדם' בבחינתו הלשונית, המוסרית, המדינית, ההיסטורית והפילוסופית, אלא – שמא נאמר: בעיקר – את פירושו של המושג בהקשר המיוחד של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. והקשר מיוחד זה – הכרוך מצדו ביחסי הרשויות במדינה – אף הוא יש בו כדי לאצול במישרין על תחום התפרסותו של 'כבוד האדם'."

אכן, התהליך האינטלקטואלי להבנת משמעותם של הערך החוקתי של כבוד האדם או של הזכות החוקתית לכבוד האדם הוא תהליך של פרשנות חוקתית. אין זה התהליך האינטלקטואלי שבו עוסקים התאולוגים והפילוסופים.

2. הדמיון בין ההיסטוריה האינטלקטואלית לפרשנות החוקתית

חרף השוני המהותי בין ההיסטוריה התאולוגית והפילוסופית הארוכה של המושג "כבוד האדם" ובין ההיסטוריה החוקתית הקצרה שלו, קיימים כמה קווי דמיון בין שתי ה"היסטוריות" הללו. ראשית, בשני המקרים עניין לנו בתהליך אינטלקטואלי בעל בסיס מוסרי¹¹ ואתי¹² הטבוע בתרבותה של חברה. לא הרי כבוד האדם בחברה מערבית כהרי

9 עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996).

10 שם, בעמ' 187.

11 ראו Bertram Morris, *The Dignity of Man*, 57 ETHICS 57 (1946). לגישה שונה ראו Meyer, RACHEL BAYEFSKY, THE COMPLEXITY OF THE CONCEPTS OF DIGNITY AND HONOUR IN KANT (Thesis for MSc in Political Theory in the Department of Politics and International Relations at the University of Oxford, 2010).

12 ראו Thomas W. Platt, *Human Dignity and the Conflict of Rights*, 2 IDEALISTIC STUD. 174 (1972); Abraham Edel, *Humanist Ethics and the Meaning of Human Dignity*, in MORAL PROBLEMS IN CONTEMPORARY SOCIETY 227 (Paul Kurtz ed., 1973); Raul S. Manglapus, *Human Rights Are Not a Western Discovery*, [1978] WORLDVIEW 4; Paulo C. Carbonari, *Human Dignity as a Basic Concept of Ethics and Human Rights*, in DIGNITY AND HUMAN RIGHTS: THE IMPLEMENTATION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS 35 (Berma K. Goldewijk, Adalid C. Baspineiro & Paulo C. Carbonari eds., 2002); Jeff Malpas & Norelle Lickiss, *Human Dignity and Human Being*, in PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION 19 (Jeff Malpas & Norelle Lickiss eds., 2007).

כבוד האדם בחברה שאינה מערבית;¹³ לא הרי כבוד האדם בחברה מערבית פלונית כהרי כבוד האדם בחברה מערבית אלמונית.¹⁴ כבוד האדם הוא מושג הנמצא בהתפתחות מתמדת.¹⁵ בצדק ציין השופט ברנן (Brennan J.) כי "The demands of human dignity will never cease to evolve"¹⁶, וברוח דומה ציין בית המשפט החוקתי הגרמני בפרשת מאסר העולם:¹⁷

"Recognizing what the command to respect human dignity requires cannot be separated from history. A judgment regarding what corresponds to human dignity can only be based on the current state of knowledge and cannot lay claim to interminable validity".

אכן, כבוד האדם הוא ערך תלוי-הקשר. זהו ערך משתנה בעולם משתנה.¹⁸ ייתכן כי בתחילה בוסס המושג "כבוד האדם" בחברה נתונה על תפיסה דתית הרואה באדם את צלם אלוהים. לימים חל שינוי בתפיסתה של החברה, והיא מבססת את כבוד האדם על רציונליות קנטיאנית. גם בתפיסה זו עשוי לחול שינוי. אכן, כל הבנה של כבוד האדם מבוססת על הבנתה של חברה נתונה בזמן נתון. הבנה זו עשויה להשתנות עם שינוי הזמנים.¹⁹ על כן אינה מקובלת עליי הדעה כי כבוד האדם הוא מושג אוניברסלי-אקסיומטי.²⁰ לדעתי, כבוד

- 13 ראו Jack Donnelly, *Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights*, 76 AM. POL. SCI. REV. 303 (1982); STEPHEN ANGLE, *HUMAN RIGHTS AND CHINESE THOUGHT: A CROSS CULTURAL INQUIRY* (2002); Man Yee Karen Lee, *Universal Human Dignity: Some Reflections in the Asian Context*, 3 ASIAN J. OF COMP. L. 283 (2008)
- 14 ראו Giovanni Bognetti, *The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism*, in EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM 75 (George Nolte ed., 2005); Stéphanie Hennette-Vauchez, *When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle*, 10 LEGAL ETHICS 193 (2007) (2007)
- 15 ראו Alan Gewirth, *Human Dignity as the Basis of Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 10 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992)
- 16 כפי שצוטט ב- Stephen J. Wermiel, *Law and Human Dignity: The Judicial Soul of Justice Brennan*, 7 WM. & MARY BILL RTS. J. 223, 239 (1998)
- 17 ראו BVerfGE 39, 1 (1975) : I גם פרשת ההפלוח : BVerfGE 45, 187, 229 (1997)
- 18 ראו MATTHIAS MAHLMANN, ELEMENTE EINER ETHISCHEN ; לעיל ה"ש 11 ; GRUNDRECHTSTHEORIE 5 (2008)
- 19 ראו DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 315 (1994)
- 20 ראו Abraham I. Melden, *Dignity, Worth, and Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 26 (Michael J. Meyer & William A. Parent

האדם הוא מושג יחסי (relative)²¹, תלוי-הקשר²² היסטורי,²³ תרבותי,²⁴ דתי, חברתי²⁵ ופוליטי.²⁶ בצדק ציין פלדמן (Feldman) כי כבוד האדם הינו מושג "which is culturally dependent and eminently malleable"²⁷. יחסיות זו של כבוד האדם אינה גורעת מחשיבותו. נהפוך הוא: היא מעצימה את מקומו בכל חברה וחברה, בבטאה את חוויותיה המיוחדות של כל חברה וחברה ומשפיעה על דרכי התמודדותה של החוקה עם חוויות אלה. למשל: כבוד האדם בגרמניה שלאחר מלחמת העולם השנייה מבטא את הסלידה מהנאציזם ומהווה בסיס להתפתחותה של החברה הגרמנית שלאחר המלחמה. בדומה לכך, כבוד האדם בדרום-אפריקה שלאחר האפרטהייד משקף את ההתנתקות ממשטר זה ואת כוכב הצפון שלאורו מבקשת דרום-אפריקה החדשה להתקדם. זאת ועוד: חרף יחסיותו של כבוד האדם והיותו תלוי-הקשר חברתי, יש לו בחברות השונות – בוודאי בחברות המבוססות על דמוקרטיה

- eds., 1992); Nazeem M. Goolam, *Human Dignity – Our Supreme Constitutional Value*, 4 POTCHEFSTROOM ELEC. L.J. 1, 5 (2001); Antoon De Baets, *A Successful Utopia: The Doctrine of Human Dignity*, 7 HISTOREIN 71 (2007). על זכויות אוניברסליות ראו WILLIAM TALBOTT, WHICH RIGHTS SHOULD BE UNIVERSAL (2005).
- 21 ראו Jackie Jones, *Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity Under German Law Guide the European Court of Justice?* [2004] PUB. L. 167
- 22 ראו Cua S. Antonio, *Dignity of Persons and Styles of Life*, 45 PROCEEDINGS AM. CATH. PHIL. ASSN. 120 (1971); Juliane Kokott, *From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization-With Particular Reference to the German Basic Law*, in CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY: A COMPARATIVE ANALYSIS 71, 81 (Christian Starck ed., 1999); Paolo G. Carozza, *Human Dignity in Constitutional Adjudication*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 459 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011). ראו גם דורון שולצינר "כבוד האדם – הצדקה, לא זכות" המשפט כא 23 (2008).
- 23 ראו Henk Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, 20 STELL. L. REV. 171, 178 (2009); Kokott ; 178 (2009), לעיל ה"ש 22, בעמ' 81.
- 24 ראו Rhoda E. Howard, *Dignity, Community, and Human Rights*, in HUMAN RIGHTS IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVES: A QUEST FOR CONSENSUS 81 (Abdullahi Ahmed Anna'im ed., 1992); David Weisstub, *Honor, Dignity and the Framing of Multiculturalists Values*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 263 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002). ראו גם Kokott, לעיל ה"ש 22.
- 25 ראו Antonio ; 22, לעיל ה"ש 22; שולצינר, לעיל ה"ש 81 ; בעמ' 22, לעיל ה"ש 22 ; Carozza, לעיל ה"ש 22.
- 26 ראו Rhoda E. Howard & Jack Donnelly, *Human Dignity, Human Rights, and Political Regimes*, 80 AM. POL. SCI. REV. 801 (1986); Mette Lebech, *What is Human Dignity?*, in MAYNOOTH PHILOSOPHICAL PAPERS 59 (Mette Lebech ed., 2004).
- 27 David Feldman, *Human Dignity as a Legal Value: Part 1*, [1999] PUB. L. 682, 698

ליברלית²⁸ – יסודות משותפים. אפשר לומר אפוא כי אף שקיימות תפיסות (conceptions) שונות לכבוד האדם, הן כולן מבטאות באותן חברות מושג (concept) אחד.²⁹ שנית, ההיסטוריה האינטלקטואלית של כבוד האדם כערך חברתי התבססה על גישות תיאולוגיות ופילוסופיות שונות. עם צמיחתו של כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית הצטרף ההיבט החוקתי להיסטוריה זו. חרף השוני בגישות, התוצאות המתבקשות הן לעתים קרובות חופפות.³⁰ כך למשל, מסורות שונות הנוגדות אלה את אלה מובילות למסקנה כי כבוד האדם שומר על השלמות הפיזית והנפשית של האדם,³¹ על זהותו האישית של האדם,³² על קיומו הבסיסי ועל הבטחת שוויון בין בני האדם.³³ שלישית, כל המובנים של כבוד האדם – המובנים התאולוגיים, הפילוסופיים והחוקתיים – עוסקים בכבוד האדם בגדריה של חברה. אכן, כבוד האדם אינו קיים בחלל.³⁴ כבוד האדם הוא כבודו בגדריה של חברה נתונה.³⁵ אין זה כבוד האדם של רובינון קרוזו הבודד. זהו כבודו של האדם ביחסו עם זולתו. זהו מושג "יחסי" (relational).³⁶

- 28 ראו Jeremy Waldron, *The Dignity of Groups*, [2008] ACTA JURIDICA 66; Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, 19 EUR. J. INT'L L. 655 (2008).
- 29 ראו Ernst L. Winnacker, *Human Cloning*; 801 בעמ' 26, לעיל ה"ש 26, בעמ' 801; Howard & Donnelly, *Human Cloning: A Scientific Perspective*, in HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING 55 (Silja Meir Dan-; 28 בעמ' 28, לעיל ה"ש 28; McCrudden; Vöneky and Rüdiger Wolfrum eds., 2004) concept of Dignity, 44 ISR. L. REV. 9 (2001). Cohen, *A Concept of Dignity*, 44 ISR. L. REV. 9 (2001).
- ל-conceptions ראו RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 134 (1977).
- 30 ראו Carozza, *לעיל ה"ש 22*; 22 (2006); HORST DREIER, *GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR* 20 (2006).
- 31 ראו Daniel Statman, *Humiliation, Dignity, and Self Respect*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 209 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); Aart Hendriks, *Personal Autonomy, Good Care, Informed Consent and Human Dignity – Some Reflections from an European Perspective*, 28 MED. & L. 469, 472 (2009).
- 32 ראו Steven Wheatley, *Human Rights and Human Dignity in the Resolution of Certain Ethical Questions in Biomedicine*, 3 EUR. HUM. RTS. L. REV. 312 (2001).
- 33 ראו Statman, *לעיל ה"ש 31*; מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי במשפט הגרמני – האם גם בישראל? 52 (2011).
- 34 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 780 (2006).
- 35 ראו EDWARD J. EBERLE, *DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES* 42 (2002).
- 36 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 781. ראו גם LAURIE ACKERMANN, *HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA* 75 (2012).

ב. הביקורת על השימוש במושגיות של כבוד האדם והתשובה לה

1. הביקורת

המושגיות של כבוד האדם שנויה במחלוקת חריפה.³⁷ מחד גיסא יש הרואים בו מושג חברתי מהחשובים ביותר,³⁸ המשמש בסיס וצידוק לכל זכויות האדם,³⁹ ומאידך גיסא יש הסבורים כי זה מושג חמקמק,⁴⁰ מטופש⁴¹ וריק מכל תוכן.⁴² הביקורת הנמתחת על כבוד האדם באה מכיוונים שונים: הפילוסופים מבקרים אותו. ידועה אמרתו של שופנהאור⁴³: (Schopenhauer)

- 37 ראו Botha, לעיל ה"ש 23. ראו גם Deryck Beyleveld & Roger Brownsword, *Human Dignity, Human Rights and Human Genetics*, 5 MOD. L. REV. 661 (1998); William Binchy, *Dignity as a Constitutional Concept*, in THE IRISH CONSTITUTION: GOVERNANCE AND ITS VALUES 307 (Eoin Carolen & Oran Doyle eds., 2008); Stephen Riley, *Human Dignity: Comparative and Conceptual Debates*, 6 INT'L J. L. CONTEXT 117 (2010); Tarunabh Khaitan, *Dignity as an Expressive Norm: Neither Vacuous Nor a Panacea*, 32 OX. J. L. STUD. 1 (2012).
- 38 ראו Glenn Tinder, *Against Fate: An Essay on Personal Dignity*, in IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES 11 (Robert P. Kraynak & Glenn E. Tinder eds., 2003); WALTER F. MURPHY, *CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: CREATING AND MAINTAINING A JUST POLITICAL ORDER* (2007); RONALD DWORIN, *JUSTICE FOR HEDGEHOGS* (2011).
- 39 ראו Gewirth, לעיל ה"ש 15; Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: Zur Dogmatik des Art. 1 GG 501* (1997); Christoph Enders, *A Right to Have Rights – The German Constitutional Concept of Human Dignity*, 3 NUJS L. REV. 253 (2010).
- 40 ראו Edward J. Eberle, *Human Dignity, Privacy and Personality in German and American Constitutional Law*, 1997 UTAH L. REV. 963, 965 (1997); Mirko Bagaric & James Allen, *The Vacuous Concept of Dignity*, 5 J. HUM. RTS. 257 (2006); MICHAEL ROSEN, *DIGNITY: ITS HISTORY AND MEANING* (2012).
- 41 Steven Pinker, *The Stupidity of Dignity*, THE NEW REPUBLIC 28 (2008).
- 42 Joern Eckert, *Legal Roots of Human Dignity in German Law*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 42 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); Ruth Macklin, *Dignity is a Useless Concept*, 327 BRITISH MED. J. 1419 (2003); Justin Bates, *Human Dignity: An Empty Phrase in Search of Meaning*, 10 JUD. REV. 165 (2005); Reiner Anselm, *Human Dignity as a Regulatory Principle of Bioethics: A Theological Perspective*, in HUMAN-BIOTECHNOLOGY AS SOCIAL CHALLENGE: AN INTERDISCIPLINARY INTRODUCTION TO BIOETHICS 109 (Nikolaus Knoepffler, Dagmar Schipanski & Stefan L. Sorgner eds., 2007).
- 43 ARTHUR SCHOPENHAUER, ON THE BASIS OF MORALITY 100 (1965)

“The expression, dignity of man, once uttered by Kant, afterward became the shibboleth of all the perplexed and empty headed moralists who concealed behind that imposing expression their lack of any real basis of morals, or, at any rate, of one that had any meaning. They cunningly counted on the fact that their readers would be glad to see themselves invested with such a dignity and would accordingly be quite satisfied with it”.

משפטנים טוענים כי המושגיות של כבוד האדם מסוכנת היא לזכויות האדם.⁴⁴ לדעתם של המשפטנים-המבקרים, אפשר לראות בכבוד האדם סוס טרויאני שיביא לפגיעה קשה בזכויות האדם.⁴⁵ על פי גישה זו, אין זה ראוי להשתמש בכבוד האדם בשיח הזכויות.⁴⁶ השימוש במושגיות של כבוד האדם מעניק לשופט את הכוח לעשות בכבוד האדם כרצונו.⁴⁷ כל המבקרים – ואף מקצתם של התומכים – מצביעים על היותו של כבוד האדם מושג רב-משמעי,⁴⁸ עמום⁴⁹ וגמיש⁵⁰ המעניק לפרשן שיקול דעת רחב.⁵¹

- 44 ראו Carozza, לעיל ה"ש 22, בעמ' 459. ראו גם Matthias Mahlmann, *The Basic Law at 60 – Human Dignity and the Culture of Republicanism*, 11 GERMAN L. J. 9, 11 (2010); Neomi Rao, *On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law*, 14 COLUM. J. EUR. L. 201 (2008); Neomi Rao, *Three Concepts of Dignity in Constitutional Law*, 86 NOTRE DAME L. REV. 183 (2011).
- 45 ראו Mahlmann, *The Basic Law at 60*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 11; Anselm, לעיל ה"ש 42, בעמ' 110.
- 46 ראו Eberle, *Human Dignity, Privacy and Personality*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 963; Macklin, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1420; DREIER, לעיל ה"ש 30, בעמ' 17; Hennette-Vauchez, לעיל ה"ש 14. ראו גם Lorraine E. Weinrib, *Human Dignity as a Rights-Protecting Principle*, 17 NAT'L J. CONST. L. 325, 339 (2004); PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 63 (vol. II, 5th ed., 2007); Rory O'Connell, *The Role of Dignity in Equality Law: Lessons from Canada and South Africa*, 6 INT'L J. CONST. L. 267 (2008); Susanne Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, 59 U. TOR. L.J. 417, 465 (2009).
- 47 ראו D.M. Davis, *Equality: The Majesty of Legoland Jurisprudence*, 116 S. AFR. L.J. 398, 413 (1999) (“The Constitutional Court [...] has given dignity both a content and a to be used in whatever form – scope that make for a piece of a jurisprudential Legoland and shape is required by the demands of the judicial designer).
- 48 ראו O'Connell, לעיל ה"ש 46; Rao, *Three Concepts of Dignity*; לעיל ה"ש 44.
- 49 ראו Mahlmann, *The Basic Law at 60*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 11.
- 50 ראו Botha, לעיל ה"ש 23, בעמ' 187.
- 51 ראו שם, בעמ' 171–172; David Feldman, *Human Dignity as a Legal Value: Part II*, ; 172–171; [2000] PUB L. 61.

2. התשובה

כבוד האדם הוא ללא כל ספק מושג מורכב.⁵² מורכבות זו נובעת בין השאר מהעדר הסכמה על מהותו של מושג זה. חוסר ההסכמה הוא בעיקר בשלושה מישורים: אין הסכמה באשר לתוכנו של כבוד האדם;⁵³ אין הסכמה באשר לרציונל המונח ביסוד כבוד האדם; לבד מהגרעין המשותף⁵⁴ אין הסכמה לתוצאות המתבקשות מכבוד האדם. מורכבותו של כבוד האדם אינה בסיס מספיק כדי להצדיק גישה שלילית אליו. גם שוויון, חירות או חיים הם מושגים מורכבים שתוכנם, הרציונל המונח ביסודם ותוצאותיהם שנויים במחלוקת. אין בכך כדי להצדיק התעלמות מהם.⁵⁵ בדומה לאלה, גם המידתיות היא מושג מורכב, אך לא היה בכך כדי למנוע השימוש בה. נהפוך הוא. היא ביטוי מובהק לנדידת דינים משיטה לשיטה.⁵⁶ הוא הדין בכבוד האדם. מורכבותו אינה עושה אותו חסר תועלת. אמת, שוויון, חירות או חיים הם מושגים המצויים עמנו מאות בשנים, ואילו כבוד האדם הוא מושג חדש במשפט החוקתי,⁵⁷ אך חידוש זה חולף מהר למדי; החברה מתרגלת למושגיות החדשה, על כל בעיותיה. מה שבעבר נראה סתום ובלתי ברור הופך לטבעי ומקובל. על כל פנים, מה שנתפס כבלתי ברור ועמום לפילוסופים אינו בהכרח בלתי ברור ועמום למשפטנים. מרחבי שיקול הדעת הנתונים לתאולוגים ולפילוסופים אינם מנת חלקם של המשפטנים. אלה חיים במסגרת משפטית, הקובעת כללים ברורים למדי – דעתו של מי מחייבת ודעתו של מי אינה מחייבת. החופש הניתן לפילוסוף אם להסכים או לא להסכים עם קנט, אינו ניתן למשפטן הצריך לתת מובן לכבוד האדם בחוקה. המורכבות הראשונית של המושג נעלמת, ותחתיה באות תפיסות הדורשות יישום. המורכבות, הנתפסת על ידי מי שאינו משפטן כגורם שלילי, נתפסת על ידי המשפטן החוקתי כהכרח וכיתרון כדי לאפשר לכבוד האדם למלא את ייעודו בחברה משתנה.

קשה יותר היא הביקורת ה"פנימית", של המשפטנים עצמם, הרואים בכבוד האדם לא רק מקור להגנה על זכויות אלא גם מקור להגבלתן. לביקורת זו יש בסיס במשפט. לא פעם

52 ראו Meyer, לעיל ה"ש 6, בעמ' 196; O'Connell, לעיל ה"ש 46; Rao, *Three Concepts of Dignity*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 192; Feldman, *Dignity as a Legal Value*, לעיל ה"ש 27.

53 ראו McCrudden, לעיל ה"ש 28, בעמ' 712.

54 ראו לעיל בעמ' 46.

55 ראו Paolo G. Carozza, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply*, 19 EUR. J. INT'L L. 931 (2008); Arthur Chaskalson, *Human Dignity as a Constitutional Value*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 133, 135 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002).

56 ראו אהרן ברק מידתיות כמשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 232 (2010).

57 ראו Rao, *Three Concepts of Dignity*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 190.

מהווה הטיעון בדבר כבוד האדם בסיס להגביל זכות חוקתית.⁵⁸ לעתים כבוד האדם מופיע בשני צדי האיזון החוקתי.⁵⁹ ביקורת זו אינה מיוחדת לכבוד האדם (כערך או כזכות). הגנה על כל ערך חוקתי ועל כל זכות חוקתית היא טעם חוקתי להגביל זכויות חוקתיות אחרות, ובלבד שהגבלה היא מידתית. אין בעניין זה כל ייחוד לכבוד האדם. אכן, כל ערך חוקתי וכל זכות חוקתית הם הן מקור להגנה על זכויות חוקתיות אחרות והן מקור להגבלתן. ההכרעה נעשית על פי דיני המידתיות.

הביקורת הפנימית תהא מיוחדת לכבוד האדם רק באותן שיטות משפט שבהן הזכות החוקתית לכבוד האדם היא זכות מוחלטת.⁶⁰ זהו הדין בחוק היסוד הגרמני: במסגרתו ההגנה על כבוד האדם מצדיקה כל פגיעה בכל זכות חוקתית אחרת בלא התחשבות במידתיות הפגיעה. אכן, במסגרת חוק היסוד הגרמני ההגנה על כבוד האדם היא כה חזקה, עד כי יש בהגנה זו כדי להביא לידי פגיעות לא מידתיות בזכויות אחרות. במצב דברים זה הביקורת הפנימית מוצדקת היא. עם זאת ביקורת זו אין עניינה המושגיות של כבוד האדם אלא אופייה המוחלט של הזכות לכבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני.⁶¹ ביקורת זו אינה תופסת בחוקות של מרבית המדינות המכירות בזכות חוקתית לכבוד האדם, שכן בגדרן הזכות לכבוד האדם היא יחסית.⁶²

ג. כבוד האדם – ערך חברתי, ערך חוקתי וזכות חוקתית

כבוד האדם במובנו המודרני הוא בעל היבט משולש: הוא ערך חברתי, הוא ערך חוקתי והוא זכות חוקתית. כבוד האדם כערך חברתי משקף את מקומו של כבוד האדם בערכיה של חברה נתונה בזמן נתון. ההיסטוריה האינטלקטואלית של כבוד האדם, שעליה נעמוד,⁶³ היא ההיסטוריה שלו כערך חברתי. הוא מוצא את ביטויו בטקסטים דתיים ופילוסופיים, בספרות ובשירה של עם וחברה.

עם התפתחותן של חוקות – בעיקר בחצי השני של המאה העשרים – אפשר לדבר לא רק על הערך החברתי של כבוד האדם אלא גם על הערך החוקתי של כבוד האדם. ערך זה מתמקד באותו היבט של כבוד האדם כערך חברתי אשר מצא את ביטויו – המפורש או המשתמע – בחוקה של המדינה. מעצם טבעו, היקפו של הערך החוקתי בדבר כבוד האדם

58 כגון כצידוק להגבלת חופש הביטוי בשל פגיעתו בכבוד האדם שממנו נגזרת הזכות לשם הטוב: ראו להלן בעמ' 317.

59 ראו להלן בעמ' 317.

60 על מהותה של הזכות המוחלטת, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 56, בעמ' 53.

61 על השאלה אם ראוי הוא להכיר בכבוד האדם כזכות מוחלטת, ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 232. ראו גם קרמניצר וקרמר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 135.

62 על מהותה של הזכות היחסית, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 56, בעמ' 56.

63 ראו להלן בעמ' 53.

צר מהיקפו של הערך החברתי של כבוד האדם. הטעם לכך הוא כי רק אותם היבטים של הערך החברתי של כבוד האדם הבאים לידי ביטוי (מפורש או משתמע) ואשר מתיישבים עם לשון החוקה והמבנה שלה נכללים בגדרי הערך החוקתי של כבוד האדם. לעומת הערך (החברתי והחוקתי) של כבוד האדם עומדת הזכות לכבוד האדם.⁶⁴ כמוכן, הזכות החוקתית לכבוד האדם מתבססת על הערך החוקתי לכבוד האדם. עם זאת אין בהכרח זהות בין השניים. יש חוקות שבהן מוכר הערך החוקתי של כבוד האדם בלי שתוכר גם הזכות החוקתית לכבוד האדם.⁶⁵ זהו המצב בחוקות של ספרד⁶⁶ (שבה מוכר הערך החוקתי של כבוד האדם במפורש) ושל קנדה⁶⁷ וארצות הברית⁶⁸ (שבה מוכר הערך החוקתי של כבוד האדם במשתמע). בשלוש שיטות משפט אלה אין מוכרת הזכות החוקתית לכבוד האדם. זאת ועוד, גם כאשר חוקה מכירה בערך החוקתי של כבוד האדם, היקפו של ערך זה יהא לעתים רחב מהיקפה של הזכות החוקתית. הטעם לכך נעוץ בלשון החוקה ובארכיטקטורה שלה, העשויות להתפרש כמאמצות אך היבטים מסוימים של הערך החוקתי של כבוד האדם. זהו המצב בחוק היסוד הגרמני, שבו יש לערך החוקתי של כבוד האדם מובן רחב ממובנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם.⁶⁹

- 64 להבחנה בין כבוד האדם כערך חוקתי לבין כבוד האדם כזכות חוקתית, ראו Donnelly, לעיל ה"ש 13, בעמ' 306; Chaskalson, לעיל ה"ש 55; Conor O'Mahony, *There is no Such Thing as a Right to Dignity*, 10 ICON 551 (2012); Nicholas Haysom, *Dignity, in SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS 131* (Halton Cheadle, Dennis Davis & Nicholas Haysom eds., 2002). ההבחנה בין ערך חוקתי לזכות חוקתית אינה דומה להבחנה בין עיקרון (principle) לבין כלל (rule). לגישה שונה ראו Francios Venter, *Human Dignity as a Constitutional Value: A South African Perspective*, in RECHT, STAAT, GEMEINWOHL: FESTSCHRIFT FÜR DIETRICH RAUSCHNING 341 (Jörn Ipsen, Dietrich Rauschning & Edzard Schmidt-Jortzig eds., 2001) ("[A] proper understanding of the effect on constitutional interpretation and application of the founding value of the constitution, especially of human dignity as value, requires the recognition of both the distinction between and the inter-dependence of rights and values") ראו גם Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 223; Stu Woolman, *Dignity, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 36 p.19 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012). ראו Feldman, *Dignity as a Legal Value*, לעיל ה"ש 27.
- 65 ראו Jesus Gonzalez Perez, *LA DIGNIDAD DE LA PERSONA* (1986); Alberto Oehling de los Reyes, *Algunas Reflexiones Sobre la Significación Constitucional de la Noción de Dignidad Humana*, 12 PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL 327 (2006).
- 67 ראו להלן בעמ' 433.
- 68 ראו להלן בעמ' 407.
- 69 ראו להלן בעמ' 451.

פרק שני

ההיסטוריה האינטלקטואלית של הערך החברתי של כבוד האדם

א. העולם העתיק

1. היסטוריה של רעיונות (History of ideas)

הבנת המושג החוקתי של "כבוד האדם" מצדיקה את הבנת ההיסטוריה הארוכה שלו.¹

1 Richard C. Dales, *A Medieval View of Human Dignity*, 38 J. HIST. IDEAS 557 (1977); Andrew Cuschieri, *Endorsement of Human Dignity in the Jurisprudence of the Sacred Roman Rota in the XVI–XVII Centuries*, 42 JURIST 466 (1982); LOUIS HENKIN, *HUMAN DIGNITY AND HUMAN RIGHTS* (1995); Izhak Englard, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, 21 CARDOZO L. REV. 1903 (1999); Teresa Iglesias, *Bedrock Truths and the Dignity of the Individual*, 4 LOGOS 114 (2001); Carlos R. Miguel, *Human Dignity: History of an Idea*, 50 JAHRBUCH DES ÖFFENTLICHEN RECHTS DER GEGENWART 281 (2002); GÖRAN COLLSTE, *IS HUMAN LIFE SPECIAL? RELIGIOUS AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES ON THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY* (2002); Yehoshua Arieli, *On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Dignity of Man and His Rights*, in *THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 1* (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); Cancik Hubert, *'Dignity of Man' and 'Persona' in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero*, in *THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 19* (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); Christian Starck, *The Religious and Philosophical Background of Human Dignity and its Place in Modern Constitutions*, in *THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 179* (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); Milton Lewis, *A Brief History of Human Dignity: Idea and Application*, in *PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION 93* (Jeff E. Malpas & Norelle Lickiss eds., 2007); Don Chalmers & Ida Ryuichi, *On the International Legal Aspects of Human Dignity*, in *PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION 157* (Jeff E. Malpas & Norelle Lickiss eds., 2007); MATTHIAS MAHLMANN, *ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSTHEORIE* (2008); MICHAEL ROSEN, *DIGNITY: ITS HISTORY AND MEANING* (2012).

אם נדע מהיכן בא מושג זה נוכל להיעזר בכך כדי להבין לאן הוא מוביל אותנו.² בצדק ציינו פיירו ושלניק (Pieroth & Schlink)³ כי המושג "כבוד האדם" טעון באלפיים וחמש מאות שנות היסטוריה. נרצה אפוא להתחקות על התפתחותו של מושג זה. נרצה להבין זאת גם במקום שלא נעשה שימוש בביטוי מפורש זה אלא ברעיונות המבטאים את הבנתנו אותו כיום. אולם יש להתייחס לבחינה היסטורית זו בזהירות רבה.⁴ זאת, לא רק משום חוסר מומחיות בהיסטוריה של רעיונות אלא גם בשל הקושי האובייקטיבי לדעת, במידת הזהירות הראויה, אם בהתפתחותו של אותו רעיון מדובר. ההיסטוריה של הביטוי "כבוד האדם" (Menschenwürde, human dignity) אינה תנאי הכרחי או מספק לבחינה היסטורית זו. קיים קושי גם בקביעת נקודת המוצא ההיסטורית, שלעתים היא שרירותית. זאת ועוד: הילוכנו הוא מטבעו מהמושג המודרני של כבוד האדם אחורה, לאותן הבנות אשר עשויות לסייע לנו בהבנת המושג העכשווי. בדרך זו אנו מדלגים על אותם היבטים היסטוריים שאינם מוצאים ביטוי עכשווי אך אפשר שימצאו ביטוי בעתיד. בחינתנו היא אפוא שרירותית במידה רבה. לבסוף, כמשפטים המפרשים טקסט חוקתי אנו מעוניינים במובן של הערך החוקתי או של הזכות החוקתית. אלה לא עמדו כלל לנגד עיני התאולוגים והפילוסופים שעסקו בכבוד האדם. תומס אקווינס (Aquinas) ועמנואל קנט (Kant) לא עסקו במובנו של כבוד האדם בטקסט חוקתי הן בזכויות אדם. הם בחנו את כבוד האדם – כל אחד מנקודת מבטו – כערך חברתי. עם כל החשיבות של בחינה זו, משקלה בהבנה החוקתית אינו מכריע. בסופו של דבר אנו מעוניינים לדעת מה תוכנם של הערך החוקתי או של הזכות החוקתית. חשיבות המידע על הערך החברתי היא מוגבלת. על רקע דברי "אזהרה" אלה אתמקד בגדרי התרבות המערבית. אף כאן לא אוכל – בשל העדר ידע אישי – לבחון לעומק את התפיסות באשר לאופי האדם שמהן נגזרת התפיסה בעניין כבוד האדם.⁵ ניתוחי היא מטבע הדברים שטחי. הסתייעתי רבות בעניין זה בספריהם של מהלמן (Mahlmann),⁶ של דרייר (Dreier)⁷ ושל אקרמן (Ackermann).⁸ אפתח בתקופה היוונית והרומית ובגדרן בפילוסופיה הסטואית.

- 2 ראו LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR TO EQUALITY IN SOUTH AFRICA 18, 27, 49 (2012).
- 3 ראו BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRICHTE STAATSRECHT II 81 (2006).
- 4 ראו HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 144 (2006).
- 5 ראו JAMES BURGH, THE DIGNITY OF HUMAN NATURE: OR, A BRIEF ACCOUNT OF THE CERTAIN AND ESTABLISHED MEANS FOR ATTAINING THE TRUE END OF OUR EXISTENCE (1802); HERSCHEL C. BAKER, THE IMAGE OF MAN: A STUDY OF THE IDEA OF HUMAN DIGNITY IN CLASSICAL ANTIQUITY, THE MIDDLE AGES, AND THE RENAISSANCE (1961); WILLIAM DAVIS, THE TRUE DIGNITY OF HUMAN NATURE OR, MAN VIEWED IN RELATION TO IMMORTALITY (2010).
- 6 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 1.
- 7 ראו DREIER, לעיל ה"ש 4.
- 8 ראו ACKERMANN, לעיל ה"ש 2.

2. הסטואה וקיקרו

המייחד את האדם על פי הסטואה הוא הרציונליות שלו.⁹ רק לבני אדם היכולת לחשוב וליצור מושגים. רק האדם כפוף לציוויים מוסריים ולאחריות אתית. לבני אדם לשון ויכולת ליצירה אסתטית. הם חיים לא רק בהווה אלא גם בעבר ובעתיד. בני האדם הם קהילה אתית של יצורים רציונליים. כל בני האדם הם חלק בקהילה זו – לרבות עבדים. במסגרת הקהילה של בני האדם, לחכמים שבהם היכולת להבנה פילוסופית. הם – להבדיל מהטיפשים – הם באמת חופשיים. היצורים האחרים נועדו לספק את צורכי האדם.

קיקרו (Cicero) אהד את הסטואה. כמוה סבר אף הוא כי המייחד את האדם הוא היכולת לחשוב. בן האדם הוא יצור רציונלי, הרואה את תוצאות מעשיו, המבין את הקשרים בין טוב למסובב, ובכך שולט על חייו. רק בני אדם שואפים לאמת, ולהם הגישה לטוב המוסרי. היצורים החיים נועדו למען בני האדם, ואילו בני האדם נועדו זה למען זה. החיים הראויים אינם חיי התקיה, המחפשת תענוגות, אלא חיי האדם המכוונים על ידי ההיגיון. מכאן הקשר בין בני האדם, הפועלים כחלק מקהילה אנושית, וכדי לשפרה.

בכתיבתו של קיקרו – ובספרות מאותה תקופה בדרך כלל¹⁰ – מופיע הביטוי *dignitas*. עניינו של ביטוי זה הוא במעמדו של האדם בגדרי הקהילה.¹¹ עם זאת אפשר למצוא בכתיבו גם התייחסות ל-*dignitas* במובן אוניברסלי.¹² על פי גישתו, בשל הרציונליות שבהם נושאים עמם בני האדם דבר דמוי האל (*cum deo similitudo*). הטבע על פי קיקרו העניק לאדם את הרציונליות. זו תכונה אוניברסלית. על מקורה של אוניברסליות זו עמד קיקרו בציינו כי¹³ –

“[A]rising from the fact of our being all alike endowed with reason and with that superiority which lifts us above the brute [bastiis]. From this all

- 9 על הסטואה ראו Steven Strange & Jack Zupko eds., 2004) STOICISM: TRADITIONS AND TRANSFORMATION
- 10 ראו Oliver Sensen, *Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms*, 10 EUR. J. OF POL. THEORY 71, 76 (2010)
- 11 ראו MARCUS T. CICERO, DE INVENTIONE: DE OPTIMO GENERE ORATORUM TOPICA 323 (1949) גם Miguel, לעיל ה"ש 1; Iglesias, לעיל ה"ש 1. על הקשר בין ה-*Dignitas* הרומאי – וה-*Dignitas* של בעלי מעמד אחרים – לבין המובן המודרני של כבוד האדם, ראו Stéphanie Hennette-Vauchez, *A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence*, 9 ICON 32 (2011)
- 12 ראו Sensen, לעיל ה"ש 10, בעמ' 76; Hubert, לעיל ה"ש 1; England, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1905. על המעבר מהמובן האחד לאחר, ראו NATHAN ROTENSTREICH, MAN AND HIS DIGNITY (1983)
- 13 Marcus T. Cicero, *De Officiis* 107 (Harry G. Edinger trans., 1975). ראו גם Hubert, לעיל ה"ש 1.

morality and propriety are derived, and upon it depends the rational method of ascertaining our duty”.

על פי גישתו של קיקרו, מכבוד האדם של הפרט נובעות חובות המוטלות עליו באשר לדרכי התנהגותו.

3. הדתות העולמיות

(א) היהדות

היהדות אינה הדת הראשונה אשר הכירה במושגיות של כבוד האדם. אפשר למצוא בהינדואיזם, בבודהיזם¹⁴ ובקונפוציוניזם¹⁵ רעיונות הניתנים לביטוי במונחים של כבוד האדם.¹⁶ כמו כן אפשר למצוא דמיון בין כבוד האדם לבין מושגים כגון Ubuntu,¹⁷ dharmal,¹⁸ mani-tomgata.¹⁹ עם זאת רעיונות אלה לא השפיעו על הבנת הערך החוקתי והזכות החוקתית בדבר כבוד האדם בתרבות המערבית. אין ספק כי היהדות והנצרות תרמו תרומה חשובה לפיתוח המושג "כבוד האדם" כפי שהוא מובן לנו כיום. אפתח בתרומתה של היהדות להבנת המושגיות של כבוד האדם.

- 14 ראו Andrew Huxley, *The Pali Buddhist Approach to Human Cloning*, in HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING 13 (Silja Vöneky & Rüdiger Wolfrum eds., 2004); Jens Schlieter, *Some Aspects of the Buddhist Assessment of Human Cloning*, in HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING 23 (Silja Vöneky & Rüdiger Wolfrum eds., 2004).
- 15 ראו Man Yee Karen Lee, *Universal Human Dignity: Some Reflections in the Asian Context*, 3 ASIAN J. COMP. L. 283 (2008).
- 16 ראו Raul S. Manglapus, *Human Rights Are Not a Western Discovery*, [1978] WORLDVIEW 4; Jack Donnelly, *Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights*, 76 AM. POL. SCI. REV. 303 (1982).
- 17 ראו Rosalind English, *Ubuntu: The Quest for an Indigenous Jurisprudence*, 12 S. AFR. J. HUM. RTS. 641 (1996); Yvonne Mokgoro, *Ubuntu and the Law in South Africa*, 4 BUFF. HUM. RTS. L. REV. 15 (1998); Irma G. Kroeze, *Doing Things with Values II: The Case of Ubuntu*, 13 STELL. L. REV. 252 (2002); Drucilla Cornell, *A Call for a Nuanced Constitutional Jurisprudence: South Africa, Ubuntu, Dignity and Reconciliation*, 19 S. AFR. PUB. L. 661 (2004); Paolo G. Carozza, *Human Dignity in Constitutional Adjudication*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 459, 462 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011); UBUNTU, GOOD FAITH AND EQUITY: FLEXIBLE LEGAL PRINCIPLES IN DEVELOPING A CONTEMPORARY JURISPRUDENCE (Frank Diedrich ed., 2011). ראו גם ACKERMANN, לעיל ה"ש 2.
- 18 ראו Carozza, לעיל ה"ש 17, בעמ' 462.
- 19 ראו Jonathan Barrett, *Dignatio and the Human Body*, 21 S. AFR. J. HUM. RTS. 525 (2005).

היהדות מרבה להשתמש בדיבור "כבוד".²⁰ ביטוי זה מתייחס לכבוד האל.²¹ יש בו תיאור האל כמלך הכבוד.²² לעתים נזקקים המקורות היהודיים בדיבור "כבוד" לתיאור מעמדו של אדם.²³ אך מהי משמעותו של הדיבור "כבוד האדם" ביהדות? התשובה היא כי לאדם יש כבוד כי כבוד האדם הוא נגזרת של בריאתו בצלם אלוהים.²⁴ "ויברא אלוהים את האדם בצלמו, בצלם אלוהים ברא אותו" (בראשית א, כז).

מהו "בצלם"? מהו "צלם אלוהים"? ספרות הלכתית רבה עוסקת בשאלה זו.²⁵ הרמב"ם קבע כי "נפש כל בשר היא צורתו שנתן לו האל; והדעת היתרה המצויה בנפשו של האדם היא צורת האדם השלם בדעתו. ועל צורה זו נאמר בתורה: 'עשה אדם בצלמנו כדמותנו'". לדעת רקובר, "צלם אלוהים" הומר אפוא ב'כבוד האלהים', ותמורתו בלשון חכמים – על פי ההלכה – 'כבוד הבריות'.²⁶ הנה כי כן "ברוב המקרים, במקום הביטוי 'כבוד האדם' בא הביטוי 'כבוד הבריות'".²⁷

מהו "כבוד הבריות"?²⁸ מי הן אותן "בריות"? הגישה המקובלת היא כי ה"בריות" הן בני האדם. "במילה 'בריה' יש רמיזה לבורא עולם וכאשר מדברים על 'הבריות' – כל בריותיו של הבורא במשמע".²⁹ כל הבריות – לא כגוף מאוגד אלא כל אדם ואדם בנפרד. בין שהוא יהודי ובין שאינו יהודי: "הבריות – גם העכו"ם".³⁰ מכאן ש"כבוד הבריות" הוא

20 ראו חיים ז' ריינס "הכבוד במשפט ובמוסר התלמודי" באהלי שם: מסות ומחקרים במוסר, במשפט ובסוציולוגיה הישראלית 53 (1963); נחום רקובר גדול כבוד הבריות: כבוד האדם כערך-על (1998); England, לעיל ה"ש 1. ראו גם כבוד ה' באנציקלופדיה מקראית: אוצר הידיעות על המקרא ותקופתו כרך ד 3 (1963); יחיאל קפלן "חוקי-יסוד כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני – איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות" קרית המשפט ח 145, 156 (2009).

21 ראו England, לעיל ה"ש 1; יעקב בלידשטיין "כבוד הבריות וכבוד האדם" שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית 97 (יוסף רוד עורך, 2006).

22 ראו תהלים כז, ז-י.

23 ראו מנחם אלון "כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל" כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל 15, 16 (חוג בית הנשיא לתנ"ך ולמקורות ישראל, 1995); רקובר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 3.

24 ראו England, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1906. ראו גם David Rosenberg & Ken Levy, *Capital Punishment: Coming to Grips with the Dignity of Man*, 14 CAL. W. L. REV. 275 (1978); Doron Shultziner, *A Jewish Conception of Human Dignity: Philosophy and its Ethical Implications for Israeli Supreme Court Decisions*, 34 J. RELIG. ETHICS 663 (2006).

25 ראו רקובר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 19; יאיר לורברבוים צלם אלהים: הלכה ואגדה (2004).

26 רקובר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 22.

27 אלון, לעיל ה"ש 23, בעמ' 21.

28 רקובר, לעיל ה"ש 20.

29 David Kretzmer, *Human Dignity in Israeli Jurisprudence*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 161 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002).

30 רקובר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 29.

– בלשונו של אלון – “כבודם של הנבראים, של כל הנברא בצלם אלוקים”³¹. האדם אינו כשאר היצורים שנבראו על ידי האל. האדם נברא בצלם אלוהים כדי לשלוט בנבראים האחרים. “ותחסרהו מעט מאלוהים וכבוד והדר תעטרהו” (תהילים ח, ו). האדם הוא בעל ערך מיוחד “שחיבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם” (משנה אבות ג, יד). מכאן הסיקה היהדות, בין השאר, את הערך בדבר קדושת החיים³² ואת הערך בדבר השוויון.³³ ערכים אלה חלים לעניין כל אדם,³⁴ לרבות המת.³⁵ כה חשוב הוא כבוד האדם, שאין היחיד יכול למחול עליו. “כה גדול כבוד הבריות”³⁶ – כלומר כבוד האדם שנברא בצלם – “שדוחה את לא תעשה שבתורה”³⁷. הפוגע בכבוד האדם מזלזל בצלם אלוהים אשר באדם. אפשר לסכם את גישתה של היהדות בסוגיית כבוד האדם בדבריו אלה של השופט מ’ אלון בפרשת ניימן:³⁸

“יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית, א, כז [ב]). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא – שוויונו ואהבתו. ‘הוא (= ר’ עקיבא) היה אומר: חביב אדם שנברא בצלם, חיבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר (בראשית, ט, ו): בצלם אלקים עשה את האדם’ (משנה, אבות, ג, יד [כג]), ובכך מנומק בפסוק אחרון זה איסור שפיכת דמים לבני נוח, עוד בטרם מתן תורה. מאלפים מאוד חילוקי הדעות שבינן שניים מגדולי התנאים בדבר כתר העדיפות בסולם הערכים שביחסי אדם לאדם: ‘ואהבת לרעך כמוך (ויקרא, יט, יח) ר’ עקיבא אומר: זה כלל

- 31 אלון, לעיל ה”ש 23, בעמ’ 21; רקובר, לעיל ה”ש 20, בעמ’ 4.
- 32 ראו בראשית ט, ו (“השופך דם האדם, באדם דמו יישפך; כי בצלם אלוהים עשה את האדם”); ראו גם רקובר, לעיל ה”ש 20, בעמ’ 18; יאירה אמית “כבוד האדם במקרא” כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל 38 (חוג בית הנשיא לתנ”ך ולמקורות ישראל, 1995).
- 33 ראו ע”פ 3632/92 גבאי נ’ מדינת ישראל, פ”ד מו(4) 490, 487 (1992) (“יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוהים [...] בכך פותחת תורת ישראל, וממנה מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא – שוויונו ואהבתו”) (המשנה לנשיא מ’ אלון).
- 34 ראו רקובר, לעיל ה”ש 20, בעמ’ 5.
- 35 ראו שם, בעמ’ 22.
- 36 שם, בעמ’ 18.
- 37 שם, בעמ’ 5. ראו גם אלון, לעיל ה”ש 23, בעמ’ 22; חיים ז’ ריינס “כבוד הבריות בהלכה” סיני כז קנז (1950); יעקב בלידשטיין “גדול כבוד הבריות – עיונים בגלגוליה של ההלכה” שנתון המשפט העברי ט–127 (1982).
- 38 ע”ב 2/84 ניימן נ’ יו”ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ”ד לט(2) 225, 299 (1985). ראו גם פרשת גבאי, לעיל ה”ש 33, בעמ’ 490; כש”פ 2145/92 מדינת ישראל נ’ גואטה, פ”ד מו(5) 716, 704 (1992); ע”א 506/88 שפר נ’ מדינת ישראל, פ”ד מח(1) 87, 116 (1993).

גדול בתורה; בן עזאי אומר: זה ספר תולדות אדם (= ביום ברא אלקים אדם בדמות אלקים עשה אותו – בראשית, ה, ו) – זה כלל גדול מזה (ספרא, קדושים, פרשה ד, י [כד]). אליבא דר' עקיבא, הערך העליון ביחסי אדם לאדם הוא אהבת האדם והבריות; ואליבא דבן עזאי – הערך העליון והעדיף הוא שוויון האדם, באשר כל אדם ואדם נברא בצלם אלוקים. ושני הערכים גם יחד – שוויון ואהבת הבריות – היו לאחדים בידה של האומה העברית, ושניהם כאחד מהווים יסוד היסודות של היהדות, לדורותיה ולתקופותיה.

(ב) הנצרות

הנצרות נטלה מהיהדות את התפיסה של בריאת האדם בצלם אלוהים (imago dei).³⁹ צלם אלוהים מתגלה בישוע הנוצרי ודרכו לבני האדם.⁴⁰ חשיבות מרכזית בפיתוח רעיון כבוד האדם בנצרות יש ליתן לתומס אקווינס.⁴¹ על פי גישתו של אקווינס (1225–1274),

39 ראו COLLSTE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31; Miguel, לעיל ה"ש 1; Sensen, לעיל ה"ש 10, בעמ' 78 (על גישתו של האפיפיור לאו הראשון); Harlan R. Beckley, *Love, Human Dignity, and Justice: Some Legacies from Protestant and Catholic Ethics*, 66 NOTRE DAME L. REV. 1053 (1991); Martin Rhonheimer, *Fundamental Rights, Moral Law, and the Legal Defense of Life in a Constitutional Democracy*, 43 AM. J. JURIS. 135 (1998); George P. Fletcher, *In God's Image: The Religious Imperative of Equality under Law*, 99 COLUMB. L. REV. 1608 (1999); Dierk Ullrich, *Concurring Visions: Human Dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany*, 3 GLOBAL JURIST FRONTIERS 1 (2003); Robert P. Kraynak, *Made in the image of God: The Christian View of Human Dignity and Political Order*, in IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES 81 (Robert P. Kraynak & Glenn E. Tinder eds., 2003); Kenneth L. Grasso, *Saving Modernity from Itself: John Paul II on Human Dignity, the Whole Truth about Man, and the Modern Quest for freedom*, in IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES 207 (Robert P. Kraynak & Glenn E. Tinder eds., 2003); Jeremy Waldron, *The Image of God: Rights, Reason, and Order*, in CHRISTIANITY AND HUMAN RIGHTS: AN INTRODUCTION 216 (John Witte, Jr. & Frank Sharon Holland, *Equality*, Alexander eds., 2010). על ההתפתחות בכנסיה הקתולית ראו Sharon Holland, *Equality*, Alexander eds., 2010). על תרומת הנצרות לשיח זכויות האדם, ראו Cuschieri, לעיל ה"ש 1; JÜRGEN MOLTMANN, ON HUMAN DIGNITY: POLITICAL, ; לעיל ה"ש 1; CHRISTIANITY AND HUMAN RIGHTS: AN INTRODUCTION (John Witte, Jr. & Frank Alexander eds., 2010).

40 על צלם האדם ביהדות ובנצרות, ראו Kraynak, לעיל ה"ש 39; COLLSTE, לעיל ה"ש 1; Alexander Altmann, *'Homo Imago Dei' in Jewish and Christian Theology*, 48 J. RELIG. 235 (1968). דימוי זה שלט בימי הביניים (ראו Dales, לעיל ה"ש 1), ויש לו כמובן גם השלכות בימינו שלנו (ראו Waldron, *The Image of God*, לעיל ה"ש 39).

41 ראו COLLSTE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 47; Miguel, לעיל ה"ש 1, בעמ' 285. ראו גם JOHN FINNIS, *AQUINAS: MORAL, POLITICAL AND LEGAL THEORY* (1998).

בחיבורו "מכלול התאולוגיה" (Summa Theologia), האל הוא רציונלי והוא קובע את מטרותיו לעצמו. האדם נברא בצלם אלוהים, אף הוא רציונלי ואף הוא קובע את מטרותיו הכפופות למטרות האל כיצור רציונלי. לאדם חופש הרצון. זהו הכבוד (dignitas) שלו. הוא חופשי לבחור את מטרותיו, והוא עצמו מטרה לעצמה. מטרתו העליונה היא לדעת את האל. בכך הוא נבדל מעבד ומכל היצורים שמתחתיו. כאשר האדם חוטא הוא מאבד את כבודו כאדם. הוא הופך לחפץ.

בעיני התאולוגיה הקתולית האדם הוא מטרה לעצמו שמקורה באל. יש לו כבוד של אדם: נפש נצחית, חופש רצון, פעולה רציונלית והיכולת לפעול באופן מוסרי. חרף החטא הקדמון טבע האדם לא הושחת לחלוטין.⁴²

התאולוגיה הפרוטסטנטית אף היא רואה באדם מי שנברא בצלם אלוהים.⁴³ היא שונה מזו הקתולית בכך שהיא סבורה כי בשל החטא הקדמון טבעו של האדם הושחת לחלוטין ואיבד את הקשר לצלם אלוהים, ונעשה דומה לצלם השטן (imago diaboli). על פי לותר, תכונותיו של האדם, כגון הרציונליות שלו, אינן הבסיס לדמיונו לאל, שכן גם השטן הוא רציונלי, וגם עליו יהא עלינו לומר שהוא נברא בצלם אלוהים. רק האמונה יכולה להציל את האדם. צלם אלוהים הוא ישוע – ואותו על בני האדם לשוות לנגד עיניהם. כבוד האדם ניתן על ידי האל באמצעות מעשה החסד של האל. לא תכונותיו הפנימיות של האדם מבססות את כבודו כאדם אלא הקשר שלו עם האל, ומעשה החסד של האל.⁴⁴

(ג) האסלאם

אלוהים יצר את האדם. הוא נותן לו חיים עם היוולדו. האדם לא נברא בצלם אלוהים, אם כי הוא הוכחה לקיום האל.⁴⁵ עם בריאתו ניתנה לאדם יכולת מיוחדת, היא היכולת לחשוב.

42 ראו Englard, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1908; Cuschieri, לעיל ה"ש 1.

43 ראו COLLSTE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 47; John Witte Jr., *Between Sanctity and Depravity*; Human Dignity in Protestant Perspective, in IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES 119 (Robert P. Kraynak & Glenn E. Tinder eds., 2003); Nicholas P. Wolterstorff, *Modern Protestant Developments in Human Rights*, in CHRISTIANITY AND HUMAN RIGHTS: AN INTRODUCTION 155 (John Witte Jr. & Frank Alexander eds., 2010).

44 ראו Englard, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1908.

45 ראו COLLSTE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 18; MOHAMMAD KAMALI, THE DIGNITY OF MAN: AN ISLAMIC PERSPECTIVE (1999); Reza Sheikholeslami, *The Creation and the Dignity of Man in Islam*, in HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING 133 (Silja Vöneky & Rüdiger Wolfrum eds., 2004); Abdullah al-Ahsan, *Law, Religion and Human Dignity in the Muslim World Today: An Examination of OIC's Cairo Declaration of Human Rights*, MUDDATHIR ABD AL-RAHIM, 24 J. L. & RELIG. 569 (2009); HUMAN RIGHTS AND THE WORLD'S MAJOR RELIGIONS: THE ISLAMIC TRADITION (vol. 3,

מכאן מעמדו המיוחד של האדם בפני האל. מכיוון שהאדם הוא יצור האל, אין לפגוע בו. פגיעה באדם היא פגיעה באל. האל הבטיח לנביא כי הוא יצר שמים וארץ כדי לשרת את האדם. פגיעה באדם משמעותה שהעולם שהאל יצר הוא חסר תועלת. האל, כמעשה אהבה, יצר את האדם. הוא מבקש להעניק לו הכרה, כבוד וסמכות. כבוד האדם נובע מהאמונה שהאדם הוא יצור האל – היצור שהאל אוהב אותו יותר מכול.

ב. גישות פילוסופיות

1. גישות פילוסופיות עד קנט

(א) הרנסנס

יש הטוענים כי האדם המודרני נולד ברנסנס (המאות הארבע-עשרה עד השבע-עשרה).⁴⁶ בכך ניתן תוכן חדש ועשיר לכבוד האדם.⁴⁷ האדם החוטא שהאל מציל אותו – פרי התאולוגיה של ימי הביניים – מוחלף באדם דינמי, המעצב את עולמו, ושכבוד האדם שלו מבוסס על הרציונליות שלו.⁴⁸ בכתיבתו של פטררקה (Petrarch) (1304–1374)⁴⁹ אפשר לראות את הקשר שבין תפיסת האדם הדתית לבין תפיסת האדם ההומנית. בשנים שלאחר מכן גדל הפער בין שני אלה והדגש הועבר אל מרכזיותו של האדם ולכוחו לפתח את יכולתו. זהו הבסיס להומניזם, אשר במרכזו עומד האדם וכבודו. על פי פטררקה קיים דמיון בין נשמת האדם לאל. זהו ההיבט הדתי. בצדו קיים היבט נוסף – כבודו של האדם נובע מהרציונליות שלו ומכוחו של האדם לבנות את עולמו שלו.

מונטי (Manetti) (1396–1459) הקדיש ארבעה כרכים לכבוד האדם והצטיינותו (De Dignitate et Excellentia hominis).⁵⁰ הוא מדגיש את הרציונליות שבנפש האדם ואת האינטלקט וכוח הרצון שבה. מכאן היצירתיות של האדם במדע ובאמנות. לגישתו, המטרה

2005); Hamidreza Salehi & Mahmoud Abbasi, *Human Dignity The Final Word on the Religious Ideas and Moral Thinking*, 1 IRANIAN J. MED. ETHICS 14 (2012).

46 ראו PAUL KRISTELLER, *RENAISSANCE CONCEPTS OF MAN AND OTHER ESSAYS* (1972). על דימוי האדם בימי הביניים, ראו Dales, לעיל ה"ש 1. לגישה שונה, ראו HERSHEL C. BAKER, *THE DIGNITY OF MAN: STUDIES IN THE PERSISTENCE OF AN IDEA* (1947). לכוון האדם ברוסיה של ימי הביניים, ראו Serge L. Levitsky, *Protection of Individual Honour and Dignity in Pre-Petrine Russian Law*, 40 LEG. HIST. REV. 341 (1972).

47 ראו Ullrich, לעיל ה"ש 39; Miguel, לעיל ה"ש 1, בעמ' 288; מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי במשפט הגרמני – האם גם בישראל? 28 (2011).

48 ראו DREIER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 148.

49 ראו Englard, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1910.

50 ראו Hubert, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28.

העיקרית של האדם היא בחשיבה ובפעולה. האינסטינקט החושני של האדם מוגבל על ידי הרציונליזם והמוסר שבו.

המושגיות של כבוד האדם מצאה ביטוי מלא בכתיבתם של פיצינו (Ficino) ושל פיקו דלה מירנדולה (Pico Della Mirandola). פיצינו (1433–1499) עמד על כוחו של האדם לעומת הטבע. הוא ציין את התהילה שבהישגיו של האדם בתחומים שונים, כגון לשון, מתמטיקה ואמנות. הוא הדגיש את החופש שבגדרו האדם משתמש בכישוריו.

פיקו (1463–1494) פרסם ב־1486 את הנאום על כבוד האדם בספרו *Oratio De Hominis Dignitate*.⁵¹ על פי פיקו, עם בריאת האדם נתן האל לאדם את החופש לפעול על פי רצונו שלו. כבודו של האדם נובע מיכולתו לבחור את דרכו. וזהו דבר האל אל האדם על פי פיקו:⁵²

”טבעם, המוגדר מראש, של היצורים האחרים, תחום בתוך גבולותיהם של חוקים שאנו קבענו. ואילו אתה, שלא תיאלץ להיות נתון בתוך שום סייג, לפי בחירתך – והלוא לשלטון בחירה זו נתתיך – תקבע אתה עצמך את מהות טבעך. במרכז העולם נתתיך למען תוכל לראות סביבך, ביתר נוחות, מה שמצוי בעולם. לא עשינוך שמיימי גם לא ארצי, לא בן־תמותה גם לא בן־אלמוות, כדי שאתה – שהינך, אם אפשר להגדיר כך, בעל תואר־כבוד של יוצר־עצמך וצר־צורתך־שלך – אתה תיצור את עצמך בצורה בה תבחר. תוכל להידרדר לצורות התחתונות, צורות הפרא; גם תוכל, על פי החלטתך, להיוולד מחדש בצורות העליונות שהן אלוהיות.”

(ב) הנאורות

הפילוסופים של הרנסנס היו ברובם אנשים דתיים. הם האמינו בבריאת האדם בצלם אלוהים. מתוך כך באה תפיסתם בדבר הרציונליות של האדם ובדבר חופש הבחירה שלו. בכתיבתם קיים המתח בין ההיבט הדתי להיבט ההומני. מתח זה נעלם בנאורות (אמצע המאה השבע־עשרה והמאה השמונה־עשרה), המתאפיינת באחדות שנוצרה בין האדם לאנושיות שבו.⁵³ הדגש שוב אינו בבריאת האדם בצלם אלוהים. הדגש הוא בחלקו בחברה. המעבר הוא מהאדם כיצור לאדם כאדם.⁵⁴ דובריה העיקריים של הנאורות – החל בשפינוזה וכלה באבות החוקה האמריקנית (פרנקלין, המילטון, ג'פרסון ומדיסון) – האמינו בהיגיון האנושי ובכוחו להתגבר על בורות, אמונות טפלות ועריצות. הנאורות ביקשה להשתחרר

51 ראו ג'ובני פיקו דלה מירנדולה נאום על כבוד האדם (1990). על נאום זה, ראו יהושע אריאלי "תורת 'זכויות האדם', מוצאה ומקומה בעיצובה של החברה המודרנית" משפט והיסטוריה 25, 55 (דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר עורכים, 1998).

52 מירנדולה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 24.

53 ראו Arieli, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7. ראו גם אריאלי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 51.

54 Englard, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1917.

מכבלים שקשרו את הידע האנושי תוך מתן חופש לאדם לפתח את עצמו ותוך הכרה בסובלנות שבין בני האדם ושליטתה של הרציונליות על ההתנהגות האנושית. ההכרה בזכויות האדם התפתחה בתקופת הנאורות והגיעה לפריחה בהצהרה בדבר זכויות האדם והאזרח בצרפת (1789) ובמגילת זכויות האדם בחוקה האמריקנית (1791). במסגרת זו ציין לוק (1704–1632) כי הרציונליות של האדם היא הבסיס לאינדיווידואליות שלו.⁵⁵ אינדיווידואליות זו משותפת היא לכל בני האדם. מכאן הצורך בשוויון בשמירה על החיים ובחיים הפוליטיים.⁵⁶ גישה דומה אפשר למצוא אצל פופנדרוף (Pufendorf) (1694–1632),⁵⁷ אשר הסיק מכבוד האדם את השוויון ואת החירות⁵⁸ בין בני אדם, שלכולם משותפת הרציונליות.⁵⁹ מכאן המעבר מחובותיו של האדם כלפי בוראו לזכויותיו של האדם בחברה.⁶⁰ עם זאת קנט הוא שהעניק לרעיונות בדבר הרציונליות של האדם וחופש הבחירה הנתון לו את בסיסן האיתן. לגישתו של קנט נפנה עתה.

2. קנט

הבנת המושג המודרני של כבוד האדם הושפעה מהפילוסופיה של קנט.⁶¹ במיוחד השפיע קנט בהבנת ההוראה בדבר כבוד האדם שבחוק-היסוד הגרמני. קנט דן בכבוד האדם בתורת המוסר שלו. זו נחלקת לתורת האתיקה ולתורת המשפט. המושג "כבוד האדם"

- 55 ראו JOHN LOCKE, AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING, book II, ch. 27 (1690). ראו גם MAHLMANN, לעיל ה"ש 1, בעמ' 40.
- 56 ראו JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, book II, ch. 2 (1690).
- 57 ראו Englard, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1917.
- 58 ראו Starck, לעיל ה"ש 1, בעמ' 181.
- 59 ראו SAMUEL PUFENDORF, DE JURE NATURAE ET GENTIUM LIBRI OCTO, book II, ch. 1, 35 (David Mortier, 1684).
- 60 ראו Englard, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1918.
- 61 ראו Tomas E. Hill, *Humanity as an End in Itself*, 91 ETHICS 84 (1980); George P. Fletcher, *Human Dignity as a Constitutional Value*, 22 U. W. ONT. L. REV. 171 (1984); Allen Wood, *Humanity as an End in Itself*, in KANT'S GROUNDWORK OF THE METAPHYSICS OF MORALS: CRITICAL ESSAYS 165 (Paul Guyer ed., 1998); ANDREW CLAPHAM, HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF NON-STATE ACTORS 535 (2006); Joachim Hruschka, *Kant and Human Dignity*, in KANT AND LAW 69 (B. Sharon yrd & Joachim Hruschka eds. 2006); ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY (2009); Dietmar von der Pfordten, *On the Dignity of Man in Kant*, 84 PHILOSOPHY 371 (2009); B. SHARON BYRD & JOACHIM HRUSCHKA, KANT'S DOCTRINE OF RIGHTS: A COMMENTARY (2010). ראו גם קרמניצר וקרמר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 29.

מופיע בתורת האתיקה של קנט.⁶² אין הוא מופיע בתורת המשפט שלו. כזו מופיע המושג של זכות האדם כאדם (angeboren).⁶³

על פי קנט, אדם פועל באופן אתי כאשר הוא פועל מכוח חובה שאין מולה כל זכות, או כפייה. חובה זו היא החוק המוסרי שהאדם התבוני מאמץ⁶⁴ באופן אוטונומי.⁶⁵ אתיקה משמעותה היכולת של האדם הרציונאלי לפתח את עצמו או להעניק אושר לזולתו. מיכולת זו נובע הכבוד האנושי של האדם. בכך שונה האדם מהחפץ. יכולת זו היא שעושה את האדם למטרה ומונעת ממנו להיות אך אמצעי בידי אחר,⁶⁶ שמעניקה לו כבוד המהווה "ערך פנימי מוחלט".⁶⁷ על כן קנט אומר שהאנושיות היא כשלעצמה כבוד אדם (humanity is itself "dignity"), אשר טבוע בכל בן אנוש.⁶⁸

בצד תורת האתיקה עוסק קנט – בגדרי תורת המוסר – בתורת המשפט.⁶⁹ להבדיל מהאתיקה, במשפט יש זכויות ויש כוח כפייה. הסיבה לכך היא שבלתי-אפשרי לקיים חיי חברה בלי שהמטרות והרצונות האוטונומיים יסתרו זה את זה. נדרשים עקרונות צדק לפיהם תתנהל החברה.⁷⁰ בעוד אתיות ההתנהגות נמדדת לפי הרצון האוטונומי העומד ביסודה, הצדקתה תלויה גם בנסיבות החיצוניות הנוגעות להתנהלות החברתית; ולכן מותר לכפות duties of right אך לא duties of virtue.⁷¹

העיקרון האוניברסלי של הזכות הוא החופש של האדם לבחור את מטרותיו ולממשן, ובלבד שהדבר עולה בקנה אחד עם חופש הבחירה הזוהי של הזולת לעשות כן.⁷² חופש בחירה זה הוא זכותו של כל אדם כאדם. זוהי האנושיות שבאדם.⁷³ זו העצמאות של האדם. כדי ליהנות מחופש בחירה זה מעניק לו המשפט את היכולת לרכוש זכויות נוספות, כגון

- 62 ראו von der Pfordten, לעיל ה"ש 61, בעמ' 390, Fletcher, *Human Dignity*; לעיל ה"ש 61, בעמ' 177.
- 63 ראו Otfried Hoffe, *Kant's Inmate Right as a Rational Criterion for Human Rights*, in KANT'S METAPHYSICS OF MORALS: A CRITICAL GUIDE 71 (Lara Denis ed., 2010).
- 64 ראו עמנואל קנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 32–33 (תש"י). להרחבה ראו Christine M. Korsgaard, *Introduction*, in IMMANUEL KANT, *GROUNDWORK OF THE METAPHYSICS OF MORALS* (Mary J. Gregor trans., 1996).
- 65 ראו שם, בעמ' 103–104.
- 66 ראו שם.
- 67 IMMANUEL KANT, *THE METAPHYSICS OF MORALS* 186 (Mary Gregor trans., 1996).
- 68 ראו Hruschka, לעיל ה"ש 61, בעמ' 81.
- 69 ראו Thomas Christiano, *Two Conceptions of the Dignity of Persons*, 16 JAHRBUCH FÜR RECHT UND ETHIK 101 (2008).
- 70 ראו KANT, *THE METAPHYSICS OF MORALS*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 89. להרחבה, ראו חנה ארנדט *הרצאות על הפילוסופיה הפוליטית של קאנט* 15, 24 (גיא אלגת מתרגם, 2010).
- 71 ראו Ripstein, לעיל ה"ש 61, בעמ' 11–12.
- 72 ראו שם, בעמ' 13.
- 73 ראו שם.

זכויות קנייניות⁷⁴ או חוזיות.⁷⁵ לשם מימושן של אלה נדרשים מוסדות שלטון ונדרשת מדינה.⁷⁶ הזכות לכבוד האדם היא זכות מקורית ולא נרכשת. היא טבעית לאדם ולא נדרשת כל פעולה מצדו. שאר הזכויות הן נרכשות.⁷⁷

חופש הבחירה של הפרט – ובלבד שהוא עולה בקנה אחד עם חופש זהה של כל פרט אחר – הוא עצמאותו של האדם. חופש בחירה זה נתון לכל אדם הרשאי להשתמש בכוח הבחירה על פי רצונו,⁷⁸ ובלבד שהדבר מתיישב עם החופש של אחר לעשות כן. חופש בחירה זה הוא זכותו של האדם להיות אדון לעצמו. חופש הבחירה של הפרט מגן עליו מפני חופש הבחירה של פרטים אחרים. כאשר אדם נתפס ככפוף לאחר, הוא בבחינת אמצעי להגשמת בחירתו של אותו אחר. כפיפות זו אינה עולה בקנה אחד עם חופש הבחירה של האדם. מכאן התפיסה כי כבוד האדם משמעותו שלילת האפשרות שהאדם יהיה אך אמצעי להגשמת חופש הבחירה של האחר. בני האדם שווים במובן זה ששום אדם אינו אדון לזולתו.⁷⁹ מכאן גם חובתו של האדם שלא להפוך עצמו לאמצעי בלבד לחופש רצונו של האחר.⁸⁰

זכותו של אדם לאנושיותו משמעותה שהאדם ולא אחר מחליט באשר למטרותיו. זכותו של האדם כאדם לאנושיותו משמעותה החופש של האדם לעשות בגופו כרצונו, ובלבד שהדבר עולה בקנה אחד עם החופש של אחרים. זכותו של אדם להיות אדון לעצמו נפגעת אם האדם כפוף לבחירתו של אחר.

3. דבורקין

בכתבתו של דבורקין ניתן ביטוי לכבוד האדם.⁸¹ לכך חשיבות בהיסטוריה של הרעיון, שכן דבורקין הוא פילוסוף־משפטן, המודע לרעיון החוקה ולזכות החוקתית לכבוד האדם. כבר בספרו (1978) TAKING RIGHTS SERIOUSLY הוא מציין כי כל מי שמתייחס לזכויות ברצינות צריך ליתן תשובה לשאלה מדוע יש לאדם זכויות כנגד המדינה. לשם כך עליו לקבל, כמינימום, את הרעיון של כבוד האדם. כותב דבורקין:⁸²

- 74 ראו שם, בעמ' 86.
 75 ראו שם, בעמ' 107.
 76 ראו KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 91–94; RIPSTEIN, לעיל ה"ש 61, בעמ' 24.
 77 ראו שם, בעמ' 9.
 78 ראו שם, בעמ' 17.
 79 ראו שם, בעמ' 36.
 80 ראו שם, בעמ' 37.
 81 ראו COLLSTE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 154.
 82 Ronald Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 198 (1977). ראו גם Ronald Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, 59 U. CHI. L. REV. 381, 426 (1992).

“[H]uman dignity [...] associated with Kant, but defended by philosophers of different schools, supposes that there are ways of treating a man that are inconsistent with recognizing him as a full member of the human community, and holds that such treatment is profoundly unjust”.

בספרו על LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA, AND INDIVIDUAL FREEDOM (1994) הוא בוחן בין השאר את שאלת ההפלות ואת שאלת המתת החסד (euthanasia). הוא מציין כי הן התומכים והן המתנגדים מסכימים לרעיון קדושת החיים. בשני צדי המחלוקת עומד רעיון כבוד האדם:⁸³

“Dignity – which means respecting the inherent value of our own lives – is of the heart of both arguments”.

ההחלטות בעניין המוות – הן בגדרי ההפלה והן בגדרי המתת החסד – משפיעות על כבוד האדם שלנו. לדעת דבורקין, הכרה ראויה בכבוד האדם מובילה להכרה בחופש (freedom) של הפרט. החופש הוא תנאי הכרחי להערכה עצמית. מוסף דבורקין:⁸⁴

“Because we cherish dignity, we insist on freedom [...]. Because we honor dignity, we demand democracy”.

דבורקין חוזר למושגיות של כבוד האדם בספרו IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE (2006)⁸⁵. בספר זה מעמיד דבורקין שני עקרונות, שלדעתו משותפים לכל אמריקני: העיקרון האחד עניינו הערך הפנימי (intrinsic value) של כל אדם. על פיו, לכל אדם ערך אובייקטיבי מיוחד. הוא חשוב לא רק לאדם עצמו. ההצלחה או הכישלון של חיי כל אדם חשובים לכולנו; העיקרון השני עניינו העיקרון של האחריות האישית (personal responsibility). על פיו, על כל אדם מוטלת האחריות להגשמת ההצלחה בחייו שלו. לשם כך עליו להפעיל את שיקול דעתו באשר לצורת החיים שתהא מוצלחת מבחינתו. לדעת דבורקין, שני עקרונות אלה יחדיו מגדירים את הבסיס ואת התנאים לכבוד האדם.

שני עקרונות אלה מקבלים פיתוח נוסף ומרחיב בספרו של דבורקין JUSTICE FOR HEDGEHOGS (2011)⁸⁶. בספר זה מבקש דבורקין לבסס שיטה פילוסופית אשר תקבע אמת

RONALD DWORKIN, LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA, AND INDIVIDUAL FREEDOM 238 (1994)

שם, בעמ' 239. 84

RONALD DWORKIN, IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE? PRINCIPLES FOR A NEW POLITICAL DEBATE (2006) 85

.RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS (2011) 86

מידה כללית אשר תיצור אינטגרציה בין מוסר (שעניינו אמת המידה שלפיה על האדם להתייחס לזולתו)⁸⁷ לאתיקה (שעניינה אמת המידה שלפיה על האדם לחיות את חייו שלו).⁸⁸ שני אלה קשורים זה בזה ותלויים זה בזה.⁸⁹ קשר זה אינו מבוסס על איזון בין עקרונות נוגדים אלא על תפיסה כללית המשותפת לעקרונות אלה. תפיסה זו היא בעלת אופי פרשני. היא באה לאפשר חיים טובים (good life) – כלומר ליצור חיים טובים תוך הבטחה לחיות טוב (living well). על פי גישתו של דבורקין, העקרונות המבססים חיים טובים הם שניים: הראשון, העיקרון של הערכה עצמית (self-respect).⁹⁰ על פיו, כל אדם צריך להתייחס לחייו שלו ברצינות. עליו להכיר בחשיבות האובייקטיבית של חייו בהערכה עצמית;⁹¹ השני, העיקרון של אותנטיות (authenticity). על פיו, כל אדם צריך – ביחסו עם האחר – לבטא את עצמו בחייו תוך חיפוש דרך חיים שהיא נכונה בנסיבותיה.⁹² העיקרון של הערכה עצמית מחייב הערכה דומה לחיים של בני האדם האחרים. אם אדם מעריך את עצמו, כי אז הוא חייב להעריך גם את חייהם של אחרים. ובלשונו של דבורקין:⁹³

“[S]elf-respect [...] entails a parallel respect for the lives of all human beings”.

זאת למד דבורקין מגישתו של קנט, שעל פיה:⁹⁴

“[W]e cannot adequately respect our own humanity unless we respect humanity in others”.

העיקרון של אותנטיות הוא עיקרון אובייקטיבי⁹⁵ החל ביחסים בין בני אדם (relational) – הוא צדו האחר של ההערכה העצמית.⁹⁶ הוא מטיל על האדם את האחריות (responsibility) למעשיו כלפי זולתו.

העיקרון הפרשני המאחד הערכה עצמית ואותנטיות הוא זה של כבוד האדם. כבוד האדם מחייב הערכה עצמית ואותנטיות גם יחד. ובלשונו של דבורקין:⁹⁷

- 87 ראו שם, בעמ' 191.
- 88 ראו שם, בעמ' 255.
- 89 ראו שם, בעמ' 1.
- 90 ראו שם, בעמ' 203.
- 91 ראו שם, בעמ' 205.
- 92 ראו שם, בעמ' 209.
- 93 שם, בעמ' 255.
- 94 שם, בעמ' 14.
- 95 ראו שם, בעמ' 213.
- 96 ראו שם, בעמ' 209.
- 97 שם, בעמ' 204.

“[D]ignity requires self-respect and authenticity”.

דבורקין רואה בכבוד האדם “רעיון מארגן” (organizing idea), שכן הוא מאפשר לרכז בדרך פרשנית עקרונות אתיים ולקבצם תחת קורת גג אחת שעניינה כבוד האדם.⁹⁸

4. וולדרון

וולדרון (Waldron) הקדיש כמה ספרים ומאמרים לבחינת המושגיות של כבוד האדם.⁹⁹ על פי גישתו, כבוד האדם משקף מעמד (rank). ברשימה הראשונה בעניין זה – *Dignity and Rank* – כתב וולדרון:¹⁰⁰

“[T]he distinctive contribution that ‘dignity’ makes to human rights discourse is associated, paradoxically, with the idea of rank: once associated with hierarchical differentiations of rank and status, ‘dignity’ now conveys the idea that all human persons belong to the same rank and that that rank is a very high one indeed, in many ways as high as what were formerly regarded as ranks of nobility”.

וולדרון אינו טוען ברשימה ראשונית זו כי זהו הפירוש הטוב ביותר או הנכון לדיבור “כבוד האדם”. הוא מציג את עמדתו כהיפותזה אפשרית. ברשימה נוספת¹⁰¹ הוא הכיר בחשיבותן של תפיסות שונות מתפיסתו בדבר כבוד האדם כמעמד – הוא הפנה לגישתו של קנט ולגישתו של דבורקין והציע גישה המאחדת את שלוש הגישות, שעל פיה:¹⁰²

“As a foundational idea, human dignity might ascribe to each person a very high rank, associated with the sanctity of the body, her control of

98 שם, בעמ' 205.

99 ראו, Jeremy Waldron, *Dignity and Rank: In Memory of Gregory Vlastos (1907–1991)*, 48 EUR. J. SOC. 201 (2007); Jeremy Waldron, *The Dignity of Groups*, [2008] ACTA JURIDICA 66; Jeremy Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, 123 HARV. L. REV. 1596 (2010); Jeremy Waldron, *Dignity, Rights, and Responsibilities* (NYU School of Law, Public Law Research Paper no. 10-83, 2010); JEREMY WALDRON, DIGNITY, RANK, AND RIGHTS (Meir Dan-Cohen ed., 2012); Jeremy Waldron, *How Law Protects Dignity*, 71 CAMBRIDGE L. J. 200 (2012); JEREMY WALDRON, THE HARM IN HATE SPEECH (2012).

100 Waldron, *Dignity and Rank*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1.

101 ראו, Waldron, *The Dignity of Groups*, לעיל ה"ש 99.

102 שם, בעמ' 73.

herself and her determination of her own destiny, values and capacities that are so important that they must not be traded off for anything”.

בספרו על DIGNITY, RANK AND RIGHTS¹⁰³ וולדרון חוזר לגישה שלפיה כבוד האדם מבטא את הרעיון של המעמד (rank)¹⁰⁴ הגבוה והשווה של כל אדם. על פי גישה זו, כבוד האדם הוא סטטוס (status) נורמטיבי גבוה לכל אדם בחברה. כותב וולדרון:¹⁰⁵

“[T]he modern notion of human dignity involves an upwards equalization of rank, so that we now try to accord to every human being something of the dignity, rank, and expectation of respect that was formerly accorded to nobility. [...] Every man a duke, every woman a queen, everyone entitled to the sort of deference and consideration, everyone’s person and body sacrosanct, in the way that nobles were entitled to deference or in a way that an assault upon the body or the person of a king was regarded as a sacrilege”.

בספרו הוא מביא היבטים שונים בתחום המשפט המבטאים תפיסה זו. כך למשל:¹⁰⁶

“High-ranking persons might be regarded as capable of participating fully in something like a legal system: they would be trusted with the voluntary self-application of norms; their word and testimony would be taken seriously; they would be entitled to the benefit of elaborate processes, and so on”.

דמיון רב קיים בין גישתו של וולדרון לכבוד האדם כמעמד לגישתו של ויטמן (Whitman).¹⁰⁷ על פיה התופעה המאפיינת את המשפט האירופי היא זו של leveling up. לכל אדם המעמד של המלך. כאמור, זו גם גישתו של וולדרון. לעומת זאת מציין ויטמן כי

- 103 WALDRON, DIGNITY, RANK, AND RIGHTS, לעיל ה"ש 99.
 104 ראו BERTRAM MORRIS, *The Dignity of Man*, 57 ETHICS 57 (1946); WALDRON, DIGNITY, RANK, AND RIGHTS, לעיל ה"ש 99, בעמ' 18, 30.
 105 שם, בעמ' 33-34.
 106 שם, בעמ' 55.
 107 JAMES Q. WHITMAN, *Enforcing Civility and Respect*, 109 YALE L.J. 1279 (2000); ראו JAMES Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151 (2004); JAMES Q. WHITMAN, 'Human Dignity' in *Europe and the United States: the Social Foundations*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 95 (Georg Nolte ed., 2005).

התופעה המאפיינת את המשפט האמריקני היא זו של leveling down. לכל אדם, יהא מעמדו אשר יהא, מעמד של אדם מן השורה.

ברשימה שעניינה *Dignity, Rights, and Responsibilities*¹⁰⁸ חזר וולדרון על גישתו בעניין כבוד האדם כמשקפת תפיסה של מעמד (rank). עם זאת הוא עמד – בעקבות הצעות שהועלו באנגליה – על הקשר שבין זכויות לבין אחריות (responsibility). בהקשר זה ציין וולדרון – בהפנותו לדברים שכתב הארט (H.L.A. Hart) – שאין להניח שתפיסה אחת יש בכוחה להסביר את כל ניתוח הזכויות. הוא מציין ש"זכויות" הן קטגוריה הטרוגנית שייתכן שצורת ניתוח פלונית מתאימה לה, וצורת ניתוח אלמונית אינה מתאימה לה.

ברשימה על *How Law Protects Dignity*¹⁰⁹ מסביר וולדרון את הבנתו את המושג dignity – מבלי שיראו בכך הגדרה של מושג זה – בזה הלשון:¹¹⁰

"Dignity is the status of a person predicated on the fact that she is recognized as having the ability to control and regulate her actions in accordance with her own apprehension of norms and reasons that apply to her; it assumes she is capable of giving and entitled to give an account of herself (and of the way in which she is regulating her actions and organizing her life), an account that others are to pay attention to; and it means finally that she has the wherewithal to demand that her agency and her presence among us as human beings be taken seriously and accommodated in the lives of others, in others' attitudes and actions towards her, and in social life generally".

ברשימתו הוא עומד על הקשר שבין כבוד האדם לבין זכות השמיעה והסטטוס לתבוע. גישתו של וולדרון חשובה היא לנו, שכן כמו דבורקין, גם וולדרון הוא פילוסוף-משפטן, המשקיף על כבוד האדם לא רק כערך חברתי אלא גם כערך חוקתי וכזכות חוקתית. לבסוף, בספרו *THE HARM IN HATE SPEECH*¹¹¹ מציין וולדרון כי הזכות לחופש הביטוי נגזרת מכבוד האדם¹¹². לעניין הבנת המושג "כבוד האדם", וולדרון חוזר על עמדתו כי כבוד האדם הינו סטטוס. עם זאת הוא מציין כי לעניין גישתו לחופש הביטוי והגבלותיו המושגיות של כבוד האדם "is not being used legislatively".¹¹³ וולדרון מדגיש שלעניין

108 Waldron, *Dignity, Rights, and Responsibilities*, לעיל ה"ש 99.

109 Waldron, *How Law Protects Dignity*, לעיל ה"ש 99.

110 שם, בעמ' 202–203.

111 WALDRON, *THE HARM IN HATE SPEECH*, לעיל ה"ש 99.

112 ראו שם, בעמ' 139.

113 שם, בעמ' 138.

הקשר בין כבוד האדם לחופש הביטוי הוא נזקק למושגיות של כבוד האדם “as a value or principle embedded in political argument”¹¹⁴

ג. הלקחים מההיסטוריה האינטלקטואלית

ההיסטוריה האינטלקטואלית של כבוד האדם ממחישה לנו את מורכבותו של המושג “כבוד האדם”. אנו למדים מהיסטוריה זו על הזהירות הרבה שעלינו לנקוט בשימוש שלנו במושגיות זו. מההיסטוריה זו עולה כי לא הרי הבנתו של התאולוג כהבנתו של הפילוסוף. כל אחד מהם מניח הנחות יסוד – דתיות ואתיות – ועל יסודן הוא בונה את מבנהו. אנו איננו תאולוגים ואיננו פילוסופים. הננו משפטנים. הנחת היסוד שלנו היא החוקה ופרשנותה. ראוי הוא כי נלמד מההיסטוריה האינטלקטואלית את דעותיהם של התאולוגים והפילוסופים. רבים וטובים בחברה המודרנית הם בעלי גישה דתית או פילוסופית. ניטיב לעשות אם נפנים את הגישות השונות שעה שאנו מבקשים ללמוד מה אומרת לנו החוקה שלנו. עם זאת ראוי שנראה עצמנו פרשנים חוקתיים הצריכים לתת מובן לערך החוקתי או לזכות החוקתית לכבוד האדם – כל אחד וחוקתו שלו.

פרק שלישי

ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות במסמכים בין-לאומיים

א. כבוד האדם בשיח המשפטי

עד אמצע המאה העשרים הייתה ההיסטוריה של כבוד האדם חלק מההיסטוריה של הרעיונות. מאמצע המאה העשרים היא הפכה להיות גם חלק בלתי נפרד מההיסטוריה המשפטית. היא הפכה רכיב מרכזי בשיח הזכויות – הן במישור הבין-לאומי והן במישור הלאומי. אכן, עשרות רבות של אמנות בין-לאומיות רב-צדדיות כוללות בחובן התייחסות מפורשת לכבוד האדם – אם במבוא ואם בגוף האמנה. ברבות מהחוקות שכוננו או תוקנו לאחר מלחמת העולם השנייה נקבע כבוד האדם כמושג מפתח.¹ מה גרם לשינוי זה? התשובה היא כי זוועות מלחמת העולם השנייה בכלל והשואה של העם היהודי בפרט הן הגורמים העיקריים לחדירתו של כבוד האדם כרכיב מרכזי בשיח המשפטי. עמד על כך השופט סופינקה (Sopinka J.) מבית המשפט העליון של קנדה:²

“[T]he atrocities committed during the war led to international recognition of the fundamental importance of human dignity and human rights.”

גברה ההכרה כי המבקש להגן על הדמוקרטיה צריך להגן על זכויות האדם, והמבקש להגן על זכויות האדם צריך להכיר בכבוד האדם. מלחמת העולם השנייה הביאה בעקבותיה את מהפכת זכויות האדם, ובגדרה של זו התרחשה מהפכת כבוד האדם. את הדחיפה העיקרית לשינוי זה אפשר לעגן בשלושה טקסטים משפטיים – שני מסמכים בין-לאומיים והוראה חוקתית אחת. תחילתו של המפנה במבוא למגילת האומות

1 ראו Oscar Schachter, *Human Dignity as a Normative Concept*, 77 AM. J. INT'L L. 848 (1983); Lorraine E. Weinrib, *Human Dignity as a Rights-Protecting Principle*, 17 NAT'L J. CONST. L. 325 (2005).

2 .Kindler v. Canada (Minister of Justice), [1991] 2 S.C.R 779, 815

המאוחדות (Charter of the United Nations).³ מגילה זו התקבלה ב-1945 בסמוך לאחר סיום מלחמת העולם השנייה. במבוא (preamble) למגילה נקבע כי העמים של האומות המאוחדות:

“[R]eaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women [...]”.

המסמך הבינ-לאומי השני שהכיר בכבוד האדם הוא ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. הכרזה זו – מדצמבר 1948 – קבעה:⁴

“All human beings are born free and equal in dignity and in rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood”.

המסמך המשפטי השלישי הוא חוק-היסוד הגרמני (Grundgesetz), אשר נכנס לתוקף ב-1949. סעיף 1(1) לחוק-היסוד קובע:

“The dignity of man [Die Würde des Menschen] shall be inviolable [unantastbar]. To respect and protect it shall be the duty of all state authority”.

כן נקבע כי אין לשנות את עקרונות היסוד הקבועים בהוראה זו.⁵ שלושה מסמכים אלה – שניים בעלי אופי בין-לאומי ואחד בעל אופי לאומי – התוו את התפתחות זכויות האדם לאחר מלחמת העולם השנייה בכלל ואת התפתחותה של הזכות לכבוד האדם בפרט. אכן, התפתחותו של כבוד האדם כחלק מהשיח המשפטי נעשתה בשני מסלולים: המסלול האחד הוא הבינ-לאומי – כבוד האדם מצא את ביטויו בהצהרות ובאמנות בין-לאומיות שהכירו בו – אם כערך ואם כזכות – כחלק ממגילת זכויות האדם; המסלול השני הוא הלאומי – כבוד האדם מצא את ביטויו בחוקות של מדינות שונות. חוקות אלה הכירו בכבוד האדם – אם כערך ואם כזכות – כחלק ממגילת זכויות האדם החוקתיות. שני מסלולים אלה נפגשו לא פעם, ולהצהרות או לאמנות הבינ-לאומיות הייתה השפעה על

3 ראו מגילת האומות המאוחדות, כ"א 1, 203 (נפתחה לחתימה ב-1945). ראו גם Egon Schwelb, *The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter*, 66 AM. J. INT'L L. 337 (1972).

4 סעיף 1 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (The Universal Declaration of Human Rights, GA RES. 21A (III), UN DOC A/ 810 AT 71 (1948) (להלן ההכרזה האוניברסלית)).

5 ראו סעיף 79(3) לחוק-היסוד הגרמני.

ניסוחן ופירושו של החוקות של המדינות השונות. מכאן גם החשיבות הפרשנית של כל אחד ממסלולים אלה להבנת המסלול האחר.⁶

שלושת המסמכים – המבוא למגילת האומות המאוחדות, ההכרזה האוניברסלית וחוקת היסוד הגרמני – פתחו את עידן כבוד האדם בשיח המשפטי מאמצע המאה העשרים. עשרות אמנות רב-לאומיות נכרתו ובהן הוראות בעניין כבוד האדם. חוקות רבות – למעלה מ-80% מכלל החוקות – כוללות הוראה בעניין כבוד האדם. כל מסמך משפטי וההיסטוריה המיוחדת לו והטעמים המאפיינים אותו להכרה בכבוד האדם. במסגרת ספרי זה איני יכול לערוך ניתוח היסטורי של תופעה זו, על טעמיה המיוחדים ותוצאותיה. אביא אך את עיקרי ההתפתחויות. בהקשר זה ברצוני להעיר ארבע הערות: ראשית, גם לפני מלחמת העולם השנייה היו חוקות, מעטות במספר, שנזקקו לכבוד האדם; שנית, ההוראות שנקבעו במפורש לעניין כבוד האדם יש שהן מתייחסות לערך של כבוד האדם בלא להכיר בו כערך וכזכות, ויש שהן מתייחסות לכבוד האדם כזכות. כל מסמך משפטי מחייב ניתוח נפרד ומדוקדק תוך בחינת הטעמים המיוחדים שהביאו ליצירתו; שלישית, גם בהעדר הוראה מפורשת בדבר כבוד האדם ייתכן שפירושו של הטקסט מצדיק מסקנה כי כבוד האדם – כערך או כזכות – משתמע מלשון הטקסט המשפטי. אף כאן נדרשת בחינה אינדיווידואלית של כל אמנה ושל כל חוקה; רביעית, יש לעמוד היטב על ההבחנה בין ההוראות המפורשות בעניין כבוד האדם במסמכים הבין-לאומיים ובחוקות השונות לבין המציאות "בשטח". לא פעם קיים פער גדול בין הרטוריקה לפרקטיקה. במדינות טוטליטריות עשויה החוקה לקבוע הוראות בעניין זכויות אדם בכלל וכבוד האדם בפרט. הלכה למעשה אין נוהגים על פי הוראות החוקה, ואין כל אפשרות לאכוף אותן. אכן, מקומו של כבוד האדם בחייה של חברה נתונה יותר משהוא נקבע על ידי לשונו (המפורשת או המשתמעת) של הטקסט המשפטי, הוא נקבע על פי האופן שבו חיי המעשה, והיחסים בין הפרט לשלטון, נותנים ביטוי לכבוד האדם. קיומה של הוראה בחוקה בעניין זה אינו תנאי הכרחי ואינו תנאי מספיק לקיומו של כבוד האדם, הלכה למעשה, בחיי החברה. הוא אינו תנאי הכרחי, שכן גם בהעדר חוקה פורמלית – וממילא בהעדר הוראה חוקתית בדבר כבוד האדם – אפשר להגן על כבוד האדם. אנגליה וניו זילנד הן דוגמה טובה לכך. היא אינה תנאי מספיק, שכן ברבות מהמדינות שחוקתן הכילה התייחסות לכבוד האדם כבוד זה נרמס הלכה למעשה ברגל גסה. מדינות אחדות באמריקה הלטינית הן דוגמה טובה לכך.⁷

6 ראו מאיר שמגר "על זכויות האדם" הפרקליט 5, 7 (2002). ראו גם סעיף 39 לחוקה של דרום-אפריקה.

7 ראו ALLAN R. BREWER-CARÍAS, CONSTITUTIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA: A COMPARATIVE STUDY OF AMPARO PROCEEDING 2 (2009).

ב. כבוד האדם באמנות בין-לאומיות**1. שיח כבוד האדם באמנות הבין-לאומיות**

מאז תום מלחמת העולם השנייה⁸ החלה התפתחות של כבוד האדם במשפט הבין-לאומי.⁹ כבוד האדם נתפס כיום כאחד מהעקרונות הכלליים של המשפט הבין-לאומי.¹⁰ ראשית הופעתו במשפט הבין-לאומי היא כפי שראינו במבוא למגילת האומות המאוחדות (1945) ובהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948).¹¹ משני מסמכים אלה התפשט

8 כבר ב- (1936) Dijon Declaration יש אזכור של כבוד האדם. ב-1944 ניתנה ה- American Declaration of Human Rights Jewish Committee המאזכרת את כבוד האדם. לדוגמאות נוספות של הצהרות המפנות לכבוד האדם לפני ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, ראו Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, 19 EUR. J. INT'L L. 655 (2008).

9 לביבליוגרפיה, ראו (Margareta Broberg & Bresson Ladegaard eds., 1999) DIGNITY, ETHICS AND LAW. Knox eds., 1999) *The Conditions, Criteria, and Dialectics of Human Dignity: A Transnational Perspective*, 21 INT'L STUD. Q. 529 (1977); Jochen A. Frowein, *Human Dignity in International Law*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 121 (David Kretzmer & Eckart Klein eds. 2002); Jeremy Rabkin, *What We Can Learn about Human Dignity from International Law*, 27 HARV. J.L. & PUB. POL'Y. 145 (2003); John O. McGinnis, *The Limits of International Law in Protecting Dignity*, 27 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 137 (2007); Don Chalmers & Ryuichi Ida, *On the International Legal Aspects of Human Dignity*, in PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION 157 (Jeff Malpas & Norelle Lickiss eds. 2007); Jeremy Waldron, *Basic Equality* 107 (N.Y.U. Public Law Research Paper 08-61, 2008); Niels Petersen, *Human Dignity, International Protection*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW; Robert D. Sloane, *More Than What Courts Do: Jurisprudence, Decision, and Dignity – In Brief Encounters and Global Affairs*, 34 YALE J. INT'L L. 517 (2009); MARTIN A. ROGOFF, FRANCE CONSTITUTIONAL LAW: CASES AND MATERIALS (2010).

10 ראו Petersen, לעיל ה"ש 9, בפס' 28.

11 ההכרזה האוניברסלית, לעיל ה"ש 4. קדמה לה ה- American Declaration of the Rights and Duties of Man. על ההכרזה האוניברסלית, ראו Johannes Morsink, *The Philosophy of the Universal Declaration*, 6 HUM. RTS. Q. 309 (1984); Marry Ann Glendon, *Propter Honoris Respectum: Knowing the Universal Declaration of Human Rights*, 73 NOTRE DAME L. REV. 1153 (1998); JOHANNES MORSINK, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, DRAFTING AND INTENT (1999); Klaus Dicke, *The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 111 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); Kevin J. Hasson, *Religious Liberty and Human Dignity: A Tale of Two Declarations*, 27 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 81 (2003); William J. Wagner, *Universal Human Rights, the United Nations and the Telos of Human Dignity*, 3 AVE MARIA L. REV. 197 (2005); JOHANNES MORSINK, INHERENT HUMAN RIGHTS:

כבוד האדם לרבות מהאמנות שהאומות המאוחדות הכינו ולרבות מהאמנות של משפחת האומות המאוחדות (כגון ארגון העבודה הבין-לאומי (ה-ILO), ארגון התרבות אונסקו (UNESCO) וארגון הבריאות הבין-לאומי (WHO)). כן נקלט כבוד האדם במסמכים אזוריים (כגון מועצת אירופה) ובמסמכים בין-לאומיים העוסקים בנושאים מיוחדים, כגון משפט הומניטרי בין-לאומי ומשפט רפואי וביואתיקה.

בפרק זה נעמוד על עיקרי המסמכים הבין-לאומיים שבגדרם נזכר כבוד האדם, אם במבוא ואם בגוף המסמך. נתייחס רק לאמנות בין-לאומיות רב-צדדיות ונוציא מתחום הבדיקה הצהרות ואמנות דו-צדדיות. לא נבחין, לעניין סקירה זו של המשפט הבין-לאומי, בין כבוד האדם כזכות לבין כבוד האדם כערך. אכן, במקצת המסמכים הבין-לאומיים כבוד האדם הוא זכות. במקצתם האחרת הוא ערך.¹²

2. אמנות של האומות המאוחדות

(א) האמנות של האו"ם לזכויות האדם מ-1966

שתי האמנות החשובות ביותר של האומות המאוחדות בתחום זכויות האדם הן האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות¹³ (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) והאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות¹⁴ (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR).

PHILOSOPHICAL ROOTS OF THE UNIVERSAL DECLARATION (2009); Adrienne Anderson, *On Dignity and Whether the Universal Declaration of Human Rights Remain A Place of Refuge After 60 Years*, 25 AM. U. INT'L L. REV. 115 (2009); Glenn Hughes, *The Concept of Dignity in the Universal Declaration of Human Rights*, 39 J. RELIG. ETHICS 1 (2011); Jenna Reinbold, *Political Myth and the Sacred Center of Human Rights: The Universal Declaration and the Narrative of "Inherent Human Dignity"*, 12 HUM. RTS. REV. 247 (2011).

12 ראו Schachter, לעיל ה"ש 1. דיון נרחב על כבוד האדם ניתן למצוא אצל מקדוגל HAROLD D. LASSWELL & MYRES S. MCDUGAL, ראו (Lasswell) ולסוול (McDougal) JURISPRUDENCE FOR A FREE SOCIETY: STUDIES IN LAW, SCIENCE AND POLICY 737, 1017 (vol. II, 1992).

13 ראו האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966 (להלן: ICCPR)). ראו גם Egon Schwelb, *Civil and Political Rights: The International Measures of Implementation*, 62 AM. J. INT'L L. 827 (1968); MENFRED NOWAK, U.N. COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY (1993); SARAH JOSEPH, JENNY SCHULTZ & MELISSA CASTAN, INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (2nd ed. 2005).

14 ראו האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966 (להלן: ICESCR)). ראו גם MATTHEW C.R. CRAVEN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A PERSPECTIVE ON ITS

ICESCR), שנתקבלו בעצרת הכללית ב-1966. שתי האמנות מפותח במבוא שלהן לאמור במבוא למגילת האומות המאוחדות, שלפיו ה-

“[R]ecognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world”.

סעיף 10(1) ל-ICCPR קובע:

“All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person”.

סעיף 13(1) ל-ICESCR, הדן בזכות לחינוך, קובע:

“[E]ducation shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity”.

שתי אמנות אלה השפיעו על תוכנן של חוקת במדינות השונות.

(ב) אמנות של האו"ם בנושאים מיוחדים

ב-1965 התקבלה בעצרת הכללית האמנה הבין-לאומית בדבר ביעור ההפליה הגזעית לצורותיה (International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination).¹⁵ במבוא לאמנה צוין כי מובא בחשבון שמגילת האומות המאוחדות מבוססת על העקרונות של כבוד האדם והשוויון שהם טבעיים לכל בני האדם. כן מובאת בחשבון ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם המצהירה כי כל בני האדם נולדים חופשיים ושווים בכבודם ובזכויותיהם.

ב-1979 התקבלה בעצרת הכללית האמנה בדבר ביעור ההפליה נגד נשים לצורותיה (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women).¹⁶ כבוד האדם נזכר במבוא לאמנה. ב-1984 התקבלה בעצרת הכללית האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (Convention Against Torture and Other

DEVELOPMENT (1998); Audrey Chapman, A “Violations Approach” for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 18 HUM. RTS. Q. 23 (1996).

15 ראו האמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1965).

16 ראו האמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979).

בין השאר כי זכויות האדם: 17. (Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) במבוא לאמנה נקבע בין

“[D]erive from the inherent dignity of the human person”.

ב-1986 קיבלה העצרת הכללית החלטה הקובעת הנחיות (guidelines) לאמנות חדשות באשר לזכויות האדם. בין השאר נקבע בהנחיות אלה כי האמנות החדשות תהיינה: 18:

“Of Fundamental character and derive from the inherent dignity and worth of the human person”.

ב-1989 התקבלה האמנה בדבר זכויות הילד (Convention on the Rights of the Child). 19. כבוד האדם מופיע במבוא לאמנה וצוין שם כי הכבוד הטבעי (inherent dignity) הוא הבסיס לחופש, לצדק ולשלום בעולם. בפסקה נוספת במבוא נקבע כי “The peoples of the United Nations have, in the charter, reaffirmed their faith in fundamental human rights and in the dignity and worth of the human person” 20.

ב-1990 התקבלה האמנה בדבר זכויות עובדי הגירה (Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families). 21. סעיף 17(1) לאמנה קובע:

“Migrant workers and members of their families who are deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person and for their cultural identity”.

סעיף 70 לאמנה קובע כי תנאי העבודה והמגורים של עובדי ההגירה ובני משפחתם יותאמו לאמות המידה בעניין בטיחות, בריאות ועקרונות כבוד האדם (Principles of human dignity).

17 ראו האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984).

18 סעיף 4(b) להחלטת העצרת הכללית בדבר Setting International Standards in the Field of Human Rights, G.A. Res. 41/120 (Dec. 4 1986).

19 ראו כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989). ראו גם Judith Karp, *Matching Human Dignity with the UN Convention on the Rights of the Child*, in THE CASE OF THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA 89 (Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum eds., 2008).

20 לפסקה זו ולהצעות לשינויה, ראו Jordan J. Paust, *Human Dignity, Remedies, and Limitations in the Convention*, 7 N.Y.L. SCH. J. HUM. RTS. 116 (1989).

21 ראו Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, 2200 U.N.T.S. 3 (Dec. 18, 1990).

ב-1993 קיימו האומות המאוחדות את ה"Vienna World Conference on Human Rights" (Vienna Declaration and Programme of Action).²² במבוא להצהרה נקבע:

"[A]ll human rights derive from the dignity and worth inherent in the human person".

בגוף ההצהרה נקבעו עניינים מסוימים שבהם נדרשת פעולה בין-לאומית בעתיד. במקצת עניינים אלה ממלא כבוד האדם תפקיד נכבד.²³

ב-2005 התקבלה האמנה הבין-לאומית להגנה על כל בני האדם נגד היעלמות כפויה (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance).²⁴ סעיף 19 לאמנה דן במידע האישי המתקבל תוך כדי חיפוש אחרי אנשים הנעדרים בכפייה. נקבע בס"ק (2) כי האיסוף, הטיפול והשימוש במידע זה לא יפגע באלה:

"[T]he human rights, fundamental freedoms or human dignity of an individual".

ב-2007 קיבלה העצרת הכללית את האמנה הבין-לאומית באשר לזכויות ולכבוד של אנשים עם מוגבלויות (Convention on the Rights of Persons with Disabilities).²⁵ במבוא מצטטת האמנה את התייחסותה של מגילת האומות המאוחדות לכבוד האדם. כן מצוין במבוא כי כל הפליה של אדם בשל מוגבלויותיו היא בבחינת פגיעה ב"inherent dignity and worth of the human being". סעיף 3 לאמנה קובע את עקרונותיה הכלליים. נקבע (בס"ק a) כי "Respect for inherent dignity" הוא אחד מעקרונות האמנה.

(ג) אמנות של הארגונים המיוחדים של האו"ם

בצד האמנות שהתקבלו בעצרת הכללית של האומות המאוחדות מצויות אמנות שהתקבלו בארגונים המיוחדים של האומות המאוחדות (United Nations Specialized

22 ראו UN General Assembly, Vienna Declaration and Program of Action, A/CONF.157/23 (July 12, 1993).

23 ראו סעיפים 11, 18, 20, 25 ו-55 להצהרה.

24 ראו Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, U.N. Doc. A/61/488 (Dec. 20, 2006).

25 ראו Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2515 U.N.ST. 3 (Dec. 13, 2006).

(Agencies). למשל, הכרזת פילדלפיה²⁶ (Declaration of Philadelphia) מ-1944, אשר שימשה בסיס להקמת ארגון העבודה הבין-לאומי (ה-ILO), קבעה בין השאר בסעיף II(a):

“All human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity”.

הצהרה זו היא חלק מאמנת ארגון העבודה הבין-לאומי.²⁷ ההצהרה מופיעה בכמה אמנות אשר ארגון העבודה קיבל.²⁸

ארגון האומות המאוחדות לחינוך, מדע ותרבות (UNESCO) שהוקם ב-1945 פנה לעתים קרובות לכבוד האדם. במבוא לחוקת הארגון נקבע בין השאר כי מלחמת העולם השנייה התאפשרה בשל –

“[T]he denial of the democratic principles of the dignity, equality and mutual respect of men”.

כן נקבע במבוא :

“[T]he wide diffusion of culture, and the education of humanity for justice and liberty and peace are indispensable to the dignity of man”.

באונסקו נתקבלו כמה אמנות אשר כבוד האדם נזכר בהן: ב-1960 התקבלה למשל האמנה נגד הפליה בחינוך (Convention Against Discrimination in Education).²⁹ בהגדרה את המושג הפליה ציינה האמנה כי הפליה היא כל הבחנה אשר מטרתה לפגוע ביחס שווה בחינוך כן:³⁰

“[I]nfllicting on any person or group of persons conditions which are incompatible with the dignity of man”.

26 ראו Declaration Concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organization (Declaration of Philadelphia), adopted at the 26th session of the ILO (May 10, 1944).

27 סעיף 1(1).

28 ראו למשל אמנת העבודה הבין-לאומית בדבר הפליה בתעסוקה ובמשלח יד, כ"א 10, 27 (נפתחה לחתימה ב-1958); אמנה בדבר מדיניות תעסוקה, כ"א 21, 725 (נפתחה לחתימה ב-1964) Convention Concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities (June 23, 1983).

29 ראו האמנה נגד הפליה בחינוך, כ"א 12, 565 (נפתחה לחתימה ב-1960).

30 סעיף 1(d) לאמנה.

במסגרת פעילותה פרסמה אונסקו הצהרות רבות, ובהן הצהרות הקשורות לביואתיקה, שבהן כבוד האדם ממלא תפקיד חשוב. למשל, בהצהרה האוניברסלית על גנום האדם וזכויות האדם³¹ (Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights) נקבע (בסעיף 1):

“The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity. In a symbolic sense, it is the heritage of humanity”.

בסעיף 2 נקבע:

“(a) Everyone has a right to respect for their dignity and for their rights regardless of their genetic characteristics.

(b) That dignity makes it imperative not to reduce individuals to their genetic characteristics and to respect their uniqueness and diversity”.

הצהרות נוספות עוסקות ב־Human Genetic Data וב־Bioethics and Human rights. בכל אחת מהצהרות אלה ממלא כבוד האדם תפקיד חשוב.

3. אמנות בנושאים מיוחדים

רבות הן האמנות הבינ־לאומיות הרב־צדדיות בנושאים מיוחדים. ברבות מהן מופיע כבוד האדם. אתרכז בנושא אחד, אשר עניינו המשפט הבינ־לאומי ההומניטרי.³² אמנת האג הרביעית³³ (1907) עוסקת בדיני המלחמה. באמנה זו אין אזכור לכבוד האדם. הדבר השתנה בסמוך לאחר מלחמת העולם השנייה. ב־1949 התקבלו ארבע אמנות המכסות תחומים נרחבים של המשפט הבינ־לאומי ההומניטרי, לרבות טיפול בפצועים, הגנה על שבויים והגנה על אזרחים בזמן לחימה.³⁴ לכל האמנות הללו הוראה משותפת: זהו

31 ראו Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, UNESCO Gen. Conf. Res. 29 C/Res. 17, 29th Sess. (1997).

32 ראו LOUISE DOSWALD-BECK & JEAN MARIE HENCKAERTS, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2005); MARCO SASSÒLI & ANTOINE A. BOUVIER, HOW DOES LAW PROTECT IN WAR (2006).

33 ראו Hague Regulations on the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, 205 Consol. T.S. 277.

34 ראו אמנת ז'נווה להטבת מצבם של פצועים וחולים מקרב אנשי הכוחות המזוינים בשדות הקרב, כ"א 1, 387 (נפתחה לחתימה ב־1949); אמנת ז'נווה להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים, כ"א 1, 423 (נפתחה לחתימה ב־1949); אמנת

סעיף 3 בכל אמנה ואמנה, ותוכנו זהה בכל האמנות. הוא מכונה "סעיף 3 המשותף" ("common article three"). סעיף זה אוסר, בין השאר:³⁵

"Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment".

ב-1977 התקבלו שני פרוטוקולים שהוסיפו הוראות בעניין המשפט הבין-לאומי ההומניטרי.³⁶ בשני הפרוטוקולים חוזר הנוסח שהופיע בסעיף 3 המשותף בעניין כבוד האדם. נוסח זה, ככל שהוא מתייחס לכבוד האדם, אומץ גם בהקמת בתי דין פליליים מיוחדים³⁷ ובחקיקה בעניין בית הדין הפלילי הבין-לאומי.³⁸ כבוד האדם הוא אף חלק מהמשפט ההומניטרי המנהגי. הוא חלק מעקרונות האנושיות (principles of humanity).³⁹ אכן, חובתה של מדינה היא לנהוג בהומניות, והומניות משמעותה בין השאר – הגנה על כבוד האדם.

4. אמנות אזוריות

(א) אירופה

כבוד האדם ממלא תפקיד חשוב לא רק בחוקתיהן של רבות ממדינות אירופה אלא גם בפעילות העל-מדינתית באירופה. האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות

ז'נווה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949); אמנת ז'נווה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949).

35 סעיף 3(c)(1) לאמנה.

36 סעיפים 75 ו-85 ל- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3; סעיף 4(2)(1) ל- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 609.

37 ראו The Agreement for and Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 Jan. 2002, § 3; Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for Genocide and Other such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between 1 Jan. 1994 and 31 Dec. 1994, Art. 4; Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, Art. 8.

38 סעיף 8(2)(b)(xxi) ל- Rome Statute of the International Criminal Court (1998) המגדיר "war crimes".

39 על עקרון האנושיות ראו Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience*, 94 AM. J. INT'L L. 78 (2000). ראו גם DOSWALD-BECK & HENCKAERTS, לעיל ה"ש 32, בעמ' 315.

היסוד⁴⁰ (1950) אינה כוללת כל התייחסות מפורשת לכבוד האדם. רק ב-2002 – במסגרת התיקונים לאמנה שנקבעו בפרוטוקול ה-13,⁴¹ הן בביטול עונש המוות – צוין במבוא כי ביטול עונש המוות הוא מהותי:

“for the full recognition of the inherent dignity of all human beings”.

הדעה המקובלת היא כי כבוד האדם הוא ערך משתמע באמנה האירופית.⁴² מועצת אירופה – שהיא הגוף המחוקק של הקהילה האירופית – קיבלה מספר ניכר של אמנות והחלטות שבהן כבוד האדם ממלא מקום מרכזי. נציין בהקשר זה את האמנה הבסיסית (אמנת Oviedo) בדבר ההגנה על זכויות האדם וכבוד האדם בהקשר של ביולוגיה ורפואה.⁴³ בהקדמה צוין בין השאר הצורך לכבד את האדם כפרט וכשייך לגזע האנושי (human species) וכן:

“[R]ecognizing the importance of ensuring the dignity of the human being”.

הסעיף הראשון לאמנה קובע:

“Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings”.

גם הפרוטוקולים שנצטרפו לאמנה כוללים בחובם את כבוד האדם.⁴⁴ מקום נכבד ממלא כבוד האדם באיחוד האירופי (ה-European Union). בהצעת החוקה של אירופה (2004) נקבע:⁴⁵

- ראו Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS 40
.No. 005 (Nov. 4, 1950).
- ראו Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental 41
Freedoms, Concerning the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances, CETS
.No. 187 (May 3, 2002).
- ראו D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES & C.M. BUCKLEY, HARRIS, O'BOYLE & 42
WARBRICK, LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 335 (2nd ed., 2009);
Cathrine Dupré, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*,
.19 EURO. PUB. L. 319, 320 (2013).
- ראו Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being 43
with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights
.and Biomedicine, CETS No. 164 (April 4, 1997).
- ראו Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, 44
.Concerning Biomedical Research, CETS No. 195 (January 25, 2005).
- סעיף I-2. 45

“The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights”.

הצעת החוקה כללה מגילת זכויות אדם. הסעיף הפותח את המגילה דן בכבוד האדם:⁴⁶

“Human dignity is inviolable. It must be respected and protected”.

הצעת החוקה לא התקבלה. תחתיה התקבלה (ב-2007) אמנת ליסבון (Treaty of Lisbon).⁴⁷ במבוא לאמנה זו נשמר הטקסט שהופיע בהצעת החוקה בדבר כבוד האדם. אמנת ליסבון נתנה תוקף למגילת זכויות האדם האירופית,⁴⁸ שנתקבלה כבר ב-2000. במבוא למגילה נקבע בין השאר:

“[T]he Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law”.

הסעיף הראשון של המגילה קובע:

“Human dignity is inviolable. It must be respected and protected”.

(ב) אמריקה

ההצהרה האמריקנית על זכויות האדם וחובותיו⁴⁹ (American Declaration on the Rights and Duties of Man) התקבלה ב-1948, כמה חודשים לפני ההכרזה האוניברסלית. במבוא להצהרה נקבע, בין השאר:

“All men are born free and equal, in dignity and in rights”.

מדינות אמריקה מאורגנות בארגון המדינות האמריקניות (Organization of American States) (OAS). במסגרת זו התקבלה ב-1969 האמנה האמריקנית על זכויות האדם

46 סעיף II-6.

47 ראו European Union, Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, 13 December 2007, 2007/C306/01.

48 ראו European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7 December 2000, Official Journal of the European Communities, 18 December 2000 (2000/C.364/01).

49 ראו American Declaration of the Rights and Duties of Man, O.A.S. Res. XXX, adopted by the Ninth International Conference of American States (1948).

50. היא נכנסה לתוקף ב-1978. כבוד האדם נזכר באמנה. נקבע בסעיף 2 :

“All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person”.

בסעיף על פרטיות נקבע (סעיף 11) :

“Everyone has the right to have his honor and his dignity recognized”.

לאמנה זו הוסף פרוטוקול באשר לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.⁵¹ בהקדמה לפרוטוקול זה צוין כי קיים קשר קרוב בין הזכויות האזרחיות והפוליטיות לבין הזכויות החברתיות והכלכליות. קשר זה מתבטא בהיות הקטגוריות השונות של הזכויות :

“Constitute an indivisible whole based on the recognition of the dignity of the human person”.

במסגרת פעולתו של ארגון המדינות האמריקניות התקבלה אמנה למניעת עינויים ולענישתם (Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1987)).⁵² במבוא להקדמה נזכר כבוד האדם. ב-1994 התקבלה האמנה למניעה וענישה בגין אלימות נגד נשים (Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women).⁵³ בהקדמה לאמנה נקבע כי אלימות נגד נשים פוגעת בכבוד האדם שלהן. סעיף 4(e) לאמנה קובע, בין השאר, כי לכל אישה :

50 ראו Organization of American States, American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”, Costa Rica (Nov. 22, 1969).

51 ראו Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights “Protocol of San Salvador” O.A.S. Treaty Series No. 69 (Nov. 17, 1988); Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, CETS No. 168 (January 12, 1998); Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, CETS No. 186 (January 24, 2002); Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Genetic Testing for Health Purposes, CETS No. 203 (Nov. 27, 2008).

52 ראו Organization of American States, Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 9 December 1985, OAS Treaty Series, No. 67.

53 ראו Organization of American States, Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (“Convention of Belem do Para”), 9 June 1994.

“The right to have the inherent dignity of her person respected and her family protected”.

כן התקבלה ב-1999 במסגרת ארגון המדינות האמריקניות אמנה לחיסול כל צורות ההפליה כנגד אנשים עם מוגבלויות (Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Persons with Disabilities).⁵⁴ האמנה קובעת במבוא כי לאדם עם מוגבלויות אותן זכויות כמו לכל אדם אחר, וכי זכויות אלה, לרבות הזכות שלא להיות מופלה בשל המוגבלות –

“[F]low from the inherent dignity and equality of each person”.

(ג) אפריקה

ארגון האיחוד האפריקני (ה-OAU) (Organization of African Unity) הכין הצעה למגילת זכויות אדם אפריקנית (African Charter on Human and Peoples Rights).⁵⁵ ההצעה התקבלה ואושרה במדינות אפריקה. היא נכנסה לתוקף ב-1986. במבוא למגילה צוין – תוך ציטוט מהאמור במסמך המקים את האיחוד האפריקני – כי –

“[F]reedom, equality, justice and dignity are essential objectives for the achievement of the legitimate aspirations of the African peoples”.

סעיף 5 למגילה קובע:

“Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status”.

ארגון האיחוד האפריקני הכין כמה פרוטוקולים שהוסיפו זכויות למגילת הזכויות. אחד הפרוטוקולים דן בזכויות נשים באפריקה.⁵⁶ נקבע בו (בסעיף 3):

“Every woman shall have the right to dignity inherent in a human being and to the recognition and protection of her human and legal rights”.

54 ראו Organization of American States, Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities, 7 June 1999, AG/RES.1608 (XXIX-O/99).

55 ראו African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights, adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).

56 ראו Protocol to the African Charter of Human and Peoples rights on the Rights of Women in Africa (2000) (Maputo Protocol).

(ד) הליגה הערבית

הליגה הערבית נוסדה ב־1945. היא כוללת את מדינות ערב באפריקה ובאסיה. ב־1994 התקבלה בליגה הערבית מגילת זכויות אדם ערבית (Arab Charter of Human Rights).⁵⁷ היא נכנסה לתוקפה ב־2008. במבוא שלה נקבע:

“[S]temming from the Arab Nation’s faith in the dignity of man; from when God favored it by making the Arab nation the cradle of monotheistic religions and the birthplace of civilization; which has reaffirmed [man’s] right to a life of dignity based on freedom, justice and peace”.

(ה) ארגון הוועידה האסלאמית

ארגון הוועידה האסלאמית (ה־Organization of Islamic Cooperation) הוא ארגון בין־לאומי שחברות בו חמישים ושבע מדינות. הוא נועד לשקף את קולו של עולם האסלאם. במסגרת ארגון זה התקבלה הצהרת קהיר על זכויות אדם באסלאם (Cairo Declaration of Human rights in Islam).⁵⁸ סעיף 1(a) להכרזה קובע:

“All human beings form one family whose members are united by submission to God and descent from Adam. All men are equal in terms of basic human dignity and basic obligations and responsibilities, without any discrimination on the grounds of race, colour, language, sex, religious belief, political affiliation, social status or other considerations. True faith is the guarantee for enhancing such dignity along the path to human perfection”.

סעיף 6 להכרזה קובע:

“Woman is equal to man in human dignity”.

⁵⁷ ראו League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, 15 September 1994.

⁵⁸ ראו Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Aug. 5, 1990, U.N. GAOR, World Conf. on Hum. Rts., 4th Sess., Agenda Item 5, U.N. Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (1993).

פרק רביעי

ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות בחוקות

א. ההתפתחות עד מלחמת העולם השנייה

1. ההתפתחות עד מלחמת העולם הראשונה

ההיסטוריה האינטלקטואלית של כבוד האדם מצאה את עיקר ביטוייה בהגות התאולוגית, הפילוסופית והחברתית.¹ כבוד האדם לא היה חלק מהשיח המשפטי. החוקות של המדינות השונות רובן ככולן לא כללו כל התייחסות לכבוד האדם. באותם מקרים מעטים שבהם נזכר הביטוי "כבוד האדם" בחוקה או במסמך בעל חשיבות חוקתית, הוא התייחס לכבוד האדם כ"הדרת כבוד" (honor) וכמעמד. למשל, ב-"*Bill of Rights*" האנגלי מ-1689 נקבע הסדר הירושה שעניינו "to hold the crown and royal dignity". הדיבור dignity אין עניינו כבוד האדם ("הכבוד הסגולי" במינוח של קמיר) מושא ספר זה. הוא הדין בהצהרה על זכויות האדם והאזרח (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen) שהתקבלה במהפכה הצרפתית ב-1789. נקבע בה, בין השאר:²

"Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents".

ה-dignités שהסעיף דן בו עניינו הדרת כבוד (honor) ולא כבוד סגולי (dignity) שבו אנו עוסקים. עם זאת הגישה המקובלת במשפט האנגלי היא כי כבוד האדם הוא "ערך חברתי" חשוב.³

2. ההתפתחות ממלחמת העולם הראשונה עד מלחמת העולם השנייה

שינוי במעמדו החוקתי של כבוד האדם התרחש לאחר מלחמת העולם הראשונה. החוקה

1 ראו לעיל בעמ' 53.

2 סעיף 6 להצהרה.

3 ראו David Feldman, *Human Dignity as a Legal Value: Part 1*, [1999] Pub. L. 682.

הראשונה⁴ שהתייחסה לחיים בכבוד היא כנראה החוקה של פינלנד (יולי 1919). נקבעה בה הוראה⁵ שלפיה כל אזרח פניי יוגן על ידי החוק בחייו, בכבודו, בחירותו האישית וברכושו. באותה שנה נקבע בחוקה של ויימר (אוגוסט 1919)⁶ כי את ארגון חיי הכלכלה יש להתאים לעקרונות הצדק כדי להבטיח לכול חיים הראויים לבני אדם. הביטוי ששימש בהקשר זה הוא *menschenwürdigen*, שעניינו כבוד האדם. הוראה דומה הוספה ב־1920 לחוקה הקבועה של אסטוניה⁷. בחוקה של לבנון (1926) נשמר הכבוד (*dignity*) של הדת.⁸ בחוקה של אקוודור (1929)⁹ נכללה הוראה הדומה לזו שבחוקת ויימר, שלפיה את ארגון חיי הכלכלה יש לבסס על עקרונות צדק אשר מטרתם היא להבטיח צמיחה כלכלית, ובאמצעותה להבטיח רמת חיים המתיישבת עם כבוד האדם (*dignidad humana*).

הוראה באשר לכבוד האדם נכללה במבוא (*preamble*) של החוקה של אירלנד (1937), בזו הלשון:

“In the Name of the most Holy Trinity, from Whom all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and states must be referred, We the people of Éire, humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial, Gratefully remembering their heroic and unremitting struggle to regain the rightful independence of our Nation, and seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, Do hereby adopt, enact, and give to ourselves this Constitution”.

הפסיקה האירית רואה במבוא זה חלק מהחוקה עצמה.¹⁰ הצעות שונות לשינוי המבוא לא מומשו.

- 4 רבים רואים בחוקה של מקסיקו (1917) כמקור הראשון להכרה בכבוד האדם בחוקה שלאחר מלחמת העולם הראשונה. סעיף 3(c)(I) לחוקה אכן מפנה לכבוד האדם, אך הוראה זו הוספה לחוקה של מקסיקו בשנת 1946 (Diario Oficial Oct. 8, 1946).
- 5 סעיף 6 לחוקה של פינלנד משנת 1919.
- 6 סעיף 151 לחוקה של רפובליקת ויימר משנת 1919.
- 7 סעיף 25 לחוקה של אסטוניה משנת 1920.
- 8 סעיף 10 לחוקה של לבנון משנת 1926.
- 9 סעיף 151(18) לחוקה של אקוודור משנת 1929.
- 10 ראו Teresa Iglesias, *The Dignity of the Individual in the Irish Constitution: The Importance of the Preamble*, 89 STUDIES 19, 20 (2000) *ראו גם* Samuel Moyn, *The Secret History of Constitutional Dignity*, (forthcoming) (available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159248).

החוקה של ניקרגואה (1939) קבעה הוראה בעניין כבוד האדם של העובד.¹¹ החוקה של קובה (1940) קבעה (בסעיף 20) את שוויון הכול בפני החוק. נקבע כי כל הפליה על בסיס מין, גזע, צבע, מעמד או כל עניין אחר המפחית מכבוד האדם (dignidad humana) היא בלתי חוקית ובת-עונשין.

ב. ההתפתחות ממלחמת העולם השנייה עד ימינו

1. גדרי ההתפתחות

כבוד האדם זכה למקום מרכזי בשיח זכויות האדם לאחר מלחמת העולם השנייה. מדינות רבות שזכו לעצמאות הכניסו לחוקתן פרקים על זכויות האדם, ובהם גם התייחסות לכבוד האדם.¹² מדינות שעברו ממשטר טוטליטרי למשטר דמוקרטי הכניסו לחוקתן מגילת זכויות אדם ובמסגרתה גם הוראות בדבר כבוד האדם. בצד ההשפעה שהייתה למבוא למגילת האומות המאוחדות, ההכרזה האוניברסלית וחוק-היסוד הגרמני, גברה השפעתם של מסמכים בין-לאומיים נוספים, ובעיקר האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) והאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966). בחלקי תבל שונים החלו התפתחויות אזוריות, שכללו בחובן את כבוד האדם. אעמוד על ההתפתחויות תוך הבחנה בין האזורים השונים.

במקצת החוקות החדשות כבוד האדם הוא זכות חוקתית. כך הדבר למשל בחוקות של ישראל,¹³ של רוסיה,¹⁴ של שווייץ,¹⁵ של דרום-אפריקה,¹⁶ של אתיופיה,¹⁷ של קולומביה,¹⁸ של פולניה,¹⁹ של הונגריה²⁰ ובחוק-היסוד הגרמני.²¹ במקצתן האחרת של החוקות החדשות כבוד האדם משמש ערך חוקתי בלא שהוכר כזכות חוקתית.²²

- | | |
|----|---|
| 11 | סעיף 100(4) לחוקה של ניקרגואה משנת 1939. |
| 12 | ניצבים אנו בפני בעיה קשה של תרגום. בשל מגבלות לשוניות התייחסתי תמיד לטקסט האנגלי של החוקות. אך מי לידנו יתקע שזהו התרגום המדויק לנוסח המקורי, ושהביטוי האנגלי dignity אכן משקף את הביטוי המקורי בשפת החוקה. |
| 13 | ראו סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992. |
| 14 | ראו סעיף 21 לחוקה של רוסיה משנת 1993. |
| 15 | ראו סעיף 7 לחוקה של שווייץ משנת 1999. |
| 16 | ראו סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה משנת 1996. |
| 17 | ראו סעיף 24 לחוקה של אתיופיה משנת 1995. |
| 18 | ראו סעיף 21 לחוקה של קולומביה משנת 1991. |
| 19 | ראו סעיף 30 לחוקה של פולניה משנת 1997. |
| 20 | ראו פרק 2 סעיף 2 לחוקה של הונגריה משנת 2012. |
| 21 | ראו סעיף 1 לחוק-היסוד הגרמני משנת 1949. |
| 22 | ראו סעיף 10 לחוקה של ספרד משנת 1978. |

שאלה יפה היא עד כמה היו השפעות הדדיות בין החוקות השונות על השימוש בגדרן בכבוד האדם. כך למשל: האם הייתה השפעה אירופית (ספרד ופורטוגל בעיקר) על השימוש בכבוד האדם בחוקות של אמריקה הלטינית? והאם הייתה השפעה (אנגלית וצרפתית) על השימוש בכבוד האדם באפריקה ובאסיה? דומה שהתשובה על שאלה זו היא בשלילה. עד כמה שהשפעה חיצונית פעלה על חוקותיהן של מדינות אמריקה הלטינית, היא לא באה מספרד ומפורטוגל – שרק בשנות השמונים זכו לחוקות דמוקרטיות – אלא הייתה ברוח המהפכות הצרפתית והאמריקנית של סוף המאה השמונה-עשרה²³ ובהשפעת הפיתוח של הבנת כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני.²⁴ בדומה לכך, ספק רב אם הייתה השפעה של המדינות הקולוניאליות על החוקות של הקולוניות שלהן בעבר באפריקה ובאסיה אשר זכו לעצמאות. עד כמה שאפשר להצביע על השפעה חיצונית, היא באה – במקרה של אפריקה ואסיה בעיקר – מהמסמכים הבינ-לאומיים.

2. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אירופה

(א) שנות הארבעים

סמוך לאחר סיום מלחמת העולם השנייה (יולי 1945) קיבלה ספרד מגילת זכויות יסוד (Fuero de los Españoles). המגילה כוללת כמה התייחסויות לכבוד האדם. בסעיף 1 למגילה למשל נקבע:

“The Spanish state proclaims as a guiding principle of its acts, respect for the dignity, integrity, and liberty of the human person [...]”.

מגילה זו הייתה יזמה של פרנקו לקבלת ספרד למסגרת אומות העולם. הניסיון לא צלח. השינוי הבא התרחש בצרפת. ב־1946 כוננה החוקה הצרפתית (“החוקה של הרפובליקה הרביעית”). המבוא לחוקה קבע:

“On the morrow of the victory of the free peoples over the regimes that attempted to enslave and degrade the human person, the French people proclaim once more that every human being, without distinction of race, religion or belief, possesses inalienable and sacred rights. It solemnly reaffirms the rights and freedoms of man and of the citizen consecrated

23 ראו ALLAN R. BREWER-CARÍAS, CONSTITUTIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA: A COMPARATIVE STUDY OF AMPARO PROCEEDING 13 (2009).

24 ראו Erin Daly, *Dignity in the Service of Democracy* (Widener Law School Legal Studies Research Paper Series no. 11-07, 2010).

by the Declaration of Rights of 1789 and the fundamental principles recognized by the laws of the Republic”.

הוראה זו – הסומכת עצמה על ההצהרה על זכויות האדם והאזרח (1789) – פורשה לאחר שנים בבית המשפט החוקתי הצרפתי כמעניקה מעמד חוקתי לכבוד האדם.²⁵ ב־1947 כוננה החוקה האיטלקית. כבוד האדם מוזכר בשלושה מסעיפיה.²⁶ סעיף 3 לחוקה קובע:

“All citizens have equal social dignity [dignità sociale] and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinions, personal and social conditions”.

סעיף 27 לחוקה דן באחריות הפלילית. נקבע בו, בין השאר:

“Punishment cannot consist in treatment contrary to human dignity [senso di umanità] and must aim at rehabilitating the condemned”.

לבסוף סעיף 41(2) לחוקה הדן בכלכלה החופשית קובע:

“Private economic initiative is free. It cannot be conducted in conflict with public will or in such manner that could damage safety, liberty or human dignity [dignità umana]”.

ההתפתחות העיקרית בתקופה זו התרחשה בגרמניה. תחילתה בחוקתן של כמה מדינות שכללו את כבוד האדם, והמשכה בהוראת סעיף 1(1) לחוק־היסוד הגרמני (ה־Grundgesetz), הקובע:

“The dignity of man [Die Würde des Menschen] shall be inviolable [unantastbar]. To respect and protect it shall be the duty of all state authority”.

כן נקבע בחוק־היסוד כי שינוי חוקתי אין בו כדי לשנות את עקרונות היסוד הקבועים בהוראה זו.²⁷ על פירושה של הוראה זו ועל מרכזיותה בחוק־היסוד הגרמני נעמוד בהמשך.²⁸

25 ראו להלן בעמ' 98.

26 ראו (2009) PAOLO BECCHI, IL PRINCIPIO DIGNITÀ UMANA.

27 סעיף 79(3) לחוק־היסוד הגרמני.

28 ראו להלן בעמ' 451.

(ב) שנות החמישים – האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד

ההתפתחות הבאה באירופה באה עם כניסתה לתוקף של האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד (1950).²⁹ אמנה זו הושפעה מההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם. חרף זאת אין בה אזכור מפורש של כבוד האדם. רק בפרוטוקול ה-13 לאמנה, שעניינו ביטול עונש המוות, נאמר במבוא כי ביטול עונש המוות מהותי להכרה המלאה בכבוד האדם של כל בני האדם. אף על פי שהאמנה עצמה אינה מזכירה את כבוד האדם, התפיסה המקובלת היא כי כבוד האדם הוא ערך המונח ביסודה.³⁰ הוא משמש בסיס לכל הזכויות הקבועות באמנה. כן משמש הוא לפרשנותן של הוראותיה.³¹ במשך השנים גבר כוחו של כבוד האדם באירופה. הוא נקבע במפורש בזכות או כערך בחוקתן של מדינות רבות.

(ג) שנות השישים, השבעים והשמונים

בשנים אלה חלו שתי התפתחויות: האחת נוגעת לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד ולמשפט הקהילה האירופית. בית המשפט האירופי לזכויות האדם קבע כי כבוד האדם הוא ערך משפטי המונח ביסוד האמנה.³² ברוח דומה פסק בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי.³³ ההתפתחות השנייה נוגעת לחוקתן של כמה מדינות אשר אימצו את כבוד האדם. בחוקה של תורכיה (1961) נקבע כי אין להטיל עונש שאינו עולה בקנה אחד עם כבוד האדם.³⁴ המעבר מהדיקטטורה לדמוקרטיה ביוון הביא לכינונה של החוקה היוונית מ-1975. כבוד האדם ממלא בחוקה זו תפקיד חשוב. סעיף 2 לחוקה – שכותרתו היא כבוד האדם – קובע בס"ק (1):

“Respect and protection of the value of the human being constitute the primary obligation of the state”.

- ראו ROBIN C.A. WHITE & CLARE OVEY, JACOBS, WHITE & OVEY, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 3 (5th ed., 2010). 29
- ראו CONOR A. GEARTY, PRINCIPLES OF HUMAN RIGHTS ADJUDICATION 91 (2004). ראו גם S.W v. United Kingdom, (1995) 21 EHRR 363, para. 42, 44; Prety v. United Kingdom, [2002] ECHR 427 (29 April 2002). 30
- Jochen A. Frowein, *Human Dignity in International Law, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE* 124 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002). 31
- ראו S.W v. United Kingdom, לעיל ה"ש 30, בפס' 42, 44. 32
- ראו Kingdom of the Netherlands v. European Parliament & Council of the European Union, Case C-377/98, 2001 ECR I-7079, para. 70–77. 33
- סעיף 14(4) לחוקה של תורכיה משנת 1961. 34

סעיף 7 לחוקה היוונית עוסק באחריות הפלילית. בס"ק (2) נקבע:

"Torture, any bodily maltreatment, impairment of health or the use of psychological violence, as well as any other offence against human dignity are prohibited and punished as provided by law."

לבסוף, סעיף 106 לחוקה היוונית עוסק ביחסים שבין המדינה לכלכלה. נקבע בין השאר בס"ק (2):

"Private economic initiative shall not be permitted to develop at the expense of freedom and human dignity, or to the detriment of the national economy".

המעבר מדיקטטורה לדמוקרטיה בפורטוגל הביא ב-1976 לכינונה של חוקה חדשה. בחוקה של פורטוגל נקבע, בסעיף הראשון:

"Portugal shall be a sovereign Republic, based on the dignity of the human person and the will of the people and committed to building a free, just and solidary society".

בסעיף 26(2) לחוקה של פורטוגל נקבע:

"The law shall lay down effective guarantees against the procurement and misuse of information concerning persons and families and its use contrary to human dignity".

הדעה המקובלת היא כי בכך הכירה החוקה בכבוד האדם (dignidade humana) כערך חוקתי, אך לא כזכות חוקתית.³⁵

ב-1978 כוננה חוקה חדשה בספרד שלאחר פרנקו. כבוד האדם מעוגן במפורש בחוקה. סעיף 10(1) לחוקה קובע:

"The dignity [dignidad] of the person, the inviolable rights which are inherent, the free development of the personality, respect for the law and the rights of others, are the foundation of political order and social peace".

35 ראו Jose Manuel Cardoso Da Costa, *The Principle of Human Dignity in European Case-Law*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 50 (European Commission for Democracy through Law, 1998).

הסעיף מכיר בכבוד האדם כערך חוקתי, אך לא כזכות חוקתית.³⁶
ב־1982 כוננה חוקה חדשה בתורכיה. החוקה קובעת, בין השאר:³⁷

“No one shall be subjected to torture or ill-treatment; no one shall be subjected to penalties or treatment incompatible with human dignity”.

(ד) שנות התשעים

האירוע המרכזי בשנות התשעים – מנקודת המבט של זכויות האדם בכלל ושל כבוד האדם בפרט – היה התפרקות הגוש הסובייטי במרכז אירופה ומזרחה, נפילת הקומוניזם במדינות הגוש והמעבר לדמוקרטיה. בכל אחת מאותן מדינות התקבלה חוקה חדשה, ולעתים הוכנסו בה סמוך לאחר מכן שינויים חשובים. בכל החוקות נקבע פרק על זכויות אדם. במסגרתו של פרק זה הוענקה הגנה לכבוד האדם.
החוקה הפוסט־קומוניסטית הראשונה כוננה – בדרך של תיקון החוקה משנת 1949 – בהונגריה.³⁸ החוקה ההונגרית (1989) קובעת בסעיף 39,54 הפותח את הפרק על זכויות האדם, כך:

“In the Republic of Hungary everyone has the inherent right to life and to human dignity”.

ברוח דומה נקבעו הוראות בעניין כבוד האדם בחוקות אלה: קרואטיה (1990),⁴⁰ אלבניה (1991),⁴¹ בולגריה (1991),⁴² סלובניה (1991),⁴³ מקדוניה (1991),⁴⁴ אסטוניה (1992),⁴⁵

36 ראו (2010) ALBERTO OHELING DE LOS REYES, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA.

37 ראו סעיף 17.

38 ב־1 בינואר 2012 נכנסה לתוקפה חוקה חדשה להונגריה. סעיף II לפרק על חירות ואחריות קובע: “Human dignity is inviolable. Everyone has the right to life and human dignity; the life of a fetus will be protected from conception”.

39 על כבוד האדם בחוקה ההונגרית, ראו CATHERINE DUPRÉ, IMPORTING LAW IN POST-COMMUNIST TRANSITIONS: THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE RIGHT TO HUMAN DIGNITY (2003). ראו גם Catherine Dupré, *The Right to Human Dignity in Hungarian Constitutional Case-law*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY (European Commission for Democracy through Law, 1998) 68.

40 סעיפים 25 ו־35 לחוקת הרפובליקה של קרואטיה משנת 1990.

41 פרק I, סעיף 2 ופרק VI, סעיף 15 לחוקת הרפובליקה של אלבניה משנת 1991.

42 במבוא ובסעיפים 4(2), 6(1), 32(1) לחוקתה רפובליקה של בולגריה משנת 1991.

43 סעיפים 21 ו־34 לחוקת הרפובליקה של סלובניה משנת 1991.

44 סעיפים 11 ו־25 לחוקת הרפובליקה של מקדוניה משנת 1991.

45 סעיף 10 לחוקת הרפובליקה של אסטוניה משנת 1992.

ליטא (1992),⁴⁶ סלובקיה (1992),⁴⁷ צ'כיה (1993),⁴⁸ רוסיה (1993),⁴⁹ בלארוס (1994),⁵⁰ מולדביה (1994),⁵¹ ארמניה (1995),⁵² אזרבייג'ן (1995),⁵³ גאורגיה (1995),⁵⁴ בוסניה-הרצגובינה (1995),⁵⁵ אוקראינה (1996)⁵⁶ ופולניה (1997).⁵⁷ באמצע שנות התשעים הוכנס כבוד האדם לחוקה של בלגיה (1994), וכך נקבע:⁵⁸

“Everyone has the right to lead a life in conformity with human dignity”.

בסוף שנות התשעים (1999) חל שינוי מרחיק לכת בחוקה הפדרלית של שווייץ. הוסף פרק מקיף על זכויות האדם. נקבע, בין השאר, כי:⁵⁹

“Human dignity is to be respected and protected”.

בחוקה החדשה של פינלנד (1999) נקבע:⁶⁰

“The constitution shall guarantee the inviolability of human dignity”

התפתחות חשובה התרחשה בצרפת. ב־1958 כוננה חוקה חדשה (“החוקה של הרפובליקה החמישית”). במבוא לחוקה זו נאמר:

“The French people solemnly proclaim its attachment to the rights of man and to the principles of national sovereignty as defined by the Declaration

- סעיפים 21, 22, 25 לחוקת הרפובליקה של ליטא משנת 1992. 46
 סעיפים 12(1), 19(1), 36(a) לחוקת הרפובליקה הסלובקית משנת 1992. 47
 במבוא לחוקת הרפובליקה הצ'כית משנת 1993. 48
 סעיף 21(1) לחוקת הפדרציה הרוסית משנת 1993. 49
 סעיפים 25, 28, 50, 53 לחוקת הרפובליקה של בלארוס משנת 1994. 50
 במבוא ובסעיפים 1(3), 9(2), 32(2) לחוקת הרפובליקה של מולדובה משנת 1994. 51
 סעיפים 3, 14, 17 ו־47 לחוקת הרפובליקה של ארמניה משנת 1995. 52
 סעיפים 13(3), 18(2), 46, 106 לחוקת הרפובליקה של אזרבייג'ן משנת 1995. 53
 סעיפים 17(1) ו־24(4) לחוקת הרפובליקה של גאורגיה משנת 1995. 54
 במבוא לחוקת הרפובליקה של בוסניה-הרצגובינה משנת 1995. 55
 סעיפים 3, 21, 28, 41, 68, 105 לחוקת אוקראינה משנת 1996. 56
 במבוא וסעיפים 30, 130, 178(2), 195(2), 205(3), 209(3), 214(2), 227(4), 233(1) לחוקת הרפובליקה של פולניה משנת 1997. ראו גם Biruta Lewaszkiwicz-Petrykowska, *The Principle of Respect for Human Dignity, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 15* (European Commission for Democracy through Law, 1998). 57
 סעיף 23 לחוקת בלגיה משנת 1994. Francis Delpérée, *The Right to Human Dignity in Belgian Constitutional Law, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 57* (European Commission for Democracy Through Law, 1998). 58
 סעיף 7 לחוקה הפדרלית של שווייץ משנת 1999. 59
 סעיף 1(2) לחוקה הפדרלית של פינלנד משנת 1999. 60

of 1789, confirmed and completed by the Preamble to the Constitution of 1946.

By virtue of these principles and that of the self-determination of peoples, the Republic offers to the overseas territories that express the will to adhere to them new institutions founded on the common ideal of liberty, equality and fraternity and conceived with a view to their democratic development”.

בהמשך נקבעו הוראות בעניין רשויות השלטון. אין בחוקה מגילת זכויות חוקתית. החוקה הקימה את מועצת החוקה (ה־Conseil Constitutionnel). היא הוסמכה בין השאר לבחון את החוקתיות של חוקים (lois) שהתקבלו על ידי האספה הלאומית וטרם פורסמו. על רקע מבנה חוקתי זה – הסומך עצמו על המבוא לחוקה של הרפובליקה הרביעית ועל המבוא לחוקה של הרפובליקה החמישית ועל ההפניה להצהרה על זכויות האדם והאזרח מ־1789 – החליטה המועצה החוקתית כי לזכויות הקבועות בהצהרה מעמד חוקתי.⁶¹ על בסיס זה נבנתה מגילת זכויות חוקתיות. מגילה זו אינה כוללת זכות מפורשת⁶² לכבוד האדם. בפסק דין של מועצת החוקה מ־1994⁶³ נקבע כי הערך של כבוד האדם הוא חלק מה־”bloc de constitutionnalité”.⁶⁴ ועדת מומחים שהקים נשיא הרפובליקה הציעה בין השאר לתקן את המבוא לחוקה של הרפובליקה החמישית ולהכניס הוראות מפורשות באשר לערך של כבוד האדם.⁶⁵ המלצה זו טרם מומשה.

(ה) תחילת המאה העשרים ואחת

במאה העשרים ואחת נמשכה המגמה של הכרה בכבוד האדם כערך חוקתי או זכות חוקתית. מקצת החוקות שהתקבלו היו המשך להתפתחות במרכז ובמזרח אירופה, ובעיקר

61 ראו Conseil Constitutionnel, no. 71-44 DC du 16 juillet 1971.

62 ראו לעיל בעמ' 93.

63 Decision 94-343/344 DC, July 27, 1994.

64 ראו Giovanni Bognetti, *The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism*, in EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM 75, 97 (George Nolte

Jacques Robert, *The Principle of Human Dignity*, in THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY 43 (European Commission for Democracy Through Law,

RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 43 (European Commission for Democracy Through Law,

.1998); Decision 94-343/344 DC, July 27, 1994, Rec. 100

65 COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, RAPPORT AU PRÉSIDENT

DE LA RÉPUBLIQUE (2008).

ההתפתחויות בסרביה. על רקע זה התקבלה ב-2006 החוקה של סרביה. נקבע בה פרק על זכויות אדם וזכויות המיעוט. לעניין כבוד האדם נקבע:⁶⁶

“Human dignity is inviolable and everyone shall be obliged to respect and protect it”.

חוקתה של קוסובו כוננה ב-2008. לעניין כבוד האדם נקבע:⁶⁷

“Human dignity is inviolable and is the basis of all human rights and fundamental freedoms”.

(ו) מבט לאחור

בחינת מעמדו של כבוד האדם בחוקות של המדינות באירופה מובילה למסקנה כי מתוך 45 מדינות באירופה, ב-32 יש אזכור מפורש בחוקה של כבוד האדם – אם כערך חוקתי בלבד ואם כזכות חוקתית. ב-12 מדינות אין החוקה מתייחסת במפורש לכבוד האדם. המדינות הן איסלנד, דנמרק, הולנד, ותיקן, לוקסמבורג, ליכטנשטיין, מונקו, מלטה, נורווגיה, סן-מרינו, צרפת וקפריסין. כל המדינות האלה חתומות על האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד. כפי שראינו,⁶⁸ מכוחה של אמנה זו כבוד האדם הוא ערך חוקתי. שבע מתוך מדינות אלה הן חברות האיחוד האירופי, אשר מסמכיו הביין-לאומיים – אמנת ליסבון ומגילת זכויות האדם האירופית – מכירים בכבוד האדם.

3. התפתחות כבוד האדם בחוקות של אמריקה הלטינית

(א) עד סוף שנות הארבעים

החוקה הראשונה בדרום-אמריקה שהזכירה את כבוד האדם (dignidad humana) הייתה חוקתה של אקוודור מ-1929. בדומה לחוקת ויימר, אף בחוקה של אקוודור נקבע כי ארגון חיי הכלכלה צריך להבטיח צמיחה אשר באמצעותה תובטח רמת חיים המתיישבת עם כבוד האדם. ב-1940 הופיע כבוד האדם בחוקתן של קובה ופרגוואי. בחוקת קובה נקבע העיקרון של שוויון הכול בפני החוק, והוטל איסור על הפליה המפחיתה מכבוד האדם.⁶⁹ בחוקה של פרגוואי הוטל איסור על ניצול האדם לרעה, ונקבע שעל המדינה להבטיח לכל עובד רמת חיים העולה בקנה אחד עם כבוד האדם.⁷⁰

66 סעיף 23 לחוקה של סרביה משנת 2006.

67 סעיף 23 לחוקה של קוסובו משנת 2008.

68 ראו לעיל ה"ש 29.

69 סעיף 20 לחוקה של קובה משנת 1940.

70 סעיף 14 לחוקה של פרגוואי משנת 1940.

ריבוי בהיזקקות לכבוד האדם בחוקות של דרום-אמריקה התרחש לאחר מלחמת העולם השנייה. בחוקתה של גואטמלה (1945) נקבע כי רשימת הזכויות הקבועות בחוקה אינה באה לשלול זכויות אחרות, בעלות אופי היקשי או הנגזרות מעקרון ריבונות העם, מהצורה הרפובליקנית והדמוקרטית של הממשלה ומכבוד האדם.⁷¹ בחוקתה של אקוודור (מ-1945) נקבע (בסעיף 141(2)) איסור על הפליה הפוגעת בכבוד האדם. כן נקבע כי המדינה צריכה להבטיח עבודה בתנאים של כבוד (digna).⁷² בחוקתה של פנמה (1946) נקבעה הוראה בעניין חינוך אשר צריך להחדיר הכרה בכבוד של האזרחות הפנמית.⁷³ במסגרת תיקון חוקתי בשלהי 1946 הוסף לחוקה של מקסיקו סעיף 3(II)(c) המתייחס לכבוד האדם.⁷⁴ במבוא לחוקתה של ונצואלה מ-1947 נקבע כי הסיבה הבסיסית לקיומה של האומה הוונצואלית היא זו:

“the spiritual, political, and economic liberty of man, based on human dignity, social justice, and the fair participation of all the people in the enjoyment of the national wealth”.

כבוד האדם נזכר בחוקתה של ניקרגואה מ-1948 בהקשר של הוראה בעניין שכר מינימלי של עובדים שיבטיח להם קיום מינימלי המתיישב עם כבוד האדם.⁷⁵ גם בחוקתה של ארגנטינה מ-1949 הוזכר כבוד האדם בהקשר של יחסי עבודה. נקבעה זכות לעבודה וצוין כי זו זכות המוגנת על ידי החברה⁷⁶ –

“and it should be considered with the dignity that it deserves”.

גם בחוקתה של קוסטה ריקה מ-1949 נזכר כבוד האדם בהקשר של הזכות לעבוד.⁷⁷ עם ההכרה בכבוד האדם בשנות הארבעים כחלק מהשיח החוקתי באמריקה הלטינית הלך מקומו של כבוד האדם בחוקות של מדינות אמריקה הלטינית והתרחב. ההתפתחות הייתה מהירה ועברה מחוקתה של מדינה אחת לרעותה, ובגדרה של מדינה נתונה מחוקה אחת לרעותה. אכן, רבות הן החוקות באמריקה הלטינית. מכל מדינות אמריקה הלטינית רק בחוקתה של אורוגוואי אין אזכור לכבוד האדם אם כי יש אזכור להדרת כבוד (honor).⁷⁸

- | | |
|----|---|
| 71 | סעיף 50 לחוקה של גואטמלה משנת 1945. |
| 72 | סעיף 148 לחוקתה של אקוודור משנת 1945. |
| 73 | סעיף 77 לחוקה הפנמית. |
| 74 | Diario Oficial Oct. 8, 1946. |
| 75 | סעיף 83(3) לחוקה של ניקרגואה משנת 1948. |
| 76 | סעיף 37(1) לחוקה של ארגנטינה משנת 1949. |
| 77 | סעיף 56 לחוקה של קוסטה ריקה משנת 1949. |
| 78 | סעיף 7 לחוקה של אורוגוואי משנת 1966. |

אנתח אפוא את כבוד האדם כפי שהוא מופיע בחוקות של אמריקה הלטינית כפי שהן בתוקף בסוף העשור הראשון למאה העשרים ואחת.

(ב) כבוד האדם בחוקות העכשוויות

כל החוקות של אמריקה הלטינית – למעט חוקתה של אורוגוואי – כוללות בחובן התייחסות לכבוד האדם. אינטנסיביות השימוש בכבוד האדם משתנה כמובן מחוקה לחוקה. מצד אחד של הקשת עמדת פנמה, המזכירה את כבוד האדם במבוא לחוקה ובאחד הסעיפים בלבד.⁷⁹ מצד אחר של הקשת עומדות אקוודור⁸⁰ ובוליביה,⁸¹ המזכירות את כבוד האדם במבוא ובמספר רב של סעיפים בחוקה כולה. המאפיין את החוקות של כמה מדינות באמריקה הלטינית⁸² – ובראשן קולומביה, פרו, מקסיקו, ארגנטינה וברזיל – הוא התפקיד המרכזי שכבוד האדם ממלא במגילות זכויות האדם שלהן ובתפיסתן את הדמוקרטיה. ברבות מהחוקות נקבע כי המדינה מבוססת על הוקרה של כבוד האדם (*respeto de la dignidad humana*).⁸³ יש חוקות המציינות כי הדמוקרטיה מבוססת על הכרה בכבוד האדם.⁸⁴ חוקות אחדות קובעות כי כבוד האדם אינו ניתן לחילול (*inalienable*).⁸⁵ לעתים

- 79 ראו החוקה של פנמה משנת 1972, כפי שתוקנה ב-2004. נקבע במבוא כי מטרתה של החוקה היא בין השאר לקדם את כבוד האדם (*dignidad humana*), ונקבע בסעיף 17 כי ניתן להכיר בזכויות הקשורות לזכויות החוקתיות ברוח ההגנה על כבוד האדם.
- 80 החוקה של אקוודור משנת 2008. כבוד האדם מוזכר במבוא ובסעיפים 7, 30, 33, 37(7), 39, 42, 45, 56, 57(14), 57(21), 60, 66(2), 84, 158, 171, 189, 229, 329, 375, 408.
- 81 החוקה של בוליביה משנת 2009. כבוד האדם מוזכר במבוא ובסעיפים 8(2), 9(2), 21(2), 22, 23(2), 46(1), 54(1), 67(1), 70(4), 73(1), 98(3).
- 82 ראו Daly, לעיל ה"ש 24.
- 83 ראו סעיף 1 לחוקה של קולומביה משנת 1991; סעיף 3 לחוקה של ונצואלה משנת 1999; סעיף 1 לחוקתה של ברזיל משנת 1988; סעיף 1 לחוקה של פרו משנת 1993; המבוא לחוקה של אקוודור משנת 2008; המבוא וסעיף 8(2) לחוקה של בוליביה משנת 2009; המבוא לחוקה של פנמה (תיקון מ-1994); המבוא לחוקה של פרגוואי משנת 1992.
- 84 ראו סעיף 1 לחוקה של פרגוואי משנת 1992.
- 85 ראו למשל סעיף 42 לחוקה של קולומביה משנת 1991; סעיף 59 לחוקה של הונדורס משנת 1982 (תיקון מ-1991); סעיף 22 לחוקה של בוליביה משנת 2009.

נקבע כי מוכרת הזכות לכבוד האדם.⁸⁶ לעתים זכות זו מוכרת לעניין אסירים,⁸⁷ עובדים,⁸⁸ אנשים עם מוגבלויות⁸⁹ וילדים.⁹⁰ לפעמים כבוד האדם מוענק למשפחה.⁹¹ בכמה חוקות קיים קשר בין כבוד האדם לבין שוויון. לעתים נקבע כי ההכרה בכבוד האדם נועדה להבטיח את השוויון,⁹² או להבטיח כבוד אדם שווה לכול.⁹³ לעתים נקבע כי ההפליה נוגדת את כבוד האדם.⁹⁴ לעתים נקבע כי אנשים נולדים שווים בכבוד האדם שלהם.⁹⁵ לבסוף, לעתים משמש כבוד האדם אמת מידה להגדרת ההפליה. כך למשל נקבע בחוקתה של מקסיקו איסור על הפליה על בסיס מין, גיל, מעמד חברתי, מצב בריאותי, דת, דעת, העדפה, או כל הפליה אחרת הפוגעת בכבוד האדם.⁹⁶ קיימות חוקות הקובעות כי אין בזכויות האדם המעוגנות בהן כדי לשלול קיומן של זכויות אחרות המצויות מחוץ לחוקה והמבוססות על כבוד האדם.⁹⁷

4. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אפריקה

החוקה הראשונה באפריקה היא חוקתה של ליבריה (1847). חוקה זו אינה מזכירה את כבוד האדם. דומה שהחוקה הראשונה באפריקה הכוללת בחובה התייחסות לכבוד האדם היא חוקתה של מצרים (1956). נקבע במבוא לחוקה כי בני העם המצרי –

“[W]ith our sacred belief in equality, justice and dignity as fundamental roots of liberty and peace”.

מאז מופיע כבוד האדם במרבית החוקות של מדינות אפריקה.⁹⁸ רק בחוקות של שבע מדינות באפריקה אין כל התייחסות לכבוד האדם.⁹⁹ ברבות מהחוקות נקבע כי כבוד האדם

- 86 ראו למשל סעיף 21(2) לחוקה של בוליביה משנת 2009.
- 87 ראו למשל סעיף 19 לחוקה של גואטמלה משנת 1985; סעיף 144(1) לחוקה של האיטי משנת 1987; סעיף 46 לחוקה של ונצואלה משנת 1999; סעיף 73 לחוקה של בוליביה משנת 2009.
- 88 ראו למשל סעיף 83(3) לחוקה של ניקרגואה משנת 1948; סעיף 53 לחוקה של קוסטה ריקה, כפי שתוקנה ב-1999; סעיף 37 לחוקה של אל סלוודור משנת 1983; סעיף 23 לחוקה של פרו משנת 1993; סעיף 33 וסעיף 329 לחוקה של אקוודור משנת 2008; סעיף 53 לחוקה של קולומביה משנת 1991; סעיף 37(1) לחוקה של ארגנטינה משנת 1949.
- 89 ראו למשל סעיף 81 לחוקה של ונצואלה משנת 1999; סעיף 7 לחוקה של פרו משנת 1993.
- 90 ראו למשל סעיף 45 לחוקה של אקוודור משנת 2008.
- 91 ראו למשל סעיף 42 לחוקה של קולומביה משנת 1991.
- 92 סעיף 1 לחוקה של פרגוואי משנת 1992.
- 93 סעיף 9 לחוקה של בוליביה משנת 2009.
- 94 סעיף 33 לחוקה של קוסטה ריקה (תיקון מ-1999).
- 95 סעיף 1 לחוקה של צ'ילה משנת 1980; סעיף 4 לחוקה של גואטמלה משנת 1985; סעיף 9(2) לחוקה של בוליביה משנת 2009.
- 96 סעיף 1 לחוקה של מקסיקו (כפי שתוקן ב-2011).
- 97 ראו למשל סעיף 3 לחוקה של פרו משנת 1993, סעיף 11(7) לחוקה של אקוודור משנת 2008.

הוא זכות של האדם.¹⁰⁰ במקצתן מופיע כבוד האדם כערך חוקתי שיש לקיימו, והוא מעוגן רק במבוא לחוקה.¹⁰¹

כבוד האדם קשור לעתים לשוויון, ונקבע כי בני האדם שווים בכבוד האדם.¹⁰² במיוחד נקבע שוויון בכבוד האדם של נשים וגברים.¹⁰³ כן מופיע כבוד האדם בהוראות הנוגעות לאנשים עם מוגבלויות,¹⁰⁴ לאנשים באים בימים,¹⁰⁵ לבני משפחה¹⁰⁶ ולאנשים המצויים במאסר או במעצר.¹⁰⁷

קיימות חוקות שמופיעות בהן הוראות באשר לזכות לעבוד ובאשר ליחסי העבודה. בגדרן של הוראות אלה מופיע כבוד האדם.¹⁰⁸ כן מופיע כבוד האדם בהוראה הקובעת כי הזכויות המעוגנות בחוקה אינן שוללות קיומן של זכויות שאינן מוזכרות והמכוונות להבטיח את כבוד האדם.¹⁰⁹

- 98 על החוקות של מדינות אפריקה ראו הסימפוזיון על *Perspectives on African Constitutionalism*, 11 INT'L J. C. LAW 382–446 (2013).
- 99 אלו הן בוטסואנה, ג'יבוטי, זימבבואה, מאוריציוס, סנגל, קמרון ורואנדה.
- 100 ראו סעיף 22 לחוקת מרוקו משנת 2011; סעיף 5 לחוקת גינאה משנת 1990; סעיף 2 לחוקת חוף השנהב משנת 2000; סעיף 11 לחוקת טוגו משנת 1992; סעיף 17 לחוקת מדגסקר משנת 2010; סעיף 34(1) לחוקת ניגריה משנת 1999; סעיף 13(e) לחוקת סיריה לאונה משנת 1991; סעיף 12(2) לחוקה של טנזניה משנת 1977; סעיף 21 לחוקה של בורונדי משנת 2005; סעיף 28 לחוקה של קניה משנת 2010; סעיף 9(1) לחוקה של מלאווי משנת 1994; סעיף 31(2) לחוקה של אנגולה משנת 2010; סעיף 8 לחוקה של נמיביה משנת 1990; סעיף 16 לחוקה של אריתריאה משנת 1997; סעיף 11 לחוקה של דרום סודן משנת 2011; סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה משנת 1996.
- 101 ראו החוקה של ליבריה משנת 1955; החוקה של ניגריה משנת 1999; החוקה של מאוריטניה משנת 1991; החוקה של קונגו משנת 1992; החוקה של צ'אד משנת 1996.
- 102 ראו סעיף 11 לחוקת הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו משנת 2006; סעיף 13 לחוקת בורונדי משנת 2005; סעיף 22 לחוקה של כף ורדה משנת 1992.
- 103 סעיף 33(1) לחוקה של אוגנדה משנת 1995; סעיף 28(1) לחוקה של גמביה משנת 1997; סעיף 16(1) לחוקה של דרום סודן משנת 2011.
- 104 ראו סעיף 35(1) לחוקה של אוגנדה משנת 1995; סעיף 54(1) לחוקה של קניה משנת 2010; סעיף 31(1) לחוקה של גמביה משנת 1997; סעיף 30(1) לחוקה של סווילנד משנת 2005; סעיף 30(2) לחוקה של דרום סודן משנת 2011.
- 105 סעיף 57(c) לחוקה של קניה משנת 2010; סעיף 30(2) לחוקה של דרום סודן משנת 2011.
- 106 סעיפים 119(3) ו-120(1) לחוקה של מוזמביק (תיקון מ-2007).
- 107 ראו סעיף 42 לחוקה של מצרים משנת 1971; סעיף 30 לחוקה של סודן משנת 1998; סעיף 18 לחוקה של הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו משנת 2006; סעיף 13(6) לחוקה של טנזניה משנת 1977; סעיף 42(b) לחוקה של מלאווי משנת 1994.
- 108 ראו סעיף 36 לחוקה של הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו משנת 2006; סעיף 30(2)(d) לחוקה של טנזניה משנת 1977; סעיף 4 לחוקה של כף ורדה משנת 1992.
- 109 ראו סעיף 37(8) לחוקה של גמביה משנת 1997; סעיף 33(5) לחוקה של גאנה משנת 1992.

במספר ניכר של חוקות מופיע הביטוי כבוד האדם בהקשר של הדרת כבוד, כגון כבוד המדינה, הלאום, הפרלמנט או המשרה.¹¹⁰ כן נזכר כבוד האדם בהקשר של כבוד הלשון.¹¹¹

5. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אסיה

כבוד האדם נזכר במרבית החוקות של מדינות אסיה.¹¹² לראשונה הוא נזכר בחוקתה של לבנון (1926), לפיה יש לשמור על כבוד הדת.¹¹³ לאחריה באה יפן, שם נקבע בסעיף 24 לחוקה (1946) כי בחיי המשפחה יש לקיים את הכבוד של כל פרט.¹¹⁴ מאז שנות החמישים הולך ומתרחב השימוש בכבוד האדם בחוקות של מדינות אסיה. חוקות אחדות מכירות בזכות (השלילית) לכבוד האדם או בזכות (החיובית) המוטלת על המדינה להגן על כבוד האדם.¹¹⁵ כן נקבע בכמה חוקות כי כבוד האדם הוא זכות שאין לחללה.¹¹⁶ הוראות מיוחדות באשר לכבוד האדם מצויות בהקשר של איסור ענישה הפוגעת בכבוד האדם¹¹⁷ או

- 110 ראו סעיף 97 לחוקה של סיריה לאונה משנת 1991; סעיף 28(2) לחוקה של טנזניה משנת 1977; סעיף 73(1) לחוקה של קניה משנת 2010; סעיף 177(c) לחוקה של מוזמביק (תיקון מ-2007); סעיף 152(2)(d) לחוקה של אנגולה משנת 2010; סעיפים 31(3)(b) ו-60(1) לחוקה של נמיביה משנת 1990.
- 111 ראו סעיף 21(n) לחוקה של אנגולה משנת 2010.
- 112 כבוד האדם נעדר מהחוקות של אוסטרליה, טאיוואן, ירדן, סינגפור, קטאר, האמירויות הערביות המאוחדות, ברזיל, מיקרונזיה, טונגה, נאורו, ונואטו, סמואה, פלאו, קיריבטי ואיי מרשל. בהעדר חוקה כתובה, גם אין מגילת זכויות כתובה בניו זילנד.
- 113 ראו סעיף 10 לחוקה של לבנון משנת 1926.
- 114 סעיף 24 לחוקה של יפן משנת 1946.
- 115 ראו סעיף G28 לחוקה של אינדונזיה משנת 1945; סעיף 33 לחוקה של סוריה משנת 1973; סעיף 9 לחוקה של דרום-קוריאה משנת 1980; סעיף 48(a) לחוקה של תימן משנת 1991; סעיף 71 לחוקה של וייטנאם משנת 1992; סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992; סעיף 17 לחוקה של מונגוליה משנת 1992; סעיף 27 לחוקה של אוזבקיסטן משנת 1992; סעיפים 3 ו-46 לחוקה של טורקמניסטן משנת 1992; סעיף 18 לחוקה של קזחסטן משנת 1995; סעיף 1(1) לחוקה של מזרח-טימור משנת 2002; סעיף 6 לחוקה של אפגניסטן משנת 2004; סעיף 37 לחוקה של עירק משנת 2005; סעיף 12 לחוקה של נפאל משנת 2007; סעיפים 4 ו-26 לחוקה של תאילנד משנת 2007.
- 116 ראו סעיף 24 לחוקת אפגניסטן משנת 2004; סעיף 14 לחוקת פקיסטן משנת 1973; סעיף 38 לחוקה של סין משנת 1982; סעיף 5 לחוקה של טג'יקיסטן משנת 1994; סעיף 29(1) לחוקה של קירגיסטן משנת 2010; סעיף 17 לחוקה של קזחסטן משנת 1995.
- 117 ראו סעיף 24 לחוקה של אפגניסטן משנת 2003; סעיף 44 לחוקה של מיאנמר משנת 2008.

באשר לשמירה על כבוד האדם של מי שחירותו נשללה.¹¹⁸ כן נאסרו עינויים או דרכי חקירה אחרות הפוגעות בכבוד האדם.¹¹⁹ כבוד האדם של נשים,¹²⁰ ילדים,¹²¹ אימהות לילדים,¹²² עובדים,¹²³ מייעוטים¹²⁴ ובאים בימים¹²⁵ נשמר בכמה חוקות. לעתים מופיע כבוד האדם כזכות אשר ההגנה עליה מצדיקה פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות.¹²⁶ לבסוף, לעתים נקשר הביטוי כבוד לכבודה של המדינה, רשות מרשויותיה או נושאי משרה בה,¹²⁷ או לכבוד של הדת.¹²⁸

- 118 ראו סעיף 57 לחוקה של האיים המלדיביים משנת 2008; סעיף 13(1)(j) לחוקה של פיג'י משנת 1997; סעיף 37(17) לחוקה של פפואה גינאה החדשה משנת 1975; סעיף 48(b) לחוקה של תימן משנת 1991; סעיף 22(2) לחוקה של קירגיסטן משנת 2010.
- 119 ראו סעיף 17 לחוקה של תורכיה (תיקון מ-2004); סעיף 28(3) לחוקה של סוריה משנת 1973; סעיף 17(2) לחוקה של קזחסטן משנת 1995.
- 120 סעיף 63 לחוקה של וייטנאם משנת 1992; סעיף 46 לחוקה של קמבודיה משנת 1993.
- 121 ראו סעיף 39(f) בחוקת הודו משנת 1950.
- 122 ראו סעיף 39(4) לחוקה של מזרח-טימור משנת 2002.
- 123 ראו סעיף 30(3) לחוקה של דרום-קוריאה משנת 1980.
- 124 ראו סעיף 34 לחוקה של אוזבקיסטן משנת 1992.
- 125 ראו סעיף 20(2) לחוקה של מזרח-טימור משנת 2002.
- 126 ראו סעיף 45 לחוקה של תאילנד משנת 2007; סעיף 39 לחוקה של ערב הסעודית משנת 1992; סעיף 23 לחוקה של לאוס משנת 1991; סעיף 41 לחוקה של קמבודיה משנת 1993; סעיפים 17(3)(b) ו-17(3)(d) חוקה של פיג'י משנת 2013; סעיפים 38 ו-39 לחוקה של פפואה גינאה החדשה משנת 1975; סעיף 34(1) לחוקה של קזחסטן משנת 1995.
- 127 ראו סעיף 46 לחוקה של קזחסטן משנת 1995; סעיף 59 לחוקה של עומן משנת 1996; סעיף 248 לחוקה של תאילנד משנת 2007; סעיף 36 לחוקה של מונגוליה משנת 1992; סעיף B24 לחוקה של אינדונזיה משנת 1945; סעיף 10(20) לחוקה של בהוטן משנת 2008; מבוא לחוקה של סין משנת 1982; סעיף 38(4) לחוקה של מלזיה (תיקון מ-2006); סעיף 34(6) לחוקה של נפאל משנת 2007.
- 128 סעיף 10 לחוקה של לבנון משנת 1926.

Aharon Barak / Human Dignity
The Constitutional Right and its Daughter-Rights

Aharon Barak

HUMAN DIGNITY

THE CONSTITUTIONAL RIGHT AND
ITS DAUGHTER-RIGHTS

Volume II



CONTENTS

Volume I

Introduction 31

PART I: FUNDAMENTAL CONCEPTS AND HISTORY 39

Chapter One: The Various Aspects of Human Dignity 41

- A. Theology, Philosophy and Constitutional Law 41
- B. The Criticism of the Use of the Concept of Human Dignity and Response to it 47
- C. Human Dignity – a Social Value, a Constitutional Value and a Constitutional Right 50

Chapter Two: The Intellectual History of the Social Value of Human Dignity 53

- A. The Ancient World 53
- B. Philosophical Approaches 61
- C. The Lessons Learned from the Intellectual History 71

Chapter Three: Human Dignity as a Value and as a Right in International Documents 73

- A. Human Dignity in Legal Discourse 73
- B. Human Dignity in International Conventions 76

Chapter Four: Human Dignity as a Value and as a Right in World Constitutions 89

- A. Pre-Second World War Developments 89
- B. Post-Second World War Developments 91

Chapter Five: The History of Human Dignity in Israeli Law 107

- A. Articles 2 and 4 of Basic Law: Human Dignity and Liberty 107
- B. History Prior to the enactment of Basic Law: Human Dignity and Liberty 108
- C. The Constitutional Revolution 116
- D. Developments after the enactment of Basic Law: Human Dignity and Liberty and Basic Law: Freedom of Occupation 136

Chapter Six: The Judicial History of Human Dignity in Israeli Law 139

- A. Developments Prior to Movement for Quality Government 139
- B. The Movement for Quality Government case 149
- C. Developments After Movement for Quality Government 156

PART II: HUMAN DIGNITY AS A CONSTITUTIONAL VALUE 171

Chapter Seven: Purposive Constitutional Interpretation 173

- A. Constitutional Uniqueness and its Influence on Constitutional Interpretation 173
- B. The Language of the Constitution 177
- C. The Subjective Purpose of the Constitution 183
- D. The Objective Purpose of the Constitution 185

Chapter Eight: The Role of Human Dignity as a Constitutional Value 209

- A. Human Dignity as an Express and Implied Constitutional Value 209
- B. Human Dignity as a Constitutional Value in Israel 212
- C. The Role of Human Dignity as a Constitutional Value 214

Chapter Nine: The Models for Determining the Content of the Constitutional Value of Human Dignity 225

- A. Three Types of Models: Theological Models, Philosophical Models and Constitutional Models 225
- B. The Theological Models 225
- C. The Philosophical Models 227
- D. The Constitutional Models 232

Chapter Ten: The Content of the Value of Human Dignity in Basic Law: Human Dignity and Liberty 239

- A. Human Dignity as the Humanity of a Person 239
- B. Human Dignity as the Humanity of a Person and the Constitutional Architecture 261

PART III: HUMAN DIGNITY AS A CONSTITUTIONAL RIGHT 281

Chapter Eleven: Recognition of the Constitutional Right to Human Dignity and its Content 283

- A. Constitutional Recognition 283
- B. The Constitutional Right as the Realization of a Constitutional Value 290
- C. Purposive Constitutional Interpretation 293

Chapter Twelve: Human Dignity as a Framework Right (Mother-Right) 303

- A. Human Dignity as a Framework Right 303
- B. Daughter-Rights of Human Dignity 310

Chapter Thirteen: The Area Covered by the Right to Human Dignity	329
A. The Area Covered and the Overlap Problem	329
B. The Area Covered Exclusively by the Right to Human Dignity in a Comprehensive Bill of Rights	329
C. The Constitutional Right to Human Dignity in a Partial Bill of Rights	333
D. Architectural Difficulty: The Right to Human Dignity and the Right to Personal Liberty	338
E. Is Human Dignity a “Residual Right”?	345
Chapter Fourteen: The Traits of the Constitutional Right to Human Dignity	347
A. Human Dignity as a Negative Right and as a Positive Right	347
B. The Civil Aspect and Social Aspect of Human Dignity	354
C. The Core and Penumbra of Human Dignity	360
D. Human Dignity as a Relative Right	366
E. Human Dignity is not an Eternal Right	371
Chapter Fifteen: The Application of Basic Law: Human Dignity and Liberty	379
A. The Sides to the Right to Human Dignity	379
B. The Temporal Application of Basic Law: Human Dignity and Liberty	389
C. The Territorial Application of Basic Law: Human Dignity and Liberty	401
PART IV: HUMAN DIGNITY IN COMPARATIVE LAW	405
Chapter Sixteen: Human Dignity in American Constitutional Law	407
A. Human Dignity as a Constitutional Right in the States’ Constitutions	407
B. The Federal Constitution does not Recognize a Constitutional Right to Human Dignity	409
C. Human Dignity as a Constitutional Value in American Constitutional Law	414
Chapter Seventeen: Human Dignity in Canadian Constitutional Law	433
A. The Canadian Charter does not Recognize a Constitutional Right to Human Dignity	433
B. Human Dignity as a Constitutional Value in the Canadian Constitutional Law	436
Chapter Eighteen: Human Dignity in German Constitutional Law	451
A. The Normative Traits of Human Dignity	451
B. Human Dignity as a Constitutional Value and a Constitutional Right in German Constitutional Law	458
C. The Definition of Human Dignity	460
D. Human Dignity in German Constitutional Law and Comparative Law	464

- Chapter Nineteen: Human Dignity in South African Constitutional Law 467
- A. The Normative Traits of Human Dignity 467
 - B. Human Dignity as a Constitutional Value and as a Constitutional Right in South African Constitutional Law 490
 - C. The Scope of the Constitutional Value of Human Dignity 492
 - D. The Scope of the Constitutional Right to Human Dignity 496

Volume II

PART V: THE DAUGHTER-RIGHTS OF HUMAN DIGNITY 533

Introduction 535

Chapter Twenty: The Daughter-Right to Personality 537

- A. The Right to Personality in Comparative Law 537
- B. The Right to Personality in Statutes and Common Law 538
- C. The Right to Personality as a Daughter-Right of Human Dignity 539

Chapter Twenty One: The Daughter-Right to Dignified Human Subsistence 547

- A. The History of Social Rights in Israel 547
- B. Social Rights in Comparative Law 552
- C. The Right to Dignified Human Subsistence as a Daughter-Right of Human Dignity 564
- D. The Essence of the Right to Dignified Human Subsistence 598

Chapter Twenty Two: The Daughter-Right to Reputation 615

- A. The Right to Reputation in Common Law 615
- B. The Right to Reputation as a Daughter-Right of Human Dignity 616
- C. The Scope of the Daughter-Right to Reputation 621
- D. The Principles Underlying the Daughter-Right to Reputation 624

Chapter Twenty Three: The Daughter-Right to Family Life 629

- A. The Right to Family Life in Religious Law, Statutes and Common Law 629
- B. The Right to Family Life as a Daughter-Right of Human Dignity 638
- C. The Characteristics of the Daughter-Right to Family Life 662
- D. The Right to Create the Family Unit 669
- E. Rights Within the Family Unit 678
- F. The Right to Exit the Family Unit 680
- G. The Constitutional Aspect of Family Life 682

- Chapter Twenty Four: The Daughter-Right to Equality 685
- A. The Right to Equality in Statutes and Common Law 685
 - B. The Right to Equality as a Daughter-Right of Human Dignity 688
 - C. The Scope of the Daughter-Right to Equality 691
- Chapter Twenty Five: The Daughter-Right to Freedom of Expression 707
- A. The Right to Freedom of Expression in Common Law 707
 - B. The Right to Freedom of Expression as a Daughter-Right of Human Dignity 708
 - C. The Rationales Underlying Freedom of Expression 712
 - D. The Relative Nature of the Daughter-Right to Freedom of Expression 722
 - E. Freedom of Expression – A Right vis-à-vis the State 723
 - F. Freedom of Expression – A Positive and a Negative Right 724
 - G. The Realization of Freedom of Expression 728
 - H. Freedom of Expression – Core and Penumbra 730
 - I. The Scope of the Daughter-Right to Freedom of Expression 732
- Chapter Twenty Six: The Daughter-Right to Freedom of Conscience and Religion 755
- A. The Right to Freedom of Conscience and Religion in Statutes and Common Law 755
 - B. Freedom of Conscience and Religion as a Daughter-Right of Human Dignity 758
 - C. Freedom of Conscience 765
 - D. Freedom of Religion 769
 - E. Freedom from Religion 774
 - F. Protection of Religious Feelings 776
- Chapter Twenty Seven: The Daughter-Right to Freedom of Movement 781
- A. The Right to Freedom of Movement in Common Law 781
 - B. Freedom of Movement Within Israel as a Daughter-Right of Human Dignity 782
 - C. The Scope of the Daughter-Right to Freedom of Movement Within Israel 789
- Chapter Twenty Eight: The Daughter-Right to Education 793
- A. The Right to Education in Common Law 793
 - B. The Right to Education as a Daughter-Right of Human Dignity 794
 - C. The Scope of the Daughter-Right to Education 812
- Chapter Twenty Nine: The Daughter-Right to Employment 819
- A. Employment Rights in Statutes and Common Law 819
 - B. Employment Rights in Comparative Law 821
 - C. The Right to Employment as a Daughter-Right of Human Dignity 827

D. The Right to Employment 841

E. The Right to Unionize 850

Chapter Thirty: The Daughter-Right to Due Process 863

A. What is Due Process? 863

B. The Right to Due Process in Common Law 864

C. The Right to Due Process in International and Comparative Law 866

D. The Right to Due Process in Proposed Bills of Rights in Israel 866

E. The Right to Due Process as a Daughter-Right of Human Dignity 868

F. The Daughter-Right to Due Process and the Independent Right to
Due Process 870

G. The Scope of the Daughter-Right to Due Process 872

INDEX 881

פרק חמישי

ההיסטוריה של כבוד האדם במשפט הישראלי

א. סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות החוקתית לכבוד האדם בישראל. סעיף 2 לחוק-היסוד קובע:

”שמירה על החיים הגוף, והכבוד

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

סעיף 4 לחוק-היסוד קובע:

”הגנה על החיים, הגוף והכבוד

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

שתי הוראות אלה עוסקות בשלוש זכויות עצמאיות: הזכות לחיים,¹ הזכות לגוף והזכות לכבוד האדם. לעתים קרובות דנים בשלוש זכויות אלה כאילו הן זכות אחת. כך למשל קובע סעיף 39(ב) לחוק-יסוד: הממשלה כי תקנות שעת חירום אינן יכולות להתיר פגיעה בכבוד האדם. דומה כי הדיבור “פגיעה בכבוד האדם” בסעיף זה מכוון לפגיעה “בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם”. ספר זה עניינו הוא הזכות לכבוד האדם. איננו דנים בזכות לחיים או בזכות לגוף. אלה הן שלוש זכויות עצמאיות שראוי להבחין ביניהן.² הבחנה זו עולה במפורש בפסיקתו של בית המשפט העליון.³

1 על הזכות לחיים, ראו ELIZABETH WICKS, THE RIGHT TO LIFE AND CONFLICTING INTERESTS (2010). ראו גם להלן בעמ' 387.

2 ראו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 102, 87 (1993) (“בנושא סוגייתנו מדובר בחייו של אדם, בגופו ובכבודו, שעל כולם מצויים אנו לשמור ולהגן. הגדרת מהותם של שלושה ערכי יסוד אלה, גם כשעומדים הם בפני עצמם, עיון רב דרוש בעניינם. ואם ערכי העל של חיי אדם והגנה על גופו לכאורה מובנים ופשוטים הם, לא כך הוא באשר לערך העל של כבודו של אדם. כבוד האדם – מהו? מובן ואין צריך לומר, כי מושג זה, מבחינת היקף חלותו, תחומים רבים ונושאים שונים כלולים בו. כך, דרך משל, כבוד האדם אינו עניין לימי חייו של האדם בלבד, אלא גם לאחר שהלך לעולמו. [...] ערך יסוד זה כולל הוא גם את כבוד המת, את

ב. ההיסטוריה עד לכינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**1. הכרזת העצמאות ואופייה הפרשני**

ההכרזה על הקמתה של מדינת ישראל כוללת בחובה התייחסות לכבוד האדם. נקבע

בה:

“שארית הפליטה שניצלה מהטבח הנאצי האיום באירופה ויהודי ארצות אחרות לא חדלו להעפיל לארץ-ישראל, על אף כל קושי, מניעה וסכנה, ולא פסקו לתבוע את זכותם לחיי כבוד, חירות ועמל-ישרים במולדת עמם.”

כבוד משפחת הנפטר ואף את כבוד הציבור” (השופט מ' אלון). ראו גם דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 693, 661 (1996); בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 458, 449 (1997); רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטיין) על ידי הוריו ואפוטרופסיו הטבעיים, פ"ד נא(4) 830 (1997) (“עלינו להביא בחשבון את זכותו של בן לחיים. זכות זו היא זכות חוקתית בסיסית, הנתונה לכל אדם בישראל [...] זכות זו זכתה להכרה מפורשת גם בסעיף 2 לחוק [...] גם לפני שנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היה ערך זה של קדושת החיים שלוב בשיטת המשפט הישראלית, אשר ינקה אותו מערכי היסוד של היהדות”) (השופט ת' אור); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 519, 503, 527 (2004) (“רשות תכנונית הפוגעת באיכות הסביבה תוכל להיות כה מסוכנת והרסנית עד שתעלה לכדי פגיעה בחייו ובגופו של אדם”) (הנשיא א' ברק), (“ישנה חפיפה בין הזכות לסביבה ראויה לבין זכות החיים והבריאות המעוגנות בחוק-יסוד” כבוד האדם וחירותו”) (השופט ד' דורנר); בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 334 (2004) (הזכות לביטוח בריאות ניתנת לעיגון בזכות לכבוד האדם “ובגדר הזכות לשלמות הגוף”) (הנשיא א' ברק); בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 466 (2006) (“ההגנה על החיים היא כמובן ההגנה על זכות היסוד החשובה ביותר של האדם” (השופט ד' ביניש), (“עשויה לעלות הטענה שבמקרה נוכחי מתנגשת זכות זו [כבוד האדם – א' ברק] בזכות חוקתית אחרת, היא הזכות לחיים”) (השופט א' גרוניס); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 18 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 24.3.2009) (“בכלל זכויות האדם החוקתיות ניצבת הזכות להורות ולמשפחה במידרג גבוה לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף”); בג"ץ 434/09 דוידוב נ' שר הבריאות, פס' 28 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 3.5.2009); בג"ץ 4253/02 קריית י – ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 58 לפסק הדין של השופט ד' ברלינר (פורסם בנבו, 17.3.2009).
3 ראו פרשת נחמני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 702 (“הזכות לחיים היא זכות-יסוד עצמאית”) (השופט צ' טל); פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 513–514 (התנגשות בין הזכות לחיים לבין הזכות לכבוד האדם); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פס' 38 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009) (חפיפה בין כבוד האדם לבין הזכות לחיים ולשלמות הנפש); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה פס' ב לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.1.2012) (הבחנה בין ההגנה על הזכות לחיים והפגיעה בזכות לכבוד האדם).

השאלה מה משמעותה של ההוראה בדבר "חיי כבוד" לא נדונה מעולם בשיח המשפטי. דומה כי הטעם העיקרי לכך הוא כי על פי ההשקפה שהתקבלה אותה עת – והעומדת בעינה גם עתה – ההכרזה אינה נורמה משפטית בעלת מעמד חוקתי על-חוקי אלא נורמה-חוקית. תפקידה – בכל הנוגע להיבטים הערכיים שבה – הוא פרשני באופיו.⁴ אמת, "היא מבטאת את חזון העם ואת ה'אני מאמין' שלו".⁵ עם זאת "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם".⁶ היא דבר חקיקה מרכזי המשמש לפרשנותו של הדין הנוהג בישראל. עמד על כך השופט צ' ברנזון:⁷

"תקפה המשפטית הוא בכך, שיש לפרש כל הוראת חוק לאורה ועד כמה שאפשר בהתאמה עם עקרונותיה המנחים ולא בניגוד להם. ברם, כאשר קיימת הוראת חוק מפורשת של הכנסת, שאינה משאירה מקום לשום ספק, יש ללכת על-פיה, הגם שאינה עולה בקנה אחד עם אחד העקרונות שבהכרזת העצמאות".

אכן, הכרזת העצמאות "מהווה נורמה משפטית המבטאת את מגילת ערכיה של האומה".⁸ אפשר לומר אפוא כי "חיי כבוד" הם אחד מערכיה של האומה. תוצאות פרשניות לא היו לקביעה זו.

2. כבוד האדם עד לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

(א) זכויות אדם הלכתיות לפני המהפכה החוקתית

מקום המדינה ועד לכינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק הוכרו זכויות אדם בשני מקורות: המקור האחד היה סטוטורי. חקיקה של הכנסת הכירה בזכויות מסוימות וקבעה גדריהן.⁹ המקור השני – והוא העיקר – הוא המקור

- 4 ראו להלן בעמ' 264. ראו גם אליאב שוחטמן "הכרזת העצמאות כמקור לזכויותיו הלאומיות של העם היהודי על ארץ ישראל" משפט וממשל ה' 427 (2000); יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" משפט וממשל ו' 551 (2001); יורם שחר "הטיטוסות המוקדמות של הכרזת העצמאות" עיוני משפט כו' 523 (2002); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 43 (מהדורה שישית, 2005).
- 5 ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 135 (1971) (השופט צ' ברנזון).
- 6 שם.
- 7 שם, בעמ' 135. ראו גם בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 330 (1988).
- 8 בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א' 83, 89 (1948) (הנשיא מ' זמורה).
- 9 ראו למשל חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, ס"ח 248; חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240; חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128; זכויות נאשם בדין הפלילי בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43.

השיפוטי. בתי המשפט בישראל, ובראשם בית המשפט העליון, פיתחו זכויות אדם הלכתיות.¹⁰ זוהי מגילת זכויות שיפוטיות¹¹ המקובלת בשיטות המשפט המקובל¹² (common law bill of rights). אלה הן זכויות הלכתיות "שאינן כתובות עלי ספר".¹³ במסגרת הלכתית זו הכיר בית המשפט העליון בשורה ארוכה של זכויות הלכתיות, ובהן חופש הביטוי,¹⁴ חופש הדת והמצפון,¹⁵ חופש התנועה,¹⁶ השוויון,¹⁷ זכות הקניין,¹⁸ חופש ההתאגדות והשבתה,¹⁹ הזכות לחינוך,²⁰ השם הטוב²¹ וחופש העיסוק.²² יצירה שיפוטית זו, פרי החקיקה השיפוטית,²³ לא היה בכוחה להתגבר על כוחו של החוק. השופטים היו שותפים במפעל עשיית המשפט, אך פעלו כשותפים זוטרים בצד השותף הבכיר – הוא המחוקק.²⁴ בהתנגשות בין הוראת חוק לבין זכות הלכתית, יד החוק הייתה על העליונה. בית המשפט, בפרשו דבר חקיקה, הניח כמה הנחות באשר לכוונתו של המחוקק לפגוע בזכות הלכתית. ההנחה היא כי המחוקק הדמוקרטי מבקש לקדם זכויות אדם ולא לפגוע בהן.²⁵ עם

- 10 ראו אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 701 (מהדורה רביעית, 1991); גדעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד (2010).
- 11 על הדיבור "מגילת זכויות שיפוטיות" ראו בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא (3) 657, 664 (1977) (מ"מ הנשיא מ' לנדוי).
- 12 ראו PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH BILLS OF RIGHTS: COMPARATIVE PERSPECTIVE (Philip Alston ed., 2003); PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA (Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2006).
- 13 לביטוי זה, ראו להלן בעמ' 133.
- 14 ראו להלן בעמ' 707.
- 15 ראו להלן בעמ' 755.
- 16 ראו להלן בעמ' 781.
- 17 ראו להלן בעמ' 675.
- 18 ראו בג"ץ 174/50 דיב נ' המפקח על המזונות ירושלים, פ"ד ה 656 (1951); בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1051 (1958); בג"ץ 249/64 ברוך נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד יט (1) 489, 486 (1965); ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת-גן, פ"ד לה (3) 651, 645 (1981); ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה (4) 529 (1991).
- 19 ראו להלן בעמ' 819.
- 20 ראו להלן בעמ' 793.
- 21 ראו להלן בעמ' 618.
- 22 ראו בג"ץ 1/49 בורנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).
- 23 על החקיקה השיפוטית ראו אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (1983).
- 24 ראו שמעון אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י 233 (1984); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 47 (1994). ראו גם P.S. Atiyah, *Common Law and Statute Law*, 48 MOD. L. REV 1 (1985).
- 25 ראו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 553. ראו גם פרשת "פרי העמק", לעיל ה"ש 18, בעמ' 561 ("ההנחה הינה, כי המחוקק (הראשי או המשני), שעה שהוא מוציא מתחת ידיו דבר חקיקה, מבקש לקיים ולשמר את זכויות היסוד") (השופט א' ברק).

זאת הנחה זו נסתרת במקום שהמחוקק אמר את דברו "בלשון מפורשת, חד משמעית וברורה".²⁶

על פי המבחן החוקתי ששרר באותה עת היה המחוקק "כול-יכול",²⁷ ובכוחו "לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן" כעולה על רוחו.²⁸ ביטוי יפה לכך נתן השופט ש"ז חשין, כאשר הגדיר את היקפה של הזכות לחופש העיסוק:²⁹

"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק".

על פי גישה זו, חופש העיסוק של האדם מוכר כל עוד הוא "אינו אסור על ידי החוק". אמנם נקבע כי רק איסור מפורש יש בכוחו לפגוע בחופש העיסוק,³⁰ אך במקום שאיסור מפורש כזה קיים, חופש העיסוק של האדם נסוג.

(ב) הזכות ההלכתית לכבוד האדם

בפסיקתו של בית המשפט העליון, שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הייתה ההתייחסות לדיבור "כבוד" ו"כבוד האדם".³¹ לעתים ההתייחסות הייתה ל"הדרת כבוד" (honor), לעתים לערך החברתי של כבוד האדם,³² ולעתים כעיקרון יסודי.³³ עם זאת, אפשר

- 26 ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 558.
- 27 פרשת לובין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1079 ("רשאי המחוקק הכל-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דיין [...]") (השופט י' זוסמן). ראו גם בג"ץ 120/73 טוביס נ' ממשלת ישראל, פ"ד (1) 759, 757 (1973) ("גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפליית, הרי הפליית חקוקות ועל כן כשרות ולא פסולות הן") (השופט ח' כהן). לביקורת גישה זו לפני המהפכה החוקתית, ראו יזהר טל "מחוקק כל-יכול – האמנם?" עיוני משפט י 361 (1984).
- 28 ע"א 228/63 עזוז נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963) (השופט צ' ברנזון). ראו גם בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 349 (1965).
- 29 פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 82.
- 30 ראו בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983).
- 31 ראו אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם 106 (2005). כן ראו David Kretzmer, *Human Dignity in Israeli Jurisprudence*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 161 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002).
- 32 ראו ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 223 (1984); ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 218 (1985); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 303 (1985); בג"ץ 637/85 חברה קדישא גחש"א נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מ(3) 785, 788 (1986); בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 330 (1988); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 629 (1989); ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 856 (1989).

למצוא גם הכרה בכבוד האדם כזכות הלכתית.³⁴ כך למשל ציין השופט ח' כהן באחת הפרשות:³⁵

”מה שזקוק ועל-כן זכאי להגנתם [של דיני העונשין], הם כבודו וגופו וחירותו של אדם, שלא ייפגעו שלא בהסכמתו”.

בפרשה אחרת עמד השופט מ' לנדוי על "שמירה ראויה על כבוד האדם של כל אזרח, לרבות החשוד בביצוע עבירה",³⁶ ועל הצורך לאזן בין זו לבין הצרכים הלגיטימיים של החקירה. כן צוין על ידו בפרשה אחרת כי עומדת לכל אזרח הזכות "שלא להיפגע בכבודו ובשמו הטוב".³⁷ בפרשת קטלן – שדנה בזכותו של האסיר שלא ייעשה בו חוקן ללא הסכמתו – כתב בית המשפט העליון:³⁸

”כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם. זכויות אלה כלולות 'במגילת הזכויות השיפוטית' [...] אשר הוכרה על ידי בית-משפט זה. הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העציר והאסיר. [...] משטר החיים בבית סוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי [...] אך אין משטר החיים בבית

33 ראו ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281, 391 (1980); ע"א 280/71 גרעון נ' חברה קדישא גחש"א, פ"ד כז (1) 10, 23 (1972). ראו גם ע"פ 354/66 כטיב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ (2) 136, 139 (1966).

34 ראו בג"ץ 670/89 עודא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, פ"ד מג (4) 515, 516 (1989); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 519 (1992) ("כבוד האדם הוא זכות יסוד של האדם בישראל") (השופט א' ברק); ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז (2) 793, 801 (1993) ("זכות יסוד זו נקבעה ימים ימימה בפסיקתו של בית משפט זה, ועם קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היתה היא לזכות יסוד כתובה עלי ספר") (המשנה לנשיא מ' אלון).

35 ע"פ 224/63 בן-עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח (3) 225, 238 (1964).

36 ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ (1) 225, 226 (1966). ראו גם ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ (2) 539, 546 (1966); בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז (2) 393, 429 (1983); ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837, 851, 858 (1988).

37 ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב (3) 337, 343 (1978).

38 בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294, 298 (1980) (השופט א' ברק). ראו גם ע"א 548/76 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (1) 736, 755 (1980); בג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית משפט השלום ברמלה, מר א' בייזר, פ"ד לה (4) 337, 352 (1981); ע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז (3) 201, 207 (1983); בג"ץ 540/84 מוסטפא יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ (1) 567, 573 (1986).

הסוהר מחייב שלילת זכותו של העציר לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם".

בפרשת דרויש – שם נדונה זכותו של אסיר שתסופק לו מיטה בבית הכלא – ציין השופט ח' כהן:³⁹

"שומה עלינו לשמור גם אצלם על דמות האדם וכבודו ולא לשכוח שגם הם נבראו בצלם".

בפרשה אחרת עמד השופט מ' שמגר על כך שבישראל מוכרת "זכותו של הפרט לשלמותו הגופנית ולשמירת כבודו כאדם".⁴⁰ בפרשת גורדון – שעסקה בהערכת הנזק בדיני הנזיקין – ציין בית המשפט:⁴¹

"אין לראות בנזק הלא-רכושי כדבר 'פאראזיטי', הנסבל רק אם הוא טפל לנזק רכושי. יש להכיר בו כנזק בר-פיצוי, העומד ברשות עצמו. כבודו של אדם, שמו הטוב, נוחותו ושלמות נפשו חשובים לחיי חברה תקינים וצריכים לקבל הגנה ראויה כמו כל אינטרס רכושי. כוסו וכיסו של אדם אינם חשובים יותר מכעסו".

באחת הפרשות שנפסקה לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ציין הנשיא מ' שמגר, לעניין הזכות לכבוד האדם, כי "הזכות היא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו. התגבשותה לא הייתה מותנית בחקיקתו של חוק יסוד, המבטיח הגנתה ושמירת קיומה. חוק היסוד אינו יוצר את זכות היסוד מעיקרה, אלא מגבש אותה בהוראה סטוטורית, מגדיר אותה וקובע הסדרים שנועדו להגן עליה".⁴² כבוד האדם נתפס ככולל בחובו גם את "כבוד המת".⁴³

39 בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536, 541 (1980). ראו גם ע"פ 344/81 מדינת ישראל נ' סגל, פ"ד לה(4) 327, 313 (1981).

40 ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 85, 92 (1982).

41 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 141 (1985) (השופט א' ברק).

42 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 841 (1994).

43 ראו ע"א 489/79 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוחה ויולט צאיג ז"ל, פ"ד לה(2) 123, 140 (1980); פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 34, בעמ' 520; בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6 (1992); פרשת הגר, לעיל ה"ש 34, עמ' 801. ראו גם להלן, בעמ' 383.

3. כבוד האדם בהצעות לחוקה או למגילת זכויות האדם

ההיסטוריה של החקיקה שבסופה נתקבל חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו היא ארוכה וסבוכה.⁴⁴ ההצעה הראשונה לחוקה לישראל בכלל ולמגילת זכויות יסוד בפרט הוכנה על ידי פרופסור י"פ כהן על פי בקשתה של הנהלת הסוכנות היהודית.⁴⁵ ההצעה הוגשה לוועדת החוקה של הסוכנות היהודית. סעיף 12 להצעה קבע:

"המדינה תשקוד על קדושת חיי האדם ותגן על כבוד האדם. לא יהא עונש מוות ולא יהא אדם נתון לעינויים, מלקות, או עונש משפיל אחר. לחץ מוסרי או כפייה פיסית לא ישמשו אמצעי לחקירת עברות ופרים לא יובאו כהוכחה לבתי המשפט".

ההצעה נדונה בוועדת החוקה של הסוכנות היהודית.⁴⁶ לאחר הקמת המדינה ובחירת האספה המכוננת לא קודמה ההצעה. כן לא קודמו הצעות נוספות, כגון הצעתו של פרופסור י' קלינגהופר⁴⁷ וזו של פרופסור ב' אקצין.⁴⁸ בשתי ההצעות הללו לא נזכר הביטוי "כבוד האדם". בהצעה של י' קלינגהופר נקבע:⁴⁹

"ערך האדם אין לפגוע בו".

דומה ש' קלינגהופר ראה בדיבור "ערך האדם" תרגום למונח הגרמני Menschenwürde – שאותו אנו מתרגמים כעת ככבוד האדם.

הביטוי כבוד האדם מופיע לראשונה בהצעת חוק יסוד : זכויות האדם והאזרח אשר פורסמה ב-1973. היא הוכנה על ידי ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, אשר בראשה עמד (בכנסת השביעית) ח"כ ב' הלוי.⁵⁰ סעיף 3 להצעה זו קובע:⁵¹

"כל אדם זכאי להגנה כדין על חייו, גופו, נפשו, כבודו ושמו הטוב".

44 לתיאור תמציתי שלה, ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 369 (1995) (הנשיא א' ברק); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 910 (מהדורה חמישית, 1996); הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).

45 ראו יהודה פנחס כהן חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר (1948); ספיר, לעיל ה"ש 10. ההצעה כללה הן זכויות אזרחיות והן זכויות חברתיות, ראו להלן בעמ' 549.

46 להיסטוריה זו, ראו יהושע פרוידנהיים השלטון במדינת ישראל 24 (1959).

47 ראו הצעת חוק יסוד : מגילת זכויות היסוד של האדם, התשכ"ד-1963, ד"כ 38, 784. ההצעה כללה בחובה הן זכויות אזרחיות והן זכויות חברתיות, ראו להלן בעמ' 549.

48 ראו בנימין אקצין הצעת חוקה למדינת ישראל (1965). בהצעה זו אין הוראה בדבר כבוד האדם.

49 סעיף 1 להצעת חוק יסוד : מגילת זכויות היסוד של האדם, לעיל ה"ש 47.

50 ההצעה לא כללה זכויות חברתיות, ראו להלן בעמ' 549.

51 סעיף 3 להצעת חוק יסוד : זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 448.

בהציגו הצעה זו בפני מליאת הכנסת ציין ח"כ ב' הלוי כי "כבוד האדם הוא מה שנקרא בלועזית human dignity"⁵². ההצעה לא עברה קריאה ראשונה בכנסת השביעית, והדיון בה נמשך בכנסת השמינית. ועדת משנה בראשותו של ח"כ י' ארידור דנה בה ואף הכינה נוסח. לכלל חקיקה ההצעה לא הגיעה. בכנסת העשירית חידש ח"כ א' רובינשטיין את הצעתו של ח"כ קלינגהופר. הוא הגישה כהצעת חוק פרטית. הצעה זו הועברה לוועדת החוקה חוק ומשפט, שהכינה אותה לקריאה ראשונה.⁵³ ההצעה התקבלה בקריאה ראשונה והועברה לוועדת משנה בראשותה של ח"כ ש' אלוני (1.3.1983).⁵⁴ ועדת המשנה בחנה הצעה זו ואף הכינה הצעה לקריאה שנייה ושלישית. ההצעה קבעה:⁵⁵

"מדינת ישראל מושתתת על ההכרה בערך האדם; אין לפגוע בערך האדם ובכבודו".

בהמשך נקבע:⁵⁶

"כל אדם זכאי להגנה כחוק על חייו, על שלמות גופו ונפשו, ועל כבודו כאדם. אין לענותו ואין להשפילו".

הצעה זו לא הובאה לקריאה שנייה ושלישית בשל הקדמת הבחירות. ב-1986 פרסמה קבוצת פרופסורים מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב בראשותו של פרופסור א' רייכמן הצעת חוקה למדינת ישראל.⁵⁷ בהצעה נכלל פרק מיוחד על זכויות האדם.⁵⁸ בגריו נכללה הוראה באשר לכבוד האדם:⁵⁹

"מדינת ישראל מושתתת על ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו. חובת כל רשויות המדינה היא להגן על ערך האדם וכבודו ולהימנע מפגוע בהם. אין לענות אדם ואין להשפילו".

פרק זה לא זכה להליכי חקיקה.⁶⁰

- 52 קריאה ראשונה של הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ד"כ 70, 1565, 1572 (1974).
- 53 הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, ה"ח התשמ"ג 111.
- 54 קריאה ראשונה של הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, ד"כ 96, 1513 (התשמ"ג).
- 55 סעיף 1 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם (11.6.1984). ראו גם שולמית אלוני אזרח ומדינות: יסודות בתורת האזרחות 232 (נספח א', מהדורה עשירית, 1985).
- 56 סעיף 6 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם.
- 57 אוריאל רייכמן, ברוך ברכה, אריאל רוזן-צבי ועמוס שפירא הצעת חוקה למדינת ישראל (1986).
- 58 ההצעה כוללת הן זכויות אזרחיות והן זכויות חברתיות.
- 59 שם, בסעיף 5.
- 60 זאת להבדיל מהפרק על הכנסת והממשלה אשר שימשו בסיס לשינויים חוקתיים בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק-יסוד: הממשלה.

שינוי מהותי חל בתקופת כהונתה של הכנסת השתיים-עשרה. שר המשפטים ח"כ ד' מרידור הביא לדיון בממשלה (ביום 9.4.1989) את הצעת חוק-יסוד : זכויות היסוד של האדם.⁶¹ סעיף 3 להצעה קבע :

"אין פוגעים בגופו של אדם ובכבודו באשר הוא אדם".

הצעה זו נדונה במספר ישיבות בוועדת השרים לענייני חקיקה. מטעמים קואליציוניים היא לא הובאה לאישור הממשלה, וממילא גם לא קודמה בהליכי החקיקה. בשל הקשיים הקואליציוניים של הצעת מרידור (מ-1989) הוגשו שתי הצעות חוק פרטיות: האחת של ח"כ ש' אלוני, המבקשת לחוקק את הצעת חוק-יסוד : זכויות האדם.⁶² השנייה של ח"כ א' רובינשטיין, הקרויה הצעת חוק-יסוד : זכויות היסוד של האדם,⁶³ ואשר בתוכנה אימצה במלואה את הצעת מרידור כהצעה פרטית משלו. הצעת החוק הפרטית של ח"כ אלוני נפלה, ואילו הצעתו של ח"כ רובינשטיין הועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט. מטעמים קואליציוניים פורקה הצעה זו, ונשלפו מתוכה שתי הצעות – הצעת חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו⁶⁴ והצעת חוק-יסוד : חופש העיסוק.⁶⁵ הצעות אלה עברו את שלבי החקיקה, וכבוד האדם הפך להיות לזכות חוקתית בישראל.⁶⁶ הצעות חוק פרטיות וממשלתיות בדבר זכויות חברתיות לא עברו את שלבי החקיקה.⁶⁷

ג. המהפכה החוקתית

1. שלב ראשון במהפכה החוקתית – חוק-יסוד : הכנסת ופרשת ברגמן

(א) החלטה בפרשת ברגמן

מאז קום המדינה נהגתה התפיסה כי המחוקק הוא "כול-יכול".⁶⁸ בראש הפירמידה הנורמטיבית עמדו חוקי הכנסת. עמדנו על כך במסגרת סקירת הזכויות ההלכתיות אשר

- 61 הצעת חוק-יסוד : זכויות האדם, החלטה 370 של הממשלה ה-22 "הצעת חוק יסוד : זכויות היסוד של האדם" (9.4.1989). ההצעה לא כללה זכויות חברתיות, ראו להלן בעמ' 550.
- 62 הצעת חוק-יסוד : זכויות האדם, ד"כ התש"ן 441 (נספחות).
- 63 הצעת חוק-יסוד : זכויות היסוד של האדם, ד"כ התש"ן 443 (נספחות).
- 64 הצעת חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו, ה"ח התשנ"ב 60.
- 65 הצעת חוק-יסוד : חופש העיסוק, ה"ח התשנ"ב 102.
- 66 על ההיסטוריה החוקתית ראו יהודית קרפ "חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323 (1994); אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" משפט ועסקים יד 79 (2012). להערכה ביקורתית, ראו ספיר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 37.
- 67 ראו להלן בעמ' 549.
- 68 ראו לעיל בעמ' 111. ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 61; טל, לעיל ה"ש 27.

פוחתו בבית המשפט העליון,⁶⁹ ואשר כל חוק יכול היה לפגוע בהן ואף לבטלן, ובלבד שהדברים נאמרו בצורה מפורשת, חד-משמעית וברורה. שינוי חשוב בגישה זו התרחש בפרשת ברגמן.⁷⁰ בפרשה זו נדונה חוקתיותו של חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון הגבלת הוצאות וביקורת), התשכ"ט–1969.⁷¹ חוק זה שלל הקצבה למימון בחירות מרשימות מועמדים חדשות. החוק לא נתקבל ברוב הדרוש – רוב חברי הכנסת בכל שלבי החקיקה – ובית המשפט קבע שהוא פגע בזכות לשוויון הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. בית המשפט עמד אפוא בפני מצב משפטי שבו חוק המימון סתר את הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.⁷²

עם תחילת הדיון בשאלה הניצבת בפניו ציין השופט מ' לנדוי:⁷³

"בדיון זה היו עשויות להתעורר שאלות חוקתיות מוקדמות נכבדות מאד, בדבר מעמדם של חוקי היסוד ובדבר שפיטותה בפני בית-משפט זה של השאלה אם קיימה הכנסת הלכה למעשה הגבלה שהטילה על עצמה, בדרך של 'שריון' של הוראת חוק, כגון הסעיף 4 של חוק-היסוד הנדון לפנינו. היועץ המשפטי פטר אותנו מלהיכנס לעבי הקורה הזאת, בהודיעו בהודעתו מטעם המשיבים כי 'אין המשיבים נוקטים עמדה בשאלה אם כשרותו המשפטית של דבר חקיקה הוא ענין שפיט בפני בית-משפט זה, באשר הם סבורים כי לגופו של ענין אין לעתירה על מה שתסמוך'. על הודעה זו חזר גם בעיקרי הטיעון שלו וגם בטענותיו בעל-פה ביום התשובה, וכאשר נשאל מה תהא עמדתו אם בית-המשפט ימצא שיש לעתירה על מה שתסמוך, השיב ואמר שבמקרה כזה יהיה מוכן לעמוד לרשותו של בית המשפט ולחוות את דעתו על שאלת השפיטות. על-כן תלוי הדבר בבית-משפט זה עצמו, אם ירצה להיכנס על-פי יזמתו לבירור שאלת השפיטות. החלטנו שלא לעשות כן, מפני שמטעמים מובנים תובעות הבעיות מהותיות אשר הועמדו לפנינו בדיון זה פתרון דחוף, ובירור השאלות החוקתיות המוקדמות היה מצריך דיון ממושך בפני עצמו. נשאיר איפוא את ענין השפיטות בצריך עיון, ומובן מאליו שבכל אשר נאמר כאן אין משום הבעת דעה עליו".

בהמשך פסק הדין קבע השופט מ' לנדוי כי חוק המימון אכן פגע בשוויון ולא קיים את הוראות "השריון" – כלומר דרישות הרוב הנדרשות. על רקע זה כתב:⁷⁴

- 69 ראו לעיל בעמ' 109.
 70 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).
 71 ס"ח 48.
 72 על הפירוש שיש ליתן לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 182 (2010).
 73 פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 696.
 74 שם, בעמ' 700.

"יוצא איפוא שהכנסת יכולה לעשות אחת משתיים: היא יכולה לחזור ולחוקק את הוראות המימון שבחוק המימון, למרות חוסר השוויון שבהן, אם ימצא להן הרוב הדרוש לפי הסעיפים 4 ו-46 של חוק-היסוד; או שהיא יכולה לתקנו כדי להסיר את חוסר השוויון, והצבענו לעיל על דרך אפשרית בה ניתן לעשות זאת".

על יסוד קביעה זו נעשה הצו על תנאי למוחלט, "במובן זה שהמשיב הראשון, הוא שר האוצר, יפעל על פי סעיף 6 של חוק המימון רק אם הוראות המימון שבחוק יוחקו מחדש ברוב הדרוש, או אם יתוקן החוק על-מנת להסיר את חוסר השוויון שבו".⁷⁵

(ב) תחילת המהפכה החוקתית – פרשת ברגמן

פרשת ברגמן עוררה קשיים ניכרים.⁷⁶ האם לא החליט בית המשפט בשאלות שהוא קבע שהוא לא רוצה להחליט בהן? אם ניתן צו לשר האוצר שלא לפעול על פי חוק המימון, האין בכך כדי לקבוע כי השאלה שבפני בית המשפט היא "שפיטה" וכי בהתנגשות בין חוק "רגיל" לבין חוק "יסוד" יד חוק-היסוד על העליונה? הביקורת על פסק הדין הייתה רבה.⁷⁷ חרף הביקורת פרשת ברגמן היא אחד מפסקי הדין החשובים ביותר במשפט החוקתי הישראלי, אלא שחשיבותו אינה בהנמקתו אלא בצו שניתן על ידיו. בפרשת בנק המזרחי המאוחד נכתב:⁷⁸

"גם חקיקה ראשית הסותרת חוק-יסוד בטילה ובית משפט מוסמך להצהיר על כך. הכרה במסקנה זו נתקבלה בישראל לאחר התפתחות פסיקתית חשובה. תחילה התעוררה השאלה בפרשת ברגמן. בית המשפט ציין כי הוא מבקש להשאיר בצריך עיון את השאלה אם היחס בין חוק-יסוד משוריין לבין חוק רגיל שאינו מקיים את הוראות השריון היא שאלה שפיטה. במשך השנים, ניתנו מספר פסקי דין שרובם הכריזו למעשה על בטלותם של חוקים רגילים שלא קיימו את הוראת השריון שבחוק היסוד. עם עבור השנים התמסדה מסורת זו".

75 שם.

76 על הלכת ברגמן, ראו ספיר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 41.

77 ראו נפתלי א' הורנשטיין "שריון הוראות בחוק יסוד" הפרקליט כה 648 (1969); מיכאל שפטלר "הרהורים בשאלות קונסטיטוציוניות" הפרקליט כו 6 (1970); יעקב ש' צמח "כיצד נוסדת סמכות שיפוט קונסטיטוציונית?" הפרקליט כט 515 (1978); דוד קרצ'מר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 358 (1997). ראו גם Benjamin Akzin, *Judicial Review of Statute*, 4 ISR. L. REV. 559 (1969); David Kretzmer, *Judicial Review of Knesset Decisions*, 8 TEL AVIV STUD. L. 95 (1988).

78 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 44, בעמ' 418 (הנשיא א' ברק).

השופט י' זמיר עמד על חשיבותה של פרשת ברגמן בפסק-דינו בפרשת בנק המזרחי המאוחד:⁷⁹

"המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בפרשת ברגמן. כידוע, בפרשת ברגמן נקבע לראשונה כי הכנסת יכולה לכבול את עצמה על-ידי הוראה משוריינת בחוק יסוד וכי בית המשפט מוסמך לפסול חוק רגיל הנוגד הוראה כזאת. פסק הדין של השופט לנדוי בפרשה זאת חולל מהפכה כיוון שנחת על הקהילה המשפטית בהפתעה מוחלטת ושינה סדרי בראשית: הוא הפך על פיה את התפיסה שהייתה עד אז בבחינת מושכלות ראשונים בדבר מעמד הכנסת, מעמד בית המשפט והיחס ביניהם. בית המשפט לא נזקק לתיאוריה כדי לחולל את המהפכה. להפך, הוא נמנע בכוונה מן הדיון ב'שאלות חוקתיות מוקדמות נכבדות מאד, בדבר מעמדם של חוקי היסוד ובדבר שפוטתה לפני בית-משפט זה של השאלה אם קיימה הכנסת הלכה למעשה הגבלה שהטילה על עצמה' [...]. ובכל זאת המהפכה הצליחה. היא הצליחה, כדרך של מהפכות, משום שהתחוללה בעיתוי מתאים, בלחץ הזמן של ערב בחירות; משום שבוצעה בטאקטיקה נבונה, שהותירה לשלטון דרך להשיג את מבוקשו על-אף פסילת החוק, אם על-ידי תיקון החוק ואם על-ידי חקיקתו מחדש ברוב מיוחד; ואולי גם משום שנמנעה מפולמוס בשאלות החוקתיות הנכבדות. מבחינות אלה היא מזכירה את המהפכה המוצלחת שאירעה בארצות-הברית לפני כמאתיים שנה, אף היא בתחום היחסים שבין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, בפרשת מרבורי [...] אכן, פרשת ברגמן היא הוכחה נוספת לאמירה המפורסמת של השופט הולמס כי דף של היסטוריה שקול כנגד ספר של היגיון".

לכך אני מסכים. השלב הראשון במהפכה החוקתית נפתח אפוא עם כינונו של חוק-יסוד: הכנסת, כפי שפורש בפרשת ברגמן;⁸⁰ השלב השני נפתח עם כינונם של שני חוקי-היסוד

79 שם, בעמ' 468.

80 השופט מ' לנדוי, שכתב את פסק-הדין פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 70, אינו רואה בו מקור נורמטיבי לעליונותם של חוקי-היסוד בכלל או של חוקי-היסוד המשוריינים בפרט. ראו משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל" הפרקליט כז 30 (1971). הרשימה מופיעה גם בספר לנדוי כרך א 37 (אהרן ברק ואליונר מזוז עורכים, 1995). על חשיבותה של פרשת ברגמן, ראו קרצ'מר, לעיל ה"ש 77; אריאל בנדור "שריון חוקה – פסק דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821 (2001). על גישתו של השופט לנדוי, ראו מיכל שקד משה לנדוי: שופט 302 (2012). ראו גם Joshua Segev, *Justifying Judicial Review: The Changing Methodology of the Israeli Supreme Court*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 105, 112 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

בדבר זכויות האדם, כפי שפורשו על ידי שופטי בית המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי המאוחד.⁸¹

2. שלב שני – חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק ופרשת בנק המזרחי המאוחד

(א) מהפכה חוקתית – מהי?

עם כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הובעו בספרות דעות שונות באשר למעמדו המשפטי. אני עצמי העליתי בעניין זה כמה אפשרויות.⁸² בפסיקה הובעו כמה אמרות־אגב בעניין זה.⁸³ הובעה הדעה כי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק הביאו ל"מהפכה חוקתית". "זכות היוצרים" לשימוש פומבי בביטוי "מהפכה חוקתית" נתונה כנראה לפרופסור ק' קליין, אשר ציין, ברשימה שפרסם בעיתון מעריב ב־27.3.1992⁸⁴ כי עם חקיקתם של שני חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם התחוללה "המהפכה החוקתית השקטה". חודש לאחר מכן, בדברים שנשא בטקס השבעת שופטים ביום 27.4.1992, התייחס שר המשפטים ד' מרידור לשני חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם שקיבלה הכנסת, בצינו:⁸⁵

"זוהי לא רק תחילתה של דרך חדשה שהמשכה יבוא, אל נכון, בכנסת הבאה. זוהי מהפכה קונסטיטוציונית של ממש. מעתה תהיינה זכויותיו של האדם במדינה, שפורטו בחוקי יסוד אלה, מוגנות לא רק נגד הרשות המבצעת או נגד מחוקק המשנה. בכך אין כמעט כל חדש. מעתה תהיינה זכויות אלה מוגנות אף נגד חקיקה שרירותית של הכנסת עצמה".

81 לעיל ה"ש 44.

82 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 266 (1994). ראו גם קרפ, לעיל ה"ש 66, בעמ' 341; מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659, 670 (1993).

83 ראו בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290 (1993); בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל־אביב יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994); בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353 (1994).

84 קלוד קליין "המהפכה החוקתית השקטה" מעריב 27.3.1992. בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים נערך ביום 6.4.1992 רב־שיח על חוקי־היסוד שהתקבלו. אחת מכותרות הרב־שיח הייתה "המהפכה החוקתית השקטה". ראו "האביב החוקתי של הכנסת ה־12" הלשכה 14 16 (1992).

85 דן מרידור לקט דברים מתוך נאומים שנשא שר המשפטים 1988–1992 18 (1992).

אותה גישה מצאה ביטוי בדברים שאמרת (ב-18.5.1992) באוניברסיטת חיפה:⁸⁶

“לא הכל מודעים לכך, אך לאחרונה התחוללה מהפכה בישראל. זוהי מהפכה חוקתית, אשר הכנסת – כגוף מכונן – גרמה. במרץ 1992 חוקקו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק [...]. מכוחה של חקיקת יסוד זו, הפכו זכויות האדם בישראל – בדומה למצב בארצות הברית, קנדה ומדינות רבות אחרות – לנורמות משפטיות בעלות מעמד חוקתי עדיף. [...] זכויות היסוד ההלכתיות הפכו עם חקיקתם של חוקי היסוד לזכויות 'כתובות על ספר'. הן מחייבות מעתה לא רק את האזרחים והתושבים, ולא רק את רשויות המינהל, כגון הממשלה והרשויות המקומיות. הן מחייבות מעתה את הכנסת עצמה. מעל הכנסת כרשות מחוקקת עומדת הכנסת כרשות מכוננת, ומעל לחוק הרגיל של הכנסת עומדים שני חוקי-היסוד. הריבונות היא של העם, והעליונות היא של חוקי-היסוד. חוק של הכנסת אין בכוחו עוד לפגוע בזכויות היסוד הנזכרות, אלא אם כן הוא הוחק לתכלית ראויה, במידה שאינה עולה על הנדרש, והוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית [...]. מעתה, בית המשפט יוכל לא רק לפרש חוק הנוגד את עקרונות היסוד, אלא גם להצהיר על בטלותו. בכך העניק העם לשופטיו מכשיר רב עוצמה. עתה שנתן לנו העם את הכלים – נעשה את המלאכה.”

רבים משתמשים מאז בביטוי “מהפכה חוקתית”. יש המבקרים ביטוי זה ויש המסכימים לו.⁸⁷ חוסר הבהירות הוסר עם פסיקת הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד.⁸⁸ בפרשה זו נקבע, ברוב דעות, כי לזכויות האדם הקבועות בשני חוקי-יסוד אלה ניתן מעמד חוקתי על-חוקי. כוחה של הכנסת לפגוע בזכויות אלה – לא בדרך של שינוי בחוק-היסוד עצמו⁸⁹ – הוגבל. נקבע כי פגיעה בזכויות האדם היא חוקתית רק אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.⁹⁰ על פיה נדרש שהחוק⁹¹ הפוגע בזכויות האדם הולם את ערכיה של

86 אהרן ברק “המהפכה החוקתית” מבחר כתבים כרך א 349 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); ראו גם אהרן ברק “המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות” משפט וממשל א 9 (1992). רשימה זו התפרסמה בסוף ספטמבר 1992.

87 לניתוח הטענות השונים, ראו ספיר, לעיל ה”ש 10, עמ’ 59.

88 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה”ש 44.

89 שאלה יפה היא אם אין מוטלות הגבלות על כוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, לשנות את זכויות האדם. לסוגיה זו, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה”ש 82, בעמ’ 566. ראו גם להלן בעמ’ 373.

90 הביטוי “פסקת ההגבלה” הינו תרגום של הביטוי האנגלי “limitation clause”, המקובל בספרות החוקתית ההשוואתית. על היקפה של פסקת ההגבלה במשפט הישראלי והמשווה ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה”ש 72.

מדינת ישראל,⁹² נועד לתכלית ראויה,⁹³ ופגיעתו בזכות האדם אינה עולה על הנדרש.⁹⁴ הפגיעה בזכות היא חוקתית אפוא רק אם היא מידתית. חוק של הכנסת – יהא הרוכ שבו התקבל אשר יהא – הפוגע בזכויות האדם המוגנות בשני חוקי-היסוד ואשר אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה – ובמקרה של פגיעה בחופש העיסוק אינו ממלא גם את דרישותיה של פסקת ההתגברות⁹⁵ – הוא חוק לא-חוקתי, וכל בית משפט מוסמך להצהיר על כך. אפילו ייאמר בחוק במפורש כי הוא נחקק על אף האמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁹⁶ לא תהא לאמירה זו היכולת להתגבר על חוק-היסוד, העומד במדרג נורמטיבי גבוה ממנו. כדי לפגוע בזכויות אדם המוגנות בשני חוקי-היסוד מבלי לקיים את הדרישות הקבועות לכך בחוקי-היסוד עצמם, נדרש שינוי חוקתי, כלומר שינוי בחוקי-היסוד עצמם.⁹⁷ לשם כך נדרש כי השינוי ייעשה באמצעות חוק-יסוד, ונדרש – לעניין שינוי חוק-יסוד: חופש העיסוק – רוב של חברי כנסת.⁹⁸ את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לשנות ברוב רגיל. שינויים אלה אינם כפופים לפסקת ההגבלה או לפסקת ההתגברות.⁹⁹

91 במקור קבע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפסקת ההגבלה כי ההגבלה על זכות אדם צריכה להיות "בחוק". בחוק-יסוד: חופש העיסוק המקורי נאמר כי ההגבלה יכולה להיות גם "על פי חוק". עם כינונו מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק, בשנת 1994, נקבעה הוראה המשותפת לשני חוקי-היסוד, שלפיה ההגבלה יכולה להיות "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". לפירושה של הוראה זו, ראו ברק, פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 560. ראו גם אורן גזל "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד' 381 (1998).

92 בפסקת ההגבלה עצמה נאמר כי הפגיעה צריכה להלום "את ערכיה של מדינת ישראל". אמנם לא נאמר בה כי ערכים אלה הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית, אך עם זאת הנני סבור כי זהו הפירוש הנכון של הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל". דבר זה מתבקש מהוראת סעיף 1א לחוק-היסוד, שלפיה מטרתו של חוק-היסוד "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 328; אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט 547 (1995); אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט 479 (1995); רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 213 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998).

93 על מהותה של התכלית הראויה ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 298.

94 ראו שם, בעמ' 373.

95 ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

96 לא כן לעניין כוחה של אמירה זו ("על-אף האמור") לפגוע בחופש העיסוק. כוח זה נקבע במפורש בפסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 8).

97 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 44.

98 ראו סעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי כנסת").

99 פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות עוסקות בחוק המבקש לפגוע בזכות-יסוד מוגנת. אין הן עוסקות בחוק-יסוד המבקש לפגוע בחוק-יסוד אחר. אכן, פסקות אלה עוסקות בפגיעה בזכות מוגנת על ידי נורמה נמוכה יותר מחוק-יסוד, אולם אם הפגיעה נעשית על ידי חוק-יסוד, היא אינה מתבטלת בשל העיגון שניתן לה בחוק-היסוד עצמו. כאשר חוק-יסוד מאוחר פוגע

הנה כי כן, המהפכה החוקתית מתבטאת בשינוי מעמדן החוקתי של זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד. ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי, ונקבעה עליונותן הנורמטיבית. כוחה הכולל-יכול של הכנסת הוגבל: הוטלו הגבלות על כוח החקיקה שלה, והוכר במשתמע כוחו של בית משפט להצהיר על בטלותו של חוק הפוגע לא כדין בזכות אדם הקבועה בחוק-היסוד. על המהפכה חוקתית זו עמד בית המשפט העליון בעניין בנק המזרחי המאוחד, בצינו: ¹⁰⁰

”המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת במרץ 1992. הכנסת העניקה למדינת ישראל מגילת זכויות אדם חוקתית. [...] בכך היא יצרה נורמה חוקתית על-חוקתית. במידרג הנורמטיבי שנוצר עומדים שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מעל לחקיקה הרגילה. סתירה בין האמור באחד משני חוקי היסוד לבין האמור בחוק רגיל גוררת אחריה בטלותו של החוק הסותר. [...] המהפכה החוקתית בתחום זכויות האדם בנויה על אדני ההלכה הפסוקה. הכנסת, בהפעילה את סמכותה המכוננת, אימצה מספר זכויות אדם הילכתיות והעניקה להן מעמד חוקתי על-חוקי. בלא התשתית ההלכתית, לא ניתן היה לקיים את השינוי החוקתי. [...] בלא זכויות אדם הילכתיות, לא היו מוכרות אצלנו זכויות אדם חוקתיות. [...] המהפכה החוקתית אינה מתבטאת אפוא בעצם ההכרה בקיומן של זכויות האדם. הכרה זו קיימת בישראל על בסיס הפסיקה, מימים ימימה. המהפכה החוקתית מתבטאת בשינוי מעמדן החוקתי של זכויות האדם [...]. חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בלא לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה והקובע – אם במפורש ואם במשתמע – כי הוא מכוון לפגוע בזכות האדם, אינו חוקתי, ובית המשפט יצהיר על בטלותו. זהו שורש השינוי החוקתי. כדבר הזה לא היה בעבר.”

הנה כי כן, המהפכה החוקתית יצאה לדרך. בתחילה הוגבלו תוצאותיו של פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד לשני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. לאחר זמן מה הם הורחבו לכל חוקי-היסוד. ¹⁰¹ הן המונח והן תוכנו זכו לביקורת קשה. ¹⁰² בפסיקתו המשיך

זכויות-יסוד מוגנת, זו פגיעה המתרחשת ברמה נורמטיבית וזה לזו של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, ועל כן אין תחולה להגבלות הפנימיות שנקבעו בחוקי-יסוד אלה.
 100 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 44, בעמ' 353–354 (הנשיא א' ברק).
 101 ראו בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206 (1998); רע"א 3007/02 יצחק נ' מוזס, פ"ד נו(6) 592 (2002); בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950 (2002); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750 (2003); בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 102 (2003). לביקורת על צורת ההרחבה אך לא מהותה, ראו אמנון רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין 35 42 (2002). ראו גם אריאל בנדור "ארבע מהפיכות חוקתיות" משפט וממשל ו 305 (2003).
 102 ראו פסק הדין של השופט מ' חשין בפרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 44, בעמ' 567;

בית המשפט העליון לפסוק בעקבות פרשת בנק המזרחי המאוחד, וההכרה במעמד החוקתי של זכויות האדם מקובלת על שופטיו.

(ב) הביקורת על המהפכה החוקתית והתשובות לה

(1) האם הייתה מהפכה חוקתית?

תיאור השינוי החוקתי שחוללו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם כמהפכה חוקתית התקבל, בעיקרו של דבר, בהסכמה. הספרות¹⁰³ והפסיקה¹⁰⁴ העריכו את עומק השינוי שהתחולל, וראו בו מהפכה חוקתית של ממש. עם זה, לא הכול מסכימים לכך¹⁰⁵ – יש המעלים ספק, ויש אף המביעים התנגדות. פרופ' ג' ספיר מעלה ארבעה הסברים¹⁰⁶ למהפכה החוקתית שלדעתו כולם תרמו לה.¹⁰⁷ יש הגורסים כי המציאות הנורמטיבית החדשה, כפי שתוארה, אכן התרחשה, אך אין זה נכון לכנות זאת "מהפכה". לשיטתם, יש להסתפק בתיאור התופעה החדשה כשינוי. עם ביקורת זו אין לי מחלוקת של ממש, שכן בעיניי זהו ויכוח לשוני גרידא.

השופט מ' חשין ציין כי "התווית 'מהפכה' קשה בעיני, וכי אמירה כי נתחולל 'שינוי' במהלכה של שיטת המשפט – אין די בה?"¹⁰⁸ אכן, אילו הייתה מקובלת עליו גישתו של

משה לנדוי "מחשבות על המהפכה החוקתית" משפט וממשל ג 697 (1996); רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה שהגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997); משה לנדוי "רב-שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" המשפט ה 249, 254 (2000).

103 ראו, למשל, אהרן יורן "המהפכה החוקתית במיסיבי ישראל" משפטים כג 55 (1994); הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997); גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב 129 (1999); אוריאל לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט ה 267 (2000). ראו גם Ran Hirschl, *Israel's Constitutional Revolution*, 46 Am. J. COM. L. 427 (1998). אף ראו Ariel L. Bendor, *The Purpose of the Israeli Constitution*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 41 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

104 ראו למשל, ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 539, 539 (2002); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 712 (2001).

105 השופט מ' אלון מתח ביקורת על השימוש בביטוי "מהפכה חוקתית", ראו מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין לאן?" מחקרי משפט יב 253, 256 (1996). ביקורת זו נמתחה לפני פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד והיא מבוססת על ההנחה כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו דינו מבחינת מעמדו הנורמטיבי כדין כל חוק אחר.

106 הארבעה הם: "רגע היסטורי", "פשרה", "הטעיה", "מהלך משותף של אליטות ישנות" (ספיר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 62–84).

107 ראו שם, בעמ' 85.

108 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 44, בעמ' 567.

השופט מ' חשין – שלפיה שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם אינם במדרג נורמטיבי עליון, מעל לחקיקה הרגילה, וכל שיש בהם היא קביעה צורנית באשר לדרכי השינוי של חקיקה המצויה ברמה נורמטיבית של חוק רגיל –¹⁰⁹ הייתי סבור כמוהו כי לא התרחשה מהפכה חוקתית, וכי כל שניצב לפנינו הוא אך שינוי חקיקתי.¹¹⁰ אך את נכונותו של הדיבור "מהפכה חוקתית" יש להעריך על פי מהותו של השינוי שהתחולל. אם אכן צודק אני בתיאור השינוי שהתחולל – ותיאור זה הרי מבטא את דעת הרוב בפרשת בנק המזרחי המאוחד – אזי אני רואה בו שינוי מרכזי ומרחיק לכת עד כדי כך שראוי להכתירו בתואר "מהפכה חוקתית". השופט מ' חשין מציין בפרשת בנק המזרחי המאוחד:¹¹¹

"ואם אומרים לנו כי בחודש מארס 1992 חלה 'מהפכה חוקתית' בנושא זכויות האדם, כמו מוסיף הדובר ומשמיע לנו כי באותו חודש חל שינוי עמוק – שינוי מקצה אל קצה – בזכויות האדם בישראל. כמו זכויות האדם בישראל ראו באותו יום אוויר עולם, כמו יצרה הכנסת יש מאין [...]. דעתי שונה, שכן כידוע לכול זכויות אדם היו בישראל גם קודם שנת 1992."

אכן, הנני גורס כי במרס 1992 התרחשה מהפכה חוקתית, שכן אני סבור כי "באותו חודש חל שינוי עמוק – שינוי מקצה אל קצה – בזכויות האדם בישראל". שינוי זה לא התבטא ביצירת זכויות יש מאין. זכויות אדם חקיקתיות והלכתיות הוכרו גם בעבר. יתר על כן, מספרן רב ממספר הזכויות שהוכרו בחוקי-היסוד, והיקפן לעתים רחב יותר.¹¹² השינוי לא התבטא אפוא בהכרה בזכויות אדם יש מאין אלא בהעלאת מעמדן החוקתי של כמה זכויות למעמד חוקתי על-חוקי. איני סבור כי הדיבור "מהפכה חוקתית" מצביע בהכרח על יצירת זכויות חדשות שלא היו מוכרות בעבר. גם בהעלאת מעמדן של זכויות קיימות ממעמד

109 לטיעונים שלפיהם אין להכיר בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בישראל – אם בשל טיעונים משפטיים ואם בשל טיעונים מתחום מדע המדינה – ולתשובות להם, ראו למשל, יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'מהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 158 (1997); גביוון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים", לעיל ה"ש 92.

110 ראו אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם", לעיל ה"ש 105. אלון מותח ביקורת על הדיבור "מהפכה חוקתית". לדעתו, עם קבלתם של שני חוקי-היסוד "נפל דבר במערכת המשפט הישראלית", אולם אין זו מהפכה חוקתית. אלון סבור כי אין לזכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד מעמד חוקתי על-חוקי, וכי בית המשפט אינו רשאי לבטל חוק הנוגד את חוקי-היסוד, אם כי עליו לפרשו לאורם. אילו הייתה גישה זו מקובלת על בית המשפט העליון, הייתי סבור, כמו השופט אלון, כי לא התרחשה מהפכה חוקתית. כאמור, המאמר נכתב לפני שניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד.

111 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 44, בעמ' 565.

112 למשל, חופש העיסוק ההלכתי מהווה זכותו של כל אדם, ואילו חופש העיסוק בחוקי-יסוד: חופש העיסוק אינו זכותו של כל אדם, אלא רק של אזרח או תושב. הזכות ההלכתית – שעומדת בעינה (ראו להלן בעמ' 135) – רחבה אפוא מהזכות החוקתית העל-חוקית.

נורמטיבי של חוק או של הלכה פסוקה למעמד נורמטיבי חוקתי-על-חוקי יש לראות מהפכה חוקתית.

פרופ' ר' גביון מבקרת אף היא את השימוש בדיבור "מהפכה חוקתית"¹¹³ כמו השופט מ' חשין, גם ר' גביון סבורה כי אין לכנסת סמכות מכוונת, והיא אינה מאמצת את תורת המדרג הנורמטיבי. מכאן מסקנתה כי לא התרחשה מהפכה חוקתית, אם כי התרחש שינוי חשוב. לדבריה, ייתכן כי בעתיד, במרחק של שנים, נשקיף על שני חוקי-היסוד כעל תחילתה של מהפכה, אולם המהפכה תהיה בהתפתחות ולא בעצם חקיקתם של שני חוקי-היסוד. ר' גביון מציינת לעניין זה כי אפיון השינוי כ"מהפכה חוקתית" מניב הישגים מספר, אולם חסרונותיו עולים על יתרונותיו, ומכל מקום, הוא אינו משקף מצב מצוי ואף לא מצב רצוי. בהערכת ביקורתה של ר' גביון, נקודת המוצא היא הערכת מהותו של השינוי. היא מציינת כי "אם אכן עברנו ב-1992 משיטה של עליונות המחוקק (בחריג של סעיף אחד) לשיטה שיש בה עליונות של כל החומרים החוקתיים – ובהתאם לכך גם ביקורת שיפוטית מלאה על חקיקה ראשית – הרי זו מהפכה"¹¹⁴. לדעתי, זה בעיקרו השינוי שהתרחש, ועל כן מוצדק לכנותו "מהפכה חוקתית". היא שוללת מסקנה זו. זו המחלוקת העיקרית בינינו. אמת, עד לפסק הדין בעניין בנק המזרחי המאוחד היה אפשר לטעון, כפי שטוענת ר' גביון, כי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לא חוללו כל מהפכה חוקתית – לא בגדרי המשפט המצוי ולא בגדרי המשפט הרצוי; אולם בגדרי המשפט המצוי – להבדיל מהרצוי – טענה זו אינה נכונה עוד לאחר פסק הדין בעניין בנק המזרחי המאוחד. פסק דין זה קבע כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מצוי ברמה נורמטיבית גבוהה מזו של חקיקה רגילה. אפשר לומר כי הפסק מוטעה וכי ראוי לשנותו, אך אין זה ראוי להתעלם ממקומו במשפט הפוזיטיבי של מדינת ישראל. גם אם טוענים כי האמור בו הוא אמרת-אגב, אין לומר זאת על פסקי הדין שניתנו לאחריו ואשר בהם הכריז בית המשפט העליון על ביטולן של הוראות חוק הנוגדות את זכויות האדם המעוצבות בשני חוקי-היסוד.¹¹⁵ אכן, תיאור המצב הקיים תוך התעלמות מפסקי הדין של בית המשפט העליון אינו תיאור מדויק של המציאות הנורמטיבית הקיימת.

113 ראו, בעיקר, גביון "מהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", לעיל ה"ש 102.

114 שם, בעמ' 132.

115 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(5) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006); פרשת המרכז האקדמי למשפט, לעיל ה"ש 3; בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' הכנסת (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013).

הנשיא (בדימוס) מ' לנדוי סבור אף הוא כי שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לא הביאו עימם מהפכה חוקתית.¹¹⁶ עם זאת גישתו שונה מזו של השופט מ' חשין ושל ר' גביון. נקודת המוצא של הנשיא לנדוי היא שהכנסת מסוגלת לקבל חוקה לישראל. הוא אף מציע לה חלופות אחדות בעניין זה ומדגיש שעתה הגיעה העת שהכנסת תאמר את דברה. וכך הוא כותב:¹¹⁷

”מעלה חשובה יש לפסק הדין, שהוא מבהיר, שבכל הנוגע ליחסי הגומלין בין הכנסת לבית-המשפט הגיעה המדינה לפרשת דרכים. המכשלה הזאת חייבת לחזור עכשיו לכנסת. אין לנו גוף אחר היכול להביע את רצון העם, ואל לה לכנסת להתחמק עוד מאחריותה ומחובתה להגיד דברה בלשון החוק, באופן שאינו משתמע לשתי פנים. זמן רב מדי חלף מאז נתגלה הצורך הזה ועתה, אחרי מתן פסק-הדין המונח לפנינו, דוחקת השעה יותר מאי-פעם. לצורך זה יש להחיש את הדיון בהצעות חוקי-יסוד: החקיקה הממתינות לבירור מעמיק בכנסת.”

המחלוקת שלי עם הנשיא מ' לנדוי אינה דומה אפוא למחלוקת שלי עם השופט מ' חשין או עם ר' גביון. הנשיא לנדוי – כמו הנשיא מ' שמגר וכמוני – גורס כי לכנסת ניתנה הסמכות ליצור “חוקה כחוק עליון”,¹¹⁸ וכי בכוחה להגשים מהפכה חוקתית, ואילו השופט מ' חשין ור' גביון אינם מכירים בסמכותה זו של הכנסת. הנה כי כן, המחלוקת שלי עם הנשיא לנדוי אינה בשאלה העקרונית אם הכנסת אכן מסוגלת ליצור חוקה כחוק עליון אלא בשאלה אם הכנסת הביעה, הלכה למעשה, את רצונה לחוקק חוקה כחוק עליון. עמדתו היא כי ה”סימנים” השונים לרצון זה – שעליהם עמד הנשיא מ' שמגר ואשר עליהם עמדתי גם אני בפרשת בנק המזרחי המאוחד – אינם מספיקים. לטענתו, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק צריכה לנבוע מהוראה מפורשת בחוק-יסוד, ואין להסיקה בדרך של פרשנות שיפוטית. בכך, לדעתי, שוגה הנשיא לנדוי. שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם טומנים בחובם רשימה ארוכה של “סימנים” המעידים כי הסמכות הנתונה לכנסת לכונן חוקה הוצאה מן הכוח אל הפועל. על סימנים אלה עמד הנשיא מ' שמגר בפסק-דינו בפרשת בנק המזרחי המאוחד. ואם כך הדבר, אין כל הבדל מהותי בין סמכותו של בית המשפט העליון להכיר – בדרך של פרשנות שיפוטית של חוקי-היסוד – בקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק לבין סמכותו של בית המשפט העליון האמריקני להכיר בביקורת שיפוטית על

116 ראו לנדוי “מחשבות על המהפכה החוקתית” לעיל ה”ש 102. לביקורת פסק הדין בעניין בנק המזרחי המאוחד ראו משה לנדוי “מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט” משפט וממשל ג 697 (1996).

117 שם, בעמ' 710.

118 שם, בעמ' 699.

חוקתיות החוק בארצות הברית.¹¹⁹ בשני המקרים הבסיס לביקורת השיפוטית אינו בעליונות השיפוטית אלא בעליונותם של החוקה וחוקי-היסוד. לא בתי המשפט (האמריקני והישראלי) נתנו חוקה למדינותיהם. זו ניתנה על ידי הגופים המוסמכים לכך. על כל פנים, על הנשיא לנדוד להניח, כמשפט מצוי, כי זה הדין בישראל כל עוד הכנסת אינה משנה אותו בחוקי-יסוד. מדוע משפט מצוי זה אינו בבחינת "מהפכה חוקתית"?

(2) מי חולל את המהפכה החוקתית?

המהפכה החוקתית הינה מעשה ידיה של הכנסת.¹²⁰ באשר לתאוריה המונחת ביסוד כוחה זה של הכנסת הובעו בעניין בנק המזרחי המאוחד שתי השקפות: האחת, מפי הנשיא מ' שמגר,¹²¹ שעל פיה הכנסת היא כול-יכולה, ועל כן בכוחה גם ליצור מדרג נורמטיבי שלפיו היא מגבילה את כוחה שלה; האחרת, השקפתי שלי, שלפיה בעת כינון חוקי-יסוד פועלת הכנסת ב"כובעה" כרשות מכוננת, וכוחה זה מאפשר לה להגביל את כוחה שלה כרשות מחוקקת. בספר זה לא אעמוד על השוני שבין שתי השקפות אלה. אנתח את מהותה של המהפכה החוקתית על פי תפיסתי שלי מבלי לפגוע כמובן בכוחה של התאוריה הנוגדת. על פי השקפתי – ובעניין זה אין שוני בינה לבין גישתו של הנשיא מ' שמגר – "הגוף המהפכני, אשר ביצע את המהפכה, הייתה הכנסת עצמה. המהפכה בוצעה על פי הכללים והדינים הקובעים את כללי המהפכה. היתה זו 'מהפכה חוקתית' חוקתית".¹²² היטיב להבין זאת ח"כ א' לין, מי שעמד בראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, אשר קידמה את כינונם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם:¹²³

- 119 ראו Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
- 120 לניתוח מקיף של המהפכה החוקתית, ראו ספיר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 86.
- 121 את השקפתו זו הציג הנשיא מ' שמגר עוד לפני פרשת בנק המזרחי המאוחד; ראו מאיר שמגר "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי" משפטים כו 3 (1995).
- 122 אהרן ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" הפרקליט מג 5 (1996); ברק "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 86.
- 123 לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה", לעיל ה"ש 103, בעמ' 270. ראו גם אוריאל לין "חוק יסוד: קונסנסוס" הארץ 27.11.1998, 5 ("האם חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק הם בבחינת 'מהפכה חוקתית', כהגדרתו של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק? לדעתי, התשובה חיובית [...]) החידוש נבע מכך שזכויות היסוד של הפרט הוגדרו בראשונה בחוק חרות והוצבו בראש הפירמידה של מערכת המשפט בישראל; מערכת החוקים כולה הוכפפה לערכי היסוד של חוקים אלה. בראשונה נקבע כי מידת תקפותה של מערכת החוק בישראל – חקיקת משנה ואף חוקי הכנסת – תיבחן על פי התאמה לחירויות הפרט כמוגדר בחוקי היסוד. העובדה כי הכנסת כמו ידיה העניקה לבית המשפט העליון את כוח הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת מגלמת את המהפכה החוקתית". ראו גם אוריאל לין אבן דרך (2012).

“חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק מהווים ללא ספק מהפכה חוקתית. זו הייתה הפעם הראשונה שכנסת ישראל העמידה את חוקי-היסוד מעשה ידיה מעל לחוקים רגילים וקבעה כי תקפות של חוק רגיל תיבחן על פי המבחנים המפורטים בחוקי-היסוד. היא פרשה הגנה חוקתית על זכויות היסוד של הפרט וקבעה כי כל מעשה חקיקה איזה שהוא כולל חוקי הכנסת, אינו יכול לפגוע בזכויות יסוד אלה אלא אם עמד במבחנים הנקובים בסעיף ההגבלה החקיקתית. כך הוצבו זכויות היסוד של הפרט בראש הפירמידה של מערכת המשפט בישראל. מערכת המשפט כולה הוכפפה לערכי היסוד של חוקים אלה. הכנסת כמו ידיה הטילה מגבלות על כוח החקיקה הלא מוגבל שלה. מהפכה חוקתית זו היא מעשה מודע ומכוון של כנסת ישראל עצמה.”

ובמקום אחר הוא כתב:¹²⁴

“המהפכה החוקתית” בישראל החלה כאשר הכנסת השלימה במרס 1992 את חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק ולאחריו את חוק-יסוד: כבוד באדם וחירותו.”

הניסיונות להגשים את המהפכה החוקתית באמצעות בתי המשפט לא עלו יפה. חרף אמרות-אגב אשר השאירו את השאלה בצריך עיון,¹²⁵ סירב בית המשפט העליון לטול עליו תפקיד זה. באחת הפרשות שקדמה לכינון שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם נטען לפני בית המשפט העליון כי חקיקה נוגדת את עקרון השוויון, ומטעם זה היא בטלה, וכי על בית המשפט להכריז על כך. טענה זו נדחתה:¹²⁶

- 124 אוריאל לין “מבוא” חוקי היסוד של מדינת ישראל 4 (משה נסים עורך, 2004).
- 125 ראו ע”ב 1/65 ירדור נ’ יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ”ד יט(3) 365, 389–390 (1965) (“השופט חייב לפסוק גם על פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא מעל החוקה, שאפילו הוראותיה מדחות מפניהן אם אינן מתיישבות עמן [...] אם בארת בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה”) (השופט י’ זוסמן); בג”ץ 130/66 שגב נ’ בית הדין הרבני האזורי צפת, פ”ד כא(2) 505, 515 (1967) (“לא נטען בפנינו שסעיף 2 הנ”ל מתבטל מפני מצוותה של הכרזת העצמאות, ולפיכך נמנע אני מלדון בשאלה זו”) (השופט י’ זוסמן); בג”ץ 889/86 כהן נ’ שר העבודה והרווחה, פ”ד מא(2) 540, 543 (1987) (“איני רואה צורך לדון כאן בשאלה החוקתית הרחבה, אם הביקורת השיפוטית של בית-משפט זה משתרעת גם על החקיקה הראשית של הכנסת, מעבר לביקורת בקשר להוראות החקיקות המשוריינות שבחוק היסוד”) (השופט מ’ שמגר).
- 126 בג”ץ 142/89 תנועת לאו”ר – לב אחד ורוח חדשה נ’ יושב ראש הכנסת, פ”ד מד(3) 529, 554 (1990) (השופט א’ ברק). ראו גם עדי פרוש “אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי

“על פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. [...] כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור הנאור. [...] אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק – שאינו סותר הוראה משוריינת בחוק-יסוד – והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי, כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועסוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על-ידי העם ונציגיו הנבחרים.”

באותה פרשה ציינתי כי ריסון עצמי זה של בית המשפט אינו נגזר מעקרונות היסוד הקשורים לריבונות המחוקק, לשלטון החוק, להפרדת רשויות או לדמוקרטיה. הדגשתי כי ריסון עצמי זה נובע מתפיסתה של החברה הישראלית כי העמדתן של זכויות האדם על בסיס חוקתי על-חוקי צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על ידי הכנסת. בכך ביטאתי את התפיסה כי החברה הישראלית רואה במפעל חוקי-היסוד את המסלול המשפטי לכינונה של חוקה בישראל. אם ייפסק מהלך זה כליל והחברה הישראלית תזנח את מפעל חוקי-היסוד, שאלה זו עשויה להתעורר מחדש. אכן, גישתי זו לא התבססה על תפיסה כי בהיעדר חוקה כתובה המצויה מעל לחוקים הרגילים אין מקום לביקורת שיפוטית. מקובל עליי כי ייתכנו מצבים שבהם תידרש ביקורת שיפוטית גם בהיעדר חוקה כתובה¹²⁷ או אף באשר להוראות אותה חוקה. גישתי הייתה כי מצבים אלה לא התקיימו בישראל באותה עת, ולכן לא היה כל צידוק לא להמתין להמשך פעולתו של מפעל חוקי-היסוד. הנה כי כן, הכנסת היא שחוללה את המהפכה החוקתית. בלעדיה לא הייתה המהפכה החוקתית מתרחשת בשנת 1992. פעולתה המכוננת באותה עת הייתה תנאי חיוני לקיומה של המהפכה החוקתית. עם זאת לא היה זה תנאי מספיק. המהפכה החוקתית לא הייתה מתרחשת בשנת 1992 אילולא הכיר בית המשפט בכוחה של הכנסת לכונן חוקה ואילולא קבע כי

ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה” עיוני משפט יז 717 (1993); טל “מחוקק כל-יכול – האמנם?”, לעיל ה”ש 27, בעמ’ 361; דותן, לעיל ה”ש 109, בעמ’ 156.

127 ראו שם, בעמ’ 152.

הכנסת הוציאה את כוחה זה אל הפועל. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי המאוחד:¹²⁸

”בחוקקה את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הביעה הכנסת את עמדתה באשר למעמד המשפטי-חוקתי העליון של שני חוקי יסוד בדבר זכויות האדם. היום מביע בית המשפט העליון את עמדתו המשפטית המאשרת מעמד חוקתי עליון זה. בכך משתלבת הזרוע החקיקתית עם הזרוע השיפוטית. החוליה המכוננת משתלבת בחוליה השופטת. קמה השרשרת החוקתית בדבר חוקתיות החוקה בכלל וחוקתיות זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד בפרט.”

אכן, המהפכה החוקתית התאפשרה בשנת 1992 בזכות שיתוף הפעולה בין הרשות המכוננת לרשות השופטת. כל אחת משתי הרשויות הללו לא יכלה להוליד מהפכה זו בפעולתה שלה בלבד. רק איחוד הכוחות בין הכנסת לבין בית המשפט הוביל למהפכה החוקתית. מכאן מרכזיותה של פרשת בנק המזרחי המאוחד. בזכותה של פרשה זו – ובזכותם של כמה פסקי דין שניתנו לאחריה¹²⁹ – הוכרה המהפכה החוקתית. בלעדיהם היא לא הייתה מתממשת. לשם המחשה, טלו את תשעת חוקי-היסוד שכונו לפני שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.¹³⁰ גם הם ביטוי לכוחה של הכנסת לכונן חוקה. עם זה, הם לא יצרו מהפכה חוקתית בעת כינונם שכן בית המשפט העליון לא ראה בהם נורמות חוקתיות על-חוקיות אלא התייחס אליהם כאל חוקים רגילים.¹³¹ אילו הייתה גישתו של בית המשפט העליון שונה, היה ניתן לראות בחוקי-יסוד: הכנסת מי שחולל את המפכה החוקתית, אך דבר זה לא התרחש, ובית המשפט העליון לא תפס את הוראות חוקי-היסוד, לבד מהוראה משוריינת בחוקי-יסוד,¹³² כמצויות ברמה חוקתית על-חוקית. מצב דברים זה נגרם בשל העדר שיתוף הפעולה – החיוני לקיומה של מהפכה חוקתית – בין הכנסת לבין בית המשפט

128 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 44, בעמ' 353 (הנשיא א' ברק).

129 ראו לעיל ה"ש 101, 115.

130 חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח התש"ך 56; חוק-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118; חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214; חוק-יסוד: משק המדינה, ס"ח התשל"ה 206; חוק-יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186; חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78; חוק-יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30.

131 ראו בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כג(1) 794 (1973); ע"פ 107/73 "נגב" – תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640 (1974); בג"ץ 60/77 רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556 (1977).

132 ראו פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 70, ובעקבותיה בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983).

העליון. הוא הדין בהכרזת העצמאות.¹³³ בית המשפט העליון פסק, באחד מפסקי הדין הראשונים שניתנו לאחר הקמת המדינה, כי הכרזת העצמאות "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם".¹³⁴ בכך נשללה האפשרות לראות כבר בהכרזת העצמאות את הנורמה החוקתית העל-חוקית של מדינת ישראל. כשלעצמי, איני מבקר את בית המשפט העליון על פסיקתו זו. אני מניח כי בשנת 1948 הייתי פוסק כמותם. עם זה, יש להכיר בכך שדוגמות אלה, ודוגמות אחרות במשפט המשווה,¹³⁵ מעידות כי לשם שכלולה של מהפכה חוקתית נדרש שיתוף פעולה בין הרשות המכוננת לבין הרשות השופטת – הראשונה מניחה את המסד; השנייה מממשת אותו.

על רקע זה אין ביכולתי להסכים עם הנשיא לנדוי, המתריע כי גישתי מוליכה למצב שבו חוקה ניתנת לישראל בדרך של פסיקת בית המשפט.¹³⁶ על פי השקפתו, "החוקה, כפי שהיא תוארה על ידי הנשיא ברק, היא היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט".¹³⁷ ניתן כמובן למתוח ביקורת על פרשת בנק המזרחי המאוחד, אך תהא זו התעלמות ממפעל חוקי-היסוד אם נבקש לייחס לבתי המשפט מתן חוקה לישראל בדרך של פסיקה. בצדק העיר ח"כ א' לינ על הצגת בתי-המשפט כמי שנתנו לנו את החוקה:¹³⁸

"אם כך הוא, מהם, אם כן, חוקי-היסוד? אבק נייר? חוקים רגילים? סתם הצהרות חוקתיות נחמדות? האם אין הם פרי החלטת הררי של הכנסת הראשונה [...] מתקשה אני להבין איך אפשר כיום להטיל ספק כי חוקי-היסוד, בפרט נוכח חקיקתם בשנת 1992 של חוק-יסוד: הממשלה, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, הם החוקה הכתובה של מדינת ישראל".

- 133 על ההיסטוריה של הכרזה זו, ראו שחר, לעיל ה"ש 4; טל "הכרזת העצמאות", לעיל ה"ש 4.
 134 פרשת זיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 89 (הנשיא מ' זמורה). ראו גם דברי השופט ברנזון בפרשת רוגוזינסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 135 ("כאשר קיימת הוראת חוק מפורשת של הכנסת, שאינה משאירה מקום לשום ספק, יש ללכת על פיה, הגם שאינה עולה בקנה אחד עם אחד העקרונות שבהכרזת העצמאות").
- 135 ראו, למשל, הניסיון הקנדי עם ה-Canadian Bill of Rights. להיסטוריה זו ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 15 (vol. II, 5th ed., 2007). לניסיון ההונגרי ראו Andras Sajó, *Reading the Invisible Constitution: Judicial Review*, 15 OXFORD J. L. & Soc. 253 (1995). ראו גם אור בסוק "עשור ל'מהפכה החוקתית' – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית השוואתית" משפט וממשל 1 ו 451 (2003).
- 136 ראו לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 116.
 137 לנדוי "רב-שיח: פסק דין בנק המזרחי", לעיל ה"ש 102, בעמ' 254.
 138 לינ "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה", לעיל ה"ש 103, בעמ' 269.

אך מלבד זאת, תהא זו התעלמות מעמדתם של בתי המשפט, אשר סירבו ליתן חוקה לישראל אך ורק בדרך של פסיקה וביקשו להמתין בעניין זה לכנסת עצמה שתאמר את דברה.¹³⁹ בית המשפט הקשיב לכנסת ונתן תוקף לדברה. אין בכך העלאה של בית המשפט מעל לכנסת (כטענתו של הנשיא מ' לנדוי).¹⁴⁰ יש בכך שיתוף פעולה פורה בין הכנסת כרשות מכוננת – העומדת מעל לשלוש הרשויות האחרות (המחוקקת, המבצעת והשופטת) – לבין בית המשפט. בצדק ציין פרופסור א' בנדור כי פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי המאוחד "אינו בגדר 'מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט' יותר מכפי שהפרשנות הקודמת היתה בגדר 'שלילת חוקה מישראל בדרך פסיקת בית המשפט'".¹⁴¹

3. חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והמשפט המקובל

(א) השפעת המעבר ממשפט מקובל למשפט חוקתי

חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם העניקו מעמד חוקתי על-חוקי למספר זכויות. זכויות אלה – ובהן גם הזכות ההלכתית לכבוד האדם¹⁴² – הוכרו עד אז, רובן ככולן, כחלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל.¹⁴³ הן הוכרו כזכויות "שאינן כתובות עלי ספר",¹⁴⁴ ואשר מהוות "מעין מגילת זכויות שיפוטית".¹⁴⁵ על רקע זה מתעוררות שתי שאלות: האחת, אם אותן זכויות הלכתיות אשר נכללות בגדרי חוקי-היסוד ממשיכות לעמוד גם כזכויות הלכתיות, או שמא העלאת מעמדם המשפטי למעמד חוקתי הביא למותן כזכויות הלכתיות; האחרת, מה דינן של כל הזכויות ההלכתיות שהיוו חלק מהמשפט המקובל שלנו ואשר לא נכללו בגדרי חוקי-היסוד – האם הן ממשיכות לחיות ולהתפתח או שמא בוטלו?

(ב) דינן של הזכויות ההלכתיות שהפכו לזכויות חוקתיות

האם ההסדר החוקתי שהפך מספר זכויות הלכתיות "שאינן כתובות עלי ספר"¹⁴⁶ לזכויות חוקתיות הכתובות עלי חוקה, הביא לשלילת קיומן של ההלכות "שאינן כתובות

- 139 ראו לעיל בעמ' 129.
 140 ראו לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 116.
 141 אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי היסוד" ספר ברנזון – בני סברה 119 (אהרן ברק ורחיים ברנזון עורכים, 2000).
 142 ראו לעיל בעמ' 111.
 143 לזכויות הלכתיות אלה, ראו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 457.
 144 מקורו של ביטוי זה בפרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 83. השופט ש"ז חשין עמד על "זכות שאינה כתובה על ספר". המשיך אחריו השופט מ' לנדוי, שעמד על "אותן זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר". ראו בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962). ראו גם פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 698. ראו גם פרשת פוגל, לעיל ה"ש 11.
 145 שם, בעמ' 664.
 146 לשורשו של ביטוי זה, ראו לעיל ה"ש 144.

עלי ספר? האם כינונה של זכות חוקתית לחופש עיסוק¹⁴⁷ הביא לביטולה של ההלכה השיפוטית בדבר חופש העיסוק?¹⁴⁸ לתשובה לשאלה זו השלכות מעשיות. למשל, חוק-היסוד קובע כי הזכות לחופש העיסוק היא זכותו של "כל אזרח או תושב של המדינה".¹⁴⁹ לעומת זאת המשפט המקובל הישראלי קבע כי "לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד אשר יבחר לעצמו".¹⁵⁰ על רקע זה מתעוררת השאלה אם אדם המצוי בישראל והוא אינו "אזרח או תושב של המדינה" נהנה מחופש עיסוק הלכתי בישראל. לדעתי אין בחוק-היסוד בדבר זכויות האדם כדי לבטל את קיומן ואת המשך פיתוחן של הלכות המשפט המקובל שעניינן זכויות אלה. באחת הפרשות קבע בית המשפט העליון:¹⁵¹

"ב-1992 הוכרה הפרטיות כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7). עם זאת, אין בכך כדי למנוע המשך התפתחותו של המשפט המקובל הישראלי באשר לפרטיות".

כמובן, בעניינים המכוסים על ידי שתי מערכות הדינים תהא עדיפות נורמטיבית לדין החוקתי. על כן לעניין כבוד האדם ייערך הדיון במסגרת החוקתית בלא צורך לפנות למסגרת ההלכתית של כבוד האדם. לעומת זאת בעניינים שהדין החוקתי לא חל בהם ימשיך לחול המשפט המקובל. למשל, הזכות החוקתית לכבוד האדם חלה על בן אדם בשר ודם. היא אינה חלה על תאגיד.¹⁵² על ההיבטים של כבוד האדם הקשורים לתאגיד, כגון חופש הביטוי של התאגיד ושוויונו, ימשיך לחול המשפט המקובל הישראלי. זאת ועוד: אין כל מניעה שעם התפתחותן של הזכויות ההלכתיות הן יעניקו הגנה על הזכויות הכלולות בהן, אשר בהיקפה תהא רחבה מההגנה המוענקת על ידי הזכות החוקתית. אין דבר בחוק-היסוד המונע זאת. עד כמה שפיתוח זה מביא להגבלה של זכות חוקתית אחרת, הפיתוח ההלכתי יהא חוקתי רק אם הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.¹⁵³

- 147 סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 148 על המשפט המקובל של חופש העיסוק, ראו מנחם גולדברג חופש העיסוק והגבלתו 21 (1999); יצחק אליאסוף "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 173 (1994); ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 573.
 149 סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 150 פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 82.
 151 בג"ץ 6650/04 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה, פ"ד סא(1) 581, 596 (2006) (הנשיא א' ברק).
 152 ראו להלן בעמ' 385.
 153 לסוגיה זו, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 156.

(ג) דינן של הזכויות ההלכתיות שלא הפכו לזכויות חוקתיות

מה דינן של הזכויות שהן חלק מהמשפט המקובל הישראלי ואשר לא נכללו בגדרם של חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי יסוד: חופש העיסוק? האם יש להסיק מהכללתן של כמה זכויות הלכתיות בגדרי חוקי היסוד את שלילת תוקפן של שאר הזכויות שהיוו חלק מהמשפט המקובל הישראלי? חוקות אחדות קובעות הוראה מפורשת שלפיה הכללתן של כמה זכויות במגילת הזכויות החוקתיות אין בה כדי לשלול זכויות שלא נכללו.¹⁵⁴ הוראה דומה אינה מצויה בחוקי היסוד שלנו. האין בכך כדי להעיד שאותן זכויות הלכתיות שלא נכללו בגדרם של חוקי היסוד חדלו מלהתקיים?

לדעתי, אין בהעלאת מעמדן של כמה זכויות הלכתיות כדי לשלול את קיומן של הזכויות ההלכתיות הנתרות. מלשון ההן בחוקי היסוד אין משתמעת כל לשון לאו. אין בהן כל הסדר שלילי באשר לזכויות שלא נכללו. זכויות אדם המוסדרות בחוקה אינן הסדר שלילי ביחס לזכויות אדם הלכתיות.¹⁵⁵ עמדה על כך השופטת ד' דורנר באחת הפרשות:¹⁵⁶

“זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה, ללא קשר הכרחי לזכות לכבוד האדם הקבועה בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו”.

ואם תישאל השאלה מה טעם ראו חוקות לכולל בגדרן סעיף מפורש בעניין זה, דעתי היא כי לעניין הבעיה הניצבת לפנינו הוראות אלו מיותרות.¹⁵⁷

(ד) הזכויות ההלכתיות והזכויות החוקתיות

הזכויות ההלכתיות, אשר ממשיכות את חייהן ואת התפתחותן בצלן של הזכויות החוקתיות, עשויות לפגוע בזכות חוקתית זו או אחרת. אכן, כשם שזכות חוקתית אחת של פרט כנגד המדינה עשויה להתנגש בזכות חוקתית אחרת של פרט כנגד המדינה, כך גם זכות הלכתית של פרט כנגד המדינה, שהיא חלק מהמשפט המקובל, עשויה להתנגש בזכות

154 ראו התיקון התשיעי לחוקה האמריקנית (The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people); סעיף 39(3) לחוקה של דרום אפריקה (The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill”).

155 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 166.

156 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 843 (2002).

157 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 207.

חוקתית של פרט כנגד המדינה. למשל, הזכות ההלכתית לשם הטוב¹⁵⁸ עשויה להתנגש עם הזכות החוקתית לחופש הביטוי.¹⁵⁹ ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות אינה נפתרת ברמה החוקתית אלא ברמה התת-חוקתית.¹⁶⁰ דין דומה חל במקום הזכות הלכתית מתנגשת עם זכות חוקתית. ברמה החוקתית אין להתנגשות זו כל השפעה על הזכות החוקתית. מבחינתה של רמה זו עניין לנו בדין הלכתי הפוגע בזכות חוקתית. דין זה יהא חוקתי רק אם הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. הוא יהא חוקתי רק אם הוא מידתי. גישתי זו מבוססת על התפיסה כי לעניין פגיעה בזכות חוקתית דין אחד לחוק הפוגע בה ולמשפט מקובל הפוגע בה. עמדתי בהרחבה על גישה זו במקום אחר.¹⁶¹

ד. התפתחויות לאחר כינונם של חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד : חופש העיסוק

שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והמהפכה החוקתית שהם הביאו בעקבותיהם¹⁶² השאירו כמה זכויות אדם מחוץ לגדרי החוקה. מגילת הזכויות החוקתיות שהתקבלה, עם כל חשיבותה, הייתה חלקית. היה ברור לכול כי בכך לא בא לידי סיומו מפעל החוקה כולו, ובוודאי לא הפרק שבו העוסק בזכויות אדם. הפעילות להכנתן של הצעות לחוקה ולפרק על זכויות האדם נמשכה. מתוך הניסיונות החשובים שנעשו בתקופה זו ראוי להזכיר במיוחד שניים: הניסיון הראשון נערך במכון הישראלי לדמוקרטיה.¹⁶³ לאחר דיונים רבים ומקיפים, תוך שיתוף חלקי האוכלוסייה השונים, בהנהגת הנשיא (בדימוס) מ' שמגר, פורסמה ב-2005 הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה – "חוקה בהסכמה". זו הצעה מקיפה, בת מאה ותשעים ושלושה סעיפים, הכוללת את כל היבטיה של חוקה דמוקרטית מודרנית. ההצעה כוללת שער על זכויות היסוד של האדם. שער זה מקיף את כל זכויות האדם, הן האזרחיות והן החברתיות. כל הזכויות הן יחסיות, שכן הן כפופות לפסקת הגבלה כללית החלה על כל הזכויות.¹⁶⁴ הסעיף הראשון בשער זה (סעיף 14) קובע "עקרונות יסוד":

- 158 על הזכות החוקתית לשם הטוב, כזכות-בת של כבוד האדם, ראו להלן בעמ' 616.
 159 על הזכות החוקתית לחופש הביטוי, כזכות-בת של כבוד האדם, ראו להלן בעמ' 708.
 160 ראו להלן בעמ' 160.
 161 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 156.
 162 ראו לעיל בעמ' 120. להצעה "לנפות" מחוקי-היסוד הוראות המצויות בהם ושאינן מקומן בחוקה, ראו אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443 (1994).
 163 להיסטוריה של ניסיון זה, ראו אריק כרמון באין חוקה: סיפור ישראלי (2012).
 164 ראו סעיף 9 להצעה: חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר (2005).

“זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על קדושת החיים, על כבוד האדם, על חירות האדם, על שוויון ועל השאיפה להשגת צדק חברתי”.

הסעיף השני בשער זה (סעיף 15) דן בין השאר בכבוד האדם:

- “(א) לכל אדם הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד.
 (ב) לא יוטל עונש מוות.
 (ג) אין לענות או לנהוג באדם באופן אכזרי, בלתי אנושי או הפוגע בצלמו.
 (ד) לכל אדם הזכות לא להשתתף בניסוי רפואי או מדעי בגופו ללא הסכמתו”.

בדברי ההסבר לעקרונות היסוד נאמר לעניין כבוד האדם:¹⁶⁵

“מוצע להחליף את הביטוי ‘ערך האדם’ בביטוי ‘כבוד האדם’. הביטוי ‘כבוד האדם’ הוא בעל מעמד מרכזי בפרשנות היקף הפריסה של זכויות היסוד והיקף ההגנה עליהן [...]”

כן הודגש בדברי ההסבר כי הוראת סעיף 15 “מבטאת את הזכויות היסודיות ביותר של האדם: הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד”.¹⁶⁶ המכון הישראלי לדמוקרטיה הגיש את “חוקה בהסכמה” לוועדת החוקה, חוק ומשפט. היא שימשה בסיס לדיוניה של הוועדה. לכדי פעולת כינון על ידי הכנסת לא הגיעה.

הניסיון השני נערך בכנסת עצמה. ח”כ מיכאל איתן נבחר כיושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השש-עשרה. בראשותו הקדישה הוועדה ישיבות רבות להכנתה של חוקה מקיפה. שער מיוחד בהצעה הוקדש לזכויות. סעיף 16 (א) הפותח שער זה קובע:

“זכויות היסוד של האדם במדינת ישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, שנברא בצלם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין”.

בהמשך נקבעה רשימה ארוכה של זכויות, כולן בעלות אופי יחסי.¹⁶⁷ לעניין כבוד האדם נקבע:¹⁶⁸

“כבוד האדם”

אין מבזים אדם, אין משפילים אותו ואין פוגעים בשמו הטוב”.

165 שם, בעמ' 157.

166 שם, בעמ' 158 (דברי ההסבר לסעיף 15).

167 ראו סעיף 16(ג) להצעה הקובע פסקת הגבלה כללית.

168 שם, סעיף 21.

לקראת סיום כהונתה של הכנסת השש-עשרה הציגה הוועדה את ההצעה למליאת הכנסת, אשר רשמה זאת לפנייה.

עם כינונה של הכנסת השבע-עשרה נבחר ח"כ מנחם בן-ששון כיושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט. הוא המשיך בדיוני הוועדה על הצעת החוקה. דיונים אלה לא התגבשו לידי הצעה.

במשך השנים שלאחר כינונם של חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד : חופש העיסוק, הועלו כמה הצעות חוק פרטיות של חברי כנסת באשר לזכויות אלה ואחרות. למשל, נעשה ניסיון להכיר בזכויות חוקתיות חברתיות.¹⁶⁹ ניסיונות אלה לא צלחו. האם מפעל חוק-היסוד הגיע לידי סיומו? האם עלינו להתיימש מאפשרותה של הכנסת, כרשות מכוננת, לקבל חוקה לישראל? היש מקום שהעם יבחר רשות מכוננת חדשה?¹⁷⁰ בחינתן של שאלות אלה – אשר יש להן השלכות משפטיות¹⁷¹ – חורגת ממסגרתו של ספר זה.

169 ראו להלן בעמ' 549.

170 לרעיונות ברוח זו, ראו אהרן ברק "מפעל חוק-היסוד – לאן?" משפט ועסקים יד 111 (2012).

171 כגון כוחו של בית המשפט לביקורת שיפוטית על חקיקה הנוגדת ערכים כגון שוויון, ראו פרשת לאו"ר, לעיל ה"ש 126.

פרק שישי

ההיסטוריה השיפוטית של כבוד האדם במשפט הישראלי

א. התפתחות הפסיקה עד לפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל

1. כבוד האדם וכבוד החוק

עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו רבו הפניות של עורכי הדין בעניין חוקתיותם של חוקים הפוגעים לטענתם בכבוד האדם. רוב הפניות היו חסרות כל בסיס משפטי. נתן לכך ביטוי הנשיא מ' שמגר בציינו כי "מרבית כיום להישען על זכות-היסוד של כבוד האדם, בין כאשר הדבר נחוץ ומתאים ובין כשאינו כזה. אופנה היא".¹ השופט י' זמיר הגיב על תופעה זו בציינו:²

"[...] חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. וכי יש צורך לחזור על אמת נדושה זאת? אכן כן. מי ששומע טענות שעורכי-דין שוטחים לפני בית-משפט זה בעת האחרונה, יכול להתרשם כי חוק של הכנסת הורד לדרגה של החלטה מינהלית. עורכי-דין באים לפני בית המשפט חדשים לבקרים, כשרוממות חוקי היסוד בגרונם, וטוענים כי חוק זה או אחר סותר חוק יסוד. האם כסדרם היינו לעמורה דמינו, שכל כך הרבה חוקים פוגעים בזכויות היסוד של האדם, עד שאין להם תקנה? ואם אין שום יסוד לומר על

1 מאיר שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ 5, 14 (1996).
2 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996). ראו גם יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א 179 (מהדורה שנייה, 2010); Tamar Hostovsky Brandes, ; *Human Dignity as a Central Pillar in Constitutional Rights Jurisprudence in Israel: Definitions and Parameters*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 267 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

חוק מסוים שהוא פוגע, למשל, בחופש העיסוק או בזכות הקניין, לפחות אומרים עליו שהוא פוגע בכבוד האדם, כל עותר והכבוד שלו".

פניות היתר הוסבו, בין השאר, בשל התבטאויות של שופטים – אם בפסקי דין ואם במאמרים ובספרים³ – אשר נתנו פירושים שונים לכבוד האדם. למשל, היו שופטים שכללו בפסקי הדין אמרות-אגב שלפיהן הזכות לשוויון⁴ והזכות לחופש ביטוי⁵ נכללות בגדרי הזכות החוקתית לכבוד האדם. שופטים אחרים הסתייגו מאמרות אלה, בקבעם – אף הם באמרות-אגב – כי כבוד האדם אינו כולל זכות פלונית או היבט זה או אחר של זכות אלמונית.

מצב דברים זה הביא לתגובה שיפוטית כפולה: ראשית, הודגש כי יש להיזהר בהפעלת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק, וכי על השופטים לגלות בעניין זה ריסון רב. בפרשת מרכז השלטון המקומי כתב השופט י' זמיר⁶:

"[...] כיום הלכה היא שחוקי היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שרשים עמוקים. יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה ראוי. אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו. [...] צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים. כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק".

שנית, היו שופטים שציינו כי קביעת היקפה של הזכות לכבוד האדם היא עניין בעל חשיבות מרובה. הוא מחייב הכרעה לגופו של עניין וכחלק מהלכת הפסק ולא בדרך של אמרות-אגב. עמד על כך השופט י' זמיר⁷:

3 בעניין זה אני נושא באשמה: ראו ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 221 (1994); ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996); אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" מבחר כתבים 485 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" מבחר כתבים 509 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 411–418 (1994); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 137 (2004).

4 ראו להלן בעמ' 142.

5 ראו להלן בעמ' 142.

6 פרשת מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 496.

7 בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 535–536 (1994). על גישתו זו חזר השופט זמיר בפרשת מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 496; בג"ץ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 204–205 (1998);

"חברי, השופט מצא, אומר יותר מזה. הוא אומר, אף כי לא בלשון החלטית, כי עקרון השוויון נכלל בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 'כחלק מן הערך של כבוד האדם', שהוא זכות מן הזכויות המעוגנות בחוק יסוד זה, ולפיכך הועלה עיקרון זה, באמצעות חוק היסוד, 'למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית' [...]. 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 חוק היסוד ומחוצה לו. אמור מעתה, יש לכך משמעות מעשית אחת בלבד: שמעתה עקרון השוויון יכול לשמש את בית המשפט לביקורת החוקתיות של חוקים. לשון אחר, הוא יכול לשמש בידי בית המשפט עילה לפסול חוק חדש שאינו מתיישב עם עקרון השוויון. ושאלה היא אם אמנם זו כוונת החוק".

גם השופטים מ' חשין⁸ וא' גולדברג⁹ היו שותפים לדעה זו. לעניין התגובה הראשונה, הנכונה כשלעצמה, ראוי לציין כי עניין לנו הן בכבוד האדם והן בכבוד החוק. בצד כבוד החוק מונחים כבוד החוקה וערכה. מקום שהשופט סבור כי החוק פוגע שלא כדין בחוקה, עליו לומר את דברו. זהו תפקידו. בביטולו של חוק הפוגע שלא כדין בכבוד האדם השופט מגן על חוק-היסוד. הוא מגן על ערכיה של הדמוקרטיה החוקתית. זהירות שיפוטית – כן; קיפאון שיפוטי – לא.¹⁰ לעניין התגובה השנייה יש לציין כי אין לשכוח כי היינו אותה עת אך בראשית הדרך. ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוק הפוגע בכבוד האדם הוכרה רק ב-1992. ההלכות בעניין היקפה של הזכות החוקתית ובעניין היקפה של הביקורת השיפוטית היו מעטות. הניסיון שהצטבר היה מזערי. רבים גיששו באפלה. אך טבעי הוא שבשנות בראשית אלה הדרך עדיין אינה סלולה. בעזרת טיעוניהם של עורכי הדין היא החלה להיסלל. בתוך שנים ספורות החלה התמונה להתברר.¹¹ עמד על כך בית המשפט העליון באחת הפרשות:¹²

- בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 175 (2000). גישה דומה נקט השופט זמיר לעניין היקפה של זכות הקניין: ראו פרשת ד.ש.א, שם, בעמ' 200.
- 8 ראו בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485, 507 (1995); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 187 (1996).
- 9 ראו פרשת מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 494.
- 10 ראו שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 340.
- 11 ראו שם.
- 12 בג"ץ 7357/95, 1479/96 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 787–788 (1996) (הנשיא א' ברק).

"יש להניח כי עם הזמן יתבהר מהו היקפו של 'כבוד האדם', ומה טבעה של 'חירות', ומתי ניתן להגביל זכויות אדם אלה ואחרות. הטענות חסרות היסוד בעניינם של חוקי היסוד יתמעטו. הטיעונים יהיו ממוקדים יותר ויותר. ועד אז אין לנו מנוס מלשמוע טענות רבות בעניין חוקי היסוד שאין להן יסוד".

עם השנים נפתרו שאלות היסוד, ותחתן באו שאלות חדשות שמציאות החיים העמידה בפני החברה הישראלית ובפני בית המשפט הישראלי.

2. הגדרת המחלוקת

אמרות-האגב הסותרות לעניין היקפה של הזכות לכבוד האדם לא השתרעו על מלוא היקפה של הזכות. כבר בשנים הראשונות הוסכם על דעת כל השופטים שפסקו בדבר, כי סוגים מסוימים של פגיעה בכבוד האדם מכוסות על ידי הזכות לכבוד האדם. כפי שנראה,¹³ תחומים אלה כללו בין השאר את הזכות שלא להיות נתון להשפלה או לביזוי, הזכות לאישיות, הזכות למשפחה, הזכות לשם הטוב, והזכות למינימום הקיום הבסיסי. פסק דין מרכזי בסוגיות אלה היה פרשת מילר.¹⁴ עניינה של פרשה זו היה במניעת השתתפותה של אליס מילר, העותרת, במבדקי התאמה לקורס טיס. הסירוב נומק בכך שאין לשבץ נשים במקצועות לחימה. בית המשפט העליון קיבל ברוב דעות את העתירה. שופטי הרוב¹⁵ ביססו עמדתם על הפגיעה בזכותה של מילר לשוויון. השופט א' מצא ביסס גישתו זו על פירושו של חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986.¹⁶ הוא ציין כי "יש להעמיד את החוק בחזקתו הפרשנית, כי הוא מתיישב עם כיבוד הזכות לשוויון בין המינים ואף מכוון להגשמתה".¹⁷ הוא המשיך וקבע:¹⁸

"אף ביתר שאת מתחייבת גישה זו מן ההכרה, שעם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התעלה מעמדו הנורמאטיבי של עיקרון השוויון [...] והוא הפך לעיקרון בעל מעמד חוקתי על-חוקי".

- 13 ראו להלן בעמ' 688 (לעניין הזכות לשוויון); בעמ' 616 (לעניין הזכות לשם הטוב); בעמ' 566 (לעניין מינימום הקיום האנושי בכבוד); בעמ' 539 (לעניין הזכות לאישיות); ובעמ' 638 (לעניין הזכות לחיי משפחה).
- 14 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995). ראו גם בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26 (1998).
- 15 השופטים א' מצא, ט' שטרסברג-כהן וד' דורנר. שופטי המיעוט היו השופט י' קדמי והשופט צ' טל.
- 16 ס"ח 107.
- 17 פרשת מילר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 110.
- 18 שם.

השופטת ט' שטרסברג-כהן אפיינה את הזכות לשוויון כ"זכות יסוד"¹⁹ בלא לנקוט עמדה אם היא בעלת מעמד חוקתי ואם ניתן לגזור אותה מכבוד האדם. השופטת ד' דורנר קבעה כי "ספק בעיני אם ניתן – ועל כל פנים, אם ראוי – לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק היסוד הוא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי"²⁰. עם זאת קבעה השופטת ד' דורנר:²¹

"לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות".

גישתה של השופטת ד' דורנר כי רק הפליה שיש בה השפלה פוגעת בכבוד האדם – כיניתי זאת המודל המצומצם²² – הייתה שנויה במחלוקת.²³ בכמה פסקי דין נקבע כי הזכות לשוויון כלולה בגדרי כבוד האדם, בלא להגביל את הפגיעה בשוויון כקשורה דווקא בהשפלה.²⁴ בפסקי דין אחרים הובעו בעניין זה ספקות,²⁵ ואף אי-הסכמה.²⁶ עם זאת, גישתה כי הפליה שיש בה השפלה פוגעת בכבוד האדם זכתה להסכמה כללית.²⁷ השופטת ד' דורנר הפעילה גישתה זו לעניין השפלה בהקשר של חופש ביטוי של אסיר²⁸ והשפלה

- 19 שם, בעמ' 124.
- 20 שם, בעמ' 131. ראו גם דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" ספר שמגר – מאמרים חלק א 9 (2003).
- 21 פרשת מילר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 132.
- 22 ראו להלן בעמ' 150. ראו גם דליה דורנר "ההגנה החוקתית על כבוד האדם" כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל 16 (אלוף הראבן וחקן ברם עורכים, 2000).
- 23 ראו בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 518, 503 (2004).
- 24 ראו בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 362 (1994); בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749, 760 (1994); פרשת שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 522; פרשת מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 496; פרשת גולן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 156; פרשת אבו עראר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 659–658, 630 (1998); פרשת עדאלה נ' השר לענייני דתות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 187–186, 175.
- 25 ראו פרשת שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 535; פרשת מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 496; בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראלי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 415 (2002).
- 26 פרשת אבו עראר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46.
- 27 ראו בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 863, 817 (2001); פרשת עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 415.
- 28 פרשת גולן, לעיל ה"ש 8.

בהקשר של פגיעה בחופש הבחירה המבוססת על השתייכות קבוצתית שיש בה השפלה.²⁹ הוא הדין בהפליה במימוש הזכות לחינוך, עד כמה שהדבר נעשה על רקע השתייכות קבוצתית. בהפליה זו היא רואה השפלה הפוגעת בזכות לכבוד האדם.³⁰

סמוך לאחר כינונו של חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו עלתה לדיון שאלת האיזון בין הזכות לשם טוב לזכות לחופש הביטוי. שתי הזכויות הללו היו זכויות הלכתיות.³¹ האם הן הפכו להיות זכויות חוקתיות בגדר הזכות לכבוד האדם ? באשר לחופש הביטוי לא הייתה הסכמה כללית. מקצת השופטים גרסו כי חופש הביטוי נכלל בגדר כבוד האדם.³² שופטים אחרים גרסו כי אין להכליל את חופש הביטוי (שאינן עמו השפלה) בגדר כבוד האדם.³³ אחרים ביקשו להשאיר שאלה זו בצריך עיון.³⁴ לעומת זאת הייתה הסכמה כללית כי זכותו של אדם לשמו הטוב היא חלק מזכותו החוקתית לכבוד האדם.³⁵ השופט א' ריבלין עמד על כך כי "שתי זכויות היסוד האלה – חופש הביטוי והזכות לשם הטוב – שתיהן 'ענפים מעץ אחד – כבוד האדם'".³⁶ על גישתו זו חזר השופט א' ריבלין בכמה פסקי דין.³⁷

- 29 ראו פרשת אבו עראר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46.
- 30 ראו בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 834 (2002).
- 31 ראו לעיל בעמ' 110.
- 32 ראו ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201 – 202 (1993); בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 468, 456 (1994); פרשת גולן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 156; בג"ץ 4804/94 סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 675, 661 (1997); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 834, 817 (1999); רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 518, 510 (2001); ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 90–91 (2002) (השופט א' ריבלין); עע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 777, 769 (2004); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 565, 558 (2004); רע"פ 8295/02 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 578 (2005); ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד ס(4) 26, 13 (2005).
- 33 פרשת גולן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 183–189 (השופט ד' דורנר).
- 34 בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 567, 529 (1995); פרשת גולן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 187, בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 83 (2004).
- 35 ראו רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26 (1998); פרשת סנש, לעיל ה"ש 32, בעמ' 832 (הנשיא א' ברק), 865 (השופט מ' חשין). ראו גם ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 906, 865 (2001); פרשת ביטון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 578, 598; פרשת אמר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 518; פרשת הרציקוביץ, לעיל ה"ש 32, בעמ' 585.
- 36 פרשת רינת, לעיל ה"ש 32, בעמ' 90–91.
- 37 ראו בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 542 (2004); פרשת הרציקוביץ, לעיל ה"ש 32, בעמ' 573; פרשת ביטון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 619; פרשת מורדוב, לעיל ה"ש 32, בעמ' 26.

לעומת חילוקי הדעות שעוררה גזירתה של הזכות לשוויון מכבוד האדם, אשר לגזירה מכבוד האדם את הזכות לקיום מינימלי בכבוד הייתה הסכמה.³⁸ בפרשת עמותת מחויבות³⁹ התעוררה השאלה אם הזכות היא ל"מינימום הקיום האנושי"⁴⁰ או שמא היא משתרעת גם על "תנאי מחיה נאותים".⁴¹ גישת רוב השופטים⁴² הייתה כי כבוד האדם מבטיח אך את מינימום הקיום האנושי ("מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי האמצעים בחברה כדי שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי"),⁴³ ואין הוא מבטיח קיום אנושי נאות. דעת המיעוט⁴⁴ סברה כי כבוד האדם אינו מוגבל אך למינימום הקיום האנושי, אלא משתרע הוא גם על הבטחת תפקוד חברתי סביר. בסכמו את ההלכה השיפוטית באותה עת ציין בית המשפט העליון:⁴⁵

"על יסוד גישה זו נשתרשה התפיסה כי כבוד האדם, האסור בפגיעה (סעיף 2 לחוק היסוד) והזכאי להגנה (סעיף 4 לחוק היסוד), אין עניינו אך באיסור הפגיעה בשמו הטוב של האדם [...] או בשלילת האפשרות לענותו [...]. הזכות לכבוד האדם, במובנה המהותי, היא אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. אלה אותן זכויות שבהעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי, באשר ניטל כוחו לפתח את גופו ואת רוחו על פי רצונו, בתוך החברה שבה הוא חי. זכויות אלה עשויות להיכלל בגדר הזכויות 'האזרחיות' (או 'פוליטיות'), ואף בגדר הזכויות 'החברתיות' (או 'כלכליות'). כך למשל מבין הזכויות האזרחיות ניתן לסבור שהזכות לשוויון נגזרת מן הזכות לכבוד באשר ההפליה שוללת את כבודו של אדם באשר הוא אדם ומעוררת השפלה ונידוי [...]. בה במידה, במגוון ההיבטים

- 38 ראו בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.1994); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 375, 360 (2001); ע"א 3553/00 אלוני נ' זנד טל מכוני תערוכת בע"מ, פ"ד נז(3) 599, 577 (2003); פרשת טויטו, לעיל ה"ש 32, בעמ' 779; בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט(4) 77-76, 70 (2004); בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 333, 322 (2004); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 736 (2004); פרשת אדם טבע ודין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 518; ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' ריזו, פ"ד נח(3) 943-942, 934 (2004). לניתוח הפסיקה ראו להלן בעמ' 566.
- 39 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 478, 464 (2005).
- 40 שם, בעמ' 481-482.
- 41 שם, בעמ' 495.
- 42 הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא מ' חשין והשופטים ד' ביניש, א' ריבלין, א' פרוקצ'יה וא' גרוניס.
- 43 שם, בעמ' 482 (הנשיא א' ברק).
- 44 השופט א' לוי.
- 45 שם, בעמ' 480 (הנשיא א' ברק).

האנושיים שעליהם משתרע כבוד האדם נכלל גם ההיבט ה'חברתי', שעניינו רמת הקיום שלה זכאי האדם. אכן, זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום שבו יממש את חירותו כבן אנוש."

הנה כי כן, עד לפסק הדין בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל היו כמה זכויות-בת שהייתה בעניינן הסכמה של כל השופטים. אלה כללו את הפגיעה בשוויון שיש בה השפלה וביזוי, את השם הטוב ואת הזכות לקיום מינימלי בכבוד. על אלה אפשר להוסיף את שלילת העינויים⁴⁶ ואת כבוד האדם של הנפטר.⁴⁷ בדבר זכויות-בת אחרות הושמעו דעות רוב ומיעוט, ואמרות-אגב נוגדות והן הושארו בצריך עיון. כך הדבר לעניין חופש הפולחן והדת,⁴⁸ הזכות לקיום אנושי נאות,⁴⁹ הזכות לשכר מינימום,⁵⁰ הזכות לחינוך,⁵¹ הזכות לשביטה,⁵² חופש התנועה בתוך ישראל⁵³ וחופש הביטוי.⁵⁴ דוגמה לכך עשויה

- 46 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).
- 47 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 520 (1992); בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6 (1992); ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801 (1993); בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 828 (1993); בג"ץ 6195/98 גולדשטיין נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נג(5) 317, 330 (1999); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 651, 600 (1999); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נג(4) 526, 572 (1999); בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 15 (2002); ע"א 9486/00 וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל, פ"ד נז(1) 570, 565 (2002); בג"ץ 754/03 בני משפחת שרחה יוסף ז"ל נ' השופט מינץ, פ"ד נז(1) 817, 825 (2003).
- 48 ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 296 (1996); בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199, 203 (1994); בג"ץ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מט(5) 94, 106 (1995); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נ(4) 1, 34 (1994); פרשת שביט, לעיל ה"ש 47, בעמ' 651; בג"ץ 1355/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 609-610 (2004); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נט(4) 736, 750 (2005); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 461 (2004).
- 49 ראו פסק הדין של השופט א' לוי בפרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 39, בעמ' 494.
- 50 ראו פרשת שדות, לעיל ה"ש 27.
- 51 ראו בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 26 (1996); פרשת יתד, לעיל ה"ש 30, בעמ' 843.
- 52 ראו בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 465 (1995).
- 53 פרשת דיין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 468; פרשת חורב, לעיל ה"ש 48, בעמ' 59; פרשת דעקה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 572; פרשת הס, לעיל ה"ש 48, בעמ' 461; בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 10 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.1.2006); פרשת עיריית בית-לחם, לעיל ה"ש 48, בעמ' 754.

לשמש פרשת גולן.⁵⁵ המערער הוא אסיר שביקש להתיר לו לפרסם במקומון טור אישי או סדרת כתבות על חיי בית הסוהר שבו הוא נושא את עונשו. הבקשה סורבה. ערעורו התקבל ברוב דעות. השופט א' מצא ציין כי זכותו החוקתית של המערער לכבוד האדם נפגעה, שכן חופש הביטוי שלו נפגע. לדעת השופט א' מצא פגיעה זו הייתה לא מידתית, ועל כן פסולה. כותב השופט א' מצא:⁵⁶

“אמנם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ואינו מגדירו, בלשון מפורשת, כזכות יסוד. אך אין בכך כלום. אך אין בכך כלום: אף ללא הוראה מפורשת כלול חופש הביטוי בכבוד האדם, כמשמעו בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד. שכן, מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?!”

השופט מ' חשין הכיר בזכותו של האסיר לכבוד האדם, אך סבר כי הפגיעה בה הייתה כדין. לעניין השאלה אם חופש הביטוי של האסיר כלול בזכותו לכבוד האדם, ציטט השופט מ' חשין מדבריו של השופט א' מצא והוסיף:⁵⁷

“לא אבוא בריב עם חברי על פרשנות אפשרית זו לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך בה בעת לא אכפור באפשרויות אחרות לפרשנות אף הן. השאלה אינה ניתנת לפתרון קל והתשובה אינה מזמנת עצמה לפנינו כמו מעצמה. הסוגיה כורכת סביב עצמה לא אך את פירוש המושג 'כבוד האדם' בבחינתו הלשונית, המוסרית, המדינית, ההיסטורית והפילוסופית, אלא – שמה נאמר: בעיקר – את פירושו של המושג בהקשר המיוחד של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. והקשר מיוחד זה – הכרוך מצדו ביחסי הרשויות במדינה – אף הוא יש בו כדי לאצול במישרין על תחום התפרסותו של

54 ראו פרשת ראם מהנדסים, לעיל ה"ש 32, בעמ' 201–202; פרשת דיין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 468; פרשת כהן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 567; פרשת גולן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 156; פרשת סטיינמן פילם, לעיל ה"ש 32, בעמ' 675; בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 458, 449 (1997); פרשת אבו עראר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46; פרשת סנש, לעיל ה"ש 32, בעמ' 832; פרשת אמר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 518; פרשת רינת, לעיל ה"ש 32, בעמ' 90–91; פרשת טויטו, לעיל ה"ש 32, בעמ' 777; פרשת ש.י.ן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 83; פרשת הרציקוביץ', ליל ה"ש 32, בעמ' 565; פרשת ביטון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 578, 619; פרשת מורדוב, לעיל ה"ש 32, בעמ' 26.

55 פרשת גולן, לעיל ה"ש 8.

56 שם, בעמ' 157.

57 שם, בעמ' 187 (ההדגשות במקור).

'כבוד האדם'. בענייננו שלנו לא נפרסה היריעה לפנינו – לא בשלמותה אף לא בחלקה – ואזהיר עצמי מפני החלטות פתע ואימרות אגב בנושאים כה חשובים ומרחיקי לכת בנושא פירושו של המושג 'כבוד האדם'."

השופטת ד' דורנר סברה כי זכותו של האסיר לחופש ביטוי היא זכות יסוד, וכי היא נפגעה פגיעה לא מידתית. אשר לשאלה אם חופש הביטוי כלול בגדרי כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ציינה השופטת ד' דורנר:⁵⁸

"אני מסכימה כי פגיעה בחופש הביטוי של אסיר בשל היותו אסיר פוגעת בכבוד האדם כמשמעו בחוק-היסוד. שאלה אחרת היא אם חופש הביטוי בכללותו מוגן על-ידי חוק-היסוד. [...] בפסיקה הובעו בעניין זה, באימרות אגב, גישות שונות [...]. חופש הביטוי היא זכות יסוד מרכזית של האדם, ואין אני סבורה כי בישראל אפשר לראותן כמובלע בזכות לכבוד. [...] עם זאת, יש מקרים שבהם פגיעה בחופש הביטוי של האדם מהווה פגיעה בזכותו לכבוד, כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאשר שלילת חופש הביטוי משפילה את האדם ופוגעת בכבודו באשר הוא אדם, אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד הקבועה בחוק היסוד רק שהשפלה זו לא תיחשב כפוגעת בה."

בהתייחס למקרה שלפניה ציינה השופטת ד' דורנר כי "סתומת פה" של אסיר על ידי סוהריו משום היותו אסיר פוגעת בכבודו. [...] ביסוד שלילת חופש הביטוי מאסיר עומדת ההנחה כי בהיותו פושע הוא חסר כבוד – אדם נחות. שלילה כזו פוגעת אפוא בזכות יסוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."⁵⁹

העדר הכרעה שיפוטית בשאלות המרכזיות שעליהן עמדנו לא היה יכול להימשך זמן רב. נדרשה הכרעה שיפוטית. הכרעה חלקית באה בפרשת עמותת מחויבות.⁶⁰ הכרעה מקיפה באה בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל. לבחינתה של פרשה זו נפנה עתה.

58 שם, בעמ' 190 (ההדגשה במקור).

59 שם, בעמ' 192 (ההדגשה במקור).

60 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 39, בעמ' 480 (הנשיא א' ברק). לניתוח עמדות השופטים, ראו להלן בעמ' 576.

ב. פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל

1. העתירה

בפרשה זו נדונה חוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב–2002⁶¹. החוק קבע – בעקבות דין וחשבון של ועדה ציבורית (בראשותו של שופט בית המשפט העליון בדימוס צ' טל) – הסדר חדש באשר לגיוסם של בני ישיבות לשירות בצה"ל.⁶² על פיו, בהתקיים תנאים מסוימים רשאי שר הביטחון להעניק צו דחיית שירות. טענתם העיקרית של העותרים הייתה כי החוק פוגע בעיקרון השוויון, וכי פגיעה זו פוגעת בזכות לכבוד האדם ופגיעה זו אינה מידתית. לעומתם טענה המדינה כי חוק דחיית השירות אינו פוגע בשוויון, וגם אם יש בו כדי לפגוע בשוויון, אין זו פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. כן טענה המדינה כי גם אם ייקבע שהחוק פוגע בכבוד האדם, פגיעה זו מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.⁶³

בית המשפט העליון קבע ברוב דעות כי חוק דחיית השירות פגע בשוויון. על רקע זה התעוררה השאלה אם פגיעה זו בשוויון היא פגיעה גם בזכות החוקתית לכבוד האדם. לשם כך בחן בית המשפט העליון שתי שאלות:⁶⁴ האחת, מה טבעה של הזכות לכבוד האדם ומהם גבולות פריסתה; השנייה, אם פגיעה בשוויון כפי זו שנגרמת על ידי החוק נופלת בגדריה של הזכות לכבוד האדם. שתי שאלות אלה הן המעניינות אותנו בספר זה. נפנה עתה לשאלה הראשונה. השאלה השנייה תידון בהמשך, במסגרת הדיון בזכות-הבת לשוויון.

2. פסק הדין של הנשיא א' ברק

בפסק דיני ציינתי כי כבוד האדם בישראל הוא הן ערך חוקתי⁶⁵ והן זכות חוקתית. היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם ייקבע על פי פירושה התכליתי.⁶⁶ פרשנות זו תושפע מההיסטוריה של החקיקה. היא תופרה משורשיו הדתיים של כבוד האדם. היא

61 ס"ח 1862 (להלן – חוק דחיית השירות).
 62 על הרקע לחקיקת החוק ולהגשמת העתירות, ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 620, 657 (2006).
 63 ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 64 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 680. נבחנה גם השאלה האם הפגיעה בכבוד האדם היא מידתית. בחינתה של שאלה זו חורגת מגדרו של ספר זה. היא נבחנה בהרחבה בספרי על המידתיות: אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010).
 65 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 681.
 66 שם. ראו גם להלן בעמ' 174.

תושפע משורשיו הפילוסופיים. עם זאת, הגורם המכריע הוא "להבין את כבוד האדם על רקע המציאות החברתית הקיימת בישראל ועל בסיס ערכי היסוד שלה".⁶⁷ בבחינת המסר הנורמטיבי היוצא מכבוד האדם בחוק-היסוד נבחנו שלושה מודלים אפשריים: המודל המצומצם, המודל הרחב ומודל הביניים.⁶⁸ המודל המצומצם גורס כי "כבוד האדם משתרע רק על הפגיעות המובהקות בכבוד הקשורים לאנושיותו של האדם. [...] אלה הן פגיעות גופניות ונפשיות, השפלה, השמצה וכיוצא בהם פגיעות המצויות בגרעין ההגנה על כבוד האדם".⁶⁹ המודל המצומצם נדחה. הטעמים לכך היו שניים:⁷⁰ הראשון, כי המודל המצומצם אינו עולה בקנה אחד עם הפרשנות החוקתית אשר צריכה להיעשות מתוך "מבט רחב"; השני כי המודל המצומצם אינו תואם את תפיסתנו באשר למקומו של כבוד האדם במגילת הזכויות הישראלית. כפי שנראה בהמשך, משמעות הדבר היא כי אין להגביל את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי. גישתה של השופטת ד' דורנר בעניין זה לא נתקבלה.⁷¹

המודל הרחב גורס כי "כבוד האדם הוא הבסיס לכל זכויות האדם וכולן כלולות בו".⁷² גם מודל זה נדחה. נקבע כי כבוד האדם אינו כלל זכויות האדם. נקבע כי "אין לעשות את תכליתו של חוק היסוד פלסטר, ואין לדחוס לתוך כבוד האדם את כלל הזכויות האזרחיות והחברתיות, על כל היקפן, המקובלות במדינות בנות תרבות".⁷³ דחייתו של מודל זה הביאה לדחיית הגישה שמצאה ביטוייה בכמה אמרות-אגב שלפיהן הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, לחופש דת וכיוצא בהן זכויות אזרחיות נכללות בגדרי כבוד האדם.⁷⁴

מודל הביניים גורס כי "הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד".⁷⁵ נקבע כי "ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה שבה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם. באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים".⁷⁶

67 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 682.

68 שם.

69 שם.

70 שם, בעמ' 683.

71 שם, בעמ' 855.

72 שם, בעמ' 682.

73 שם, בעמ' 684.

74 שם, בעמ' 686.

75 שם, בעמ' 685.

76 שם.

מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם.⁷⁷ מה נכלל אפוא בגדרי כבוד האדם על פי מודל הביניים? התשובה הייתה זו:⁷⁸

”נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפישתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית.”

לפסק דין זה הסכימו השופטים מ' נאור,⁷⁹ ס' ג'ובראן⁸⁰ וא' חיות.⁸¹ השופט א' לוי הסכים לפסק הדין⁸² והוסיף בעניין מהותה של האוטונומיה של הרצון הפרטי.⁸³ השופטת א' פרוקצ'יה הסכימה לפסק הדין, “על היבט הניתוח החוקתי שבו.”⁸⁴ היא הוסיפה הערות משלימות בעניין המידתיות. השופטת ד' ביניש הסכימה לפסק הדין⁸⁵ בהערה הערותיה לעניין יישומו של חוק דחיית השירות.

3. פסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין

פסק דינו המקיף של המשנה לנשיא מ' חשין עוסק בעיקרו בעקרון השוויון ובמרכזיותו במשפט הישראלי. על פי גישתו, כוחה של הכנסת – בין בחוקה חוקי-יסוד ובין בחוקה חוקים מן המניין – שואב מעיקרי הדמוקרטיה ומההסכמה החברתית השוררת בחברה.⁸⁶ אין זה מסמכותה של הכנסת לשלול את זכויות האדם.⁸⁷ הזכות לשוויון היא מרכיב מרכזי באמנה החברתית שעליה מושתתת חברה דמוקרטית.⁸⁸ “פטור משירות בצבא לבני-ישיבה

77 שם, בעמ' 687.

78 שם.

79 שם, בעמ' 778.

80 שם, בעמ' 779.

81 שם.

82 שם.

83 לדברים אלה, ראו להלן בעמ' 251.

84 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 787.

85 שם, בעמ' 796.

86 שם, בעמ' 741.

87 שם.

88 שם, בעמ' 744.

שתורתם אומנותם חורץ עמוקות בעקרון השוויון [...] – עד כדי כיליון.⁸⁹ לכך אין הכנסת מוסמכת – לא בחוק רגיל ואף לא בחוק-יסוד – ועל כן החוק בטל מעיקרו. המשנה לנשיא מ' חשין בוחן את היקפה של הזכות לכבוד האדם.⁹⁰ הוא מביא את האמור בפסק דיני בדבר "מודל הביניים", שלפיו נכללים בגדרי כבוד האדם היבטים מהיבטים שונים הקשורים "קשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו)". הוא מצטט מדבריי, שלפיהם הזכות לכבוד כוללת גם הפליה שאין עמה השפלה, ובלבד שתהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה. לאחר ציטוטים אלה כותב המשנה לנשיא מ' חשין:⁹¹

"על כל דברים אלה נאמר אנו: אם אלו הן הנוסחאות הקובעות את תחומי התפרשותו של 'כבוד האדם' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אחוש לאמצן אל ליבי באהבה. אכן, אין צורך בדמיון מפליג כדי להבין ולידע כי זה כבוד האדם שאנו מבקשים לבנות גדרות סביב לו, כי זה כבוד האדם שאנו מבקשים לגונן עליו, כי זה כבוד האדם במשמעותו העמוקה. [...] אינני כופר ולא אכפור בפרישתו של מושג כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פני מרחבים כדברו של 'מודל הביניים' [...]"

על רקע זה שואל המשנה לנשיא מ' חשין אם מערכת העובדות העולה בפסק הדין פוגעת בכבוד האדם שבחוק-היסוד. על כך תשובתו היא בשלילה:⁹²

"נעלם ממני כיצד זה שנפגעת 'אוטונומיה הרצון הפרטי' של המתגייס לצבא. אך באשר בני ישיבה שתורתם אומנותם אינם מתגייסים לצבא, ולא ידעתי מה טעם נאמר כי 'חופש הבחירה' של המתגייס נפגע אך באשר מועמדים אחרים לגיוס שהם בני ישיבה שתורתם אומנותם, אינם מגוייסים לצבא."

מכיוון שכך – ובלא כל קשר להוראה בדבר כבוד האדם – דין החוק להתבטל.

4. פסק הדין של השופט א' גרוניס

השופט א' גרוניס פסק בדעת המיעוט שלו כי יש לדחות את העתירה. הטעם לכך הוא כי להשקפתו "אין מקום שבית משפט זה יקבע את דבר בטלותו של החוק. זאת, מאחר שאין צידוק להפעיל ביקורת שיפוטית על החוק, שכן מדובר בחוק המעניק זכות יתר למיעוט

89 שם, בעמ' 748.

90 שם, בעמ' 750.

91 שם, בעמ' 750–751.

92 שם, בעמ' 751.

כאשר טענת הרוב היא לפגיעה בשוויון. במלים אחרות, כאשר הרוב פועל בדרכים דמוקרטיות ומקבל חוק הנותן עדיפות למיעוט, אין מקום שבית המשפט יהפוך לפטרוננו של הרוב.⁹³ בצדק ציין השופט גרוניס כי "בחינתי שלי את הסוגיה נעשית מזווית שונה לחלוטין מזו של חבריי".⁹⁴ זווית זו אינה נושא לספר זה, ולא אדון בה אפוא.⁹⁵

5. סיכום מתודולוגי

עד לפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל⁹⁶ התגלעה מחלוקת בין הגישה שלפיה כבוד מגן על האדם מפני השפלה וביזוי (המודל המצמצם), לבין הגישה כי זכויות מספר שלא נקבעו כזכויות "עצמאיות" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כגון השוויון וחופש הביטוי – הן חלק מכבוד האדם (המודל הרחב).⁹⁷ בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נבחרה דרך ביניים (מודל הביניים). על פיה:⁹⁸

"כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות בגרעין כבוד האדם. הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. כבוד האדם כולל, על פי מודל זה, רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק".

בפסקי הדין של השופטת ד' דורנר⁹⁹ ניתנו שתי הנמקות למודל המצומצם: האחת, המתייחסת לזכות לשוויון, סומכת עצמה על ההיסטוריה החקיקתית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שממנה למדה השופטת דורנר כי לא הייתה כוונה להכיר בזכות "עצמאית" לשוויון. על רקע זה ציינה השופטת ד' דורנר:¹⁰⁰

"כוונתו הברורה של המחוקק, כעולה מעבודות ההכנה, הייתה דווקא שלא לעגן בחוק היסוד עיקרון כללי זה. לעבודות ההכנה של חוק משקל בקביעת תכליתו. [...] אכן, משקלן של עבודות ההכנה – המגלות את כוונתם של חברי הכנסת בחוקם את החוק – יורד ככל שהתקופה שחלפה מאז החקיקה ארוכה יותר, והספיקו להתחולל שינויים מדיניים, חברתיים או משפטיים העשויים להצדיק חריגה מכוונה זו. ואולם, אך שנים ספורות

93 שם, בעמ' 798.

94 שם.

95 בפסק דיני הבעתי עמדתי באשר לגישתו של השופט א' גרוניס. ראו שם, בעמ' 717.

96 ראו לעיל בעמ' 149.

97 למחלוקת זו, ראו לעיל בעמ' 142.

98 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 683.

99 ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 132; פרשת אבו עראר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46.

100 ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 132.

חלפו מיום חקיקת חוק היסוד ועד עתה, ולכאורה אין לפרש את חוק היסוד באופן המנוגד לתכליתו העולה מעבודות ההכנה. עם זאת, לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכותו.

על טיעון זה ניתן להשיב בשלושה אלה: ראשית, עד כמה שיש ליתן משקל להיסטוריה החקיקתית,¹⁰¹ דומה כי אחד החששות מפני הכרה בזכות כללית לשוויון היה בתחום דת ומדינה ככלל¹⁰² ודיני משפחה בפרט. חשש זה עניינו העיקרי הוא בזכויות האישה. והנה דווקא היבט זה הוכר על ידי השופטת ד' דורנר ככלול בגרדי כבוד האדם; שנית, לא ניתן בגישתה של השופטת ד' דורנר משקל מספיק לערכים החוקתיים המונחים ביסוד כבוד האדם. ערכים אלה משקפים את תפיסתה של החברה הישראלית את ערך האדם. תפיסה זו, המתחזקת לאור פסקת עקרונות היסוד¹⁰³ ופסקת המטרה,¹⁰⁴ אינה מצמצמת את הערך של כבוד האדם להגנה בפני השפלה וביזוי. צמצום זה של הערך בדבר כבוד האדם אינו מתיישב גם עם הפרשנות הראויה של זכויות חוקתיות שצריכה להיעשות "מתוך מבט רחב";¹⁰⁵ שלישית, צדקה השופטת ד' דורנר כי אין מקום לקבל את המודל הרחב. גם ההיסטוריה החקיקתית שוללת את ההכרה בשוויון כעיקרון "כללי", אך שלילת המודל הרחב אינה מובילה למודל המצומצם. בין השניים קיים מודל ביניים. מודל זה אינו מבוסס על שוויון זכות עצמאית אלא אך על שוויון בהיבט של הערכים המונחים ביסוד כבוד האדם.¹⁰⁶ ההנמקה השנייה נגד המודל הרחב לעניין חופש הביטוי¹⁰⁷ והזכות לבחור¹⁰⁸ שעלה מפסקי דינה של השופטת ד' דורנר, הוא העדרה של הסכמה לאומית. השופטת ד' דורנר הצביעה על כמה ניסיונות להכיר בזכות עצמאית לחופש ביטוי – ניסיונות שנכשלו. על רקע זה היא פסקה:¹⁰⁹

"ההסכמה הלאומית הדרושה לעיגונו של חופש הביטוי בחוק יסוד לא התגבשה לפי שעה, והצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי לא התקבלה עד היום.

- 101 לשאלה זו, ראו להלן בעמ' 183.
 102 ראו דפנה ברק-ארז משפט מנהלי 674 (2010).
 103 ראו להלן בעמ' 264, בעיקר בהיבט של הכרזת העצמאות.
 104 בעיקר לעניין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ראו להלן בעמ' 270.
 105 ראו להלן בעמ' 205.
 106 ראו לעיל בעמ' 149.
 107 פרשת גולן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 191.
 108 פרשת אבו עראר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46.
 109 פרשת גולן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 191. ראו פרשת אבו עראר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46, לגישה דומה לעניין חופש בחירה.

במצב עניינים זה ספק בעיניי אם ניתן, ועל כל פנים אם ראוי, לתת מעמד על-חוקי לחופש הביטוי הכללי על-ידי עיגונו בזכות לכבוד".

לעניין טיעון זה ניתן לומר כי העדר ההסכמה הלאומית שעליו כותבת השופטת ד' דורנר עניינו הסכמה לאומית לזכות "עצמאית" של חופש הביטוי או חופש הבחירה. אין בכך כדי לשלול קיומה של הסכמה לאומית לעניין הכרה בחופש הביטוי או חופש הבחירה, מתוך ההיבט המצומצם יותר של כבוד האדם.

חרף דחייתו של המודל המצומצם יש להכיר בהשפעה החשובה שהייתה לו בגיבוש מודל הביניים. השפעה זו הייתה כפולה: ראשית, המודל המצומצם קבע מצבי גרעין שבפגיעה בהם ראו הכול פגיעה בכבוד האדם. בכך נקבע היסוד שעליו מושגת מודל הביניים, אם כי אינו מוגבל אך על ידיו; שנית, המודל המצומצם מתח ביקורת ראויה על המודל הרחב, ובכך פתח את הדלת לאימוצו של מודל הביניים.

מספר ניכר של אמרות-אגב תמך במודל הרחב. אף אני תרמתי את תרומתי בתמיכה לגישה זו.¹¹⁰ בחינתה של פסיקה זו אכן מעלה כי לשונן של אמרות-האגב הייתה רחבה מדי. מקצתן התייחסה לערך של כבוד האדם.¹¹¹ מקצתן האחרת התייחסה לזכות לכבוד האדם.¹¹² יש להצטער שלא נעשתה בעניין זה הבחנה ברורה. עם זאת יש לציין כי לעתים קרובות התלוותה הלשון (הלא מדויקת) לקביעת הרציונל (המדויק) המונח ביסודה. רציונל זה צמצם את הלשון הרחבה (מדי). כך למשל ציין השופט א' מצא בפרשת נוף: "לשיטתי, זכותו של אדם לגדל זקן היא חלק מכבוד האדם".¹¹³ מיד בהמשך ניתן הטעם לכך: "זכותו של אדם לכבוד כוללת את הזכות לעצוב דמותו ולקיומה, ולגבי מי שבמשך שנים מגדל ומשמר את זקנו, מהווה הזקן חלק מדמותו ומהותו האישית. [...] מי שמגדל זקן, לשם עיצוב דמותו והופעתו כרצונו, מגשים בכך את רצונו הפרטי האוטונומי; וזכותו לעשות כן היא חלק מכבוד האדם שלו".¹¹⁴ רציונל זה הניח את היסוד לקביעת היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם ושל הזכות החוקתית לכבוד האדם על פי מודל הביניים.

110 ראו לעיל ה"ש 32.

111 ראו פרשת דנילוביץ', לעיל ה"ש 24, בעמ' 760 ("ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו") (הנשיא א' ברק); פרשת שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 522 ("ואף עיגונו האפשרי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כחלק מן הערך של כבוד האדם") (השופט א' מצא); פרשת הופרט, לעיל ה"ש 24, בעמ' 362 ("היום ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו") (השופט ת' אור).

112 ראו פרשת דיין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 472 ("כיום ניתן לגזור זכות זו מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו") (השופט א' ברק); פרשת מילר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 110 ("עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התעלה מעמדו הנורמטיבי של עקרון השוויון [...] והוא הפך לעיקרון בעל מעמד חוקתי 'על-חוקי'" (השופט א' מצא); פרשת חורב, לעיל ה"ש 48, בעמ' 59 ("חופש התנועה [...] נגזר מכבוד האדם המוגן בחוקה שלנו") (השופט א' ברק).

113 ראו פרשת נוף, לעיל ה"ש 54, בעמ' 457.

114 ש.ס.

פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל העמידה את ההלכה על מכונה. השפלה הפוגעת באדם כאדם "פוגעת בכבודו". עם זאת כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות אלה. הוא משתרע על כל פגיעה באנושיותו של האדם. פגיעה זו באנושיות משתרעת על כל פגיעה באדם כיצור חופשי, על כל פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי ובהפיכת האדם לאמצעי בלבד. לעניין זה אין צורך לבחון מהי השפלה ומה גבולו של הביזיון. די בכך שאנושיותו של האדם נפגעת.¹¹⁵ אין בכך משום אימוץ, בגדרי כבוד האדם, של כל אותן זכויות "עצמאיות" המקובלות בחוקות של מדינות בנות-תרבות ושאין מצויות בחוקי-היסוד שלנו. כל שניתן לגזור מכבוד האדם הם אותם היבטים של זכויות עצמאיות אלה, שהתכלית המונחת ביסודן היא הערך של כבוד האדם. היבטים של זכויות אלה המגשימים ערכים ועקרונות אחרים אינם נכללים בגדרי כבוד האדם. נדרש כי אותן זכויות "עצמאיות" תהיינה "קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו או בשוליו) בקשר ענייני הדוק".¹¹⁶ גישה זו הסירה את חוסר הוודאות שהיה קיים בפסיקה. היא לא פתרה את כל הבעיות שכבוד האדם מעורר זכות חוקתית. היא יצרה כמובן בעיות חדשות.

ג. ההתפתחות לאחר פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל

1. המתודולוגיה נשמרת

מאז פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל חלפו למעלה משמונה שנים. תקופה זו קצרה היא. הדבר מקשה על כל הערכה נורמטיבית. עם זאת, ניתן כבר עתה לאפיין תקופה קצרה זו בשני אלה: ראשית, מרבית חברי המותב שפסק את הדין בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל כבר אינם מכהנים בבית המשפט העליון. דור חדש של שופטים מתמודד עם הבעיות שעמדו לפני קודמיו, ועם בעיות חדשות שקודמיו לא צפו ולא יכלו לצפות; שנית, המתודולוגיה הבסיסית שהונחה בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נשמרת. הפסיקה שלאחריה מתרכזת בעיקרו של דבר בשני אלה: ראשית, בניתוח הערך החוקתי של כבוד האדם, בשאיפה להבנה נוספת מהי אנושיותו של האדם כאדם, המונחת ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם; שנית, בקביעת אמות מידה מתי התנהגות הפוגעת בזכויות עצמאיות המוכרות בחוקות אחרות אך אינן מוכרות בישראל, כגון שוויון וחופש ביטוי, קשורה בקשר ענייני הדוק לערך של כבוד האדם, ועל כן נכנסת לגדרי הזכות לכבוד האדם. נפנה עתה לפסק הדין המרכזי שנפסק בסמוך לאחר פרשת התנועה למען

115 ראו הקשיים בקביעת היקף ההשפלה והביזוי שהתעוררו בפרשת ש.י.ן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 84-85. השופטת ד' דורנר ציינה כי "שאלה לא פשוטה היא אם כבוד האשה נפגע עקב שידורי ערוץ ארוטי או פורנוגרפי בכבלים ובלווין".

116 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 683.

איכות השלטון בישראל ואשר התבסס על המתודולוגיה שנקבעה בו. זוהי פרשת עדאלה.¹¹⁷

2. פרשת עדאלה

(א) העתירה

שלושה ימים לאחר שנפסק הדין בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נפסק הדין בפרשת עדאלה.¹¹⁸ מותב השופטים בפרשה זו כלל את כל השופטים שנכחו בדיון בפרשה הראשונה. נוספו אליהם השופטים א' ריבלין ו' עדיאל. העתירה עסקה בבחינת חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003.¹¹⁹ חוק זה קבע כי שר הפנים לא יעניק לתושב של יהודה, שומרון או חבל עזה אזרחות, ולא ייתן לו רישיון לשיבת קבע בישראל. הוראה זו לא הוחלה על ישראלים המתגוררים באזור. להוראה נקבעו כמה סייגים. מכוחה של ההוראה נשללה, בין השאר, האפשרות של איחוד משפחות בין בן זוג ערבי-ישראלי לבין בן זוגו הערבי המתגורר באזור.

העותרים טענו בין היתר כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו חוקתי, שכן הוא פוגע בזכות לכבוד האדם, ופגיעתו זו אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. המשיבים טענו כי מטרת ההוראה היא ביטחונית, ואין בה כדי לפגוע בזכות החוקתית לכבוד האדם. על כל פנים, גם אם החוק פוגע בכבוד האדם, הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

בית המשפט העליון קבע ברוב דעות¹²⁰ כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פגע בכבוד האדם של בני הזוג הישראליים. פגיעה זו היא בזכות-הבת לשוויון ובזכות-הבת לחיי המשפחה. לעניין פסקת ההגבלה נחלקו הדעות: חמישה משופטי ההרכב¹²¹ סברו שהפגיעה מידתית ועל כן דין העתירה להידחות; חמישה משופטי ההרכב סברו שהיא אינה מידתית ועל כן דין חוק האזרחות והכניסה לישראל להתבטל;¹²² והשופט האחד-עשר¹²³ סבר שהפגיעה אינה מידתית, שכן קיימת חלופה הפוגעת בזכות החוקתית פחות. לדעתו, על

117 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).

118 ש.ס.

119 ס"ח 1901 (להלן: חוק האזרחות והכניסה לישראל).

120 דעת הרוב היא של הנשיא א' ברק והשופטים ד' ביניש, א' ריבלין, א' פרוקצ'יה, א' לוי, ס' ג'ובראן, א' חיות ו' עדיאל. דעת המיעוט היא של המשנה לנשיא מ' חשין והשופטים א' גרוניס ומ' נאור.

121 המשנה לנשיא מ' חשין והשופטים א' ריבלין, א' גרוניס, מ' נאור ו' עדיאל.

122 הנשיא א' ברק, והשופטים ד' ביניש, א' פרוקצ'יה, ס' ג'ובראן וא' חיות.

123 השופט א' לוי.

המשיבים היה להעמיד בתוך תשעה חודשים הסדר משופר. עד אז, ובשל הצורך הביטחוני, יעמוד החוק בעינו. לאור גישתו זו העתירה נדחתה.

פרשת עדאלה מעוררת קשת רחבה של שאלות. מקצתן קשורות בקביעת היקפן של זכויות חוקתיות ומקצתן – בדיני המידתיות. אנו מתמקדים אך בהיבט הראשון. היבט זה עורר בפרשת עדאלה שתי בעיות: האחת, עד כמה יש מקום, בקביעת היקפה של זכות חוקתית, להביא בחשבון שיקולים של טובת הציבור; האחרת, אם בנסיבות העניין נפגעה הזכות החוקתית לכבוד האדם. בדיונונו עתה אנו מתעניינים אך בשאלה השנייה. שאלה זו מעוררת מצדה שתי תת-שאלות: האחת עניינה השאלה הכללית אם מכבוד האדם כזכות חוקתית ניתן לגזור זכויות-בת לחיי משפחה ולשוויון; האחרת עניינה השאלה אם בנסיבות של פרשת עדאלה נפגעו זכות-הבת לחיי משפחה וזכות-הבת לשוויון. אנו מתעניינים עתה אך בתת-השאלה הראשונה. הנה כי כן ענייננו שלנו בפרשת עדאלה הוא בגישתה לכבוד האדם. השאלה היא אם הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את זכות-הבת לחיי משפחה ואת זכות-הבת לשוויון.

(ב) פסק הדין של הנשיא א' ברק

בפסק דיני בפרשת עדאלה¹²⁴ ציינתי כי הזכות לכבוד האדם היא זכות-מסגרת. המאפיין אותה שהיא בעלת רקמה פתוחה אשר אינה מפרטת את סוגי הפעולות שעליהן היא משתרעת. המצבים שעליהם משתרעת הזכות נלמדים מפרשנות לשונה על פי תכליתה. מצבים אלה ניתן לקבץ לקטגוריות ולסוגים. אלה הן זכויות-הבת. "תפיסה זו של הזכות לכבוד מבוססת על התפיסה כי את הזכות לכבוד אין לצמצמה אך לעינויים ולהשפלה, שכן בכך נחטיא את התכלית המונחת ביסודה. אין להרחיבה באופן שכל זכות אדם תיכלל בה, שכן בכך נייתר את כל זכויות האדם האחרות הקבועות בחוקי היסוד".¹²⁵

על רקע תפיסה זו נקבע כי אפשר לגזור מהזכות לכבוד האדם את זכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה.¹²⁶ ציינתי כי "לא כל ההיבטים של חיי המשפחה נגזרים מכבוד האדם. עלינו למקד עצמנו באותם היבטים של חיי המשפחה, החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם".¹²⁷

לעניין זכות-הבת לשוויון ציינתי כי בעבר התעוררה השאלה אם ניתן לגזור זכות-בת זו מזכות-האם לכבוד האדם, וכי הובאו בפסיקה דעות שונות. הדגשתי כי "במחלוקת זו הכריע בית המשפט העליון בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל. נקבע כי הזכות לכבוד

124 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 117, בעמ' 264, 293.

125 שם, בעמ' 295.

126 בתוכנה של הזכות למשפחה אדון במסגרת בחינת היקף של זכות-הבת לחיי משפחה. ראו

להלן בעמ' 629.

127 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 117, בעמ' 296.

האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון, עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק".¹²⁸ הוספתי כי "לא כל היבטיו של השוויון – אילו הוכר זכות עצמאית העומדת על רגליה שלה בלבד – כלולים במסגרתו של כבוד האדם. רק אותם היבטים של השוויון אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק נכללים בגדריה של הזכות לכבוד האדם".¹²⁹ על רקע זה ציינתי כי זכותו של בן זוג ישראלי לקיים תא משפחתי בישראל מתוך שוויון ביחס לבני זוג ישראליים אחרים לקיים תא משפחתי בישראל, היא חלק מזכותו של בן הזוג הישראלי לכבוד האדם.¹³⁰

(ג) פסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין

פסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין הוא רחב היקף ועשיר. גישתו העקרונית היא כי כל עוד נמשך העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה משפטית כלפי אזרחיה להתיר לתושבי האזור שנישאו לאזרחי המדינה להיכנס לישראל ולשהות בה.¹³¹ דיון בהיבט זה של הפסק חורג אל מעבר למסגרתו של ספר זה. המשנה לנשיא קובע כי בפרשנותה של זכות חוקתית יש מקום להתחשב באינטרס הציבור. בהיבט זה של הפסק אנו דנים במקום אחר בספר זה.¹³² בפסק הדין מבחין המשנה לנשיא בין גרעינה של זכות יסוד לבין חלקים אחרים המתרחקים והולכים מן הגרעין. אף בהבחנה זו אנו דנים במקום אחר בספר זה.¹³³

לעניין הזכות לכבוד האדם וגזירתן של זכויות-בת ממנו ציין המשנה לנשיא:¹³⁴

"ספק אם מוסמכים אנו לגזור מזכויות אלו – ולענייננו מן הזכות לכבוד האדם – זכויות פרטיקולריות שיזכו אף הן להגנתם הנורמטיבית של חוקי-היסוד. בית המשפט אין הוא בן-סמכות ליתן מעמד נורמטיבי של זכות-יסוד – זכות הזוכה להגנתו הנורמטיבית של חוק-יסוד – לזכויות פרטיקולריות שמטבע בריאתן וברייתן אין מעמדן הנורמטיבי כמעמדה של 'חוקה', אלא אם הרשות המכוננת במדינה הכילה אותן באורח מפורש אל תוך חוקת המדינה".

128 שם, בעמ' 303.

129 שם, בעמ' 304.

130 שם.

131 שם, בעמ' 385.

132 ראו להלן בעמ' 296.

133 ראו להלן בעמ' 360.

134 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 117, בעמ' 395.

המשנה לנשיא ציין כי בישראל אין סמכות לבית המשפט "לכונן" הסדרים פרטיקולריים, קרי: להעניק להסדרים שאינם מבטאים זכויות יסוד אוניברסליות מעמד נורמטיבי של חוקה".¹³⁵ אכן, אין מחלוקת כי בהעדר הסדרים פרטיקולריים ברמה החוקתית אין בית משפט בישראל מוסמך להכיר בהסדרים פרטיקולריים "שאינם מבטאים זכויות יסוד אוניורסליות".¹³⁶ אך מדוע מסיק מכך המשנה לנשיא מ' חשין שאין להסיק מכבוד האדם הסדרים פרטיקולריים? כבוד האדם בוודאי משקף ערכי יסוד אוניברסליים. מדוע לא להסיק מכך הסדרים פרטיקולריים המשקפים ערכי יסוד אלה? מה נותר מערכי היסוד אם אין אפשרות לממשם במקרים פרטיקולריים?

בהתייחסו לזכות לנישואין ולמשפחה כותב המשנה לנשיא מ' חשין:¹³⁷

"הזכות לנישואין – ולקיום של חיי משפחה, ובכלל אלה זכותו של קטין להיות עם הוריו, מהווה תשתית לקיומה של חברה. [...] הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו מפורשות בחוקי היסוד, נסכים כולנו – נסכים ונצהיר – כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם".

בהמשך פסק דינו קבע המשנה לנשיא מ' חשין כי זכות זו אין בה כדי להעניק לאזרח ישראלי להביא בן זוג זר אל תוככי ישראל.¹³⁸ בוודאי כך בימי מלחמה.¹³⁹ מסקנה זו נוגעת להיקפה של זכות הבת לנישואין ולחיי משפחה ולא לעצם קיומה כזכות נגזרת.¹⁴⁰ רק עניין אחרון זה הוא המונח עתה לפנינו.

בפסק דינו בחן המשנה לנשיא מ' חשין גם את הזכות החוקתית לשוויון. לעניין זה הוא קבע כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בשוויון: "הזכות לשוויון אינה פורשת עצמה על כל הבחנה אלא על הבחנות אסורות בלבד. לא כל טיפול שונה הוא טיפול מפלה".¹⁴¹ חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו חוק מפלה, שכן הוא "נחקק על רקע

135 שם, בעמ' 394.

136 שם.

137 שם, בעמ' 400.

138 שם, בעמ' 411.

139 שם, בעמ' 422.

140 בהקשר זה מציין המשנה לנשיא כי "עוצמתה של זכות חוקתית זו – הנגזרת מן הערך של כבוד האדם – נחלשת והולכת ככל שמתרחקים אנו מגרעינה וקרבים אנו את המעטפת. ואנו, אין ענייננו עתה בגרעין, בזכותו של אדם להינשא. אין ענייננו עתה בעיקר, בזכותו של אדם להקים משפחה ולחיות עימה במשותף. ענייננו עתה בתוספת לכל אלה, בשאלת זכותו של אזרח ישראלי להביא עימו לישראל בן-זוג זר ובמעשה זה לשנות את הסטטוס קוו אנטה של החברה הישראלית. זכות זו, עם כל היותה זכות ראויה, אין היא בהכרח זכות מן הגרעין ולא בהכרח נכיר בה כזכות חוקתית" (שם, בעמ' 411) (ההדגשה במקור).

141 שם, בעמ' 432.

הסכסוך המזוין ומצב המלחמה שבין ישראל לבין הפלסטינים, ועל כן הבחנה ראויה ומותרת היא בין מי שנישאו לזרים שהם פלסטינים 'נתיני אויב' [...] לבין מי שנישאו לזרים שאינם 'נתיני אויב'." 142 מהי המסקנה העולה מחלק זה של פסק הדין לעניין זכות-הבת לשוויון? דברים מפורשים בעניין זה לא נאמרו, אך דומה שהנחתו של המשנה לנשיא היא כי ניתן לגזור מכבוד האדם זכות-בת לשוויון. אכן, בדברי הסיכום הוא כורך יחדיו את הזכות לנישואין ולהקמת משפחה ואת הזכות לשוויון. לדעתו, "גם-זו וגם-זו, שתי הזכויות אינן משמיעות אותנו חובה המוטלת על המדינה – לא חובה חוקתית ולא חובה חוקית – להתיר הגירה לישראל עקב נישואין". 143

(ד) פסק הדין של השופטת ד' ביניש

השופטת ד' ביניש קבעה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל "אינו יכול לעמוד בשל הפגיעה הבלתי מידתית שבו בזכות לחיי משפחה ובשל הפגיעה בזכות לשוויון". 144 השופטת ד' ביניש בוחנת את השאלה אם ניתן לגזור מכבוד האדם זכויות לחיי משפחה ולשוויון. היא משיבה על כך בחיוב: 145

"כעולה מפסק דינו של הנשיא, ומעמדת פסיקתנו עד היום, גם אם לא כל היבטיה של הזכות למשפחה נכללים בגדר כבוד האדם, הרי שהזכות לממש את האוטונומיה של הרצון החופשי על דרך של הקמת תא משפחתי על פי בחירתו של האדם ומימוש במסגרת של חיים משותפים היא עצמה נגזרת מכבוד האדם ונתונה לכל אזרח ישראלי. כן מקובל עלי כי זכותו של בן-זוג ישראלי לקיים תא משפחתי מתחייבת גם מיישום עקרון השוויון בינו לבין בני-זוג ישראליים אחרים אשר ביחס אליהם קבענו בעבר כי ההגנה על זכותם לתא משפחתי היא נגזרת מזכותם לכבוד האדם".

לעניין הזכות לחיי משפחה מציינת השופטת ד' ביניש כי "זכות היסוד של האדם לבחור בבן זוגו ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו ומתמצית אישיותו של האדם, וזכות זו נפגעת בהוראת חוק האזרחות והכניסה לישראל פגיעה קשה". 146 באשר לזכות לשוויון קובעת השופטת ד' ביניש כי "החוק יוצר, אפוא, הפליה בין זכויותיהם של אזרחיה הערביים של המדינה להקים תא משפחתי בישראל עם בן-זוג זר לבין זכותם של ישראליים אחרים להקים תא משפחתי עם תושב זר. גם על פי ההשקפה הגורסת כי ערך

142 שם, בעמ' 433.

143 שם, בעמ' 434.

144 שם, בעמ' 461.

145 שם, בעמ' 465.

146 שם.

השוויון על כל היבטיו אינו חלק מכבוד האדם הרי שהפליה החלה על האוכלוסייה הערבית בשלמותה, אך בשל השתייכותה לאותה קבוצה מתוך האוכלוסייה הישראלית, הינה בוודאי הפליה הנכללת בגרעין המובהק של כבוד האדם".¹⁴⁷

(ה) פסק הדין של השופט ס' ג'ובראן

השופט ס' ג'ובראן קבע בפסק דינו כי הפגיעה בזכות לחיי משפחה ונישואין והפגיעה בזכות לשוויון¹⁴⁸ היא פגיעה בכבוד האדם. לעניין הזכות לחיי משפחה ונישואין כותב השופט ס' ג'ובראן:¹⁴⁹

"כל פגיעה בזכותו של אדם לחיי משפחה, הינה פגיעה בחירותו ובכבודו כיצור אנושי, זכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משמעם של דברים הוא, שיש לראות בזכות לחיי משפחה ולנישואין זכות חוקתית המוגנת במלוא היקפה על-ידי חוק היסוד".

לעניין זה מציין השופט ס' ג'ובראן כי "מעטות הן בימינו הבחירות אשר בהן מגשים אדם את רצונו החופשי כמו בחירתו באדם שעימו יחלוק את חייו, שעימו יקים את משפחתו, שעימו יגדל את ילדיו. בבחירת בן זוגו, בקשירת קשר הנישואין עימו, מבטא האדם את אישיותו ומממש את אחד ממרכיביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו. בהקמת משפחתו מעצב האדם את הדרך שבה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי. לפיכך, בהגנה על הזכות לחיי משפחה, מגן המשפט על חירותו הבסיסית ביותר של האזרח, לחיות את חייו כאדם אוטונומי החופשי לבחור את בחירותיו".¹⁵⁰

(ו) פסק הדין של השופטת א' חיות

השופטת א' חיות קובעת כי "הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעימו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן בעיני זכויות אדם מן המעלה הראשונה. הן מגלמות את תמצית הווייתו וכבודו של האדם באשר הוא אדם ואת חירותו כפרט במובן העמוק ביותר".¹⁵¹

147 ש.ם.

148 ש.ם, בעמ' 484.

149 ש.ם, בעמ' 476.

150 ש.ם, בעמ' 474.

151 ש.ם, בעמ' 490.

(ז) פסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה

השופטת א' פרוקצ'יה קובעת כי "בשיטת המשפט בישראל מוכרת זכותו של אדם לחיי משפחה כחלק מכבוד האדם".¹⁵² היא מציינת כי "הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמו. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבוד האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוגו ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם. בין זכויות האדם ניצבת זכותו של אדם למשפחה במדרג העליון. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק ואף לפרטיות ולצנעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמו".¹⁵³ כן קובעת השופטת כי "זכותו של בן אדם ישראלי לקיים תא משפחתי בישראל בתנאים של שוויון ביחס לבני זוג ישראליים אחרים מהווה חלק מכבוד האדם".¹⁵⁴

(ח) פסק הדין של השופט א' גרוניס

השופט א' גרוניס פותח את פסק דינו באמירה כי הוא מסכים לעיקרי הדברים שבחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין.¹⁵⁵ בהמשך בוחן השופט א' גרוניס את דרך הפרשנות הראויה של זכויות חוקתיות.¹⁵⁶ בשאלה זו דנתי בהקשר של הפרשנות התכליתית של הזכויות החוקתיות.¹⁵⁷ השופט א' גרוניס ציין כי אפילו מקבלים את גישתי הפרשנית, אפשר שתהיה התנגשות בין הזכות לחיי משפחה לבין הזכות לחיים.¹⁵⁸ אף בנושא זה דנתי במקום אחר בספר זה.¹⁵⁹ בהמשך פסק דינו עוסק השופט גרוניס במבחניה של פסקת ההגבלה. לדעתו פגיעתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל בכבוד האדם מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

מהי אפוא עמדתו של השופט א' גרוניס באשר לגזירת זכות-בת לחיי משפחה וזכות-בת לשוויון מזכות-האם לכבוד האדם? התייחסות מיוחדת לעניין זה אין למצוא בפסק הדין. עם זאת – ולאור דבריו הכלליים כי הוא מסכים לעיקרי הדברים עם פסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין ולאור התייחסות לפסקת ההגבלה – יש להניח כי מקובל עליו שניתן עקרונית לגזור

152 שם, בעמ' 492.

153 שם, בעמ' 497.

154 שם, בעמ' 492.

155 שם, בעמ' 512.

156 שם, בעמ' 513, 514.

157 ראו להלן בעמ' 174.

158 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 117, בעמ' 514.

159 ראו להלן בעמ' 322.

מכבוד האדם את הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון. יש להניח כי היקפן של זכויות אלה יהיה כגישתו של המשנה לנשיא מ' חשין.

(ט) פסק הדין של השופטת מ' נאור

השופטת מ' נאור פותחת את פסק דינה בהסכמה לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין. לעניין הזכות לחיי משפחה היא קובעת:¹⁶⁰

"להשקפתי הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד האדם. ואולם, אין היא טומנת בחובה את הזכות הנגזרת הנוספת – היא הזכות למימוש חיי המשפחה בישראל דווקא. הזכות לחיי משפחה, אינה זכות עצמאית ומפורשת בחוק היסוד, והזכות הנגזרת הנוספת כאמור אינה בעלת קשר ענייני הדוק לכבוד האדם. אין למתוח את פרשנותנו ל'כבוד האדם' מעבר לנדרש".

לעניין הזכות לשוויון קובעת השופטת מ' נאור:¹⁶¹

"הזכות לשוויון, בהיבטים אחדים בה, היא זכות חוקתית הכלולה בכבוד האדם [...]"

עם זאת לדעתה חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכות החוקתית לשוויון, שכן קיימת שונות רלוונטית.

(י) פסק הדין של השופט י' עדיאל

השופט י' עדיאל פסק כי הזכות לחיי משפחה נכללת בגדר הזכות לכבוד האדם:¹⁶²

"אשר לזכות לחיי משפחה, לאור קירבתה של זכות זו לגרעין הזכות לכבוד, מרכזיותה במימוש האוטונומיה של הפרט לעיצוב חייו ופסיקה קודמת של בית משפט זה אשר נזכרה בחוות דעתו של הנשיא, מקובל עלי שזכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל יחד עם בן זוגו הזר אכן נכללת בגדר הזכות לכבוד האדם כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [...] משהחוק מונע מימושה של זכות זו, הוא פוגע בזכות לכבוד לפי חוק היסוד".

160 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 117, בעמ' 523 (ההדגשות במקור).

161 שם, בעמ' 528.

162 שם, בעמ' 537.

לדעתו, פגיעתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל בזכות חוקתית זו עוברת את מבחניה של פסקת ההגבלה. אשר לזכות לשוויון, אין היא נפגעת, שכן השוני בהסדר בין בן זוג ישראלי-ערבי לבין בן זוג ישראלי-יהודי מבוסס על שונות רלוונטית. לאור גישתו זו הצטרף השופט י' עדיאל למסקנתו של המשנה לנשיא מ' חשין.

(יא) פסק הדין של השופט א' ריבלין

השופט א' ריבלין פותח את פסק דינו בקביעה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פקע עוד בטרם ניתן פסק הדין בפרשת עדאלה.¹⁶³ על כן אין מקום להורות בפסק הדין על ביטולו. חרף זאת מבקש הוא להביע עמדתו לעניין הבעיות המשפטיות שנדונו בפני בית המשפט העליון.

בפתח פסק-דינו בוחן השופט א' ריבלין את שאלת היקף הביקורת השיפוטית.¹⁶⁴ בחינתה של שאלה זו חורגת מספר זה. השופט א' ריבלין ממשיך ובוחר את היחס שבין היקף הזכות לפסקת ההגבלה.¹⁶⁵ בשאלה זו דנתי במקום אחר בספר זה.¹⁶⁶ לעניין הזכות לחיי משפחה קובע השופט א' ריבלין:¹⁶⁷

”הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על-פי רצונו ולהקים משפחה – ממילא פוגעת היא בחרות. פגיעה זו בחרות קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי [...]. היא פוגעת אנושות בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו. המשפט הישראלי מכיר בזכותו של האזרח הישראלי לחיי-משפחה. הזכות לחיי-משפחה משמעותה גם הזכות לחיי-משפחה משותפים תחת קורת גג אחת. הזכות לחיי-משפחה אינה רק זכותם של ההורים. זוהי גם זכותו של הילד הנולד להוריו. הזכות לחיי-משפחה מוגנת היום אפוא בהוראות חוק-היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחרות וחלק מזכות היסוד לכבוד.”

לעניין הזכות לשוויון כותב השופט א' ריבלין:¹⁶⁸

163 חוק האזרחות והכניסה לישראל נחקק לתקופה קצובה. נקבע בו, לאחר מספר תיקונים, כי תוקפו עד ל-3.1.3.2006. מכוח הוראת סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, הוארך תוקפו של החוק לשלושה חודשים נוספים.

164 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 117, בעמ' 541.

165 שם, בעמ' 548.

166 ראו להלן בעמ' 329.

167 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 117, בעמ' 548.

168 שם, בעמ' 549. הציטוט הוא מפסק הדין של הנשיא א' ברק בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 62.

"הזכות לשוויון היא חלק מכבוד האדם. הפגיעה בשוויון פסולה בין אם היא פגיעה קבוצתית, בין שזו פגיעה ביחיד, בין שזו פגיעה הגורעת מכבוד האדם בשל ביזוי הנפגע והשפלתו ובין שהיא פגיעה הגורעת מן הזכות הנתונה לכל אדם ליהנות, באורח שווה, מיתרונות החיים בחברה בה הוא נתון. 'זוהי פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי – חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי' [...] גם מן הזכות לשוויון אין לגרוע אלא בהתקיים התנאים הנקובים בפסקת ההגבלה. מדינה דמוקרטית מחוייבת לשוויון מהותי בין האזרחים המתגוררים בה."

(יב) פסק הדין של השופט א' לוי

השופט א' לוי קובע כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה, ובזכות החוקתית לשוויון: "שתיהן כאחת נגזרות מן הזכות לכבוד האדם המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"¹⁶⁹. אשר לזכות לחיי משפחה כותב השופט א' לוי: ¹⁷⁰

"בה גלומות שתי זכויות-משנה, אשר דומה כי בלעדיהן אין בה ממש – זכותו היסודית של אדם להינשא לבחיר לבו על פי רצונו והשקפתו, וזכותו כי יינתן לו ולבני משפחתו לקיים את חייהם בצוותא אף מבחינת מיקומו הגיאוגרפי של התא המשפחתי, שאותו הם בחרו לעצמם."

אשר לזכות לשוויון נקבע: ¹⁷¹

"לכאורה, האיסור שבחוק אינו מבחין בין תושביה הערבים של ישראל לתושביה היהודים. אולם, לכל נהיר כי מבחינה אתנית ותרבותית, כמעט רק עבור אזרחי ישראל הערבים מהווים הפלסטינים תושבי השטחים קבוצת התייחסות טבעית בחיפוש אחר בני זוג לנישואין. זהו שוני רלוונטי שהסדר החקיקה המתעלם ממנו, חסר."

(יג) סיכום מתודולוגי

פסקי הדין בפרשת עדאלה מקיפים היבטים שונים של המשפט, של פרשנותו, של זכויות האדם ושל ההגבלות עליהן. במקצת היבטים אלה התגלו חילוקי דעות עמוקים. על מקצת חילוקי דעות אלה עמדתי בספרי על מידתיות במשפט.¹⁷² על מקצתם האחרת עמדתי

169 פרשת עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 117, בעמ' 562.

170 שם.

171 שם, בעמ' 563.

172 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 64, בעמ' 106.

בפרקים שונים בספר זה.¹⁷³ השאלה הניצבת לפנינו עתה מתרכזת במתודולוגיה המשפטית בכל הנוגע לזכות לכבוד האדם כזכות-אם וזכויות-הבת שניתן לגזור ממנה על פי מודל הביניים. בסוגיות אלה קיימת אחידות דעים רחבה בין שופטי המותב. דומה שמרבית השופטים הכירו באפשרות לגזור מכבוד האדם את הזכות לחיי משפחה ואת הזכות לשוויון.¹⁷⁴ חילוקי הדעות התגלעו באשר להיקפן של זכויות אלה. דומה שמרבית שופטי המותב הניחו את מודל הביניים כבסיס לפסיקתם. לא הועלתה כלל הטענה כי מכיוון שהזכויות למשפחה ולשוויון הן זכויות עצמאיות בחוקות שונות אין לגזור אותן כזכויות-בת של כבוד האדם. נראה כי גזירתן של זכויות-בת מכבוד האדם הייתה מקובלת על מרבית השופטים, תוך שמקצתם עמדו על ההבחנה בין היבטים של הזכות הקרובים לגרעינה לבין היבטים הקרובים למעטפת. אלה כאלה נגזרים מהזכות לכבוד האדם.

3. ההתפתחות לאחר פרשת עדאלה

לאחר פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל ופרשת עדאלה המשיך בית המשפט העליון במתודולוגיה שנקבעה בפרשות אלה.¹⁷⁵ כך הדבר בפרשת אלחנתי¹⁷⁶ שבה ציינה השופטת א' חיות – על דעת כל החברים במותב:¹⁷⁷

“משנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות לשוויון כחלק מזכותו של האדם לכבוד על פי מודל ביניים הכולל בגדרי כבוד האדם לא רק פגיעות נפשיות או השפלה והשמצה הפוגעות בגרעין הכבוד של האדם [...] אלא גם אפליה שאין עימה השפלה ובלבד שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק”.

בפרשת המפקד הלאומי¹⁷⁸ נקבע – על סמך הפסיקה – כי חופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות לכבוד האדם. כותבת השופטת מ' נאור:¹⁷⁹

- 173 ראו להלן בעמ' 629 (הזכות לחיי משפחה), 687 (הזכות לשוויון).
 174 הספק הוא לגבי עמדתו של השופט א' גרוניס.
 175 הניתוח בהמשך מתמקד בפסקי דין שניתנו בהרכבים מורחבים. מגמה דומה קיימת בפסקי דין אחרים של בית המשפט העליון. ראו לעניין הזכות לקיום אנושי בכבוד, להלן בעמ' 579; לעניין הזכות למשפחה, להלן בעמ' 650; לעניין חופש המצפון והדת, להלן בעמ' 758; לעניין חופש התנועה, להלן בעמ' 785; לעניין הזכות לחינוך, להלן בעמ' 797; לעניין הזכות לעבודה, להלן בעמ' 827.
 176 בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406 (2008).
 177 שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופטת א' חיות.
 178 בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).
 179 שם, בעמ' 761–762.

“הכרעה בשאלה זו כרוכה בפרשנות טבעה של הזכות לכבוד האדם וגבולות פרישתה. [...] כמה משופטי בית משפט זה הביעו את עמדתם בנושא במפורש וקבעו כי חופש הביטוי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. [...] מנגד, היו שופטים שקבעו כי חופש הביטוי אינו בהכרח חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. [...] בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נפסק באשר לזכות לשוויון כי כבוד האדם כולל רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (בין בגרעינו ובין בשוליו) בקשר ענייני הדוק [...]. אמת מידה זו הולמת, לדעתי, גם את היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין חופש הביטוי הפוליטי. דעתי היא כי הזכות נושא עניינינו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה – על פי הפישתנו המשפטית – בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם’ [...]. מתפישה זו של כבוד האדם מתבקשת המסקנה, כי חופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם [...]. אכן, חופש הביטוי הפוליטי הוא מרכיב חיוני של כבוד האדם. [...] חופש הביטוי הפוליטי הוא ב’גרעין’ הזכות לחופש הביטוי [...]. אשר לחופש הביטוי המסחרי – עניין זה כאמור אינו מתעורר, לשיטתי, לפנינו ואשאר אותו בצריך עיון.”

על פי אותה מתודולוגיה נפסק הדין בפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים¹⁸⁰ ובפרשת גלאון.¹⁸¹ בפרשת גלאון הביעו לראשונה דעתם שופטים שלא היו חברי המותב בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל ובפרשת עדאלה. לעניין המתודולוגיה הצטרפו שופטים אלה – השופטים א’ רובינשטיין,¹⁸² ע’ ארבל,¹⁸³ ח’ מלצר¹⁸⁴ ונ’ הנדל – לגישה כי ניתן לגזור מהזכות לכבוד האדם את הזכויות לחיי משפחה ולשוויון. לדעת השופט נ’ הנדל,¹⁸⁵ השילוב בין הזכות לחיי משפחה לזכות לשוויון הוא שמביא לפגיעה בכבוד האדם. גישה דומה נקטו שופטים אלה גם בפרשת רסלר.¹⁸⁶ גישה זו נמשכה בפרשת ניר.¹⁸⁷ השופט י’ דנציגר – שופט שלא ישב בהרכבים הקודמים – הצטרף למתודולוגיה המשפטית, בקבעו כי בתנאים מסוימים פגיעה בשוויון פוגעת בזכות החוקתית לכבוד האדם. לעת הזו,

- 180 בג”ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ’ שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).
 181 בג”ץ 466/07 גלאון נ’ היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).
 182 שם, בפסקה י’ לפסק הדין של השופט א’ רובינשטיין.
 183 שם, בפס’ 8 לפסק הדין של השופטת ע’ ארבל.
 184 השופט ח’ מלצר הצטרף לדעתם של המשנה לנשיא (בדימ’) מ’ חשין והשופטת מ’ נאור בפרשת עדאלה, לעיל ה”ש 117.
 185 שם, בפס’ 2 לפסק הדין של השופט נ’ הנדל.
 186 בג”ץ 6298/07 רסלר נ’ כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012).
 187 בג”ץ 1213/10 ניר נ’ יו”ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.2.2012).

פסק הדין האחרון בשרשרת מתודולוגית זו הוא פרשת חסן,¹⁸⁸ שבה נדונה הזכות לקיום אנושי בכבוד. המותב כולו היה בדעה – כפי שזו הובעה על ידי הנשיאה ד' ביניש – כי הזכות לקיום אנושי בכבוד נכללת בגדריה של הזכות לכבוד האדם ומצויה בליבתה.¹⁸⁹

188 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012).

189 לניתוח הפסיקה והערכה, ראו Hostovsky Brandes, לעיל ה"ש 2.

שער שני

כבוד האדם כערך חוקתי

פרק שביעי

הפרשנות החוקתית התכליתית

א. ייחודה של החוקה והשפעתה על פרשנותה

1. חוקה כנורמת-על

חוקה היא טקסט משפטי.¹ היא מעגנת בחובה נורמה משפטית. היא צריכה אפוא להתפרש ככל טקסט משפטי אחר. עם זאת חוקה היא טקסט משפטי מיוחד במינו: היא מעגנת בחובה נורמה מיוחדת במינה; היא עומדת בראש הפירמידה הנורמטיבית; היא מעצבת את דמותה של החברה ואת שאיפותיה² במהלך ההיסטוריה; היא קובעת את תפיסותיה הפוליטיות הבסיסיות של המדינה; היא מניחה את היסוד לערכיה החברתיים; היא קובעת את שאיפותיה, מחויבויותיה³ ומגמותיה; היא נועדה לכוון את ההתנהגות האנושית לתקופה ארוכה; היא קובעת את המסגרות שבגדרן יחוקקו החוקים⁴ וינהל הממשל הלאומי;⁵ היא משקפת את אירועי העבר; היא מניחה את היסוד להווה; היא קובעת את פני העתיד; היא פילוסופיה, פוליטיקה, חברה ומשפט גם יחד. כל אלה מחייבים גישה פרשנית מיוחדת אל הטקסט החוקתי,⁶

- 1 ראו Thomas C. Grey, *The Constitution as Scripture*, 37 STAN. L. REV. 1, 14 (1984); Jed Rubenfeld, *Reading the Constitution as Spoken*, 104 YALE. L.J. 1119 (1995). פרק זה מבוסס על הפרק הרביעי ("פרשנות החוקה") באהרן ברק *פרשנות התכליתית במשפט* 435 (2003).
- 2 ראו William J. Brennan, Jr., *Construing the Constitution*, 19 U.C. DAVIES L. REV. 2 (1985).
- 3 ראו Rubenfeld, לעיל ה"ש 1.
- 4 ראו Attorney General (NSW) v. Brewery Employees Union of NSW (Union Label), (1908) 6 C.L.R. 469, 612 ("it is a constitution, a mechanism under which laws are to be made, not a mere act which declares what the law is to be") (Higgins J.) (Can.).
- 5 ראו Anthony Mason, *Trends in Constitutional Interpretation*, 18 U. N. S. W. L. J. 237, 283 (1995).
- 6 ראו אהרן ברק "פרשנותם של חוקי-היסוד" *משפטים* כב 13 (1992); אהרן ברק *פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית* 123 (1994). ראו גם LAURENCE H. TRIBE & MICHAEL C. DORF, *ON READING THE CONSTITUTION* (1991); BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 90 (1991).

שהרי "It is a constitution we are expounding" [7]. בצדק ציין פרוינר כי על בית המשפט להיזהר:⁸

"[N]ot to read the provisions of the Constitution like a last will and testament, lest indeed they become one".

ועל אותו רעיון חזר השופט דיקסון (Dickson C.J.), נשיא בית המשפט העליון של קנדה, באחת ההחלטות הראשונות אשר פירשו את הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים:⁹

"The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a Bill or a Charter of rights, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers. The judiciary is the guardian of the Constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind".

הנה כי כן, לחוקה מעמד מיוחד בשיטת המשפט. היא ממלאת תפקיד אשר שום נורמה משפטית אחרת בשיטה אינה יכולה למלא.¹⁰

2. ייחודה של החוקה ופרשנותה התכליתית

מעמד מיוחד זה של החוקה צריך להשפיע על האופן שבו היא מתפרשת.¹¹ מהי השפעה זו? כיצד אפשר לגשר בין התפיסה כי חוקה היא טקסט משפטי אשר צריך להתפרש ככל טקסט משפטי אחר, לבין התפיסה כי חוקה היא טקסט משפטי מיוחד במינו המצריך גישה

7 בלשונו של השופט מרשל (Marshall C.J.) בפרשת McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316, 407 (1819) (U.S.)

8 ראו Paul. A. Freund, *The Supreme Court of the United States*, 29 CAN. BAR. REV. 1080, 1086 (1951). ראו גם Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961) (Harlan J.)

9 ראו Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145, 156

10 ראו Daniel A. Farber, *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, 49 OHIO ST. L.J. 1085, 1101 (1989)

11 ראו Minister of Home Affairs v. Fisher, [1980] A.C. 319, 329 (Lord Wilberforce) (P.C.)

פרשנית מיוחדת במינה? התשובה לשאלות אלה טמונה בפרשנות התכליתית. פרשנות זו משקפת מחד גיסא את האחדות של הגישה הפרשנית החלה בפירושם של כל הטקסטים המשפטיים ומאפשרת מאידך גיסא מתן ביטוי לייחודו של הטקסט החוקתי. ייחוד זה מתבטא ביחס שבין התכלית הסובייקטיבית (כוונת יוצרי החוקה) לבין התכלית האובייקטיבית ("כוונת השיטה"). יחס זה נוטה בבירור לטובת התכלית האובייקטיבית בלא לשלול את תחולתה של התכלית הסובייקטיבית. אכן, הפרשנות התכליתית של החוקה – כפרשנות תכליתית של כל טקסט משפטי – מתחשבת הן בכוונתו של יוצר הטקסט (התכלית הסובייקטיבית) והן ב"רצון" השיטה (התכלית האובייקטיבית). אין היא גורסת כי רק כוונתם של יוצרי החוקה או ההבנה המקורית קובעת את פרשנותה. באותה מידה אין היא גורסת כי רק הבנתו של הקורא המודרני קובעת את פרשנותה. הפרשנות התכליתית, בגישתה ההוליסטית, מתחשבת הן בתכלית הסובייקטיבית והן בתכלית האובייקטיבית. על פיה תכליתו של הטקסט החוקתי, שעל פיה נקבעת פרשנותו, היא מושג נורמטיבי. היא נקבעת על ידי התכלית הסובייקטיבית כפי שזו נלמדת מלשון הטקסט ומהמקורות החיצוניים לה. כן נקבעת התכלית מהתכלית האובייקטיבית כפי שזו נלמדת מלשון הטקסט וממקורות חיצוניים לה. ייחודה של החוקה מתבטא ביחסים הפנימיים שבין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית, שבין כוונתם של יוצרי החוקה והבנתה המקורית לכוונתה של השיטה.

3. פרשנות תכליתית לחוקה – משפט משווה

לחוקה יש ליתן פרשנות תכליתית:¹² "הפרשנות החוקתית נעשית על פי אמת המידה של התכלית החוקתית".¹³ גישה זו מוכרת גם במשפט המשווה.¹⁴ היא נוהגת בקנדה. בית

12 על הפרשנות התכליתית, ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 435. ראו גם JEFFERY GOLDSWORTHY, INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY, 88 (Canada), 190 (Germany), 226 (India), 293 (South Africa) (2006).

13 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 420 (1995) (הנשיא א' ברק).

14 להתפתחות באוסטרליה ראו Mason, *Trends in Constitutional Interpretation*, לעיל ה"ש 5; Anthony Mason, *The Interpretation of the Constitution in a Modern Liberal Democracy*, in INTERPRETING CONSTITUTIONS: THEORIES, PRINCIPLES AND INSTITUTIONS 13 (Charles J.G. Sampford & Kim Preston eds., 1996); Jeffrey Goldsworthy, *Originalism in Constitutional Interpretations*, 25 FED. L. REV. 1 (1997); David Lloyds, *Original Intent and Legal Interpretation*, 24 AUS. J. LEG. PHIL. 1 (1999); Jeremy Kirk, *Constitutional Interpretation and a Theory of Evolutionary Originalism*, 27 FED. L. REV. 323 (1999); David Tucker, *Textualism: An Australian Evaluation of the Debate Between Professor Ronald Dworkin and Justice Antonin Scalia*, 21 SYD. L. REV. 567 (1999); Michael Kirby, *Constitutional Interpretation and Original Intent: A form of Ancestor Worship?*, 24 MELB. U. L. REV. 1 (2000).

המשפט העליון של קנדה חזר ופסק כי לחוקה של קנדה – ובמרכזה לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים – יש ליתן פרשנות תכליתית (purposive interpretation). כותב השופט דיקסון (Dickson J.):¹⁵

“The Canadian Charter of Rights and Freedoms is a purposive document [...]. [T]he proper approach to the interpretation of the Charter of Rights and Freedoms is a purposive one [...]”.

ובפרשה אחרת הוסיף השופט דיקסון וקבע:¹⁶

“The proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee”.

על פי גישה זו, על בית המשפט לבחון את האינטרס או הפונקציה אשר החוקה נועדה להגשים. באמצעות אמת מידה זו יש לפרש את לשון החוקה.¹⁷ גישה דומה נוקט בית המשפט החוקתי הגרמני. הוא מעניק משקל מכריע לתכליתה (Telos) של הוראת החוקה ולפונקצייה שהיא נועדה למלא בעת הפירוש.¹⁸ זו גם גישתו של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה.¹⁹

15 פרשת *Hunter*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 156–157.

16 פרשת 116 R. v. Big M Drug Mart, [1985] 1 S.C.R. 295, para. 116 (ההדגשה במקור). ראו גם Reference re Motor Vehicle Act (B.C.) s. 94(2), [1985] 2 S.C.R. 486, 499 (Lamer J.)

17 ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 56 (vol. II., 5th ed., 2007).

18 ראו Karl Heinrich Friauf, *Techniques for the Interpretation of Constitutions in German Law*, in PROCEEDINGS OF THE FIFTH INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON COMPARATIVE LAW 12 (1968) (“The teleological method is today probably the most important technique of interpretation in German constitutional law [...]. The teleological method might also be characterized as ‘functional’, because it asks for the function which a certain rule has to accomplish within the context of the Constitution. [...] Today the teleological method asks for the present purpose and the present meaning of a rule”)

19 Lourens Du Plessis, *Interpretation*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 32, 52 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012); S. v. Zuma, 1995 (2) SA 642 (CC) (S. Afr.)

ב. לשון החוקה

1. "הכללות מלכותיות"

הלשון החוקתית אינה שונה מכל לשון אחרת. זוהי הלשון הטבעית והמקובלת בחברה נתונה בזמן נתון. עם זאת המעיין בחוקה נוכח לדעת כי הביטויים ה"עמומים" בה רבים מאלה שבטקסטים חוקיים אחרים.²⁰ יש בה, בחוקה, "מושגי שסתום" רבים, ורבות מהוראותיה הן "פתוחות" ("open textured")²¹ ו"עמומות" ("vague").²² חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא דוגמה טובה לכך. "כבוד האדם", "חירות אישית", "קניין", "פרטיות" – כל אלה הם מושגי שסתום, אשר הוראתם פתוחה ועמומה. כמובן, כל לשון היא "פתוחה" או "עמומה" ביחס למערכת עובדתית כלשהי. אולם הלשון החוקתית היא "פתוחה" או "עמומה" לגבי מערכות עובדתיות תדירות למדי. הסיבות לכך הן בעיקר אלה:²³ ראשית, הטקסט החוקתי הוא ביטוי להסכמה לאומית. כדי להשיג הסכמה זו נזקקים לטקסט עמום ופתוח. הוא משקף את ההסכמה שהושגה ברמתה הגבוהה; שנית, הטקסט החוקתי מיועד לקבוע את ערכי היסוד של האומה, את אמונותיה ואת תפיסותיה החברתיות. הניסיון האנושי מלמד כי אלה מבוטאים לרוב בלשון "ערכית" המעבירה מסר שלעתים קרובות למדי אינו ברור וחד־משמעי; שלישית, הטקסט החוקתי נועד להסדיר התנהגות אנושית לדורות הבאים. הוא מכונן לא רק לטווח הקצר אלא גם לטווח הארוך. הוא מניח שינוי בתפיסות, בעמדות ובהתנהגות חברתית. הוא חייב לנקוט לשון גמישה דייה שתוכל להתפשט גם לעבר התפיסות, העמדות ודרכי ההתנהגות החדשות שלא נצפו בעת יצירת הטקסט החוקתי. אם לא כן, הטקסט החוקתי יתיישן ביום היכנסו לתוקף. עם זאת הטקסט החוקתי חייב לנקוט לשון ודאית דייה כדי לכבול את רשויות המדינה ולמנוע מהן להתנהג בעתיד באופן הנוגד את התפיסות, העמדות וההתנהגויות החברתיות שהטקסט מבקש לשמר ולקיים. הטקסט החוקתי חייב אפוא להשתמש בביטויים גמישים ונוקשים גם יחד. ביטויי השסתום

20 ראו Siegfried Magiera, *The Interpretation of the Basic Law, in* MAIN PRINCIPLES OF THE GERMAN BASIC LAW 89 (Christian Starck ed., 1983).

21 ראו William J. Brennan, Jr., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, 27 S. TEX. L. REV. 433 (1986); Beverley M. McLachlin, *The Charter: A H.L.A. HART, THE NEW ROLE FOR THE JUDICIARY*, 29 ALB. L. REV. 540, 545 (1991) ו"פתוחה" וכי היא מעניקה שיקול דעת. בהתייחסו לטעם המונח ביסוד חופש בחירה זה הוא כותב: "[T]he reason is that the necessity for such choice is thrust upon us".

22 על העמימות ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 145; אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 235 (1992). ראו גם BRIAN BIX, LAW, LANGUAGE AND LEGAL DETERMINACY (1993); TIMOTHY ENDICOTT, VAGUENESS IN LAW (2003).

23 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 126.

והביטויים הפתוחים מבטיחים את השגתה של מטרה זו. מכאן השימוש בביטויים פתוחים בהגדרתם של זכויות האדם. אלה הן "הכללות מלכותיות" (majestic generalities).²⁴ המאפיין הכללות אלה הוא כי מלשון הטקסט החוקתי אין לדעת את תחולתו על פרטים. טול את הזכות החוקתית המגנה על הקניין. מהו קניין? הנורמה החוקתית אינה מקרינה מתוך עצמה את המצבים העובדתיים והמשפטיים שעליהם היא חלה. פעילות פרשנית פשוטה תקבע בוודאי שהיא חלה על מקרקעין, אך האם היא חלה על חיובים? האם זכותו של אדם לגמלאות מהביטוח הלאומי היא זכות קניין שלו?²⁵ כדי להשיב על שאלות אלה נדרשת פעילות פרשנית סבוכה אשר תיתן מובן ללשון הטקסט החוקתי על רקע התכלית המונחת ביסודו.

אכן, הפעלתה של הכללה על מערכת עובדות נתונה מעוררת קשיים פרשניים.²⁶ היוצר של הטקסט החוקתי קבע הכללה. זו עוסקת, מטבע הדברים, במצבים טיפוסיים. על הפרשן לקבוע את תחולתה של ההכללה על מקרה ספציפי. ההכללה כוללת תמיד מצבים שונים מאלה שנחזו על ידי יוצר הטקסט, שאם לא כן, די היה בפירוט המצבים המיוחדים. מכאן עיקר הקושי שבפניו ניצב הפרשן – קביעת מובנה של ההכללה ביחס למערכת עובדות מסוימת.²⁷ על כך עמד כבר אריסטו, בצינו:²⁸

"[A]ll law is universal but about some things it is not possible to make a universal statement which shall be correct. In those cases, then, in which it is necessary to speak universally, but not possible to do so correctly, the law takes the usual case, though it is not ignorant of the possibility of error. And it is none the less correct; for the error is not in the law nor in the legislator but in the nature of the thing, since the matter of practical affairs is of this kind from the start [...]. For when the thing is indefinite the rule also is indefinite [...]"

- 24 ראו (Jackson J.) (1947) 332 U.S. 261, 282. *Fay v. New York*.
- 25 ראו בג"ץ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 200 (1998).
- 26 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 65.
- 27 ראו ע"א 1842/97 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פ"ד נד(5) 15, 41 (2000) ("בקובעו נורמות כלליות להתנהגות, על-פי טבעם של דברים, צופה החוק – ואמור הוא לצפות – פני-עתיד, ומתוך שאין הוא יכול לכוון עצמו אל-עבר אין-ספור אירועים שונים ומשונים שיארעו בעתיד, מקצר החוק בדבריו ומדבר הוא בעיקר במקרה ה'טיפוסי' [...]. שלא כמותו של חוק הוא בית-המשפט, שצופה הוא פני-עבר") (השופט מ' חשין). ראו גם יצחק אנגלרד "על דרך הרוב" ובעיית היושר במשנתו של הרמב"ם" שנתון המשפט העברי יד-טו 31 (תשמ"ח-תשמ"ט); Harry W. Jones, *Statutory Doubts and Legislative Intention*, 40; COLUM. L. REV. 957, 961 (1940).
- 28 ראו Aristotle, *Ethica Nicomechea*, in THE WORKS OF ARISTOTLE TRANSLATED INTO ENGLISH (William D. Ross & John A. Smith eds., 1931).

עם זאת אין לשכוח כי בצד "הכללות מלכותיות" אלה מצויות בחוקה הוראות רבות בעלות רקמה "סגורה". יש בה, בצד לשון המבטאת ערכים, גם לשון המבטאת כללים. ודוק, לשון "פתוחה" או "עמומה" אינה שקולה כנגד לשון "חסרה". בלשון "פתוחה" או "עמומה" קיים טקסט אשר הפרשנות צריכה לתת לו מובן. כאשר יש חסר, אין טקסט. השלמתו של הטקסט נעשית על יסוד דוקטרינות לבר-פרשניות. זוהי הבחנה חשובה. היא קובעת את גבול הפעילות הפרשנית שאותו אין השופט-הפרשן רשאי לחצות. אכן, תהא השיטה הפרשנית אשר תהא, היא חייבת לכבד את גבולות הלשון של החוקה.

2. תפקידה הכפול של הלשון בפרשנות החוקתית

ללשון החוקתית – כמו ללשון של כל טקסט משפטי – תפקיד כפול:²⁹ התפקיד הראשון הוא בקביעת גבולות הפירוש. השופט-הפרשן אינו רשאי לתת ללשון החוקה מובן שהיא אינה יכולה לשאת בשפתה. הלשון קובעת את גבולות הפרשנות החוקתית, וללשון החוקתית גבולות לשוניים. לשון החוקה אינה כחומר בידי המפרש העושה בו כרצונו.³⁰ טקסט חוקתי אינו מסגרת שלתוכה אפשר להכניס כל תוכן. חוקה אינה מטפורה.³¹ טקסט חוקתי אינו אך המלצה בלתי מחייבת.³² טקסט חוקתי – ככל טקסט אחר – קובע גבולות שמעבר להם אין הפרשן רשאי לעבור. גבול הפרשנות במשפט הוא גבול הטקסט החוקתי, וגבול הטקסט החוקתי נקבע על ידי גבולות הלשון. הלשון קובעת את גבולות הפרשנות במשפט.³³ פעילות היא פרשנית אם היא נותנת מובן לטקסט העולה בקנה אחד עם אחד ממובניו (המפורשים או המשתמעים) של הטקסט החוקתי בלשונו (הציבורית). מתן מובן לטקסט החוקתי מעבר למובנו הלשוני חדל להיות פעילות פרשנית והוא צריך להישען על דוקטרינות לבר-פרשניות. הפרשנות מסתיימת במקום שבו הלשון מסתיימת.³⁴ ודוק, המובן

29 ראו Stephan R. Munzer & James W. Nickel, *Does the Constitution Mean What it Always Meant?*, 77 COLUM. L. REV. 1029 (1977); Larry A. Alexander, *Modern Equal Protection Theories: A Metatheoretical Taxonomy and Critique*, 42 OHIO ST. L.J. 3 (1981)

30 ראו Douglas Laycock, *Constitutional Theory Matters*, 56 TEX. L. REV. 767, 773 (1987)

31 ראו Frederick Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, 29 U. C. L. A. L. REV. 797, 801 (1982)

32 ראו Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204 (1980)

33 ראו ע"א 1900/96 טלמציני נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 827 (1999) ("כל כוחה של הפרשנות הוא במתן משמעות לטקסט של הצוואה. גבול הפרשנות הוא גבול הלשון") (הנשיא א' ברק). ראו גם NEIL MACCORMICK, *LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY* 206 (1978).

34 ראו Johan Steyn, *Interpretation: Legal Texts and Their Landscapes*, in *THE COMING TOGETHER OF THE COMMON LAW AND THE CIVIL LAW* 79, 81 (B.S. Markesinis ed., 2000) ("[T]he judge must concentrate on the different meaning which the text is capable of letting in. what falls beyond that range of possible meanings will not be a result

שהפרשנות נותנת לטקסט החוקתי יכול להיות מרחיב או מצמצם; הוא יכול להיות טבעי ללשון או מיוחד לה, אך לעולם יש לעמוד על כך שהפרשנות תיתן לטקסט אותו מובן שהוא מסוגל לשאת בלשון שבה הוא מבוטא. עמד על כך השופט מ' חשין בציינו:³⁵

“כל מילה, כל ביטוי בשפה ניתן לפרשם בצמצום וניתן לפרשם ברחבות, אף ברחבות-יתר. ואולם ככל שנרחיב ונוסיף ונרחיב נגיע לנקודה שבה ימתח קרום המעטפת עד קצה-יכולתו”.

כאשר “קרום המעטפת” נקרע, מסתיימת הפעילות הפרשנית.³⁶ לכל מובן שהפרשן נותן לטקסט משפטי צריכה להיות נקודת אחיזה ארכימדית בלשונו של הטקסט.³⁷ אמת, הפרשן אינו בלשן, אך הבלשנות קובעת את גבול הפרשנות במשפט. פרשן אינו רשאי לתת ללשון הטקסט מובן שהבלשן אינו יכול לתת לו. עמד על כך השופט פרנקפורטר (Frankfurter J.), בציינו:³⁸

“While courts are no longer confined to the language, they are still confined by it”.

ועל אותו רעיון חזרתי באחת הפרשות תוך הפניה לדבריו של פרנקפורטר, בציני:³⁹

attainable by interpretation. Principles of institutional integrity which bind all judges set those limits for judges”.

- 35 ראו רע"א 6339/97 רוקח נ' סולומון, פ"ד נה(1) 253, 199 (1999).
- 36 ראו ע"א 7210/96 עזבון גרינברג נ' גרינברג, פ"ד נב(4) 49, 60 (1998) (“תהליך פרשני מחייב קיומה של נקודת אחיזה בטקסט אותו באים לפרש. כאשר אין נקודת אחיזה כזו, איננו עוסקים עוד בפירושו של טקסט”) (השופט ת' אור).
- 37 ראו ב"ש 67/84 חדר נ' פז, פ"ד לט(1) 667, 670 (1985) (“חיוני הוא [...] כי לאופציה הפרשנית, המגשימה את המטרה החקיקתית, יהא בית קיבול בלשון החוק. חייב להתקיים קשר מילולי, ולו מינימאלי, בין הלשון לבין המטרה. יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק. הפרשן אינו רשאי להגשים מטרה שאין לה עיגון לשוני בחוק”) (השופט א' ברק). ראו גם ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 74 (1985); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 544 (1990).
- 38 ראו Felix Frankfurter, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, 47 COLUM. L. REV. 527, 543 (1947).
- 39 ראו ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 715 (1982). ראו גם ע"פ 2940/94 לוינ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 549, 545 (1994); בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נד(2) 793, 803 (1996); ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים “מכבי”, פ"ד נב(2) 638, 646 (1998) (“כל פרשן חייב להתחשב במגבלות הלשון. המשמעות המשפטית של הלשון, אשר נועדה להגשים את התכלית המונחת ביסודה, חייבת להתיישב עם אחת המשמעויות הלשוניות של הטקסט. אמת, המרכיב הלשוני אינו תנאי מספיק לפרשנות, אך הוא תנאי הכרחי לה”) (הנשיא א' ברק).

“מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש... יתכן שינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, פירוש רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למילה בלשון החוק”.

שיקולים חוקתיים של דמוקרטיה, שלטון החוק והפרדת רשויות מחייבים את השופט שלא להעניק ללשון החוקה משמעות שהיא אינה יכולה לשאת בשפתה. עמדו על כך הארט (Hart) וזקס (Sachs):⁴⁰

“The proposition that a court ought never to give the words of a statute a meaning they will not bear is a corollary of the propositions that courts are bound to respect the constitutional position of the legislature and the constitutional procedures for the enactment of legislation”.

הרשות המכוננת כוננה חוקה תוך שימוש בלשון מסוימת. לשון זו קובעת את המקסימום ואת המינימום לכל פרשנות אפשרית. שופט – כפרשן – איננו מוסמך לכתוב את החוקה מחדש. חוקה אינה מטאפורה.⁴¹ הפרשן אינו מוסמך – משיקולים חוקתיים של הפרדת רשויות, דמוקרטיה ושלטון החוקה – לתת ללשון החוקה כל מובן שירצה. אמת, חוקה מתאפיינת בתדירות רבה של מונחי שסתום ומונחים פתוחים. אין נובע מכאן כי בפירושו של טקסט חוקתי אין הלשון מגבילה את הפירוש. לשון פתוחה אינה לשון פרובה. גם למונחי השסתום יש גבולות לשוניים. הלשון של הטקסט החוקתי קובעת את גבולות הפירוש החוקתי. אין ללשון החוקתית מעמד פרשני מיוחד. חייב להתקיים קשר לשוני, ולו מינימלי, בין המובן הלשוני של הטקסט החוקתי לבין מובנו המשפטי. אכן, הפעילות הפרשנית במשפט כבולה בד' אמות הלשון. הפעילות הפרשנית מסתיימת מקום שלשונו של הטקסט מסתיימת. עמד על כך השופט מ' חשין בציינו:⁴²

“מטרתנו היא פרשנות, וככל שנרחיק לכת באותם מעגלים קונצנטריים – מעגלים שהטקסט במרכזם ובו כוח הכבידה – תמיד נחזור אל הטקסט. אכן, ענייננו הוא בפירושו של טקסט ולא בכל פעילות תבונית אחרת. לכל מילה ולכל מושג תחום מחיה משלהם, וגם אם בשוליהם עשויים הם אותם תחומי מחיה להיות מטושטשים משהו, הנה בעיקרם נדע מה הם. כך נוצרת שפה וזו דרך התקשורת בין אדם לרעהו... כיצד ניתן 'לפרש' טקסט על דרך

40 ראו HENRY M. HART & ALBERT A.M. SACHS, THE LEGAL PROCESS, BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW 1375 (1994).

41 ראו אהרן ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 123.

42 ראו ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 173 (1996).

שנסיק מסקנה הנוגדת את לשון הטקסט? כיצד 'נפרש' 'לא' כ'כן' או 'כן' כ'לא'? והרי 'לא' הוא 'לא' ו'כן' יהיה 'כן' בכל דרך שנעמידם לפנינו: על רגליהם, על צדם או על ראשם".

בצדק ציין קלזן⁴³ כי לשונו של הטקסט היא כמסגרת של תמונה. הפעילות הפרשנית נותנת מובן לתמונה המצויה במסגרת. היא אינה יכולה לפעול מחוץ למסגרת. לשונו של הטקסט היא האמצעי שבו מועבר מובנו של הטקסט אל הקורא. מובנו של הטקסט – כלומר פרשנותו – אינו יכול לפעול מחוץ לאמצעי הנושא אותו.⁴⁴ מובן שאין לו עיגון לשוני בלשונו של הטקסט המשפטי אינו מובן שניתן להגיע אליו בדרך פרשנית והוא מחייב היזקקות לדוקטרינות לבר-פרשניות. כאשר צוואה קובעת כי במותו של המצווה יעבור רכושו "לאשתי דינה", תהא זו פעילות פרשנית אם השופט יקבע כי דינה זכאית לירושה גם אם בין עריכת הצוואה למות המצווה נפרדו בני הזוג. אך תהיה זו חריגה מהפעילות הפרשנית אם השופט יקבע כי הירושה על פי הצוואה היא נעמי, שעמה התחתן המצווה לאחר גירושו מדינה. אין כל אפשרות פרשנית לפרש את הדיבור "לאשתי דינה" במשמעות של "לאשתי נעמי".⁴⁵ כמובן, שונים היו פני הדברים אם המצווה היה קובע כי הזכאית לרשת אותו היא "אשתי". במקרה זה מסקנה כי הירושה היא דינה (אשתו בעת עריכת הצוואה) או נעמי (אשתו בעת מותו) היא מסקנה פרשנית והשוני בין תוצאות אלה מתבטא בשיטות פרשנות שונות. אכן, תהא שיטת הפרשנות אשר תהא, עליה לכבד את הלשון כקובעת מסגרת שמעבר לה אין השופט רשאי לפעול כפרשן.⁴⁶

התפקיד השני של לשון החוקה הוא היותה מקור לתכליתה. אין היא המקור היחיד. אפשר ללמוד על תכליתה של החוקה ממקורות שהם חיצוניים לה, אך הטקסט החוקתי הוא ללא ספק מקור חשוב ואמין באשר לתכליתה. ודוק, הגישה שלפיה אפשר ללמוד על תכלית החוקה ממקורות שהם חיצוניים לה אינה מובילה למסקנה כי אפשר לתת לטקסט החוקתי מובן שאינו עולה בקנה אחד עם לשונו. אכן, תכלית החוקה אינה יכולה ליצור בדרך פרשנית טקסט חוקתי חדש. היא פועלת לעולם בגדריו של הטקסט החוקתי הקיים. הדיבור על תיקונים חוקתיים (Constitutional amendments) שלא בדרך הקבועה בחוקה אלא

43 ראו HANS KELSEN, PURE THEORY OF LAW 348 (M. Knight trans., 1967) (1934).

44 ראו פרשת רוקר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 283 ("מקובל עלי, כמובן, כי במסגרת פרשנות החוק (כמובן הצר) ניתן להגשים את תכלית החקיקה אך באמצעות לשון החקיקה. הלשון צריכה להיות מסוגלת להגשים את התכלית [...] לשון היא אמצעי קומוניקציה, והמשתמש בלשון צריך ליתן לה משמעות שהיא מקובלת באותה שפה") (הנשיא א' ברק).

45 ראו ע"א 138/74 חסקין נ' חסקין, פ"ד ל(2) 365 (1976). לניתוח הפסק, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות הצוואה 245 (2001).

46 ראו George H. Taylor, *Structural Textualism*, 75 B. U. L. REV. 321, 325 (1995).

באמצעות פרשנות שיפוטית של החקיקה הוא דיבור מטפורי.⁴⁷ הגישה שלפיה הטקסט החוקתי מגביל אך אינו מצווה (limits but does not command)⁴⁸ נכונה רק באותם מקרים שבהם אפשר לשלוף מהלשון החוקתית יותר ממוכן משפטי אחד לאחר שמוצו כל המכשירים הפרשניים, ולא נותר אלא שימוש בשיקול הדעת הפרשני. במצבים חריגים אלה הלשון קובעת כיוון כללי בלי שהיא משמשת מפה מדויקת כיצד להגיע ליעד המבוקש.⁴⁹ במרבית המקרים האחרים הלשון החוקתית קובעת לא רק את גבולות הפרשנות אלא גם את תוכנה.

ג. התכלית הסובייקטיבית של החוקה

1. מהותה

התכלית הסובייקטיבית של החוקה היא המטרות, האינטרסים, הערכים, היעדים, המדיניות והפונקציות שיוצרי הטקסט החוקתי ביקשו להגשים. זוהי הכוונה של יוצרי החוקה. זהו נתון ראייתי המבוסס על מציאות היסטורית-פיזית. אין זו כוונה משוערת; אין זו כוונה היפותטית; אין זו הכוונה שהייתה להם אילו חשבו בדבר או אילו פעלו בסבירות. זוהי הכוונה שהייתה להם הלכה למעשה. יש הסבורים כי כוונה כזו אינה קיימת או אינה ניתנת לזיהוי.⁵⁰ אני מקבל גישה זו. כוונה כזו קיימת, והיא הבסיס לכינונה של החוקה. בלעדיה לא הייתה החוקה מתקבלת. אם יש בעניינה נתונים היסטוריים אמנים, היא ניתנת לזיהוי.⁵¹ כוונה זו צריכה להיות ברמת הפשטה גבוהה. זוהי כוונתם המופשטת של יוצרי החוקה. זו אינה כוונתם הקונקרטי, או הפרשנית.⁵² כאשר ההוראה החוקתית עוסקת בזכויות אדם, השאלה היא מה הייתה כוונתם של יוצרי החוקה באשר למטרה (המופשטת) שזכות חוקתית נועדה להגשים. השאלה אינה אם מחברי החוקה ראו לנגד עיניהם את תחולתה של הזכות במצב עובדתי נתון (לא כוונה קונקרטי).⁵³ הכוונה המופשטת עשויה

- 47 ראו RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT (Sanford Levinson ed., 1995).
- 48 ראו Schauer, לעיל ה"ש 31, בעמ' 830.
- 49 ראו William F. Harris II, *Bonding Word and Polity: The Logic of American Constitutionalism*, 76 AM. POL. SCI. REV. 34 (1982).
- 50 ראו Kent Greenawalt, *Are Mental States Relevant for Statutory and Constitutional Interpretation?*, 85 CORNELL L. REV. 1609 (2000).
- 51 על הבעיות שמרחק הזמן מעורר ראו H. Jefferson Powell, *Rules for Originalists*, 73 VA. L. REV. 659 (1987).
- 52 ראו LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 54 (3rd ed., 2000).
- 53 ראו Michael J. Perry, *The Legitimacy of Particular Conceptions of*; לעיל ה"ש 32; Ronald Dworkin, *Constitutional Interpretation*, 77 VA. L. REV. 669, 681 (1991); RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* 131 (1996).

להיות ברמות הפשטה שונות.⁵⁴ הפרשן התכליתי מתחשב במגוון זה כולו. למשל: לעניין ההוראה כי הבחירות צריכות להיות שוות⁵⁵ השאלה שתעניין את הפרשן תהא מה הייתה תפיסת השוויון של יוצרי הטקסט החוקתי – האם הם התמקדו ברמת הפשטה שעניינה "קול אחד לכל אחד" או שהם חשבו גם ברמת הפשטה שעניינה שוויון ההזדמנויות? הפרשן לא ימשיך ולא ישאל אם לדעת יוצרי החוקה חוק פלוני הקובע הסדר בעניין בחירות הוא שוויוני בעיני יוצרי החוקה. הכרעה זו היא פרשנית, והיא נתונה לרשות השופטת. הכרעתם הפרשנית של יוצרי החוקה אינה מכרעת. למותר לציין כי יש להתחשב בתכלית הסובייקטיבית רק אם היא ידועה ורק אם אפשר להגשימה באמצעות לשון החוקה. תכלית סובייקטיבית שאינה ניתנת להגשמה על ידי לשון החוקה – ותהא זו כמובן תכלית סובייקטיבית הנלמדת ממקורות חיצוניים לטקסט – אינה מובאת בחשבון. נאמר אז כי יוצרי החוקה ביקשו להגשים תכלית מסוימת אך לא הצליחו להסכים על טקסט המאפשר להגשים תכלית זו. למרבה הצער, הם החטיאו את המטרה.

על התכלית הסובייקטיבית המונחת ביסוד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן ללמוד בעיקר מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.⁵⁶ עיון בהם מלמד כי המידע שניתן להפיק מהם הוא מוגבל. הוא מתמקד בעיקר בשיקולים הכלליים שהובאו בחשבון.

2. מקורות פנימיים: הטקסט כמכלול

מהיכן למד הפרשן על תכליתה הסובייקטיבית של החוקה? תשובתה של הפרשנות התכליתית – מכל מקור פנימי או חיצוני אמין. המקור האמין ביותר הוא לשון החוקה. חזקה על מכוני החוקה כי נתנו ביטוי לכוונתם (המופשטת) בלשון החוקה. מלשונה המפורשת והמשתמעת של החוקה למד הפרשן על כוונתם של יוצרי החוקה. באמצעות כוונה זו הוא נותן מובן ללשון החוקה. אכן, אנו ניגשים להבנת החוקה עם מטען ערכי – לרבות גישתנו הפרשנית – פרי הבנתנו המוקדמת. מטען ערכי זה מאפשר לנו להבין, מתוך הלשון המתפרשת על פי הכוונה המופשטת, את מהותה של הכוונה עצמה. בקריאת הטקסט יש להתייחס אליו כאל מכלול. המבנה (structure) של הטקסט – חלוקתו להוראות שונות

ראו את הביקורת של ברנן על ההתחשבות בכוונה הקונקרטי (הפרשנית) של יוצרי החוקה, Brennan, *The Constitution of the United States*, לעיל ה"ש 21.

54 ראו Terrance Sandalow, *Constitutional Interpretation*, 79 MICH. L. REV. 1033 (1981).
55 סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

56 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 281 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 27 (15.7.1991); פרוטוקול ישיבה מס' 299 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 25 (28.10.1991); פרוטוקול ישיבה מס' 321 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 18 (16.12.1991); פרוטוקול ישיבה מס' 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 1 (5.2.1992); פרוטוקול ישיבה מס' 347 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 24 (17.2.1992); פרוטוקול ישיבה מס' 356 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 30 (9.3.1992).

הממלאות תפקידים שונים – מסייע בהבנת כוונת יוצרי הטקסט. השימוש בביטויים זהים או שונים עשוי ללמד על כוונתם של יוצרי החוקה.⁵⁷ הלשון הטבעית והרגילה של החוקה – ולעתים הלשון המקצועית או הלשון החריגה ויוצאת הדופן שלה – היא מקור חשוב שממנו למד הפרשן על תכליתה הסובייקטיבית של החוקה.

3. מקורות חיצוניים: ההיסטוריה החוקתית

על תכליתה הסובייקטיבית של החוקה אפשר ללמוד מההיסטוריה שלה. אכן, חוקה אינה מסמך א־היסטורי. זו כוללת את ההיסטוריה הטרומ־חוקתית, כלומר את הרקע החברתי והמשפטי שממנו צמחה החוקה. ההיסטוריה של החוקה כוללת את ההיסטוריה של ההליכים לכינונה. אלה הם ההליכים באספה המכוננת אשר יצרה את החוקה, והליכי האשרור שלה. על אלה אפשר לעמוד מהפרוטוקולים של הדיונים באספה המכוננת (במליאה ובוועדות). מכל אלה אפשר לעמוד על הכוונה (הגלויה) של מחברי הטקסט.⁵⁸ לבסוף, על כוונתם של יוצרי החוקה אפשר ללמוד מהתפתחויות פוסט־חוקתיות. למשל, תיקון בחוקה עשוי ללמד על כוונתה המקורית.⁵⁹ אכן, על כוונתם של מכוני חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן ללמוד מהתיקון שהוכנס לחוק־היסוד בעת כינונו מחדש של חוק־יסוד: חופש העיסוק.

ד. התכלית האובייקטיבית של החוקה

1. מהותה

התכלית האובייקטיבית של החוקה היא האינטרסים, המטרות, הערכים, היעדים, המדיניות והפונקציות שהטקסט החוקתי אמור להגשים במדינה דמוקרטית. תכלית זו אינה נקבעת על פי כוונתם של יוצרי החוקה. היא אינה ביטוי לרצונם הראלי של האבות המייסדים. התכלית האובייקטיבית נקבעת על פי תפיסות היסוד של המשטר הדמוקרטי. היא נגזרת מהערכים ומהעקרונות אשר שיטת משפט דמוקרטית מבקשת להגשים. היא משקפת

57 זהו ה־"Intratextualism" שעליו עומד פרופ' אמר (Amar): ראו Akhil R. Amar, *Intratextualism*, 112 HARV. L. REV. 747 (1999); Akhil R. Amar, *Foreword: The Document and the Doctrine*, 114 HARV. L. REV. 26 (2000). על פי אמר, ענין לנו בשני שלבים – הטקסט והדוקטרינה (או התכלית על פי גישתי) – ואילו לדעתי ענין לנו בשלב אחד, תוך מעבר חופשי מטקסט לדוקטרינה (תכלית). לביקורת גישה זו, ראו Adrian Vermeule & Ernest A. Young, *Hercules, Herbert, and Amar: The Trouble with Intratextualism*, 113 HARV. L. REV. 730 (2000). ראו גם Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf, *Levels of Generality in the Definition of Rights*, 57 U. CHI. L. REV. 1057 (1990).

58 אין מתחשבים בכוונות נסתרות, ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 560 (1986).

59 ראו Tribe, לעיל ה"ש 52, בעמ' 67.

אפוא את "כוונתה של השיטה". היא קשורה קשר אמיץ לטקסט החוקתי. קשר זה מתבטא בשני אלה: ראשית, על מהותה של התכלית האובייקטיבית אפשר לעתים ללמוד מלשון הטקסט; שנית, אין להגשים באמצעות החוקה תכלית שלשונה אינה יכולה לשאת.

2. מקורות התכלית האובייקטיבית

(א) מקורות פנימיים: החוקה כמכלול והחיפוש אחר אחדות חוקתית

לתכלית האובייקטיבית – כמו לתכלית הסובייקטיבית – מקורות פנימיים ומקורות חיצוניים. המקור הפנימי הוא הטקסט של החוקה. מתוך הסתכלות על החוקה כמכלול אפשר לעמוד על תכליתה האובייקטיבית. מתוך בחינה של מבנה (structure) החוקה אפשר לעמוד על הערכים והעקרונות שהיא נועדה (אובייקטיבית) להגשים.⁶⁰ מתוך בחינה של יחסי הגומלין בין חלקי החוקה אפשר לעמוד על הפונקציות שהיא אמורה להגשים. היטיב להביע זאת השופט למר (Lamer J.) בפרשה קנדית:⁶¹

"Our constitutional Charter must be construed as a system where 'every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts' [...]. The courts must interpret each section of the Charter in relation to the others".

אכן, נקודת המוצא הפרשנית היא זו של אחדות חוקתית.⁶² הנורמה החוקתית אינה עומדת בבדידותה. היא חלק מהמערכת החוקתית. ההוראה החוקתית הספציפית משפיעה על הבנתו של המכלול החוקתי, וזה משפיע על פירושה של ההוראה הספציפית המשולבת בו. אכן, בגיבוש תכליתו של הטקסט החוקתי יש לשאוף לגיבושה של אותה תכלית שתקדם בצורה הראויה ביותר את האחדות החוקתית ותשמור בצורה האופטימלית על ההרמוניה החוקתית. יש להימנע מגיבוש תכלית שתביא להתפוררותה של האחדות החוקתית. יש להימנע מגיבוש תכלית חוקתית אובייקטיבית אשר תגרור אחריה פיצול החוקה תוך ראיית הוראותיה כבלתי קשורות זו בזו. אף כאן, אין להגזים. חיי החברה אינם מושלמים, וממילא הטקסט החוקתי

60 ראו שם, בעמ' 40, Amar, *Intertextualism*; לעיל ה"ש 57. ראו גם CHARLES L. BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW (1969); PHILIP BOBBITT, CONSTITUTIONAL FATE (1982); Michael Dorf, *Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity*, 92 GEO. L.J. 833 (2003).

61 ראו פרשת Dubois v. R., [1985] 2 S.C.R. 350, 365.

62 ראו פרשת ברזילי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 595, Friauf; לעיל ה"ש 18, בעמ' 18. ראו גם KONRAD HESSE, GRUDZÜGE DES VERFASSUNGRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND 28 (1999); Walter F. Murphy, *An Ordering of Constitutional Values*, 53 S. CAL. L. REV. 703, 746 (1979).

אינו מושלם. לא פעם מבוסס טקסט חוקתי על העדר אינטגרציה ועל דיסהרמוניה. כשם שאין זה ראוי, בגיבוש תכליתו של טקסט חוקתי, להביא להתפוררות האחדות החוקתית, כן אין זה ראוי להביא לאחדות שאינה במקומה. דיס-אינטגרציה חוקתית והיפר-אינטגרציה חוקתית הם מצבים קיצוניים לא רצויים.⁶³ חוקה מבוססת על תפיסות פוליטיות, פילוסופיות, חברתיות ומשפטיות. אלה אינן משקפות תמיד גישה קוהרנטית. נהפוך הוא, חוקה היא פרי של פשרה. הסכנות הלאומיות המולידות לרוב טקסט חוקתי אינן מבטלות חילוקי דעות לאומיים. הן רק מאפשרות להתאחד סביב גרעין משותף. אכן, חוקה היא פשרה בין תפיסות פילוסופיות, פוליטיות, חברתיות ומשפטיות. לרוב אין היא משקפת תפיסה פילוסופית אחת או תפיסה חברתית אחידה. ידועה אמרתו של השופט הולמס (Holmes J.), שלפיה:⁶⁴

“The Fourteenth Amendment does not enact Mr Herbert Spencer’s Social Statics. [...] [A] constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire”.

אכן, חוקה משקפת ניסיון לאומי כולל המתאחד סביב גרעין משותף. כל ניסיון להשיג שלמות חוקתית סופו כישלון, אך יש לשאוף לאחדות חוקתית ככל שהדבר מתאפשר בנתונים הקיימים ובגדרי הפשרה הלאומית שהושגה. ודוק, איננו עוסקים במשמעות הלשונית של ההוראות החוקתיות וביחסיהן הפנימיים (ה-Intratextualism).⁶⁵ אנו עוסקים במשמעות המשפטית של ההוראות החוקתיות ובהשפעתן על גיבוש התכלית החוקתית (ה-Intrapurposivism).

(ב) מקורות חיצוניים: הוראות חוקתיות אחרות

לעתים חוקה “מפוזרת” בין מסמכים שונים שהוחקו בתקופות שונות. כך הדבר בישראל לעניין חוקי היסוד השונים. כך הדבר מקום שנתקבלו, במשך השנים, תיקונים בחוקה. הפרשנות התכליתית מבקשת להשקיף על כל חלקי החוקה כאחדות.⁶⁶ היא לומדת על תכליתה של הוראה אחת בחוקה מתכליתן של הוראות אחרות המצויות בטקסטים חוקתיים

63 ראו TRIBE & DORF, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 19.

64 פרשת Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 75 (1905) (U.S.).

65 ראו Amar, Foreword, לעיל ה”ש 57.

66 ראו לענין פירוש התיקונים של החוקה האמריקנית המהווים את מגילת זכויות האדם: AKHIL

R. AMAR, THE BILL OF RIGHTS: CREATION AND RECONSTRUCTION (1998)

נפרדים או בתיקונים מאוחרים לטקסט אחיד. עמד על כך בית המשפט העליון של ישראל באחת הפרשות:⁶⁷

“חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להתפרש על רקע מבנה השיטה כולה. חוק הוא יצור החי בסביבתו [...] ו'סביבתו' של חוק קונסטיטוציוני היא, בין השאר, החוקים הקונסטיטוציוניים האחרים, הקובעים את מהות המשטר. כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על כן, תפקידו של השופט-הפרשן, שעה שהוא מפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה.”

הנורמה החוקתית אינה עומדת בבדידותה. היא חלק ממערך חוקתי העשוי להשתרע על כמה טקסטים חוקתיים. כל הטקסטים החוקתיים מהווים מכלול אחד שלם, אשר ממנו למד השופט-הפרשן על תכליתו של כל חלק וחלק. אכן, טקסט חוקתי מאוחר עשוי להשפיע על הבנתנו טקסט חוקתי מוקדם.⁶⁸ השפעה זו מתבטאת ברצון למנוע סתירות פנימיות בטקסט. חזקה (אובייקטיבית) היא – חזקה הניתנת לסתירה – כי הוראות שונות בחוקת המדינה אינן סותרות זו את זו. כן מתבטאת השפעה זו בצורך להשקיף מחדש על הטקסט הישן מזווית הראייה של הטקסט החוקתי החדש.

(ג) מקורות חיצוניים: היסטוריה פוסט-חוקתית

ההיסטוריה הפוסט-חוקתית של הטקסט החוקתי חשובה לגיבוש תכלית האובייקטיבית של החוקה.⁶⁹ המבקש להבין את תכליתה האובייקטיבית של החוקה היום חייב לעמוד על התפתחותה במהלך ההיסטוריה. אינך יכול להבין את ההווה בלי להבין את העבר. חוקה היא אורגניזם המתפתח בסביבה חוקתית המצויה בשינוי מתמיד. הבנתה של החוקה מחייבת הבנה של הרצף ההיסטורי או קטיעתו של רצף זה ותחילתו של רצף חדש. אכן, חוקה אינה פועלת בחלל. חוקה היא פרי ההיסטוריה של עם וחברה. עמד על כך השופט הולמס (Holmes J.), באמרו:⁷⁰

“The case before us must be considered in the light of our whole experience, and not merely in that of what was said a hundred years ago”.

67 ראו פרשת ברזילי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 595 (הנשיא א' ברק).

68 ראו Tribe, לעיל ה"ש 52, עמ' 67.

69 על ההיסטוריה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו לעיל בעמ' 113.

70 בפרשת Missouri v. Holland, 252 U.S. 416, 433 (1920) (U.S.). ראו גם Rochin v. California, 342 U.S. 165, 171 (1952) (U.S.) (Frankfurter J.).

רצף ההיסטוריה כולו הוא המקור (החיצוני) שממנו למד השופט-הפרשן על תכליתה האובייקטיבית של החוקה.⁷¹ אנחנו מבינים את עצמנו מתוך הבנת מקורותינו. העבר הוא מפתח להבנת ההווה. איננו מחפשים בהיסטוריה תשובה לשאלות המודרניות. אנו מחפשים בהיסטוריה הדרכה לגיבוש תכליתה האובייקטיבית והמודרנית של החוקה.

(ד) מקורות חיצוניים: ההלכה החוקתית-שיפוטית

מקור חיצוני חשוב שממנו למד השופט-הפרשן על תכליתו האובייקטיבית של הטקסט החוקתי הוא ההלכה הפסוקה. פסק דין המפרש את החוקה כולל לא רק הוראה אופרטיבית באשר למובנו של טקסט חוקתי ספציפי. פסק הדין כולל גם "חלק כללי", המביא את הנימוקים לתוצאה האופרטיבית. נימוקים אלה, מצד, כוללים הכללות ערכיות שמהן אפשר לשאוב נתונים באשר לתכלית האובייקטיבית של הטקסט החוקתי.⁷² אכן, הפרשן המודרני אינו פועל בחלל הלכתי. ההיסטוריה ההלכתית אינה מתחילה עם השופט המודרני. הוא אינו אלא חוליה בשרשרת הלכתית.⁷³ לשרשרת זו השפעה ישירה ועקיפה על הפרשן המודרני.⁷⁴ ההשפעה הישירה היא באמצעות הלכת התקדים. משנפסק בעבר על דבר תכליתה של הוראה חוקתית, אין השופט המודרני חופשי להתעלם ממנה גם אם הוא אינו מסכים לה. היא חייבת להשפיע עליו, ברמות עצמה שונות. אכן, פסיקה קודמת היא "נתון" שהשופט חייב להתחשב בו. ההשפעה העקיפה היא באמצעות הצורך לקיים אחדות חוקתית. למשל, אם בעבר נקבעה תכליתו של טקסט חוקתי, יש לה לקביעה זו השלכה על טקסטים חוקתיים דומים.⁷⁵ אכן, ההלכות השונות המפרשות הוראות חוקתיות מהוות רצף הלכתי, והן משפיעות (במישרין או בעקיפין) על התכלית החוקתית שתיקבע בהווה.⁷⁶ השפעה זו חשובה במיוחד כאשר השאלה העומדת להכרעה שיפוטית קשורה ברמת הפשטה הראויה באשר לתכלית החוקתית האובייקטיבית. רמת הפשטה שנקבעה בעבר לעניין הוראות

71 ראו Sandalow, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1050.

72 Richard Fallon, *A Constructive Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 HARV. L. REV. 1189, 1202 (1987); David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. CHI. L. REV. 877 (1996).

73 יפה בעניין זה דימויו של דבורקין, הוראה בשופט כמי שיש לו חלק בכתבת "רומן שרשרת" ("chain novel"). ראו, CRITICAL INQUIRY 179, Ronald Dworkin, *Law as Interpretation*, 9 (1982); RONALD DWORIN, *LAW'S EMPIRE* 229 (1986).

74 ראו Strauss, לעיל ה"ש 72; Rubinfeld, לעיל ה"ש 1.

75 השוּוּ Jack M. Balkin, *The Rule of Law as a Source of Constitutional Change*, 6 CONST. COMM. 21 (1989). ראו גם JACK M. BALKIN, *LIVING ORIGINALISM* (2011).

76 ראו TRIBE & DORF, לעיל ה"ש 6, עמ' 78.

חוקתיות אחרות עשויה להשפיע על רמת ההפשטה בהווה.⁷⁷ פרשנות חוקתית היא פרשנות של כלים שלובים. עמדה שיפוטית באשר לרמת ההפשטה בעבר לעניין הוראה חוקתית אחת, הקשורה בעקיפין להוראה חוקתית אחרת, עשויה להשפיע על קביעתה של רמת ההפשטה לעניין אותה הוראה אחרת. יתר על כן, לעתים הוראות חוקתיות שונות מבוססות על עיקרון חוקתי משותף. בקביעתו של עיקרון זה יש להיעזר בתכליות החוקתיות שנקבעו להוראות החוקתיות האינדיווידואליות. משנקבע עיקרון זה, הוא משפיע מצדו על התכליות של הוראות אלה. אכן, המשפט הוא שיטה, וההוראות השונות צריכות להשתלב בתוכה. ההלכה השיפוטית שנפסקה בעבר ופירשה הוראות חוקתיות שונות היא נקודת ציון מרכזית⁷⁸ בקביעה המודרנית של התכלית החוקתית.⁷⁹

(ה) מקורות חיצוניים: ערכי יסוד

חוקה נושמת ערכי יסוד. ערכים אלה הם מכשיר חשוב לפירושה של החוקה.⁸⁰ מיקומם העיקרי נקבע בתכלית האובייקטיבית של החוקה. ערכי היסוד משקפים את תפיסות העומק של החברה.⁸¹ הם ביטוי לאתוס הלאומי, למורשת התרבותית, למסורת החברתית ולמכלול הניסיון ההיסטורי. לעתים מצויות בחוקה פסקאות מיוחדות – כגון פסקת המטרה ופסקת עקרונות היסוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – המבטאות ערכי יסוד אלה. הם נלמדים ממכלול ערכיה של שיטת המשפט. הם חלק מתכליתה (האובייקטיבית) ובכך משמשים לפירושה. ערכים כמו הפרדת רשויות, עצמאות הרשות השופטת, שלטון החוק, קיום המדינה וביטחונה, צדק והגינות, ביטחון ביחסים הבין-אישיים ורבים אחרים לא תמיד נזכרים בלשון המפורשת של החוקה. עם זאת הם חלק ממנה והם אמת מידה לפירושה.

- 77 למשל, רמת ההפשטה שנקבעה לגבי פרשנות הוראות בעניין חופש הביטוי עשויה להשפיע על רמת ההפשטה בעניין חופש התנועה. פסיקה המפרשת הוראה חוקתית אחת עשויה להיות רלוונטית לבחינתה של הוראה חוקתית אחרת המצויה באותה רמה של בחינה חוקתית.
- 78 ככפוף כמובן לשיקולים בדבר סטייה מהתקדים: ראו Stephan Reinhardt, *The Conflict Between Text and Precedent in Constitutional Adjudication*, 73 CORNELL L. REV. 434 (1988); Henry Paul Mongham, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV. 877 (1996).
- 79 ראו Louis H. Pollak, "Original Intention" and the Crucible of Litigation, 57 CINC. L. REV. 867, 870 (1989); HARRY H. WELLINGTON, INTERPRETING THE CONSTITUTION: THE SUPREME COURT AND THE PROCESS OF ADJUDICATION (1992).
- 80 ראו Luanne A. Walton, *Making Sense of Canadian*; 70 בעמ' 52, לעיל ה"ש 52, ROBERT C. MASON, *Constitutional Interpretation*, 12 NAT'L J. CONST. L. 315 (2001). POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT 23 (1995).
- 81 הפנייה ל-community values בפרשנות החוקה והחוקים מקובלת באוסטרליה, ראו Anthony Mason, *The Role of a Constitutional Court in a Federation: A Comparison of the Australian and the United States Experience*, 16 FED. L. REV. 1 (1986); Haig Patapan, *Politics of Interpretation*, 22 SYDNEY L. REV. 247 (2000).

הפרשן למד עליהם ממסמכי יסוד, כגון הכרזת העצמאות, אשר מבטאת את "חזון העם ואת האני מאמין שלו".⁸² הוא שולף אותם מפסיקה קודמת. אך מעל לכול הוא מכיר אותם ממכלול ניסיונה של המדינה. היטיב להביע זאת השופט ש' אגרנט בצינו:⁸³

"הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".

בהקשר זה ברצוני להעיר שלוש הערות: ראשית, ערכי היסוד – בין אלה הנזכרים בחוקה ובין אלה המצויים מחוצה לה – מתפרשים על פי מובנם בעת פירושם. התוכן הניתן להם הוא תוכן מודרני, המשקף את צורכי ההווה.⁸⁴ השאלה אינה מהו מושג כבוד האדם כפי שיוצרי החוקה העמידו לנגד עיניהם. השאלה היא מהו מושג כבוד האדם בהבנתנו המודרנית; שנית, ההבנה המודרנית מתמקדת בתפיסות היסוד הערכיות. אין היא מתחשבת ברוחות השעה החולפות. השופט־הפרשן מופנה אל "האמונות ארוכות הטווח של החברה",⁸⁵ "אל הבסיסי והמהותי ולא אל הארעי והחולף".⁸⁶ אין פלא אפוא שהדור המודרני ייתן ביטוי בפירוש הטקסט לתפיסות היסוד שלו גם אם הן שונות מתפיסות היסוד של יוצרי הטקסט או של הדורות הקודמים.⁸⁷ לבסוף, רק ערכי יסוד הניתנים להגשמה באמצעות הטקסט החוקתי מובאים בחשבון. טקסט חוקתי אינו מסגרת ריקה שאפשר למלאה בכל ערך חדש, תהא חשיבותו אשר תהא. העיקרון הבסיסי, שלפיו הפרשנות מוגבלת על ידי הלשון, וגבול הפרשנות הוא גבול הלשון,⁸⁸ חל גם בפרשנות חוקתית.

(ו) מקורות חיצוניים: משפט משווה

תכליתו האובייקטיבית של "מוסד" משפטי הקבוע בטקסט משפטי מושפעת מהמשפט המשווה.⁸⁹ דברים אלה תופסים גם בקביעת תכליתו האובייקטיבית של טקסט חוקתי. למדינות דמוקרטיות ערכי יסוד משותפים. מוסדות משפטיים ממלאים בהן תפקידים דומים. אפשר ללמוד מהתכלית ששיטת משפט דמוקרטית אחת נותנת להסדר חוקתי על תכליתו של

- 82 בבג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89 (1948) (הנשיא מ' זמורה). ראו גם להלן בעמ' 264.
- 83 בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953).
- 84 ראו Brennan, *Construing the Constitution*, לעיל ה"ש 21.
- 85 בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 781 (1993) (השופט א' ברק).
- 86 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 206 (השופט א' ברק).
- 87 ראו Sandalow, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1061.
- 88 ראו ברק פרשנות תכליתית כמשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53.
- 89 ראו שם, בעמ' 218. ראו גם THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES (Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau eds., 2013).

הסדר חוקתי זה בשיטת משפט אחרת. אכן, משפט חוקתי משווה הוא כר פורה להפריה הדדית ולהרחבת אופקים.⁹⁰ כך כשהטקסט החוקתי של מדינה אחת הושפע מהטקסט החוקתי של מדינה אחרת⁹¹ או מטקסט בין-לאומי.⁹² אך גם בהעדר השפעה (ישירה או

- 90 Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. RICH. L. REV. 99 (1994); George Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, 46 AM. J. COMP. L. 683 (1998); VICKI C. JACKSON & MARK V. TUSHNET, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (1999); Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 IND. L.J. 819 (1999); Kathryn Perales, *It Works Fine in Europe, So Why Not Here? Comparative Law and Constitutional Federalism*, 23 VT. L.REV. 885 (1999); Mark V. Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L.J. 1225 (1999); Christopher McCrudden, *A Part of the Main? The Physician-Assisted Suicide Cases and Comparative Law Methodology in the United States Supreme Court*, in *LAW AT THE END OF LIFE: THE SUPREME COURT AND ASSISTED SUICIDE* 125 (Carl Schneider ed., 2000); Christopher McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 OXFORD J. LEG. STUD. 499 (2000); Lorraine E. Weinrib, *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism*, in *DEFINING THE FIELD OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 23 (Vicki C. Jackson & Mark V. Tushnet eds., 2002); Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005); Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HARV. L. REV. 129 (2005); VICKI C. JACKSON, *CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA* 114 (2010); Günter Frankenberg, *Comparative Constitutional Law*, in *THE CAMBRIDGE COMPANION TO COMPARATIVE LAW* 171 (Mauro Bussani & Ugo Mattei eds., 2012); JEREMY WALDRON, "PARTLY LAWS COMMON TO ALL MANKIND": FOREIGN LAW IN AMERICAN COURTS (2012)
- 91 כגון השפעתה של החוקה האמריקנית על חוקתן של מדינות מספר, כגון יפן וארגנטינה. אלה מצבים של "נדידת דינים". השופט קלברזי (Calabresi J.) ציין: "הורים נבונים לומדים מילדיהם". ראו *United States v. Then*, 56 F. 3d 464, 469 (1995). אף כאן יש לגלות זהירות רבה, ראו JACKSON & TUSHNET, לעיל ה"ש 90, בעמ' 169. ראו גם על השפעת המשפט החוקתי הקנדי על משפט החוקתי של דרום-אפריקה: Johan De Waal, *a Comparative Analysis of the Provisions of German Origin in the Interim Bill of Rights*, 11 S. AFR. J. HUM. RTS. 1 (1995); Peter W. Hogg, *Canadian Law in the Constitutional Court of South Africa*, 13 S. AFR. PUB. L. 1 (1998); Halton Cheadle, *Limitation of Rights*, in *SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS* 693 (Halton Cheadle, Dennis Davis & Nicholas Haysom eds., 2002). כן ראו על השפעת המשפט החוקתי הגרמני על משפט החוקתי של ספרד ופורטוגל: Juliane Kokott, *From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – With Particular Reference to the German Basic Law*, in *CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY – A COMPARATIVE ANALYSIS* 71 (Christian Starck ed., 1999).
- 92 ראו סעיף 2(1)(a) ל-Human Rights Act (1998), המחייב את בית המשפט האנגלי לפנות לפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם.

עקיפה) של טקסט חוקתי אחד על רעהו יש מקום להשראה פרשנית. ודאי כך כשחוקה מפנה במפורש לערכים דמוקרטיים⁹³ או לחברות דמוקרטיות.⁹⁴ אך גם בהעדר הפניה כזו השפעה פרשנית של המשפט המשווה היא ראויה.⁹⁵ עם זאת השראה פרשנית ראויה היא רק אם קיים בסיס אידאולוגי משותף לשתי שיטות המשפט ונאמנות משותפת לערכי היסוד.⁹⁶ עמד על כך בית המשפט העליון של ישראל באחת הפרשות:⁹⁷

“מאז הוקמה המדינה, שאבנו ממעיינות המשפט הקונסטיטוציוני האנגלי והאמריקני השראה פרשנית מקיפה. תפיסתן של ארצות אלה בתחומים רבים, כגון זכויות האדם בארצות אלה, משמשת לנו לא פעם כדוגמה. עם זאת, היניקה חייבת להיות מבוקרת. ההשראה יכולה להתקיים רק אם יש בסיס דומה. ניתן להשוות רק בין מוסדות ורק בין תהליכים ותפיסות שיש להם בסיס משותף.”

ודוק, בסיס משותף של דמוקרטיה הוא תנאי הכרחי אך לא מספיק. יש לבחון אם אין דבר בהתפתחות ההיסטורית ובנסיבות החברתיות העושה את השיטה המקומית או הזרה לשונה באופן שהשראה פרשנית קשה היא.⁹⁸ זאת ועוד: יש לבחון אם אין בארכיטקטורה החוקתית

- 93 ראו סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו להלן בעמ' 267.
- 94 ראו סעיף 1 לצ'רטר הקנדי, הקובע: "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". ראו גם David M. Beatty, *The Forms and Limits of Constitutional Interpretation*, 49 AM. J. COMP. L. 79 (2001).
- 95 ראו Donald P. Kommers, *The Value of Comparative Constitutional Law*, 9 MARSHALL J. OF PRAC. & PROC. 685 (1976).
- 96 ראו Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989). פרשה זו עסקה בפרשנות התיקון השמיני לחוקת ארצות הברית, שעניינו האיסור על הטלת עונש שהוא "cruel and unusual". המבחן המקובל לעניין זה הוא בין השאר ה-"evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society" (על כך, ראו Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 101 (1958)). בפרשת Stanford ציין השופט סקליה (Scalia J.) בעמ' 369 כי "[I]t is American conceptions of decency that are dispositive, rejecting the contention [...] that the sentencing practice of other countries are relevant" (ההדגשה במקור). אכן, ההכרעה היא "אמריקנית", אך בגדר גיבושה ראוי לקבל – כפי שקבעה דעת המיעוט באותה פרשה (שם, בעמ' 389) – השראה פרשנית לגבי המקובל במדינות אשר גישתן לקדושת חייו של אדם בפרט ולזכויות אדם בכלל דומה לזו של ארצות הברית. ראו גם Printz v. United States, 521 U.S. 898 (1997); Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988).
- 97 פרשת ברזילי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 600 (השופט א' ברק). ראו גם Frank Iacobucci, *The Charter: Twenty Years Later*, 21 WINDSOR Y. B. ACCESS. JUST. 3 (2002).
- 98 ראו R. v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588, 639 (Can.) (La Forest J.); R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697, 740 (Can.) (Dickson C.J.); Beatty, לעיל ה"ש 94;

של שיטת משפט כדי להשפיע על משקלו של המשפט המשווה.⁹⁹ למשל, לעניין הזכות החוקתית לכבוד האדם יש להתחשב במבנה הכללי של מגילת הזכויות, בארכיטקטורה של מגילת הזכויות החוקתיות ובמעמד המיוחד הניתן בגדרה לכבוד האדם. יש לבדוק עד כמה יש בכך כדי להשפיע על היקפה של הזכות בגדרה של שיטת משפט נתונה. אכן, "השימוש במשפט המשווה... יש לעשותו ברגישות ובזהירות, תוך בירור מעמיק אם הסדרי משפט הנוהגים במדינה זו או אחרת תואמים הם לחוק בישראל ולמציאות החיים שאנו מתמודדים עמה".¹⁰⁰ כאשר מגבלות ייחודיות כאלה אינן בנמצא, ויש בסיס משותף, השראה פרשנית מהמשפט המשווה היא רצויה.¹⁰¹ השראה זו ראוי לה שתבוא הן ממשפטה של מדינה דמוקרטית אחרת והן מהמשפט הבינ-לאומי. כידוע, אמנות בין-לאומיות שונות מעגנות ערכים חוקתיים ובכך משפיעות על עיצוב ההבנה של הטקסט החוקתי. פסיקתם של בתי משפט בין-לאומיים ולאומיים המפרשת את האמנות האלה ראוי כי תשמש השראה לפרשנות של החוקה הלאומית. לעתים נכללת בחוקה הוראה מיוחדת המאפשרת – או אף מחייבת – פנייה למשפט הבינ-לאומי.¹⁰² בין שהוראה כזו קיימת בחוקה ובין שלא,ו

Pierre Legrand, *European Legal Systems are not Hogg*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 64. ראו גם *Converging*, 45 INT'L & COMP. L. Q. 52 (1996); Mark V. Tushnet, *Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS, 67 (Sujit Choudhry ed., 2006); Jacco Bomhoff, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 31 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 555 (2008).

99 ראו ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פס' 15 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 8.2.2012) ("בצד התועלת שאותה ניתן להפיק מבחינה השוואתית, עלינו לזכור כי מדובר בשיטות משפט שונות, שבהן איזונים שונים בין זכויות וערכים, כמו גם הסדרים נורמטיביים שונים. כך למשל, חופש הביטוי מעוגן במפורש בסעיף 2 לצ'רטר הקנדי, בעוד שבדין הישראלי הוא פורש בתחילה כזכות יסוד 'שאינה כתובה עלי ספר', ובשלב מאוחר יותר כנגזרת של כבוד האדם, המעוגן בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו").

100 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 419 (2006) (המשנה לנשיא מ' חשין).

101 ראו LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 14 (2012) ("[C]onstitutional Comparison is important, if not essential, for the falsification of hypotheses for ensuring that the right questions are being identified and answered, and from preventing hypotheses or arguments proceeding unchallenged down narrow, windowless corridors of the mind").

102 ראו סעיף 1(39) לחוקה של דרום-אפריקה, הקובע כי בפירושה של מגילת זכויות האדם הכלולה בחוקה, בית המשפט: (b) must consider international law; and (c) may consider "foreign law". ראו סעיף 10(2) לחוקה של ספרד, הקובע: "The principles relating to the fundamental rights and liberties recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human rights and the International treaties and agreements thereon ratified by Spain".

למשפט המשווה חשיבות רבה להבנת המשפט המקומי ולביקורת עליו. למותר לציין כי הפסיקה ההשוואתית אינה מחייבת.¹⁰³ המשפט המשווה גם אינו מקור משפטי "משכנע". דינו אינו כדין פסק דין של בית המשפט העליון אשר בית המשפט העליון אינו מחויב בו.¹⁰⁴ אכן מעמדו של המשפט המשווה אינו שונה מספר טוב או מאמר טוב. משקלו נקבע על פי טיב שיקוליו.¹⁰⁵ "המשפט ההשוואתי הוא כחבר בעל ניסיון. רצוי לשמוע בעצתו הטובה, אך זו אינה צריכה להחליף הכרעה עצמית".¹⁰⁶

גישה זו למשפט המשווה שנויה במחלוקת חריפה במשפט האמריקני.¹⁰⁷ הדוגלים בתפיסה פרשנית המדגישה את ההבנה המקורית של הטקסט החוקתי ודאי סבורים שאין להתחשב במשפט השוואתי שלא היה חלק מהבנה זו.¹⁰⁸ נראה לי כי המגמה במשפט

- 103 ראו Glenn H. Patrick, *Persuasive Authority*, 32 MCGILL L.J. 261 (1987).
- 104 ראו סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.
- 105 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 403 (1997) ("למשפט זה חשיבות רבה בפרשנות החוקתית. עד כמה שההסדרים בשתי שיטות מבוססים על הנחות בסיסיות משותפות, יש תועלת רבה בהשראה השוואתית. היא ממריצה את המחשבה החוקתית ומעניקה לה אופקים חדשים. היא מצביעה על הפוטנציאל הטמון בטקסט; היא משליכה אור על ההסדרים המקובלים במדינות אחרות. היא מהווה ראי המאפשר לנו לראות עצמנו באופן בהיר יותר ועמוק יותר. אכן, המשפט ההשוואתי מעניק ביטחון לשופט, כי הפירוש שהוא נותן לטקסט מקובל ופועל יפה במקומות אחרים. עם זאת, השראה פרשנית אסור לה שתהפך מקור לחיקוי ולהתבטלות. ההכרעה הסופית היא לעולם 'מקומית'. זאת ועוד: מן הראוי להיות מודעים למגבלותיו של המשפט המשווה. המשפט משקף את החברה, והחברה שלנו שונה מחברות אחרות. המשקל ששיטת משפט נותנת לשיקולים שונים משקף את תרבותה, את ההיסטוריה שלה ואת מכלול ערכיה, ואלה שונים משיטה לשיטה. הסדרים פרטניים משקפים לעתים מאבקי כוח מקומיים, ורצון לפתור בעיות שהן מקומיות. זאת אף זאת: משפט משווה אין עניינו השוואה של הוראות משפט גרידא. השוואה שכזו היא נטולת חשיבות. משפט משווה מפרה אם בוחנים תחום נרחב, על רקע הנחות היסוד המשותפות") (הנשיא א' ברק). ראו גם Sarah K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, 28 YALE J. INT'L L. 409 (2003); Sujit Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, 2 INT'L J. CONST. L. 1 (2004); Stu Woolman, *Metaphors and Mirages: Some Marginalia on Choudhry's The Lochner Era and Comparative Constitutionalism and Ready-Made Constitutional Narratives*, 20 S. AFR. PUB. L. 281 (2005).
- 106 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, Iddo Porat, *The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) 151.
- 107 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 91 (2010).
- 108 Jo Eric Khushf Murkens, *Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Objections* (Law, Society and Economics Working Papers No. 15-2008, 2008).

האמריקני היא בכיוון של פתיחות גוברת למשפט ההשוואתי.¹⁰⁹ יש לקוות כי מגמה זו תימשך, ותחת ה"חריגות" (exceptionalism) האמריקנית בתחום זה נמצא שיתוף פעולה והשתלבות בקהילה הבין-לאומית.¹¹⁰

הגישה העקרונית למעמדו הפרשני של המשפט המשווה במשפט החוקתי חלה גם לעניין הזכות החוקתית לכבוד האדם. השופטים וחוקרי המשפט – הניגשים להבנת כבוד האדם בשיטת המשפט שלהם – עשויים להפיק תועלת רבה בהבנת כבוד האדם "שלהם" מהשוואתו לכבוד האדם בשיטות משפט אחרות. בוודאי כך אם בהכנת הטקסט של כבוד האדם המקומי הייתה השפעה לכבוד האדם בשיטות משפט אחרות, אך גם בהעדר השפעה טקסטואלית יש מקום להשראה פרשנית. על כן אך טבעי הוא כי הפסיקה והספרות המשפטית הגרמנית, בכל הנוגע לכבוד האדם, משמשות השראה פרשנית בהבנת כבוד האדם בשיטות משפט דמוקרטיות אחרות.¹¹¹

עם זאת בהשוואה משפטית זו יש לנהוג בזהירות רבה. הרקע ההיסטורי, הארכיטקטורה החוקתית ומעמדו של כבוד האדם בגדרי שיטת משפט אחת עשויים להיות ייחודיים אך לה. מצב דברים זה עשוי להקשות השוואת שיטת משפט זו לאחרת, שבה ייחודיות זו אינה קיימת. עם זאת גם במצב דברים זה ההשוואה אפשרית ואף מועילה.

בהנחה שכל שאר התנאים שווים, ההשוואה הפורייה ביותר היא בין שתי שיטות משפט אשר בשתייהן כבוד האדם הוא ערך חוקתי אך לא זכות חוקתית. זהו למשל הדין לעניין השוואת משפטים בין כבוד האדם במגילת הזכויות האמריקנית לבין כבוד האדם בצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים. בשתי שיטות משפט אלה כבוד האדם הוא ערך חוקתי ואינו זכות חוקתית. אפשר להשוות את תפיסתו של כבוד האדם בשיטה אחת לזו של רעותה. אף כאן יש להיזהר: תפיסת האדם וזכויותיו בשיטה אחת יכולה להיות שונה מזו האחרת. האם השוואת משפטים בין שיטת משפט שבה כבוד האדם הוא אך ערך חוקתי לבין שיטת משפט שבה הוא גם זכות חוקתית היא מועילה? לדעתי התשובה היא בחיוב. גם בשיטת משפט שבה כבוד האדם הוא זכות חוקתית, הוא מוסיף להיות ערך חוקתי. לערך זה חשיבות נורמטיבית בהקשרים שונים, ובמרכזם פרשנות הזכויות החוקתיות. לעניין חשיבות

109 ראו Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on "Proportionality"*, *Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583 (1990); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 *SAN DIEGO L. REV.* 367 (2009). ראו גם Waldron, לעיל ה"ש 90.

110 ראו Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 *MICH. L. REV.* 391, 408 (2008).

111 ראו להלן שער רביעי, בעמ' 407 ואילך. למשפט החוקתי הגרמני ראו להלן בעמ' 451. ראו גם Henk Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, 20 *STELL. L. REV.* 171 (2009). ראו גם ACKERMANN, לעיל ה"ש 101, בעמ' 115, 163.

נורמטיבית זו אפשר ללמוד על הערך של כבוד האדם בשיטה האחת לעניין הערך של כבוד האדם בשיטה האחרת. על כן עשויה השוואת משפטים להיות בעלת תועלת רבה בהשוואה בין כבוד האדם במשפט הספרדי, האמריקני, הקנדי והיווני – שיטות משפט שבהן כבוד האדם הוא ערך חוקתי בלבד – לבין כבוד האדם במשפט הגרמני, הישראלי והדרום-אפריקני – שבהן כבוד האדם הוא גם זכות חוקתית. ההשוואה במצבים אלה תהא כמובן במישור הערכים החוקתיים בלבד. עם זאת יש לערוך השוואה זו בזהירות רבה.

השוואת משפטים מורכבת קיימת במקום שכבוד האדם, בשתי שיטות המשפט, הוא זכות חוקתית. במצב דברים זה יש לארכיטקטורה החוקתית – כלומר מבנה החוקה, התחומים המוקצים בגדרה לזכויות השונות, המעמד הנורמטיבי של כבוד האדם ביחס לזכויות האחרות ושיקולים שיטתיים, היסטוריים וחברתיים – משקל נכבד, וההשראה הפרשנית עשויה להיתקל בקשיים שונים.

עם זאת גם במצב דברים זה השראה זו יכולה להיות מפרה. על כן ראוי הוא להשוות בין כבוד האדם במשפט הגרמני (בהנחה שמכירים בכבוד האדם כזכות חוקתית ולא רק ערך חוקתי) לבין כבוד האדם במשפט החוקתי של דרום-אפריקה¹¹² וישראל¹¹³. עם זאת בעריכתה של השוואה זו יש להתחשב במעמדה החוקתי המיוחד של הזכות לכבוד האדם ובהשפעת מעמד זה על פרשנותה ועל משקלו של המשפט המשווה בפרשנות זו.¹¹⁴

3. קביעת התכלית הסופית של החוקה

(א) כיצד תיקבע התכלית הסופית

הפרשן ניצב בפני הנתונים השונים על דבר התכלית. הוא מקבל מידע על התכלית הסובייקטיבית (המופשטת) של הטקסט החוקתי. הוא מקבל מהמקורות השונים – הטקסט, הוראות חוקתיות אחרות, היסטוריה פוסט-חוקתית, ההלכה הפסוקה, ערכי היסוד, משפט משווה – נתונים על דבר התכלית האובייקטיבית של הטקסט החוקתי. כאשר כל הנתונים כולם מובילים לכיוון אחד, אין קושי רב בקביעת התכלית הסופית של הטקסט החוקתי. זהו המצב ברוב רובם של המקרים,¹¹⁵ אך לעתים – ויהיה זה לעתים רחוקות – הנתונים נוגדים זה את זה. מה יעשה הפרשן במצב דברים זה?¹¹⁶ האם קביעת התכלית הסופית נתונה לשיקול דעתו השיפוטי, או שמא אפשר להדריכו בקביעת התכלית הסופית? ואם כן, מהי אותה הדרכה? אין תשובה "אמתית" לשאלה זו. אין הבנה קדם-פרשנית שאפשר להשוותה

112 ראו שם, בעמ' 115.

113 ראו מרדכי קרמיניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי במשפט הגרמני – האם גם בישראל? (2011).

114 ראו Botha, לעיל ה"ש 111, בעמ' 218.

115 ראו Fallon, לעיל ה"ש 72.

116 ראו Post, לעיל ה"ש 80, בעמ' 39.

להבנה פוסט-פרשנית. כל הבנה היא פוסט-פרשנית,¹¹⁷ אך מכאן אין נובע כי כל פרשן יעשה כפי שיעלה על דעתו בהבנתו של טקסט חוקתי. מהעובדה שאפשר לפרש טקסט חוקתי בכמה אופנים¹¹⁸ אין נובע שראוי לפרשו כך.¹¹⁹ אפשר לגבש מערכת שיקולים שתצביע על עדיפותה של הבנה אחת על פני רעותה, ושוב: מקובל עליי כי אין הוכחה חותכת כי הבנה אחת טובה מרעותה.¹²⁰ בצדק ציין טרייב כי אין קריטריונים שהם מחוץ לחוקה הקובעים את סדר העדיפות הראוי בין השיקולים השונים,¹²¹ אך מכאן אין נובע כי אי אפשר להביא טיעונים שונים שיש בהם כדי לשכנע את השומע על דבר עדיפותה של הבנה אחת על פני רעותה, בלא שטיעונים אלה מתבססים על גילוייה של "אמת" שאין בלתה. העדרו של מובן "אמתי" אינו מונע את החיפוש אחר מובן ראוי.¹²² מובן זה לא ימצא בטקסט של החוקה עצמה אלא בפרשנות החוקתית המבוססת על תפיסה חוקתית ופרשנית.¹²³ הנה כי כן חוזרת השאלה למקומה – מהי גישתה של הפרשנות התכליתית בדבר היחס הראוי (לא האמתי) בין הנתונים השונים לדבר התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית בקביעת התכלית הסופית?

(ב) גישתה של הפרשנות התכליתית

הפרשנות התכליתית מבוססת על התפיסה כי כל הנתונים בדבר תכליתו של הטקסט החוקתי נבחנים על ידי הפרשן. אין שלבים במעבר מסוג אחד של נתונים לסוג אחר של נתונים. אין דירוג א-פריורי של הנתונים. אכן, אין להבין טקסט חוקתי בלא להתחשב ברצון יוצריו, ועם זאת אין להגביל את הבנת הטקסט החוקתי לרצון יוצריו בלבד.¹²⁴ אין להבין את הטקסט החוקתי בלא לעמוד על הבנתו המקורית, אך אין להתחשב בהבנה זו בלבד. זאת

- 117 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 45.
- 118 ראו Sanford Levinson, *Law as Literature*, 60 TEX. L. REV. 373, 391 (1982).
- 119 ראו William A. Kaplin, *The Process of Constitutional Interpretation: A Synthesis of the Present and a Guide to the Future*, 42 RUTGERS L. REV. 983 (1990).
- 120 ראו Ronald Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve*, 65 FORDHAM L. REV. 1249, 1258 (1997).
- 121 ראו PHILIP BOBBITT, CONSTITUTIONAL TRIPE, לעיל ה"ש 52, בעמ' 88. ראו גם INTERPRETATION 178 (1991).
- 122 ראו Michael C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: A Case of Original Meaning*, 85 GEORGETOWN L.J. 1765 (1997).
- 123 ראו Mark V. Tushnet, *Justification in Constitutional Adjudication: A Comment on Constitutional Interpretation*, 72 TEX. L. REV. 1707 (1994); Steven L. Winter, *The Constitution of Conscience*, 72 TEX. L. REV. 1805 (1994); Dennis Patterson, *Wittgenstein and Constitutional Theory*, 72 TEX. L. REV. 1837 (1994); Philip Bobbitt, *Reflections Inspired by my Critics*, 72 TEX. L. REV. 1869 (1994).
- 124 ראו Dorf, לעיל ה"ש 122, עמ' 1788.

ועוד, הפרשן התכליתי מבקש לקיים סינתזה והתאמה בין הנתונים השונים. מטרת הפרשן אינה עימות אלא התאמה. אי-התאמה בין דרגות הפשטה שונות של התכלית הסובייקטיבית נפתרת בבחירתה של אותה דרגת הפשטה התואמת את התכלית האובייקטיבית. בין רמות הפשטה שונות של התכלית האובייקטיבית אפשר לבחור בעזרת התכלית הסובייקטיבית. אך מה יעשה הפרשן כאשר כל אלה אינם עולים בקנה אחד? תשובתה של הפרשנות החוקתית התכליתית היא כי יש ליתן משקל מכריע לתכלית האובייקטיבית. רק כך תוכל החוקה למלא את ייעודה; רק כך יהיה אפשר לכוון התנהגות אנושית על פני דורות של שינויים חברתיים; רק כך תוכל החוקה לתת תשובה לצרכים המודרניים; רק כך יהיה אפשר לאזן בין עבר, הווה ועתיד. אמת, העבר שולט בהווה, אך אינו מכריע אותו. העבר מכוון את ההווה, אך אינו משעבד אותו. תפיסות היסוד החברתיות – היונקות מהעבר והנשזרות בהיסטוריה החברתית והמשפטית – מוצאות את ביטוי המודרני בטקסט החוקתי הישן.¹²⁵ היטיב לבטא גישה זו השופט ברנן (Brennan J.) בדבריו אלה:¹²⁶

“We current Justices read the Constitution in the only way that we can: as Twentieth Century Americans. We look to the history of the time of framing and to the intervening history of Interpretation. But the ultimate question must be, what do the words of the text mean in our time. For the genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs. What the Constitutional fundamentals meant to the wisdom of other times cannot be their measure to the vision of our times. Similarly, what those fundamentals mean for us, our descendants will learn, cannot be the measure to the vision of their time”.

וברוח דומה ציין השופט קירבי (Kirby J.) מבית המשפט העליון של אוסטרליה:¹²⁷

125 ראו Bertha Wilson, *Decision-Making in the Supreme Court*, 36 U. TOR. L. J. 227, 247 (1986).

126 ראו Brennan, *The Constitution of the United States*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 7.

127 ראו Kirby, לעיל ה"ש 14, בעמ' 14. ראו גם Re Wakin, (1999) 73 A.J.L.R. 839, 878 (Austl.); Michael Kirby, *Australian Law – After 11 September 2001*, 21 AUS. BAR REV. 253, 262 (2001) (“Given the great difficulty of securing formal constitutional change, it is just as well that the High Court has looked creatively at the document put in its charge. Had this not been done, our Constitution would have remained an instrument for giving effect to no more than the aspirations of rich white males of the nineteenth century. Fortunately, we have done better than this”).

“[I]n the kind of democracy which a constitution such as ours establishes, judges should make their choices by giving meaning to words in a way that protects and advances the essential character of the polity established by the constitution. In Australia, this function is to be performed without the need constantly to look over one’s shoulder and to refer to understandings of the text that were common in 1900 when the society which the Constitution addresses was so different. It is today’s understanding that counts. Reference to 1900, if made at all, should be in the minor key and largely for historical interest. Not for establishing legal limitations. In my opinion, a consistent application of the view that the Constitution was set free from its founders in 1901 is the rule that we should apply. That our Constitution belongs to succeeding generations of the Australian people. That it is bound to be read in changing ways as time passes and circumstances change. That it should be read so as to achieve the purposes of good government which the Constitution was designed to promote and secure. Our Constitution belongs to the 21st century, not to the 19th.”

(ג) התכלית הסובייקטיבית של החוקה אינה מכרעת

התכלית הסובייקטיבית אינה מכרעת. אין להתעלם ממנה, אך אין ליתן לה מקום מרכזי בגיבוש התכלית החוקתית הסופית. גישה זו מקובלת במשפט המשווה. כך המצב בקנדה. בית המשפט העליון הקנדי נותן משקל מועט בפרשנות החוקה הקנדית לכוונתם של יוצרי החוקה.¹²⁸ באחת הפרשות נידונה הוראה בצ’רטר הקנדי הקובעת כי לכל אדם הזכות לחיים, לחירות ולביטחון, וכי זכויות אלה לא יישללו “except in accordance with the principles of fundamental justice” (סעיף 7). התעוררה השאלה אם הדיבור “except in accordance with the principles of fundamental justice” הוא בעל תוכן דיוני (צדק טבעי) או מהותי. נטען בפני בית המשפט כי הכוונה בעת כינונו של הצ’רטר הקנדי הייתה להיבט הדיוני. הוכח כי בכוונה לא נזקקו לביטוי האמריקני “due process”, שכן מחברי הצ’רטר היו מודעים למחלוקת הנטושה בארצות הברית בעניין זה. כדי להימלט ממחלוקת זו וכדי להבטיח את המובן הדיוני נזקקו לביטוי חדש. בית המשפט הקנדי החליט כי יש ליתן משקל קל לתכלית הסובייקטיבית. השופט למר (Lamer J.) הדגיש:¹²⁹

128 ראו HOGG, לעיל ה”ש 17, בעמ’ 803–804.
 129 ראו פרשת *Reference re Motor Vehicle Act*, לעיל ה”ש 16, בעמ’ 504. ראו גם *R v. Therens*, 18 D.L.R. (4th) 655, 675; *Mahe v. Alta*, [1990] 1 S.C.R. 342, 369 (1985).

“Another danger with casting the interpretation of s. 7 in terms of the comments made by those heard at the Special Joint Committee Proceedings is that, in so doing, the rights, freedoms 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 its growth”.

גישה דומה מקובלת בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון באוסטרליה.¹³⁰ הודגש על ידיו כי אין לתת משקל מכריע לידיהם המתות (ה-*dead hands*) של יוצרי החוקה, אשר מקבריהם מונעים את המשתמע מהוראות החוקה ומהדוקטרינות שלה או מגבילים אותן. זו גם גישתו של בית המשפט החוקתי הגרמני. באחת הפרשות נדונה השאלה אם מאסר עולם חובה, ללא כל סיכוי של שחרור, מתיישב עם “כבוד האדם”. בית המשפט השיב על כך בשלילה. נקבע כי אין לשלול מהאסיר שביב של תקווה לחופש. נטען בפני בית המשפט כי כוונתם של יוצרי החוקה הייתה לשמר את מאסר העולם כעונש חובה, וכי עונש זה בא תחת עונש המוות. בית המשפט דחה פרשנות “סובייקטיבית” זו, בפרשת עונש מאסר העולם:¹³¹

“Neither original history nor the ideas and intentions of the framers are of decisive importance in interpreting particular provisions of the Basic Law. Since the adoption of the Basic Law, our understanding of the content, function, and effect of basic rights has deepened. Additionally, the medical, psychological, and sociological effects of life imprisonment

130 ראו Haig Patapan, *The Dead Hand of the Founders? Original Intent and the Constitutional Protection of Rights and Freedoms in Australia*, 25 FED. L. REV. 211 (1997). ראו גם Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd. (1995) 182 C.L.R. 104, 106 (“[E]ven if it could be established that it was the unexpressed intention of the framers of the Constitution that the failure to follow the United States model should preclude or impede the implication of constitutional rights, their intention in that regard would be simply irrelevant to the construction of provisions whose legitimacy lay in their acceptance by the people. Moreover, to construe the Constitution on the Basis that the dead hands of those who framed it reached from their graves to negate or constrict the natural implications of its express provisions or fundamental doctrines would deprive what was intended to be a living instrument of its vitality and adaptability to .serve succeeding generations”) (Deane J.)

131 ראו DONALD P. KOMMERS, *THE BVerfGE 45, 187 (1977)*. התרגום האנגלי הוא של DONALD P. KOMMERS, *CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 307 (2nd ed., 1997).

have become better known. Current attitudes are important in assessing the constitutionality of life imprisonment. New insights can influence and even change the evaluation of this punishment in terms of human dignity and the principles of a constitutional state”.

בסכמו את השיטה הפרשנית המקובלת בגרמניה, ציין קומרס:¹³²

“[I]n Germany, original history – that is, the intentions of the framers – is seldom dispositive in resolving the meaning of the Basic Law. The Court has declared that ‘the original history of a particular provision of the Basic Law has no decisive importance’ in constitutional interpretation. Original history performs, at best, the auxiliary function of landing support to a result already arrived at by other interpretive methods. When there is conflict, however, arguments based on text, structure, or teleology will prevail over those based on history”.

בשיטות משפט אלה (קנדה, אוסטרליה, גרמניה) אין מקדישים דיון שיפוטי נרחב לתכלית הסובייקטיבית.¹³³ אמת, אין מתעלמים ממנה. עם זאת גם אין מקדישים לה מקום מרכזי. שונים פני הדברים בכל הנוגע למשפט החוקתי האמריקני. בעיית כוונתם של האבות המייסדים (ה־original intent of the founding fathers) – לרבות הגישה כי כוונתם של יוצרי החוקה הייתה כי זו תתפרש על פי תכליתה האובייקטיבית¹³⁴ – העסיקה רבות את הפסיקה ואת הספרות באמריקה.¹³⁵ בית המשפט העליון האמריקני היה מפולג בשאלה זו.¹³⁶

132 שם, בעמ' 42. ראו גם Friauf, לעיל ה"ש 18.

133 ראו Claire L'Heureux-Dubè, *The Importance of Dialogue: Globalisation, the Rehnquist Court and Human Rights*, in *THE REHNQUIST COURT: A RETROSPECTIVE* 234 (Martin Belsky ed., 2002).

134 ראו H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 883 (1985); Suzanna Sherry, *The Founders' Unwritten Constitution*, 54 U. CHI. L. REV. 1127 (1987); Robert N. Clinton, *Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of 'This Constitution'*, 72 IOWA L. REV. 1177 (1987); Charles A. Lofgren, *The Original Understanding of Original Intent*, 5 CONST. COMMENTARY 77 (1988); Paul Finkelman, *The Constitution and the Intention of the Framers: The Limits of Historical Analysis*, 50 U. PITT. L. REV. 349 (1989); Hans W. Baade, *'Original Intent' in Historical Perspective: Some Critical Glosses*, 69 TEX. L. REV. 1001 (1991); William J. Michael, *The Original Understanding of Original Intent: A Textual Analysis*, 26 OHIO NORTH. U. L. REV. 201 (2000).

135 הספרות בנושא זה היא רבה. לניתוח הפרובלמטיקה ראו TRIBE, לעיל ה"ש 52, בעמ' 47 והמקורות שאליהם הוא מפנה. ראו גם Perry, לעיל ה"ש 53; Kaplin, לעיל ה"ש 119. לסקירה היסטורית ראו R. Randall Kelso, *Styles of Constitutional Interpretation and the Four*

כמה שופטים אמריקנים – בבית המשפט העליון ובבתי משפט אחרים – סבורים שאמת המידה העיקרית לפרשנות חוקתית – ולשיטתם גם החוקתית – היא ההבנה המקורית (original understanding).¹³⁷ זו ההבנה שהייתה לבני דור החוקה בעת שזו כוננה. אין זו הבנתם של יוצרי החוקה. זו תכלית אובייקטיבית כפי שהובנה בעת יצירת הטקסט החוקתי. כיום מפולגים המשפט האמריקני בכלל ובית המשפט העליון בפרט בשאלה אם יש לפרש את החוקה על פי הבנתה המקורית, כלומר הבנתה בשעת כינונה. המשפט החוקתי האמריקני מצוי במשבר בשל העדר קונצנזוס בקהילה המשפטית האמריקנית באשר ליחס שבין ההבנה המקורית של החוקה לבין הבנתה המודרנית. משבר זה נמנע בקנדה, באוסטרליה, בישראל ובגרמניה. מקווה אני כי שיטות משפט אחרות יצליחו להימלט ממצב מסוכן זה, הקורע את השיטה והמרכז את האנגריות המשפטיות במחלוקת זו. על פי גישתה של הפרשנות התכליתית, אין להתעלם בפרשנות החוקה מהתכלית הסובייקטיבית ומההבנה המקורית, אך אין לה עמדת בכורה. זו ניתנת לתכלית האובייקטיבית, המשקפת את תפיסות העומק

Main Approaches to Constitutional Interpretation in American Legal History, 29 VALPARAISO U. L. REV. 121 (1994)

136 ראו West Virginia University Hospitals Inc. v. Casey, 499 U.S. 83, 112 (1991) (Stevens J.)
 Michael C. Dorf, *Foreword: The Limits of Socratic Deliberation*, 112 HARV. L. REV. 4, 4 (1998)
 'I do not worry about my old : (Scalia J.)
 Constitution 'obstructing modernity', since I take that to be its whole purpose. The very objective of a basic law, it seems to me, is to place certain matters beyond risk of change, except through the extraordinary democratic majorities that constitutional amendment requires. [...] The whole purpose of a constitution – old or new – is to impede change, or, pejoratively put, to 'abstract modernity'" (Antonin Scalia, *Modernity and the Constitution*, in CONSTITUTIONAL JUSTICE UNDER OLD CONSTITUTIONS 313, 315 (Eivind Smith ed., 1995))

137 על ההבנה המקורית, ראו Kaplin, לעיל ה"ש 119; Perry, לעיל ה"ש 53; Kelso, לעיל ה"ש 135; TRIBE, לעיל ה"ש 52, בעמ' 47. ראו גם BALKIN, לעיל ה"ש 75; PERSPECTIVES ON CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (Susan J. Brison & Walter Sinnott-Armstrong eds., 1993); WILLIAM N. ESKRIDGE, DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION (1994); JACK N. RAKOVE, ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE CONSTITUTION (1996); ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (Amy Gutmann ed., 1997); DENNIS GOLDFORD, THE AMERICAN CONSTITUTION AND THE DEBATE OVER ORIGINALISM (2005); ORIGINALISM: A QUARTER CENTURY OF DEBATE (Steven G. Calabresi ed., 2007); JOHNATHAN O'NEIL, ORIGINALISM IN AMERICAN LAW AND POLITICS: A CONSTITUTIONAL HISTORY (2007); Jamal Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 TEX. L. REV. 1 (2009); GRANT HUSCROFT & BRADLEY MILLER, THE CHALLENGE OF ORIGINALISM: THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (2011); ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS (2012)

המודרניות בתנועתה של שיטת המשפט על פני ההיסטוריה. כך הופכת החוקה לנורמה חיה ולא מאובנת. כך נמנע שעבודו של ההווה לעבר. אכן, הפרשנות החוקתית היא תהליך שבו כל דור נותן ביטוי לתפיסות היסוד שלו, כפי שהן התגבשו על רקע עברו.¹³⁸ תהליך זה אינו חופשי. הפרשן הנותן פירוש לטקסט חוקתי פועל במסגרת היסטורית-חברתית נתונה. אף שיש לו לעתים שיקול דעת, שיקול דעת זה פועל בתוך מערכת נתונה של ערכים, מסורת, היסטוריה וטקסט. ראוי לו לפרשן המודרני לכבד את העבר. גיבוש התכלית החוקתית המודרנית נעשה על בסיס גישת יסוד המבקשת ליצור קשר עם העבר ולהשתזר לתוכו. אין הפרשן מנתק עצמו מהעבר. התכלית החוקתית הסופית היא מודרנית, אך שורשיה הם בעבר.

(ד) התכלית האובייקטיבית וההגנה על הפרט

אפשר לטעון – והשופט סקליה (Scalia J.) טוען זאת¹³⁹ – כי מתן מובן מודרני ללשון החוקה אינו עולה בקנה אחד עם ראייה בחוקה מקור להגנה על הפרט בפני הכלל. על פי גישה זו, אם החוקה תפורש על פי ההשקפות המודרניות, היא תשקף את תפיסתו של הרוב המודרני. תפיסה זו תפגע בזכויות הפרט אשר הרוב מבקש לשלול. התשובה לטענה זו היא בין השאר כי תפיסה מודרנית של זכויות האדם אין פירושה תפיסה על פי רצונו של הרוב המודרני. כפי שראינו, על פי הגישה התכליתית יש ליתן לחוקה מובן על פי ערכי היסוד הבסיסיים המשקפים את תפיסות העומק של החברה המודרנית ולא את רוחות השעה החולפות.¹⁴⁰ אמת, לעתים לא קל לו לשופט להתעלם מרוחות שעה חולפות ולתת ביטוי לתפיסות העומק של החברה; לא קל הוא לשקף היסטוריה ולא היסטוריה, אך שופטים עושים כן בכל פעולתם השיפוטית. הם ידעו לעשות כן בפירוש שייתנו לחוקה.

(ה) "חוקה חיה" ו"עץ חי"

תכליתה הסופית של החוקה נועדה לאפשר לה להתמודד עם מציאות חיים משתנה. בעת יצירת החוקה הניחו יוצריה בסיס למסמך שנועד לשלוט על העתיד. שליטה זו – כדי שלא תיהפך לאדנות – חייבת להשאיר תחום גמיש להתפתחויות. זו משמעותה של המטפורה בדבר "חוקה חיה" (a living constitution). חייה אינם מתבטאים אך בהפעלת העקרונות החוקתיים הישנים על נסיבות חדשות.¹⁴¹ חיותה של החוקה משמעותה מתן תוכן מודרני

138 ראו Sandalow, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1068.

139 ראו Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CHI. L. REV. 849 (1989).

140 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 450.

141 ראו WILLIAM H. REHNQUIST, DAVID STRAUSS, *THE LIVING CONSTITUTION* (2010). אך ראו WILLIAM H. REHNQUIST, *The Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1976); ROBERT BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* 163 (1990).

לעקרונות החוקתיים הישנים.¹⁴² זהו גם הביטוי למטפורה המדמה חוקה ל"עץ חיי" (a living tree).¹⁴³ דימוי זה מצביע גם על מגבלותיה של המטפורה. חיותם של ערכי היסוד אינה היתר לשופט לעשות בהם כרצונו. אין להחליף את הסובייקטיביות של יוצרי החוקה בסובייקטיביות של מפרשיה. התוכן המשתנה של ערכי החוקה משקף שינוי בתפיסות היסוד של החברה באשר ל"אני מאמין" הלאומי. אלה הם שינויים המשקפים את ההיסטוריה, את המסורת ואת מסכת החיים המשותפים של האומה. אין הם ביטוי של אינדיווידואליזם שיפוטי.

חיות זו של החוקה חשובה במיוחד לעניין כבוד האדם. מושג זה יש לפתח לא על פי מה שנתפס בעבר כפוגע בכבוד האדם, אלא גם על פי מה שייתפס בעתיד כפוגע בכבוד האדם או כמקדם אותו. עמדה על כך דופרה (Dupré):¹⁴⁴

"Dignity's function in this dynamic process [...] has become a primary tool for responding to new developments and for charting new routes across the unknown territories".

(ו) פרשנות מתוך מבט רחב

חוקה צריכה להתפרש מתוך מבט רחב. פרשנותה צריכה להיות נדיבה¹⁴⁵ ולא לגליסטית או פדנטית.¹⁴⁶ חוקה קובעת את מסגרות הממשל והמשטר ואת זכויות הפרט. עליה להתפרש כדי לתת ביטוי לאופי זה. עמד על כך השופט ש' אגרנט, בקבעו:¹⁴⁷

- 142 ראו דברי השופט דין (Deane J.) המצוטטים לעיל בה"ש 130.
- 143 ראו Edwards v. Attorney General of Canada, [1930] A.C. 124, 136 (P.C.) (Lord Sankey). לדידו של השופט סנקי, חוקה היא "[A] living tree capable of growth and expansion within its natural limits". לגישה זו ראו Walton, לעיל ה"ש 80.
- 144 Catherine Dupré, *Dignity, Democracy, Civilisation*, 33 LIVERPOOL L. REV. 263 (2012).
- 145 ראו Minister of Home Affairs v. Fisher, [1980] A.C. 319 (P.C.) ("a generous interpretation avoiding what has been called 'the austerity of tabulated legalism' suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to" (Lord Wilberforce)). ראו גם פרשת *Big M Drug Mart*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 344: "The interpretation should be [...] a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for the individual the full benefit of the Charter's protection" (Dickson C.J.).
- 146 Australian National Airways Pty Ltd v. Commonwealth, (1945) 71 C.L.R. 29, 81 (Ausl.). ("[W]e should avoid pedantic and narrow construction in dealing with [such] an instrument of government") (Dixon J.). דוגמה לפרשנות לגליסטית ופדנטית שאין לנקוט אותה היא זו: סעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע כי "פירושן של ההוראות האמורות יעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה". הוראה דומה אינה מצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין להסיק מה"הן" שבחוק-יסוד: חופש העיסוק על "לאו" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מסקנה כזו היא לגליסטית ופדנטית ואין מקומה בחוקה ובחוקי-יסוד.

“כאשר העניין נוגע במסמך הקובע את מסגרות השלטון במדינה, על בית המשפט להשקיף מתוך ‘מבט רחב’ (spacious view) על הסמכויות האמורות בו”.

על אותו רעיון חזר בית המשפט העליון באחת הפרשות:¹⁴⁸

“עניין לנו בפירושה של הוראת יסוד חוקתית. הוראות יסוד יש לפרש מתוך ‘מבט רחב’ [...] ומתוך הבנה, כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים. [...] עניין לנו בניסיון אנושי, החייב להתאים עצמו למציאות חיים משתנה”.

ובפרשה אחרת ציין:¹⁴⁹

“הפרופוזיציה הקונסטיטוציונית היא, שהוראות חוקתיות יש לפרש כיאה למעמד הבכורה שיש להן וכנאה למגמתן לקבוע אורחות חיים. הוראת יסוד אינה באה להקפיא מצב קיים. היא באה לכוון ניסיון אנושי. על-כן יש לפרשה מתוך תפיסה רחבה ולא באופן טכני”.

פירוש מתוך מבט רחב אין משמעו פירוש מעבר למשמעות הלשון. פירוש מתוך מבט רחב משמעו מתן מובן המגשים את תכליתו (הסופית) של הטקסט החוקתי – תכלית המשקפת את ההמשכיות ההיסטורית ואת תפיסות היסוד המודרניות. משמעו פירוש השואף לאחדות ולהרמוניה חוקתית. פרשנות מתוך מבט רחב אינה מוגבלת אך למשמעות המילים בהקשר המילולי-היסטורי שבו הן נוצרו. היא נותנת ללשון החוקה מובן בהקשר ההיסטורי ובמסגרת תפיסות היסוד המודרניות. כותב השופט הולמס (Holmes J.):¹⁵⁰

“The provisions of the Constitution are not mathematical formulas having their essence in their form; they are organic, living institutions transplanted from English soil. Their significance is vital, not formal; it is to be gathered not simply by taking the words and a dictionary, but by considering their origin and the line of their growth”.

פרשנות חוקתית מתוך מבט רחב היא פרשנות חוקתית תכליתית. מבט רחב הוא המשקיף על העבר, ההווה והעתיד והנלמד מתוך הלשון, ההיסטוריה, התרבות ועקרונות היסוד המודרניים. זהו פירוש שיש בו תפיסה כוללת של משפט בזמן נתון ובחברה נתונה.

147 ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 442, 430 (1962).
 148 ע"ב 2/84 גיימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 306, 225 (1985) (השופט א' ברק).
 149 פרשת ברזילי, לעיל ה"ש 58, עמ' 618 (השופט א' ברק).
 150 פרשת Gompers v. United States, 233 U.S. 604, 610 (1914) (U.S.).

על כן יש לפרש את הזכויות החוקתיות הכלולות בחוקי-היסוד מתוך מבט רחב. מכאן גם התפיסה כי את הזכות לכבוד האדם יש לפרש מתוך מבט רחב. על כן אין להגביל את כבוד האדם אך למניעת השפלה וביזוי. יש להבין את כבוד האדם על רקע הגנת אנושיותו של האדם כאדם. נרחיב על כך בהמשך. אכן, פרשנות מתוך מבט רחב משקיפה על ההוראה החוקתית בהקשרה הכולל וכחלק מחייה של האומה במהלך כל ההיסטוריה שלה.

(ז) שיקול דעת פרשני בקביעת התכלית הסופית של החוקה

מרחק רב עברה החשיבה הפרשנית-חוקתית מאז קביעתו הנאיבית של השופט רוברטס (Roberts J.) כי כל שהשופט עושה הוא זה:¹⁵¹

“To lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former”.

התפקיד הפרשני מורכב הרבה יותר. בפרשנות החוקה – כמו בפרשנותו של כל טקסט משפטי – יש לפרשן מרחב של שיקול דעת פרשני.¹⁵² מרחב זה הוא תמיד מוגבל.¹⁵³ פרשן אינו רשאי לקרוא לתוך הטקסט החוקתי את השקפותיו האישיות.¹⁵⁴ על הפרשן לפרש את הוראות החוקה באובייקטיביות.¹⁵⁵ לא התוצאה קובעת את הפרשנות החוקתית אלא הפרשנות החוקתית קובעת את התוצאה. זו גם משמעות הדרישה כי פרשנים יפעילו את שיקול דעתם בצורה ניטרלית.¹⁵⁶ ניטרליות זו משמעותה כי על הפרשן להגיע לתוצאה הפרשנית מהפעלת העקרונות החוקתיים, בין שתוצאה זו נראית לו ובין שלא. עם זאת יש

- 151 פרשת *United States v. Butler*, 297 U.S. 61, 62 (1936) (U.S.).
- 152 ראו *McLachlin*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 546.
- 153 לגישה שונה ראו Mark V. Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, 96 HARV. L. REV. 781 (1983); Mark V. Tushnet, *Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction*, 36 STAN. L. REV. 623 (1984).
- 154 ראו BENJAMIN N. CARDOZO, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* 141 (1921).
- 155 ראו *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).
- 156 Robert W. Bennett, *Objectivity in Constitutional Law*, 132 U. PA. L. REV. 445 (1984); David Millon, *Objectivity and Democracy*, 67 N. Y. U. L. REV. 1 (1992); Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959).

להכיר בכך כי במצבים אחדים אין מנוס מהפעלת שיקול דעת פרשני.¹⁵⁷ היטיב להביע זאת השופט פרנקפורטר (Frankfurter, J.), בצינו:¹⁵⁸

“The words of the Constitution [...] are so unrestricted by their intrinsic meaning or by their history or by tradition or by prior decisions that they leave the individual justice free, if indeed they do not compel him, to gather meaning not from reading the Constitution but from reading life”.

במצב דברים זה לא נשאר לפרשן אלא לבחור בפתרון הנראה לו כטוב ביותר.

- 157 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 514 (1992). ראו גם JOSEP J. MORESO, LEGAL INDETERMINACY AND CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (1998).
- 158 FELIX FRANKFURTER, ON THE SUPREME COURT – EXTRAJUDICIAL ESSAYS ON THE COURT AND THE CONSTITUTION 464 (Philip B. Kurland ed., 1970).

פרק שמיני

תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי

א. כבוד האדם כערך חוקתי מפורש ומשתמע

1. הכרה מפורשת בערך החוקתי של כבוד האדם

ערך חוקתי הוא ערך שהחוקה מכירה בו.¹ ההכרה בערך כבעל מעמד חוקתי יכולה להיות מפורשת או משתמעת. ההכרה בכבוד האדם כערך חוקתי היא מפורשת כאשר היא נלמדת מתוך הלשון של החוקה במובנה המילוני, על רקע הקשר הרלוונטי.² למשל, במבוא לחוקה של אירלנד (1937)³ נקבע כי בני העם האירי מבקשים לקדם את טובת הכלל: "[...] so that dignity and freedom of the individual may be assured [...]". בדומה לזה נקבע בחוקה של פורטוגל (1976):⁴ "Portugal shall be a sovereign Republic, based

1 על מקומם של ערכים חוקתיים ראו CONSTITUTIONAL TOPOGRAPHY: VALUES AND STEPHEN GOTTLIEB, *CONSTITUTIONS* (Andras Sajó & Renata Uitz eds., 2010) PUBLIC VALUES IN CONSTITUTIONAL LAW (1997); Francois Venter, *Utilising Constitutional Values in Constitutional Comparison*, in CONSTITUTION AND LAW IV: DEVELOPMENTS IN THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL STATE 33 (2000); Hiroshi Nishihara, *The Significance of Constitutional Values*, in CONSTITUTION AND LAW IV: DEVELOPMENTS IN THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL STATE 11 (2000); INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006); T.R.S Allan, *Constitutional Justice and the Concept of Law*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 219 (Grant Huscroft ed., 2008); Mark D. Walters, *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 245 (Grant Huscroft ed., 2008); Jeffrey Goldsworthy, *Unwritten Constitutional Principles*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 277 (Grant Huscroft ed., 2008).

2 ראו סעיף 1(1) לחוקה של דרום-אפריקה (1996): "The Republic of South Africa is [...] founded on the following values [...] (a) Human dignity" פורטוגל (1976).

3 המבוא לחוקה של אירלנד (1937) (BUNREACTH NA HÉIREANN).

4 סעיף 1 לחוקה של פורטוגל (1976). ראו גם J.M.C Da Costa, *The Principle of Human Dignity in European Case-Law*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW 50 (1998).

on the dignity of the human person and the will of the people and committed to building “The a free, just and solidary society”. ברוח דומה נקבע בחוקה של ספרד (1978)⁵ כי “The dignity of the person, the inviolable rights which are inherent, the free development of the personality, the respect for the law and for the rights of others are the foundation of .political order and social peace”

2. הכרה משתמעת בערך החוקתי של כבוד האדם

ההכרה בערך חוקתי היא משתמעת כשנעדרת הכרה מפורשת, אך הטקסט החוקתי כמכלול מוביל למסקנה הפרשנית שהערך כלול בגדרי החוקה;⁶ במילים אחרות: “לשונו המשתמעת של הטקסט כתובה בין השורות בדיו בלתי נראית.”⁷ המשמעות המשתמעת נלמדת באמצעות היגיון, תבונה וסבירות.⁸ השאלה אינה אם המשמעות המשתמעת היא חיובית או הכרחית, ברורה או גלויה; השאלה היא אם המשמעות המשתמעת היא סבירה, היגיונית ומתבקשת.⁹ למשל, נקבע כי מהחוקה כמכלול משתמע העיקרון של הפרדת רשויות,¹⁰ העיקרון של

- 5 סעיף 10 לחוקה של ספרד (1978) (CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA).
- 6 על ערכים חוקתיים משתמעים ראו Mark D. Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law*, 51 U. TORONTO L.J. 9 (2001); Jean Leclair, *Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles*, 27 QUEENS L.J. 389 (2002); David Mullan, *The Role of Underlying Constitutional Principles in a Bill of Rights World*, [2004] N. Z. L. REV. 9; LAURENCE H. TRIBE, *THE INVISIBLE CONSTITUTION* 40–41 (2008); AKHIL R. AMAR, *AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION: THE PRECEDENTS AND PRINCIPLES WE LIVE BY* (2012). לדוגמאות של ערכים חוקתיים משתמעים ראו אהרן ברק “תיקון של חוקה שאינו חוקתי” ספר גבריאל בך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011); אהרן ברק “זכות הגישה למערכת השיפוטית” ספר שלמה לויץ 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013); אהרן ברק “פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)” ספר אליהו מצא (עתיד להתפרסם, 2014).
- 7 בג”ץ 2257/04 סיעת חד”ש – תע”ל נ’ יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ”ד נח(6) 685, 703 (2004) (הנשיא א’ ברק).
- 8 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 149 (2003).
- 9 ראו שם.
- 10 South African Association of Personal Injury Lawyers v. Heath, 2001 (1) SA (CC), ראו paras. 20–22 (S. Afr.) (“I cannot accept that an implicit provision of the Constitution has any less force than an express provision [...] The Constitutions of the United States and Australia, like ours, make provision for the separation of powers by vesting the legislative authority in the Legislature, the executive authority in the Executive, and the judicial authority in the Courts. The doctrine of separation of powers as applied in the United States is based on inferences drawn from the structure and provisions of the Constitution, rather than an express entrenchment of the principle. In this respect, our Constitution is no different [...] There can be no doubt that our Constitution provides for

עצמאות הרשות השופטת¹¹ והעיקרון של שלטון החוק,¹² הוא הדין בערך החוקתי של כבוד האדם. גם בהעדר הכרה מפורשת בו כערך חוקתי ניתן להכיר בו במשתמע. על רקע תפיסה זו נקבע כי מגילת הזכויות האמריקנית כוללת במשתמע את הערך בדבר כבוד האדם;¹³ בדומה לזה נקבע כי הצ'רטר הקנדי כולל במשתמע את הערך בדבר כבוד האדם.¹⁴

such a separation, and the laws inconsistent with what the Constitution requires in that regard, are invalid") (Chaskalson P.) (2004) ("הערך הדמוקרטי של הפרדת הרשויות – ולא רק החלוקה בפועל של הסמכויות בין הרשויות השונות – הוא עצמו ערך חוקתי-על-חוקי. אמת, אין הוראה מפורשת בחוקי היסוד שלפיה בישראל מוכר העיקרון של הפרדת הרשויות. הוראה מפורשת שכזו נעדרת מרוב החוקות הדמוקרטיות המודרניות. חרף זאת מקובל על הכל כי העיקרון של הפרדת הרשויות הוא עיקרון חוקתי-על-חוקי. הכרה זו מתבקשת מפרשנותה של החוקה. אף שעיקרון זה אינו כתוב בתוך השורות של החוקה, הרי הוא כתוב בין שורותיה. הוא נובע במשתמע מלשונם של חוקי היסוד. הוא מתבקש מהמבנה של חוקי היסוד – המבחין בין שלוש הרשויות השלטוניות והמייחד לכל אחת מהן חוק-יסוד נפרד – למכלול הוראותיהם").

11 ראו פרשת סיעת חד"ש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 704 ("מחוקי היסוד שלנו משתמעים הפרדת הרשויות, שלטון החוק ועצמאות הרשות השופטת. אכן, לשונו של הטקסט המשפטי אינה רק המלים שניתן למצוא להן הסבר במילון. לשונו של הטקסט היא גם המשתמע ממנו, מהמבנה שלו, מארגונו ומהיחסים בין הוראותיו השונות [...] ניתן לומר כי לשונו המשתמעת של הטקסט כתובה בין השורות בדיו בלתי נראית") (הנשיא א' ברק); ברק שופט בהכרה דמוקרטית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 111. ראו גם Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3 (Can.); Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217 (Can.).

12 ראו Reference Re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721, 752 (Can.); Walters, Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court HORST DREIER, GG לעיל ה"ש 11; The Common Law Constitution in Canada GRUNDGESETZ KOMMENTAR 256 (2006); BVERFGE 2, 380 (403) (1953) (Ger.); LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 84 (3rd ed., 2000) ("The proposition that ours is a government of laws, not men – that we live under the 'rule of law' – [...] is a principle that, by just about any imaginable account, would have to be reckoned part of our Constitution").

13 Walter F. Murphy, *An Ordering of Constitutional Values*, 53 S. CAL. L. REV. 703, ראו 746 (1979); Louis Henkin, *Human Dignity and Constitutional Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 228 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992); Maxine Goodman, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, 84 NEB. L. REV. 740 (2003); Leslie Meltzer Henry, *The Jurisprudence of Dignity*, 160 U. PA. L. REV. 169 (2011); ERIN DALY, DIGNITY RIGHTS: COURTS, CONSTITUTION AND THE WORTH OF THE HUMAN PERSON (2012). ראו גם להלן בעמ' 415.

14 Dierk Ullrich, *Concurring Visions: Human Dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany*, 3 GLOBAL

ב. כבוד האדם כערך חוקתי בישראל

כבוד האדם הוא ערך חוקתי מפורש בישראל.¹⁵ המקורות לכך הם שניים:¹⁶ ראשית, שמו של חוק-היסוד – "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". לדעתי, כבוד האדם בשם חוק-היסוד – כמו גם הדיבור "חירות" בשם חוק-היסוד – מבטא את הערכים שעליהם מתבסס חוק-היסוד. הוא משתרע אפוא על כל הזכויות החוקתיות הקבועות בחוק-היסוד ולא אך על הזכות לכבוד האדם.¹⁷ הוא מבטא את הערך של כבוד האדם – ואת ערך החירות – המשותף לכל הזכויות שבחוק-היסוד. כותבת י' קרפ:¹⁸

"כבוד האדם בכותרת החוק ובסעיף המטרה הוא מושג-גג, הערך שאליו שואפת השיטה המשפטית ואותו היא מבקשת להגשים בעקרונות הנורמטיביים שהיא מחוקקת ובזכויות הספציפיות המוכתבות מהם. כבוד האדם 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".

שנית, סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – שכותרתו היא "עקרונות יסוד" – קובעת כי זכויות-היסוד של האדם בישראל מושתתות "על ההכרה בערך האדם". לדעתי, "ההכרה בערך האדם" משמעותה ההכרה בכבוד האדם.¹⁹ ערך האדם וכבוד האדם בשמו של החוק

- R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. : פסקי הדין המרכזיים הם אלה: 103; R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519; Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513; Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), [2000] 2 S.C.R. 307. ראו גם להלן בעמ' 436.
- 15 ראו בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 829, 812 (1993); ע"א 3295/94 פרמינגר, הנאמן על נכסי חוה ויוסף מור, פושטי רגל נ' מור, פ"ד נ(5) 121, 111 (1997); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 865, 817 (1999); דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 740, 721 (2000).
- 16 ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129, 133 (1995).
- 17 ראו חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 31 (1994).
- 18 קרפ, לעיל ה"ש 16, בעמ' 136.
- 19 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בניסוחו המקורי לא כלל פסקה בדבר "עקרונות יסוד". זו הוספה עם כינונו מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק. חוק-יסוד זה כלל גם תיקון עקיף בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם להלן בעמ' 261.

הם ביטויים זהים.²⁰ על פי גישה זו, חוק-היסוד קובע במפורש כי כבוד האדם הוא ערך חוקתי. הוא הדין בערך החוקתי של החירות ("בן-חורין"). האם כבוד האדם הוא ערך חוקתי עליון בישראל? שאלה זו טרם נדונה בהרחבה בפסיקה ובספרות בישראל.²¹ לדעתי כבוד האדם, החיים והחירות הם ערכים עליונים במשפט החוקתי הישראלי. אין שווה להם ואין גבוה מהם. הדבר עולה מפסקת "עקרונות היסוד" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיה:²²

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין".

ערך האדם הוא כבוד האדם (כערך חוקתי); קדושת חיי האדם הם החיים (כערך חוקתי), והיותו בן-חורין היא החירות (כערך חוקתי). עקרונות היסוד של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הם אפוא כבוד האדם, חיי האדם וחירותו של האדם (כערכים חוקתיים). הפסיקה של בית המשפט העליון ראתה בכבוד האדם ערך המצוי "במעלות-של-מעלה";²³ זהו ערך שהוא "היהלום שבכתר"²⁴ ו"בריח-התיכון".²⁵ כי הוא ערך "בעל מעמד חוקתי מיוחד".²⁶ דין דומה ראוי כי יחול לעניין החיים והחירות.²⁷ אכן, ביסוד חוקי היסוד מונח האדם; ביסוד האדם מונחים כבוד האדם, חייו וחירותו.²⁸

- 20 ראו פרשת סנש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 856 ("ערך האדם" [...] כולל את כבוד האדם") (השופט מ' חשין).
- 21 אך ראו פרשת סנש, שם, בעמ' 856. השופט מ' חשין מציין כי "כבוד האדם הוא היהלום שבכתר" [...] הוא בריח-התיכון בחוקי היסוד; ראו גם ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 91 (2002) ("כבוד האדם" הוא ערך מרכזי במערך זכויות האדם במשפט הישראלי. הוא משמש כערך מקריין וכערך מאזן") (השופט א' ריבלין). בבג"ץ 7357/95, 1479/96 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 787 (1996) צוין כי כבוד האדם וחירותו "הופכים לערכים מרכזיים שהתודעה נוקקת להם" (הנשיא א' ברק). בבש"פ 7053/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 510, 504 (2002) ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העמיד את ההגנה על כבוד האדם "בסולם הערכים העליון של ההווה האנושית".
- 22 סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם להלן בעמ' 261.
- 23 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 61 (1998) (השופט מ' חשין).
- 24 פרשת סנש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 864 (השופט מ' חשין).
- 25 שם, בעמ' 865 (השופט מ' חשין).
- 26 ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 221 (1994), המצוטט בבג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 596 (2004) (השופט א' ריבלין).
- 27 ראו פרשת פלוני, לעיל ה"ש 15, בעמ' 740.
- 28 ראו פרשת קראוס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 74; ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 592 (1995); רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 598 (2005).

מעמדו העליון של כבוד האדם – בצד החיים והחירות – בחוקי היסוד מתבקש גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כה מרכזי הוא עיקרון זה ביהדות עד כי נקבע כי גדול כבוד הבריות שדוחה "לא תעשה" בתורה:²⁹

"בהתנגש ערך 'כבוד הבריות' עם ערכים אחרים, עשויים הערכים האחרים להידחות מפני כבוד הבריות. בזה נתעלה ערך כבוד הבריות להיות ערך-על הדוחה ערכים אחרים".

כפי שראינו, גישה זו נגזרת מהתפיסה כי האדם נברא "בצלם אלהים".³⁰ בגדרי חוק-היסוד אנו נזקקים לעיקרון הבסיסי המונח ביסוד תפיסת כבוד האדם ביהדות ולא בפרטי הדינים הנגזרים ממנו.

הנה כי כן, הן ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית והן ערכיה כמדינה דמוקרטית יש בהם כדי להצדיק את התפיסה כי העיקרון החוקתי בדבר כבוד האדם הוא עיקרון עליון בחוקה של מדינת ישראל.³¹ אולם אין הוא העיקרון העליון היחיד – לצדו מונחים עקרון החיים ועקרון החירות.

ג. התפקיד של כבוד האדם כערך חוקתי

1. מכלול התפקידים

לערך החוקתי של כבוד האדם תפקיד נורמטיבי מרכזי: "כבוד האדם הוא ערך מרכזי במערך זכויות האדם במשפט הישראלי. הוא משמש כערך מקרין וכערך מאזן".³² הוא "קובע מציאות נורמטיבית חדשה".³³ הוא מהווה "את המסגרת הנורמטיבית העליונה".³⁴ הוא "מרכיב דומיננטי במערך הגנטי של כל כללי המשפט".³⁵ עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת קסטנבאום:³⁶

- 29 ראו נחום רקובר גדול כבוד הבריות: כבוד האדם כערך-על 51, 159 (1998).
- 30 בראשית א כז. ראו לעיל בעמ' 56.
- 31 ראו להלן בעמ' 267.
- 32 פרשת רינת, לעיל ה"ש 21, בעמ' 91 (השופט א' ריבלין).
- 33 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 478 (2005) (הנשיא א' ברק).
- 34 בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1) 403, 411 (2002) (הנשיא א' ברק).
- 35 ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, 79 (2002) (השופט מ' חשין).
- 36 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 542 (1992) (השופט א' ברק).

”מרכזיותו של הערך בדבר חופש האדם אינו מתבטא אך ברטוריקה בדבר חשיבותו של ערך זה. הוא מתורגם לשפת המשפט בתפיסה הפוזיטיביסטית, כי כבוד האדם מוליד זכויות וחובות, קובע סמכויות וכוחות ומשפיע על פרשנותו של כל דבר חקיקה. כבוד האדם בישראל אינו מטאפורה. זו מציאות נורמטיבית, ממנה מתבקשות מסקנות אופרטיביות.”

משמעות הדבר היא כי ”כבוד האדם הוא הגורם המאחד את זכויות האדם לשלמות. הוא מבטיח את האחדות הנורמטיבית של זכויות האדם.”³⁷ אחדות נורמטיבית זאת מתבטאת בשלושה עניינים מרכזיים:³⁸ ראשית, כבוד האדם משמש בסיס נורמטיבי לזכויות החוקתיות הקבועות בחוק היסוד; שנית, הוא בבחינת אמת מידה פרשנית לכל הנורמות המשפטיות (החוקתיות והתת-חוקתיות), ובהן כמובן הנורמה המשפטית של כבוד האדם; שלישית, כבוד האדם ממלא תפקיד חשוב בקביעת מידתיותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית.

2. כבוד האדם כערך חוקתי המניח בסיס לכל הזכויות

הערך בדבר כבוד האדם הוא הבסיס לכל הזכויות כולן.³⁹ בו נטוע הטיעון המרכזי מדוע

37 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 681 (2006) (הנשיא א' ברק).

38 ראו פרשת רינת, לעיל ה"ש 21, בעמ' 85. ראו גם Francios Venter, *Human Dignity as a Constitutional Value: A South African Perspective*, in RECHT, STAAT, GEMEINWOHL: Festschrift für Dietrich Rauschnig 341, 342 (Jörn Ipsen, Dietrich Rauschnig & Edzard Schmidt-Jortzig eds., 2001); Irma G. Kroeze, *Doing Things with Values II: The Case of Ubuntu*, 13 STELL. L. REV. 252, 271 (2002); Stu Woolman, *Dignity*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 36–24 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012); Henk Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, 2 STELL. L. REV. 171, 177 (2009).

39 ראו רות גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" בתוך זכויות האדם בישראל: קובץ מאמרים לזכרו של חמץ פ' שלח 61, 63 (רות גביון עורכת, 1988) ("כבוד האדם הוא המקור לכל הזכויות"). JACQUES MARITAIN, *THE RIGHTS OF MAN AND NATURAL LAW* 65 (1951); Alan Gewirth, *Human Dignity as the Basis of Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 10 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992); LOUIS HENKIN, *HUMAN DIGNITY AND HUMAN RIGHTS* (1995); Paulo C. Carbonari, *Human Dignity as a Basic Concept of Ethics and Human Rights*, in DIGNITY AND HUMAN RIGHTS: THE IMPLEMENTATION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS 35 (Berma K. Goldewijk, Adalid C. Baspineiro & Paulo C. Carbonari eds., 2002); Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, 19 EUR. J. INT'L L. 655, 680 (2008); Evadne Grant, *Dignity and Equality*, 7 HUM. RTS. L. REV. 299, 314 (2007); JAMES GRIFFIN, *ON HUMAN RIGHTS* 5, 21 (2008); Christos Giakoumopoulos, *The Principle of Respect for Human Dignity – Opening Speech*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 25, 26 (European Commission for

יש לאדם זכויות.⁴⁰ הוא הרציונל לזכויות כולן.⁴¹ הוא הצידוק לקיומן של הזכויות.⁴² על פי אנדרס (Enders) הוא הערך החוקתי הקובע כי לכל אדם הזכות לזכויות.⁴³ על היבט זה של הערך בדבר כבוד האדם עמד השופט מ' חשין:⁴⁴

“תהיינה אשר תהיינה חירויות שחוק וחוקה יעניקו לאדם [...] – כבוד האדם הוא בשורשיהן. אדם וכבודו יבקעו יחדיו מרחם אם, והשניים היו לאחדים: האדם הוא כבודו וכבודו של אדם הוא האדם. כבודו של אדם זכאי הוא לשמירה ולהגנה, הכול כדבר הוראות הסעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד.”

Democracy through Law, 1998). ראו גם המבוא לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966); המבוא לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966). בשני המבואות נקבע כי הזכויות הקבועות בהן: "derive from the inherent dignity of the human person". לניתוח ביקורתי של התפיסה כי כבוד האדם מונח ביסוד כל הזכויות, ראו Jeremy Waldron, *Is Dignity the Foundation of Human Rights* (NYU School of Law Research Paper no. 12-73, 2013).

40 ראו HENKIN, לעיל ה"ש 39. לביקורת גישה זו, ראו Doris Schroeder, *Human Rights and Human Dignity: An Appeal to Separate the Conjoined Twin*, 15 ETHIC THEORY MORAL PRAC. 323 (2012).

41 ראו Allen Buchanan, *The Egalitarianism of Human Rights*, 120 ETHICS 679, 680 (2010).

42 ראו RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 199 (1977) ("It makes sense to say that a man has a fundamental right against the government [...] if the right is necessary to protect his dignity"); WOJCIECH SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE 128 (2005); Giovanni Bognetti, *The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism*, in EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM 75, 90 (George Nolte ed., 2005).

43 ראו CHRISTOPH ENDERS, DIE MENSCHENWÜRDE IN DER VERFASSUNGSORDNUNG 501 (1997); Christoph Enders, *A Right to Have Rights – the German Constitutional Concept of Human Dignity*, 3 NUJS L. REV. 253 (2010). התפיסה בדבר "הזכות לזכויות" מצויה בפילוסופיה של חנה ארנדט (Hannah Arendt), ראו Samantha Besson, *The Right to Have Rights: From Rights to Citizens and Back*, in HANNAH ARENDT AND THE LAW 335 (Marco Goldoni & Christopher McCorkindale eds., 2012); John Helis, *Hannah Arendt and Human Dignity: Theoretical Foundations and Constitutional Protection of Human Rights*, 1 J. POL. & L. 73 (2008); ALISON KESBY, THE RIGHT TO HAVE RIGHTS: CITIZENSHIP, HUMANITY AND INTERNATIONAL LAW (2012).

44 פרשת פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 28, בעמ' 592.

ברוח דומה צוין בפרשה אחרת כי "החירות והכבוד מונחים ביסוד הסדר החברתי שלנו. הם יסוד לכל שאר זכויות היסוד".⁴⁵ מכבוד האדם כערך חוקתי משתמע כי הפרט אינו משרת של המדינה וכי לא למענה הוא קיים.⁴⁶ תפיסת הערך של כבוד האדם כבסיס לכל הזכויות אין משמעותה כי כבוד האדם הוא הנורמה הבסיסית של שיטת המשפט. ערך חוקתי חשוב ובסיסי לחוד, נורמה בסיסית לחוד.⁴⁷ הנורמה הבסיסית קובעת את אופייה המחייב של החוקה. לכך אין קשר לכבוד האדם.⁴⁸ זאת ועוד: אין להסיק כדבר מובן מאליו כי כבוד האדם הוא הערך החשוב ביותר, וכי הוא כמפתח לפתרון של כל השאלות החוקתיות הקשות.⁴⁹ כבוד האדם דורש לימוד וליבון, וכל שיטת משפט תצטרך בסופו של דבר להגדיר את עמדתה שלה לערך חוקתי זה.

3. תפקידו הפרשני של כבוד האדם כערך חוקתי

(א) תפקיד פרשני כללי

תפקידו השני של כבוד האדם כערך חוקתי הוא במתן פירוש לנורמות של שיטת המשפט.⁵⁰ לאורו של כבוד האדם תתפרשנה הוראות החוקה בכלל וכל הזכויות המעוגנות במגילת הזכויות של החוקה בפרט.⁵¹ כך למשל נקבע בחוקה של דרום-אפריקה⁵² כי

- 45 פרשת פלוניס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 740 (הנשיא א' ברק).
- 46 Kurt Sontheimer, *Principles of Human Dignity in the Federal Republic*, in *GERMANY AND ITS BASIC LAW: PAST, PRESENT, AND FUTURE* 213 (Paul Kirchhof & Donald P. Kommers eds., 1993).
- 47 ראו (1934) (M. Knight trans., 1967) HANS KELSEN, *PURE THEORY OF LAW* 193. אך ראו Woolman, לעיל ה"ש 38, בפרק 36, עמ' 22.
- 48 Laurie Ackermann, *The Soul of Dignity: a Reply to Stu Woolman*, in *CONSTITUTIONAL CONVERSATIONS* 228 (Stu Woolman & Michael Bishop eds., 2008).
- 49 ראו Botha, לעיל ה"ש 38, עמ' 177.
- 50 ראו Enders, לעיל ה"ש 43, עמ' 256; Paolo G. Carozza, *Human Dignity in Constitutional Adjudication*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 459, 466 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011); Hugh Corder, *Comment*, in *EUROPE AND US CONSTITUTIONALISM* 132 (George Nolte ed., 2005); Joan Small & Evadne Grant, *Dignity Discrimination and Context: New Directions in South African and Canadian Human Rights Law*, 6 *HUM. RTS. L. REV.* 25 (2005).
- 51 ראו Woolman, לעיל ה"ש 38 בפרק 36, עמ' 24. ראו גם *Dawood v. Minister of Home Affairs*, 2000 (3) SA 936 (CC), para. 35 (S. Afr.) ("[the value of human dignity] is a value that informs the interpretation of many, possibly all, other rights") (O'Regan J.) לתפקידו של כבוד האדם בפירוש הזכויות החברתיות ראו Sandra Liebenberg, *The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights*, 21 *S. AFR. J. HUM. RTS.* 1 (2005). לגישה דומה בארצות הברית, ראו להלן בעמ' 414; לגישה דומה בקנדה, ראו להלן בעמ' 436.
- 52 סעיף 39(1) לחוקה של דרום-אפריקה.

בפרשנותה של מגילת זכויות האדם בית המשפט “must promote the values that underline an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom” כבוד האדם, כערך חוקתי, משפיע לא רק על פרשנותה של החוקה אלא גם על פרשנותה של כל נורמה משפטית בגדרי שיטת המשפט. אכן, הערך החוקתי של כבוד האדם מקריין עצמו בכל חלקי המשפט התת-חוקתי.⁵³ ערך זה – בצד ערכים חוקתיים אחרים הנוהגים בשיטת המשפט – משפיע על פרשנותן של כל הנורמות התת-חוקתיות. על כן הוא משפיע על פירושם של החוקים והצווים. אלה מתפרשים על פי תכליתם, וזו כוללת בחובה, בגדרי התכלית האובייקטיבית, את הערך בדבר כבוד האדם.⁵⁴ לבסוף, כבוד האדם כערך חוקתי משפיע על התפתחותו של המשפט המקובל.⁵⁵ אכן, במקום שמוכר משפט מקובל, על השופטים מוטלת החובה לפתחו – ואם נדרש לשנותו – באופן שיינתן ביטוי לערכים החוקתיים, ובגדרם לערך החוקתי של כבוד האדם. עד כמה שהמשפט המקובל קובע זכויות וחובות בין פרטים הוא עשוי לפגוע בזכותו החוקתית של פרט אחד ולהגן על זכותו החוקתית של פרט אחר. המשפט המקובל הוא מעשה של רשות שלטונית, והוא כפוף אפוא

53 ראו פרשת Lüth (BVerfGE 7, 198 (1958)) : “[The] Basic Law is not a value-neutral document [...]. Its section on basic rights establishes an objective order of values, and this order strongly reinforces the effective power of basic rights. This value system, which centers upon dignity of the human personality developing freely within the social community, must be looked upon as a fundamental constitutional decision affecting all spheres of law [public and private]. It serves as a yardstick for measuring and assessing all actions in the areas of legislation, public administration, and adjudication. Thus it is clear that basic rights also influence [the development of] private law. Every provision of private law must be compatible with this system of values, and every such provision must be interpreted in its spirit. The legal content of basic rights as objective norms is developed within private law through the medium of the legal provisions directly applicable to this area of the law. Newly enacted statutes must conform to the system of values of the basic rights. The content of existing law also must be brought into harmony with this system of values. This system infuses specific constitutional content into private law, which from that point on determines its interpretation. A dispute between private individuals concerning rights and duties emanating from provisions of private law – provisions influenced by the basic rights – remains substantively and procedurally a private-law dispute. [Courts] apply and interpret private law, but the interpretation must conform to the Constitution” DONALD P. KOMMERS & RUSSELL MILLER, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 444 (3rd ed., 2012).

54 ראו Daniels v. Campbell, 2004 (5) SA 331 (CC) (S. Afr.)
 55 ראו Carmichele v. Minister of Safety and Security, 2001 (4) SA 938 (CC), para. 54 (S. Afr.); NK v. Minister of Safety and Security, 2005(6) SA 419 (CC) (S. Afr.); כן ראו Woolman, Dignity, לעיל ה"ש 38, ב-24, 36.

להוראות החוקה, ועליו להתפרש ולהתפתח על פיה.⁵⁶ לכל אלה ניתן ביטוי בחוקה של דרום-אפריקה בקבעה כי בפרשנות חקיקה ובפיתוח המשפט המקובל בית המשפט:⁵⁷

“must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights”.

אלה כוללים – כפי שנקבע במפורש בפתיחתה של מגילת הזכויות⁵⁸ – את ה- “democratic values of human dignity, equality and freedom”.

בפירוש הוראות חוקתיות ותת-חוקתיות ובפיתוח המשפט המקובל כבוד האדם הוא ערך חוקתי חשוב ובעל משקל רב. הוא נתפס כעיקרון בסיסי⁵⁹ וכערך עליון.⁶⁰ לעתים רואים בו את הערך החשוב ביותר,⁶¹ ובלעדי הבנתו של כבוד האדם אין להבין את זכויות האדם.⁶² עם זאת אין הוא הערך היחיד שבו יש להתחשב. לעתים הערך בדבר כבוד האדם יתנגש בערך חוקתי אחר. במצב דברים זה יידרש איזון חוקתי בין הערכים החוקתיים המתנגשים. איזון זה ייקבע על פי משקלם היחסי של הערכים המתנגשים.⁶³

בגדרי התפקיד הפרשני נודעת חשיבות רבה לכבוד האדם בפירושן של הזכויות החוקתיות. היקפן של הזכויות השונות, כלומר התחום שעליו הן משתרעות, מושפע מהערך החוקתי של כבוד האדם.⁶⁴ תפקיד פרשני זה ממלא כבוד האדם הן לעניין הזכויות האזרחיות והן לעניין הזכויות החברתיות.⁶⁵ במסגרת זו נאמר על כבוד האדם שהוא משמש

56 ראו *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) (U.S.).

57 סעיף 39(2) לחוקה של דרום-אפריקה.

58 סעיף 7(1) לחוקה של דרום-אפריקה.

59 ראו Stéphanie Henneke-Vaucher, *When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle*, 10 LEGAL ETHICS 193 (2007).

60 SABINE MICHAOWSKI & LORNA WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES (1999).

61 ראו Jackie Jones, *Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity Under German Law Guide the European Court of Justice?*, [2004] PUB. L. 167, 168.

62 ראו Waldron, לעיל ה"ש 39, בעמ' 2.

63 זהו איזון פרשני. אין הוא קובע את חוקתיותה של הנורמה התת-חוקתית אלא את מובנה. ראו אהרן ברק *מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 98 (2010).

64 ראו למשל *Khosa v. Minister of Social Development*, 2004 (6) SA 505 (CC), para. 76 (S. Afr.). על תפקידו הפרשני של ערך כבוד האדם במשפט הפלילי, ראו Tatjana Hörnle & Mordechai Kremnitzer, *Human Dignity as a Protect Interest in Criminal Law*, 44 ISR. L. REV. 143 (2011); John Kleinig, *Humiliation, Degradation and Moral Capacity*, 44 ISR. L. REV. 169 (2011).

65 ראו Liebenberg, לעיל ה"ש 51.

“ערך מקריין”.⁶⁶ הוא עיקרון מסדיר (רגולטיבי),⁶⁷ מארגן (organizing),⁶⁸ אינטגרטיבי⁶⁹ וכולל.⁷⁰ הוא תורם למוכן קוהרנטי והרמוני של הטקסט.⁷¹ כבוד האדם נתפס כעיקרון מייסד (founding value)⁷² המבטא את הרעיון⁷³ הבסיסי ואת הרציונל המונח ביסוד זכויות חוקתיות,⁷⁴ הוא מובן כערך המעיד כי זכויות האדם אינן ניתנות על ידי השלטון, ולכן גם אינו יכול ליטול אותן.⁷⁵ אכן, כבוד האדם מונח ביסוד הדמוקרטיה עצמה.⁷⁶ ידועה אמרתו של דבורקין שלפיה “because we honor dignity, we demand democracy”.⁷⁷ דוגמה חשובה המקובלת במשפט המשווה היא תפקידו של כבוד האדם בפרשנותה של הזכות לשוויון. בחוקה של דרום-אפריקה⁷⁸ ובצ'רטר הקנדי⁷⁹ מצויה הוראה המגדירה את הזכות לשוויון. בצד ההוראה הכללית של שוויון בפני החוק נקבעו כמה מצבים⁸⁰ שבהם

- 66 ראו פרשת רינת, לעיל ה"ש 21, בעמ' 91 (השופט א' ריבלין). ראו גם פרשת הסתדרות העובדים החדשה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 596 (השופט א' ריבלין).
- 67 ראו 8 MATTHIAS MAHLMANN, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSTHEORIE (2008).
- 68 ראו McCrudden, לעיל ה"ש 39, עמ' 675. ראו גם Lorraine E. Weinrib, *Human Dignity as a Rights-Protecting Principle*, 17 NAT'L J. CONST. L. 325, 326 (2004); Orit Kamir, *Honor and Dignity in the Film Unforgiven: Implications for Sociolegal Theory*, 40 L. & SOC'Y REV. 193 (2006).
- 69 ראו David Feldman, *Human Dignity as a Legal Value: part 1*, [1999] PUB. L. 682.
- 70 ראו Henette-Vauchez, לעיל ה"ש 59.
- 71 ראו Giakoumopoulos, לעיל ה"ש 39.
- 72 ראו Botha, לעיל ה"ש 38.
- 73 ראו HENKIN, לעיל ה"ש 39, בעמ' 14.
- 74 ראו Gewirth, לעיל ה"ש 39.
- 75 ראו Carl J. Friedrich, *The Political Theory of the New Democratic Constitutions*, 12 REVIEW OF POLITICS 215 (1950).
- 76 ראו William A. Parent, *Constitutional Values and Human Dignity*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 330 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992).
- 77 RONALD DWORKIN, LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA, AND INDIVIDUAL FREEDOM 239 (1994).
- 78 ראו סעיף 9 לחוקה של דרום-אפריקה.
- 79 ראו סעיף 15 לצ'רטר הקנדי.
- 80 ראו סעיף 9(3) לחוקה של דרום-אפריקה: “The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth” (1)15; סעיף 15(1) לצ'רטר הקנדי: “Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”.

אסורה הפליה, כגון הפליה על בסיס גזע, מין, צבע והעדפה מינית. נקבע בהוראה כי מצבים אלה אינם ממצים. הוראות אלה עוררו בעיות פרשניות קשות. לענייננו חשובות שתיים: האחת, מהי אמת המידה הקובעת מתי הבחנה בין בני אדם הופכת להיות הפליה; השנייה, מהי אמת המידה לקביעת מצבים נוספים על אלה שנקבעו במפורש כמפלים בין בני אדם. בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה⁸¹ קבע כי אמת מידה זו היא כבוד האדם. הבחנה בין בני אדם הופכת הפליה אם היא פוגעת בכבוד האדם, ומצבים נוספים הם מפלים אם הם פוגעים בכבוד האדם. גישה דומה נקט בית המשפט העליון של קנדה בפרשת *Law*.⁸²

פסיקה מאוחרת סתתה מגישה זו.⁸³

דוגמה אחרת מהמשפט המשווה עניינה השימוש בערך החוקתי של כבוד האדם בגדרי הענישה הפלילית. בכמה חוקות מצויה הוראה שלפיה עונש אכזרי, לא אנושי או משפיל (cruel, inhuman or degrading) אינו חוקתי. בפרשנותה של הוראה זו ניתן משקל נכבד לערך בדבר כבוד האדם. בדרום-אפריקה למשל נפסק כי הערך החוקתי של כבוד האדם מוביל למסקנה כי עונש של הצלפות (whipping) הוא משפיל (את הנצלף ואת המצלף).⁸⁴ בית המשפט העליון של ארצות הברית בחן את השאלה אם הערך החוקתי של כבוד האדם מוביל למסקנה הפרשנית כי עונש המוות הוא עונש לא אנושי ומשפיל. השופט ברנן (Brennan J.) השיב על שאלה זו בחיוב.⁸⁵ הייתה זו דעת מיעוט. הרוב סבר כי אין לומר שעונש המוות כשלעצמו הוא עונש לא אנושי ואכזרי. עם זאת יש לדאוג שדרכי הוצאת העונש מהכוח אל הפועל תהיינה אנושיות.⁸⁶

81 ראו Prinsloo v. Van der Linde, 1997 (3) SA 101 (CC); President of the Republic of Albie Sachs, *Equality Jurisprudence: South Africa v. Hugo*, 1997 (4) SA 1 (CC) *The Origin of the Doctrine in the South African Constitutional Court*, 5 REV. CONST. STUD. 76 (1999); Mark S. Kende, *Stereotypes in South African and American Constitutional Law: Achieving Gender Equality and Transformation*, 10 S. CAL. R. L. & WOMEN'S STUD. 3 (2000); Laurie W.H. Ackermann, *Equality and the South African Constitution: The Role of Dignity*, 63 HEIDELBERG J. INT'L L. 537 (2000); Susie Cowen, *Can 'Dignity' Guide South Africa's Equality Jurisprudence?* 17 S. AFR. J. HUM. RTS 34 (2001); Arthur Chaskalson, *Human Dignity as a Constitutional Value*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 133, 135 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); Kate O'Regan, *Undoing Humiliation, Fostering Equal Citizenship: Human Dignity in South Africa's Sexual Orientation Equality Jurisprudence*, 37 N.Y.U. LAURIE ACKERMANN, ; 39 *Grant*, REV. L. & SOC. CHANGE 307 (2013). HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 81 (2012).

82 פרשת *Law*, לעיל ה"ש 14.

83 ראו R v. Kapp, [2008] 2 S.C.R. 483. לסוגיה זו ראו להלן בעמ' 442.

84 ראו S v. Williams, 1995 (3) SA 632 (CC).

85 ראו Furman v. Georgia, 408 U.S. 238, 270 (1972) (Brennan J.); Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 229 (1976) (Brennan J.). ראו גם להלן בעמ' 423.

86 ראו פרשת *Furman*, לעיל ה"ש 85, בעמ' 457. ראו גם להלן בעמ' 423.

דוגמה נוספת מהמשפט המשווה לתפקיד הפרשני של הערך בדבר כבוד האדם היא פסיקתו של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה באשר לזכויות החברתיות והכלכליות.⁸⁷ זכויות אלה כוללות כחלק מהיקף הזכות החוקתית את הדרישה כי המדינה חייבת לנקוט "Reasonable legislative and other measures, within its available resources to achieve the progressive realisation of this right" נקבע כי בפירוש הדיבור "reasonable measures יש להתחשב בערך בדבר כבוד האדם. כותב השופט יעקוב (Yacoob J.) בפרשת⁸⁸: *Grootboom*

"[I]t is fundamental to an evaluation of the reasonableness of state action that account be taken of the inherent dignity of human beings. The Constitution will be worth infinitely less than its paper if the reasonableness of state action concerned with housing is determined without regard to the fundamental constitutional value of human dignity".

(ב) תפקיד פרשני מיוחד: פרשנות הזכות לכבוד האדם

בחוקות רבות מצויה זכות חוקתית לכבוד האדם. כך המצב למשל בחוקות של גרמניה,⁸⁹ דרום-אפריקה,⁹⁰ ישראל,⁹¹ פולניה⁹² והונגריה.⁹³ בחוקות אלה ממלא הערך החוקתי של כבוד האדם את תפקידו המרכזי: הוא משמש תכלית אשר הזכות לכבוד האדם נועדה להגשים. על רקע תכלית זו מתפרשת הזכות עצמה.

בשיטות משפט אלה עלינו להיות רגישים לקיום כפול זה של כבוד האדם: כערך חוקתי וכזכות חוקתית. כערך חוקתי תפקידו הוא בעיקר פרשני. חוק המגביל את הערך החוקתי של כבוד האדם אינו בלתי חוקתי מטעם זה בלבד. לעומת זאת כזכות חוקתית, כבוד האדם הוא זכות עצמאית העומדת על רגליה שלה. חוק המגביל את הזכות החוקתית לכבוד האדם הוא בלתי חוקתי אם הוא בלתי מידתי.

האם היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם והיקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם זהים? הערך החוקתי הוא הבסיס הפרשני לזכות החוקתית, האם אין נובע כי השניים

87 ראו Liebenberg, לעיל ה"ש 51. לביקורת על פסיקה זו, בכל הנוגע לגרעין המינימלי (ה- minimum core), ראו להלן בעמ' 489.

88 Government of the Republic of South Africa v. Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC) para. 83 (S. Afr.).

89 ראו סעיף 1(1) לחוק-היסוד הגרמני (1949). ראו להלן בעמ' 451.

90 ראו סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה. ראו להלן בעמ' 667.

91 ראו סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו להלן בעמ' 283.

92 ראו סעיף 30 לחוקה של פולניה (1997).

93 ראו סעיף 2 לחוקה של הונגריה (2012).

בעלי היקף זהה? התשובה מותנית במבנה הכללי של החוקה ובארכיטקטורה שלה מזה ובאופייה של הזכות החוקתית לכבוד האדם מזה. המבנה הכללי של החוקה – פירושה של הזכות לכבוד האדם במכלול החוקתי – עשוי להביא למסקנה כי היבטים מסוימים של הערך החוקתי של כבוד האדם לא באו לידי ביטוי בגדרי הזכות החוקתית לכבוד האדם. אופייה של הזכות החוקתית לכבוד האדם כזכות מוחלטת (שאינה כפופה לדיני המידתיות) – כפי שהדבר בחוק היסוד הגרמני – הביא להכרח פרשני לתת לזכות החוקתית פירוש צר שאינו משתרע על כל היקפו של הערך החוקתי.⁹⁴ אכן, אם כל פגיעה בערך של כבוד האדם היא פגיעה גם בזכות לכבוד האדם, הרי כל פגיעה כזו היא בלתי חוקתית ללא קשר למידתיותה. אין כל אפשרות לקיים חברה בתנאים אלה. במצב דברים זה עומדים בפני שיטת המשפט שני פתרונות אפשריים: האחד, לעמוד על הזהות בהיקף בין הערך החוקתי של כבוד האדם לזה של הזכות החוקתית לכבוד האדם תוך צמצומו של הערך החוקתי; השני, להפריד בין היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם לבין היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם, תוך קביעת היקף צר יותר לזכות החוקתית מאשר לערך. מבין שני פתרונות אלה יש לבחור בפתרון השני. לאור תפקידו הפרשני של כבוד האדם כערך חוקתי בגדרי החוקה ובגדרי המשפט כולו, אין כל צידוק לתת לו פירוש מצמצם רק בשל אופייה המיוחד של הזכות לכבוד האדם. ראוי הוא שהערך החוקתי של כבוד האדם יפעל במלוא היקפו בכל חלקי החוקה והמשפט – לבד מפרשנותה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. כך יישמר עושרו של הערך החוקתי מזה ויימצא פתרון לייחודה של הזכות החוקתית לכבוד האדם מזה. תוצאה זו – ההפרדה בין היקף הערך החוקתי של כבוד האדם לבין היקף הזכות החוקתית לכבוד האדם – ייחודית לשיטות המשפט שבהן כבוד האדם הוא זכות חוקתית מוחלטת. בכל שאר שיטות המשפט ראוי לשמור על זהות היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם לעומת היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. אכן, זהו הדין בחוקתה של דרום-אפריקה ובחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁵ אכן, בהעדר טעמים "ארכיטקטוניים" אין סיבה להניח כי התכליות המונחות ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם אינה להגשים את הערך החוקתי של כבוד האדם.

4. כבוד האדם כערך חוקתי בהגבלתן של זכויות חוקתיות

תפקידו השלישי של כבוד האדם כערך חוקתי הוא במסגרת ההגבלה של זכויות חוקתיות ובקביעת הגבולות של הגבלות אלה. מרבית הזכויות החוקתיות הן יחסיות.⁹⁶ הן ניתנות להגבלה; אפשר למנוע הגשמתן במלוא היקפן ובלבד שההגבלה היא מידתית.⁹⁷

94 ראו להלן בעמ' 291.

95 ראו להלן בעמ' 267.

96 להגדרת הזכות החוקתית היחסית ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 56.

97 על המידתיות, ראו שם, בעמ' 43.

בקביעת המידתיות של ההגבלה יש להתחשב בערך החוקתי של כבוד האדם.⁹⁸ למשל, בקביעת המידתיות במובן הצר⁹⁹ של הגבלה על זכות חוקתית לשם הגשמת אינטרס הציבור או לשם הגנה על זכות חוקתית אחרת, יש להתחשב בחשיבות החברתית השולית של מניעת הפגיעה בזכות החוקתית מחד גיסא ובחשיבות החברתית השולית של הגשמת אינטרס הציבור או של הגנה על הזכות החוקתית האחרת מאידך גיסא.¹⁰⁰ זהו מבחן של איזון (balancing) המבוסס על המשקל היחסי של החשיבות החברתית במניעת הפגיעה השולית בזכות החוקתית, ועל המשקל היחסי של החשיבות החברתית בהגשמת האינטרס הציבורי (כגון ביטחון, שלום הציבור או בריאות הציבור) או בהגנה על זכות חוקתית אחרת. בקביעת משקלם של שיקולים אלה יש להתחשב בערך של כבוד האדם המונח ביסוד הזכויות החוקתיות.¹⁰¹

מקומו של כבוד האדם בהגבלתן של זכויות חוקתיות הוא נושא חשוב העומד לעצמו. הוא נגזר מניתוחה של פסקת ההגבלה ומפרשנותה החוקתית. על ניתוח זה עמדתי בהרחבה במקום אחר.¹⁰² בספר זה – שעניינו הזכות החוקתית, להבדיל מההגבלות המוטלות עליה ואשר אינן משפיעות על היקפה – אין מקום להרחבה בסוגיית ההגבלה.

98 ראו Khumalo v. Holomisa, 2002 (5) SA 401 (CC) (S. Afr.); De Reuck v. Director of Public Prosecutions, 2004 (1) SA 406 (CC) (S. Afr.); Christian Education SA v. Minister of Education, 2000 (4) SA 757 (CC) (S. Afr.) וכן Woolman, לעיל ה"ש 38, בפרק 36, עמ' 24. גישה דומה מקובלת גם בקנדה, ראו להלן בעמ' 449. ראו גם HENKIN, לעיל ה"ש 39, בעמ' 19.

99 על המידתיות במובן הצר, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 420. ראו שם, בעמ' 430.

101 מכאן החשיבות הרבה של כבוד האדם בתחולה הישירה או העקיפה של הזכויות החוקתיות במסגרת המשפט התת-חוקתי (בעיקר הפרטי), ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק אוסוסקין 363 (2012); ACKERMANN, לעיל ה"ש 81, בעמ' 255. ראו גם R. George Wright, *Dignity and Conflicts of Constitutional Values: The Case of Free Speech and Equal Protection*, 43 SAN DIEGO L. REV. 527 (2006). ראו גם להלן בעמ' 234.

102 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 187.

פרק תשיעי

המודלים לקביעת תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם

א. שלושה סוגים של מודלים: מודלים תאולוגיים, מודלים פילוסופיים ומודלים חוקתיים

שאלת המפתח הניצבת לפנינו היא מהו תוכנו של כבוד האדם כערך חוקתי. כבוד האדם כערך חוקתי קובע נורמה משפטית אשר לה תפקידים חשובים במשפט החוקתי והתת-חוקתי. מהו המסר הנורמטיבי העולה מנורמה חוקתית זו? ההיסטוריה האינטלקטואלית הארוכה של הערך החברתי של כבוד האדם היא מקור עשיר שממנו ניתן לשאוב שני מודלים להבנת הערך החברתי של כבוד האדם העשויים להשפיע על הבנת הערך החוקתי של כבוד האדם: המודל האחד הוא המודל התאולוגי; המודל האחר הוא המודל הפילוסופי. לדעתי, אין בשני מודלים אלה כדי לתת תשובה מניחה את הדעת לכבוד האדם כערך חוקתי מודרני. כנגדם מבקש אני להעמיד מודל שלישי, המבוסס על גישה חוקתית לכבוד האדם. גישתו של כל אחד משלושת המודלים שונה היא מחברתה. עם זאת לעתים אין שוני רב בתוצאות המתבקשות מכל אחד משלושת המודלים. עניין לנו בתופעה הרולסיאנית של "חפיפה בהסכמה" (overlapping consensus).¹ נעמוד עתה על שלושת המודלים הללו.²

ב. המודלים התאולוגיים

המודלים התאולוגיים מאגדים בתוכם תפיסות שונות – ולעתים נוגדות – של תאולוגים העוסקים בכבוד האדם. המשותף לכל אלה הוא הרצון לתת לערך החוקתי של כבוד האדם

1 ראו JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 144 (2005). ראו גם LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 31 (2012).

2 להבחנה בין פרדיגמה מסורתית (traditional paradigm) – הכוללת את המודלים התאולוגיים והפילוסופיים, לפי המינוח שלנו – לבין פרדיגמה בת-זמננו (contemporary paradigm), ראו Oliver Sensen, *Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms*, 10 EUR. J. POL. THEORY 71 (2011).

את המשמעות הניתנת לערך זה בגדרי הדת.³ כל דת ותפיסתה שלה את כבוד האדם.⁴ אנו מתמקדים כאן ביהדות ובנצרות.⁵ שתי דתות אלה מבוססות על התפיסה כי האדם נוצר "בצלם אלוהים" (imago dei). מכאן מסיקים התאולוגים העוסקים בכל אחת מדתות אלה מסקנות שונות – לעתים נוגדות – באשר לכבוד האדם. אינני תאולוג, ואין בכוחי לתרום לבחינה זו. מצר אני על כך, שכן עושר רב של ערכים ועקרונות סתום הוא בפניי. עם זאת אינני סבור כי כפרשן של טקסט חוקתי עליי לפרש אותו על פי תפיסותיה של דת פלונית. ממילא איני סבור כי עליי להעמיק חקור בתפיסת כבוד האדם בדתות השונות באופן שעושה זאת התאולוג. עניין לנו בפרשנותו של טקסט חוקתי-מודרני. הפרשנות התכליתית של טקסט זה מתרכזת בהבנתו של האדם המודרני את הערך החוקתי בדבר כבוד האדם. אכן, האדם המודרני אינו בהכרח אדם שהשקפת עולמו היא דתית. לא נוכל להניח אפוא את התפיסה הדתית כבסיס להבנתו של הערך החוקתי בדבר כבוד האדם.⁶ עמד על כך השופט מ' חשין:⁷

"שומר-מצוות ומאמינים נדרשים לגזור את כבוד האדם מכבוד הקב"ה, שעל דרך זה מרוממים הם את כבוד האדם אל רום המעלה. ומה יאמרו מי שאינם שומר-מצוות ואינם מאמינים? אלה יאמרו, מה לנו שנתלה עצמנו בקב"ה להכרה בכבוד האדם כערך נעלה".

כמובן, שלילתם של המודלים התאולוגיים אין בה כדי לשלול את תוצאותיהם עד כמה שמתיישבות הן עם המודל החוקתי שבו אנו דוגלים. אכן, ברבים מהמקרים התוצאות תהיינה דומות. כך בדרך כלל וכך במיוחד לעניין הערך של כבוד האדם. הגישה התאולוגית לכבוד האדם והגישה החוקתית לכבוד האדם – חרף השוני בנקודות המוצא, שהאחת יוצאת מהאל והשנייה מהאדם – מביאות ברבים מהמקרים לתוצאות דומות.⁸ זאת ועוד: המודל

- 3 ראו GÖRAN COLLSTE, IS HUMAN LIFE SPECIAL? RELIGIOUS AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES ON THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY (2002). על העדר אפשרות לבסיס לא דתי לזכויות האדם, ראו MICHAEL PERRY, TOWARD A THEORY OF HUMAN RIGHTS: RELIGION, LAW AND COURTS (2007).
- 4 ראו HUMAN RIGHTS AND RESPONSIBILITIES: IN THE WORLD RELIGIONS (Joseph Runzo, Nancy Martin & Arvind Sharma eds., 2003); GOD AND HUMAN DIGNITY (R. Kendall Soulen & Linda Woodhead eds., 2006).
- 5 ראו לעיל בעמ' 56.
- 6 ראו PAUL KURTZ, IN DEFENSE OF SECULAR HUMANISM (1983).
- 7 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 75 (1998).
- 8 ראו מרדכי קרמניצר "דמותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית 395, 418 (אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן עורכים, 2007) ("אם יש נקודת מפגש בולטת בין המורשת של מחויבות לזכויות אדם לבין היהדות הרי היא הערך של 'כבוד האדם'").

החוקתי יונק חיותו ממהותו של האדם המודרני. מהות זו נטועה בהיסטוריה האנושית ומשקפת גם – במשקל זה או אחר – את אמונותיו הדתיות של האדם, שהשמירה עליהן ופיתוחן אף הם נדרשים מהערך החוקתי בדבר כבוד האדם.

ג. המודלים הפילוסופיים

1. הערכת המודלים הפילוסופיים

המודלים הפילוסופיים מקבצים כתיבה מקיפה וחשובה על כבוד האדם על ידי פילוסופים שונים ונוגדים.⁹ המשותף לכל הפילוסופים הללו הוא מקומו החשוב של כבוד האדם בתפיסתם הפילוסופית.¹⁰ לגדרי מודלים אלה אפשר לשייך את תפיסת כבוד האדם של ע' קנט, ר' דבורקין, ג' וולדרון וד' סטטמן. לדעתי מודל אחד ממודלים אלה אינו יכול להיות מכריע. עמד על כך בית המשפט העליון באחת הפרשנות, בציינו:¹¹

”כבוד האדם הוא עיקרון מורכב. 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.”

אין בידי להעריך את הבסיס הפילוסופי של הפילוסופים הנזכרים. קטונתי. יוצא אני מתוך ההנחה כי הגישה של כל אחד מהם לכבוד האדם מבוססת היא וראויה על פי הנחיותיה שלה, וכי יש בה כדי לתרום להבנה החוקתית המודרנית של הערך החוקתי של כבוד האדם. עם זאת כל אחד מפילוסופים אלה עסק בפילוסופיה ולא בפרשנותו של כבוד האדם במגילת זכויות חוקתיות מודרנית. התכלית המונחת ביסוד הטקסט החוקתי, הארכיטקטורה החוקתית ותפקידו של כבוד האדם בגדרי החוקה – כל אלה לא היו שיקול בגיבוש העמדה הפילוסופית, והם זרים לה. כיצד זה אפשר לבסס הבנה חוקתית של הערך בדבר כבוד האדם על תפיסה פילוסופית שבינה לבין אופיו החוקתי של הערך אין ולא כלום? לדעתי, הגישה הראויה חייבת להתמקד בתכלית המונחת ביסוד הערך של כבוד האדם בחוקה תוך הבנת

9 על כבוד האדם בפילוסופיה של המשפט הטבעי, ראו ERNST BLOCH, NATURAL LAW AND HUMAN DIGNITY (Dennis Schmidt trans., 1986) LLOYD L. WEINREB, NATURAL LAW AND JUSTICE 167 (1987); CHRISTOPHER WOLFE, NATURAL LAW LIBERALISM, 185 (2006); Robert P. George, *Natural Law*, 31 HARV. J. L. & PUB. POL'Y. 171 (2008); Patrick Lee & Robert P. George, *The Nature and Basis of Human Dignity*, 21 RATIO JURIS 173 (2008); JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS 225 (2nd ed., 2011); JOHN FINNIS, PHILOSOPHY OF LAW 349 (2011).

10 ראו COLLSTE, לעיל ה"ש 3.

11 בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827 (1993) (השופט א' ברק).

תכלית זו על יסוד תפיסת הבנתה של החברה המודרנית וצרכיה. כמובן, גאה הייתי אילו היה אפשר לאפיין גם את תפיסתי – המעוגנת בתפיסתה של חוקה מודרנית – כתפיסה פילוסופית, אך הרלוונטיות שלה להבנת כבוד האדם כערך חוקתי נגזרת מהנחות היסוד שלה בדבר התכלית המונחת ביסוד הטקסט החוקתי ולא בשל אפיונה כפילוסופיה. כמו לעניין המודלים התאולוגיים, כך גם לעניין המודלים הפילוסופיים, שלילתו של מודל פילוסופי זה או אחר אין בה כדי לשלול את תוצאותיו. אם תוצאות אלה משותפות הן גם למודל החוקתי המודרני – ראוי לקבלן. זאת ועוד: להגותם של הפילוסופים לדורותיהם השפעה על עיצוב התפיסה המודרנית של כבוד האדם. אין להבין את כבוד האדם לאחר קנט בלא להשוותו לתפיסתו של קנט. על כן יש מקום לעסוק בהגותם. באחת הפרשות ציין בית המשפט העליון כי פרשנות התכלית של כבוד האדם תושפע בין היתר "משורשיו הפילוסופיים בכלל ומכתיבתו של קנט (E. Kant) בפרט. עם זאת, יש לזכור תמיד כי עלינו להבין את כבוד האדם על רקע המציאות החברתית הקיימת בישראל ועל בסיס ערכי היסוד שלה".¹²

2. כבוד האדם וקנט

כבוד האדם ממלא תפקיד חשוב בתורתו האתית של קנט. כבוד האדם מתבסס על תבונתו ויכולתו לחוקק לעצמו באופן אוטונומי חוקים מוסריים שיפעל לפיהם. אך חופש הבחירה של כל אדם צריך לעלות עם חופש הבחירה של האחרים. זו זכותו של כל אדם להיות אדון לעצמו, חופשי מהבחירה של זולתו. כבוד האדם משמעותו שלילת האפשרות שהאדם יהא אך אמצעי להגשמת חופש הבחירה של האחר. תפיסה קנטיאנית זו של כבוד האדם הונחה ביסוד הפסיקה של בית המשפט החוקתי הגרמני המפרשת את כבוד האדם על פי נוסחת האובייקט (Objektformel). קנט עצמו נמנע משימוש נרחב בכבוד האדם בתורתו המשפטית (בה התמקד בקיום התנאים החברתיים הצודקים בהם בני האדם יוכלו לחיות זה לצד זה כחופשיים ושווים – דבר הנגזר מאנושיותם ומוסריותם). עם זאת, גישתו אומצה על ידי בית המשפט החוקתי הגרמני. כך למשל בפרשת ירוט המטוס, בה נקבע כי החוק הגרמני המאפשר, בהתקיים תנאים מסוימים, ליירט מטוס שנחטף על נוסעיו על ידי טרוריסטים הוא בלתי חוקתי. הטעם לכך היה כי החוק פוגע בכבודם של בני הערובה התמימים. הם הפכו לאמצעי בלבד לשמירת חייהם של אחרים. קנט עסק במטה-פיזיקה, ואילו אנו עוסקים בפרשנותו של כבוד האדם במגילת זכויות חוקתיות מודרנית. תהא תרומתו של קנט למחשבה האנושית גדולה ככל שתהא, תרומתו לפרשנותו של טקסט חוקתי מודרני היא קטנה. נוסחת האובייקט חשובה היא, והיא תהיה –

12 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 682 (2006) (הנשיא א' ברק).

כפי שנראה¹³ – אחד ההיבטים במודל החוקתי של כבוד האדם. עם זאת תהא זו טעות לצמצם מודל זה לנוסחת האובייקט בלבד. יטען הטוען: אם נוסחת האובייקט הקנטיאנית טובה היא וראויה לפרשנותה של הזכות לכבוד האדם בחוק היסוד הגרמני, הרי טובה היא וראויה לפרשנותו של הערך כבוד האדם בכל חוקה. טיעון זה בטעות יסודו. כל חוקה ופרשנותה שלה; כל חוקה והתכלית המונחת ביסוד הוראותיה; כל חוקה והמבנה החוקתי המאפיין אותה; כל חוקה והתפקיד המיוחס במסגרתה לכבוד האדם. גישתנו אינה אוניברסלית ופילוסופית, כגישתו של קנט, אלא יחסית ופרשנית. כך למשל בחוק היסוד הגרמני כבוד האדם הוא זכות מוחלטת. כל הגבלה על כבוד האדם היא בלתי חוקתית ללא קשר למידתיותה. במצב דברים זה יש להעניק לזכות החוקתית לכבוד האדם פירוש מצמצם. נוסחת האובייקט ממלאת תפקיד זה. מכוחה אפשר לקיים מגילת זכויות אדם מאוזנת. ומה באשר לערך של כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני? ערך זה אינו מתפרש אך על פי נוסחת האובייקט. היקפו של ערך זה רחב יותר, והוא עולה בקנה אחד עם המודל החוקתי. אכן, שעה שבית המשפט החוקתי הגרמני מפרש את הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקה – מעבר לזכות לכבוד האדם – הוא עושה כן תוך שימוש בערך של כבוד האדם, שהוא רחב ומקיף יותר מנוסחת האובייקט. על כן בשיטות המשפט שבהן כבוד האדם הוא זכות יחסית, אין כל יסוד לצמצם את הערך של כבוד האדם המונח ביסוד הזכות לנוסחת האובייקט בלבד. נוסחה זו צריכה להיות אך היבט אחד של מכלול היבטים המשקפים את הערך החוקתי של כבוד האדם.

3. כבוד האדם ודבורקין

כבוד האדם הוא ערך יסודי במשנתו של דבורקין.¹⁴ כך בכלל כתיבתו. כך במיוחד בספרו JUSTICE FOR HEDGEHOGS.¹⁵ על פי גישתו של דבורקין, כבוד האדם הוא רעיון מארגן, שכן הוא מקבץ עקרונות אתיים תחת קורת גג אחת, שעניינה כבוד האדם. עיקרון זה מחייב הערכה עצמית (המחייבת כל אדם להתייחס לחייו שלו ושל אחרים ברצינות) ואוטנטיות (על פיה ביחסיו עם הזולת כל אדם חייב לבטא את עצמו בחייו תוך חיפוש דרך חיים שהיא נכונה בנסיבותיו). אין בידי כלים פילוסופיים מספיקים להערכת תפיסתו של דבורקין את כבוד האדם. אינטואיטיבית אינני סבור כי אפשר לבסס את המשפט על עיקרון אחד שאין בו איזון פנימי. בעיניי המשפט מבוסס על עקרונות מספר המצויים כל העת בהתנגשות מתמדת. אין

13 ראו להלן בעמ' 254. על נוסחת האובייקט במשפט הגרמני, ראו להלן בעמ' 460. על פרשת יירוט המטוס, ראו להלן בעמ' 454.

14 ראו לעיל בעמ' 65.

15 RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS (2011)

להתנגשות זו פתרון במישור החוקתי, אשר בו ההתנגשות היא המצב הטבעי והרצוי. ההתנגשות בין העקרונות הנוגדים מוצאת את ביטויה במשפט התת-חוקתי (החקיקתי או ההלכתי) והיא מבוססת על עקרון המידתיות. במסגרתה של המידתיות יש לערוך איזון. יהא עניין זה אשר יהא, דבורקין לא פירש את החוקה האמריקנית או כל חוקה אחרת. הוא לא ביקש להבין את כבוד האדם כערך חוקתי. תפיסתו הפילוסופית שלפיה כבוד האדם מאחד בחובו את עקרון ההערכה העצמית ואת עקרון האוטנטיות אינה יכולה לשמש אמת מידה להבנת הערך החוקתי של כבוד האדם.

4. כבוד האדם וולדרון

בוולדרון התמזגה הבקיאות בפילוסופיה כללית, בתורת המשפט ובמשפט החוקתי. לתפיסתו את כבוד האדם בהיבט החוקתי חשיבות רבה. קיימת חפיפה רבה בין גישתו לבין גישתי, שכן משותפת לנו התפיסה הרואה בכבוד האדם את כוחו של כל אדם לכתוב את סיפור חייו בגדרי החברה.¹⁶ כן משותפת לנו התפיסה כי כבוד האדם הוא אגד של זכויות. מוכן אני לראות אגד זה כסטטוס. אך מה תוכנו של סטטוס זה? בעניין זה התרכז וולדרון בזכות השמיעה והכוח לתבוע. בוודאי אין אלה הדוגמאות היחידות. האם מוכן וולדרון להכיר בכבוד האדם כאנושיותו של האדם, על כל המשתמע מכך? אם תשובתו היא בחיוב, כי אז דעותינו זהות.

5. כבוד האדם ומרגלית וסטטמן

א' מרגלית בוחן מהי חברה הוגנת.¹⁷ על פיו חברה הוגנת היא זו שמוסדותיה אינם משפילים (humiliate) את האדם.¹⁸ זו חברה שמוסדותיה מעניקים לאדם self-respect. הזכות לכבוד האדם היא ביטוי חיצוני ל-self-respect.¹⁹ פגיעה בכבוד האדם מביאה אפוא להשפלתו.

ד' סטטמן²⁰ צועד צעד נוסף. לדעתו, יש לזהות שתי גישות בסיסיות להבנת הערך של כבוד האדם: את הגישה האחת הוא מכנה "כבוד כיחס מוסרי"; את האחרת – "כבוד כיחס לא משפיל". הגישה הראשונה היא גישתו של קנט. סטטמן מנתח אותה בהרחבה ומגיע

16 ראו (2012) 202, 71 CAMBRIDGE L.J. 200, 202. Jeremy Waldron, *How Law Protects Dignity*.

17 ראו (1996) AVISHAI MARGALIT, *THE DECENT SOCIETY*.

18 ראו שם, בעמ' 9

19 ראו שם, בעמ' 51.

20 דניאל סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001).

למסקנה כי "כאמת-מידה מעשית, המושג כבוד כיחס מוסרי הוא מושג ריק".²¹ סטטמן מציין כי "קאנט ממליץ איפוא במפורש לא להשתמש במושג כבוד בחשיבה המוסרית המעשית".²² לעומת זאת גישתו של סטטמן היא כי כבוד עניינו כבוד כיחס לא משפיל.²³ כפי שציינתי, אין זה ראוי ליתן לכבוד האדם בחוקת המודרניות אך את המשמעות הקנטיאנית. לסטטמן יש כמובן טעמים אחרים מטעמי שלי, אך מסקנתנו דומה. כמו כן מסכים אני כי כבוד כיחס לא משפיל הוא אחד ההיבטים של כבוד האדם.²⁴ השוני בין גישתו של סטטמן לבין גישתי מתבטא בשני אלה: ראשית, סטטמן סבור כי הערך של כבוד האדם כיחס לא משפיל ממצה את המושג החוקתי של כבוד האדם, ואילו אני סבור כי הוא רק אחד ההיבטים – והיבט חלקי ביותר – לכבוד האדם;²⁵ שנית, סטטמן מעמיד שתי אפשרויות בלבד: הבנת כבוד האדם כיחס מוסרי (המובן של קנט) או כיחס לא משפיל (המובן שהוא מגדירו). אפשרות שלישית אינה קיימת לדעתו. כותב סטטמן:²⁶

"המובן הרגיל של פגיעה בכבוד, דהיינו השפלה, מספק לנו אמת-מידה ברורה פחות או יותר כדי לבחון אם התנהגות מסוימת של היחיד או של השלטון מהווה פגיעה בכבוד. ברגע שאנו מבקשים להשתמש במושג 'כבוד' כבמושג נורמטיבי-מעשי מעבר למובן זה, אנו נותרים בלא כל אמת-מידה כדי לקבוע אם התנהגות כלשהי היא בגדר פגיעה בכבוד אם לאו".

לגישה זו אין בידי להסכים. המודל החוקתי המונח ביסוד ספר זה – מודל המקובל במספר ניכר של דמוקרטיות-חוקתיות המכירות בכבוד האדם כערך חוקתי בלבד או כערך חוקתי וכזכות חוקתית גם יחד – הוא חלופה שלישית.

21 שם, בעמ' 547.

22 שם.

23 ראו גם Christian Neuhauser, *Humiliation: The Collective Dimension*, in HUMILIATION, DEGRADATION, DEHUMANIZATION HUMAN DIGNITY VIOLATED (Paulus Kaufmann, Hannes Kuch, Christian Neuhaeuser & Elaine Webster eds., 2011).

24 ראו לעיל בעמ' 150. ראו גם MARTHA C. NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME AND THE LAW 230 (2004).

25 ראו להלן בעמ' 235.

26 סטטמן "שני מושגים של כבוד", לעיל ה"ש 18, בעמ' 552.

ד. המודלים החוקתיים

1. המאפיינים של המודלים החוקתיים

(א) גישה פרשנית מתוך מבט רחב

המודלים החוקתיים הם מודלים פרשניים. הם מפרשים את החוקה כמכלול. על יסוד פרשנות זו הם קובעים – בהעדר הוראה מפורשת – כי כבוד האדם הוא ערך חוקתי.²⁷ על יסוד אותה פרשנות עצמה הם מוסיפים וקובעים את תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם. מטבע הדברים כל חוקה ופרשנותה שלה. הערך של כבוד האדם, כפי שראינו,²⁸ אינו ערך אוניברסלי שהכול נותנים לו אותו מובן עצמו. דמוקרטיה חוקתית מודרנית נוהגת לרוב בפרשנות החוקתית התכליתית.²⁹ שיטת הפרשנות התכליתית מזה והארכיטקטורה הפרשנית מזה קובעות את תוכנו של הערך החוקתי בדבר כבוד האדם בגדריה של דמוקרטיה נתונה. אכן, האופי הדמוקרטי של החוקה במובנה הרחב³⁰ משפיע על הבנת הערך של כבוד האדם בה.³¹

מקרה מיוחד מציג חוק-היסוד הגרמני. במסגרתו יש לזכות החוקתית לכבוד האדם מבנה חוקתי מיוחד. זו זכות מוחלטת. אך טבעי הוא כי פרשנותה מחייבת תפיסה צרה של תוכן הזכות. כדי להגיע לתוצאה הכרחית זו אפשר לנקוט אחת משתי הדרכים האלה: האחת, אפשר לתת לערך החוקתי של כבוד האדם מובן מצמצם התואם את אופייה של הזכות החוקתית לכבוד האדם; האחרת, מתן מובן רחב לערך החוקתי של כבוד האדם אשר יחול לעניין הזכויות החוקתיות כולן, למעט הזכות החוקתית לכבוד האדם. אשר לזכות לכבוד האדם, לעניינה יחול רק היבט מצומצם של הערך הרחב. דומה שבית המשפט החוקתי הגרמני בחר באפשרות השנייה.³²

נקודת המוצא של המודלים החוקתיים היא החוקה עצמה. חוקה מודרנית זו, המשקפת את האופי הדמוקרטי של המשטר והחברה ואשר במרכזה מגילת זכויות האדם, המכירה בכבוד האדם כערך חוקתי. לרוב זהו אחד הערכים החוקתיים החשובים ביותר של

27 ראו לעיל בעמ' 209.

28 ראו לעיל בעמ' 43.

29 ראו לעיל בעמ' 175.

30 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 90 (2004).

31 ראו Catherine Dupré, *Dignity, Democracy, Civilisation*, 33 LIVERPOOL L. REV. 263 (2012).

ANDREW CLAPHAM, HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF NON-STATE ACTORS (2012).

535 (2006); Christoph Möllers, *Democracy and Human Dignity*, 42 ISR. L. REV. 416

(2009).

32 ראו לעיל בעמ' 223 ולהלן בעמ' 458.

החוקה.³³ אכן, כבוד האדם – בצד השוויון והחירות – הוא הבסיס לחוקתיות עצמה.³⁴ במצב דברים זה אין כל יסוד להשקיף על הערך החוקתי של כבוד האדם במבט מצומצם. אין כל סיבה להגביל את הערך של כבוד האדם לשמירת האדם מפני השפלה וביזוי.³⁵ הערך החוקתי של כבוד האדם נועד להגן על האדם בכל הווייתו, בכל היבטיו, בכל שאיפותיו. יש אפוא להשקיף על הערך החוקתי של כבוד האדם מתוך מבט רחב,³⁶ המבטא את מלוא מורכבותו של האדם.³⁷

(ב) פרשנות מתוך מבט רחב לערך החוקתי של כבוד האדם והזכויות החוקתיות

הגישה המעניקה לערך החוקתי של כבוד האדם פרשנות מתוך מבט רחב מעניקה לערך חוקתי זה פריסה רחבה.³⁸ לכל זכות חוקתית עצמאית יש תכליות המיוחדות לה והמשקפות את ייחודה: לא הרי התכלית המיוחדת המונחת ביסוד הזכות להרי התכלית המיוחדת המונחת ביסוד הזכות לקניין. בצד תכליות מיוחדות אלה מונחות ביסוד כל הזכויות החוקתיות העצמאיות תכליות כלליות, ובהן גם התכלית הכללית שעניינה הגשמת הערך של כבוד האדם. אכן, התפיסה הפרשנית – פרי הפרשנות התכליתית – היא כי כבוד האדם הוא ערך חוקתי כללי המונח ביסוד כל הזכויות החוקתיות, יהיו אשר יהיו, בין שהן הזכויות המקוריות שכווננו עם כבוד האדם יחדיו ובין שהן הוספו בדרך של תיקון חוקתי. התוצאה המתקבלת היא כי תכליותיהן של כל הזכויות החוקתיות חופפות זו את זו חלקית, שכן משותפת להן התכלית הכללית של כבוד האדם. בעיקרה יש לחפיפה זו אופי משלים ("חפיפה משלימה"), שכן הערך החוקתי של כבוד האדם המשותף לכל הזכויות החוקתיות העצמאיות מחזק את הערכים החוקתיים המיוחדים המאפיינים כל זכות וזכות. בחלקה

- 33 ראו להלן בעמ' 477 (דרום-אפריקה); בעמ' 436 (קנדה); ולעיל בעמ' 212 (ישראל).
- 34 ראו Susan Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, 59 U. TOR. L.J. 417 (2009).
- 35 על השקפה זו, ראו לעיל בעמ' 230.
- 36 ראו בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 29 (1996); בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 470, 456 (1994); בג"ץ 6924/00 שטנגר נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(2) 494, 485 (2001); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 518, 503 (2004); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 548 (2006) ("הזכות צריך לה שתפורש בנדיבות ובאורח ליברלי") (השופט א' ריבלין); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס"ז-ח לפסק הדין של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.1.2012). ראו גם, S. v. Makwanyane, 1995 (3) SA 391 (CC), para. 9 (S. Afr.); Case v. The Minister of Safety and Security, 1996 (3) SA 617 (CC), para. 21 (S. Afr.).
- 37 ראו Dupré, *Dignity, Democracy, Civilisation*, לעיל ה"ש 31.
- 38 ראו לעיל בעמ' 205. ראו גם Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights* (2012).

האחר יש לחפיפה זו אופי נוגד ("חפיפה נוגדת"), שכן התכלית הכללית של כבוד האדם בזכות פלונית (כגון הזכות לקניין) של פרט כנגד המדינה עשויה לנגוד את התכלית המיוחדת בזכות אלמונית (כגון הזכות לפרטיות) של פרט כנגד המדינה. על כן כאשר שתי זכויות חוקתיות עצמאיות מתנגשות, עשוי הערך של כבוד האדם למצוא עצמו בשני צדי המאזניים: חופש הרצון של פרט אחד מתנגש עם חופש הרצון של פרט אחר. מלבד זאת לעתים עשוי להתקיים ניגוד פנימי בין ההיבטים השונים זה מזה של הערך של כבוד האדם מנקודת המבט של זכות נתונה שיש לפרט כנגד המדינה. למשל, הגשמת רצונו החופשי של הפרט עשויה להביא לפגיעה באוטונומיה של רצונו או להפוך אותו לאמצעי בלבד להגשמת רצונו של אחר.³⁹ כיצד ייפתרו מקרים אלה של ניגוד? האם עלינו לאזן ברמה החוקתית בין התכליות הנוגדות? איזון פרשני זה ישפיע על היקפן של הזכויות החוקתיות השונות. לדעתי גישה זו אינה ראויה. חפיפה נוגדת היא תופעה טבעית בעולם הערכים החוקתיים; היא אינה ביטוי לטעות בחוקה. היא תופעה פיזיולוגית – לא פתולוגית. היא משקפת את עושרה של אנושיות האדם על כפילויותיה ועל סתירותיה. על כן יש להשאיר את החפיפה המשלימה או הנוגדת בלא פתרון ברמה החוקתית: יפרחו נא אלף הפרחים של הערכים החוקתיים (המשלימים או הנוגדים) ברמה החוקתית. הפתרון ימצא ברמה התת-חוקתית, וזאת באמצעות דיני המידתיות.⁴⁰

(ג) ריבוי המודלים החוקתיים

במסגרת הגישה החוקתית-פרשנית מסתופפים כמה מודלים חוקתיים. הפרשנות החוקתית – ואף בגדרי הפרשנות החוקתית התכליתית – היא בית קיבול לגישות חוקתיות שונות באשר לתוכנו של כבוד האדם כערך חוקתי. הן מהלמן (Mahlmann)⁴¹ והן אקרמן (Ackermann)⁴² למשל דוגלים, כמוני, בתפיסת הערך החוקתי של כבוד האדם מתוך פרשנות תכליתית המבוססת על מבט רחב. עם זאת לפי גישתם תוכנו של כבוד האדם משקף

39 ראו פרשת ה-*Peepshow* (BVerwGE 64, 274 (1981)), שבה נפסק בבית המשפט המנהלי העליון בגרמניה כי כדין לא ניתן לעותר רישיון לניהול עסק שבו נשים עירומות ורקדות לעיני צופים המציצים אליהן בתשלום, וזאת חרף הסכמתן של הנשים הרוקדות ותוך כדי פגיעה בזכותן לחופש העיסוק. נקבע כי הריקוד באותן נסיבות פוגע בכבוד האדם שלהן. לניתוח פסק הדין ולביקורת עליו ראו מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר *כבוד האדם כערך חוקתי במשפט הגרמני – האם גם בישראל?* 100, 48 (2011). ראו גם פרשת ה-*Dwarf-tossing* (CE, Oct. 27, 1995, Rec. Lebon 372, Conseil d'État statuant au contentieux, n.143578, n.136727), שבה פסקה ה-*Conseil d'Etat* כי כדין נאסרה תחרות שהושלך בה ננס כחץ מקשת לעבר מטרה קרובה, וזאת חרף הסכמתו של הננס, ותוך כדי פגיעה בחופש העיסוק שלו.

40 ראו להלן בעמ' 260. ראו גם MÖLLER, לעיל ה"ש 38. לגישה שונה, ראו LORENZO ZUCCA, CONSTITUTIONAL DILEMMAS: CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN EUROPE AND THE USA (2007).

41 ראו MATTHIAS MAHLMANN, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSTHEORIE (2008).

42 ראו ACKERMANN, לעיל ה"ש 1, בעמ' 86.

את "נוסחת האובייקט"⁴³ שלפיה כבוד האדם משמעותו כי לעולם אין לראות באדם אך אמצעי למען האחר, וכי תמיד יש לראות בו גם מטרה לעצמה. נוסחה זו מושפעת מתפיסתו של קנט. גישה זו אינה נראית לי. היא צרה מדי. אין היא משקפת את מלוא העושר של כבוד האדם כערך חוקתי. כך למשל קשה להלום כי נוסחת האובייקט תצדיק את המסקנה אשר כמה בתי משפט הגיעו אליה,⁴⁴ כי כבוד האדם מוביל להגנה על שמו הטוב של האדם. המבקש לתת לכבוד האדם פריסה רחבה אינו יכול להצטמצם בנוסחת האובייקט. נדרשת "נוסחה" רחבה יותר. מהי אותה מסגרת רחבה יותר? לשאלה זו אעבור עתה.

2. תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם – כבוד האדם כאנושיות של האדם כאדם

בחנינה חוקתית-פרשנית-תכליתית של הערך החוקתי של כבוד האדם משקיפה על ערך זה במלוא היקפו. הגישה היא הוליסטית.⁴⁵ היא נועדה לשקף את מורכבותו של האדם כאדם, על מלוא ההיקף של קיומו כאנוש. אכן, כבוד האדם כערך חוקתי הוא אנושיותו של האדם כאדם.⁴⁶ המובן החוקתי של ערך כבוד האדם הוא ההגנה על אנושיותו של האדם.⁴⁷ המבט הוא סובייקטיבי (תחושתו הפנימית של האדם) ואובייקטיבי (תפיסת האדם כחלק ממשפחה, מקבוצה, מחברה) גם יחד.⁴⁸ עמדה על גישה מקיפה זו השופטת ל'ירה-דובה (L'Heureux-Dubé J.) בפרשה קנדית:⁴⁹

- 43 ראו להלן בעמ' 493.
- 44 ראו למשל, Hill v. WIC Radio Ltd v. Simpson, [2008] 2 S.C.R. 420, para 79 (Can.); Church of Scientology, [1995] 2 S.C.R. 1130 (Can.); Khumalo v. Holomisa, 2002 (5) SA 401 (CC), para. 28 (S. Afr.)
- 45 ראו Catherine Dupré, *Unlocking Human Dignity: Towards a Theory for the 21st Century*, 2 EUR. HUM. RTS. L. REV. 190 (2009).
- 46 ראו ERIN DALY, DIGNITY RIGHTS: COURTS, CONSTITUTIONS AND THE WORTH OF THE HUMAN PERSON (2012). ראו Tamar Hostovsky Brandes, *Human Dignity as a Central Pillar in Constitutional Rights Jurisprudence in Israel: Definitions and Parameters*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 267 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).
- 47 ראו Catherine Dupré, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, 19 EUR. PUB. L. 319, 325 (2013) ("The core constitutional meaning of dignity [...] is] the definition and protection of humanity").
- 48 ראו OSCAR LOUIS HENKIN, HUMAN DIGNITY AND HUMAN RIGHTS 59 (1995). ראו גם Oscar Schachter, *Human Dignity as a Normative Concept*, 77 AM. J. INT'L L. 848, 849 (1983); EDWARD J. EBERLE, DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES 59 (2002).
- 49 .Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh, [2002] 4 S.C.R. 325, 378

“Dignity is by its very nature a loaded and value-laden concept comprising fundamental assumptions about what it means to be a human being in society. It is an essential aspect of humanity, the absence of which is felt by all members of society”.

ברוח דומה כתבו השופטים זקס (Sachs, J.) ואורגן (O’regan, J.) בפרשה דרום-אפריקנית:⁵⁰

“Our Constitution values human dignity which inheres in various aspects of what it means to be a human being”.

על גישה זו עמד בית המשפט העליון של ישראל:⁵¹

“במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיסית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים”.

תפיסת הערך החוקתי של כבוד האדם כאנושיותו של האדם מקובלת בספרות החוקתית.⁵² נושאי דגל חשובים שלה הם מהלמן (Mahlmann) ואקרמן (Ackermann). מהלמן דוגל בהבנה חילונית ולא מטה-פיזית של כבוד האדם.⁵³ הבנה זו מתבססת על האנושיות שבאדם.⁵⁴ אקרמן דוגל אף הוא בקשר שבין כבוד האדם לבין מושג האנושיות. באחת הפרשות הוא ציין כי:⁵⁵

50 S. v. Jordan, 2002 (6) SA 642 (CC), para. 74. ראו גם פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 36, בפס' 308, 326; Republic ; 31; Prinsloo v. Van der Linde, 1997 (3) SA 1012 (CC), para. 83; Minister of Home Affairs of South Africa v. Grootboom, 2001 (1) SA 46 (CC), para. 50; NM v. Smith, 2007 (5) SA 250 (CC), para. 131-132.

51 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 685 (הנשיא א' ברק).
52 ראו STEVEN LUKES, INDIVIDUALISM (1973); CONOR GEARTY, PRINCIPLES OF HUMAN RIGHTS ADJUDICATION 84 (2004); DAVID LUBAN, LEGAL ETHICS AND HUMAN DIGNITY 65 (2009).

53 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 41, בעמ' 262.
54 ראו Matthias Mahlmann, *The Basic Law at 60: Human Dignity and the Culture of Republicanism*, 11 GERMAN L.J. 9, 13 (2010) (“Human Dignity means the specific value .of human beings derived from their humanity as such”).

55 .Ferreira v. Levin NO, 1996 (1) SA 984 (CC), para. 49 (S. Afr.)

“Human dignity cannot be fully valued or respected unless individuals are able to develop their humanity, their ‘humanness’ to the full extent of its potential”.

גישה זו מפתח אקראמן בצורה מקיפה בספרו.⁵⁶ הוא מדגיש כי כבוד האדם מבוסס על חופש הרצון של הפרט, על כוחו ורצונו לפתח את אישיותו להגשים את חייו.⁵⁷ תרומה חשובה להבנת כבוד האדם כאנושיותו של האדם תרמה דופרה (Dupré), אשר גם היא עמדה על הבנת כבוד האדם כאנושיותו של האדם, ובלשונה:⁵⁸

“[D]ignity as a constitutional concept defines humanity and protects it by acknowledging the diversity of human identities and activities”.

דופרה מפתחת גישה זו בכל הנוגע ליחס שבין כבוד האדם לדמוקרטיה.⁵⁹ כן היא תורמת תרומה חשובה לניתוח כבוד האדם על ציר הזמן.⁶⁰ ברוח דומה מדגישה דלי (Daly) כי כבוד האדם הוא אנושיותו.⁶¹ תרומה להבנת כבוד האדם כערך חוקתי תרם פוסטר (Foster). על פי גישתו, כבוד האדם הוא המושג המרכזי בגיבוש תפיסה ביו-אתית:⁶²

“[D]ignity [...] is objective human flourishing [...]. Dignity enhancement is the process of humanization”.

- 56 ראו ACKERMANN, לעיל ה"ש 1. ראו גם HENKIN, לעיל ה"ש 48.
 57 ACKERMANN, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23.
 58 Dupré, *Human Dignity in Europe*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 332.
 59 ראו Dupré, *Dignity, Democracy, Civilisation*, לעיל ה"ש 31.
 60 ראו Catherine Dupré, *Human Dignity and the Withdrawal of Medical Treatment: A Missed Opportunity?*, [2006] EUR. HUM. RTS. L. REV. 678.
 61 ראו Dupré, *Human Dignity, Democracy, Civilisation*; לעיל ה"ש 45, Dupré, לעיל ה"ש 31.
 62 ראו DALY, לעיל ה"ש 46.
 62 CHARLES FOSTER, HUMAN DIGNITY IN BIOETHICS AND LAW 6 (2011).

פרק עשירי

תוכנו של כבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

א. כבוד האדם כאנושיותו של האדם

1. הזהות בישראל בין הערך החוקתי של כבוד האדם לזכות החוקתית לכבוד האדם

הפרשנות החוקתית התכליתית הנוהגת במדינות דמוקרטיות-חוקתיות רבות נוהגת גם בישראל. על פי המודל החוקתי המתבסס עליה, כבוד האדם כערך חוקתי משמעו אנושיותו של האדם כאדם. על פי המודל החוקתי, זהו גם מובנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם אלא אם הארכיטקטורה החוקתית – כפי המצב בחוק-היסוד הגרמני – מחייבת גישה מצרה יותר. כפי שנראה בהמשך,¹ המבנה החוקתי בישראל אינו מחייב הפרדה בין מובנו של הערך החוקתי לבין מובנה של הזכות החוקתית. היקפו ותוכנו של הערך החוקתי כהיקפה ותוכנה של הזכות החוקתית.

2. תוכנו של כבוד האדם בחוק-היסוד

(א) כבוד האדם – ההיבט הלשוני

(1) המבנה הלשוני של כבוד האדם

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים [...] בכבודו של אדם באשר הוא אדם".² כן נקבע כי "כל אדם זכאי להגנה על [...] כבודו".³ מהו תחום הפריסה הלשונית של הדיבור "כבוד האדם" בלשון העברית? התשובה על שאלה זו היא בלשנית. הפרשן כבלשן מבקש לדעת מהן המשמעויות הלשוניות שאפשר לתת בשפה העברית ל"כבוד האדם".⁴

1 ראו להלן בעמ' 290.

2 ראו סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

3 ראו סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

4 על הפרשן כבלשן, ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 43 (2003). אהרן ברק "מקומה של הלשון בפרשנות המשפט" העברית תשע"ג 13 (2013).

הדיון על היבטים פילוסופיים, חברתיים ומשפטיים של המושג "כבוד האדם" רחב ונפוץ, אך הכתיבה על אודות משמעותו הלשונית-בלשונית של הצירוף "כבוד האדם" מעטה. אורית קמיר הקדישה כמה מחקרים חשובים להבנת כבוד האדם.⁵ היא מציינת "שהמונח הישראלי-עברי 'כבוד' אינו מסמן משמעות אחת אלא מסתיר בחובו מספר משמעויות נבדלות שבשפה האנגלית ניתן להבחין ביניהן בעזרת המילים dignity, glory, respect, honor".⁶ קמיר מציינת כי "המושג 'honor' מכונה 'הדרת כבוד'; אותו סוג של כבוד שמקובל לכנותו באנגלית 'dignity' מכונה כאן 'כבוד סגולי'; טיפוס הכבוד המתקשר עם המושג 'glory' מבוטא כאן באמצעות הצירוף 'הילת כבוד' וסוג הכבוד שאני מציעה לקשור עם המילה 'respect' מכונה בספר זה 'כבוד מחיה'.⁷

קמיר אינה מגדירה את ארבעת סוגי הכבוד אלא מסרטטת "את קווי המתאר"⁸ שלהם. דומה שביסוד הדרת הכבוד מונח המוניטין או השם הטוב של האדם.⁹ היפוכה של הדרת הכבוד הוא בוש, קלון והשפלה.¹⁰ ביסוד הכבוד הסגולי מונח "ערך ליברלי, מודרני ורזה".¹¹ "פגיעה בכבוד הסגולי מבטאת אופני התייחסות לבני אדם שהם בבחינת טאבו מוחלט".¹² הילת כבוד היא "ביטויי הכבוד המיוחדים לאל".¹³ ומן האל – ובהסתמך על בריאת האדם "בצלם אלוהים" – מיוחדים ביטויים אלה לאדם.¹⁴ כבוד מחיה "מביע סובלנות כלפי כל אדם על תכונותיו וצרכיו המיוחדים כפי שהוא עצמו מגדיר אותם".¹⁵

נראה לי כי במישור הלשוני אפשר לכלול בדיבור העברי "כבוד" או "כבוד האדם" את ארבעת המובנים שמביאה קמיר. אכן, בכמה פסקי דין ציין בית המשפט העליון כי הגנה על שמו הטוב של אדם נכללת בגדרי כבוד האדם בהשתרעו הן על ה-honor של האדם והן על ה-dignity שלו. בפרשת רינת¹⁶ נקבע כי שמו הטוב של אדם הוא חלק מכבוד האדם. צוין כי

- 5 אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2004). ראו גם אורית קמיר "על פרשת דרכי כבוד – ישראל בין מגמות של הדרת כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת-כבוד (glory) וכבוד מחיה (respect)" תרבות דמוקרטית 9, 169, 171 (2005).
- 6 ראו קמיר שאלה של כבוד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 11.
- 7 שם, בעמ' 14.
- 8 שם, בעמ' 19.
- 9 ראו קמיר "על פרשת דרכי כבוד", לעיל ה"ש 5, בעמ' 175.
- 10 שם.
- 11 ראו קמיר שאלה של כבוד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 27.
- 12 שם.
- 13 שם, בעמ' 37.
- 14 שם, בעמ' 38.
- 15 שם, בעמ' 34.
- 16 ראו ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72 (2002).

השם הטוב הוא חלק מה-honor של האדם וחלק מה-dignity שלו גם יחד. כותב השופט א' ריבלין:¹⁷

"יש הרואים בשמו הטוב של אדם ביטוי חשוב לכבודו – כבוד במובן honor. שמו הטוב של אדם הוא הכבוד, ההוקרה וההכרה הקנויים לו והנובעים ממעמדו בחברה שאליה הוא משתייך. פגיעה בשמו הטוב פוגעת במעמד שיוחד לו בקהילה. שמו הטוב של אדם הוא גם אחד הביטויים לכבוד האדם – כבוד במובן dignity זהו כבוד במובן ערכו הפנימי של האדם".

בפרשת בן-גביר ציין השופט א' ריבלין:¹⁸

"באים אנו, אם כן, אל הזכות לשם טוב. אף זו הוכרה כזכות יסוד במשפטנו [...] שמו הטוב של אדם – המוניטין שצבר לעצמו במהלך חייו – הוא נכס מקניינו, הנרכש לעיתים בעמל רב ולאורך זמן. הוא מהווה ביטוי חשוב לכבודו של האדם: הן כבוד במובן honor, לאמור – ההוקרה וההכרה הנובעים ממעמדו בחברה אליה הוא משתייך, והן כבוד במובן dignity, לאמור – ערכו הפנימי של האדם. שמו הטוב של אדם מאפשר לו להימנות על בני הקהילה, ובכך להגשים את עצמו ולעצב את אישיותו".

וברוח דומה ציין השופט ע' פוגלמן:¹⁹

"בצד השני של המאזניים ניצבת ההגנה על זכותו של האדם לשם טוב. מדובר בערך רחב הכולל בחובו את זכות האדם להערכה עצמית ולכבוד אנושי, ובעיקר את זכותו של אדם לקבל מהחברה ומהסובבים אותו את הכבוד וההערכה שלהם הוא ראוי על בסיס התנהגותו, מעשיו וכישוריו. [...] המוניטין של אדם עשוי לחרוץ את גורלו, לשבט או לחסד. הוא שיקבע, במידה רבה, אם אדם יסכים להעסיקו או לעשות עימו עסקים; אם הציבור ייתן בו אמון ככל שירצה לבקש להיבחר למשרה ציבורית; אם הסובבים אותו יבקשו את חברתו או יפנו לו עורף. פגיעה לא מוצדקת במוניטין של אדם, היא פגיעה לא רק בכבודו הוא, אלא גם באינטרס רחב יותר של התנהלות תקינה של החברה".

17 שם, בעמ' 90.

18 רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' ריבלין (פורסם בנבו, 12.11.2006).

19 ע"א 751/10 פלוני נ' דייין-אורבך, פס' 18 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 8.2.2012).

(2) שלִיפת המשמעות המשפטית מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות

I. הלשון קובעת את גבולות הזכות החוקתית לכבוד האדם

המובן הבלשני של כבוד האדם הוא רחב ומקיף. הוא קובע את הגבולות אשר במסגרתם ייקבע המובן המשפטי של כבוד האדם. אכן, מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות של כבוד האדם יישלפו המשמעויות המשפטיות של הדיבור "כבוד האדם".²⁰ יהיו אלה אותן משמעויות לשוניות המגשימות את התכליות (האידיאלים או הערכים) המונחות ביסוד הערך החוקתי והזכות החוקתית – אשר היקפם בישראל זהה – לכבוד האדם. משמעויות משפטיות אלה הן הקובעות את גבולותיה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם אינו יכול להימתח אל מעבר למשמעות הלשונית של כבוד האדם בשפה העברית. לכבוד האדם (כערך וכזכות) "קרומ מעטפת" הקובע את גבולו.²¹ כאשר "קרומ המעטפת" של המובן הלשוני של כבוד האדם נקרע, מסתיימת הפעילות הפרשנית של דיבור זה. אין "לפרש" טקסט על דרך שניסיק מסקנה הנוגדת את לשון הטקסט".²²

II. הזכות החוקתית לכבוד האדם ותחושת הלשון

הדיבור "כבוד האדם" בשפה העברית הוא בעל משמעויות רבות. אפשר להבחין בין משמעות לשונית טבעית, רגילה, ראשונית לבין משמעות לשונית חריגה, מיוחדת, משנית. כל המשמעויות הללו הן חלק ממגוון המשמעויות של כבוד האדם בלשון העברית. דומה משמעות לשונית ראשונית וטבעית של כבוד האדם כוללת בחובה את שמו הטוב של האדם. עמד על כך השופט מ' חשין:²³

"רוממות־אל בגרונו. משיחים אנו רבות על כבוד האדם. מדברים אנו על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק שהושיב את כבוד האדם במעלות־של־מעלה. וכבודו של השופט בן־שמעון – כיצד זה שכך נעלם לנו והיה־כלא־היה? הכדי־כך דלים ואביונים אנו? אוסיף עוד זאת: גם לו אמרתי כי חוק איסור לשון הרע – שאותו סובבים אנו סחור־סחור – לא נוכל לחצוב מגופו חובה לפרסום החלטתו של היועץ המשפטי – ולא אמרתי כן – כבוד האדם שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו היה משמש לי בית־גנזים ליצירתה של

20 להבחנה בין משמעות לשונית למשמעות משפטית, ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 42.

21 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253 (1998).

22 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 173 (1996) (השופט מ' חשין). ראו לעיל בעמ' 179.

23 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 61 (1998).

חובה זו. נזכור כי חוק-יסוד זה לא בא אך 'להגן על כבוד האדם' (כלשון סעיף 1א בו) ולאסור על פגיעה בכבודו של אדם באשר הוא אדם (כלשון סעיף 2) אלא מוסיף הוא וקובע כי 'כל אדם זכאי להגנה' על כבודו (כלשון סעיף 4). ואני אֶזְעַק – מכוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – להגן על כבודו של השופט בן-שמעון. שאם חוק-יסוד זה – שעליו גאווה – לא יוכל לתקן עָוֹל פְּזָה, עָוֹל שנעשה לשופט, ולו במעט-מן-המעט – מה בא חוק-היסוד להשיענו ולא ידענו?".

וברוח דומה ציין השופט י' עמית:²⁴

"מכל מקום, שמו הטוב של אדם טבוע אינהרנטית במושג כבוד האדם, זו המשמעות הטבעית והראשונית של כבוד האדם. הכבוד והשם הטוב הם כתאומים בני צביה, הכבוד של אדם הוא שמו הטוב והשם הטוב הוא הכבוד, כמעט מילים נרדפות בדיבור אחד. אדם מן היישוב יזהה פגיעה בשמו הטוב של אדם כפגיעה בכבודו האישי של אדם, שהרי שמו של אדם הוא בנו-בכורו של מושג הכבוד".

כמו כן נכללים במשמעותו הראשונית של כבוד האדם הנישואין וחי המשפחה.²⁵ הבטחת הקיום האנושי הבסיסי אף הוא נתפס כנכלל במובנו הראשוני והטבעי של כבוד האדם.²⁶ "כבודו של האדם העובד כי יראה ברכה בעמלו"²⁷ הוא חלק "מכבוד האדם כהוראתו וכמשמעותו בלשון בני אדם".²⁸

בקביעת משמעותו המשפטית של כבוד האדם שולף הפרשן ממגוון המשמעויות הלשוניות של כבוד האדם את אותן משמעויות המגשימות את התכליות המונחות ביסוד הערך והזכות החוקתיים. במסגרת זו נשלפות לא רק המשמעויות הטבעיות והראשוניות של כבוד האדם אלא גם משמעויות שאינן טבעיות ואינן ראשוניות, אך המגשימות את התכלית החוקתית המונחת ביסוד הערך החוקתי והזכות החוקתית לכבוד האדם.

- 24 פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 19, פס' 3 לפסק הדין של השופט י' עמית.
 25 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 393 (2006) (המשנה לנשיא מ' חשין); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' נ"ט לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.1.2012).
 26 ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 36 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012).
 27 בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, 860 (2001) (השופט מ' חשין).
 28 שם, בעמ' 857 (השופט מ' חשין).

אמת, ההתרשמות המידית,²⁹ פרי תחושת הלשון, היא מן המשמעויות הראשוניות והטבעיות של כבוד האדם. אך זו התרשמות ראשונית בלבד. גם אם התהליך הפרשני מתחיל בהן, הוא אינו מסתיים בהן. בדור־שיח בין הפרשן לטקסט יש מעבר בלתי פוסק אשר רק בסיומו נקבעת המשמעות המשפטית של הטקסט – זו המגשימה את תכליתו.³⁰ הערך החוקתי והזכות החוקתית לכבוד האדם מתבססים אפוא לא רק על משמעותם הטבעית, הרגילה והראשונית אלא על כל משמעות לשונית המגשימה את התכליות המונחות ביסודו של הערך או ביסודה של הזכות, בין משמעות לשונית זו היא טבעית, רגילה וראשונית ובין שאין לה תכונות לשוניות אלה, ובלבד שהיא נופלת במסגרת מתחם המשמעויות הלשוניות של הדיבור "כבוד האדם" בשפה העברית.

(ב) כבוד האדם – ההיבט של התכלית

מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות על הפרשן התכליתי לשלוף אותה משמעות לשונית המגשימה את התכלית המונחת ביסוד הלשון. "שליפה" זו נעשית – על פי גישתה של הפרשנות החוקתית התכליתית – על פי התכלית המונחת ביסוד הערך החוקתי והזכות החוקתית. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל:³¹

"מהו היקף הפריסה של כבוד האדם כזכות אדם? התשובה על שאלה זו אינה פשוטה. היא נגזרת הן ממורכבותו של המושג 'כבוד האדם' והן ממקומו בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. היקפו של כבוד האדם ייקבע על פי פרשנותו התכליתית. פרשנות זו תתחשב, בין השאר, במבנה של חוק־היסוד, בהיסטוריה שלו, בתקדימים שפרשו אותו בעבר, ביחסיו לחוקי היסוד האחרים, ובמשפט ההשוואתי. היא תופרה משורשיו הדתיים אשר יסודם ביהדות [...]. היא תושפע משורשיו הפילוסופיים בכלל ובכתיבתו של קנט (E. Kant), בפרט. עם זאת, יש לזכור תמיד כי עלינו להבין את כבוד האדם על רקע המציאות החברתית הקיימת בישראל ועל בסיס ערכי היסוד שלה".

על יסוד גישה זו החליט בית המשפט העליון כי ביסוד כבוד האדם – כערך וכזכות – מונחת אנושיותו של האדם:³²

- 29 ראו בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פס' 33 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010).
- 30 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 181.
- 31 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 682 (2006) (הנשיא א' ברק).
- 32 שם, בעמ' 685 (הנשיא א' ברק).

”במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם וכל זאת בלי קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים.”

על רקע פסיקה זו נפסק בשורה ארוכה של פסקי דין כי ביסוד כבוד האדם מונחת אנושיות כיצור חופשי.³³ אנושיות זו מבוססת על האוטונומיה של הרצון הפרטי. אנושיות זו אינה עולה בקנה אחד עם תפיסת האדם כאמצעי להשגת טובתו של אדם אחר. אנושיות זו פועלת בגדריה של חברה. אעמוד על עיקריה של גישה זו.³⁴

(ג) אנושיותו של האדם כיצור חופשי

כבוד האדם כערך חוקתי – האנושיות שבאדם כאדם – משמעותה “ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו, על פי רצונו”.³⁵ רצונו של אדם הוא הביטוי לאנושיותו.³⁶ היטיב להביע זאת השופט מ' חשין, בציניו:³⁷

- 33 זוהי המשמעות של הביטוי “inherent dignity” המופיע במבוא להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, ראו JOHANNAS MORSINK, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, DRAFTING AND INTENT 290 (1990); Alan Gewirth, *Human Dignity as the Basis of Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 10 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992); WIKTOR OSIATYŃSKI, HUMAN RIGHTS AND THEIR LIMITS 189 (2009).
- 34 ראו גם כבוד האדם או השפלתו: מתח כבוד האדם בישראל (אלוף הר אבן וחרן ברם עורכים, 2000).
- 35 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 685 (הנשיא א' ברק). ביטוי ראשוני לגישה זו נמצא בבג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827 (1993). ראו גם בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 480, 464 (2005); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 561–562 (2005); בג"ץ 4542/02 עמותת “קו לעובד” נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 378, 346 (2006). זו גם הגישה במשפט המשווה. ראו LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 23 (2012) (“[Human Dignity] enables them [humans – A.B.] to exercise their own judgment, to have self-awareness and a sense of self-worth, to exercise self-determination, to shape themselves and nature, to develop their personalities and to strive for self-fulfillment in their lives”). לגישה זו בקנדה, ראו להלן בעמ' 442; לגישה זו בדרום-אפריקה, ראו להלן בעמ' 492.
- 36 ראו בג"ץ 5631/01 אקים ישראל – אגודה לאומית לקימום מפגרים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נח(1) 936, 951 (2003); ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 841 (1994) (“הזכות קיימת כחלק מהותי מתפיסת היסוד האנושיות והחברתיות שלנו”) (הנשיא מ' שמגר). ראו גם Ferreira v. Levin NO, 1996 (1) SA 984 (CC), para. 47–69 (S. Afr.).
- 37 ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 330 (2000).

”כבוד האדם משמיע אדם חופשי – לא בכדי תִּכְרוּ הכבוד והחירות וירדו אל חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – והוא אדם שהמשפט מקנה לו זכות וחופש להתוות את מהלכיו בדרכו־שלו”.

ברוח דומה ציין הנשיא מ' שמגר:³⁸

”כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש, לזכות לתשומת הלב הראויה של החברה שבה הוא חי, להשיג דעת או לסרב לדעת, כרצונו”.

האדם כיצור חופשי משמעותו חופש הבחירה הנתון לכל אדם³⁹ והחופש לעצב את חייו,⁴⁰ ולהגשים את עצמו.⁴¹ מכאן החופש של כל אדם לנהל את חייו⁴² ולפתח את אישיותו ואת זהותו העצמית.⁴³ זהו החופש של האדם לעצב כרצונו את דמותו,⁴⁴ את אורח חייו,⁴⁵ את מערכת יחסיו עם זולתו,⁴⁶ את אישיותו⁴⁷ ואת תפיסת עולמו.⁴⁸ זהו החופש של

38 פרשת פלוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 36, בעמ' 842. ראו גם מאיר שמגר "כבוד האדם ואלימות" משפט וממשל ג 33, 40 (1995).

39 ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995) ("כבודו של אדם משמיע מעצמו חופש רצון ובחירה [...]") (השופט מ' חשין); בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 783 (1996); פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 751; רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 40 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 7.10.2010); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 45 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012).

40 ראו פרשת רינת, לעיל ה"ש 16, בעמ' 89–90.

41 ראו ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558, 573 (2004). ראו גם ACKERMANN, לעיל ה"ש 35, בעמ' 108.

42 פרשת נסר, לעיל ה"ש 39, פס' 46 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש.
43 ראו שם; ראו גם פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 35, בעמ' 480. ראו גם ACKERMANN, לעיל ה"ש 35, בעמ' 106.

44 ראו ע"א 3295/94 פרמינגר, הנאמן על נכסי חוה ויוסף מור, פושטי רגל נ' מור, פ"ד נ(5) 111, 120–121 (1997); בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 457 (1997).

45 ראו בג"ץ 1355/01 סולודקין נ' עיריית בית־שמש, פ"ד נח(5) 595, 609–610 (2004).
46 כגון מעבידו: ראו בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 496 (2004).

האדם "להגשים את הוויתו האישית".⁴⁹ מכאן חשיבותו של החינוך לפיתוח אישיותו של האדם.⁵⁰ "כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על-פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי".⁵¹ אכן, "ביצירת משפחה מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם".⁵² "ההורות נתפסת כהגשמה עצמית של הפרט במובנה העמוק ביותר".⁵³ מכאן החופש להחליט מיהו האדם ש"עמו יחלוק את חייו, עמו יקים משפחה, עמו יגדל את ילדיו".⁵⁴ מכאן גם החופש להחליט היכן להימצא ולאן לנוע.⁵⁵ מכאן החופש להתקשר בחוזה.⁵⁶ ולערוך צוואה.⁵⁷ ולקבוע את תוכנם. מכאן גם החופש לבחור בשם ולשנותו,⁵⁸ לגדל זקן,⁵⁹ לקיים יחסי מין,⁶⁰ לאכול כל מזון שיחפוץ בו,⁶¹ ולהשתמש בלשון הרצויה

- 47 ראו פרשת שוקן, לעיל ה"ש 41, בעמ' 573; פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 18, פס' 14 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין; בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פס' 72 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 1.8.2010).
- 48 פרשת סולודוך, שם, בפס' 72 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 49 ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ג נז(1) 160, 175 (1997) (השופטת ד' ביניש); (1) 1999 National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice; (3) 2000 SA 936 (CC) (S. Afr.); Dawood v. Minister of Home Affairs; (3) 2011 SA 274 (CC), para. 154 (S. Afr.); Le Roux v. Dey, 2011 (3) SA 274 (CC), para. 154 (S. Afr.).
- 50 ראו בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך התרבות והספורט, פס' 18 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.7.2005).
- 51 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק); בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פס' 11 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 22.2.2010).
- 52 ראו בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פס' 4 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן (פורסם בנבו, 13.4.2011).
- 53 שם, פס' 38 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 54 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 474 (השופט ס' ג'ובראן).
- 55 ראו בג"ץ 6358/05 ואנוני נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 10 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.1.2006); פרשת יונס, לעיל ה"ש 39, פס' 40 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.
- 56 ראו פרשת הסתדרות העובדים החדשה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 542 (המשנה לנשיא ת' אור); שם, בעמ' 595 (השופט א' ריבלין); פרשת קו לעובד נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 35, בעמ' 380, 378.
- 57 ראו ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(3) 330, 347 (1992); ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 28 (1993); ע"א 1212/91 לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 732 (1994); ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פ"ד נה(1) 88 (1999); ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות הצוואה 49 (2001); ACKERMANN, לעיל ה"ש 35, בעמ' 103; Brisley v. Drotsky, 2002 (4) SA 4 (SCA), para. 94 (S. Afr.);
- 58 ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 770 (1993); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נו(4) 1, 59 (1997).
- 59 ראו פרשת נוף, לעיל ה"ש 44, בעמ' 457.
- 60 ראו פרשת טייב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 330.

לו.⁶² זהו גם החופש מה לחשוב ומה לרצות. זהו החופש לבחור אם להתאגרם אם לאו.⁶³ האדם הוא יצור חופשי. הוא חופשי "לעצב את אישיותו ולחיות את חייו על פי תפיסת עולמו באין מפריע".⁶⁴ מכאן החופש של האדם להאמין במה שרצה ולא להאמין במה שלא רצה.⁶⁵ מכאן חופש הביטוי, אשר "מאפשר לפרט להגשים את עצמו, להביע את דעותיו, להביא לידי ביטוי את תכונותיו האישיות, לחדד את רעיונותיו ולפתח את אישיותו".⁶⁶ מכאן גם החופש לשתוק.⁶⁷ חופש הרצון והבחירה הוא החופש של האדם "לדעת מי אביו, מי אמו, מניין בא – 'מי אני' יזעק".⁶⁸ חופש הבחירה הוא החופש להחליטו כיצד יממש אדם את חייו וכיצד ישלוט על גורלו.⁶⁹ מכאן החופש להקים משפחה. "הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמו".⁷⁰ מכאן הזכות לאימוץ, אשר מבטאת את הצורך "לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו".⁷¹ הוא הדין בזכות להורות. "החלטת אדם בעניין הורותו היא ביטוי מובהק למימוש חופש הבחירה, הנתון לו, לזכותו לשלוט על גורלו ולחופש ההחלטה והפעולה הנתונים לו בחייו הפרטיים".⁷² "המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה [...] זכותו של אדם לאוטונומיה

- 61 ראו פרשת סולודקין, לעיל ה"ש 45, בעמ' 609–610.
- 62 ראו ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201–202 (1993).
- 63 ראו ע"א 11771/04 לשכת עורכי הדין בישראל נ' הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים, פס' 26 לפסק הדין של השופטת ד' ברלינר (פורסם בנבו, 22.1.2007).
- 64 פרשת סולודוך, לעיל ה"ש 47, בפס' 72 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 65 ראו שם.
- 66 פרשת דייך-אורבך, לעיל ה"ש 19, פס' 17 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן. ראו גם פרשת יונס, לעיל ה"ש 39, פס' 40 לפסק הדין של השופט י' דנציגר; עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 157 (1996) ("מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו, לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו") (השופט א' מצא).
- 67 ראו Louis Seidman, Silence and Freedom (2007).
- 68 פרשת פלונית נ' פלוני (ע"א 3077/90), לעיל ה"ש 39, בעמ' 593.
- 69 ראו בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 186–187 (2005); פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 296: "התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם" (הנשיא א' ברק).
- 70 שם, בעמ' 497–496 (השופטת א' פרוקצ'יה). מכאן גם הזכות לגט: בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(4) 678, 696–697 (2008).
- 71 פרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 49, בעמ' 175 (השופטת ד' ביניש).
- 72 פרשת פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין, לעיל ה"ש 69, בעמ' 186–187 (השופטת א' פרוקצ'יה).

ולהגשמה עצמית במסגרת הבאת ילדים לעולם".⁷³ ומכאן גם הזכות לגדל את הילדים, לטפל בהם ולחנכם.⁷⁴ הנה כי כן, האדם כיצור חופשי הוא האדם המגשים את עצמו ו"הטווה את סיפור חייו".⁷⁵

החוקה אינה קובעת מודל לחיי אדם הנראה בעיניה טוב. אין "דמות אדם" שהחוקה מעמידה במרכזה. כל אדם טווה לעצמו את האופן שבו הוא רואה את חייו שלו ואת החיים

73 בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006). ראו גם פרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 49, בעמ' 175.

74 ראו פרשת קו לעובד נ' משרד הפנים, לעיל ה"ש 52, פס' 61–62 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

75 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 548 ("היא פוגעת אנושות בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו") (השופט א' ריבלין); פרשת טייב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 329–330 ("כל אישה, כל אדם, זכאים לכתוב את סיפור חייהם כרצונם ועל-פי בחירתם – כל עוד אין הם פולשים לתחמו של הזולת – והיא האוטונומיה של הרצון החופשי. כי ייכפה על אדם ללכת בדרך שלא איווה ללכת בה, תיפגע האוטונומיה של רצונו החופשי. אכן, זה גורלנו, גורל האדם, שעושים וחדלים אנו כל העת שלא-מרצון חופשי, ועל דרך זו נמצאת האוטונומיה של רצונו חסרה. ואולם במקום שהפגיעה באוטונומיה של הרצון החופשי פגיעה עמוקה היא, או-אז יתערב המשפט ויאמר את דברו. [...] האוטונומיה של הרצון החופשי נגזרת מתוך כבוד האדם והיא בתשתית חשיבתנו המשפטית. כבוד האדם משמיע אדם חופשי – לא בכדי חִבְרו הכבוד והחירות וירדו אל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – והוא אדם שהמשפט מקנה לו זכות וחופש להתוות את מהלכיו בדרכו-שלו") (השופט מ' חשין); פרשת קו לעובד נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 35, בעמ' 378 ("בגרעין ההכרה בו זכות חוקתית מונחת התפיסה כי האדם – כל אדם [...] כותב את סיפור חייו על פי בחירתו") (השופט א' לוי); פרשת פלוני נ' פלונית (בג"ץ 2123/08), לעיל ה"ש 70, פס' 17 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל ("סרבנות הגט היא תופעה קשה ומורכבת, ולצערנו אינה חדשה לנו. היא כרוכה בפגיעה קשה וכואבת באישה הנותרת כבולה לנישואין שאין היא מעוניינת בהם עוד: חירותה נפגעת, כבודה ורגשותיה נפגעים וזכותה לחיי משפחה נפגעת גם היא. זכויות אלו הוכרו בשיטתנו כולן כזכויות הנהנות ממעמד חוקתי וראשון במעלה [...]). בתוך כך נפגעת גם זכותה של האישה לאוטונומיה, זכותה של האישה להגשים עצמה כאדם חופשי, זכותה לבחור את גורלה, לכתוב את סיפור חייה – להחליט, היא ורק היא, האם ומתי יבוא על סיומו קשר נישואין שאין היא רוצה בו עוד והאם ומתי תבחר לקשור עצמה בקשר כזה בשנית"); פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין ("שלייתה [של הזכות לקיים חיי משפחה] ... פוגעת אנושות בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו"). ראו גם גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש – מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון – בני סברה 183, 196 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) ("מעל לכל אלה ניצבת היכולת של הפרט לבחור, היכולת לכתוב את סיפור חייו – הכוללת את היכולת להחליט בסופו של כל פרק על התוכן של הפרק הבא. היכולת להחליט עצמאית מתי לסיים את הפרק הנוכחי ולהתחיל את הפרק הבא. הספר הוא ספר אישי, אך הוא מכוון לקריאה על-ידי אחרים, כשם שספריהם של אחרים משפיעים ומקרינים על מלאכת הכתיבה של הפרט האחד").

הטובים. אין מודל חוקתי שכל אדם צריך לשאוף להשיגו ולדמות לו. בלשונה של דופרה
76: (Dupré)

“[C]onstitutional humanity is its essential freedom to define itself without having to conform to a pre-determined definition imposed by the state or by public power through the constitution”.

הגשמה עצמית זו, על כל היבטיה, לא תתאפשר אם לא יהיו לפרט תנאי חיים מינימליים⁷⁷ שיאפשרו את קיומו האנושי בכבוד.⁷⁸ מכאן חובתה של המדינה להבטיח “רשת מגן” לפרט שתמנע את האפשרות כי הפרט יגיע לידי מחסור קיומי.⁷⁹

(ד) אנושיותו של האדם כאוטונומיה של הרצון

ביסוד כבוד האדם עומדת “האוטונומיה של הרצון הפרטי”.⁸⁰ “האוטונומיה של הרצון החופשי נגזרת מתוך כבוד האדם והיא בתשתית חשיבתנו המשפטית. כבוד האדם משמיע אדם חופשי [...] ולא אדם שהמשפט מקנה לו זכות וחופש להתוות את מהלכיו בדרכו שלו”.⁸¹ האוטונומיה של הרצון הפרטי נפגעת “במקום שחוק פלוני מחייב אדם לעשות מעשה או לחדול מחדל בנסיבות שבהן אין הוא חייב לעשות אותו מעשה או אין הוא חייב לחדול אותו מחדל”.⁸² האוטונומיה של הרצון הפרטי נפגעת אם נקבעת חבירות אוטומטית של אדם בארגון שלא על דעתו.⁸³ היבט זה של אנושיותו של האדם חופף במידה רבה את ההיבט בדבר האדם כיצור חופשי, שהרי אוטונומיה זו משמעותה היא שהאדם שולט על

Catherine Dupré, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, 76
19 Eur. Pub. L. 319, 329 (2013).

77 ראו בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פס' 76 לפסק הדין של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 3.3.2009); פרשת חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 34 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש ופס' ב' לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין. לגישה דומה בדרום-אפריקה, ראו להלן בעמ' 489.

78 ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פס' 33 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 19.11.2009).

79 ראו פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 35, בעמ' 482–483.

80 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 684 (הנשיא א' ברק). ראו גם ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 510 (2006); פרשת נסר, לעיל ה"ש 39, פס' 46 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש. לביקורת גישה זו ראו Conon O'Mahony, *There is no Such Thing as a Right to Dignity*, 10 ICON 551 (2012).

81 פרשת טייב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 330 (השופט מ' חשין).

82 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, עמ' 751 (המשנה לנשיא מ' חשין).

83 ראו פרשת לשכת עורכי הדין בישראל, לעיל ה"ש 63, פס' 26 לפסק הדין של השופטת ד' ברלינר.

גורלו⁸⁴ וסיפור חייו.⁸⁵ לעתים קרובות קושרים השופטים יחדיו את האוטונומיה של הרצון הפרטי ואת התפיסה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו לפי רצונו.⁸⁶ עמד על כך השופט א' לוי:⁸⁷

"עקרון האוטונומיה מיוסד על ההכרה בקיומה של יכולת בחירה חופשית, בכושרו של אדם לטוות את סיפור חייו על פי השקפותיו ואמונתו, בכוחו להכריע בין חלופות על פי העדפותיו, ובאפשרותו להביא הכרעה זו לכלל מימוש".

ברוח דומה ציין השופט י' דנציגר:⁸⁸

"הגשמת חירותו של אדם, חופש בחירתו ופיתוח אישיותו מוצאים את ביטויים, בין היתר: באפשרות הקיימת לכל אדם לממש את חופש הביטוי המוענק לו בפני מי שיבחר, מתי שיבחר והיכן שיבחר; באפשרות לממש את חופש התנועה המוקנה לו; להיפגש עם מי שרק ירצה; ובאפשרות לקיים תקשורת – מפגש, שיחה, מכתב, הודעת דוא"ל וכיו"ב – עם בני אנוש אחרים. כל אלו מבטאים הגשמה של האוטונומיה של הרצון הפרטי".

על כן דין המגביל את כוחו של לקוח לפנות לקבלת שירותי משפט לכל עורך דין שיחפוץ "פוגע [...] באוטונומיה של הרצון הפרטי של הלקוח. אוטונומיה זו של הרצון מהווה ערך

84 ראו JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 369 (1986) ("The ruling idea behind the ideal of personal autonomy is that people should make their own lives. The autonomous person is a (part) author of his own life. The ideal of personal autonomy is a vision of people controlling, to some degree, their own destiny fashioning it through successive decisions through their lives"). לגישה שונה ראו O'Mahony, *There is no Such Thing*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 585.

85 ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נג(4) 526, 570–571 (1999). ראו גם גרשון גונטובניק "הקהילה הליברלית וזכויות רווחה כזכויות יסוד: עיון בהלכת קונטרם" ספר יצחק זמיר: על משפט ממשל וחברה (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

86 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 58, בעמ' 59; פרשת טייב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 330; פרשת הסתדרות העובדים החדשה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 596; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 561–562; בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, פס' 9 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 27.12.2006); פרשת דוברין, לעיל ה"ש 73, פס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת פלוני נ' פלונית (בג"ץ 2123/08), לעיל ה"ש 70, פס' 17 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 18 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 24.3.2009) ("הזכות למשפחה נגזרת [...] מן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט"); פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 19, פס' 17 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

87 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 780–781.

88 פרשת יונס, לעיל ה"ש 39, פס' 40 לפסק דינו של השופט י' דנציגר.

יסוד במשפטנו. היא מעוגנת כיום בהגנה על כבוד האדם.⁸⁹ בדומה לכך, הוראות דין המגבילות את הקשר בין אסיר עם גורמים שמחוץ לבית הסוהר פוגעות באוטונומיה של האסיר, ויש בהן פגיעה בכבוד האדם.⁹⁰ קשר הדוק קיים בין האוטונומיה של הרצון הפרטי ובין מעמדו של הפרט כשווה בין שווים בגררי החברה שבה הוא חי. עמד על כך השופט א' לוי בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל:⁹¹

"דמותו של אדם כישות אוטונומית לא תוכל להתקיים בהיעדרה של תחושת ערך עצמי ושל הכרה פנימית בכוחו לפתח את אישיותו, בכשירותו לעמוד על טיב העדפותיו, בתחושתו כי פעולותיו הרציונאליות מניבות תוצאות נטולות שרירות ובביטחונן כי אין ערכו של כוח ההגשמה האישית המסור לו נופל מזה של רעהו [...] מטבע הדברים, יתקשה הפרט לפתח את כל אלה בסביבה חברתית הנעדרת מרכיבים של הכרה הדדית, של התחשבות ושל כבוד, הן מצד בני החברה האחרים והן מצדו של גורמי השלטון [...]. הוא יתקשה לראות את עצמו כבעל בחירה חופשית בלא שיוכר ככזה בידי סביבתו [...]. הוא יחוש כמי שניטל ממנו הכוח לערוך את בחירותיו בעצמו [...] האוטונומיה היא, אפוא, תלויה יחסים ('relational autonomy'). יסודות חברתיים ראויים הם תנאי הכרחי לקיומה. אלה מחייבים כי אנשים יתחשבו זה בזה. הם דורשים קיומה של אווירה בה לא יחוש עצמו אדם נפגע שלא בצדק בשל בחירותיו. הם אינם סובלים שרירות לב, אי-הוגנות וחוסר הגיון. הם ממאנים להשלים עם הפליה בין בחירות שוות ערך של אנשים בעלי תכונות דומות. הם משקפים תפישה נכונה של זכויות יסוד. הם מבטאים את כבודו של בעל הזכות כפרט-בין-פרטים. [...] אכן, קיימת זיקה ישירה בין עקרון האוטונומיה לבין המושג 'כבוד'. אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט – שעה שבחירותיו משרתות גם את עניינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא שיש טעם ממשי לדבר, הוא, ללא ספק, אדם שכבודו נפגע".

89 בג"ץ 4330/93 גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 238 (1996) (הנשיא א' ברק).

90 ראו פרשת יונס, לעיל ה"ש 39, פס' 57 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

91 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 780–781.

היבט חשוב של האוטונומיה של רצון הפרט כמשקף את אנושיותו של האדם עניינו בחדירה לד' אמותיו של הפרט.⁹² אכן, "האוטונומיה של הרצון החופשי משמיעה, כמו במעצמה, זכות כמעט אבסולוטית לאדם על גופו".⁹³ מכאן ההכרה "באוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם – חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה".⁹⁴ מכאן ההגנה החוקתית על האוטונומיה של ההורים והילדים במשפחה.⁹⁵ מכאן ההכרה בזכות השתיקה של הנאשם.⁹⁶ מכאן גם הפגיעה באוטונומיה של הפרט אם הוא מוצא ללא הסכמתו מביתו ומועבר למקום אחר.⁹⁷ פגיעה בשלמות הגופנית והנפשית של אדם פוגעת באוטונומיה שלו,⁹⁸ ומובילה לפסילת הראיות שהתקבלו תוך כדי כך.⁹⁹ הרשעת האדם פוגעת באוטונומיה שלו.¹⁰⁰ אימתן רשות לאדם לשנות את שמו פוגע באוטונומיה של הרצון שלו.¹⁰¹ שלילת כוחו של אדם לבחור לעצמו פרקליט פוגעת באוטונומיה שלו.¹⁰² כפייה דתית פוגעת באוטונומיה של הפרט.¹⁰³ פגיעה בחופש הבחירה של הנאשם אם לנכוח במשפטו אם לאו פוגעת באוטונומיה שלו.¹⁰⁴ פגיעה בעמדה אידאולוגית עשויה לפגוע באוטונומיה של הרצון הפרטי, שכן "אוטונומיה אינה רק תכונתו המולדת או

- 92 ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 561–562.
- 93 פרשת טייב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 330 (השופט מ' חשין).
- 94 ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 235, 221 (1995) (הנשיא מ' שמגר).
- 95 ראו רע"א 3009/02 פלוגית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 873, 872 (2002).
- 96 ראו בני שטיינברג "מה נותר מן האזוהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח 163 (2006); רינת קיטאי סנג'רו "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית המשפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה" משפט וצבא 57, 31, 18 (2006). ראו גם Kent Greenawalt, *The Right to Silence and Human Dignity, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES* 192 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds. 1992). ראו להלן בעמ' 875.
- 97 ראו בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 561–562.
- 98 ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 80, בעמ' 518; פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 751.
- 99 ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 80, בעמ' 520. ראו גם בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" משפט וצבא 19, 67, 95 (2007).
- 100 ראו בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל אביב יפו, פ"ד נא(3) 750, 767 (1997) ("בשל המשמעויות המרחיקות לכת של הרשעה בפלילים, הכוללות פגיעה בכבוד ושלילת חירות, יש להקפיד על ניהול המשפט באופן שיאפשר לנאשם להציג ולבסס הגנתו כראוי") (השופט ט' שטרסברג-כהן).
- 101 ראו פרשת אפרת, לעיל ה"ש 58, בעמ' 770.
- 102 ראו פרשת גאנם, לעיל ה"ש 89, בעמ' 233.
- 103 ראו ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 653 (1999).
- 104 ראו פרשת ברקי פטה המפריס, לעיל ה"ש 39, בעמ' 783. ראו גם אמנון סטרשנוב "שפיטת נאשם בהיעדרו" המשפט ה 201 (2001).

הבלתי נשלטות של הפרט, אלא אף יכולתו לספר את סיפור חייו, ולגבש עמדות אידיאולוגיות, מצפוניות וכיוצא בזה".¹⁰⁵

(ה) אנושיותו של האדם כשלילת הפיכתו לאמצעי בלבד

אנושיותו של האדם נשענת על ההכרה "בערכו כאדם וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים".¹⁰⁶ "בני אדם לעולם עומדים כתכלית וכערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא".¹⁰⁷ זהו הד לגישה קנטיאנית שעל פיה חופש הבחירה מונח ביסוד האנושיות שבאדם. חופש בחירה זה מוגן מפני חופש הבחירה של אחרים. כאשר אדם כפוף אך לבחירתו של אחר, הוא אמצעי להגשמתה של בחירה זו, והדבר פוגע באנושיותו. מכאן התפיסה שלפיה כבוד האדם משמעותו שלילת האפשרות שהאדם יהיה אך אמצעי להגשמת חופש הבחירה של האחר. בני האדם שווים במובן זה ששום אדם אינו אדון על זולתו.¹⁰⁸ "חפץ דומם – וכמותו בעל-חי – רשאי הבעלים לטלטלו כרצונו ממקום למקום, ולהעבירו מיד ליד, ואין מכהים בו. לא כן הוא האדם, אין עושים בו [...] אלא לרצונו".¹⁰⁹ האדם אינו אך אמצעי להפקת רווחים של האחר.¹¹⁰ גישה זו אומצה בכמה פסקי דין. באחת הפרשות כתב השופט א' לוי:¹¹¹

"עקרונות בסיס של מוסר ליבראלי לימדונו, כי לעולם יהא האדם מטרה ולא אמצעי גרידא בהגשמתה. 'האדם וכל יצור בעל תבונה בכלל', כתב קאנט, 'ישנו בתור תכלית לעצמה: לא רק אמצעי הוא שרצון זה או אחר יוכל

- 105 בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פס' 35 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן (פורסם בנבו, 23.2.2012).
- 106 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 685 (הנשיא א' ברק). לגישה דומה בקנדה, ראו להלן בעמ' 446. לגישה דומה בדרום-אפריקה, ראו להלן בעמ' 493.
- 107 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 35, בעמ' 346 (השופט א' לוי).
- 108 ראו לעיל בעמ' 250.
- 109 פרשת הסתדרות העובדים החדשה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 575 (השופט מ' חשין).
- 110 ראו פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 78, פס' 36 לפסק הדין של הנשיא ד' ביניש ("המאסר המבוסס על התכלית הכלכלית הפרטית הופך את האסירים, למעשה, בעצם כליאתם בבית סוהר בניהול פרטי, לאמצעי להפקת רווחים כספיים על ידי התאגיד שמנהל ומפעיל את בית הסוהר [...]). עצם קיום המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם".
- 111 בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פס' 28 לפסק הדין של השופט א' לוי (פורסם בנבו, 19.9.2007); קו לעובד נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 35, בעמ' 399 ("בני אדם לעולם עומדים כתכלית וכערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא") (השופט א' לוי).

להשתמש בו כחפצו. אסור להשתמש בו שימוש אמצעי בלבד, והוא מגביל אפוא במדה זו את שרירות הרצון והוא מושא להכרת כבוד".

ברוח דומה ציינה השופטת ע' ארבל בפרשה אחרת:¹¹²

"הערך בדבר כבוד האדם, שבו אתמקד [...] טומן בחובו את ההכרה בערך האדם ואת ההתבוננות באדם כמטרה בפני עצמה [...]. כשם שעולה מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט, אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו, ובלשונו 'הציווי המעשי יהיה כדלקמן: עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד'".

ביסוד אנושיותו של האדם מונחת התפיסה כי "כל אדם הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה".¹¹³ על כן יש להתייחס אל האדם תמיד כמטרה ולא כאל אמצעי בלבד.¹¹⁴ כמובן, לעתים קרובות בני האדם משמשים אמצעי להגשמת מטרות שהן חיצוניות להם, אך אנושיותם תיפגע רק אם הם משמשים אמצעי בלבד, בלא להיות מטרה כלל.¹¹⁵ על כן, אין להטיל אחריות פלילית בלא מחשבה פלילית. הטלת אחריות פלילית במצב דברים זה פוגע בכבוד האדם של המבצע, שכן הוא הופך להיות אך אמצעי להזהיר ולהרתיע אחרים.¹¹⁶ על כן, אחריות פלילית מוחלטת נוגדת את כבוד האדם. על יסוד תפיסה זו החליט בית המשפט העליון של קנדה כי אין להטיל אחריות פלילית מוחלטת (absolute liability). הטלת אחריות פלילית מוחלטת הופכת את הנאשם לאמצעי בלבד, דבר הנוגד את כבוד האדם.¹¹⁷ הכרה בחזקת החפות נגזרת מכבוד האדם, שכן היא מבטאת את התפיסה שלפיה האדם הוא תכלית

112 פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 78, פס' 3 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

113 פרשת ברקני פטה המפריס, לעיל ה"ש 39, בעמ' 783 (הנשיא א' ברק).

114 ראו פרשת הסתדרות העובדים החדשה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 596; פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 78, פס' 18 לפסק הדין של השופטת מ' נאור ("עבודות האסיר אצל הזכייין הפרטי הופכת את האסיר ל'אמצעי להפקת רווחים' באופן המקים פגיעה בכבוד האדם. [...] ההכרה באדם כמטרה ולא כאמצעי קשורה 'בקשר ענייני הרוק' לכבוד האדם").

115 ראו עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית וערך כבוד האדם" מחקרי משפט יג 87, 95 (1996). ראו גם ACKERMANN, לעיל ה"ש 35, בעמ' 61.

116 ראו Mordechai Kremnitzer & Tatjana Hörnle, *Human Dignity and the Principle of Culpability*, 44 *ISR. L. REV.* 115 (2011); Miriam Gur-Arye & Thomas Weigend, *Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German and Israeli Perspectives*, 44 *ISR. L. REV.* 63 (2011); Otto Lagodny, *Human Dignity and its impact on German Substantive Law and Criminal Procedure*, 33 *ISR. L. REV.* 515 (1999).

117 ראו *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906 (Can.).

בפני עצמו.¹¹⁸ באופן כללי אפשר לומר כי זכותו של אדם להליך הוגן נגזרת מכבודו כאדם.¹¹⁹ לתפיסה זו השפעה על הענישה. אסור שהענישה תהפוך את הנאשם אך לאמצעי להרתיע אחרים.¹²⁰ עובד זר אסור לו שיהפוך אך לאמצעי לעבודה זולה.¹²¹

(ו) אנושיות בגדריה של חברה

ההיבטים השונים של כבוד האדם המגבשים את אנושיותו של האדם הם אנושיות "בחברה בה הוא חי".¹²² אין זו אנושיות של אדם על אי בודד.¹²³ זו אנושיות הבנויה על יחסים הדדיים בין הפרט לבין פרטים אחרים, ובין הפרט לבין המדינה.¹²⁴ "האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו, וזאת במסגרת החברתית שעמה הוא קשור ושבה הוא תלוי".¹²⁵ "זכויות היסוד חיות ומתקיימות בתוככי חברה אנושית, בין בני אדם, ואמורות הן לבטא את ההכרה בכבוד האדם, באוטונומיה של הרצון החופשי, בחופש של האדם לעצב את חייו כרצונו בחברה שהוא חי בה. האדם הוא יצור חברתי, וקיומו, התפתחותו ופריחתו, כל אלה תולים עצמם בקיומה של חברה אנושית בה מתקיימים סדר, ביטחון ושלוש מינימליים".¹²⁶ כבוד האדם אינו רק המונולוג שלו אלא גם הדיאלוג שבינו

- 118 ראו רינת קיטאי סנג'רו "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין הפליליים" עלי משפט ג 405 (2003).
- 119 ראו מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 375, 354 (2002). ראו גם אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (1993); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 432 (1994).
- 120 ראו S. v. Dodo, 2001 (3) SA 382 (CC), para. 38 (S. Afr.).
- 121 ראו Larbi-Odam v. MEC for Education, 1998 (1) SA 745 (CC), para. 19 (S. Afr.).
- 122 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 685 (הנשיא א' ברק). ראו גם ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל ה"ש 119, בעמ' 277; David J. Mattson & Susan G. Clark, *Human Dignity in Concept and in Practice*, 44 POLICY SCIENCES 303 (2011). לגישה דומה בקנדה, ראו להלן בעמ' 446.
- 123 ראו רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 64 (1996); פרשת חורב, לעיל ה"ש 58, בעמ' 39; בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832 (1999); פרשת עג'ורי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 365. ראו גם בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 384 (1997); פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 35, בעמ' 488 (הנשיא א' ברק) ובעמ' 495 (השופט א' לוי).
- 124 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 781: "האוטונומיה היא, איפוא, תלוית יחסים (relational autonomy)" (השופט א' לוי). ראו גם ACKERMANN, לעיל ה"ש 35, בעמ' 75, המדגיש את ה-"relationality" aspect of human dignity.
- 125 פרשת ויכסלבאום, לעיל ה"ש 35, בעמ' 827 (השופט א' ברק).
- 126 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 394–395 (המשנה לנשיא מ' חשין).

לכין בני החברה האחרים.¹²⁷ כבוד האדם אינו רק הכבוד שלי אלא גם הכבוד של האחר ושל השונה.¹²⁸ כבוד האדם מוצא את ביטויו בהשתייכות לחברה ולקהילה. השתייכות זו היא פסיבית ואקטיבית גם יחד. יש לה אפוא חלק בהשקפותיה של הקהילה והיא כוללת מתן ביטוי להן.¹²⁹ מכאן הקשר ההדוק שבין כבוד האדם לדמוקרטיה. אכן, הערך החוקתי של כבוד האדם יכול להתפתח רק בחברה דמוקרטית המעמידה את האדם במרכזה.¹³⁰

(ז) אנושיות האדם והגזע האנושי

שאלה חשובה היא עד כמה כבוד האדם כערך חוקתי פועל לא רק בגדריה של חברה דמוקרטית נתונה אלא גם בגדרו של הגזע האנושי. האם כבוד האדם נועד להגן על הגזע האנושי (homo sapiens)? תשובה לשאלה זו חשובה היא לעניין הביו-אתיקה. בשנים האחרונות חל פיתוח מקיף במחקר הרפואי המערור בעיות ביו-אתיות, וזאת בתחומים כגון שיבוט (cloning), מחקר תאי גזע (stem cells research) ושיטות אחרות להנדסה גנטית (genetic engineering).¹³¹ רבים המתנגדים להתפתחות זו בדאגם לעתידו של הגזע האנושי. אחד המכשירים החוקתיים ששימש בגדרי התנגדות זו – הוא הזכות לכבוד האדם. אם ההגנה על הגזע האנושי נופלת בגדרי היקפה של הזכות לכבוד האדם, כי אז יש בחקיקה המאפשרת התפתחויות שונות בתחום הביו-אתי כדי לפגוע בכבוד האדם. עד כמה שזכות זו היא זכות מוחלטת, יש בכך כדי להפוך פעילות זו בשלב מסוים לבלתי חוקתית. התשובה לטיעון זה היא כפולה: ראשית, טרם הוכרעה השאלה אם כבוד האדם משתרע גם על הגנתו של הגזע האנושי; שנית, גם אם חקיקה שתאפשר את המחקר הביו-אתי עשויה לפגוע בכבוד האדם, אין בכך כדי לסתום את הגולל על מחקר זה, שכן ההכרעה בסופו של יום תהיה – בתחום זה ככלל תחום אחר – על פי כללי המידתיות.¹³² כמובן, תשובה אחרונה זו אינה עומדת במשפט הגרמני, אך היא נראית בעיניי תשובה ראויה בכל שיטות המשפט האחרות.

127 ראו מונדלק, לעיל ה"ש 75, בעמ' 208 ("הצורך בהגברת הדיאלוג, להבדיל מהדגשת חופש הביטוי של הפרט שזור לתוך מבנה זכויות היסוד התבונונות החורגת מהפרט הבודד והמדגישה את האינטראקציה של הפרט עם החברה").

128 ראו MEC for Education v. Pillay, 2008 (1) SA 474 (CC), para. 53 (S. Afr.). ראו גם WILLIAM SIMMONS, HUMAN DIGNITY AND THE MARGINALIZED OTHER (2011).

129 ראו ACKERMANN, לעיל ה"ש 35, בעמ' 103.

130 ראו Lorraine E. Weinrib, *Human Dignity as a Rights-Protecting Principle*, 17 NAT'L J. CONST. L. 325 (2005); Kai Möller, *On Treating Persons as Ends: The German Aviation Security Act, Human Dignity and the Federal Court*, [2006] PUB. L. 457; PETER HÄBERLE, *EUROPÄISCHE VERFASSUNGSLEHRE* (6th ed., 2009); Catherine Dupré, *Dignity, Democracy, Civilisation*, 33 LIVERPOOL L. REV. 263 (2012).

131 ראו HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 77 (2006).

132 ראו להלן בעמ' 368.

לגופו של עניין, דעתי היא – והיא בוודאי שנויה במחלוקת¹³³ – כי אם הערך של כבוד האדם פועל בגדרו של הגזע האנושי, ההגנה על גבולותיו של הגזע האנושי הם חלק מהגדרת הערך בדבר כבוד האדם. כמובן, מחקר מדעי, כשלעצמו, אין בו פגיעה באנושיותו של הגזע האנושי. עם זאת הוצאתו של מחקר זה מהכוח אל הפועל עשויה לפגוע באנושיות זו. חקיקה אשר תמנע מימוש זה תפגע בערך החוקתי של כבוד האדם. במקום שכבוד האדם הוא גם זכות חוקתית, היא תפגע גם בזכות זו. פגיעה זו תהא חוקתית אם היא מידתית.

3. ביקורת המודל החוקתי של אנושיות והתשובה לה

כנגד גישתנו שלפיה הערך החוקתי של כבוד האדם משמעותו אנושיותו של האדם, אפשר להעלות ארבעה טיעונים עיקריים: הראשון, לפיו תפיסתנו חסרה אמות מידה, וממילא היא מעניקה יד חופשית לכל העוסק במושגיות זו;¹³⁴ השני, לפיו תפיסתנו מעניקה לערך החוקתי של כבוד האדם – ובעקבותיו גם לזכות החוקתית לכבוד האדם – תחולה מקיפה מדי; השלישי, לפיו תפיסתנו את הערך החוקתי של כבוד האדם יוצרת ניגודים פנימיים בתוך היקפו של ערך זה, והיא נעדרת מרכיב מוסרי;¹³⁵ הרביעי, לפיו קשירת כבוד האדם עם חופש הרצון ועם האוטונומיה של הרצון הפרטי מוציאה מתחום תחולתו של כבוד האדם את אותם בני אדם שבשל מצבם הנפשי או הפיזי חסרים כל אוטונומיה וכל רצון חופשי.¹³⁶

אין בידי לקבל ביקורת זו. אנושיותו של האדם היא מושגיות המצביעה על אמות מידה לקביעת תוכנה. אמת, אמות מידה אלה אינן מצביעות על תוצאה אחת ויחידה; אמת, הן מעניקות שיקול דעת לעוסק במושגיות זו. אין באמיתות אלה כדי לשלול ממודל זה אמות מידה המאפיינות אותו. הוא אינו שונה, כמובן זה, מאמות המידה לקביעת תוכנו של הערך החוקתי בדבר שוויון או חירות.

133 ראו DERYCK BEYLEVELD & ROGER BROWNSWORD, HUMAN DIGNITY IN BIOETHICS AND BIOLAW (2001); LEON R. KASS, LIFE, LIBERTY & THE DEFENSE OF DIGNITY: THE CHALLENGE OF BIOETHICS (2002); DERYCK BEYLEVELD & ROGER BROWNSWORD, CONSENT IN THE LAW (2007); ROGER BROWNSWORD, RIGHTS, REGULATION AND THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION (2008); CHARLES FOSTER, HUMAN DIGNITY IN BIOETHICS AND LAW (2011); GEORGE KATEB, HUMAN DIGNITY (2011).

134 זהו טיעונו של סטטמן, ראו לעיל בעמ' 230.

135 ראו אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 109 (2013).

136 ראו O'Mahony, *There is no Such Thing*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 565; Matthias Mahlmann, *Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 370, 372 (Michael Rosenfeld & Andras Sajo eds., 2012).

תחולתו של מודל האנושיות היא אכן רחבה.¹³⁷ אך טבעי הדבר לערך חוקתי יסודי המונח ביסוד החוקה כולה או ביסוד מגילת הזכויות כולה. דווקא פתרון המעניק לערך החוקתי של כבוד האדם מובן מצמצם לא היה עולה בקנה אחד עם הבנת ערך חוקתי כה יסודי ובסיסי. זכויות היסוד בישראל מקובצות בחוק־יסוד מאגד המכונה חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם הוא הערך הכולל המקיף את כל הזכויות החוקתיות המעוגנות בו. אך טבעי הוא שהיקף פריסתו של ערך זה יהא רחב וישתרע כדי אנושיותו של כל אדם ואדם. יש להדגיש כמובן כי אנושיות מקיפה זו אינה נשמרת כל העת. חיי חברה תמיד קשורים בפגיעות בערך החוקתי של כבוד האדם. פגיעות אלה הן חוקתיות אם הן מידתיות. אין בכך כדי לפגוע במודל המוצע. הפגיעה החוקתית באנושיות של האדם אינה גורעת מאנושיות זו את אותו היבט שהפגיעה בו חוקתית. עלינו להבחין בין הרמה החוקתית, שבה שולטת אנושיותו של האדם, לבין הרמה התת־חוקתית המכירה – כדי לקיים חיי חברה תקינים – באפשרות הפגיעה המידתית באנושיותו של האדם.

מעניין לציין כי אנושיותו של האדם מופיעה גם אצל קנט.¹³⁸ אנושיות זו קשורה אצל קנט ברציונליות האנושית.¹³⁹ לא כן על פי המודל שלנו. הרציונליות האנושית אינה מרכיב של המודל המוצע. עקרונית ניתן להרחיב את המודל שלנו באופן המכיר בערך החוקתי של כבודם של בעלי חיים שאינם בני אדם. עניין הוא למבנה החוקה ולארכיטקטורה שלה. החוקות המודרניות מעניקות מגילת זכויות לבעל החיים המכונה אדם ולא לבעלי החיים האחרים. בכך הן משקפות את התפיסות הנוהגות בחברתן. תפיסות אלה יכולות להשתנות. לעניין הטיעון בדבר ניגודים פנימיים: אכן, תפיסת כבוד האדם מתוך מבט רחב משתרעת על מלוא מורכבותו של בן־האנוש. מורכבות זו מתבטאת גם בניגודים פנימיים. הפרט רוצה דבר והיפוכו; רצונו של פרט אחד מתנגש עם רצונו של פרט אחר. חיי חברה הם חיים תוך כדי ניגודים. ביטוי למורכבות זו נתנו Beyleveld ו־Brownsword¹⁴⁰ בציינם כי

137 ראו Mattihas Kumm, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, 7 GERMAN L. J. 341 (2006); Kai Möller, *THE GLOBAL MODEL OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* (2012).

138 ראו Arthur Ripstein, *FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY* (2009) 30.

139 גם Ackermann, לעיל ה"ש 35, מבסס את כבוד האדם ברציונליות האנושית.

140 ראו Beyleveld & Brownsword, לעיל ה"ש 133. ראו גם Deryck Beyleveld & Roger Brownsword, *Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics*, 61 MOD. L. REV. 661 (1998); Roger Brownsword, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in *HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW* 181 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001); Roger Brownsword, *An Interest in Human Dignity as the Basis for Genomic Torts*, 42 WASHBURN L.J. 413 (2003); Roger Brownsword, *Bioethics Today, Bioethics Tomorrow: Stem Cell Research and the "Dignitarian Alliance"*, 17 NOTRE

בדיונים שונים, בעיקר אלה הקשורים לביו-אתיקה, כבוד האדם ממלא שני תפקידים: האחד כמבסס את האוטונומיה של הפרט (human dignity as empowerment), והשני כמרסן את האוטונומיה של הפרט (human dignity as constraint). בין שני תפקידים אלה קיים מתח, ולעתים אף קיימת סתירה. לכך אני מסכים. בין רצוני שלי לבין רצונך שלך תמיד יש מתחים וסתירות. סתירות אלו אינן מבטאות חולשה של המודל המוצע אלא מדגימות את עצמתו ואת האופן האמתי שבו הוא מבטא את ההווה האנושית. האדם הוא אוסף כל ניגודיו, והחברה היא תוצאת הניגודים הללו. המודל החוקתי בדבר אנושיות האדם נותן ביטוי למורכבות זו, בהתבססו על מבנה חוקתי בן שני שלבים: במישור החוקתי מצויים ההיבטים הנוגדים זה את זה, בלי שיימצא להם פתרון במישור זה ("פרחו נא אלף הפרחים"); במישור התת-חוקתי באים הניגודים לידי מיצוי ופתרון. בהתנגשות בין הערכים השונים המבטאת את אנושיותו של האדם גובר בתנאים מסוימים ובנסיבות מסוימות – תנאים ונסיבות ברמה התת-חוקתית – אותו ערך שידו על העליונו באיזון הפרשני.¹⁴¹ התוצאה המתקבלת היא זו: עולם הערכים החוקתיים המורכב ומלא הסתירות נשאר כשהיה – מורכב ומלא סתירות. עולם חיי המעשה – ברמה התת-חוקתית – מוציא ערכים אלה מהכוח אל הפועל תוך איזון ביניהם ותוך שימוש באמת המידה של המידתיות.

לעניין הטעון בדבר בני האדם חסרי כוח רצון: גם בני אדם אלה מוגנים על ידי כבוד האדם. גישתי לכבוד האדם לא מבוססת על הרציונליות של האדם, על כוחו לחשוב או על האינטלקט שלו. היא מקבלת כל אדם כפי שהוא. גם אדם שהוא "צמח" הוא אדם (להבדיל מחיה). האנושיות של האדם כאדם משתרעת עליו.¹⁴² כשם שקטין חוסה תחת כנפיו של כבוד האדם, גם מי שחולה בגופו ובנפשו חוסה תחת כנפיו של כבוד האדם.

הבנת כבוד האדם כאנושיותו של האדם מבוססת על הגישה החוקתית-פרשנית.¹⁴³ תפיסה חוקתית זו אינה נגזרת מתפיסה דתית או מתפיסה המעמידה במרכזה את הרציונליות האנושית. היא אינה מבוססת על האל אלא על האדם.¹⁴⁴ עם זאת היא שואבת רבים מרעיונותיה מתפיסות דתיות, וחלק מתוצאותיה אינו שונה מהתוצאה המושגת על ידי תפיסה דתית של כבוד האדם.

BROWNSWORD, RIGHTS, REGULATION AND ; DAME J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 15 (2003)
THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION, לעיל ה"ש 133.

141 על האיזון הפרשני, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 98 (2010).

142 ראו ANDREAS DIMOPOULOS, ISSUES IN HUMAN RIGHTS PROTECTION OF INTELLECTUALLY DISABLED PERSONS (2010).

143 על גישה הומניסטית-מודרנית למושג החסד, ראו דנה פריבך-חפץ חסד חילוני (2009).

144 ראו LORENZO ZUCCA, A SECULAR EUROPE: LAW AND RELIGION IN THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL LANDSCAPE 48 (2012).

ב. כבוד האדם כאנושיות האדם והארכיטקטורה החוקתית

1. ייחודו הארכיטקטוני של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

נקודת המוצא שלנו היא כי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תוכנו של הערך של כבוד האדם זהה לתוכנה של הזכות לכבוד האדם. התוכן של שניהם נקבע על יסוד אנושיותו של האדם כאדם. תפיסה זו מבוססת על הגישה כי יש לתת לכבוד האדם כערך וכזכות פירוש מתוך "מבט רחב",¹⁴⁵ וכי אין כל טעם ענייני להפריד בין תוכנו של הערך החוקתי לבין תוכנה של הזכות החוקתית. האם גישה זו נכונה היא בישראל? האם אין נדרשת הפרדה בין תוכנו של הערך לתוכנה של הזכות בשל המבנה של חוק-היסוד והארכיטקטורה המאפיינת אותו?

לדעתי, המבנה של חוק-היסוד מחזק את הקשר שבין תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם לבין תוכנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. דבר זה מתבסס על שני היבטים מיוחדים המאפיינים את הארכיטקטורה החוקתית שלנו: ההיבט הראשון עניינו גישתו של חוק-היסוד לערכי יסוד כפי שזו מוצאת את ביטוייה בסעיפים 1 ו-1א לחוק-היסוד; ההיבט השני עניינו בחלקיותה של מגילת הזכויות החוקתיות שלנו. אעמוד על כל אחד מנתוני מבנה אלה.

2. פסקת עקרונות היסוד

(א) עקרונות פרשניים

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁴⁶ וחוק-יסוד: חופש העיסוק¹⁴⁷ כוללים בחובם הוראה מפורשת בעלת טקסט זהה בשני חוקי היסוד, בדבר "עקרונות יסוד":¹⁴⁸

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו, ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

145 על פרשנות מתוך מבט רחב, ראו לעיל בעמ' 205.

146 סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף זה לא היה בנוסח המקורי של חוק-היסוד, והוא הוסף ב-1994 כתיקון עקיף בעקבות כינונו מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק (ראו סעיף 11 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (ס"ח תשנ"ד 90)). להיסטוריה החוקתית, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 119, בעמ' 299.

147 סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. סעיף זה לא היה בנוסח המקורי של חוק-היסוד. הוא הוסף ב-1994 עם ביטולו של חוק-יסוד: חופש העיסוק המקורי והחלפתו בחוק-יסוד חדש.

148 הפסקה חלה על כל זכויות היסוד של האדם בישראל, ולא דווקא על אלה שבחוקי היסוד שבהם היא קבועה במפורש. היא חלה אפוא בזכויות אדם הקבועות בחוקי היסוד האחרים. שאלה יפה היא, האם היא חלה על זכויות אדם שאינן חוקתיות, אך הן יסודיות.

פסקה זו משקפת ערכי יסוד של החברה הישראלית. היטיב להביע זאת המשנה לנשיא מ' חשין: 149

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חרת בספר החוקים של ישראל זכויות יסוד ליחיד. כך היא זכותו של היחיד לשמירה על החיים, על הגוף ועל הכבוד (סעיף 2 לחוק-היסוד) וכך הן כל הזכויות כולן העוברות על פנינו בזו-אחר-זו. אלא שזכויות-יסוד אלו לא נוצרו יש-מאין. ערכים לבר-החוק – ערכי אדם וערכי חברה – היו אבות ואימהות להן, וחוק-היסוד אף מודיענו כך מפורשות. מדברים אנו בערכי-עומק שהחברה בישראל מבקשת לבנות עצמה עליהם, במי תהום-רבה המרוויים את החוק החרות".

ברוח דומה ציין המשנה לנשיא א' ריבלין: 150

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 1 את 'עקרונות היסוד' לפיהם זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו. ההכרה בערכים אלה מושתתת הן על ערכי מוסר אוניברסאליים, הן על ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית, המקדשת את ערך החיים. אדם בצלם אלוהים נולד. משנולד – יש להגן על כבודו ועל קדושת חייו. אין ערוך לחייו, יהיו קשים כאשר יהיו. אין ערוך לחייו, תהא מוגבלותו אשר תהיה. החיים הם ערך עליון – לכל".

בכך תורמת פסקה זו תרומה חשובה לקביעת התכלית האובייקטיבית הכללית המונחת ביסוד כל אחת מזכויות האדם שבשני חוקי-היסוד. 151 ערכי יסוד אלה נועדו "להזין את זכויות היסוד הספציפיות". 152 על הפרשן לאמץ את נקודת המבט שלפיה התכלית המונחת ביסוד כל אחת מהזכויות החוקתיות היא הגשמתם של עקרונות היסוד כפי הבנתם בעת פירושם. פסקת עקרונות היסוד אינה שואפת לייחודיות. 153 אין היא קובעת כי העקרונות הקבועים בה – הם ואך הם, העקרונות שביסוד זכויות האדם. פסקת עקרונות היסוד נועדה

- 149 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 728.
- 150 ע"א 1326/07 המר נ' פרוץ' עמית, פס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיא א' ריבלין (פורסם בנבו, 28.5.2012).
- 151 ראו בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199, 203 (1994). על התכלית האובייקטיבית ראו לעיל בעמ' 185.
- 152 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 728 (המשנה לנשיא מ' חשין).
- 153 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 119, בעמ' 301. ראו גם חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היוכל 9, 11 (1994).

לתת משקל כבד במיוחד לעקרונות שנראים הבסיסיים שבערכי היסוד. עם זאת קיימים עקרונות יסוד שאינם נופלים בגדרי העקרונות הנדונים בפסקה. אלה הם עקרונות המשתמעים מהמבנה החוקתי הכללי.¹⁵⁴ למשל, מקובלת במשפט המשווה הגישה כי כל זכות חוקתית (סובייקטיבית) משקפת ערך יסוד (אובייקטיבי) המשמש לא רק לפרשנותה של אותה זכות אלא גם לפרשנותן של נורמות שמחוצה לה.¹⁵⁵

שאלה יפה היא אם לפסקת עקרונות היסוד יש לתת מעמד פרשני בלבד, ואם אין להסיק ממנה גם זכויות חוקתיות שזוכן (המפורש או המשתמע) לא בא בחוקי היסוד. על שאלה זו עמדתי בהרחבה במקום אחר.¹⁵⁶ המסקנה שאלה הגעתי היא כי אין לראות בפסקה על דבר עקרונות יסוד מקור לזכויות שזוכן לא בא – לא במפורש ולא במשתמע – בחוקי היסוד. לפסקת עקרונות היסוד תפקיד פרשני. היא מסייעת בגיבוש התכלית המונחת ביסוד הזכויות. באמצעות התכלית קובע הפרשן את תוכנה של הזכות המוכרת (במפורש או במשתמע) על ידי חוקי היסוד. אין בכוחה של פסקה זו ליצור בעצמה זכות אדם.¹⁵⁷ אם הזכות לשוויון אינה מוכרת כזכות של כבוד האדם, לא הייתי רואה אפשרות להכיר בה כזכות עצמאית אך מכוח ההוראה בדבר עקרונות היסוד. בדומה לכך אין להכיר בשוויון כזכות עצמאית אך בשל אזכורו של השוויון בהכרזת העצמאות.

פתרונה של השאלה בדבר מעמדה הפרשני או העצמאי של הפסקה בדבר עקרונות יסוד טרם נידון בהרחבה בפסקה. עם זאת בדעת יחיד הביע באחת הפרשות¹⁵⁸ השופט ד' לוי את ההשקפה כי פסקת עקרונות היסוד, בכל הנוגע להכרזת העצמאות, הביאה ל"שינוי דרמטי במעמדה של מגילת העצמאות, בכך שאינה עוד רק מקור לפרשנות אלא היא עצמה הייתה למקור עצמאי לזכויות אדם".¹⁵⁹ דעה זו היא דעת יחיד¹⁶⁰ ואין לה תמיכה בספרות.¹⁶¹

- 154 ראו לעיל בעמ' 190.
- 155 ראו פרשת *Lüth* בבית המשפט החוקתי הגרמני BVerfGE 7, 198. ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 141, בעמ' 342.
- 156 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 119, בעמ' 301.
- 157 ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 301, 257 (1997).
- 158 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441 (1994).
- 159 שם, בעמ' 465.
- 160 ראו בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 25 (1996). השופט ת' אור מציין כי דבריו של השופט ד' לוי "נאמרו אגב אורחא, הם לא שמשו להכרעה באותו עניין, הן בפסק דין הרוב והן בפסק דין המיעוט. אינני סבור שהמקרה שלפנינו עתה מספק שעת כושר מתאימה להכרעה בשאלה זו, ועל-כן אשאירה בצריך עיון".
- 161 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 38 (מהדורה שישית, 2005). ראו גם יורם רבין הזכות לחינוך 368 (2002); יורם רבין "הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 567, 601 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

(ב) ערך האדם, קדושת חייו והיותו בן-חורין

פסקת עקרונות היסוד מחולקת לשני חלקים, או ל"שני יובלי ערכים"¹⁶². ברישה לפסקה ("יובל אוניברסלי")¹⁶³ נידונים כמה עקרונות יסוד המשקפים את תפיסתו של חוק-היסוד את "ערכי האדם באשר הוא אדם"¹⁶⁴. בסיפה לפסקה ("יובל ישראלי")¹⁶⁵ נבחנים העקרונות שבהכרזת העצמאות. הרישה עוסקת בעקרונות היסוד של ערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין. הם אפוא מרכיב חשוב של התכלית (האובייקטיבית) של כל אחת מהזכויות החוקתיות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. כך למשל ביסוד הזכות החוקתית ל"חיים" מונחת התכלית העיקרית של קדושת החיים של האדם; ביסוד הזכות החוקתית ל"כבוד" האדם מונח הערך החוקתי של ערך האדם; ביסוד הזכות החוקתית ל"חירות אישית" מונח הערך החוקתי של היות האדם בן-חורין. כפי שראינו, הערכים הקבועים בפסקת עקרונות היסוד אינם הערכים החוקתיים היחידים. לצדם קיימים ערכים חוקתיים נוספים, שאף שאינם קבועים במפורש, הם משתמעים מחוקי היסוד.¹⁶⁶ כמו כן בצד הערכים הקבועים בפסקת עקרונות היסוד מונחות המטרות הקבועות בפסקת המטרות. בצד עקרונות היסוד והמטרות מונחות התכליות הספציפיות המאפיינות כל זכות חוקתית.

(ג) העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל**(1) מעמדה של הכרזת העצמאות**

ההכרזה על הקמת מדינת ישראל¹⁶⁷ – הכרזת העצמאות או מגילת העצמאות – נתקבלה בה' באייר תש"ח (14.5.1948).¹⁶⁸ היא מבטאת את הרעיון כי "הנורמה הבסיסית של המדינה – כלומר, הנורמה העליונה, שכשלעצמה אינה חלק מהמשפט הפוזיטיבי אך הנותנת ביסוס משפטי לכל שאר הנורמות במדינה – הינה, כי מועצת המדינה הזמנית היא

162 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 728 (המשנה לנשיא מ' חשין).

163 שם (המשנה לנשיא מ' חשין).

164 שם (המשנה לנשיא מ' חשין).

165 שם (המשנה לנשיא מ' חשין).

166 ראו לעיל בעמ' 262.

167 דומה שהיה צריך לומר "ההכרזה על הקמת ישראל". שמה של מדינתנו אינו מדינת ישראל אלא ישראל. על ההכרזה, ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 161, בעמ' 34; אורית קמיר "ל'מגילה' יש שתי פנים; סיפורן המוזר של 'הכרזת המדינה הציונית' ו'הכרזת המדינה הדמוקרטית'" עיוני משפט כג 473 (2000); יורם שחר "הטיוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" עיוני משפט כו 523 (2002); יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" משפט וממשל ו 551 (2003).

168 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

המוסד החקיקתי העליון של המדינה".¹⁶⁹ ממעמד רם זה של הכרזת העצמאות אין נובע כי הכרזת העצמאות היא עצמה חוקת המדינה.¹⁷⁰ "בית-המשפט לא קיבל את הטענה, כי תעודה זו מהווה את החוקה, שלאורה יש לבחון כשרותם של חוקים בטרם נקבעה על ידי האסיפה המכוננת, החוקה היסודית, אשר עצם ההכרזה מדברת עליה".¹⁷¹

מהו אפוא מעמדה של הכרזת העצמאות? עד לכינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק הייתה הדעה המקובלת שהכרזת העצמאות "מהווה נורמה משפטית, המבטאת את מגילת ערכיה של האומה".¹⁷² היא הייתה אפוא בעיקרה נורמה משפטית תת-חוקתית בעלת אופי פרשני שלאורה התפרשו הנורמות התת-חוקתיות האחרות.

האם חל במעמד זה של הכרזת העצמאות שינוי עם חקיקתה של ההוראה בדבר עקרונות היסוד, שלפיה זכויות האדם בישראל "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"? שינוי אחד נובע מעצם עיגונה של ההוראה בחוק-יסוד. נובע מכך כי האופי הפרשני של הכרזת העצמאות אינו עוד בעל רמה תת-חוקתית, אלא רמתו היא עתה חוקתית. חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הן המעניקות עתה מעמד חוקתי-פרשני לעקרונות שבהכרזת העצמאות.¹⁷³ אך האם העקרונות שבהכרזת העצמאות הם מקור עצמאי לזכויות חוקתיות?¹⁷⁴ כפי שראינו, השופט ד' לויין סבר, בדעת יחיד, כי העקרונות שבהכרזת העצמאות אינם עוד רק מקור לפרשנות. לדעתו "באו חוקי היסוד והביאו לשינוי דרמטי במעמדה של מגילת העצמאות, בכך שאינה עוד רק מקור לפרשנות, אלא היא עצמה הייתה

169 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 359 (1995) (הנשיא א' ברק).

170 ראו בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 83, 89 (1948) ("אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם") (הנשיא מ' זמורה).

171 בג"ץ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב 5, 13 (1949) (השופט י' אולשן).

172 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 330, 309 (1988) (השופט א' ברק). ראו גם ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 135, 129 (1971) ("תקפה המשפטית הוא בכך, שיש לפרש כל הוראת חוק לאורה ועד כמה שאפשר בהתאמה עם עקרונותיה המנחים ולא בניגוד להם. ברם, כאשר קיימת הוראת חוק מפורשת של הכנסת, שאינה משאירה מקום לשום ספק, יש ללכת על-פיה, הגם שאינה עולה בקנה אחד עם אחד העקרונות שבהכרזת העצמאות") (השופט צ' ברנזון).

173 ראו בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 535 (1994) ("אכן, עקרון השוויון, ככלל פרשני, קיבל ביטוי רב עוצמה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 1 לחוק-יסוד זה אומר כך: 'זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל'. סעיף זה אומר, בין היתר, כי החוקים, ככל שהם נוגעים לזכויות היסוד של האדם, יפורשו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת המדינה, ובכלל זה עקרון השוויון") (השופט י' זמיר); בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 363, 353 (1994) (השופט ת' אור).

174 השאלה הושארה פתוחה בפרשת "שוהרי גיל"ת", לעיל ה"ש 160.

למקור עצמאי לזכויות אדם.¹⁷⁵ זו אינה הדעה המקובלת.¹⁷⁶ הגישה המקובלת היא כי השפעתה של מגילת העצמאות היא פרשנית. השאלה טרם הוכרעה בפסיקתו של בית המשפט העליון. משעלתה השאלה היא הושארה בצריך עיון.¹⁷⁷ האופי הפרשני של הכרזת העצמאות הוא בעל חשיבות רבה. עקרונותיה של הכרזת העצמאות שימשו למשל אחת ההנמקות לגישה כי הזכות החוקתית לכבוד האדם אינה מוגבלת אך להפליה שיש בה השפלה וביזוי, ומשתרעת על כל הפליה הפוגעת באנושיותו של האדם. בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל נכתב:¹⁷⁸

"[...] ההכרזה על הקמת מדינת ישראל קובעת כי מדינת ישראל 'תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין'. דברים אלה – גם אם אין בהם מקור ישיר לזכות החוקתית לשוויון (שאלה שכשלעצמה שנויה היא במחלוקת ואשאירה בצריך עיון. [...]) – בוודאי יש בהם כדי להשפיע על פירושה של הזכות לכבוד האדם ככוללת היבטים של שוויון שמעבר להשפלה וביזוי".

בדומה לזה שימשה הכרזת העצמאות בסיס פרשני לתפיסה כי חופש המצפון והדת המובטח בה נכלל בגדרי הזכות לכבוד האדם.¹⁷⁹

(2) עקרונותיה של ההכרזה

פסקת עקרונות היסוד קובעת כי זכויות היסוד של האדם "יכובדו ברוח העקרונות" של הכרזת העצמאות. מכאן החשיבות באיתור העקרונות של הכרזת העצמאות. הם נתפסו בפסיקה כביטוי של "ערכי היסוד של המדינה והחברה בישראל".¹⁸⁰ דומה שלא תהא מחלוקת שעקרונות אלה כוללים בוודאי את העקרונות האלה, הקבועים בחלק השלישי¹⁸¹ של הכרזת העצמאות:

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות, תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה, תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל, תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, תבטיח חופש דת, מצפון, לשון,

- 175 פרשת כלל חברה לביטוח, לעיל ה"ש 158, בעמ' 465. ראו גם לעיל בעמ' 263.
 176 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 161, בעמ' 42.
 177 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 688–689.
 178 שם, בעמ' 688 (הנשיא א' ברק).
 179 ראו בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(2) 282, 288 (1993).
 180 פרשת סולודוך, לעיל ה"ש 47, פס' 71 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 181 על הכרזת העצמאות, ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 161, בעמ' 37.

חינוך ותרבות, תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות, ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות".

לדעתי, גם חלקים אחרים של הכרזת העצמאות עשויים להיות חשובים לגיבוש עקרונותיה.¹⁸² הקשר בין הארץ לעם היהודי, הזכות של העם על הארץ, החייאת השפה העברית והשאיפה לשלום – כל אלה הם עקרונות אשר לאורם יש לכבד זכויות יסוד של האדם. אכן, הכרזת העצמאות מדגישה את חשיבותן של זכויות האדם ושל המבנה החברתי גם יחד. כיבוד זכויות יסוד של האדם ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות נועד להדגיש הן את החירות האישית והן את הקשר החברתי. הכרזת העצמאות מאזנת בין כלל לפרט, בין שאיפה מדינית לבין זכויות פרט. איזון זה הופך עתה עיקרון חוקתי אשר על פיו יוכבדו זכויות האדם.

(ד) פסקת עקרונות היסוד והיחס שבין הערך החוקתי לזכות החוקתית

פסקת עקרונות היסוד מעצבת את הקשר שבין הערך החוקתי של כבוד האדם ("בערך האדם") לבין הזכות החוקתית לכבוד האדם. השניים הם אחד. אין כל דבר בפסקת עקרונות היסוד שיש בו כדי להצדיק הפרדה בין היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם לבין היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. פסקת עקרונות היסוד יוצרת את הקשר ההדוק בין הערך לבין הזכות.

3. פסקת המטרה

(א) מטרתה הכפולה של פסקת המטרה

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בחובו פסקת "מטרה":¹⁸³

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

הוראה דומה נקבעה גם בחוק-יסוד: חופש העיסוק:¹⁸⁴

- 182 על עקרונות נוספים אלה, ראו כהן, לעיל ה"ש 153, בעמ' 16.
- 183 סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראה זו (כסעיף 1) נכללה בחוק-היסוד המקורי (מ-1992). היא לא נכללה בהצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם, שהוכנה על ידי השר דן מרידור והוגשה לכנסת כהצעת חוק פרטית של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין. היא הוספה בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט.
- 184 הוראה זו לא נכללה בחוק-יסוד: חופש העיסוק המקורי (מ-1992). היא הוספה עם כינונו מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק (ב-1994) והביאה להאחדת ההסדרים בשני חוקי היסוד. ראו מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659 (1993); כהן, לעיל ה"ש 153; אריאל בנדר "פגמים

”חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית”.

פסקת המטרה – בדומה לפסקת עקרונות היסוד – קובעת את התכלית (המטרה) הכללית המונחת ביסוד כל זכויות האדם הקבועות בשני חוקי היסוד. היא מהווה אפוא את המטרייה הכללית הפרושה מעל כל הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקי-היסוד. במהותה היא פסקה בעלת אופי פרשני.¹⁸⁵ היא מסייעת בהבנת היקפן של הזכויות הקיימות וההגבלות שאפשר להטיל עליהן. היא מדגישה את חובתן החוקתית של רשויות השלטון – המחוקקת, המבצעת והשופטת – להגן על הזכויות החוקתיות שבחוקי-היסוד על זכויות האדם. על כן היא מעניקה תמיכה פרשנית בהכרה שיפוטית בסעדים חוקתיים שלא נקבעו במפורש בחוקי היסוד. היא מסייעת למשל להכרה בביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. בדומה לזה היא תומכת בגישה כי ראייה שהוגשה תוך פגיעה לא מידתית בזכות חוקתית אינה קבילה בהליך הפלילי.¹⁸⁶ עם זאת אין מקום לגזור במישרין מפסקת המטרה זכויות חוקתיות שאינן קבועות במפורש או במשתמע בחוקי היסוד.¹⁸⁷ בחינתה של פסקת המטרה מקרוב מעלה שתי מטרות המונחות ביסודה: המטרה האחת היא ”להגן על כבוד האדם וחירותו”; המטרה השנייה היא ”לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית”. נעמוד על כל אחת משתי מטרות אלה.

(ב) מטרה ראשונה: ”להגן על כבוד האדם וחירותו”

המטרה הראשונה של חוק-היסוד, כאמור בפסקת המטרה, היא ”להגן על כבוד האדם וחירותו”. אף שהדבר אינו נקי מספקות, נראה לי כי הדיבור ”להגן” אינו בא להצביע אך על היבט חיובי (”להגן”) להבדיל מהיבט שלילי (”אין פוגעים”).¹⁸⁸ הדיבור ”להגן” שבגדרה של פסקת המטרה הוא ביטוי כללי, המשתרע הן על הגנה אקטיבית והן על הגנה פסיבית.¹⁸⁹ במקום אחר העליתי האפשרות כי הדיבור ”להגן” נועד להראות כי הזכויות החוקתיות קודמות למדינה, והן בבחינת מושכלות ראשונים.¹⁹⁰ המדינה באה להגן על דבר שכבר נתון לאדם באשר הוא אדם. ביטוי לתפיסות אלה של משפט טבעי מצוי בפסיקה

בחקיקת חוקי היסוד” משפט וממשל ב 443 (1995); אשר מעוז ”ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית” עיוני משפט יט 547 (1995).

185 ראו פרשת גלאון, לעיל ה”ש 25, פס’ 13 לפסק הדין של השופט א’ לוי.

186 ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה”ש 80, בעמ’ 560.

187 ראו סומר, לעיל ה”ש 157, בעמ’ 282.

188 להבחנות אלה, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה”ש 119, בעמ’ 361–366; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה”ש 141, בעמ’ 513. ראו גם להלן בעמ’ 351.

189 על הדיבור ”להגן” בפסקת המטרה, ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה”ש 80, בעמ’ 544.

190 ראו פרשנות חוקתית, לעיל ה”ש 119, בעמ’ 311.

הישראלית.¹⁹¹ ספק בעיניי אם פסקת המטרה היא קולב שאפשר – או שראוי – לתלות עליו תורה כלשהי של זכויות אדם. חוק-יסוד הוא מסמך נורמטיבי ולא פילוסופי. הוא לא בא

191 ראו פרשת אלכרבוטלי, לעיל ה"ש 171, בעמ' 13 בו מפנה השופט אולשן "לזכויות הטבעיות של האזרח"; בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82 (1949), שבו מפנה השופט ש"ז חשין אל "הזכות הטבעית לחופש העיסוק"; ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, 390 (1965), שבו מפנה השופט י' זוסמן ל"דין הטבעי" (natural law); בש"פ 1986/84 מדינת ישראל נ' בן דוד, פ"ד מח (3) 133, 141 (1994), שבו מאפיין השופט מ' חשין את חופש התנועה כ"זכות טבעית"; פרשת שדולת הנשים, לעיל ה"ש 173, בעמ' 533, שבו מציין השופט א' מצא כי השוויון הוא "זכות טבעית"; פרשת פלוני נ' פלוני (ע"א 3077/90), לעיל ה"ש 39, בעמ' 592–593, שבה מפנה השופט מ' חשין אל "חירויות בנות משפט הטבע שחוק וחוקה יכירו בהן כבנות-תוקף במשפט הנהוג", וכן אל "משפט הטבע אשר יצק עצמו אל תוך כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355, 401 ("אותן זכויות לא נולדו עם חוק-היסוד וכי חוק-היסוד [...] אמר אך לתת ביטוי חרות לזכויות 'טבעיות' שהיו קיימות לפניו [...]). את עוצמתן המוסרית והחברתית שואבות זכויות היסוד לא מחוק-היסוד באשר הוא אלא מתוך עצמן – מן האור, מן העוצמה ומן החום הגנוזים בהן – והרי הן כאותו סנה הבווער באש ואיננו אוכל. והסנה עמנו מאז ומקדם" (השופט מ' חשין); פרשת פלוני נ' פלוני (ע"א 3798/94), לעיל ה"ש 22, בעמ' 170 ("חוק-יסוד זה [...] נועד בעיקרו ליתן ביטוי לזכויות שרכשנו – רכשנו כולנו ורכש כל אחד מאתנו – מן הטבע במישרין. וגם לאחר היות חוק-היסוד שואבות זכויות היסוד את עוצמתן המוסרית והחברתית לא מן החוק אלא מן האור, מן החום ומן העוצמה הגנוזים בהן בהיותן בנות הטבע") (השופט מ' חשין); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ (1) 48, 102 (1995) ("משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בכנס, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההשרדות שבנו – קול הדם, ערגת קדומים של אם לילדה – ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. [...] קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה. תנאי המקום והזמן – הם והנפשות המעורבות – יקבעו את מועד הפרידה של ילדים מהוריהם, אך עמדת המוצא תישאר כשהייתה. משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא אינסטרס' של הורים לזכות' על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם") (השופט מ' חשין); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נ (1) 419, 447 (2002) ("פונדקאות כבקשתה של העותרת מבטאת באורח מוחשי אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט-בראשית של החי לקיום ולהשרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מטענו הגנטי. אותו צורך קמאי ממלא את הגוף וממלא את הנפש, והוא אף העומד ביסודה של הזכות להורות") (השופט מ' חשין); פרשת פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין, לעיל ה"ש 69, בעמ' 156 ("זכותם של הורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית וראשונית [...]). הקשר בין ילד לבין הוריו-מולידיו הוא מן היסודות שעליהם בנויה החברה האנושית" (הנשיא א' ברק), ("זכותו של אב להחזיק בכנו אין היא כשאר זכויות שבעולם. נעלה ועמוקה היא משאר זכויות. זכות מן הטבע היא – יש שקוראים אותה 'קול הדם'" (המשנה לנשיא מ' חשין); פרשת פלונית נ' פלוני (רע"א 3009/02), לעיל ה"ש 95, בעמ' 894 ("המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת ממד חוקתי") (השופטת א' פרוקצ'יה); פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 399 ("יאמרו הפילוסופים והוגי הדעות את אשר יאמרו; בסוף כל הסופות – נדייק: בתחילת כל התחילות – קיומה של

לאמץ תפיסה פילוסופית מסוימת בדבר זכויות האדם ולדחות תפיסה אחרת.¹⁹² חוקי היסוד נועדו "להגן" על כבוד האדם וחירותו ועל חופש העיסוק, תהא התאוריה הפילוסופית המונחת ביסודם של אלה אשר תהא.

"כבוד האדם וחירותו" שעליו בא חוק היסוד להגן אינן רק הזכויות של כבוד האדם (בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד) והחירות האישית (בסעיף 5 לחוק היסוד). מטרת החוק היא להגן על כל הזכויות שבחוק היסוד. תוצאה זו תושג אם נראה ב"כבוד האדם וחירותו" בפסקת המטרה – כמו גם בשמו של החוק ("חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו") – הפניה לערכים החוקתיים של כבוד האדם והחירות המונחים ביסוד כל הזכויות החוקתיות כולן ולא הפניה לזכויות בדבר כבוד האדם (בסעיפים 2 ו-4) והחירות האישית (בסעיף 5) בלבד.

(ג) מטרה שנייה: "לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"

(1) ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

פסקת המטרה אינה מסתפקת בקביעה כי מטרתו של חוק היסוד היא להגן על כבוד האדם וחירותו. הפסקה מוסיפה וקובעת מטרה שעניינה עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁹³ בין שתי מטרות אלה קיים קשר הדוק. אין הן עומדות כל אחת לעצמה. הן קשורות ושלובות זו בזו בקשר סיבתי של סובב ומסובב.¹⁹⁴ מטרת חוק היסוד היא להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בדרך זו את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ניסוח זה מעורר בעיות פרשניות קשות, שעליהן עמדתי במקום

המשפחה בה מאלוה ממעל, מן הטבע, מן המערך הגנטי של האדם, מעצם קיומו של החי" (המשנה לנשיא מ' חשין). ראו גם פרשת קו לעובד נ' משרד הפנים, לעיל ה"ש 52, פס' 38 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה, שבה היא מציינת כי "המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת מימד חוקתי"; בג"ץ 4007/11 ליאנגי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 6.10.2011), שבו מציין השופט רובינשטיין בפס' ט לפסק הדין כי "כשלעצמי אני מאמין נלהב בשוויון זכויות טבעית". כן ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997) ("חוקי היסוד הם החוקים הנעלים במרקם החקיקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקם גם מבחינת עוצמתם הפורמלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים – ואני נמנה עמיהם – שאין לה לכנסת סמכות מכוננת. ואולם גם חוקי היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: כתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומר" ("השופט מ' חשין).

192 ראו פרשת ויכסלבאום, לעיל ה"ש 35, בעמ' 827.

193 לניתוח הוראה זו ראו פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 13 לפסק הדין של השופט א' לוי.

194 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 119, עמ' 325.

אחר.¹⁹⁵ לענייננו משמעותן של הוראות אלה היא כי במתן הגנה לערכים של כבוד האדם וחירותו יש לבחור בפירוש המבטא את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁹⁶ בכך יובטחו הן ההגנה על כבוד האדם וחירותו והן העיגון בחוק-יסוד של ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

(2) ערכיה של ישראל כמדינה יהודית

"ערכיה של מדינת ישראל" הם ערכים כלליים ולא פרטניים; הם תפיסות עולם ועקרונות ולא הסדרים פרטיקולריים. ההפניה היא אל המופשט ולא אל הקונקרטי. ההפניה היא לעיקרון שמאחורי הדינים ולא לדינים עצמם.¹⁹⁷ מהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? התשובה לשאלה זו סבוכה היא.¹⁹⁸ תשובתי היא כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם ערכיה הציוניים וערכיה המורשתיים.¹⁹⁹ "למדינה יהודית שני היבטים עיקריים: היבט ציוני והיבט מורשת-הלכתי".²⁰⁰ ערכיה הציוניים מבטאים את עולמה של הציוניות: "מדינת ישראל היא ההגשמה של משאת הנפש של בני העם היהודי מדורי דורות לחדש ימיו כקדם, אתכלתא דגאולה וכבוש החזון הציוני".²⁰¹ זהו החזון של שיבת הבנים לגבולם.²⁰² זוהי "זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית".²⁰³ ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם ערכיה ההלכתיים-מורשתיים. זהו עולמה של היהדות.²⁰⁴ זהו עולמו של המשפט העברי. אלה

- 195 ראו שם, בעמ' 323. ראו גם יהודית קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א' 323, 341 (1993); פרשת גנימאת, לעיל ה"ש 191, בעמ' 314.
- 196 ראו פרשת קו לעובד נ' משרד הפנים, לעיל ה"ש 52, פס' 36 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה, שבה היא מציינת – תוך הסתמכות על פסקת המטרה – כי "הוא מעגן את זכותו של 'האדם' לכבוד ולחירות, תוך מתן ביטוי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".
- 197 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 119, בעמ' 330.
- 198 ראו רות גביון "המדינה היהודית, הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה" תכלת 13 (2003). ראו גם פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' לוי.
- 199 ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 281 (2000); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 22 (2003); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים נ' ראש ענף היתר עבודה בשבת, פ"ד ס(1) 38, 52 (2005); פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' לוי. ראו גם אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 88 (2004).
- 200 פרשת דיזיין 22, לעיל ה"ש 199, בעמ' 53 (הנשיא א' ברק).
- 201 ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 230 (1988) (השופט ד' לוי).
- 202 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 199, עמ' 88.
- 203 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' לוי.
- 204 ראו פרשת דיזיין 22, לעיל ה"ש 199, בעמ' 54.

"הערכים היונקים מערכיהן של מורשת ישראל ושל מורשת היהדות";²⁰⁵ אלה "ערכיה של מורשת ישראל לדורותיה, משפטה והגותה, לרבות ערכיה של תקופת התחייה, הציונות והקמת מדינת ישראל".²⁰⁶

(3) ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית

מהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית? אף זו שאלה שהתשובה לה סבוכה היא.²⁰⁷ לדעתי, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מבוססים על שני אדנים:²⁰⁸ האדן האחד הוא ריבונות העם (דמוקרטיה פורמלית); האדן השני הוא ערכי הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות השופטים, זכויות האדם ועקרונות יסוד המשקפים ערכים של מוסר וצדק, מטרות חברתיות של שלום וביטחון ודרכי התנהגות ראויות של סבירות ותום לב.²⁰⁹ (דמוקרטיה מהותית²¹⁰): "הדמוקרטיה מבוססת הן על ריבונות העם והן על שלטונם של ערכים המאפיינים את הדמוקרטיה. אין דמוקרטיה עם ריבונות העם בלבד; אין דמוקרטיה עם שלטונם של ערכים דמוקרטיים בלבד. הנה כי כן, עולמה של הדמוקרטיה הוא רב מימדי ומורכב".²¹¹

(4) סינתזה והתאמה בין ערכים יהודיים לדמוקרטיים

מהו היחס הראוי בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית?²¹² אף לשאלה זו התשובה סבוכה והדעות רבות. לדעתי, תפיסה חוקתית ראויה

- 205 בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338, 343 (1992) (השופט מ' אלון). על גישתו של השופט אלון, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 119, בעמ' 332.
- 206 מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין לאן?" מחקרי משפט יב 253 (1995). ראו גם ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 199, בעמ' 89.
- 207 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 141, בעמ' 302. ראו גם פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' לוי.
- 208 ראו פרשת טיבי, לעיל ה"ש 199, בעמ' 24.
- 209 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 199, בעמ' 90; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 141, בעמ' 302.
- 210 להבחנה בין דמוקרטיה פורמלית לדמוקרטיה מהותית, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 141, בעמ' 302. ראו גם בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס ומע"מ, פ"ד נב(1) 289, 340 (1998); פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' לוי.
- 211 פרשת דיזיין 22, לעיל ה"ש 199, בעמ' 54 (הנשיא א' ברק).
- 212 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 119, בעמ' 323; רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631 (1995); אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטיה – סקיצה פילוסופית" עיוני משפט יט 729 (1995); אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה" עיוני משפט יט 547 (1995); אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטיה: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע מעגל?" עיוני משפט יט 497

מחייבת ניסיון להשגת תפיסה אחידה וכוללת²¹³ המבוססת על השלמה, הרמוניה וסינתזה בין הערכים השונים.²¹⁴ בצדק ציין מ' אלון כי "המגמה צריך שתהא מציאת סינתזה והמכנה המשותף לתכלית שלובת ערכים זו".²¹⁵ רק ניסיון למציאת סינתזה בין הערכים המתנגשים יאפשר לנו חיים משותפים. הדגשת הניגוד והשוני תוביל אותנו לקרע ולפירוד".²¹⁶ כדי

- (1995); אביגדור לבונטין "יהודית ודמוקרטית – הרהורים אישים" עיוני משפט יט 521 (1995); אלון, לעיל ה"ש 206, בעמ' 258; רות גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכונים (1999); מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – רב שיח ומקורות נלווים (רון מרגולין עורך, 1999); אהרן ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9 (2000); יהודה כהן מי מפחד ממדינה יהודית? היבט חוקתי ואידיאולוגי (2001); יואב פלד "האם תהיה ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?" חיים כהן מבחן כתבים – קציר עשור הגבורות 45 (2001); חיים שיין מדינת היהודים: שלב הסיכומים – הרב עובדיה יוסף והנשיא אהרן ברק (2003); אדם דניאל מדינה יהודית ודמוקרטית: מבט רב תרבותי (2003); אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם 150 (2003); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 199, בעמ' 157; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 161, בעמ' 318; דברים ושברי דברים: על יהודתה של מדינה דמוקרטית (אביעזר רביצקי וידידה צ' שטרן עורכים, 2007).
- 213 ראו גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לעיל ה"ש 212; מנחם מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות?" עיוני משפט כו 887 (2003).
- 214 ראו פרשת טיבי, לעיל ה"ש 199, עמ' 19. ראו גם ע"א 294/91 חברת קדישא גח"ש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 511 (1992) ("חסד עשה עמנו המחוקק בחוק היסוד האמור, וטובה מרובה נחזיק לו על כך, בקובעו בלשון ברורה – עד כמה שניתן להיעשות בדברו של חוק – תכליתן של הוראות יסוד אלה [...]. תכלית דר-ערכית זו – מדינה יהודית ודמוקרטית – חד היא, ובא זה ולימד על זה, ובא זה ומשלים את זה, והיו לאחדים בידינו" (המשנה לנשיא מ' אלון). ראו גם פרשת סוויסה, לעיל ה"ש 205, בעמ' 343; ע"פ 3632/92 גבאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 487 (1992); בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פ"ד מו(5) 77, 72 (1992); בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704, 714 (1992); פרשת דיזיין 22, לעיל ה"ש 199, בעמ' 43 ("הפרשן החוקתי צריך לעשות מאמץ פרשני להביא להשלמה ולהרמוניה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. אכן, יש לראות בדיבור 'ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית' עילה אחת המורכבת משני מרכיבים (יהודית ודמוקרטית). בין שני אלה ראוי שישירו סינתזה והתאמה [...] על הפרשן לאתר את המשותף והמאחד") (הנשיא א' ברק); פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 16 לפסק הדין של השופט א' לוי ("מלאכת יישובם של הערכים המכוננים לכלל סיפור קוהרנטי אחד נדמית לעתים כניסיון לרבע את המשולש שמושגים אלה – 'מדינה', 'יהודית' ו'דמוקרטית' בקודקודיו. אך מכך אין מנוס"), פס' נ-נא לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין ("יש לעשות כל מאמץ למצוא את ההשלמה בין שני רכיבי המשולש, ולטעמי – גם על פי ניסיון רב במערכות הממשל – הדבר אפשרי במידה רבה"). ראו גם אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "דת ומדינה בישראל בשנת היובל" מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורות 339 (1999).
- 215 אלון "דרך חוק בחוקה", לעיל ה"ש 184, בעמ' 670. ראו גם פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 16 לפסק הדין של השופט א' לוי.
- 216 פרשת שביט, לעיל ה"ש 103, בעמ' 659 (הנשיא א' ברק).

לקיים את הסינתזה הראויה עלינו לאתר את המשותף והמאחד. כיצד נעשה זאת?²¹⁷ נקודת המוצא היא כי הערכים היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל אינם בעלי אופי מונווליתני. יש בהם השקפות שונות ולעתים אף נוגדות. כך הדבר באשר להיבט הציוני וכך הדבר באשר להיבט ההלכתי והמורשתי. כך כתב השופט מ' אלון:²¹⁸

“מזן המפורסמות הוא, כי גם עולמה של הגות ישראל לדורותיה – ואף מערכת ההלכה גופה [...] – מלא הוא דעות שונות וגישות מנוגדות [...]. [...] המעיין המבקש דעת שומה עליו להבחין בין דברים שנאמרו לשעתם ולזמנם לבין דברים שנאמרו לדורות, בין דברים שביטאו דעה מקובלת לבין דברים שהם בעלי משמעות חורגת, וכיוצא באלה הבחנות ומשמעויות. מתוך אוצר עצום ועשיר זה על המעיין לשאוב מלוא חופניים לצורכי דורו וזמנו, שבו יוצאים מן הכוח אל הפועל אותם דברים שהדור זקוק להם, ושהם גופם חוזרים ומצטרפים לאוצר ההגות היהודית ומורשת ישראל”.

כך הדבר גם באשר לערכים הדמוקרטיים. עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב-פנים. יש בה מודלים שונים וגישות שונות ומגוונות באשר להיקפם של ערכיה ובאשר למידת ההגנה עליהם. אין תפיסה דמוקרטית אחת שבלתה אין. היחסים הפנימיים בין ערכי הדמוקרטיה לבין עצמם מעלים אפשרויות שונות. יש המעניקים דגש חזק יותר לריבונות העם, ויש המדגישים יותר את זכויות האדם. במסגרת כל אחד מערכי הדמוקרטיה ניתן למצוא השקפות שונות ולעתים נוגדות. כך, למשל, לא הרי העמדה המקובלת בארצות הברית²¹⁹ ובקנדה²²⁰ באשר לזכותה של אישה הרה להחליט אם להפיל את עובריה אם לאו כהרי הגישה המקובלת בגרמניה.²²¹

הנה כי כן, בכל אחד ממרכיביה הערכיים של מדינת ישראל יש מגמות מרובות. לפנינו – שוב בלשונו של השופט מ' אלון – “אוצר בלום ועשיר” אשר “על המעיין לשאוב מלוא חופניים לצורכי דורו וזמנו”.²²² בשאיבה זו על השופט השואף לבחירת המשותף והמאחד ליטול מכל אחד מהמקורות הציוניים, ההלכתיים והדמוקרטיים את הערכים, התפיסות והעקרונות המתיישבים עם אלה שבמקורות האחרים. על השופט להימנע ככל האפשר מנטילתם של ערכים היוצרים סתירה או ניגוד. למשל: אם בעולמה של היהדות מצוי זרם

217 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 199, בעמ' 158.

218 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט' (2) 225, 293 (1985).

219 ראו Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

220 ראו R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30.

221 ראו פרשת ההפלות I: BVerfGE 39, 1 (1975); פרשת ההפלות II: BVerfGE 88, 203 (1993).

222 פרשת ניימן, לעיל ה"ש 218, בעמ' 293.

פרטיקולרי וזרם אוניברסלי,²²³ ראוי לו לשופט לאמץ את הזרם האוניברסלי, שכן זרם זה מתיישב עם ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית יותר מהזרם הפרטיקולרי.²²⁴ בדומה לזה, אם בתפיסתה של דמוקרטיה ניתן להשקיף בצורות שונות על היחס שבין דת למדינה, ראוי לבחור באותה גישה התואמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית. למשל, הגישה האמריקנית והגישה הצרפתית מפרידות בין דת למדינה הפרדה גדולה מזו של הגישה הקנדית והגישה האנגלית, שבהן ההפרדה קטנה יותר. גם באירופה נדמה כי אין גישה אחידה בעניין זה.²²⁵ הוא הדין בעניין הגישה להמתת חסד (euthanasia). מדינות דמוקרטיות נוקטות עמדות שונות בעניין זה. יש לבחור באותה גישה "דמוקרטית" העולה בקנה אחד עם ערכיה של ישראל כמדינה יהודית.²²⁶

(ד) פסקת המטרה והיחס שבין הערך החוקתי לזכות החוקתית

פסקת המטרה מבוססת על ההגנה על כבוד האדם והחירות. הגנה זו מצדיקה מתן פרשנות מתוך מבט רחב לערך החוקתי של כבוד האדם ולזכות החוקתית לכבוד האדם גם יחד. פירוש זה יביא לעיגון בחוק-היסוד הן לערכיה של ישראל כמדינה יהודית והן לערכיה כמדינה דמוקרטית. אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית מכירים זה אלפי שנים בכבודו של האדם כאדם. הבסיס לכך הוא דתי ("בצלם אלוהים עשה את האדם"), אך התוצאות הן אוניברסליות ויוצרות קשר הדוק בין תוצאותיה של התפיסה היהודית לבין תפיסותיה של מדינת ישראל. הוא הדין לעניין ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית. ערכים אלה, כפי שראינו, מבססים את הקשר בין הזכות לערך ומעניקים צידוק לתפיסת כבוד האדם כאנושיותו של האדם.

(ה) ערכי יסוד נוספים

מקור מרכזי שממנו למד הפרשן על התכליות הכלליות המונחות ביסוד הזכויות החוקתיות הם ערכי היסוד של שיטת המשפט: "הפרשנות התכליתית מושפעת מערכי היסוד

223 להבחנה בין האוניברסלי והפרטיקולרי, ראו THE UNIVERSAL AND THE PARTICULAR IN LEGAL REASONING (Zenon Bankowski & James MacLean eds., 2006).

224 ראו פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 199.

225 ראו CAROLYN EVANS, FREEDOM OF RELIGION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2001); PAUL M. TAYLOR, FREEDOM OF RELIGION: UN AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE (2006).

226 ראו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993). ראו גם ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 199, בעמ' 159.

של השיטה החוקתית, מיסודות המשטר הדמוקרטי ומהתכליות החברתיות, הערכיות והמוסריות של החברה הישראלית.²²⁷

כבר צמדנו על חשיבותה של התכלית הכללית המונחת בפסקת עקרונות היסוד ובפסקת המטרה לקביעתה של התכלית המיוחדת המונחת ביסוד כל זכות וזכות. ראינו כי תכליות אלה אינן שואפות לייחודיות. בצדן של פסקאות אלה מונחים ערכי יסוד אחרים, שאף כי לא נקבעו במפורש בחוקה, הם משתמעים ממנה.²²⁸ ערכי יסוד אלה משקפים את תפיסות העומק וערכי העומק²²⁹ של החברה.²³⁰ אין הם ביטוי אך לתפיסות חברתיות מקובלת, שכן אלה עשויות להיות מפלות ומבוססות על סטראוטיפים.²³¹ עניין לנו בתפיסות המהוות את "הערכים המכוננים" של החברה.²³² הן ביטוי לאתוס הלאומי למורשת התרבותית, למסורת החברתית ולמכלול הניסיון ההיסטורי.²³³ הן משקפות את "הערכי והבסיסי, תוך דחיית הארעי והחולף".²³⁴ "כאשר החברה אינה נאמנה לעצמה, השופט אינו חייב לתת ביטוי לרוחות השעה. עליו לעמוד נגדן. עליו לתת ביטוי לאותה הסכמה חברתית המשקפת את עקרונות היסוד ואת ה'אני מאמין' של החברה שבה הוא חי ופועל".²³⁵ הערכים המכוננים של החברה:²³⁶

"מתגבשים לכלל תפישה רחבה, המשיטה בסיס משותף לבני האומה, חותרת לקוהרנטיות בהתווית סיפור חייה ורושמת את קווי המיתאר לדמותה. תפישה זו מספקת לגיטימציה לקיומה של האומה ומעניקה לה את

- 227 בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 847 (2008) (השופט א' פרוקצ'יה).
- 228 על העקרונות המשתמעים, ראו לעיל בעמ' 190.
- 229 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 729; פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, בפס' 9 לפסק הדין של השופט א' לוי.
- 230 הפניה ל-"community values" בפרשנות החוקה והחוקים מקובלת באוסטרליה, ראו S.A. Mason, *The Role of a Constitutional Court in a Federation: A Comparison of the Australian and the United States Experience*, 16 FED. L. REV. 1 (1986); Haig Patapan, *Politics of Interpretation*, 22 SYD. L. REV. 247 (2000).
- 231 ראו בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 659 (1998); פרשת משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל ה"ש 191, בעמ' 451.
- 232 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, עמ' 727; פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, בפס' 9 לפסק דינו של השופט א' לוי.
- 233 ראו פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 4, עמ' 449.
- 234 פרשת אפרת, לעיל ה"ש 58, בעמ' 780 (השופט א' ברק). ראו גם פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 35, בעמ' 479.
- 235 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 199, בעמ' 49, צוטט בהסכמה בע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 117 (2005).
- 236 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, בפס' 9 לפסק הדין של השופט א' לוי.

משקלה הסגולי, המבחין אותה מאומות אחרות. ממנה נגזר, אף לעתיד, מראה פניה של האומה, שגלגוליו השונים אינם אלא רצף הגיוני ומתמשך של פרקים בסיפור המכונן עליו היא מושתתת [...]. החיפוש אחר ערכיה המכוננים של אומה נעשה מתוך הדרשות לתפישות הבסיס של בני החברה שלה, לרעיונות הדומיננטיים והעל-זמניים שבה, לאירועיה המכוננים, למסמכים בעלי משקל מיוחד, לחוקיה היסודיים, למורשתה ההיסטורית ולתודעה המעצבת את דמותה [...]. הערכים המכוננים מבטאים קונצנזוס בין-דורי רחב. הם מתגלים מפעם לפעם בתרחישים שונים שמזמנים לה חייה של האומה. הם נכתבים ומעודכנים מעת לעת."

ערכים כמו הפרדת רשויות,²³⁷ עצמאות הרשות השופטת,²³⁸ שלטון החוק,²³⁹ קיום המדינה,²⁴⁰ וביטחונה,²⁴¹ הסדר הציבורי,²⁴² אף שאינם נזכרים לרוב בשמם המפורש, הרי הם נגזרים כערכי-בת מערכים הנזכרים במפורש בחוקה, כגון ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. גם בהעדר טקסט מפורש שניתן לכלול בגדריו מושגים אלה, הרי הם משתמעים מהמבנה הכולל של החוקה בכלל ומגילת זכויות האדם בפרט.²⁴³ תפקידם הוא פרשני.²⁴⁴ באמצעותם מגבש בית המשפט את התכלית המיוחדת המונחת ביסוד כל זכות

- 237 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 199, בעמ' 103, 111. ראו גם South Africa Association of Personal Injury Lawyers v. Heath, 2001 (1) SA 883 (CC), para 20–23 (S. Afr.).
- 238 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, שם, בעמ' 122. ראו גם Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of P.E.I., [1997] 3 S.C.R. 3 (Can.).
- 239 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 199, בעמ' 116; אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" מבחר כתבים 319 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). ראו גם יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גליון מיוחד לציון 25 שנה ללשכת עורכי הדין 61 (1987); ליאון שלף "מ'שלטון החוק' ל'מרות המשפט': הרהורים וערעורים על מושג-יסוד" עיוני משפט טז 559 (1991); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 161, בעמ' 227. ראו גם MICHAEL NEUMANN, THE RULE OF LAW: POLITICIZING ETHICS (1988); Paul Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, [1997] PUB. L. 467; RONALD A. CASS, THE RULE OF LAW IN AMERICA (2001); T.R.S. ALLAN, CONSTITUTIONAL JUSTICE, A LIBERAL THEORY OF THE RULE OF LAW (2001); Paul Craig, *Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy*, [2003] PUB. L. 92.
- 240 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 141, בעמ' 328; פרשת ירדור, לעיל ה"ש 191, בעמ' 386; פרשת ניימן, לעיל ה"ש 218, בעמ' 293.
- 241 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 141, בעמ' 330.
- 242 ראו שם, בעמ' 331.
- 243 LAURENCE H. TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION (2008); Mark D. Walters, ראו *Written Constitution and Unwritten Constitutionalism*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 245 (Grant Huscroft ed., 2008).
- 244 ראו פרשת גלאון, לעיל ה"ש 25, פס' 11 לפסק הדין של השופט א' לוי.

וזכות. זאת ועוד: כל אחת מהזכויות (הסובייקטיביות) הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבססת ערך (אובייקטיבי) של החוקה.²⁴⁵

4. כבוד האדם והאופי החלקי של מגילת הזכויות בישראל

מגילת הזכויות החוקתית בישראל, כפי שהיא קבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, היא חלקית. היא כוללת זכויות עצמאיות: הזכות לחיים,²⁴⁶ הזכות לגוף,²⁴⁷ הזכות לכבוד האדם,²⁴⁸ הזכות לקניין,²⁴⁹ החירות האישית,²⁵⁰ הזכות לתנועה מישראל ואליה,²⁵¹ הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט²⁵² וחופש העיסוק.²⁵³ ההשוואה בינה לבין מגילת הזכויות המוכרת בחוקות המודרניות מצביעה על חלקיותה של המגילה הישראלית. זכויות עצמאיות חשובות, ובהן הזכות לשוויון, הזכות לחופש הביטוי, הזכות לחינוך, הזכות לקיום אנושי בכבוד, הזכויות במשפט, הזכות לחופש המצפון והדת – אינן חלק מחוקי היסוד. הפרשנות החוקתית התכליתית אינה יכולה להכיר בזכויות אלה כזכויות חוקתיות עצמאיות.²⁵⁴ עם זאת העדרן של הזכויות הללו כזכויות חוקתיות עצמאיות יוצר את האפשרות להכיר בהיבטים שבהן, המבוססים על כבוד האדם, כחלק מהזכות העצמאית לכבוד האדם, ובלבד שקיים קשר ענייני הדוק בין ההיבט של כבוד האדם בזכויות החוקתיות העצמאיות הנעדרות מהמגילה שלנו, לבין הזכות החוקתית לכבוד האדם. בית המשפט העליון עמד על כך בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל:²⁵⁵

"[...] נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם [...]. על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד

- 245 ראו רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156 (2002). ראו גם ACKERMANN, לעיל ה"ש 35, בעמ' 28.
- 246 סעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד.
- 247 ש.ם.
- 248 ש.ם.
- 249 סעיף 3 לחוק-היסוד.
- 250 סעיף 5 לחוק-היסוד.
- 251 סעיף 6 לחוק-היסוד.
- 252 סעיף 7 לחוק-היסוד.
- 253 סעיף 3 לחוק-היסוד.
- 254 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 682.
- 255 ש.ם, בעמ' 687 (הנשיא א' ברק). ראו גם בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.2010); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות (פורסם בנבו, 12.1.2011); פרשת ניר, לעיל ה"ש 105.

שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית".

אכן, אי-ההכרה בזכות פלונית כזכות עצמאית אינה צריכה להתפרש כ"הסדר שלילי" לגזירת ההיבטים ה"דיגניטריים" של זכויות אלה מהזכות החוקתית העצמאית לכבוד האדם. הכרה במצב זה כ"הסדר שלילי" אינה מתיישבת עם הפרשנות החוקתית התכליתית, המשקיפה על מגילת הזכויות מתוך מבט רחב ומתרחקת מגישה פדנטית ולגליסטית.²⁵⁶ נהפוך הוא: הכרה בהיבטים "דיגניטריים" של הזכויות השונות שאינן קבועות כזכויות עצמאיות בחוק-היסוד כזכויות-בת הנגזרות מהזכות העצמאית לכבוד האדם, מתבקשת מהפרשנות החוקתית התכליתית של הזכות החוקתית לכבוד האדם.

שער שלישי

כבוד האדם כזכות חוקתית

פרק אחד-עשר

ההכרה בזכות החוקתית לכבוד האדם ותוכנה

א. ההכרה החוקתית

1. הכרה מפורשת בזכות חוקתית לכבוד האדם

לכבוד האדם כאובייקט לניתוח תאולוגי או פילוסופי היסטוריה ארוכה.¹ לכבוד האדם כערך חוקתי היסטוריה קצרה. לכבוד האדם כזכות חוקתית היסטוריה קצרה עוד יותר. דומה שכבוד האדם הוכר כזכות חוקתית לראשונה בחוקתה של פינלנד (1919). רק לאחר מלחמת העולם השנייה החלה מגמה של הכרה בכבוד האדם כזכות חוקתית.² הראשונה לכך הייתה גרמניה. חוק-היסוד הגרמני (1949) הכיר בזכות חוקתית עצמאית, העומדת על רגליה שלה, של כבוד האדם. אחריו באו חוקות רבות, ובהן החוקה של קולומביה (1991), החוקה של רוסיה (1993), החוקה של דרום-אפריקה (1996), החוקה של פולניה (1997) והחוקה של שווייץ (1999). ב-1992, עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוכרה בישראל הזכות לכבוד האדם כזכות חוקתית בישראל. הדבר מצא את ביטויו בשני סעיפים בחוק-היסוד. סעיף 2 לחוק-היסוד קובע:

”שמירה על החיים הגוף, והכבוד

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

סעיף 4 לחוק-היסוד מוסיף:

”הגנה על החיים, הגוף והכבוד

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

סעיפים אלה זכו לפרשנות שיפוטית מקיפה. עשרות פסקי דין הפעילו אותם בתחומים שונים של המשפט. הגישה האחידה של כל פסקי הדין היא כי כבוד האדם אינו אך ערך חוקתי – הוא גם זכות חוקתית.

1 ראו לעיל בעמ' 53.

2 להתפתחות מקבילה בגדרי המשפט הביין-לאומי הפומבי, ראו לעיל בעמ' 91.

ניתן אפוא לומר כי במחצית השנייה של המאה העשרים התרחשה מהפכת כבוד האדם. את הדחיפה לכך נתנו הפגיעות הקשורות בכבוד האדם שהתרחשו במלחמת העולם השנייה, ובעיקר השואה של עמנו. במספר ניכר של חוקות כבוד האדם הוא אפוא הן ערך חוקתי והן זכות חוקתית.³ עמדה על כך השופטת אורגן (O'Regan J.) בפרשה דרום-אפריקנית:⁴

“The value of dignity in our Constitutional framework cannot therefore be doubted. The Constitution asserts dignity to contradict our past in which human dignity for black South Africans was routinely and cruelly denied. It asserts it too to inform the future, to invest in our democracy respect for the intrinsic worth of all human beings. Human dignity therefore informs constitutional adjudication and interpretation at a range of levels. It is a value that informs the interpretation of many, possibly all, other rights. This Court has already acknowledged the importance of the constitutional value of dignity in interpreting rights such as the right to equality, the right not to be punished in a cruel, inhuman or degrading way, and the right to life. Human dignity is also a constitutional value that is of central significance in the limitations analysis. Section 10, however, makes it plain that dignity is not only a value fundamental to our Constitution, it is a justiciable and enforceable right that must be respected equality, the right not to be punished in a cruel, inhuman or degrading way, and the right to life. Human dignity is also a constitutional value that is of central significance in the limitations analysis. Section 10, however, makes it plain that dignity is not only a value fundamental to our Constitution, it is a justiciable and enforceable right that must be respected”.

ברוח דומה קבע בית המשפט העליון של ישראל כי כבוד האדם הוא הן ערך חוקתי והן זכות חוקתית בישראל. באחת הפרשות נקבע:⁵

3 ראו Conor O'Mahony, *There is No Such Thing as a Right to Dignity*, 10 ICON 551 (2012).

4 ראו 35 para. 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 479

5 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 479 (2005) (הנשיא א' ברק). ראו גם ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 526, 464 (1992) ("כבוד האדם מוליד זכויות וחובות, קובע סמכויות וכוחות ומשפיע על פרשנותו של כל דבר חקיקה. כבוד האדם בישראל אינו מטאפורה")

”חוק היסוד אינו מצהיר אך על ‘מדיניות’ או על ‘אידיאל’ (השוו לסעיף 20(1) לחוק היסוד של גרמניה). חוק היסוד אינו מתווה אך ‘תכנית פעולה’ או ‘מטרה’ לרשויות השלטון (השוו לסעיף 27(2) לחוקת דרום-אפריקה; סעיף 39 לחוקת הודו). אין הוא קובע רק ‘מושג גג’ בעל אצילה פרשנית [...] סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד קובעים זכות, היא הזכות להבטיח את כבוד האדם. בצדה של זכות זו עומדת החובה של הרשויות השלטון לכבדה (סעיף 11)”.

ובפרשה אחרת צוין:⁶

”אך כבוד האדם בישראל אינו רק בסיס ותשתית לזכויות האדם השונות. כבוד האדם בישראל אינו אך ערך חברתי. כבוד האדם הוא זכות עצמאית, העומדת על רגליה היא. יש לה קיום בצידן של זכויות האדם האחרות”.

לעתים נגזרה הזכות לכבוד האדם, בדרך של פרשנות חוקתית תכליתית, מתוך אחת הזכויות העצמאיות בלא שהזכות לכבוד האדם מוכרת כזכות עצמאית. בחוקה של הודו למשל הוכרה הזכות לכבוד הזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לחיים.⁷ אפשר לכנותה “זכות-בת” חוקתית לכבוד האדם הנגזרת מ”זכות-אם” חוקתית המוכרת כזכות עצמאית בחוקה.⁸ כאשר זכות-בת חוקתית נגזרת מזכות-אם המוכרת כזכות עצמאית בחוקה, זכות-הבת – כמו זכות

(השופט א’ ברק); בג”ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ הכנסת, פ”ד סא(1) 680, 619 (2006).

6 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, שם, בעמ’ 681 (הנשיא א’ ברק). ראו גם בג”ץ 6298/07 רסלר נ’ כנסת ישראל, פס’ 54 לפסק הדין של הנשיא ד’ ביניש (פורסם בנבו 21.2.2012) (“הזכות לכבוד האדם אף היא מוכרת במשפטנו כזכות חוקתית מאז נכללה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] הזכות לכבוד האדם היא זכות חוקתית בפני עצמה והיא אגד של זכויות יסוד אחרות. הזכות לכבוד האדם מטילה על רשויות השלטון חובה שלילית וחיובית כאחד – החובה שלא לפגוע בכבוד והחובה להגן על הכבוד”).

7 ראו Francis Coralie Mullin v. Delhi, AIR 1981 SCR(2) 516 (“We think that the right to life includes the right to live with human dignity and all that goes along with it, namely, the bare necessities of life such as adequate nutrition, clothing and shelter and facilities for reading, writing and expressing one-self in diverse forms, freely moving about and mixing and commingling with fellow human beings. Of course, the magnitude and content of the components of this rights would depend upon the extent of the economic development of the country, but it must, in any view of the matter, include the right to the basic necessities of life and also the right to carry on such functions and activities as constitute the bare minimum expression of the human”) (Bhagwati J.)

8 על המושגיות של זכות-אם וזכות-בת, ראו להלן בעמ’ 305.

האם – היא זכות חוקתית מפורשת. אמת, אין לה שם משלה, ושמה כשם זכות-האם. זוהי זכות מנויה (enumerated), שכן היא חלק מזכות-האם המנויה.⁹ מעניין לציין כי בתי המשפט ממעטים להשתמש באפשרות זו. למשל, בקנדה היה אפשר לגזור את כבוד האדם כזכות-בת מהזכות ל-“life, liberty and security of the person”¹⁰. בית המשפט העליון של קנדה סירב לכך.¹¹ בדומה לזה, בארצות הברית היה אפשר לגזור את כבוד האדם כזכות-בת של הזכות העצמאית ל-“liberty”¹² או כמצויה באחת ה-“penumbrae” של הזכויות המפורשות.¹³ בית המשפט העליון האמריקני סירב לכך.¹⁴

2. הכרה משתמעת בזכות חוקתית לכבוד האדם

שאלה יפה היא אם אפשר להכיר בחוקה בזכות חוקתית לכבוד האדם כזכות משתמעת. ראינו כי אפשר להכיר בערך החוקתי לכבוד האדם כערך משתמע.¹⁵ האם אפשר לצעוד צעד נוסף ולהכיר בכבוד האדם כזכות חוקתית משתמעת? התשובה מותנית כמובן במבנה של כל חוקה וחוקה ובררכי פרשנותה. בית המשפט העליון של אוסטרליה למשל הכיר בזכות חוקתית משתמעת לחופש ביטוי פוליטי¹⁶ ובזכות הגישה לערכאות.¹⁷ לדעתי, שיטת משפט

- 9 לסוגיה זו, ראו אהרן ברק מידתיות כמשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 79 (2010). לביקורת נוקבת על השימוש בביטוי “Unenumerated Rights” כמשפט האמריקני, ראו Ronald Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, 59 U. CHI. L. REV. 381, 381 (1992). דבורקין מציין: “[T]he distinction between enumerated and unenumerated constitutional rights [...] is bogus” “[T]he distinction between enumerated and unenumerated rights is safely shut up with other legal concepts dishonorably discharged for bad philosophy” ראו גם הלל סומר “הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית” משפטים כח 257 (1997).
- 10 סעיף 7 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים 1982.
- 11 ראו Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), [2000] 2 S.C.R. 307. ראו גם להלן בעמ' 433.
- 12 ראו התיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקנית.
- 13 ראו Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
- 14 ראו להלן בעמ' 413, 410.
- 15 ראו לעיל בעמ' 210.
- 16 ראו Nationwide News Pty Limited v. Wills, (1992) 177 C.L.R. 1; Australian Capital Television Pty Limited v. Commonwealth, (1992) 177 C.L.R. 106; Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd., (1994) 182 C.L.R. 104; Stephens v. West Australian Newspapers Limited, (1994) 182 C.L.R. 211; Cunliffe v. Commonwealth, (1994) 182 C.L.R. 272; McGinty v. Western Australian, (1996) 186 C.L.R. 140; Lange v. Australian Broadcasting Corp., (1997) 189 C.L.R. 520; Kruger v. Commonwealth, (1997) 190 C.L.R. 1; Levy v. Victoria, (1997) 189 C.L.R. 579.
- 17 ראו SURI RATNAPALA, AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW: FOUNDATIONS AND THEORY 299 (2nd ed., 2007). ראו גם MARYAM MINAL, HELEN CONRAD & PHILIP LYNCH, THE RIGHT

שאינ מוכרת בה זכות מפורשת לכבוד האדם צריכה לשקול בכובד ראש הכרה משתמעת בכבוד האדם כזכות חוקתית,¹⁸ וזאת על רקע מבנה החוקה.¹⁹

3. הכרה בכבוד האדם כזכות חוקתית בדרך של השלמת חסר בחוקה

(א) תורת החסר

אשר כבוד האדם כזכות חוקתית נגזר מזכות עצמאית לחיים – כמו בהודו²⁰ – ההכרה בכבוד האדם כזכות חוקתית היא מפורשת. בצד אפשרות זו עמדנו על האפשרות להכיר בכבוד האדם כזכות משתמעת.²¹ אך מה הדין אם אין אפשרות להכיר בכבוד האדם כזכות חוקתית מפורשת או משתמעת? האם ניתן לומר כי העדר הסדר בעניין הזכות לכבוד האדם מהווה חסר²² (Lacunae; Lücken) בחוקה, ובית המשפט מוסמך להשלימו?²³ בטרם נשיב על שאלה זו ראוי להבחין בין זכות חוקתית משתמעת לבין חסר בזכות חוקתית. זכות היא משתמעת אם היא נלמדת ממבנה (structure) החוקה. חסר בלשון החוקתית מניח היעדר של זכות מפורשת או משתמעת, השקול כנגד הסדר חוקתי שאינו שלם והשואף לשלמות. חסר קיים במקום שהחוקה ביקשה להסדיר את הסוגיה אך לא השיגה את המטרה.²⁴ חסר חוקתי משמעותו אי-שלמות של ההסדר החוקתי הנוגד את תכליתו.²⁵ אפשר לדמות את הטקסט החוקתי לחומה אשר חסרה בה לבנה שנשתכחה.²⁶ השלמתו של חסר זה אינה נעשית אך בפעילות פרשנית של הלשון החוקתית. השלמת החסר נעשית בפעילות לבר-פרשנית: "בפירוש טקסט השופט נותן מובן ל'יש'. בהשלמת חסר

TO A FAIR HEARING AND ACCESS TO JUSTICE: AUSTRALIA'S OBLIGATIONS (Submission to the Senate Legal and Constitutional Affairs Committee: Inquiry into Australia's Judicial System, the Role of Judges and Access to Justice, 2009)

18 במקום אחר הצעתי להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית משתמעת בישראל; ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לויין 31, 50 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

19 על ההתחשבות במבנה, ראו CHARLES L. BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW (1996).

20 ראו לעיל ה"ש 7.

21 ראו לעיל בעמ' 286.

22 על תורת החסר בחקיקה, ראו CLAUD WILHELM CANARIS, DIE FESTSTELLUNG VON LUCKEN IM GESETZ: EINE METHODOLOGISCHE STUDIE ÜBER VORAUSSETZUNGEN UND GRENZEN DER RECHTSFORTBILDUNG PRAETER LEGEM (1983).

23 לשאלה זו, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 82.

24 ראו ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, 648 (1998).

25 שם. ראו גם על"ע 663/90 פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל אביב יפו, פ"ד מז(3) 397, 404 (1993).

26 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 108 (2003).

השופט מוסיף 'יש' ל'אין'.²⁷ בפירוש השופט נותן מובן לטקסט (שנוצר על ידי אחרים). בהשלמת חסר השופט יוצר בעצמו טקסט (על פי אמות מידה שנקבעו בדין).²⁸ פעילות כזו מוכרת בשיטות המשפט הקונטיננטליות בכל הנוגע להשלמת חסר בחוק.²⁹ חסר אינו קיים במקום ששתיקה של החוקה מתפרשת כהסדר שלילי. הסדר שלילי קיים במקום שהשתיקה "מדברת". הסדר שלילי מבוסס על התפיסה כי הלשון מיצתה את התכלית. שהשתיקה היא מדעת. זוהי שתיקה שיש עמה דיבור. אך יש שהשתיקה מתפרשת כהסדר קטוע המצריך השלמה. בגין שתיקה זו חלה תורת החסר.³⁰

(ב) חסר בחוקה?

שאלה יפה היא אם רעיון החסר והשלמתו חל גם לעניין החוקה. האין לומר כי בכל מקרה שבו החוקה "שותקת" היא קובעת במשתמע הסדר שלילי? ואף אם נאמר שיש חסר בחוקה – האם השופטים רשאים להשלימו? האם פסיקתו של בית המשפט העליון באוסטרליה שהכירה במגילת זכויות אדם משתמעת (implied bill of rights) היא דוגמה להשלמת חסר בחוקה האוסטרלית בכל הנוגע לזכויות האדם? האם פסק דינו של השופט דאגלס, שהכיר בזכות החוקתית לפרטיות כזכות המעוצבת על ידי אזור האפולונית של הזכויות הקיימות במפורש, מעניק לגיטימציה להשלמת חסר בחוקה האמריקנית? תשובה חיובית לשאלה אם אפשר להשלים חסר בחוקה ניתנה על ידי בית המשפט העליון של הפדרציה השווייצרית.³¹ נקבע כי אפשר להכיר בזכויות משתמעות אם הן מרכיב חיוני למדינה דמוקרטית המבוססת על שלטון החוק, או אם הן תנאי מוקדם להגשמתן של זכויות

27 ראו John Henry Merryman, *The Italian Legal Style III: Interpretation*, 18 STAN. L. REV. 583, 593 (1996).

28 פרשת חכם, לעיל ה"ש 24, בעמ' 649 (הנשיא א' ברק).

29 ראו ס' 12 לקודקס האיטלקי: "If a controversy cannot be decided by a precise provision, consideration is given to provisions that regulate similar cases or analogous matters; if the case still remains in doubt, it is decided according to the general principles of the THE ITALIAN CIVIL CODE (Mario Beltramo et al trans., legal order of the state" (1969).

30 על תורת החסר, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 442 (1992); ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 106; גר טדסקי "בעיית הליקויים בחוק (Lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו 132 (מהדורה שנייה, 1959); ע"א 1915/91 יעקבי נ' יעקבי, פ"ד מט(3) 529, 625 (1995); פרשת חכם, לעיל ה"ש 24, בעמ' Merryman; לעיל ה"ש 27. ראו גם CHAIM PERELMAN, LE PROBLEME DES LACUNES EN DROIT (1968); Alferd E. Von Overbeck, *Some Observations on the Role of the Judge* (1977); CANARIS; לעיל ה"ש 22.

31 ראו J.F. AUBERT, TRAITÉ DE DROIT CONSTITUTIONNEL SUISSE 126 (1967); JÖRG PAUL, MÜLLER, GRUNDRICHTE: BESONDERER TEIL 287 (1985).

חוקתיות מפורשות.³² בדרך זו הכיר בית המשפט העליון הפדרלי בזכות הקניין, בזכות לחיים ולחירות, בזכות לחופש הביטוי ובזכות לאספה.

האם תורת החסר חלה במשפט החוקתי הישראלי? הניתן להשלים חסר בחוקי-היסוד בפעילות שיפוטית? השאלה טרם התעוררה בישראל. הוראותיו של חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980³³ אינן חלות בעניין, שכן אין בכוחה של נורמה תת-חוקתית לקבוע דין השלמת חסר בטקסט חוקתי. לדעתי אין מניעה עקרונית מלהפעיל את תורת החסר גם בתחומי החוקה, ובלבד שייקבע כי שתיקת החוקה היא חסר. כאן טמון לדעתי הקושי העיקרי של הסוגיה. מן המפורסמות הוא כי לא כל שתיקה של הטקסט מצביעה על חסר בו. שתיקתו של טקסט מדברת בכמה קולות.³⁴ לעתים שתיקת הטקסט מתפרשת כהסדר משתמע. ראינו³⁵ כי שתיקת החוקה בדבר הפרדת הרשויות או עצמאות השפיטה מתפרשת כהסדר משתמע. אין לראות בה חסר. לעתים הטקסט שותק שכן הוא אינו מטפל כלל, או מראש מטפל חלקית, בסוגיה מסוימת. כך למשל שתיקת חוקה בעניין תרופות בגין הפרתה אינה בגדר חסר. לעתים השתיקה היא "מדעת". קיים הסדר משתמע, והוא שלילי. סוגיה אינה מוסדרת, שכן החוקה ביקשה שלא להסדיר. לבסוף, השתיקה עשויה להצביע על חוסר שלמותו של הטקסט. רק שתיקה זו היא חסר. כפי שראינו,³⁶ אפשר לדמות זאת לחומה שבהיסח הדעת חסרה בה לבנה.

האם בתחום זכויות האדם יש בחוקה הישראלית חסר? האם מצבה של החוקה שלנו בתחום זכויות האדם כמצבה של החוקה הפדרלית השווייצרית? התשובה על שאלה זו היא פרשנית. היא צריכה להתחשב בהיסטוריה של מפעל חוקי-היסוד בישראל. נראה לי כי התשובה היא כי ישראל מצויה בתהליך של בניית החומה – בתהליך של בניית מערך זכויות האדם. המלאכה טרם שלמה. על כן נראה לי כי שתיקתם של חוקי-היסוד באשר לזכויות חוקתיות שונות אין לפרשה כחסר בחוקי-היסוד. נמצא כי אין מקום לפעילות שיפוטית המשלימה את החסר בחוקה. הפעילות השיפוטית האפשרית היא בפירושה של החוקה ובמתן מובן להוראותיה המפורשות והמשתמעות.

חסר אינו קיים כאשר הבעיה המשפטית החוקתית נפתרת במסגרת לשונה המפורשת או המשתמעת של לשון הזכות החוקתית. על כן הזכויות "ללא שם מיוחד" או זכויות-הבת אין בהן השלמת חסר, שכן הן נגזרות מלשונה המפורשת של הזכות החוקתית. הפסיקה האוסטרלית בעניין חופש הביטוי הפוליטי לא תהיה השלמת חסר אם אפשר לבסס אותה על

32 ראו Luzius Wildhaber, *Limitations on Human Rights in Times of Peace, War and Emergency: A Report on Swiss Law, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 41, 44 (Armand L.C. De Mestral et al eds., 1986).

33 ס"ח 163.

34 ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 107.

35 ראו לעיל בעמ' 190.

36 ראו לעיל בעמ' 287.

משמעותה המשתמעת של החוקה האוסטרלית בעניין המבנה הדמוקרטי והליך ניהול הבחירות. ודוק: להבחנה בין משמעות מפורשת או משתמעת לבין השלמת חסר חשיבות רבה. חשיבות זו היא כפולה: ראשית, מתן מובן ללשונה המפורשת או המשתמעת של הזכות החוקתית נופלת בגדר הפעילות הפרשנית הלגיטימית של השפיטה. לעומת זאת הלגיטימיות השיפוטית בהשלמת חסר בחוקה אינה יכולה לינוק את חיותה מהפעילות הפרשנית. נדרשת לכך לגיטימציה מיוחדת. זו אינה קיימת ברבות משיטות המשפט; שנית, מתן מובן ללשונה המפורשת או המשתמעת של הזכות החוקתית נעשה על פי דיני הפרשנות של השיטה. הכללים להשלמת חסר הם כללים לבר-פרשניים. כל שיטת משפט המכירה בהשלמת חסר מחזיקה בכללים לבר-פרשניים משלה. במרכזם של כללים אלה עומדים ההיקש והפנייה לעקרונות היסוד של המשפט.

ב. תוכנה של הזכות החוקתית הוא להגשים את הערך החוקתי

1. הגישה הכללית

הפרשנות התכליתית קובעת כי תוכנה של זכות ייקבע על פי התכלית המונחת ביסודה. מהי התכלית המונחת ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם? התשובה היא כי תכליתה של הזכות החוקתית לכבוד האדם היא להגשים את הערך החוקתי של כבוד האדם.³⁷ על כן נועדה הזכות החוקתית לכבוד האדם להגשים את אנושיותו של האדם. כבודו של האדם הוא חופש הרצון שלו, האוטונומיה שלו, החופש לעצב את חייו ולהגשים את עצמו. זהו החופש של אדם לכתוב את סיפור חייו.³⁸

ביסוד אנושיותו של האדם עומדת האוטונומיה של רצונו. משמעות הדבר היא כי הפרט עצמו – הוא ולא אחר – קובע את גורלו. אין המדינה מתערבת בענייניו של הפרט ובקשריו עם זולתו. אכן, אנושיותו של האדם היא חופש הבחירה שלו. חופש זה נשלל אם הבחירה נעשית על ידי אדם אחר. מכאן התפיסה שלפיה כבוד האדם נשלל מקום שהאדם נתון לחופש הבחירה של האחר. אין להתייחס לאדם כאל אמצעי בלבד לסיפוק רצונו של אחר. כבוד האדם משקף את אנושיותו של האדם כחלק מהחברה. אין זו אנושיותו של אדם על אי בודד.

בכל זכות חוקתית אפשר להבחין בין התכלית המיוחדת המאפיינת אותה לבין התכלית הכללית – הגשמת הערך החוקתי של כבוד האדם – החלה בה. בזכות החוקתית לכבוד האדם מתמזגת התכלית הכללית והתכלית המיוחדת. שתיהן הן אחת – הגשמת הערך החוקתי של כבוד האדם.

37 ראו לעיל בעמ' 261.

38 ראו לעיל בעמ' 245.

האם אין בגישה זו כדי לייתר את מגוון הזכויות החוקתיות? האם אין נובע ממנה כי ניתן להסתפק בזכות החוקתית לכבוד האדם אשר תגשים את הערך החוקתי של כבוד האדם? התשובה היא בשלילה. כל זכות חוקתית והתכלית המיוחדת לה. תכלית מיוחדת זו יכולה לחפוף בהשלמה לערך החוקתי של כבוד האדם. תכלית מיוחדת זו יכולה לנגוד את הערך החוקתי של כבוד האדם. בצדן של זכויות מיוחדות אלה תעמוד הזכות החוקתית לכבוד האדם אשר במקצתה תחפוף להן בהשלמה ובמקצתן תנגוד להן. ההסכמה והניגוד אינם משנים את גבולותיהן של הזכויות השונות.³⁹

2. המקרה המיוחד של חוק־היסוד הגרמני

הקשר הישיר בין הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין הערך החוקתי של כבוד האדם – פרי המודל החוקתי – כפוף להתאמתו למבנה החוקתי. בסופו של יום עניין לנו בפירוש זכות בחוקה (כבוד האדם), ופירוש זה צריך להתאים לארכיטקטורה החוקתית הכללית. בהעדר התאמה יש לתקן את הקשר שבין הזכות לערך באופן שיתאים לתפיסה החוקתית הכוללת. תיקון כזה נדרש במסגרת חוק־היסוד הגרמני.

במשפט החוקתי הגרמני, כמו בחוקות אחרות, הערך של כבוד האדם משמעותו אנושיותו של האדם. הערך של כבוד האדם נתפס כערך העליון של החוקה. הפסיקה והספרות רואות בכבוד האדם את הרוח והמהות של כל החוקה:⁴⁰ הוא המרכז של המבנה החוקתי⁴¹ ועיקרון השולט על כל חלקי החוקה. מעמד עליון זה משקף את התפיסה שלפיה גרמניה מתנערת מהעבר הנאצי ומהפגיעות הקשות בכבוד האדם שאפיינו אותו,⁴² ומעמידה בראש סולם ערכיה את כבוד האדם שחולל על ידי הנאצים.

ומה דינה של הזכות לכבוד האדם? כפי שראינו, זכות זו היא מוחלטת. דיני המידתיות אינם חלים בה; היא נצחית. הדינים בדבר שינוי החוקה אינם חלים בה. התוצאה המתבקשת היא שהיקף פריסתו של כבוד האדם כזכות חוקתית הוא מטבעו צר ומצומצם. אם כבוד האדם הוא זכות מוחלטת שכל פגיעה בה היא בלתי חוקתית, אין לקבוע כי הזכות לכבוד

39 ראו להלן בעמ' 322.

40 ראו BVerfGE 12, 45; BVerfGE 27, 1; BVerfGE 30, 173; BVerfGE 45, 187; BVerfGE 82, 60. HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 162 (2006); Bodo גם ראו PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE, STAATSRECHT II 80 (2006); MATTHIAS MÄHLER, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSTHEORIE 179 (2008); מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי במשפט הגרמני – האם גם בישראל? 19 (2011) DONALD P. KOMMERS & RUSSELL MILLER, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 355 (3rd ed., 2012).

41 ראו BVerfGE 7, 198; BVerfGE 35, 202; BVerfGE 39, 1.

42 ראו PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 40, בעמ' 80; DREIER, לעיל ה"ש 40, בעמ' 154.

האדם משתרעת על כל היבטיה של אנושיות האדם. מכאן גישתו של המשפט החוקתי הגרמני שלפיה כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע רק על מצבים קיצוניים שבהם נפגע הטאבו של הקיום האנושי.⁴³ במסגרת זו נכללים בין השאר האיסור על עינויים, האיסור על השפלה והבטחת הקיום המינימלי של הפרט בחברה. אמת המידה להבנת כבוד האדם כזכות חוקתית מתמקדת בתפיסה שכבוד האדם נפגע במקום שהאדם נתפס אך כאמצעי להגשמת מטרתו של אחר. כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני מצומצם לראות באדם תמיד גם מטרה ולא אמצעי (אובייקט) בלבד. מכאן ההתמקדות ב"נוסחת האובייקט" (objektformel) המושפעת מהפילוסופיה הקנטיאנית.⁴⁴

הבנה זו של הזכות לכבוד האדם צרה מהבנת כבוד האדם כאנושיותו של האדם.⁴⁵ ההקשר הפרשני החיצוני – שעניינו רקע היסטורי וחברתי – היה יכול להביא לזהות בין הערך החוקתי של כבוד האדם כאנושיותו של האדם לבין הזכות החוקתית לכבוד האדם כאנושיותו של האדם. עם זאת ההקשר הפרשני הפנימי – שעניינו הארכיטקטורה החוקתית, הרואה בכבוד האדם זכות מוחלטת ונצחית – מביא לניתוק בין היקף הערך החוקתי לכבוד האדם (אנושיותו של האדם) לבין היקף הזכות החוקתית לכבוד האדם (שלילת האדם כאמצעי בלבד). רק אותם היבטים של הערך בדבר כבוד האדם, הקשורים בתפיסתו כמטרה ולא אך כאמצעי, קובעים את היקף הזכות לכבוד האדם. על כן רק במקרים הדומים לאלה של פגיעה ב"טאבו", כגון עינויים ומינימום של קיום אנושי, נופלים בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם.

43 ראו (2007) MICHAEL SACHS, GRUNDGESETZ KOMMENTAR 82.

44 נוסחת האובייקט, על פי ניסוחו של Dürig, קובעת: "Human dignity as such is affected when a concrete human being is reduced to an object, to a mere means, to a dispensable quantity. [Violations of dignity involve] the degradation of the person to a thing, which can, in its entirety, be grasped, disposed of, registered, brainwashed, replaced, used and expelled." ראו, Günter Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, AÖR 81, (1956) Henk Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, 2, 125 (1956); MAHLMANN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 190, DREIER; STELL. L. REV. 171, 183 (2009). ראו גם DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 314 (1994); Eckart Klein, *Human Dignity in German Law*, in *THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE* 145, 150 (David Kretzmer & Eckart Klein eds. 2002); LAURIE .ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 117 (2012); ראו גם להלן בעמ' 460.

45 ראו Ariel L. Bendor & Michael Sachs, *Human Dignity as a Constitutional Concept in Germany and in Israel*, 44 ISR. L. REV. 26 (2011).

ג. פרשנות חוקתית-תכליתית

1. פרשנות מתוך מבט רחב

המודל החוקתי להבנת כבוד האדם כערך חוקתי מבוסס, כפי שראינו, על פרשנות תכליתית.⁴⁶ פרשנות זו חלה על כל חלקי החוקה – הן החלקים ה"מוסדיים" והן החלקים הדניים בזכויות אדם. על כן חלה הפרשנות התכליתית גם על פירוש הזכות לכבוד האדם. על פי פרשנות זו ניתן לערך החוקתי של כבוד האדם פירוש "מתוך מבט רחב".⁴⁷ המודל החוקתי להבנת כבוד האדם כזכות חוקתית מבוסס על הבנת הזכות החוקתית לכבוד האדם על פי הערך החוקתי של כבוד האדם. התוצאה היא אפוא כי גם הזכות החוקתית לכבוד האדם זוכה לפרשנות מתוך מבט רחב. פרשנות זו מבוססת על אופיו המיוחד של הטקסט החוקתי. עמד על כך בית המשפט העליון הישראלי בפרשת בנק המזרחי המאוחד:⁴⁸

"היקפה של הזכות נקבע בפרשנותה. זוהי פרשנות חוקתית. היא רגישה לאופיו המיוחד של המסמך המתפרש [...]. הפרשנות החוקתית נעשית על-פי המידה של התכלית החוקתית. [...] התכלית החוקתית נלמדת מהלשון, מההיסטוריה, מהתרבות ומעקרונות היסוד. הוראה חוקתית לא הוחקה בחלל חוקתי, והיא איננה מתפתחת באינקובטור חוקתי. היא מהווה חלק מהחיים עצמם [...]. פרשנות חוקתית חייבת להתבסס על אחדות חוקתית ולא על דיסהרמוניה חוקתית. היא משקיפה על התפקיד של הטקסט החוקתי במבנה המשטר והחברה. היא מעניקה לו מובן המאפשר לו לקיים את תפקידו בהווה ובעתיד בצורה הראויה ביותר".

דברים אלה נאמרו לעניין כל הזכויות החוקתיות. הם חלים במלוא משמעותם לעניין הזכות לכבוד האדם. על הפרשן "להתחשב בנסיבות הזמן והמקום, בערכי היסוד של החברה ובאורחות חייה, במוסכמות החברתיות והפוליטיות ובמציאות הנורמטיבית. כל אלה הם כלים בידי בית המשפט לצורך פירוש המושג המשפטי של כבוד האדם".⁴⁹

46 ראו גם לעיל בעמ' 173.

47 על פרשנות חוקתית מתוך "מבט רחב", ראו לעיל בעמ' 205.

48 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 429 (1995) (הנשיא א' ברק).

49 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 479 (הנשיא א' ברק).

2. מבט רחב אינו מבט ללא גבולות

הזכות החוקתית לכבוד האדם נועדה להגשים את הערך החוקתי של כבוד האדם. ערך חוקתי זה אינו מצומצם אך למניעת עינויים והשפלה. עמד על כך בית המשפט העליון באחת מן הפרשות:⁵⁰

“פרשנות חוקתית של הזכות לכבוד האדם חייבת לקבוע את מידותיה החוקתיות. אין לצמצמה אך לעינויים ולהשפלה, שכן בכך נחטיא את התכלית המונחת ביסודה”.

עם זאת פרשנות תכליתית אין משמעותה פרשנות ללא גבולות.⁵¹ גבולותיה של הזכות החוקתית נקבעים על ידי לשונה – מה אפשר “להכניס” לדיבור כבוד האדם – ועל ידי תכליתה – הגשמת הערך החוקתי של כבוד האדם – והם כפופים למתבקש מהארכיטקטורה החוקתית.

3. פרשנות תכליתית של כבוד האדם ופגיעה בזכות אחרת

הערך החוקתי של כבוד האדם עשוי להתנגש עם ערכים – כלליים או מיוחדים – המונחים ביסוד זכויות חוקתיות. בכל הנוגע לערכים עצמם, ההתנגשות הפנימית ביניהם אינה צריכה להשפיע על היקפם. כל ערך המבטא אידאלים משלו עומד על רגליו שלו, והיקפו אינו מושפע מהערכים האחרים המשקפים אידאלים אחרים. מה הדין באשר לזכות החוקתית? האם התנגשות בין אידאלים משפיעה על היקפה של הזכות החוקתית המגשימה אחד מהם? כך למשל הערך החוקתי של כבוד האדם כולל בחובו את הערך של השם הטוב. ערך זה עשוי להתנגש עם הערך של חופש הביטוי המונח ביסוד זכות חוקתית עצמאית לחופש הביטוי המוכרת בחוקה נתונה. האם יש בהתנגשות זו כדי להשפיע על היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם? האם עלינו לומר כי הערך המיוחד גובר על הערך הכללי? תשובתי היא כי להתנגשות זו אין תוצאות במישור החוקתי. הערך החוקתי של כבוד האדם אינו מצטמצם בעקבות ההתנגשות, וממילא גם הזכות החוקתית לכבוד האדם אינה

50 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 518, 503 (2004) (הנשיא א' ברק).

51 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 138 (2004) (“יש להיזהר מהרחבת יתר נשל הזכות לכבוד האדם”). כבוד האדם אינו כל הטוב והיפה שבחיים. כבוד האדם אינו הלסה-פר (laissez faire) של המאה התשע-עשרה. כבוד האדם אינו פרוגרמה סוציאלית. כבוד האדם אינו מדינת הרווחה של המאה העשרים. כבוד האדם אינו כלל זכויות האדם. עלינו להבחין בין כבוד האדם כמטרה כוללת המונחת ביסוד כל הזכויות לבין כבוד האדם כזכות חוקתית. כבוד האדם לא נועד לייתר את שאר זכויות האדם. לא כל זכות המוכרת בחוקת על דבר זכויות האדם, כלולה בכבוד האדם.”

מצטמצמת בעקבות ההתנגשות. הוא הדין בערך המיוחד ובזכות המיוחדת. תוצאות ההתנגשות יורגשו במשפט התת-חוקתי. חוק אשר יפגע בזכות העצמאית לחופש הביטוי כדי להגן על הערך החוקתי של השם הטוב כחלק מכבוד האדם יהא חוקתי רק אם הוא מידתי.

לתוצאה דומה נגיע אם נשקיף על המקרה שלפנינו כהתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות. נניח אפוא כי הזכות החוקתית לכבוד האדם משתרעת אף על שמו הטוב של האדם. נניח עוד כי הזכות לחופש הביטוי, המוכרת בחוקה נתונה כזכות עצמאית, משתרעת אף על ביטוי הפוגע בשם הטוב. לפנינו התנגשות בין הזכות לכבוד האדם לבין הזכות לחופש הביטוי. מה תוצאתה של התנגשות זו? האין לומר כי הזכות החוקתית המיוחדת (לחופש הביטוי) גוברת על הזכות החוקתית הכללית (לכבוד האדם)? תשובתי היא כי התנגשות זו לא תיפתר במישור החוקתי. עמד על כך בית המשפט העליון הישראלי באחת הפרשות⁵² שבה נטען כי הזכות החוקתית לפרטיות מתנגשת עם הזכות החוקתית לפומביות הדין, ויד הזכות לפומביות הדין (כזכות מיוחדת) על העליונה. בית המשפט העליון דחה טענות אלה:⁵³

”בהתנגשות (אופקית) בין נורמות חוקתיות השוות במעמדן הנורמטיבי והמשקפות ערכים ועקרונות, בדרך-כלל אין לנקוט את הכלל הפרשני שלפיו נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית.”

כן נקבע:⁵⁴

”עניין לנו בתחום שבו הזכות לפרטיות ועקרון הפומביות מתנגשים זה בזה. התנגשות זו משקפת מצב טבעי בחברה דמוקרטית, שבה זכויות אדם מתנגשות אלה באלה (כגון הזכות לחופש הביטוי המתנגשת בזכות לשם הטוב), ושבה זכויות האדם מתנגשות בערכים ובעקרונות של החברה (כגון חופש הביטוי המתנגש עם הביטחון ושלוש הציבור). פרט למקרים קיצוניים תוצאתה של התנגשות זו אינו מחייב קביעת הגבולות של הזכויות, הערכים והאינטרסים ברמה החוקתית תוך ביטולם של הזכות, הערך או האינטרס שידם על התחונה. כך למשל איננו קובעים כי הזכות לחופש הביטוי אינה כוללת בחובה ביטוי הפוגע בשם הטוב. אילו כך קבענו היינו מדללים את היקפן של הזכויות החוקתיות ושל הערכים והעקרונות הזוכים להכרה חוקתית, והיינו יוצרים מצב נורמטיבי שלפיו חקיקה רגילה הנוגעת לשם הטוב אינה כפופה למגבלות חוקתיות. תוצאה זו אינה ראויה ויש למונעה,

52 ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין המשמעתי לעובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529 (2003).

53 שם, בעמ' 537 (הנשיא א' ברק).

54 שם.

אלא אם אין מנוס מהצורך להכריע ברמה החוקתית מהו גבולה של כל זכות".

כיצד אפוא נפתרת התנגשות זו? תשובתי היא כי פתרונה של ההתנגשות ימצא את מקומו הראוי במשפט התת-חוקתי. חוק המגן על הפרטיות והפוגע בפומביות הדיון – או חוק שפוגע בפרטיות כדי להגן על פומביות הדיון – יהא חוקתי רק אם הוא מידתי. עמד על כך בית המשפט העליון הישראלי בצינו:⁵⁵

"במישור החוקתי-העל-חוקי מוכרות הן הפומביות הן הפרטיות בלא שנצטרך לקבוע את גבולותיהן. מידת ההגנה הניתנת לפומביות ולפרטיות קבועה בחקיקה הרגילה. אכן, סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, המכיר בפומביות, מוסיף וקובע כי זו מוכרת 'זולת אם נקבע אחרת בחוק'. חוק רגיל הקובע אחרת אינו חופשי לקבוע כל הסדר שיעלה על דעת המחוקק. עליו להיות לתכלית ראויה; עליו לקיים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; עליו להיות מידתי... מידת ההגנה על הפרטיות קבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראה זו מאפשרת פגיעה בפרטיות באמצעות חקיקה רגילה. גם חקיקה זו אינה חופשית בתכניה. על החוק הפוגע לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. ההגבלה בחוק של הפומביות חייבת אפוא להתחשב – במסגרת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – בפרטיות; ההגבלה בחוק של הפרטיות חייבת להתחשב – מאותם טעמים עצמם – בפומביות. שתי ההגבלות צריכות להיות מידתיות. עניין לנו אפוא בסיומת ובאחדות באשר להפעלתן של ההוראות בחוק הפוגעות בזכויות, בערכים ובאינטרסים הקבועים בהוראה חוקתית-על-חוקית".

גישה זו משלימה את הגישה שלפיה אין בזכות הנוגדת כדי להשפיע על היקף הזכות. אכן, אין כל היגיון פנימי לקבוע מחד גיסא כי ההתנגשות בין הערכים החוקתיים אינה משפיעה על היקפן של הזכויות החוקתיות, ומאידך גיסא כי בהתנגשות בין הזכויות יד אחת מהן על העליונה. אין להכניס בדרך האחורית של דיני ההתנגשות את שהוצא בדרך הראשית של דיני ההיקף.

4. פרשנות תכליתית של כבוד האדם והפגיעה בטובת הכלל

הערך החוקתי של כבוד האדם עשוי להתנגש עם טובת הכלל, כגון ביטחון המדינה ושלום הציבור. אינטרסים אלה עשויים אף הם להיות (במפורש או במשתמע) ברמה

55 שם, בעמ' 539 (הנשיא א' ברק).

חוקתית. האם יש בהתנגשות זו כדי להשפיע על היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם? האם עלינו לומר שאינטרס הציבור גובר, ברמה החוקתית, על הערך החוקתי לכבוד האדם? שאלה זו התעוררה בישראל. חוק⁵⁶ הטיל, בשל טעמים ביטחוניים, איסור על כניסתם של בני זוג זרים לישראל כדי לממש בישראל – הם וילדיהם – את הזכות לחיי משפחה. השאלה הייתה אם חוק זה הוא חוקתי. לפתרון שאלה זו נבחנה השאלה אם החוק פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם. לעניין זה נקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת גם את הזכות למשפחה. השאלה שהתעוררה בהקשר זה היא מהו היקף הזכות למשפחה של בן זוג ישראלי – האם בגדרי הזכות נכללת גם זכותו של בן זוג ישראלי לחיות יחד עם בן זוג הזר חיי משפחה בישראל? נטען בפני בית המשפט כי אינטרס הציבור הוא כי מפתח הכניסה לישראל יהיה בידי המדינה ולא פרי החלטתו של ישראלי להינשא לזר. על רקע הכרה באינטרס ציבורי זה התעוררה השאלה אם טובת הכלל בשמירת המפתח לכניסה לישראל בידי המדינה (ולא בידי בן הזוג הישראלי) מצמצמת את זכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה במובן זה שהזכות החוקתית אינה כוללת את מימוש הנישואין בישראל. בשאלה זו נחלקו הדעות. הרוב סבר כי השיקול של טובת הכלל חשוב הוא, ויש להביאו בחשבון בעת שקילת המידתיות של הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה בישראל. אין בכוחה של טובת הכלל לצמצם את הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהוציא מתוכה את הגשמתה בישראל. המיעוט סבר כי השיקול של טובת הכלל מצמצם את היקף הזכות החוקתית. בפסק דין הרוב נאמר:⁵⁷

“לדעתי, ההתחשבות באינטרס הציבורי – יהא הוא חשוב כאשר יהא – צריכה להיעשות במסגרת בחינת תנאיה של פסקת ההגבלה (השלב השני בבחינה החוקתית) ולא במסגרת קביעת היקפה של הזכות החוקתית עצמה (השלב הראשון בבחינה החוקתית). כך לעניין הזכות לחיי משפחה וכך לעניין כל זכות חוקתית אחרת. [...] המתודולוגיה שנוקט חברי, סופה לצמצם במידה רבה את ההגנה החוקתית על זכויות האדם. היא עשויה להוביל, למשל, לתפישה כי ההתחשבות באינטרס הציבורי, כמו ביטחון המדינה, או שלום הציבור, לעניין הזכות לחופש הביטוי, צריך למצוא מקומו בקביעת היקפו של חופש הביטוי ולא בקביעת האפשרות החוקתית לפגוע בו. שינוי ‘המיקום’ של האינטרס הציבורי אינו עניין טכני או מתודולוגי גרידא. הוא עניין בעל השלכות עמוקות על זכויות האדם בישראל. יש בו משום צמצום דרסטי בהיקפן של זכויות האדם. [...]”

56 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, ס"ח 544.

57 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 355 (2006) (הנשיא א' ברק).

בגישה זו, 'משום ערעור האיזון החוקתי' [...]; יש בה משום דילול ההגנה החוקתית על זכויות האדם בישראל [...]. תפקידנו כשופטים, בשלב זה של חיינו הלאומיים, הוא להכיר במלוא היקפן של זכויות האדם, תוך מתן מלוא העוצמה לכוחה של פסקת ההגבלה לאפשר פגיעה בזכויות אלה בשעת הצורך, בלא לצמצם את היקפן".

ביסוד גישה זו מונחת תפיסת עומק של הזכות החוקתית. היא מעמידה את הזכות החוקתית כאידאל שהחברה צריכה לשאוף למימושו. אידאל זה עשוי כמובן להתנגש באידאלים אחרים או באינטרסים אחרים שהחברה צריכה לשאוף להגשמתם. התנגשות זו לא תיפתר בצמצום האידאלים אלא בהגבלה של אופני מימושם. זכות חוקתית ממשכה לעמוד בטוהרתה כשאיפה החוצה גבולות וזמנים. היא מצויה בהתנגשות מתמדת עם שאיפות נוגדות. התנגשות זו נפתרת בדרך איזון ברמה התת-חוקתית. היא נשלטת על ידי דיני המידתיות של פסקת ההגבלה. האיזון בין אופני המימוש של הזכות החוקתית ושל השאיפות המתנגשות אינו משפיע על משמעותה של הזכות החוקתית ועל היקפה ואינו מצמצמם. איזון זה משפיע על הגשמתה של הזכות ברמה התת-חוקתית בחברה נתונה ובזמן נתון. גישה זו מעניקה לחברה את האידאלים שראוי לה לשאוף אליהם ומחזקת את מעמדם, גם אם הם אינם מוגשמים הלכה למעשה. בכך אף נשמרים גבולותיה וכוחה של הזכות החוקתית גם במצבי חירום או במצבים קשים אחרים. ראוי כי ההגבלות הנדרשות על זכויות חוקתיות בעתות חירום או ברגעי משבר ייקבעו כהגבלות חיצוניות על הזכות החוקתית ולא כחלק מהזכות עצמה. צמצום אופני מימושה של זכות חוקתית בעת נתונה הוא עניין חולף שאינו משפיע על היקפה. נוסף על כל אלה, הבחנה ברורה בין זכות חוקתית לבין טובת הכלל תביא להפריה הדדית של השיח הציבורי והחוקתי. קווי התיחום בין המשפט לפוליטיקה ייקבעו באופן ברור יותר ומדויק יותר. השיקולים השונים המובאים בחשבון יוצגו בצורתם הבהירה והראויה, והמשקל שיינתן להם יהא גלוי וניתן להערכה ולביקורת.⁵⁸ גישה זו מקובלת במשפט המשווה.⁵⁹

58 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 112.

59 ראו 53 NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW (1996) ("The doctrinal separation between the constituent elements of basic rights and their limits avoids the inclusion of public interest and welfare considerations directly in the elements of basic rights themselves. In this way, the danger of arbitrarily restricting freedom by way of an ad hoc definition of basic rights is also avoided, ultimately ensuring optimal freedom"); Stu Woolman & Henk Botha, *Limitations*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 34–20 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012) ("The first stage of analysis is generally understood to require the judge to determine the ambit of the right. The determination is made by asking what values underlie the right and then, in turn, what practices serve

5. ביקורת גישתי והתשובה לה

כנגד גישה זו אפשר לומר כי היא מביאה ל"זילות של הזכות החוקתית".⁶⁰ האם ראוי הוא לקבוע כי האוטונומיה של הרצון הפרטי – המונחת ביסוד כבוד האדם – כוללת בחובה גם את האוטונומיה לבצע עברה פלילית? האם נכון הוא לגרוס כי חופש הרצון המונח ביסוד כבוד האדם – משתרע על החופש לבצע עוולה? האין בגישה זו משום טריוויאליזציה של

those values. The judge is not required to compare the importance of the values underlying the right allegedly being infringed with the values said to underlie the policy or right or interest said to support the alleged infringement. This comparison is left for the second stage of analysis under the limitations clause. It is under the limitations clause that we ask whether a party's interest in having a challenged law upheld is of sufficient import to justify the infringement of a right [...] the determination made here is one of definition or demarcation, not balancing. We are asking what counts as protected assembly activity, not whether this kind of protected activity, when offset against some competing set of public or private interests, still merits protection. We are deciding what values animate and what practices are protected by a particular right. The problem of value conflict between a right and a law that limits the exercise of that right *De Reuck v. ג'מ* is played out at the next stage of inquiry – the limitations clause”) *Director of Public Prosecutions*, 2004 (1) SA 406, para. 48 (S. Afr.) (“The respondents dispute that child pornography, as defined by the Act, is expression. Relying on the approach of the United States Supreme Court where certain categories of expression are unprotected forms of speech, the respondents argued such materials do not serve any of the values traditionally considered as underlying freedom of expression, namely, truth-seeking, free political activity and self-fulfillment. This argument must fail. In this respect, our Constitution is different from that of the United States of America. Limitations of rights are dealt with under section 36 of the Constitution and not at the threshold level. Section 16(1) expressly protects the freedom of expression in a manner that does not warrant a narrow reading. Any restriction upon artistic creativity must satisfy the rigours of the limitation analysis”) (Langa D.P.); *SC 58/2005 Hansen v. The Queen*, [2007] NZSC 7, § 22 (N. Zealand) (“The first question is the interpretation of the right. In ascertaining the meaning of the right, the criteria for justification are not relevant. The meaning of the right is ascertained from the ‘cardinal values’ it embodies. Collapsing the interpretation of the right and the s1 justification is insufficiently protective of the right. The later justification is according to a stringent standard, in which a party seeking to justify must show that the limit on a fundamental right is ‘demonstrably justified’ in a free and democratic society. The context for the application of s1 is then the violation of a constitutionally guaranteed right or freedom”) (Elias C.J)

ראו ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 556 (2002) (השופט ט' שטרסברג-כהן). השוו גם משה כהן-אליה "ש"לש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" משפט, עבודה וחברה יא 195 (1995).

60

כבוד האדם ופגיעה בו בטווח הארוך? ⁶¹ התשובה לטיעונים אלה היא כי הם משקפים רושם ראשוני בלבד, שכן הכול מבינים כי מערכת שלמה של חקיקה פוגעת כדין בזכויות ומאפשרת חיי חברה תקינים. שאלת חוקתיותה של מערכת זו תיבחן במסגרת דיני המידתיות. ⁶² גישה זו משקפת את מורכבות החיים האנושיים, הכוללים ערכים סותרים וזכויות סותרות. פתרון הסתירה אינו בשלילתו של הערך או הזכות שידם בהתנגשות על התחלופה. הפתרון מצוי באיזון שבין הערכים והזכויות המתנגשים. איזון זה נערך על פי אמות מידה חוקתיות המעוגנות בפסקת ההגבלה. פועלו של איזון זה הוא במישור התת-חוקתי ולא במישור החוקתי. ⁶³ עמד על כך השופט אקרמן (Ackermann) מבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה, בתגובתו לטיעון בדבר הטריטוריאליזציה של הזכות החוקתית לחירות: ⁶⁴

“I [...] cannot comprehend why an extensive construction of freedom would ‘trivialize’ the Charter, either in theory or in practice, or, more relevantly for our purposes, our present Constitution. It might trivialise a constitution (it would indeed cause chaos) if it resulted in the regulating measures being struck down. But that is not the consequence. An extensive construction merely requires the party relying thereon to justify it in terms of a limitation clause. It does not trivialise a constitution in theory; in fact it has the reverse effect by emphasising the necessity for justifying intrusion into freedom. It does not trivialise a constitution in practice because in the vast majority of cases dealing with regulatory matters, the justification is so obviously incontestable that it is taken for granted and never becomes a live issue. In the borderline cases (and even in mundane regulatory statutes such cases may arise) there is no pragmatic reason why the person relying on the measure ought not to justify it”.

טיעון אחר הוא כי הגישה להבנתה של הזכות החוקתית גוררת – כלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת עדאלה ⁶⁵ – “פגיעה” ו”זילות” של השיח החוקתי. ⁶⁶ אלה עלולות להתבטא, בין השאר, בהנמכת קומתו של המחוקק, שכן כל דבר חקיקה סופו לפגוע בזכויות

61 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה”ש 9, בעמ’ 67.

62 ראו KAI MÖLLER, THE GLOBAL MODEL OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (2012).

63 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה”ש 9, בעמ’ 43.

64 Ferreira v. Levin, 1996 (1) SA 984 (CC) para. 82.

65 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה”ש 57.

66 שם, בעמ’ 395–396. אך ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה”ש 51, בעמ’ 339.

אדם על פי הגדרתן הרחבה. אם כל פגיעה כזו תועבר להכרעתו של בית המשפט – מה יהא על המחוקק? אכן טיעון כי "כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק"⁶⁷ הוא טיעון חשוב. כבוד המחוקק יקר הוא בעיני כל מי שהדמוקרטיה וזכויות האדם יקרים בעיניו. אין כל סתירה בין הגישה בדבר היקפן של זכויות האדם לבין כבודו של המחוקק, כשם שאין כל סתירה בין ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של החוק לבין כבודו של החוק. הכבוד לחוק ולמחוקק נעוץ בכיבודם של החוקה וחוקי-היסוד. היחס הראוי בין המחוקק לשופט הוא בדיאלוג חוקתי ולא במונולוג, בין מונולוג של המחוקק ובין מונולוג של השופט.⁶⁸ טיעון נוסף הוא כי עמדת מעמסה על השלב השני (השלב התת-חוקתי) של הניתוח החוקתי מעמסה כבדה מדי ותסתכם בדילולה של ההגנה הניתנת לזכויות האדם. על פי טיעון זה, דווקא הרצון להעניק הגנה ראויה לזכויות האדם באמצעות חיוזק עצמתי של פסקת ההגבלה צריך להוביל להצרת היקפן של הזכויות, וזאת על ידי התחשבות בטובת הכלל או בזכויותיהם של אחרים בהגדרת היקפה של הזכות. טיעון זה השמיע הוג (Hogg) לעניין ניתוחן של זכויות האדם בקנדה.⁶⁹ על כך נמתחה עליו ביקורת. אף אני סבור כי החשש שהעלה הוג איננו ממשי, ודאי לא כשהפעלתה של פסקת ההגבלה נעשית מתוך התחשבות בייחודה של כל זכות ובנסיבות המיוחדות של הפגיעה בה. לבסוף נטען כי גישתי סופה להעמיס מעמסה כבדה מדי על בתי המשפט. השופט א' גרוניס ציין בפסק דינו בפרשת עדאלה כי בעקבות עמדתי "עלולה להתעורר בעיה מעשית באשר ליכולתם של בתי המשפט להתמודד השכם והערב עם טענות חוקתיות".⁷⁰ הבסיס העובדתי לטיעון זה חסר. הניסיון בישראל ובעולם המערבי אינו תומך בו. על כל פנים, אם ההצפה הצפויה על פי טיעון זה בוא תבוא, יצטרך בית המשפט למצוא אמצעים להתמודד עמה. העברת ה"מיקום" שבו תישקל טובת הכלל ודאי אינו האמצעי היחיד. לדידי הוא האמצעי האחרון שיש לנקוט, בלית ברירה ממש.

67 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996) (השופט י' זמיר).

68 על הדיאלוג שבין הרשות המחוקקת לשופטת ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 51, בעמ' 376.

69 ראו Peter W. Hogg, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification*, 28 OSGOODE HALL L.J. 817 (1990).

70 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 57, בעמ' 513 (השופט א' גרוניס).

פרק שנים-עשר

הזכות החוקתית לכבוד האדם – זכות-מסגרת (זכות-אם)

א. כבוד האדם כזכות-מסגרת

1. זכות-מסגרת

זכויות חוקתיות המעוצבות כעיקרון – כגון הקניין, החירות האישית והפרטיות – הן במהותן זכויות-מסגרת.¹ לעומתן, הזכויות החוקתיות המעוצבות ככללים – כגון זכותו של אזרח ישראלי להיכנס לישראל² – הן זכויות פרטיקולריות.³ זכות-מסגרת מבוססת על הכללה. היא בעלת פריסה פתוחה. יוצר החוקה לא גזר את היסודות העובדתיים והמשפטיים המיוחדים לתחולתה של הזכות מהערך החוקתי המונח בבסיסה. מטבען של זכויות-המסגרת שאין הן מתמקדות בסוג פעולה מיוחד, ואין הן מגנות על התנהגות אנושית מיוחדת. עמד על זכות-המסגרת בית המשפט העליון בציינו:⁴

- 1 על זכות-המסגרת, ראו בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 40 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו 28.4.2011). ראו גם ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 559 (2006). פרופ' יורם שחר כינה זאת "זכות מצרפית": ראו יורם שחר "סדר-דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל: תשנ"ב – תשנ"ג 402 (אריאל רוזן צבי עורך, 1994). הן מוכנות לעתים גם "generic rights" או "matrix rights". ראו Michel Melchior, *Rights Not Covered by the Convention, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS* 593 (Ronald Macdonald, Franz Matscher & Herbert Petzold eds., 1993).
- 2 ראו סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לארץ".
- 3 להבחנה זו, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 357 (1994). ראו גם ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, 572 (1999). להבחנה דומה בתחום העוולות בנוזיקין – המבחינה בין עוולות מסגרת (כגון רשלנות) לבין עוולות פרטיקולריות (כגון תקיפה), ראו ג' טדסקי, י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית 85 (ג' טדסקי עורך, 1969). השופט א' מצא מבחין בין זכות כללית שמשמעותה היא "זכותו של אדם מסוים לכך שתתקיים אצל הזכות העקרונית", לבין זכות ספציפית שמשמעותה היא "זכותו של אדם ליישום מסוים של זכותו הכללית": ראו דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 749 (1996). דומה שהזכות הכללית, לפי גישה זו, היא זכות-מסגרת, ואילו הזכות הספציפית היא הזכות הפרטיקולרית.
- 4 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 293 (2006) (הנשיא א' ברק).

”המאפיין זכות שכזו [זכות-מסגרת – א.ב.] הוא כי על פי ניסוחה, אין היא מפרטת בלשונה במפורש את סוגי הפעולות הפרטיקולריות עליהן היא משתרעת. היא בעלת פריסה פתוחה.”

זכות חוקתית המעוצבת כעיקרון מהווה מעין ”קורת גג משותפת”⁵ שבגדרה מצטופפים מצבים שונים ומגוונים אשר המשותף לכולם הוא שהם ביטוי לעיקרון הכללי המעצב את הזכות. השופט מ’ חשין כינה אותה ”פדרציה” של זכויות.⁶ לעניין חופש הביטוי הוא נקט לשון ”בית חופש הביטוי”, המשקף דרכי ביטוי מגוונות ושוונות הנגזרות ממנו.⁷ לשם הנוחות ניתן למיין מצבים אלה ולקבץ אותם לקטגוריות אשר כולן נופלות בגדרו של העיקרון הכללי.⁸ אכן, ממרבית זכויות-המסגרת אפשר לגזור או להקרין⁹ זכויות-מסגרת נוספות ברמות הפשטה נמוכות יותר.¹⁰ ברמת הפשטה הנמוכה ביותר יתקבצו תחת קורת הגג של זכות-המסגרת כמה זכויות פרטיקולריות המתמקדות בסוג פעולה ספציפי ובהתנהגות אנושית מיוחדת. המאפיין אותן הוא שהן עצמן קובעות את היסודות העובדתיים והמשפטיים שעליהם הן חלות. הן משקפות נורמות משפטיות המעוצבות ככללים.

- 5 ראו רע”א 10520/03 בן גביר נ’ דנקנר, פס”כ 3 לפסק הדין של השופטת ע’ ארבל (פורסם בנבו, 12.11.2006): ”במקרה שבפנינו מונחות שתי זכויות יסוד על כפות המאזניים – חירות הביטוי אל מול הזכות לכבוד ולשם טוב. חירויות אלה חולקות קורת גג משותפת, היא קורת הגג של הערך החוקתי של כבוד האדם.”
- 6 ראו רע”פ 8295/02 ביטון נ’ סולטן, פ”ד נט(6) 599, 554 (2005).
- 7 ראו בג”ץ 4804/94 סטיישן פילם בע”מ נ’ המועצה לביקורת סרטים, פ”ד נד(5) 661, 698 (1997).
- 8 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 293–294. ראו גם להלן בעמ’ 312.
- 9 על כבוד האדם כערך מקרין, ראו ע”א 6871/99 רינת נ’ רום, פ”ד נו(4) 72, 91 (2002) (השופט א’ ריבלין). על ”גבולות ההקרנה”, ראו בג”ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ’ התעשייה האווירית לישראל בע”מ, פ”ד נח(6) 481, 596 (2004) (השופט א’ ריבלין).
- 10 ראו למשל דנ”א 7325/95 ידיעות אחרונות בע”מ נ’ קראוס, פ”ד נב(3) 1, 78 (1998), שם ציין השופט מ’ חשין כי המושג חופש הביטוי מהווה ”תווית כללית למעין פדרציה (או קונפדרציה) של זכויות ואינטרסים. חופש הביטוי אינו מעשה-מיקשה. מהווה הוא מיצרף של ערכים ואינטרסים שונים”. מצרף זה של ערכים ואינטרסים מהווה זכות-מסגרת. בדומה, הזכות להורות אינה מתמצאת בהבאת ילדים לעולם. היא משלבת אגד של זכויות. ראו בג”ץ 2458/01 משפחה חדשה נ’ הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ”ד נו(1) 419, 451 (2002). על רמות הפשטה השונות, ראו Laurence Tribe & Michael Dorf, *Levels of Generality in the Definition of Rights*, 57 U. Chi. L. Rev. 1057 (1990).

זכות-המסגרת היא אפוא זכות-אם.¹¹ ממנה נגזרות זכויות-בת.¹² אם זכויות-הבת הן עצמן זכויות-מסגרת ברמת הפשטה נמוכה יותר, יש לגזור מתוכן זכויות-נכדה "נגזרת שבנגזרת (זכות נכדה)".¹³ כל זכויות-הבת הנגזרות מזכות-האם לכבוד האדם הן במהותן זכויות-מסגרת. על כן אפשר לגזור מהן זכויות-נכדה וזכויות-נינה. כאשר הזכות הנגזרת קובעת את היסודות העובדתיים והמשפטיים לתחולתה היא זכות-בת פרטיקולרית המעוצבת ככלל. דימויים אחרים המבטאים מושגיות זו היא בראייה בזכות-האם עץ ובזכויות-הבת ענפים המשתרגים ממנו.¹⁴

גזירתן של זכויות-הבת מזכות-האם נעשית בפעולה פרשנית. אין לקבוע מראש מה מספרן של זכויות-הבת ואת הקטגוריות שאליהן הן משתייכות. הקטגוריות של זכויות-הבת פתוחות. שינויים שחלים בחברה עשויים לחולל שינוי בהבנתה של זכות-האם ועמה שינויים בזכויות-הבת הנגזרות ממנה.¹⁵ למותר לציין כי פעולת ה"גזירה" של זכויות-הבת מזכויות-האם היא פעולה פרשנית. היא נעשית על פי הכללים לפרשנות חוקתית, כלומר הפרשנות החוקתית התכליתית. כללים אלה קובעים את הגבולות לאפשרויות הגזירה. גבולות אלה

- 11 על זכות-אם, ראו רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 519 (2001); פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 293; פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 5, פס' 10 לפסק הדין של השופט א' ריבלין; ראו גם ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פס' 76 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 8.2.2012). ניתן לכנות את זכות-המסגרת גם זכות-אב ואת הזכויות הנגזרות ממנה כזכויות-בן, ראו בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 866 (1999) ("הגם שלכבוד האדם יש בנים אחדים, הנה שמו הטוב של אדם – שמא נאמר: שמו של אדם, באשר שמו הוא – הינו בנו-בכורו") (השופט מ' חשין). ניתן כמובן לדבר על זכויות-בת וזכויות-בן יחד, ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נ(4) 1, 147 (1997) ("תחת חופתה של כל חירות וחירות נקבצו ונצטופפו בנים ובנות לרוב") (השופט מ' חשין). לשימוש בביטוי "זכות-אם" (Muttergrundrecht) ראו CATHERINE DUPRÉ, IMPORTING LAW IN POST-COMMUNIST TRANSITIONS: THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE RIGHT TO HUMAN DIGNITY 67 (2003). גם בית המשפט החוקתי של הונגריה השתמש בביטוי דומה (anyajog). שימוש שונה בדיבור "זכות-בת" אפשר למצוא בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995) ("זכותו המהותית של אדם לכבוד יולדת זכות-בת לקבל סעד בבית-משפט, כל אימת שאותו כבוד נפגע") (השופט מ' חשין).
- 12 ראו בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, פס' 15 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006); רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 42 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 7.10.2010).
- 13 ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 27 לפסק הדין של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 11.1.2012).
- 14 ראו פרשת רינת, לעיל ה"ש 9. בפס' 18 לפסק הדין ציין השופט א' ריבלין כי "שתי זכויות היסוד האלה – חופש הביטוי והזכות לשם טוב – שתיהן ענפים בעץ אחד – כבוד האדם". לדימוי זה ראו פרשת ביטון לעיל, ה"ש 6, בעמ' 619; פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 5, פס' 14 ו-34 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין, ופס' 34 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה. ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 294.

נתחמו על פי לשונה של זכות-האם על ידי הערך החוקתי המשקף את זכות האם. ערך חוקתי זה הוא התכלית המונחת ביסודה של זכות-האם. הזכות החוקתית לכבוד האדם מעוצבת כעיקרון. ככל זכות המעוצבת כעיקרון, גם היא זכות-מסגרת,¹⁶ או זכות-אם.¹⁷

2. אגד של זכויות

על פי תפיסה זו של זכות-המסגרת או זכות-האם, זכויות חוקתיות המעוצבות כעקרונות הן במהותן אגד של זכויות.¹⁸ לכולן מסגרת משותפת; לכולן עקרון-גג המקבץ אותן לשלמות אחת. החוט המקשר את האגד אינו חיצוני לו אלא הוא עצם מהותו. את אופיו של האגד קובעים העקרונות המונחים ביסוד זכות-האם. זהו ההיגיון הפנימי של הזכות. עם זאת לכל אחד ממרכיבי האגד יסודות משפטיים ועובדתיים משלו ברמות הפשטה שונות. תוכנה של זכות-האם קובע את מרכיביו של האגד. זכות-המסגרת – זכות-האם – היא אפוא משפחה של זכויות, בעלות יסודות עובדתיים ומשפטיים נפרדים, ברמות הפשטה שונות – מקצתן זכויות-מסגרת ומקצתן זכויות פרטיקולריות – אשר מתקבצות יחדיו למסגרת משפחתית אחת. המסגרת המשפחתית קובעת את "הקוד הגנטי" של זכות-האם. קוד זה קובע את אופייה של כל אחת מזכויות-הבת אשר נגזרת מזכות-האם. כבוד האדם – כזכויות אחרות המעוצבות כעיקרון –¹⁹ הוא אגד של זכויות.²⁰ הדיבור "כבוד האדם" אינו מפרט את היסודות העובדתיים והמשפטיים לקביעת היקף הזכות

- 16 ראו פרשת דעקה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 572; פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 293. יש המכנים זכות-מסגרת "זכות רחבה", ראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 11.2.2010).
- 17 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 293; פרשת אמר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 519; פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 5, פס' 10 ו-14 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין; ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 31 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 5.3.2012).
- 18 ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 463, 481 (2005); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 685 (2006); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פס' 3 לפסק הדין של השופט ע' ארבל (פורסם בנבו, 19.11.2009).
- 19 לעניין חופש הביטוי כאגד של זכויות, ראו פרשת קראוס, לעיל ה"ש 10, בעמ' 78. השופט מ' חשין מציין כי "חופש הביטוי אינו מעשה-מיקשה. מהווה הוא מיצרף של ערכים ואינטרסים שונים. [...] 'חופש הביטוי' הינו משפחה של זכויות ואינטרסים [...] שומה עלינו [...] לבודד – מבין האגד הכולל הקרוי 'חופש הביטוי' – אותה זכות או אותו אינטרס שלעניין, לברור משקלו ועוצמתו. רק לאחר התרת אותו גיד מבין גידי 'חופש הביטוי', נהיה רשאים להמשיך בדרכנו ולבחון מאבק בין אותו גיד לבין הזכות שהוא אמור להילחם בה".
- 20 ראו פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 18, בעמ' 480–481; פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 685; פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל

החוקתית לכבוד האדם. כבוד האדם מבוסס על הכללה. תוכנו הוא הערך החוקתי של כבוד האדם. ערך זה כולל בחובו "תחומים רבים ונושאים שונים כלולים בו"²¹. אלה הן "זכויות-הבת"²² המגשימות – תחת כנפיה של זכות-האם – את התכלית המונחת ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם. עמד על כך השופט א' ריבלין בפרשת רינת:²³

"כבוד האדם' הוא ערך מרכזי במערך זכויות האדם במשפט הישראלי. הוא משמש כערך מקריין וכערך מאזן. בתפקידו כערך מקריין משמש כבוד האדם כזכות גרעין המקרינה סביבה הילה המאירה על זכויות אדם חשובות. זכויות אלה מעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך הן חלק ממערך הזכויות החוקתיות במשפטנו [...]. אכן, מקצת זכויות האדם זכו לעיגון מפורש בחוקי היסוד, אולם מגילת הזכויות אינה מתמצה בזכויות 'מפורשות' אלה. כבוד האדם, בתפקידו כערך מקריין, מאיר את מגילת הזכויות ושואב לקרבה זכויות נגזרות."

זכות-המסגרת – זכות-האם של כבוד האדם – היא אגד של זכויות. אלה הן זכויות-הבת. למשל: הזכויות החוקתיות לשוויון, לשם הטוב, לחינוך, למשפחה, להורות, לקיום מינימלי בכבוד, לתנועה בתוך ישראל ולחופש הביטוי, עד כמה שתכליתן היא להגשים את התכלית המונחת ביסוד כבוד האדם, הן זכויות-בת של כבוד האדם. אין להיבט של השם הטוב כל מעמד שונה מכל היבט אחר של אנושיות האדם.²⁴ אין כל הבדל בין שמו הטוב של האדם כזכות-בת הנגזרת (או מוקרנת) מכבודו כאדם לבין השוויון של האדם כזכות-בת הנגזרת (או מוקרנת) מכבודו כאדם. הן עצמן זכויות-מסגרת, מהן יש לגזור זכויות-נכדה. מקצתן של אלה עשויות להיות, אף הן, זכויות-מסגרת. מקצתן האחרת יהיו זכויות פרטיקולריות. מספרן של זכויות-הבת אינו קבוע מראש. הקטגוריות המכוסות על ידי זכויות-הבת אינן קבועות.

ה"ש 18, פס' 3 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פס' 29 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 29 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012).
 21 ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 102, 87 (1993) (השופט מ' אלון).
 22 על זכות-הבת ראו פרשת יונס, לעיל ה"ש 12, פס' 42 לפסק הדין של השופט י' דנציגר; פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4; פרשת דוברין, לעיל ה"ש 12.
 23 פרשת רינת, לעיל ה"ש 9, בעמ' 91.
 24 ראו פרשת סנש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 866. השופט מ' חשין רואה בשם הטוב את בנו של כבוד האדם, בציינו כי הוא "הינו בנו-בכורו".

3. זכויות-מסגרת וזכויות ללא שם מיוחד

זכות-האם היא זכות מפורשת בעלת שם מפורש. הזכויות העצמאיות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הן גוף, חיים, כבוד, קניין, חירות אישית, תנועה לארץ וממנה ופרטיות. לכל אחת מהזכויות העצמאיות הללו שם משלה שניתן לה בחוק-היסוד עצמו. ומה שמן של זכויות-הבת הנגזרות מזכויות עצמאיות אלה? חוק-היסוד נתן שם ל"מסגרת" או לזכות-האם. הוא לא נתן כל שם מיוחד לזכות-הבת ואף אין מקום לכך, שכן זכויות-הבת הן חלק מזכויות-האם. שמן הוא כשמה של זכות-האם. אין להן שמות משלהן. למשל, לזכות הקניין במקרקעין אין שם משלה. הוא הדין לקניין במיטלטלין או בזכויות. כל אלה הן זכויות-בת של זכות-האם לקניין. זהו שמה של הזכות והוא משתרע על כל הזכויות הנגזרות ממנה. לזכויות-הבת למקרקעין, מיטלטלין וזכויות אין שם מיוחד. הוא הדין לזכות-הבת לחופש הביטוי או לקיום מינימלי בכבוד. לזכויות-בת אלה אין שם מיוחד. שמן כשם אמן: כבוד האדם. מעמד זה אינו הופך את זכויות-הבת לזכויות משתמעות.²⁵ הן זכויות מפורשות והן חלק מהזכויות המפורשות הקבועות בחוקה.²⁶ הן גם אינן זכויות "לא כתובות". עמד על כך בית המשפט העליון הישראלי בפרשת עדאלה לעניין הזכות למשפחה:²⁷

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע הוראה מפורשת בעניין הזכות לחיי משפחה. השאלה הינה אם ניתן לכלול זכות זו בגדרה של הזכות לכבוד האדם. [...] השאלה אינה אם בנוסף לזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לכלול בחובו זכויות אדם נוספות שאינן קבועות בו במפורש. השאלה הינה אם במסגרת הזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש – לענייננו, במסגרתה של הזכות לכבוד האדם – נכלל גם ההיבט של כבוד האדם שעניינו חיי משפחה".

בהמשך נאמרו דברים דומים לעניין הזכות לשוויון:²⁸

- 25 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 293.
- 26 שונה גישתה של השופטת ד' דורנר. על פי גישתה ההכרה בשוויון ובביטוי כחלק מכבוד האדם היא הכרה בזכויות "שלא צוינו בו במפורש". ראו בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 46 (1998). ראו גם פרשת דיין-אורבך לעיל ה"ש 11, שבה מציין השופט י' עמית, בפס' 3-4, כי חופש הביטוי והזכות לשוויון "אינן בכלל זכויות המנויות במפורש בחוק היסוד", וזאת להבדיל מהזכות לשם הטוב הקבועה במפורש בחוק-היסוד, שכן "שם טוב=כבוד". לדעתי, הזכויות לחופש הביטוי, לשוויון ולשם טוב צוינו במפורש, שכן הן חלק מכבוד האדם. אין הן זכויות משתמעות.
- 27 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 293 (הנשיא א' ברק).
- 28 שם, בעמ' 303 (הנשיא א' ברק).

“הזכות לשוויון אינה זכות חוקתית ‘מכללא’; היא אינה מוכרת מחוץ לזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש. הזכות לשוויון היא חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון אינה נובעת מאקט שיפוטי של השלמת ‘חסר’ בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון נובעת מפרשנותה החוקתית של הזכות לכבוד האדם. זכות זו לכבוד האדם מוכרת בחוק היסוד במפורש. עם זאת, לא כל היבטיו של השוויון – אילו הוכר כזכות עצמאית העומדת על רגליה היא בלבד – כלולות במסגרתו של כבוד האדם. רק אותם היבטים של השוויון אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק נכללים בגדריה של הזכות לכבוד האדם.”

הזכות למשפחה ולשוויון הן זכויות-בת של זכות-האם לכבוד האדם. הן אינן זכויות ללא טקסט חוקתי או ללא לשון חוקתית מפורשת.²⁹ הן חלק מזכות-האם. הטקסט שלהן הוא הטקסט של זכות-האם. מבחינתה של לשון הטקסט דין זכות חוקתית ללא שם מיוחד כדין זכות חוקתית בעלת שם מיוחד. הזכות אמנם נטולת שם מיוחד, אך היא אינה נטולת שם ואינה נטולת לשון חוקתית.

לעתים מכנים את זכויות-הבת “זכויות בלתי מנויות”.³⁰ עד כמה שכינוי זה מבטא את הרעיון כי זכויות אלה אינן זכויות עצמאיות העומדות על רגליהן הן, אלא מהוות חלק מזכות-אם עצמאית, גישה זו מקובלת עליי. לעומת זאת, אם כינוי זה מבטא את הרעיון כי זכויות אלה לא נקבעו במפורש בחוקה משום ששמן לא הוזכר, אני חולק על כינוי זה. זכויות-הבת מנויות במפורש בחוקה. הן חלק מזכויות-המסגרת או זכויות-האם. שמן כשמה של זכות-המסגרת. שמה של זכות-הבת כשמה של זכות-האם.

היקפה של זכות-הבת מעוצב על פי היקפה של זכות-האם. זכות-הבת אינה יכולה לחרוג ממסגרתה של זכות-האם. ה“גנים” של זכות-האם פועלים בגדרה של זכות-הבת. על כן אילו עמדה זכות-הבת כזכות עצמאית, על רגליה שלה, יש להניח כי היקפה היה שונה מההיקף שניתן לה כזכות-בת. היקף זה היה לרוב רחב מהיקפה כזכות-בת.

29 גישה שונה ביטא השופט נ' הנדל בפרשת גלאון, לעיל ה"ש 13, בפס' 2 לפסק הדין. דומה שהשוני בין גישתו לגישתי הוא בשימוש בכינוי “מפורש”. גם השופט נ' הנדל סבור כי הזכות לשוויון – שלגישתו אינה “מפורשת” – היא חלק מכבוד האדם ובלבד שהפגיעה בכבוד האדם היא “בעוצמה גבוהה”.

30 ראו הלל סומר “הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית” משפטים כח 257 (1997). ראו גם Richard Posner, *Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*, in THE BILL OF RIGHTS IN THE MODERN STATE 443 (Geoffrey R. Stone, Richard A. Epstein & Cass R. Sunstein eds., 1992). ראו ביקורתו של דבורקין: Ronald Dworkin, *Unenumerated Rights*: Whether and How Roe Should be Overruled, 59 U. CHI. L. REV. 381, 381 (1992). ראו לעיל בעמ' 286.

ב. זכויות־הבת של כבוד האדם

1. זכויות־הבת מוציאות מן הכוח אל הפועל את הפוטנציאל הטמון בזכות־האדם

זכות־האדם של כבוד האדם היא זכות־מסגרת; היא זכות־אם; היא אגד של זכויות. ממנה נגזרות זכויות־הבת. פעולת ה"גזירה" היא פעולה פרשנית. היא מוציאה מן הכוח אל הפועל את הפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בזכות־המסגרת. אין "להכניס" לזכויות־הבת של כבוד האדם את שאינו מצוי בתוך זכות־האדם של כבוד האדם, ואין דבר המצוי בתוך מכלול זכויות־הבת של כבוד האדם שכבר אינו מצוי בזכות־האדם לכבוד האדם. זכויות־הבת וזכות־האדם הן היינו הך. ההבחנה היא מתודולוגית, ונועדה לשרת את ניקיון הדעת. כמובן, זכות־האדם אינה "מקור בלתי נדלה"³¹ לזכויות־בת. גם אין לראות בזכות־האדם לכבוד האדם "כמעין השופע והמתגבר, ומשמש הוא מעין־מבוע לזכויות־יסוד העשויות להשתמע והמשתמעות ממנו"³². זכות־האדם כזכות־מסגרת תשתרע על כל אותן פעולות המגשימות את התכלית המונחת ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם. כפי שראינו, תכלית זו היא האנושיות שבאדם. כל שנגזר מאנושיות זו נכלל בגרדי־זכות־המסגרת – זכות־האדם. מה שאינו נגזר מאנושיות זו אינו כלול בה. זכות־האדם היא אפוא "מעין נובע למכלול של זכויות שונות"³³, ובלבד שיובן כי כל אותן זכויות הן ביטוי לתכלית המונחת ביסוד זכות־האדם.

בפרשת עמותת מחויבות³⁴ כיניתי את הזכויות הנגזרות מכבוד האדם "זכויות משתמעות". בכך טעיתי בלשוני ואני מצר על כך. הזכויות הנגזרות אינן זכויות משתמעות. הן זכויות מפורשות, שאין להן שם המיוחד להן, ושמן כשם אמן – כבוד האדם. בפרשת עדאלה נבחנה השאלה אם הזכות לחיי משפחה היא זכות־בת של כבוד האדם. וכך כתב בית המשפט העליון:³⁵

"השאלה אינה אם בנוסף לזכויות הקבועות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לכלול בחובו זכויות אדם נוספות שאינן קבועות בו במפורש. השאלה הינה אם במסגרת הזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש – לענייננו במסגרתה של הזכות לכבוד האדם – נכלל גם ההיבט של כבוד האדם שעניינו חיי משפחה. אכן, השאלה אינה אם בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו קיים 'חסר' באשר לזכות לחיי משפחה, והאם ניתן להשלים חסר זה. השאלה הינה אם פירושה של הזכות לכבוד האדם מובילה למסקנה כי

31 בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, 857 (2001) (השופט מ' חשין).

32 ראו פרשת סנש לעיל ה"ש 11, בעמ' 864 (השופט מ' חשין).

33 ראו פרשת קדוש, לעיל ה"ש 17, פס' 31 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

34 ראו פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 18, בעמ' 481.

35 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 293 (הנשיא א' ברק).

במסגרתה של זכות מפורשת זו כלול גם ההיבט של האוטונומיה של הרצון הפרטי המכוונת להקמת חיי משפחה ולהגשמתה בישראל".

באותה פרשה נדונה גם השאלה אם הזכות לשוויון היא זכות-בת של כבוד האדם. בית המשפט נתן לכך תשובה חיובית:³⁶

"במחלוקת זו הכריע בית המשפט העליון בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל [...] נקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון, עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק [...]. ודוק: הזכות לשוויון אינה זכות חוקתית 'מכללא'; היא אינה מוכרת מחוץ לזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש".

הנה כי כן, זכויות-הבת הנגזרות מכבוד האדם או הזכויות הפרטיקולריות הנגזרות מהן אינן זכויות משתמעות. הן אינן זכויות "מכללא".³⁷ הן זכויות מפורשות. הן חלק מזכות-האם או זכות-המסגרת. שמן של זכויות-הבת הוא כשמה של זכות-האם. הן חלק בלתי נפרד מכבוד האדם.

בפרשת חסן כתבה הנשיאה ד' ביניש:³⁸

"לגישתי, אין לראות בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד זכות הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, אלא יש לראות בה זכות המהווה ביטוי ממשי של כבוד האדם. הזכות לקיום אנושי בכבוד אינה, כנטען על ידי המשיבים, זכות המרחיבה את תוכנה והיקפיה של הזכות החוקתית לכבוד, אלא היא נטועה עמוק-עמוק בגרעינה של הזכות החוקתית לכבוד [...]. האם ניתן לקיים את הזכות לכבוד בלא לכבד את זכותו של אדם לתנאים מינימאליים של קיום אנושי? האם זכותו של אדם שלא להימצא בחרפת רעב, ללא קורת גג ובלי שיש ביכולתו לעטות בגדים לגופו אינה מבטאת את כבוד האדם שלו? אכן, מבין שלל המשמעויות שניתן להעניק למושג 'כבוד אדם', ובפרט כאשר מושם הדגש על התיבה 'אדם', הרי שהיסודית ביותר היא זו הנוגעת לכבודו הסגולי של האדם, לתנאי הישרדותו ההכרחיים ביותר. אם הגדרנו את יסודות הזכות לכבוד באופן מטאפורי כנשענת על כך שהאדם נברא בצלם, נראה כי צלמו נפגע בראש ובראשונה אם הוא מגיע לעוני מרוד ומשפיל".

36 שם, בעמ' 303–304 (הנשיא א' ברק).

37 שם.

38 ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 20, פס' 36 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

למותר לומר כי כמו הנשיאה אף אני סבור כי הזכות לקיום אנושי בכבוד היא "ביטוי ממשי" של כבוד האדם, וכי היא "נטועה עמוק-עמוק בגרעינה של הזכות החוקתית לכבוד". אף אני הייתי דוחה אפוא את עמדת המדינה. עם זאת אין כל סתירה בין גישה זו לבין גישתי העקרונית כי כל הזכויות כולן, הנכללות בגדרי הזכות החוקתית לכבוד האדם, הן זכויות-בת. הנשיאה ד' ביניש קיבלה את הגישה כי הזכות החוקתית לכבוד האדם היא "אגד של זכויות"³⁹. כל הזכויות כולן הן חלק מהמכלול. כמובן, יש זכויות-בת שהן בגרעינה של הזכות לכבוד האדם, ויש זכויות-בת שהן בשוליה, אך אלה כאלה הן ביטוי לזכות-האם של כבוד האדם.

2. הקטגוריות של פעולות הפוגעות בזכות-האם לכבוד האדם

הזכות החוקתית ה"עצמאית" היא זכות-האם לכבוד האדם. ממנה נגזרות (או מוקרנות) זכויות-בת המשקפות את ההיבטים השונים (האזרחיים והחברתיים) של כבוד האדם. הן מבטאות קטגוריות שונות של פעולות (מעשים או מחדלים) שיש בהן כדי לפגוע בכבוד האדם. על קטגוריות אלה אפשר לומר – ברוח הדברים שנאמרו על עקרון הרשלנות בנזיקין⁴⁰ ועל עקרון תום הלב בחוזים⁴¹ – כי הן "לעולם אינן סגורות לעולם, אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים". בהצטבר קטגוריות אלה יחדיו הן חלק מהשלם, אך הן אינן ממצות אותו לעולם. עמד על כך השופט א' מצא:⁴²

"לכבוד האדם, כערך חוקתי מוגן, יש משמעות נרחבת יותר מסך כל הזכויות הפרטיקולריות המוכרות".

בפרשת עדאלה עמד בית המשפט העליון הישראלי על הצורך לגבש סוגים של מקרים הנופלים בגדרה של זכות-האם לכבוד האדם, בהדגישו זאת:⁴³

"המאפיין זכות כזו הוא כי על פי ניסוחה, אין היא מפרטת בלשונה במפורש את סוגי הפעולות הפרטיקולריות עליהן היא משתרעת. היא בעלת פריסה פתוחה [...]. המצבים עליהם היא משתרעת נלמדים מפרשנות לשונו הפתוחה של חוק היסוד על רקע תכליתו. מצבים אלה ניתן, לשם הנוחות, לקבץ לקטיגוריות וסוגים, כגון הזכות לקיום אנושי בכבוד [...]; הזכות לשלמות הגוף והנפש [...]; הזכות של בגיר לאימוץ [...], וכיוצא בהן "זכויות-בת" הנגזרות מזכות-האם. הן מכוונות בספרות החוקתית זכויות

39 שם, פס' 29 לפסק הדין של הנשיאה.

40 ראו ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769, 779 (1980) (השופט א' ברק).

41 ראו רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 279, 241 (1999) (השופט א' ברק).

42 ראו בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 458, 449 (1997).

43 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 294 (הנשיא א' ברק).

חוקתיות נגזרות [...] כמובן, תחום הפריסה של זכויות־הבת מעורר שאלות פרשניות קשות. כל עוד הן לא הופרדו על ידי הכנסת מכבוד האדם והועמדו על רגליהן הן, אין מנוס מפעילות פרשנית המתרכזת בכבוד האדם, והמבקשת לקבוע את היקפה של זכות זו, תוך נסיון לגבש סוגים של מקרים הכלולים בה. כמובן, קטיגוריזציה זו לעולם לא תשקף את מלוא ההיקף של הזכות לכבוד האדם, ואין היא מכוונת לכך. היא נועדה לסייע בהבנת הוראת המסגרת בדבר כבוד האדם.”

גבולותיה של הזכות לכבוד האדם “טרם תוחמו [...] ועדיין קיימת בו מידה רבה של עמימות”⁴⁴. דומה כי גבולות אלה לעולם לא יתוחמו. העמימות לעולם לא תיעלם, היא רק תשנה את פניה. דברים שבעבר היו עמומים עשויים במשך השנים להתבהר. דברים שבעבר נראו בהירים עשויים במשך השנים להתברר כעמומים. זהו גורלה של נורמה משפטית המעוצבת כעיקרון. כך בגדרי המשפט הפרטי לעניין עקרונות כמו תום לב, סבירות ותקנת הציבור. כך גם בגדרי המשפט הציבורי לעניין הזכויות החוקתיות והערכים החוקתיים.

3. גזירת זכות־בת מזכות־האם לכבוד האדם

מהי אמת המידה שעל פיה נגזרת זכות־בת מזכות־האם של כבוד האדם? התשובה היא כי זכות־הבת תוכר אם מתקיימים בה שני אלה: ראשית, תאורה של זכות־הבת נכלל בגדר אחת המשמעויות הלשוניות של הדיבור “כבוד האדם”. לעניין זה אין חשיבות לשאלה אם משמעות זו היא טבעית, רגילה או ראשונית או שהיא חריגה, מיוחדת או משנית; שנית, התכלית המונחת ביסוד זכות־הבת נכללת בגדר התכליות המונחות ביסוד זכות־האם לכבוד האדם. לעניין זה אין חשיבות לשאלה אם תכלית זו היא מרכזית לאנושיותו של האדם או משנית לו.

ריבוי המשמעויות הלשוניות של כבוד האדם מזה וריבוי היסודות (או ההיבטים) המרכיבים את התכליות המונחות ביסוד כבוד האדם כערך חוקתי מזה, מביאים מטבע הדברים להכרה במספר ניכר של זכויות־בת חוקתיות. מקצתן מצויות בגרעין של זכות־האם לכבוד האדם ומקצתן בשוליה. כולן חלק מהשלם. אפשר אפוא לדבר על קטגוריות שונות (ברמות הפשטה שונות) של זכויות הנגזרות מכבוד האדם. מכאן המסקנה כי מספרן של זכויות־הבת אינו קבוע, והוא משתנה עם שינוי תפיסת החברה באשר לאנושיותו של האדם.

44 ראו פרשת מנאע, לעיל ה”ש 20, בפס’ 31 לפסק הדין של השופט ע’ פוגלמן.

4. זכויות־הבת ואותן זכויות כזכויות עצמאיות

הנח כי מגילת זכויות חוקתיות כוללת בחובה, בצד הזכות העצמאית המפורשת לכבוד האדם, מספר ניכר של זכויות עצמאיות מפורשות אחרות. בחינתן של אלה מלמדת כי הזכויות המפורשות העצמאיות הן גם זכויות־בת של כבוד האדם. על רקע זה מתעוררת שאלת היחס בין זכויות־הבת (כגון בישראל זכות־הבת לשוויון, לחופש הביטוי, לחינוך ולבריאות) לבין אותן זכויות אילו הוכרו בישראל כזכויות עצמאיות. האם הזהות בשם מובילה לזהות בתוכן?

תשובתי היא כי עניין לנו בזכויות חוקתיות שאינן זהות בתוכן. המשותף להן הוא אנושיותו של האדם. המבדיל ביניהן הוא אותו חלק של הזכות העצמאית שאינו מבטא את אנושיותו של האדם. למשל, כבוד האדם הוא כבודו של בן אנוש, של בן אדם. הוא לא חל על תאגיד.⁴⁵ לא כן הזכויות העצמאיות. מקצתן חלה גם על תאגידים. עיקר השוני מתבטא באנושיותו של האדם. ערך זה הוא הבסיס לזכויות־הבת כולן. ערך זה הוא רק אחד הבסיסים לזכויות העצמאיות האחרות. טול את השוויון: זכות־הבת לשוויון משתרעת רק על הפליה הפוגעת באנושיותו של האדם. הפליות אחרות – כגון הפליה הנובעת בשל היכרות אישית או אינטרסים אישיים – אינן נכללות בגדרה. הפליות אלה עשויות להיכלל בגדרי הזכות החוקתית העצמאית לשוויון. למשל, הפליה על בסיס עסקי – כגון שערים שונים של ארנונה על פי מבחן פסול,⁴⁶ שערים שונים של תמריצים כלכליים בין נותנים שירותים שונים או היתרים שונים להעסקת עובדים זרים⁴⁷ – עשויה לפגוע בשוויון כזכות עצמאית. אך לרוב לא יהא בה כדי לפגוע בשוויון כזכות־בת של כבוד האדם. עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש באחת הפרשות, בצינייה:⁴⁸

”לא כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בכבוד האדם וייתכנו פגיעות בשוויון שאינן עולות כדי פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי ובחופש הבחירה של הפרט. התפתחות הזכות לשוויון כחלק מן הזכות לכבוד האדם במשפטנו

45 ראו להלן בעמ' 385.

46 ראו בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 497 (אם, למשל, חוק מטיל שיעורים שונים של ארנונה על בעלי דירות לפי מבחן פסול, ייתכן שיש בכך פגיעה בשוויון, אך האם פגיעה כזאת מגיעה כדי פגיעה בכבוד? אכן, אפשר לפרש את לשון החוק בהרחבה, אך אין לשלול מלשון החוק כל משמעות. כבוד, רחב ככל שיהיה, איננו כול-בו. יש לתת לכבוד פירוש שישמור על קשר עם המובן הלשוני, הוא המובן המקובל, של כבוד” (השופט זמיר); בג"ץ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 204–205 (1998).

47 ראו בג"ץ 9722/04 פולגת גינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 7.12.2006).

48 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 45 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ) ד' ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012).

מחייבת בחינה בכל עניין ועניין האם לפנינו פגיעה בשוויון שהיא גם פגיעה בכבוד האדם. אמנם, יכול שייטען כי מבחינה רעיונית כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בכבוד האדם. לפי גישה זו, לא ניתן לדבר על 'כבוד האדם' מבלי שזה יכלול את הזכות לשוויון. כבוד – שאינו מבוסס על יחס שוויוני לשווים – איננו מכבד את האדם. גישה זו, שהיא הגישה הרחבה, לא התקבלה בפסיקתנו. אחד הגורמים לכך נעוץ בהיסטוריה החוקתית של חוקי היסוד שלנו ובהתפתחות ההדרגתית של חוקי היסוד."

בדומה לזה, הזכות לחופש הביטוי כזכות עצמאית מבוססת על כמה טעמים. רק אותם טעמים הקשורים לאנושיותו של האדם יוכרו כחלק מכבוד האדם. על כן חופש הביטוי הפוליטי קשור לאנושיותו של האדם. לעומת זאת, טעמים הנוגעים בהגינות הבחירות וההליך הדמוקרטי יהיו בוודאי חלק מהזכות העצמאית לחופש ביטוי, אך לא יהיו חלק מזכות-הבת לחופש הביטוי.

אכן, הזכות החוקתית לכבוד האדם היא זכות מסגרת. היא זכות אחת ואחידה. הערך המונח ביסודה הוא אנושיותו של האדם. הזכות נועדה למנוע פגיעה בערך זה ולהגן עליו. אנושיותו של אדם מורכבת היא. רבות הן הדרכים לפגיעה בערך זה או להגנה עליו. כל אחת מהדרכים האלה משקפת אמצעים שבהם בא מימוש האנושיות של האדם לידי ביטוי. מכאן התפיסה כי הזכות לכבוד האדם היא אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את כבוד האדם.⁴⁹ מרכיבי האגד הן זכויות-הבת של כבוד האדם. הן משתרעות על הפעולות או המחדלים העשויים להגן על אנושיותו של האדם או לפגוע בה.⁵⁰ הזכויות העצמאיות האחרות עשויות להגן גם על ערכים נוספים. התוצאה היא כי היקפה של זכות-בת פלונית יהא צר מהיקפה של אותה זכות פלונית כזכות חוקתית עצמאית.

5. היחס בין זכויות-הבת לבין עצמן

(א) העדר השקה, חפיפה משלימה וחפיפה נוגדת

הזכות החוקתית של כבוד האדם משתרעת על מכלול היבטים המבטאים את אנושיותו של האדם. מכלול זה מוצא מהכוח אל הפועל על ידי זכויות-הבת. זכויות-בת אלה משקפות כל אחת בתחומה שלה את המכלול המבטא את אנושיותו של האדם. לעתים אין כל השקה בין זכויות-בת מסוימות. כל זכות-בת עומדת לעצמה, מבלי שהיא תחפוף זכות-בת אחרת. לרוב קיימת חפיפה בין כמה זכויות-בת. חפיפה קיימת במקום שהיבט נתון של כבוד האדם נופל בגדרן של כמה זכויות-בת. חפיפה זו יכולה להיות משלימה או נוגדת. מה הדין במצבים אלה?

49 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 684.

50 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 294.

לדעתי בכל המקרים כולם הדין הוא אחד: היחס בין זכויות-הבת בינן לבין עצמן – כמו גם היחס בין זכויות-האדם העצמאיות בינן לבין עצמן והיחס בין זכויות-הבת של כבוד האדם לזכויות-האדם העצמאיות וזכויות-הבת שלהן⁵¹ – אינו מוצא את ביטויו ברמה החוקתית בכל הנוגע לפירושה של זכות-האדם. יחס זה אינו רלוונטי לעניין היקף תחולתה של זכות-האדם. חשיבותו העיקרית של יחס זה הוא ברמה התת-חוקתית, והוא מוצא את ביטויו בעיקר במסגרת דיני המידתיות. חשיבות זו תחול רק במקום שיש חפיפה (משלימה או נוגדת) בין זכויות-הבת החוקתיות. נעמוד על פרטיה של גישה זו.

(ב) העדר השקה

אנושיותו של האדם מורכבת היא. יש בה יסודות המשקפים היבט מסוים של כבוד האדם מבלי שהיבט זה חופף היבט אחר של אנושיות אדם. למשל: זכות-הבת להורות ולמשפחה וזכות-הבת לקיום מינימלי בכבוד משקפות היבטים של כבוד האדם. יסודות שונים המרכיבים את אנושיותו של האדם בתוך שתי זכויות-הבת החוקתיות לרוב אינם חופפים אלה את אלה. כמובן, כאשר מפרשים את הוראות החוקה או את הוראות מגילת הזכויות החוקתיות יש להביא בחשבון את שתי זכויות-הבת כאחד. הן מבטאות היבטים שונים של השלם. חוק המגביל את אחת מזכויות-הבת האלה לרוב לא יגביל את זכות-הבת האחרת, ואף לא יגן עליה. בבחינת מידתיותה של ההגבלה המוטלת על זכות-בת אחת לא תובא בחשבון זכות-הבת האחרת.

(ג) חפיפה משלימה

חפיפה בין זכויות-בת של כבוד האדם לבין עצמן היא משלימה במקום שבו היבט מסוים של כבוד האדם זכאי להגנה או מוגן בפני הגבלה בגדרן של כמה זכויות-בת של כבוד האדם. למשל: זכות-הבת לשוויון וזכות-הבת לחיי המשפחה חופפות זו את זו במקום שבו ההגבלה על חיי המשפחה מושגת בדרך מפלה.⁵² הוא הדין בזכות-הבת לשוויון ובזכות-הבת לחינוך. השתיים חופפות במקום שבו השוויון בחינוך נפגע. פגיעה זו עשויה לפגוע הן בזכות-הבת לשוויון והן בזכות-הבת לחינוך.⁵³ מה תוצאתה של חפיפה משלימה זו? ודאי שחפיפה זו מחזקת כל אחת מזכויות-הבת החופפות. האם משפיעה חפיפה זו על היקפן של זכויות-הבת החופפות?

51 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 113, 120 (2010).

52 ראו פרשת עדאלה לעיל ה"ש 4, שבה נקבע כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, מגביל את הזכות לכבוד האדם, וזאת בשני היבטים של זכות זו: זכות-הבת לחיי משפחה וזכות-הבת לשוויון.

53 ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' לוי (פורסם בנבו, 6.8.2009).

לדעתי, אין לחפיפה המשלימה השפעה על גבולותיהן של זכויות-הבת החופפות. כל אחת מהן נשארת בגדריה שלה. החפיפה המשלימה אינה כישלון חוקתי שיש למנוע אותו. החקיקה המשלימה היא מציאות נורמטיבית שיש לברך עליה, בחינת יפרחו נא אלף הפרחים. היא משקפת את אנושיותו של האדם. היא חשובה בתחום התת-חוקתי, בעיקר בגדרם של דיני המידתיות.⁵⁴ דינים אלה בוחנים – במסגרת המרכיב של המידתיות במובן הצר (איזון) – את החשיבות החברתית השולית במניעת הגבלה של כבוד האדם על ידי נורמה תת-חוקתית לעומת החשיבות החברתית השולית בהגשמת התכלית הראויה של הנורמה התת-חוקתית. בקביעת חשיבותה החברתית השולית של מניעת ההגבלה על כבוד האדם ניתן משקל לכך שהנורמה הגבילה כמה זכויות-בת חוקתיות. צירוף זה של כמה זכויות-בת עשוי להוביל למסקנה כי "בשילוב יחדיו הם נושאים עוצמת-יתר".⁵⁵ לעתים ההכרה כי חוק מגביל כמה זכויות תת-חוקתיות מובילה למסקנה כי החוק הגביל את לפה של הזכות החוקתית ולא את שוליה.

במקום שנורמה תת-חוקתית (חוק או משפט מקובל) מגבילה היבט של כבוד האדם המצוי בגדרן של כמה זכויות-בת חוקתיות, יש לבחון את חוקתיותו של החוק על פי מידתיות ההגבלה של כל אחת משתי זכויות-הבת. אין להסתפק בבחינת ההגבלה של אחת מזכויות-הבת בלבד. אכן, ייתכן שההגבלה של זכות-בת אחת היא מידתית, אך הגבלה של זכות-בת אחרת אינה מידתית.

(ד) חפיפה נוגדת

(1) חפיפה נוגדת בין עיקרון לעיקרון

חפיפה בין זכויות-בת של כבוד האדם היא נוגדת במקום שהיבט מסוים של כבוד האדם הזכאי להגנה או מוגן בפני הגבלה בגדרי זכות-בת אחת של כבוד האדם נוגד היבט אחר המוגן בפני הגבלה או הזכאי להגנה בגדריה של זכות-בת אחרת. "כבוד האדם, כערך חוקתי, עשוי להופיע בשני הצדדים של המאזניים".⁵⁶ למשל, זכות-הבת לשם הטוב מתנגשת עם זכות-הבת לחופש הביטוי במקום שהגנה על חופש הביטוי מגבילה את השם הטוב.⁵⁷ בדומה לזה, זכות-הבת לחופש התנועה עשויה להתנגש עם זכות-הבת לחופש

54 על המידתיות ראו לעיל בעמ' 316.

55 ראו בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 31.8.2010).

56 ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 376, 360 (2001) (הנשיא א' ברק). ראו גם מאיר שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ(1) 5, 14 (1996) ("יש להסתכל [...] על כבוד האדם בשני הכיוונים, כאילו בעיניו של האל יאנוס").

57 ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 856, 840 (1989); בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 202, 193 (1997); רע"א 3614/97 אבי יצחק נ'

הפולחן במקום שמוטלת הגבלה על חופש התנועה כדי להגן על חופש הפולחן,⁵⁸ ועם זכות-הבת לחופש ההפגנה והמחאה מקום שזכות התנועה מוגבלת בשל קיומה של הפגנה.⁵⁹ כמו כן ההגנה על זכות-הבת של חופש מדת עשויה להגביל את זכות-הבת לחופש הדת.⁶⁰ זכות-הבת לחופש הביטוי עשויה להתנגש עם זכות-הבת לחופש הדת.⁶¹ זכות-הבת להיות הורה עשויה להתנגש עם זכות-הבת שלא להיות הורה.⁶² המאפיין התנגשות זו הוא כי היא מתרחשת במסגרתה של זכות-האם החוקתית לכבוד האדם. עמד על התנגשות זו השופט מ' חשין בפרשת סנש. הוא הניח כי כבוד האדם משתרע לא רק על הזכות לשם הטוב אלא גם על הזכות לחופש הביטוי. על בסיס הנחה זו כותב השופט מ' חשין:⁶³

"גם זכותה של חנה סנש לשם טוב – יהיו מי שיאמרו: זכותם של החיים לקיים את שמה הטוב של חנה סנש – גם זכותו של המחזאי וזכותה של רשות השידור לחופש הביטוי, גם זו וגם זו זכות למעמד של זכות-יסוד, זכות-על. ושתי זכויות-על אלו מנהלות דו-קרב ביניהן. ידה של מי מן השתיים תהא על העליונה? לא נוכל להכריע בין השתיים על-פי מהותן העקרונית של הזכויות, שהרי השתיים כאחת זכויות-עומק הן, זכויות שחברה דמוקרטית כשלנו לא תוכל בלעדיהן. גם לא נוכל להכריע בין השתיים על-פי מעמדם ההיררכי בשיטת המשפט, שהשתיים כאחת מושבן הוא אצל המלכות. שומה עלינו אפוא לחפש ולמצוא אמת-מידה ראויה שעל-פיה נכריע בין הזכויות הניצות ביניהן".

חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג' 50, 26 (1) (1998); פרשת סנש לעיל ה"ש 11, בעמ' 866; ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג' (3) 600, 651 (1999); פרשת אמר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 519; ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח' (3) 565, 558 (2004); בג"ץ 1355/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח' (5) 595, 609 (2004); ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד ס' (4) 13, 26 (2005); פרשת ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 578; פרשת דייך-אורבך, לעיל ה"ש 11, פס' 2–3 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

58 ראו בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נט' (4) 736, 754 (2005); ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, פס' 9 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 12.12.2006).

59 ראו ע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט' (4) 769, 777 (2004).
60 ראו בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פס' 74 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 1.8.2010).

61 ראו פרשת שביט, לעיל ה"ש 57, בעמ' 651.
62 ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' 5 לפסק הדין של השופט ד' ברק-ארז (פורסם בנבו, 5.2.2013).

63 פרשת סנש לעיל ה"ש 11, בעמ' 866.

על ייחוד זה של החפיפה הנוגדת עמד בית המשפט העליון הישראלי באחת הפרשות:⁶⁴

“השם הטוב וחופש הביטוי נגזרים מאותה זכות 'אם' עצמה – מכבוד האדם. שני תאומים אלה – השם הטוב וחופש הביטוי – מתרוצצים בקרבה של הדמוקרטיה. לעתים הם משלימים זה את זה. לעתים הם מתנגשים זה עם זה. חופש הביטוי של האחד פוגע בשם הטוב של האחר [...] עומדת כאן חירות האזרח מול זכות האזרח, דהיינו חירותו להשמיע את אשר עם לבו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע, כנגד זכותו שלא להיפגע בכבודו ובשמו הטוב [...]”.

כיצד נפתר ניגוד זה? הפתרון אינו בניצחונה של זכות-בת אחת על זכות-בת אחרת. הפתרון גם אינו בתיחום מחדש של הגבולות בין זכויות-הבת המתנגשות באופן שההתנגשות תימנע. ברמה החוקתית – כלומר ברמתן של זכות-האם וזכויות-הבת – הניגוד נותר בעינו. כבוד האדם כזכות חוקתית משקף את ההיבטים השונים המאפיינים אותו. הניגוד אינו מצביע על טעות בחקיקה או על פתולוגיה חוקתית. איננו מצפים כי אחת מזכויות-בת – זו שידה על התחזונה – תסתלק (כולה או מקצתה) ממערך הזכויות החוקתיות. החפיפה הנוגדת מצביעה על עושר ההסדרים החוקתיים ועל ההתנגשות הבלתי פוסקת ביניהם. עמד על כך בית המשפט העליון הישראלי בפרשת פלונית:⁶⁵

“המאפיין את הדמוקרטיה הוא בעושר הזכויות, הערכים והעקרונות ובהתנגשות המתמדת ביניהם. לא פעם נאמר כי הזכויות, הערכים והעקרונות החוקתיים הולכים זוגות וזוגות של ניגודים. אכן, פתרוןם של ניגודים אלה – שהם טבעיים לדמוקרטיה ומעניקים לה את חיותה – לרוב אינו בקביעת היקפם של הזכויות, הערכים והאינטרסים ובהוצאת ההיבטים שידם על התחזונה מתחום השיח החוקתי ומתחום הביקורת החוקתית. פתרוןם של ניגודים אלה הוא בהשאת הניגוד ברמה החוקתית תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות, לערכים ולאינטרסים המתנגשים ברמה של חקיקה רגילה”.

הניגוד בין זכויות-הבת אינו מביא לשינוי באגד הזכויות המבטא את השלם של כבוד האדם. אכן, פתרוןם של הניגוד ימצא ברמה התת-חוקתית. ברמה זו ייקבע אם נורמה תת-חוקתית (חוק או משפט מקובל) אשר הגבילה זכות-בת אחת של כבוד האדם כדי להגן על זכות-בת

64 ראו פרשת אמר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 519 (הנשיא א' ברק).

65 ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 538 (2003) (הנשיא א' ברק).

אחרת של כבוד האדם היא חוקתית. אמת המידה לקביעתה של חוקתיות זו היא דיני המידתיות.⁶⁶ עמד על כך בית המשפט העליון:⁶⁷

”בהתנגשות זו אין ידה של האחת על העליונה, ואין האחת מבטלת את האחרת. השתיים ממשיכות להתקיים במלוא היקפן במשפט הישראלי. על-כן משתרעת פרטיותו של אדם גם על פרטיות בכל הנוגע לדיונים בבית-המשפט, ועל-כן משתרעת הפומביות גם מקום שהיא פוגעת בפרטיות. פתרונה של התנגשות זו – פתרון שיש להגיע אליו כדי שהפרט והציבור ידעו כיצד עליהם לפעול – אינו ברמה החוקתית. הפתרון מצוי בדברי החקיקה השונים ובפרשנותם הראויה. אלה פוגעים הן בפרטיות הן בפומביות. חוקתיותם נקבעת על-פי הוראותיה של פיסקת ההגבלה.”

השאלה היא אפוא אם הגבלתה של זכות-בת אחת של כבוד האדם או ההגנה על זכות-בת אחרת של כבוד האדם הן מידתיות. בגדרה של המידתיות שאלת המפתח תהא לרוב אם האיזון שהנורמה התת-חוקתית ערכה בין החשיבות החברתית של מניעת תוספת ההגבלה בזכות-בת אחת שקולה כנגד החשיבות החברתית של תוספת תועלת בהגנה על זכות-בת נוגדת.⁶⁸ נמצא כי פתרון ההתנגשות יימצא באיזון הראוי שבין הגבלתו של היבט אחד של כבוד האדם (המשתקף בזכות-בת חוקתית אחת) לבין ההגנה על היבט אחר של כבוד האדם (המשתקף בזכות-בת חוקתית אחרת).⁶⁹ שתי הזכויות החוקתיות גם יחד הן הביטוי למורכבותה של זכות-האדם לכבוד האדם. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה:⁷⁰

”יש, וזכויות היסוד של הפרט – זה לחופש דת ופולחן, וזה לחופש מדת ולקיום אורח חיים חופשי מקיום מצוות – פועלות אלה בצד אלה באין מפריע. אולם יש, וזכויות לחופש דת מכאן, וזכויות לחופש מדת מנגד, מתנגשות התנגשות חזיתית במערכת נסיבות מסוימת. בהתרחש התנגשות כזו, האופיינית לחברה פלורליסטית בה חיים בצוותא בני אדם בעלי תפיסות ואמונות שונות, נדרש איזון ראוי בין שתי זכויות יסוד אלה, הנובעות מאותו מקור עצמו – כבוד האדם. מערך כבוד האדם נובעת זכותו של כל אדם לעצב את אמונותיו ואורח חייו על פי בחירתו החופשית. זכות זו שמורה לאדם הדתי ולאדם החילוני באותה מידה. כאשר מציאות חברתית מולידה

66 ראו לעיל ה"ש 51.

67 פרשת פלונית נ' בית הדין המשמעתי של עובדי המדינה, לעיל ה"ש 65, בעמ' 539 (הנשיא א' ברק).

68 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 51, בעמ' 445.

69 על איזון זה בין שתי זכויות-הבת, ראו פרשת אמר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 519; פרשת ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 578; פרשת עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 58, בעמ' 750.

70 פרשת סולודוך, לעיל ה"ש 60, פס' 74 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

ניגוד אפשרי בין אורח חיים דתי לחילוני, נדרשת פעולת איזון, כדי לפשר ולמצוא את נקודת שיווי המשקל שתאפשר חיים משותפים של בעלי אורחות חיים ואמונות שונות, תוך כבוד הדדי".

בעריכתו של איזון זה יש לצאת מתוך נקודת המבט כי שתי זכויות-הבת המתנגשות של כבוד האדם הן בעלות מעמד חוקתי. שתיהן נגזרות מזכות-האם לכבוד האדם שהיא זכות-אם חוקתית. עם זאת החשיבות החברתית של כל אחת מזכויות-הבת בנקודת ההתנגשות אינה זהה.⁷¹ מחד גיסא יש לעמוד על החשיבות החברתית של ההגנה על זכות-הבת האחת. לעניין זה יש להתחשב בחשיבותה החברתית של זכות-בת זו, במידת ההגנה שקיבלה זכות-בת זו בעבר ובתוספת ההגנה שהנורמה הת-חוקתית מעניקה. כן יש להתחשב במידת ההסתברות להגשמתה של תוספת ההגנה; מאידך גיסא יש לעמוד על חשיבותה החברתית של הזכות המוגבלת ועל חשיבותה החברתית של מניעת ההגבלה. כן יש לעמוד על סיכויי מימושה של ההגבלה.

מה הדין אם כפות המאזניים שקולות? במקום אחר⁷² הבעתי דעתי כי במצב דברים זה – שבו שתי כפות המאזניים השקולות נושאות זכויות אדם חוקתיות – אין סיבה שלא להשאיר את הנורמה הת-חוקתית על כנה. במצב דברים זה תפקידו של בית המשפט כמגן זכויות האדם מוגשם, ואין מקום לקביעה כי הנורמה הת-חוקתית אינה חוקתית.

(2) חפיפה נוגדת בין עיקרון לכלל

מרבית הזכויות החוקתיות מעוצבות כעקרונות. מקצתן מעוצבות ככללים.⁷³ בזכות המעוצבת כעיקרון העיקרון משקף אידאל שאפשר להשיגו בדרגות שונות של אינטנסיביות

71 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 51, בעמ' 441. ראו גם משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297, 312 (2006); פרשת סנש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 866.

72 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 51, בעמ' 450.

73 להבחנה זו, ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 248 (2003); ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 51, בעמ' 73. ראו גם Humberto Avila, *Theory of Legal Principles* (2007); Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers trans., 2002); Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Pierre J. Schlag, Rules and Standards*, 33 *UCLA L. Rev.* 379 (1985); Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court 1991 Term – Forward: The Justices of Rules and Standards*, 106 *Harv. L. Rev.* 22 (1992); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 *Duke L.J.* 557 (1992); Joseph Grodin, *Are Rules Really Better Than Standards*, 45 *Hastings L.J.* 569 (1993); Frederick Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, [2003] *N. Z. L. Rev.* 303; Larry Alexander & Ken Kress, *Against Legal Principles*, in *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* 279 (Andrei Marmor ed., 2007); Martin Borowski, *On the Nature of Legal Principles* (2010). ראו גם מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה"

בלא שחוק-היסוד נוקט כל עמדה בעניין זה. בזכות המעוצבת ככלל הזכות עצמה קובעת את התנאים העובדתיים והמשפטיים כיצד יוגשם האידאל. למשל, קביעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שלפיה⁷⁴ "כל אזרח חופשי לצאת מישראל" מעוצבת ככלל. ביסוד הוראה זו מונח אידאל אשר הוצא מהכוח אל הפועל על ידי חוק-היסוד שלנו.

מה הדין אם קיימת חפיפה נוגדת בין זכות-בת של כבוד האדם (המעוצבת כעיקרון) לבין זכות חוקתית עצמאית המעוצבת ככלל? קיומה של התנגשות מניח שהזכות החוקתית המעוצבת ככלל נועדה לצמצם את היקפה של זכות-הבת החוקתית המעוצבת כעיקרון. בהתנגשות זו יד הזכות החוקתית המעוצבת ככלל על העליונה. זאת, בשל תחולתם של דינים שלפיהם בהתנגשות בין נורמה ספציפית לנורמה כללית יד הנורמה הספציפית על העליונה (lex specialis derogat legi generali).⁷⁵

מה דין התנגשות בין זכות-בת של כבוד האדם המעוצבת כעיקרון לבין זכות-נכדה או נינה של כבוד האדם המעוצבת ככלל? האם אף כאן יחול הכלל הפרשני כי הנורמה המיוחדת גוברת על הנורמה הכללית? התשובה היא בשלילה. שתי הזכויות הנוגדות הן חלק מזכות-האם של כבוד האדם. פתרון ההתנגשות ייעשה בגדרי המשפט התת-חוקתי. במישור החוקתי ההתנגשות בעינה עומדת, ולרמת הפשטה היורדת מעיקרון לכלל בגדרי אותה זכות אין כל חשיבות.

מה דין התנגשות בין זכויות-בת (או זכויות-נכדה) של כבוד האדם לבין זכות "עצמאית" המעוצבת כעיקרון (כגון קניין או פרטיות) כשאחת מהזכויות המתנגשות מעוצבת כעיקרון ואילו האחרת מצויה ברמת הפשטה קונקרטי ויהא מעוצבת ככלל? התשובה היא כי ההתנגשות היא בין זכויות-האם, ופתרונה של התנגשות זו אינו ברמה החוקתית אלא ברמה התת-חוקתית. רמת הפשטה של זכויות-הבת או הנכדה המתנגשות אינה מעלה ואינו מורידה. פתרון ההתנגשות נקבע על פי אופייה של הזכות החוקתית (בין שהיא זכות-אם המעוצבת כעיקרון ובין שהיא זכות המעוצבת ככלל).

6. היחס בין זכויות-הבת לזכויות אחרות הקבועות בחוק-היסוד

לעתים חוק מגביל אך את הזכות לכבוד האדם. במצב דברים זה אין בו הגבלה על כל זכות חוקתית עצמאית אחרת.⁷⁶ לרוב הגבלה בחוק על הזכות לכבוד האדם מגבילה גם זכות

משפטים יז 321 (1987); אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הברית" מחקרי משפט כו 661 (2010).

74 סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

75 ראו פרשת גלאון, לעיל ה"ש 13, פס' י"ד לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין, ופס' 27 לפסק הדין של השופט ח' מלצר.

76 פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 18, פס' 38 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש ("פגיעה בכבוד האדם תיתכן גם כפגיעה 'עצמאית' וזאת כאשר מעשה מסוים שנעשה או מוסד מסוים שהוקם אינם פוגעים לכשעצמם בזכויות האדם").

עצמאית אחרת הקבועה בחוקה. אכן, "במקרים רבים פגיעה בכבוד האדם תהיה מלווה בפגיעה בזכויות אדם נוספות כגון פגיעה בזכות לחיים ולשלמות הגוף ופגיעה בזכות לפרטיות"⁷⁷. הטעם לכך הוא זה: הערך של כבוד האדם מונח ביסוד הזכות לכבוד האדם. אין הוא מוגבל לזכות זו, שכן הערך של כבוד האדם משתרע על כל הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוקה. כל אחת מזכויות חוקתיות "עצמאיות" אלה נועדה, בין השאר, להגשים היבט מסוים של כבוד האדם. למשל: חופש העיסוק מבטא את האוטונומיה של הרצון הפרטי. באמצעות חופש העיסוק האדם מעצב את אישיותו;⁷⁸ בדומה לזה זכות הקניין מאפשרת לפרט "לתת ביטוי לאישיותו"⁷⁹; הוא הדין בזכות לחירות אישית המגשימה את האוטונומיה של רצון הפרט;⁸⁰ הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט "משרטטת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח ה'אני' שלו, בלא מעורבות הזולת"⁸¹. במה נשתנתה זכות־הבת של כבוד האדם מזכויות עצמאיות אלה? התשובה היא כי זכות־הבת של כבוד האדם נועדה להגשים היבט זה או אחר של כבוד האדם – זאת ותו לא. לעומת זאת הזכויות החוקתיות האחרות נועדו להגשים, בצד ההיבט של כבוד האדם, גם ערכים חוקתיים אחרים. נמצא כי אין חפיפה מלאה בין הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין הזכויות החוקתיות האחרות.

חפיפה מלאה אין – אך חפיפה חלקית קיימת. על רקע זה מתעוררת השאלה מה היחס בין זכויות־הבת החופפות של כבוד האדם החופפות זכות חוקתית עצמאית. תשובתי היא כי פתרונה של חפיפה זו יימצא במשפט התת־חוקתי. אשר למשפט החוקתי, החפיפה תישאר בעינה בלא לנסות לשנות את היקפן של זכויות־הבת או את הזכות העצמאית החופפת. התפיסה החלה במקרה של חפיפה בין זכויות־הבת בינן לבין עצמן תחול גם כאן.

- 77 שם, פס' 38 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
- 78 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 383 (1997).
- 79 רע"א פרשת רוקר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 280. לניתוח גישות שונות באשר לערכים המונחים ביסוד הזכות החוקתית לקניין, ראו ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 78–80 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 14.5.2012).
- 80 ראו פרשת נחמני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 723–724.
- 81 ראו בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 471 (1994). ראו גם בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012). על התכליות שביסוד הזכות לפרטיות, ראו מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (2011). ראו גם Edwar J. Balustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity*, 39 N.Y.U. L. REV. 962 (1964); Robert C. Post, *Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, 77 CAL. L. REV. 957 (1989); Sheldon W. Halpern, *Rethinking the Right to Privacy: Dignity, Decency, and the Law's Limitations*, 43 RUTGERS L. REV. 539 (1990); Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087 (2001).

נפתח בחפיפה משלימה. במצב דברים זה כבוד האדם (באמצעות זכות-הבת) וההיבט של כבוד האדם בגדר הזכות העצמאית מחזקים זה את זה. תופעה זו טבעית היא. עמד על כך המשנה לנשיא מ' אלון:⁸²

”בדרך כלל, במהלכם הרגיל של דברים וערכים, זכויות היסוד המנויות בחוק היסוד מופעלות הן זו ליד זו וזו בנוסף לזו. ההגנה על חיי האדם וגופו, על כבוד האדם ופרטיותו, על חירותו האישית ועל צנעתו אין הן סותרות זו את זו, אלא מוסיפות הן זו על זו.”

על כן על חוק המגביל את הזכות לכבוד האדם (על ידי הגבלה של זכות-הבת) ואת ההיבט של כבוד האדם בזכות העצמאית יהיה לעמוד במבחן המידתיות לעניין הגבלתה של כל אחת משתי הזכויות הללו. הוא הדין בחוק המגן על היבטים אלה של כבוד האדם והמגביל זכות חוקתית אחרת. טול למשל חוק שנועד להגשים את אינטרס הציבור והמפלה בין תושבים בכל הנוגע לחופש העיסוק שלהם. חוקתיותו של חוק זה – הפוגע בכבוד האדם על ידי פגיעה בזכות-הבת לשוויון ובזכות העצמאית לחופש העיסוק – תיבחן על פי דיני המידתיות. דינים אלה זהים הם לעניין כבוד האדם⁸³ (זכות-הבת לשוויון) ולעניין חופש העיסוק.⁸⁴ בדומה לזה, חוק עשוי לפגוע בזכות-הבת לשוויון ובזכות הקניין⁸⁵ או בזכות לפרטיות.⁸⁶ מצב דברים זה מעורר בעיות פרשניות קשות שאינן קשורות לאופייה של זכות-הבת לכבוד האדם אלא מתעוררות בכל מקרה של חפיפה משלימה בין זכויות חוקתיות. נעמוד על כך בהמשך.

מה דין חפיפה נוגדת? הניגוד יכול להיות בין זכות-הבת של כבוד האדם – המשלימה היבט מסוים של הזכות העצמאית – לבין ההיבטים האחרים של הזכות העצמאית. למשל, האוטונומיה של הרצון הפרטי – המונחת ביסוד זכות-הבת לכבוד האדם ובהיבט של כבוד האדם בזכות העצמאית לחיים⁸⁷ או לקניין – עשויה להתנגש עם הערכים האחרים המונחים

82 ראו פרשת שפר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 104.

83 ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

84 ראו סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

85 ראו בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 277, 287 (2005); בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פס' 10 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 15.6.2008).

86 ראו Bernstein v. Bester NO, 1996 (2) SA 751 (CC), para. 68.

87 ראו פרשת שפר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 104 ("בנדון דנן, חובת השמירה על חייו של החולה עומדת היא, כך נטען לפנינו, בניגוד לשמירה על כבוד החולה שמבקש את נפשו למות ומסרב לקבל את הטיפול הרפואי שבא להאריך את חייו ולשומרם, ובניגוד לשמירה על חירותו האישית של החולה ועל האוטונומיה הפרטית שלו. ובכך באנו ללב לבה של הבעיה העומדת לפנינו: האם אכן ניגוד וסתירה לפנינו בין זכות יסוד זו של חיי האדם לבין רעותה כבוד האדם? ואם אכן סתירה יש בין חלק מזכויות היסוד לבין האחרות, המנויות לעיל, במקרה כגון

ביסוד הזכות לחיים או לקניין.⁸⁸ זוהי התנגשות בין שתי זכויות אדם חוקתיות: בין הזכות העצמאית לכבוד האדם לבין הזכות העצמאית לחיים או לקניין. פתרונה של התנגשות זו לא יהא במישור החוקתי.⁸⁹ היא תהא במישור התת-חוקתי. לעניין זה יש להבחין בין זכויות עצמאיות המעוצבות ככללים לבין זכויות עצמאיות המעוצבות כעקרונות.⁹⁰ במקרה הראשון יד הזכות העצמאית המעוצבת ככלל על העליונה. מהיקפה של הזכות החוקתית המעוצבת כעיקרון נגרע אותו חלק הנוגד את הזכות החוקתית המעוצבת ככלל. במקרה השני, שבו מתנגשות שתי זכויות עצמאיות המעוצבות כעקרונות, אין האחת גוברת על חברתה במישור החוקתי. פתרונה של ההתנגשות ימצא במשפט התת-חוקתי ובדיני המידתיות.

7. היחס בין זכויות הבת לבין זכויות חוקתיות אחרות שזכרון לא בא בחוקי היסוד

(א) היבטים של זכויות שזכרון לא בא בחוקי היסוד כזכויות בת

עמדנו על הקשר שבין הזכות לכבוד האדם (וזכויות הבת המגשימות אותה) לבין הזכויות החוקתיות האחרות הקבועות בחוקי היסוד.⁹¹ עתה מתעוררת שאלה נוספת. עניינה היחס שבין הזכות לכבוד האדם (וזכויות הבת המגשימות אותה) לבין זכויות חוקתיות אחרות אשר במודע לא נכללו בחוקי היסוד הקיימים. מגילת זכויות היסוד הישראלית מצומצמת היא. הצעת חוקי היסוד: זכויות היסוד של האדם שהוכנה על ידי שר המשפטים דן מרידור, כללה מכלול של זכויות יסוד.⁹² הצעה זו לא התקבלה. תחת זאת נשלפו מתוכה כמה זכויות אשר עוגנו בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוקי יסוד: חופש העיסוק. על רקע זה קמה השאלה אם ניתן לגזור זכויות בת חוקתיות מהזכויות שנכללו בחוקי היסוד, ובמרכזן הזכות לכבוד האדם, והחופפות זכויות שלא עברו את התהליך החוקתי, ולא כוננו

זה – איזו מבין זכויות היסוד עדיפה ועולה על רעותה, ועל איזו מהן מצווים אנו לשמור ולהגן? בלשון אחרת, המקובלת ושגורה במערכת משפטנו: כיצד ועל-פי מה ייעשה האיזון שביניהן? (המשנה לנשיא מ' אלון).

88 ראו פרשת גלאון, לעיל ה"ש 13, בפס' ב' לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין, העומד על החפיפה הנוגדת בין הזכות לחיים של האדם לבין כבוד האדם של האחר.

89 אך ראו פרשת שפר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 104 שבו הניח המשנה לנשיא מ' אלון כי פתרון ההתנגשות הוא במישור החוקתי. הנחה דומה מצויה גם בפרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 514 [...] אותה בחינה תוביל בהכרח לצמצומה של אחת מן הזכויות המתנגשות על חשבון חברתה" (השופט א' גרוניס).

90 על הבחנה זו ראו לעיל בעמ' 321.

91 ראו לעיל בעמ' 322.

92 ראו לעיל בעמ' 115.

בחוק-יסוד. האם ניתן לגזור מהזכות לכבוד האדם זכות-בת לשוויון, לחופש ביטוי, לחינוך, לבריאות ולחופש דת, מקום שזכויות אלא לא הוכרו (במפורש או במשתמע) בישראל כזכויות חוקתיות עצמאיות?⁹³ כפי שראינו, זכויות-הבת של כבוד האדם הן זכויות מפורשות, בהיותן חלק מזכות-האם לכבוד האדם.⁹⁴ השאלה היא אפוא אם העדרן של כמה זכויות חוקתיות מוביל למסקנה כי ההיבטים הקשורים לזכויות אלה נשללים כזכויות-בת בגדרי כבוד האדם.

התשובה לשאלה זו הינה פרשנית. עלינו לפרש את שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. האם ניתן לבסס גישה פרשנית שלפיה העדרן של כמה זכויות עצמאיות מוביל למסקנה הפרשנית כי היבטים הקשורים לזכויות אלה בגדרי זכות-האם לכבוד האדם נשללו במשתמע? גישה פרשנית כזו אינה ראויה. היא נדחתה במפורש בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל:⁹⁵

”הגישה אינה כי אי הכללתן המפורשת של זכויות אדם שונות [...] מביאה לידי כך כי אין לכללן בזכות בדבר כבוד האדם; התפישה אינה כי שתיקתו של חוק היסוד לעניין הזכויות שאינן מפורשות בחוק היסוד, כמוה כהסדר שלילי לעניין זכויות אלה. הגישה הינה כי הזכות לכבוד האדם עומדת על רגליה שלה, והיא טומנת בחובה את שמטבעו ומטיבו נכלל בה (בין בגרעינה ובין בשוליה), גם אם בהסדר חוקתי מלא הוא היה נכלל במסגרתן של זכויות מפורשות אחרות.”

אכן, מאי-כינון (במפורש או במשתמע) של כמה זכויות חוקתיות אין להסיק כי היבטים הנגזרים מזכות-האם של כבוד האדם והקשורים לזכויות שלא כוננו, אינם נכללים בגדרה של הזכות לכבוד האדם. אין מוכרת לי עמדה התומכת בגישה קיצונית שכזו. המודל המצומצם לא העלה גרסה כה מרחיקת לכת. הוא הכיר בהפליה בין איש לאישה שיש בה השפלה כחלק מכבוד האדם, אף על פי שהיבט זה נכלל בזכות החוקתית לשוויון שהופיעה בהצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם ולא נכללה כזכויות עצמאיות בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם שהכנסת כוננה.

גישה זו אינה מובילה למודל הרחב. מקובל שאין לגזור מכבוד האדם זכות עצמאית לשוויון, חופש ביטוי, חינוך, בריאות, חופש דת וכיוצא בהן זכויות אשר חוק היסוד אינו מכיר בהן כזכויות עצמאיות. הגישה לעניין הזכויות שלא עוצבו כזכויות עצמאיות בחוקי

93 על הזכויות המשתמעות ראו אהרן ברק “זכות הגישה למערכת השיפוטית” ספר שלמה לויין 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013). לצורך הניתוח התאורטי אני מניח אפוא כי השוויון וחופש הביטוי וחופש הדת אינן מהוות זכויות עצמאיות – לא מפורשות ולא משתמעות. כך הוא הדין בישראל.

94 ראו לעיל בעמ' 308.

95 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 684 (הנשיא א' ברק).

היסוד הינה, כי אף על פי שאין להכיר בהן כזכויות עצמאיות, ניתן להכיר בהן כזכויות־בת לכבוד האדם, וזאת רק לעניין אותם היבטים שלהן החופפים היבטים הנגזרים מכבוד האדם. נעמוד בהרחבה על תפיסה פרשנית זו.

(ב) זכויות־הבת והזכויות העצמאיות שלא כוננו – "קשר ענייני הדוק"

הזכויות החוקתיות השונות שחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לא כונן אותן כזכויות עצמאיות נועדו להגשים ערכים שונים. מקצתם בעלי אופי כללי, כפי שעולה מפסקת עקרונית היסוד, מפסקת המטרה, ומערכי היסוד של המשפט הישראלי. מקצתם האחרת היא בעלת אופי קונקרטי, המייחד כל זכות וזכות. במסגרת הערכים המונחים ביסוד כל זכות חוקתית עצמאית מונח הערך בדבר כבוד האדם. לעיתים חלקו רב בגדרי מכלול הערכים, ולעיתים חלקו הוא מועט. לצדו מונחים ערכים אחרים. משלא כוננו אותן זכויות, אין אפשרות להגשים את מלוא הערכים המונחים ביסוד זכויות אלה. עם זאת, כפי שראינו, אין מניעה להכיר, במסגרת הערכים של כבוד האדם, באותו היבט של הזכויות שלא נכללו אשר נועד להגשים את הערך של כבוד האדם. למשל, חוק־היסוד אינו כולל את השוויון זכות עצמאית. עם זאת, היבט של הזכות לשוויון שמהווה גם ההיבט המונח ביסוד זכות־האם לכבוד האדם, ניתן להגשמה באמצעות זכות־בת לשוויון. בדומה, חוק היסוד אינו מכיר בזכות עצמאית לחופש ביטוי. אין בכך כדי למנוע הכרה בזכות־בת לחופש ביטוי אשר תגשים אותו היבט של חופש הביטוי אשר מונח ביסוד זכות־האם לכבוד האדם. היבט זה – בלשונו של השופט ש' אגרנט בפרשת קול העם – גורס, בין השאר, כי:⁹⁶

"[...] עניינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות; לטפח ולפתח, עד גבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור – להגיד את אשר על ליבו כדי שהחיים יראו כדאיים בעיניו [...]"

זהו אחד הביטויים של כבוד האדם. יש להכיר בו כזכות־בת של כבוד האדם. הכרה בזכויות־הבת לשוויון, לחופש ביטוי, לחינוך, לבריאות וכיוצא בהן זכויות־בת של כבוד האדם, אשר במודע לא הוכרו כזכויות עצמאיות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייבת כמובן כי הטעמים המונחים ביסוד זכות־הבת לשוויון, לחופש ביטוי, לחינוך ולבריאות, הם חלק מהטעמים המונחים ביסוד זכות־האם לכבוד האדם. קשר זה בין הטעמים המונחים ביסוד זכות־האם לכבוד האדם לטעמים המונחים ביסוד זכות־הבת לשוויון, לחופש ביטוי, צריך להיות "קשר ענייני הדוק". זהו קשר ישיר ומידי. הטעמים המונחים ביסוד זכות־האם לכבוד האדם הם מכלול הטעמים המגבשים את אגד הזכויות של

96 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871, 878 (1953).

כבוד האדם. הטעמים המונחים ביסוד זכות-הבת לשוויון, לחופש ביטוי, לחינוך ולבריאות, הם חלק מאגד זה. עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש לעניין זכות-הבת של השוויון: 97

”לפי מודל הביניים, פגיעה בשוויון תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם מקום בו נפגעת יכולתו של אדם לנהל את חייו; לפעול באופן אוטונומי, לשמור על שלמותו הפיסי והנפשית; לפתח את אישיותו ולזכות ביחס שאינו מפלה”.

על דרישת הקשר הענייני ההדוק עמד בית המשפט העליון בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, בצינו: 98

”כבוד האדם כולל, על פי מודל זה, רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק”.

גישה זו אומצה בשורה של פסקי דין. 99 בפרשת פולגת ג'ינס ציינה השופטת א' פרוקצ'יה לעניין זכות לשוויון בהעסקת עובדים זרים: 100

”הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון ככל שזכות זו קשורה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם”.

נפסק באותה פרשה כי ההפליה שנבחנה בה אינה קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם, ועל כן אין היא חלק מכבוד האדם.

הנה כי כן: הזכויות שלא כוננו (במפורש או במשמע) בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינן מוכרות כזכויות עצמאיות העומדות על רגליהן שלהן. בגדרי זכות-האדם של כבוד האדם ניתן להכיר באופי החוקתי של אותם היבטים של הזכויות שלא כוננו כזכויות עצמאיות, ובלבד שהטעם המונח ביסודן הוא ההגנה על כבוד האדם.

97 פרשת נסר, לעיל ה"ש 48, בפס' 46 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

98 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 683 (הנשיא א' ברק).

99 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 303-304; בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, 217-218 (2006); פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 18, בפס' 34 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש ובפס' 15 לפסק הדין של השופטת מ' נאור; בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פס' 34 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 22.2.2010); פרשת טבקה, לעיל ה"ש 55, בפס' 16-17 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת מנאע, לעיל ה"ש 20, בפס' 30 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

100 פרשת פולגת ג'ינס בע"מ, לעיל ה"ש 47, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

פרק שלושה-עשר

התחום המכוסה על ידי הזכות לכבוד האדם

א. התחום המכוסה ובעיית החפיפה

פריסתו הרחבה של הערך החוקתי לכבוד האדם מביאה לידי כך שבמרבית שיטות המשפט, למעט בגרמניה, גם לזכות החוקתית לכבוד האדם יש פריסה רחבה. מצב דברים זה מעורר כמה שאלות.¹ אעמוד אך על ארבע שאלות מתודולוגיות: ראשית, האם יש תחום של קיום אנושי שהגנה עליו במגילת זכויות מקיפה נעשית באופן בלעדי (או ייחודי) על ידי הזכות החוקתית לכבוד האדם; שנית, מהו התפקיד של הזכות החוקתית לכבוד האדם במגילת זכויות חלקית, כגון מגילת הזכויות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק; שלישית, מה היחס בין הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין הזכות החוקתית לחירות אישית; רביעית, האם יש מקום לראות בכבוד האדם "זכות שיוויון".

ב. התחום המכוסה באופן בלעדי על ידי הזכות לכבוד האדם במגילת זכויות מקיפה

התשובה לשאלה אם יש לכבוד האדם תחום חלות בלעדי – "טריטוריה נורמטיבית" בלעדית – מעוגנת במבנה של מגילת זכויות האדם החוקתית.² ככל שמגילת הזכויות מקיפה יותר ועשירה יותר בזכויות חוקתיות שכבוד האדם הוא אחת מתכליותיהן, כך יקטן התחום הבלעדי – הטריטוריה הנורמטיבית – של כבוד האדם כזכות חוקתית. טלו את מגילת זכויות

1 למשל, האם ראוי לתת לכבוד האדם היקף כה רחב? האם לא נפגם בסיסו המוסרי של כבוד האדם? מה היחס בין כבוד האדם (כערך חוקתי וכזכות חוקתית) לבין הזכויות החוקתיות האחרות? ליחס שבין הזכות החוקתית לכבוד האדם לזכות החוקתית לחירות, ראו להלן בעמ' 338; ליחס שבין הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין הזכות החוקתית לשוויון ראו גם LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 181 (2012).

2 ראו: CHARLES L. BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW (1969); Michael Dorf, Akhil R. Amar, *Intertextualism*, 112 HARV. L. REV. 747 (1999); *Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity*, 92 GEO. L.J. 833 (2003).

האדם בחוקה של דרום-אפריקה.³ מגילה זו כוללת את מרבית הזכויות החוקתיות (האזרחיות והחברתיות) המוכרות במשפט המשווה. לכן מרבית המצבים הנופלים בגדרי הזכות לכבוד האדם נופלים גם בגדרי אחת הזכויות החוקתיות האחרות. למשל, אחת התכליות המונחות ביסוד חופש הביטוי בחוקה של דרום-אפריקה היא הגשמתו העצמית של הדובר.⁴ תכלית זו מונחת גם ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם. התוצאה היא ש"גזרה" זו של כבוד האדם שוב אינה בלעדית לזכות החוקתית לכבוד האדם אלא חופפת לזכות החוקתית לחופש הביטוי. דוגמה אחרת היא הזכות החוקתית לשוויון. ביסוד הזכות מונח רכיב חשוב של כבוד האדם.⁵ עד כמה שהפליה פוגעת ברכיב זה, תהא הפליה אסורה הן על פי הזכות החוקתית לשוויון והן על פי הזכות החוקתית לכבוד האדם. הצורך אפוא להיזקק באופן בלעדי לזכות לכבוד האדם בתחום זה נמנע. דוגמה שלישית היא ההגנה על הקיום הבסיסי בכבוד: הגנה זו היא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. היא גם חלק מהזכויות החברתיות הקבועות בחוקה של דרום-אפריקה.⁶ נמצא אפוא כי לעניין היבט זה אין כל בלעדיות לזכות החוקתית לכבוד האדם. אם כן – מהי הגזרה הייחודית לזכות החוקתית לכבוד האדם בדרום-אפריקה? התשובה היא שהגזרה הבלעדית תחול רק לעניין התחומים שהם חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם ואינם נופלים בגדרי הזכויות החוקתיות האחרות. למשל, ההגנה על שמו הטוב של האדם⁷ ועל זכותו לחיי משפחה⁸ אינן מוכרות

- 3 ראו להלן בעמ' 481. דוגמה אחרת היא החוקה של קולומביה, כפי שפורשה בבית המשפט החוקתי שלה, ראו ERIN DALY, DIGNITY RIGHTS: COURTS, CONSTITUTIONS, AND THE WORTH OF THE HUMAN PERSON 26, 40 (2012).
- 4 Khumalo v. Holomisa, 2002 (5) SA 401 (CC), para. 21, 25; Dario Milo, Glenn ראו Penfold & Anthony Stein, *Freedom of Expression, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 32–52 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).
- 5 Ferreira v. Levin, 1996 (1) SA 984 (CC) at para. 145 (S. Afr.); National Coalition ראו for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs, 2000 (2) SA 1 (CC), para. 125 (S. Afr.). ראו גם ACKERMANN, לעיל ה"ש 1, בעמ' 181, 86.
- 6 Khosa v. Minister of Social Development, 2004 (6) SA 505 (CC), para. 44; ראו Republic of South Africa v. Grootboom, 2001 (1) SA 46 (CC), para. 23; Jaftha v. Sandra Liebenberg, *The Value of* ראו גם Schoeman, 2005 (2) SA 140 (CC) para. 21 *Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights*, 21 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 1 (2005).
- 7 ראו פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 4, בפס' 23–27. ראו גם Stu Woolman, *Dignity, in* CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 36–55 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).
- 8 ראו Dawood v. Minister of Home Affairs, 2000 (3) SA 936 (CC), para. 36; Booyesen v. Minister of Home Affairs, 2001 (4) SA 485 (CC) para. 10; Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority, 2002 (4) SA 294 (CC), para. 10.

בחוקה של דרום-אפריקה כזכויות חוקתיות עצמאיות. גזרה זו בחוקה של דרום-אפריקה נותרה אפוא בלעדית לזכות החוקתית לכבוד האדם.

הגזרה הבלעדית של כבוד האדם במגילת זכויות מקיפה כגון זו של דרום-אפריקה עשויה להתרחב או להצטמצם במשך השנים. על פי כללי הפרשנות התכליתית, התפתחויות מדעיות עשויות להצדיק שינוי בהבנת היקף הזכות לכבוד האדם. למשל, ההתפתחות המדעית בתחום ההנדסה הגנטית, השיבוט והמחקר של תאי הגזע עומדים במרכז הביור-אתיקה. תחום נורמטיבי זה עשוי להיות מושפע בהיבטים מסוימים שלו מהזכות לכבוד האדם, בעיקר אם זכות זו תפורש כמגנה לא רק על כבודו של האדם הבודד אלא גם על כבודו של הגזע האנושי.⁹

על פי גישה פרשנית זו אפשר להכיר עקרונית במצב דברים שבו מגילת זכויות אדם חוקתית תהא כה מקיפה, שגם בלא זכות לכבוד האדם היא תכסה במגוון זכויותיה כל התנהגות המגבילה את כבוד האדם. תוצאה זו עשויה להתקבל במגילת זכויות אדם שבה – בצד הזכות לכבוד האדם – מוכר "סעיף סל". סעיף זה קובע כי כל התנהגות המגבילה את חופש הבחירה של הפרט ואינה מכוסה על ידי הזכויות החוקתיות המיוחדות האחרות נופלת בגדרה של זכות הסל. עקרונית, במצב דברים זה אין לזכות לכבוד האדם גזרה בלעדית, שכן כל התנהגות הפוגעת בכבוד האדם ואינה נכללת בזכויות המיוחדות תיפול בגדרה של זכות הסל. דומה שזה מצב הדברים במגילת זכויות האדם בחוק-היסוד הגרמני. למשל, חוק-יסוד זה מכיר בזכות לפיתוח האישיות.¹⁰ זכות זו פורשה כזכות סל (Auffanggrundrecht). כל פעולה שלטונית הפוגעת בחופש הבחירה של הפרט ואינה נופלת בגדרן של הזכויות החוקתיות המיוחדות המוכרות בחוק-היסוד הגרמני תיחשב מגבילה את הזכות לפיתוח האישיות.¹¹ דומה אפוא כי נותר תחום צר בחוק-היסוד הגרמני לפעולה בלעדית לזכות

9 על כבוד האדם וביור-אתיקה ראו לעיל בעמ' 257. ראו גם DERYCK BEYLEVELD & ROGER BROWNSWORD, HUMAN DIGNITY IN BIOETHICS AND BIOLAW (2001); LEON R. KASS, LIFE, LIBERTY AND THE DEFENSE OF DIGNITY (2002); ROGER BROWNSWORD, RIGHTS, REGULATION AND THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION (2008); HUMAN DIGNITY AND BIOETHICS (Essays Commissioned by the President's Council for Bioethics, 2008); CHARLES FOSTER, CHOOSING LIFE, CHOOSING DEATH: THE TYRANNY OF AUTONOMY IN MEDICAL ETHICS AND LAW (2009); CHARLES FOSTER, HUMAN DIGNITY IN BIOETHICS AND LAW (2011); REMIGIUS N. NWABUEZE, LEGAL AND ETHICAL REGULATION OF BIOMEDICAL RESEARCH IN DEVELOPING COUNTRIES (2013). ראו גם DALY, לעיל ה"ש 3, בעמ' 119.

10 ראו סעיף (1) לחוק-היסוד הגרמני. ראו גם להלן בעמ' 457. לפרשנותה של הוראה זו, ראו MATTHIAS MAHLMANN, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSTHEORIE 337 (2008); WERNER HEUN, THE CONSTITUTION OF GERMANY: A CONTEXTUAL ANALYSIS 204 (2011).

11 לרבות הגבלות כגון איסור על האכלת יונים בכיכר העיר (ראו BVerfGE 54, 143 (1980) או איסור על רכיבה ביערות מסוימים (ראו BVerfGE 80, 137 (1980) שהשפעתן על פיתוח האישיות של הפרט מועטה.

לכבוד האדם.¹² הטריטוריה הנורמטיבית שלו בעיקרה אינה בלעדית לו. אכן, בעיקרו של דבר נתפסת הזכות לכבוד האדם בחוק היסוד הגרמני כמגנה מפני הגבלה של אחת הזכויות החוקתיות האחרות באופן הפוגע בכבוד האדם. אם כן, על פי רוב כבוד האדם מצטרף לאחת הזכויות האחרות המוכרות בחוקה, והוא מונע הגבלה בלתי חוקתית מוחלטת של כל אחת מהזכויות החוקתיות האחרות, כלומר: הגבלה שאינה כפופה למידתיות.¹³ זאת, כאשר ההגבלה של זכות חוקתית הופכת את הנפגע אך לאמצעי להגשמת עניין הציבור ("נוסחת האובייקט").

בחוקות אחרות עשויה לעתים הזכות לחירות¹⁴ או לחיים¹⁵ למלא תפקיד של "זכות סל". גם על פי אפשרות זו יש חשיבות לקיומה של זכות חוקתית נפרדת לכבוד האדם, משלושה טעמים: ראשית, אין לצפות את העתיד. אפשר שתתרחשנה התפתחויות שלא ימצאו את מקומן בזכות הסל אך הן ימצאו את מקומן בגררי הזכות לכבוד האדם; שנית, גם בהעדר גזרה שהיא בלעדית לזכות החוקתית לכבוד האדם, לעובדה שהתנהגות שלטונית מגבילה לא רק זכות חוקתית ספציפית אלא גם את הזכות לכבוד האדם יש חשיבות משפטית. קיומה של הזכות החוקתית לכבוד האדם מעניק משקל מיוחד לכבוד האדם. אין זה אך ערך חוקתי אלא גם זכות חוקתית העומדת על רגליה שלה. טלו מקרה שבו חקיקה מגבילה זכות פלונית כדי להגן על כבוד האדם. אם כבוד האדם הוא אך ערך חוקתי, ההגנה עליו נעשית במסגרת סמכותה של המדינה להגן על טובת הכלל. לעומת זאת אם כבוד האדם

12 דוגמה לכך היא הזכות למינימום הקיום האנושי הנגזרת מכבוד האדם, עם הוראת החוקה שלפיה גרמניה היא מדינה "חברתית" (Sozialer Bundesstaat), ראו Hartz IV, BVergGE 125, "The direct constitutional benefit claim to a guarantees of a subsistence : 175 (2010) minimum that is in line with human dignity only covers those means which are vital to maintain an existence that is in line with human dignity. It guarantees the whole subsistence minimum by a uniform fundamental right guarantee which encompasses both the physical existence of the individual, that is food, clothing, household goods, housing, heating, hygiene, and health... and ensuring the possibility to maintain inter-human relationships and a minimum of participation in social, cultural and political life, given that humans as persons of necessity exist in social relationships"

13 ראו HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 162 (2006).

14 נראה שעל פי הגישה של השופט אקרמן (Ackermann J.) תפקיד דומה יועד בחוקה של דרום-אפריקה לסעיף 12 בה, שעניינו Freedom and Security of the Person. השופט אקרמן ראה בהוראה זו "Residual freedom right". דעתו היא דעת מיעוט; ראו פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 5. ראו להלן בעמ' 338, 483. ראו גם ACKERMANN, לעיל ה"ש 1, בעמ' 102.

15 ראו סעיף 21 לחוקה של הודו. ראו גם Francis Coralie Mullin v. Delhi, AIR 1981 SCR(2) 516; Olga Tellis v. Bonboy Municipal Corporation, AIR 1986 SC 180; Parmanand Katara v. Union of India, AIR 1989 SC 2039; State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga, AIR 1998 SC 1703; Common Cause v. Union of India, AIR 1996 SC 929; Shantisar Builders v. Narayanan Khimalal Tetame, AIR 1990 SC 630; Chameli Singh v. State of Utten Pradesh, AIR 1996 SC 1051; Mahini Jain v. State of Karnataka, AIR 1992 SC 1858.

הוא זכות חוקתית, ההגנה עליו תיעשה במסגרת החובה החוקתית של המדינה – חובה שאינה אך סמכות¹⁶ – להגן על זכויות חוקתיות חיוביות. השוני בין הסמכות לחובה עשוי להתבטא בגדר דיני המידתיות; שלישית, בכמה חוקות צמודה לכל זכות חוקתית פסקת הגבלה המאפיינת אותה. היסודות של פסקאות הגבלה אלה גזורים ומתאימים לזכויות השונות. ייתכן מצב שבו פסקת ההגבלה הצמודה לזכות פלונית מטילה תנאים שהם קשים – מבחינת חוקתיותו של החוק הפוגע באותה זכות – לחוקתיות החוק יותר מהתנאים המוטלים בפסקת ההגבלה הצמודה לזכות לכבוד האדם. במצב דברים זה, אפילו יקיים החוק הפוגע בכבוד האדם את פסקת ההגבלה הצמודה לו, הוא עשוי להיכשל בשל פגיעתו בזכות האחרת.

ג. הזכות החוקתית לכבוד האדם במגילת זכויות חלקית

לעומת העושר של זכויות חוקתיות בכמה חוקות, בחוקות אחרות מגילת הזכויות היא חלקית בלבד; הסיבות לכך הן לרוב היסטוריות. נניח עתה כי בין הזכויות המוכרות במגילה החלקית מצוינת גם הזכות החוקתית לכבוד האדם. נניח עוד כי זכות זו אינה מוחלטת אלא בעלת אופי יחסי בלבד ונתונה לדיני המידתיות. במצב דברים זה יש לזכות החוקתית לכבוד האדם תחומים נרחבים. הטריטוריה הנורמטיבית המיוחדת לה רחבת היקף משום שהיא משתרעת, ולו חלקית, על התחומים המכוסים בחוקות אחרות על ידי זכויות עצמאיות הנעדרות בחוקה הישראלית החלקית. במצב דברים זה תמלא הזכות לכבוד האדם תפקיד מרכזי בגדר מגילת הזכויות.

זו המציאות הנורמטיבית בישראל. מגילת זכויות האדם החוקתית בישראל המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק היא מצומצמת, והסיבות לכך היסטוריות.¹⁷ מגילת הזכויות כוללת במפורש רק את הזכות לחיים,¹⁸ הזכות לגוף,¹⁹ הזכות לכבוד האדם,²⁰ הזכות לקניין,²¹ החירות האישית,²² הזכות לתנועה מישראל ואליה,²³

- 16 על ההבחנה בין חובה חוקתית לסמכות חוקתית, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 647 (2010).
- 17 על היסטוריה זו, ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79 (2012). ראו גם אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם 126 (2004).
- 18 סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 19 שם.
- 20 שם.
- 21 סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 22 סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 23 סעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הזכות לפרטיות וצנעת הפרט²⁴ וחופש העיסוק.²⁵ זכויות רבות המוכרות במשפט המשווה לא קיבלו מעמד חוקתי על-חוקי כזכויות עצמאיות, וכאלה הן הזכות לשוויון, הזכות לשם טוב, הזכות לחופש הביטוי, הזכות לחופש המצפון והדת, הזכות לחינוך, הזכות למשפחה (כגון נישואין והורות), זכויות בעבודה, הזכות לבריאות, הזכות לחופש תנועה בגדרי המדינה והזכויות במשפט. כפי שראינו, בית המשפט העליון, תוך שימוש בפרשנות תכליתית, פירש את העדרן של זכויות אלה ממגילת הזכויות המפורשת כמכוון נגד הכרה בהן כזכויות עצמאיות. הוא לא פירש זאת כהסדר שלילי מפני הכרה בהיבטים מסוימים שלהן במסגרת הזכות לכבוד האדם.²⁶ על רקע זה קבע בית המשפט העליון כי כבוד האדם הוא "זכות-מסגרת" או "זכות-אם".²⁷ על פי תפיסה זו, יש לגזור מתוך זכות-האם של כבוד האדם מגוון זכויות-בת שבהצטרפן מבטאות את מלוא ההיקף של זכות-האם. אכן, הדיבור "כבוד האדם" אינו מפרט את היסודות העובדתיים והמשפטיים לקביעת היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. כבוד האדם מבוסס על הכללה. תוכנו הוא הערך החוקתי של כבוד האדם. ערך זה – "תחומים רבים ונושאים שונים כלולים בו".²⁸ אלה הן זכויות-הבת²⁹ המגשימות – תחת כנפיה של זכות-האם – את התכלית המונחת ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם.³⁰ במובן זה כבוד האדם הוא אגד של זכויות.³¹ אכן, בפסיקה ענפה ומקיפה גזר בית המשפט העליון מזכות-האם של כבוד האדם מספר ניכר של זכויות-בת, ובהן הזכות להגנה על אישיותו של האדם,³² הזכות להגנה עליו מפני השפלה וביזוי,³³ הזכות לחיי

- 24 סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 25 סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
 26 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 684 (2006).
 27 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 293–295 (2006) (הנשיא א' ברק).
 28 ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 102, 87 (1993) (המשנה לנשיא מ' אלון).
 29 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 27; בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006); רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 42 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 7.10.2010).
 30 ראו ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 90–91 (2002) (השופט א' ריבלין).
 31 ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 480, 463 (2005); פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 685; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פס' 3 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 19.11.2009); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 29 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012).
 32 ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993); בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449 (1997). ראו להלן בעמ' 537.
 33 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002).

משפחה, ³⁴ לנישואין, ³⁵ להורות ³⁶ ולאיימוץ, ³⁷ הזכות לחינוך, ³⁸ הזכות לביטחון סוציאלי, ³⁹ הזכות למזון, ⁴⁰ הזכות למגורים, ⁴¹ הזכות למים, ⁴² הזכות לבריאות, ⁴³ הזכות לשוויון, ⁴⁴

- 34 ראו בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999); פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 27; ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160 (1997); בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאיימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (2005); פרשת יונס, לעיל ה"ש 29; בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012). ראו להלן בעמ' 629.
- 35 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 27; בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 6.7.2008); בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.2.2010); פרשת יונס, לעיל ה"ש 29.
- 36 ראו דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996); פרשת דוברין, לעיל ה"ש 29; בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.4.2011); דנג"ץ 3860/11 משרד הפנים נ' קו לעובד (פורסם בנבו, 8.12.2011). ראו להלן בעמ' 675.
- 37 ראו פרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 34; בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009). ראו להלן בעמ' 877.
- 38 ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011). ראו להלן בעמ' 793.
- 39 ראו בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322 (2003); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 736, 729 (2004); בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט(4) 70 (2004); פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 31; בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.2010); בג"ץ 11044/04 סלומוטין נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 27.6.2011). ראו להלן בעמ' 604.
- 40 ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001); פרשת חסן, לעיל ה"ש 31; בג"ץ 10541/09 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.2012). ראו להלן בעמ' 602.
- 41 ראו פרשת גמזו, לעיל ה"ש 40; עע"מ 3829/04 טייטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, 779 (2004); ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004); ע"א 9120/09 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלקסר (פורסם בנבו, 15.9.2010). ראו להלן בעמ' 602.
- 42 ראו פרשת יובלים, לעיל ה"ש 40; ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים (פורסם בנבו, 5.6.2011). ראו להלן בעמ' 602.
- 43 ראו בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2008); בג"ץ 4253/02 קרייתי – ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.3.2009); בג"ץ 434/09 דוידוב נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 3.5.2009); בג"ץ 5637/07 פלונית נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 15.8.2010); בג"ץ 488/11 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 16.6.2011); פרשת סלומוטין, לעיל ה"ש 39. ראו להלן בעמ' 603.
- 44 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 26; פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 27; פרשת גלאון, לעיל ה"ש 34; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.2.2012). ראו להלן בעמ' 688.

הזכות לחופש הביטוי,⁴⁵ הזכות לחופש המצפון והדת,⁴⁶ הזכות לתנועה בישראל,⁴⁷ הזכות לשם הטוב,⁴⁸ הזכות להליך הוגן⁴⁹ והזכות לקיום בסיסי בכבוד.⁵⁰ כל הזכויות האלה הן זכויות-בת או זכויות-נכדה הנגזרות מכבוד האדם.⁵¹ הרשימה של זכויות-הבת וזכויות-הנכדה אינה סגורה. הן משקפות, כל אחת מזווית הראייה שלה, את אנושיותו של האדם. כל זכויות-הבת וזכויות-הנכדה הוכרו כחלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם. אין הן זכויות משתמעות אלא זכויות מפורשות ששמן כשם אמן – "כבוד האדם".⁵²

בית המשפט העליון קבע כי זכויות אלה יוכרו כזכויות-בת רק לעניין אותו היבט שלהן שיש לו קשר ענייני הדוק לכבוד האדם.⁵³ למשל, לא כל הפליה שהיה בה כדי לפגוע בשוויון אילו הוכרה כזכות עצמאית, יש בה גם כדי לפגוע בשוויון כזכות-בת של כבוד האדם.⁵⁴ צמצום זה של היקפה של הזכות מתבקש משיטת הפרשנות התכליתית. למשל,

- 45 ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 856 (2008). ראו להלן בעמ' 708.
- 46 ראו בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282 (1993); בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נט(4) 736 (2005); פרשת נוער כהלכה, לעיל ה"ש 38; רע"ב 4201/09 ראיך נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 24.3.2010); בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו, 1.8.2010). ראו להלן בעמ' 758.
- 47 ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נ(4) 1 (1997); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים (פורסם בנבו, 20.12.2010). ראו להלן בעמ' 782.
- 48 ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 856, 840 (1989); דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (1998); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס" 3 לפסק הדין של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.11.2006); ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי (פורסם בנבו, 27.11.2011); ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך (פורסם בנבו, 8.2.2012). ראו להלן בעמ' 616.
- 49 ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006); ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2009); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.8.2011). ראו להלן בעמ' 868.
- 50 ראו פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 31, בעמ' 481; פרשת חסן, לעיל ה"ש 31, פס" 36 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש. ראו להלן בעמ' 547.
- 51 כך, למשל, לזכות-הבת לחופש הביטוי זכויות-נכדה לסוגים שונים של ביטוי כגון ביטוי פוליטי, ביטוי מסחרי; לזכות-הבת לשוויון זכויות-נכדה לסוגים שונים של הגנה על השוויון כגון העדפה מתקנת; לזכות-הבת לחינוך זכויות-נכדה לקבלת חינוך ולהשפעה על תוכן החינוך.
- 52 ראו לעיל בעמ' 308. ראו גם פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 293. להבחנה בין זכויות מפורשת (ללא שם "פרטי") לבין זכויות ש"אינן מנויות", ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).
- 53 ראו לעיל בעמ' 327.
- 54 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 27; פרשת ניר, לעיל ה"ש 44; פרשת יתד, לעיל ה"ש 33; עע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן (פורסם בנבו, 6.10.2009); פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 39;

הזכות לחופש ביטוי כזכות עצמאית מבוססת על כמה רציונלים. רק אותם ההיבטים הקשורים לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק יוכרו כחלק מכבוד האדם. על כן חופש הביטוי הפוליטי קשור לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק, שכן בכך בא לידי ביטוי הקשר בין הפרט לבין החברה שבה הוא חי. לעומת זאת אפשר שהיבטים באשר לשיטות בחירות שונות לא ייכללו במסגרת זכות-הבת של חופש הביטוי, שכן הם אינם קשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. אכן, כבוד האדם, כאחת הזכויות החוקתיות במגילת זכויות האדם, אינו יכול למלא את מלוא החלל שמגילת זכויות אדם חלקית מותירה. עמד על כך בית המשפט העליון באחת הפרשות:⁵⁵

”כבוד האדם אינו כל הטוב והיפה שבחיים. כבוד האדם אינו כלל זכויות האדם. עלינו להבחין בין כבוד האדם כמטרה כוללת המונחת ביסוד כל הזכויות לבין כבוד האדם כזכות חוקתית. כבוד האדם לא נועד לייתר את שאר זכויות האדם. [...] הזכות לכבוד האדם עומדת על רגליה היא, והיא כוללת בחובה את שמטבעו וטיבו נכלל בה [...] גם אם בהסדר חוקתי מלא הוא היה נכלל במסגרתן של זכויות מפורשות אחרות. התפיסה היא, כי אין לעשות את תכליתו של חוק היסוד פלסטר, ואין לדחוס לתוך כבוד האדם את כל הזכויות האזרחיות והחברתיות, על כל היקפן, המקובלות במדינות בנות תרבות.”

על פי גישה זו:⁵⁶

”נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם [...]. על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית.”

בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות (פורסם בנבו, 12.1.2011); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 45 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012).

55 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 684 (הנשיא א' ברק); פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 295 (הנשיא א' ברק).

56 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 687 (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 39; פרשת שליטנר, לעיל ה"ש 54; פרשת נסר, לעיל ה"ש 54.

ד. קושי ארכיטקטוני: הזכות לכבוד האדם והזכות לחירות אישית

1. הצגת הבעיה

הפרשנות החוקתית מתוך "מבט רחב" גוררת אחריה היקף נרחב של הזכות החוקתית לכבוד האדם. ראינו כי היקף זה מתבקש מהחלתן של פסקת עקרונות היסוד ופסקת המטרה.⁵⁷ היא עולה בקנה אחד עם האופי החלקי של מגילת הזכויות החוקתיות בישראל.⁵⁸ עם זאת ההיקף הנרחב של הזכות החוקתית לכבוד האדם כאנושיותו של האדם מעורר את השאלה מהו היחס שבין הזכות לכבוד האדם לבין הזכות לחירות אישית.⁵⁹ סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

"חירות אישית

אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

מה היקפה של הזכות לחירות אישית?⁶⁰ היש שוני בהיקף הזכות לכבוד האדם לבין הזכות לחירות אישית? או שמא כל שנכנס לזכות האחת מצוי גם בזכות השנייה? אם כן – מה צידוק יש לשתי זכויות שונות בעלות תוכן שווה? האין בכך כדי להצדיק פירוש מצמצם לזכות החוקתית לכבוד האדם?

כדי להשיב על שאלות אלה עלינו לבחון את היקפה של הזכות לחירות אישית. מה נכלל בגדריה? מהי התכלית שהיא נועדה להגשים? האם היא נועדה להעניק מעמד חוקתי לזכות כללית לחירות אישית? או שמא מוגבלת היא להיבטים מסוימים של חירות בלבד? ואם כן – מהם אותם היבטים? עיון בפסיקה הישראלית מעלה כי רוב רובם של פסקי הדין עסקו

57 ראו לעיל בעמ' 261.

58 ראו לעיל בעמ' 278.

59 לשאלה זו במשפט החוקתי האמריקני והגרמני, ראו EDWARD J. EBERLE, DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES (2002) ויטמן (Whitman) כתב כי המשפט החוקתי הקונטיננטלי מבוסס על כבוד האדם, ואילו המשפט החוקתי האמריקני מבוסס על החירות, ראו James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L. J. 1151 (2004); James Q. Whitman, "Human Dignity" in *Europe and the United States: the Social Foundations*, in Guy E. Carmi, *Dignity Versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech*, 26 B.U. EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 108 (Georg Nolte ed., 2005); RAO G. INT'L. L.J. 277 (2008); Daniel McGirr, *Liberty in an American and German Constitutional Context Through the Lens of Isaiah Berlin and Lord Acton* (Forthcoming, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1872626).

60 על החירות, ראו ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" 170 ארבע מסות על חרות (יעקב שרת מתרגם, 1969); (2003) QUENTIN SKINNER, A THIRD CONCEPT OF LIBERTY.

בזכות לכבוד האדם. הזכות לחירות אישית לא נבחנה בחינה יסודית בפסיקה. היא לא עברה תהליך דומה לזה של הזכות לכבוד האדם. עם זאת מצויות אמרות־אגב רבות באשר להיקפה של הזכות. השאלה המתעוררת לפנינו היא אם אמרות־אגב אלה יש בהן כדי לבסס את היקפה של הזכות לחירות אישית.

2. "או בכל דרך אחרת"

(א) מהי "בכל דרך אחרת"?

הרישה של סעיף 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מתרכזת בשלושה מצבים שבהם החירות האישית של האדם נפגעת: מאסר, מעצר או הסגרה. פירושו של כל אחד מביטויים אלה מעורר שאלות קשות של פרשנות, אשר לא זה המקום לבחון אותן. אילו הקיף סעיף 5 רק שלושה מצבים אלה, היינו רואים בו זכות חוקתית מיוחדת, בעלת היקף מוגבל של פגיעה בחירות האישית בדרך של הגבלה פיזית הנובעת ממאסר, מעצר או הסגרה. גם אם שלושת המצבים אשר מעצבים זכות זו – מאסר, מעצר או הסגרה – נועדו להגן על אנושיותו של האדם, לא היינו רואים קושי בכך. היינו אומרים אז כי החירות האישית היא זכות מיוחדת, ואילו כבוד האדם הוא זכות כללית.

הקושי הטמון בזכות לחירות אישית נובע מהסיפה של סעיף 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה:

"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם [...] בכל דרך אחרת."

על מה משתרעת ההוראה באשר ל"כל דרך אחרת"? האם היא מעניקה זכות כללית לחירות או שמא היא מוגבלת לסוגים מסוימים של פגיעה בחירות? בעניין זה אפשר לנקוט שלושה פתרונות פרשניים. נעמוד על כל אחד מהם בנפרד.

(ב) בכל דרך המגבילה את החופש הפיזי של האדם

על פי הפירוש הראשון, "בכל דרך אחרת" משמעותו בכל דרך שיש בה הגבלה על החירות הפיזית של האדם. על פי גישה פרשנית זו, הוראת סעיף 5 צריכה להתפרש באופן ש"בכל דרך אחרת" יחול על דרכים שיש בהן מן המשותף לדרכים שהרישה לסעיף דנה בהן. דומה שמשותף זה היא ההגבלה על החירות הפיזית של האדם. על כן נכללות "בכל דרך אחרת" נטילה או הגבלה של החירות של אדם בעיכוב (שאינו מגיע לכדי מעצר) ובשליטת חופש תנועה (שאינה נופלת בגדר מאסר). לעומת זאת נטילה או הגבלה של החירות "בכל דרך אחרת" לא תכלול שליטת חירות הנישואין, הזכות להליך הוגן, שלילת האפשרות לבחור ולהיבחר או הגנה על השם הטוב.

(ג) "בכל דרך אחרת" – כל נטילה או הגבלה של חירות

הפירוש השני נוגד חזיתית את הראשון. על פי פירוש שני זה, "בכל דרך אחרת" משמעותו כל דרך שיש בה נטילה או הגבלה של החירות האישית. גישה פרשנית זו מתמקדת אפוא בדיבור "חירות אישית". על פיה הוראת סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניקה הגנה לזכות כללית לחירות אישית. בכך היא מעניקה הגנה לכוחו של האדם להגשים את רצונו הפרטי ואת האוטונומיה שלו. זהו כוחו של אדם לכתוב את סיפור חייו. על כן חירותו האישית של אדם נפגעת לא רק כאשר החירות הפיזית שלו מוגבלת, אלא בכל מקרה של הגבלת רצון או אוטונומיה. למשל, על פי פירוש זה שלילת חירות הנישואין וההורות, פגיעה בזכות למשפט הוגן, שלילת האפשרות לבחור ולהיבחר וההגנה על השם הטוב – כל אלה יש בהם הגבלה של החירות האישית.

(ד) הגבלת חופש התנועה ומצבים חריגים אחרים

הפירוש השלישי מצוי בין שני הקצוות. על פיו, המקרה הרגיל והטיפוסי הוא זה הכלול בגדרי הפירוש הראשון. כלומר, הגבלות של החירות הפיזית של האדם. עם זאת על פי אפשרות שלישית זו, אפשר להוסיף מצבים שאין בהם הגבלות של החירות הפיזית, אך הדומים לה, כגון זכות להליך הוגן של מי שאינו צד למשפט.

(ה) משפט משווה

השאלה המתעוררת בפני המשפט הישראלי אינה ייחודית לנו. שאלה דומה התעוררה גם במשפט המשווה.⁶¹ אמת, הניסוח של הסעיף הדין בחירות (liberty) או בחופש (freedom) שונה מהניסוח בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת הבעיה הבסיסית – היקפה של הזכות לחירות או לחופש – זהה, שכן ביסודה מונחת השאלה אם הזכות לחירות או לחופש היא זכות כללית החלה גם במקום שאין הגבלה על החופש הפיזי של האדם. נעמוד על שאלות אלה בגדרו של המשפט החוקתי של דרום-אפריקה ושל קנדה.

סעיף 12(1) לחוקה של דרום-אפריקה, שהוא חלק ממגילת זכויות האדם, קובע:

- "Everyone has the right to freedom and security of the person, which includes the right –
- (a) not to be deprived of freedom arbitrarily or without just cause;
 - (b) not to be detained without trial;

61 לדיון במשפט החוקתי הגרמני ראו ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 223 (Julian Rivers trans., 2002); Susanne Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, 59 U. TOR. L. REV. 417 (2009). ראו גם EBERLE, לעיל ה"ש 59, בעמ' 84.

- (c) to be free from all forms of violence from either public or private sources;
- (d) not to be tortured in any way; and
- (e) not to be treated or punished in a cruel, inhuman or degrading way”.

פרשנותה של הוראה זו⁶² התעוררה בפרשת *Ferreira*⁶³. בפרשה זו נדונה חוקתיותו של סעיף בחוק החברות שלפיו הוטלה חובה על מי שנבדק בהליכי פירוק של חברה להשיב על שאלות מפלילות. תשובות אלה יכלו לשמש נגד הנבדק בהליכים פליליים עתידיים. נטען כי ההוראה בחוק החברות המטילה חובה כזו נוגדת את הזכות למשפט הוגן. ההוראה בחוקה בעניין המשפט ההוגן אינה חלה במקרה זה, שכן הם לא היו בגדר נאשמים. האם נוגדת הוראת החוק את הזכות לחופש?

בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה נחלק בדעותיו: שופט המיעוט, השופט אקרמן (Ackermann J.), קבע כי על עניינם של העותרים חלה הוראת החוקה בעניין הזכות לחופש (freedom). לשיטתו, הזכות לחופש היא זכות עצמאית שאינה קשורה לזכות לביטחון האישי. הזכות לחופש היא זכות כללית שעניינה זכותו אדם לפתח את אישיותו. זכותו של אדם לחופש היא הזכות שיובטח לאדם מתחם אשר בו:⁶⁴

“[...] a person [...] is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons”.

על פי אקרמן, הזכות לחופש משמעה:⁶⁵

“[T]he right of individuals not to have ‘obstacles to possible choices and activities’ placed in their way by [...] the State”.

השופט אקרמן ציין כי בהיקף נרחב זה נכללות רבות מהזכויות האחרות הקבועות במגילת הזכויות. גישתו היא אפוא כי הזכות לחופש צריכה להיתפס כזכות שיורית (residual freedom rights).⁶⁶ לדעת השופט אקרמן, הוראת חוק החברות פגעה בזכות השיורית לחופש. שופטי הרוב הסכימו לתוצאה שאליה הגיע השופט אקרמן. לדעתם, ההוראה בחוק החברות פגעה בזכות החוקתית נגד הפללה עצמית. עם זאת השופטים הסתייגו מפירושו של

Michael Bishop & Stu Woolman, *Freedom and Security of the Person*, in 62
CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA, ch. 40 (Stu Woolman, Michael Bishop &
Jason Brickhill eds., 2nd ed. 4th rev., 2012). ראו גם להלן בעמ' 483.

63 ראו פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 5.

64 שם, בפס' 52.

65 שם, בפס' 54.

66 שם, בפס' 57.

השופט אקרמן לסעיף בדבר הזכות לחופש. לדעת הנשיא צ'סקלסון (Chaskalson P.), המטרה העיקרית של הזכות לחופש היא להגן על הפרט מפני פעולות פיזיות של המדינה. אמנם אין ההוראה מוגבלת אך לכך. עם זאת אין לפרשה כהוראה כללית המגנה על החופש.⁶⁷

הצ'רטר הקנדי כולל – בפרק על legal rights – את ההוראה הזאת:⁶⁸

“Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”.

פסיקתו של בית המשפט העליון של קנדה עסקה בפירושה של החירות (liberty) בהוראה זו.⁶⁹ הגישה שהתקבלה היא כי בבסיסה של הוראה זו מונחת החירות מפני הגבלות פיזיות. עם זאת נקבע כי אין היא מוגבלת אך להגבלות פיזיות. בפרשת *Blencoe*⁷⁰ הוגשה נגד בלנקו תלונה על הטרדה מינית. הוועדה הקנדית לזכויות האדם עיכבה את הטיפול בתלונה תקופה ארוכה. הדבר גרם לו לנזקים שונים. הוא טען כי בכך נפגעה זכותו לחירות. בית המשפט העליון נחלק בדעותיו. דעת הרוב הייתה כי הזכות לחירות אינה מוגבלת לחירות מפני הגבלות פיזיות. היא חלה גם במקום שנמנע מאדם לבחור בין חלופות אישיות בסיסיות (fundamental personal choices).⁷¹ נפסק כי האיחור בטיפול בתלונה לא פגע בכוחו לבחור בין חלופות אישיות בסיסיות. דעת המיעוט סירבה לנקוט עמדה באשר להיקפה של הזכות לחירות. המיעוט ביקש להורות על זירוז הטיפול במישור המנהלי. בפסיקה נוספת הודגש כי הזכות לחירות מצויה בפרק על legal rights, ועל כן היא מוגבלת בעיקרה להליכים פליליים.⁷² על כן אין היא משתרעת על חירות כלכלית⁷³ או פוליטית.⁷⁴

67 שם, בפס' 160.

68 סעיף 7 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים 1982. לפירוש הוראה זו, ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 365 (vol. II, 5th ed., 2007); Tanya Lee, *Section 7 of the Charter: An Overview*, 43 U. TOR. FAC. L. REV. 1 (1985).

69 ראו HOGG, לעיל ה"ש 68, בעמ' 371. ראו גם להלן בעמ' 439.

70 ראו *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307.

71 שם, בפס' 49 ו-54.

72 ראו Reference re ss 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123, 1173 (“[T]he restrictions on liberty and security of the person that s. 7 is concerned with are those that occur as a result of an individual interaction with the justice system, and its administration”) (Lamer J.).

73 ראו HOGG, לעיל ה"ש 68, בעמ' 374.

74 שם, בעמ' 375.

(ו) הפסיקה הישראלית

מרבית הפסיקה אשר בחנה את חוקתיותה של החקיקה בישראל עשתה זאת בהקשר של הזכות לכבוד האדם.⁷⁵ דומה שלחוסר הבהירות באשר למובנה של החירות יש חלק בכך. הזכות לחירות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משתרעת כמובן על החירות הפיזית, כגון מעצר מנהלי,⁷⁶ העברה כפויה של אדם ממקום מגורים אחד למשנהו⁷⁷ ומעצר בבית סוהר "פרטי".⁷⁸ כמה אמרות-אגב עוסקות בהקשרים פליליים שאין בהם הגבלה פיזית ישירה, כגון זכות הנאשם למשפט הוגן.⁷⁹ מקצתן של אמרות-האגב התרחקו מרחק רב מהגבלות פיזיות. נקבע למשל כי זכותו של עובד לבחור במעביד היא חלק מזכותו לחירות.⁸⁰ הוא הדין בהגנה על שמו הטוב של אדם⁸¹ ועל זכותו ליצור חיי משפחה.⁸² נקבע עוד כי הסירוב

- 75 לביקורת גישה זו בכל הנוגע לחופש הביטוי, ראו Guy E. Carmi, "Dignitizing" Free Speech in Israel: The Impact of the Constitutional Revolution on Free Speech Protection, 57 MCGILL L.J. 791 (2012).
- 76 ראו דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741 (2000) ("הפגיעה היא קשה שכן היא פוגעת בחירותו של אדם – חירות המוגנת בישראל ברמה חוקתית-על-חוקית" (הנשיא א' ברק)).
- 77 ראו בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002) ("הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו" (הנשיא א' ברק)).
- 78 ראו פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 31, פס' 33 לפסק הדין של הנשיא ד' ביניש ("תיקון 28 מביא לפגיעה עצמאית נוספת בזכות החוקתית לחירות אישית מעבר לפגיעה הנובעת מהמאסר עצמו"); שם, פסק הדין של השופט א' גרוניס ("...] איני רואה צורך להיזקק לכבוד האדם בהקשר בו מדובר ודי בכך שעסקינן בפגיעה בחירות האישית").
- 79 ראו ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 767, 751 (1999) ("חוק היסוד ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן. זאת, מכוח סעיף 5 לחוק היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות [...]") (השופט י' טירקל); ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353, 424 (2005) ("זכותו של נאשם בפלילים להליך הוגן היא זכות יסוד חוקתית. היא נובעת מזכותו של הפרט לחירות ולכבוד") (השופט א' לוי); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 16 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 11.2.2010) ("האם הזכות של הנאשם להיות נוכח במשפטו [...] כזכות חוקתית מוגנת").
- 80 ראו בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל, פ"ד נח(6) 481, 595 (2004) ("חירותו של העובד לבור לו את מעבידו נגזרת מן הזכות לחירות, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומן הערך של כבוד האדם, המונח ביסוד חוק היסוד האמור. כך אצלנו וכך גם במשפט הגרמני, המעמיד בראש סולם הערכים החוקתיים את כבודו של האדם ואת חירותו") (השופט א' ריבלין).
- 81 ראו פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 48, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה ("הזכות לשם טוב נגזרת גם מזכותו של אדם לחירות, אשר אינה מתמצית בהגנה על גופו, אלא גם על רוחו").
- 82 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 476 ("כל פגיעה בזכותו של אדם לחיי משפחה, הינה פגיעה בחירותו ובכבודו כיצור אנושי, זכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו")

ליתן גט פוגע בחירותה של האישה.⁸³ כן נקבע כי חופש הדת והמצפון⁸⁴ וחופש הביטוי⁸⁵ נגזרים גם מכבוד האדם.

(ז) היקפה של הזכות לחירות אישית

נראה לי כי יש לדחות את הפירושים הקיצוניים. חירות אישית אינה רק החופש הפיזי של האדם. אמת, תחושת הלשון היא כי "בכל דרך אחרת" היא בכל דרך מסוג ההגבלות הפיזיות – מאסר, מעצר או הסגרה – הנזכרות במפורש בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁸⁶ אך תחושת לשון היא אמת מידה בלשנית. אין היא אמת מידה פרשנית.⁸⁷ עם זאת חירות אישית אינה כל פגיעה בחופש הרצון והאוטונומיה של הרצון. אילו כך פירשו את סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היינו מביאים לכך שהזכות לחירות אישית היא זכות כללית אשר היקפה כזכות לכבוד האדם. תוצאה זו הייתה פוגעת במבנה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא אינה מתיישבת עם הארכיטקטורה של חוק-היסוד. אין צידוק להכרה בשתי זכויות כלליות החופפות בהיקפן – למעט זאת שכבוד האדם היא הן

(השופט ס' ג'ובראן); שם, בעמ' 548 ("הדברים יפים גם לעניין הזכות לקיים חיי משפחה. הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על-פי רצונו ולהקים משפחה – ממילא פוגעת היא בחרות. פגיעה זו בחרות קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי") (השופט א' ריבלין); פרשת גלאון, לעיל ה"ש 34, פס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין ("הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על-פי רצונו ולהקים משפחה – ממילא פוגעת היא בחרות. פגיעה זו בחרות קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי").

83 ראו פרשת פלוני ג' פלונית, לעיל ה"ש 35, פס' 17 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל ("תופעת סרבנות הגט היא קשה ומורכבת ולצערנו אינה חדשה לנו. היא כרוכה בפגיעה קשה וכואבת באישה הנותרת כבולה לנישואין שאין היא מעוניינת בהם עוד: חירותה נפגעת, כבודה ורגשותיה נפגעים וזכותה לחיי משפחה נפגעת גם היא – זכויות אלו הוכרו בשיטתנו כולן כזכויות הנהנות ממעמד חוקתי וראשון במעלה").

84 ראו פרשת ראיך, לעיל ה"ש 46, פס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין ("הזכות לחרות ולכבוד האדם כוללת, על פי כל פרוש מסתבר, גם את ההגנה על חופש הדת והמצפון").

85 ראו פרשת דייין-אורבך, לעיל ה"ש 48, פס' 76 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין ("הביטוי החופשי הוא חלק מכבודו של אדם, אך הוא גם חלק מן החרות, מן החרות לבטא את אשר עם לבך").

86 זהו הכלל הפרשני בדבר "הכלל מעין הפרט" (*ejusdem generis*). על כלל זה, ראו ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, *READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS* 199 (2012); FRANCIS BENNION, *STATUTORY INTERPRETATION* 954 (3rd ed., 1997).

87 ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה* 129 (1993).

זכות חיובית והן זכות שלילית, ואילו החירות האישית עשויה להתפרש – ואף התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר – כזכות שלילית בלבד.⁸⁸ לדעתי, הפירוש הראוי לדיבור "בכל דרך אחרת" הוא בכל דרך שיש בה הגבלות פיזיות על החופש של האדם, או חופש אחר בעל עוצמה הדומה לו. בכך מעוצבת החירות האישית כזכות מיוחדת המתקיימת לצד הזכות לכבוד האדם שהיא הזכות הכללית. גישה דומה מצאנו בדרום-אפריקה. הארכיטקטורה החוקתית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והמבנה הבסיסי שלו מובילים לפירוש זה. אפשר כמובן לטעון כי אפשר לשמור על הארכיטקטורה החוקתית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אם החירות האישית תהפוך לזכות חוקתית כללית, ואילו כבוד האדם יהיה זכות מיוחדת, אשר תחול למשל רק במקרים של השפלה או ביוזי או במקרים דומים להם. לדעתי, פתרון זה אינו ראוי, מארבעה טעמים: ראשית, הדבר יחייב שידוד מערכות מקיף בהבנת כבוד האדם, על זכויות-הבת שלו. איני רואה כל צידוק פרשני למהפכה זו; שנית, בשיטות המשפט אשר בהן כבוד האדם והחירות הן זכויות חוקתיות, כגון דרום-אפריקה, הזכות הכללית היא הזכות לכבוד האדם ולא הזכות לחירות; שלישית, מבחינת מבנה הזכויות החוקתיות טבעי הוא לתת לדיבור "כבוד האדם" פירוש המעניק לו תחולה של זכות כללית. לעומת זאת המבנה של הזכות לחירות אישית – המתרכז בנטילת החירות של אדם במאסר, במעצר או בהסגרה, והמוסיף כאילו אגב אורחא "או בכל דרך אחרת" – מקשה על התפיסה הפרשנית המבקשת לשלוף מתוך הביטוי "או בכל דרך אחרת" את התכונה של זכות כללית; רביעית, "הצרה" זו בין כבוד האדם לבין החירות האישית עשויה להביא לצמצומה של ההגנה על זכויות האדם, שכן הזכות לכבוד האדם היא זכות חיובית ושלילית גם יחד. לעומת זאת החירות האישית היא כנראה זכות שלילית בלבד.

ה. האם יש לראות בכבוד האדם זכות "שירותית"?

היבטים של הערך בדבר כבוד האדם זוכים להגנה בזכויות חוקתיות עצמאיות שונות, הן במגילת זכויות חוקתיות מלאה והן במגילת זכויות חלקית. היבטים אלה זוכים להגנה גם בגדרי הזכות לכבוד האדם. בעקבות זאת נוצרת חפיפה משלימה בין הזכות של פרט אחד לכבוד האדם לבין זכויות חוקתיות עצמאיות אחרות של פרט אחר. מהו היחס בין הזכות לכבוד האדם של פרט אחד לבין זכויות חוקתיות אחרות של פרט אחר – ואנו מניחים שכולן יחסיות – בתחומי החפיפה המשלימה? לדעתי, החפיפה המשלימה אינה צריכה להוביל לשינוי בהיקף הזכויות החוקתיות החופפות. אין מקום להוציא את התחום החופף מתחום

88 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 516. אחד היתרונות בגישה זו נעוץ בכך שהזכות לחירות – שלא כזכות לכבוד האדם – עשויה להיות נתונה לתאגיד. ראו Carmi, לעיל ה"ש 75.

הזכות לכבוד האדם, כשם שאין מקום להוציא את התחום החופף מתחום הזכויות העצמאיות האחרות. החפיפה המשלימה אינה מביאה לשינוי בגבולותיהן של הזכויות החוקתיות: כל זכות תעמוד לעצמה בהיקף הנדרש על פי התכלית המונחת ביסודה;⁸⁹ כל זכות מתחזקת לפי התמיכה בה בתחום החופף.⁹⁰

האין לומר כי בהתקיים חפיפה משלימה – בין במגילת זכויות מלאה ובין במגילת זכויות חלקית – תחול הלכה למעשה הזכות החוקתית העצמאית המיוחדת ולא הזכות החוקתית לכבוד האדם? גישה ברוח זו אפשר למצוא בפסיקתו של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה.⁹¹ לדעתי, גישה זו אינה ראויה, שכן בכל מקרה של חפיפה משלימה בין הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין זכויות חוקתיות אחרות יש לבחון כל אחת מהן בנפרד. אין לראות בזכות החוקתית לכבוד האדם זכות שיורית; הדבר אינו מתיישב עם מרכזיותם של הערך ושל הזכות לכבוד האדם בגדרי החוקה. הדבר אינו ראוי מבחינה מתודולוגית. הזכות המיוחדת אינה גורעת מהזכות הכללית לכבוד האדם. שתיהן חלות על ההתנהגות המגבילה, כל אחת מזווית הראייה שלה. הביטוי הנורמטיבי לחפיפה משלימה יינתן לא במסגרת המשפט החוקתי אלא במסגרת המשפט התת-חוקתי. חוק המגביל זכות חוקתית בתחום שיש בו חפיפה משלימה יהא חוקתי רק אם הוא מידתי. מידתיות זו תיבחן בנפרד לעניין כל אחת מהזכויות החוקתיות. ודאי כך אם דרישות המידתיות הן שונות לעניין כל זכות חוקתית, אך גם כשפסקת הגבלה כללית חלה על כל הזכויות החוקתיות יש מקום לבחון כל הגבלה מזווית הראייה של כל אחת מהזכויות החוקתיות בנפרד, משני טעמים: ראשית, משקל האינטרס הציבורי המצדיק פגיעה בזכות לכבוד האדם עשוי להיות שונה ממשקלו כצידוק להגבלה על הזכות העצמאית המיוחדת; שנית, המשקל של מניעת הפגיעה בזכות המיוחדת (שבגינה כבוד האדם עלול להיפגע בשוליים) עשוי להיות שונה מהמשקל של מניעת הפגיעה בזכות העצמאית לכבוד האדם (שבו הפגיעה יכולה להיות קרובה לליבה). בבחינה זו של מידתיות הפגיעה יש להתמקד בכל זכות בנפרד תוך ראיית התמונה הכוללת. לא הרי חוקתיותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית אחת כהרי חוקתיותו של חוק אלים הפוגע במספר רב של זכויות חוקתיות.

89 ראו לעיל בעמ' 322. לחפיפה משלימה זו חשיבות מיוחדת בישראל בשל ההוראה בדבר שמירת הדין הישן המצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 10) והנעדרת מחוק-יסוד: חופש העיסוק. תוקף הדין הישן נשמר גם אם הוא פוגע פגיעה לא מידתית בכבוד האדם. תוקפו של דין זה לא נשמר אם הוא פוגע בהיבט של כבוד האדם בגדרי ההגנה על חופש העיסוק. על פסקת שמירת הדינים, ראו להלן בעמ' 391.

90 ראו פרשת שפר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 108; פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*, לעיל ה"ש 5, בפס' 114; פרשת *Grootboom*, לעיל ה"ש 6, בפס' 83; פרשת *Islamic Unity Convention*, לעיל ה"ש 8, בפס' 26; פרשת *Khosa*, לעיל ה"ש 6, בפס' 40–41, 104. ראו גם פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*, שם, בפס' 31; *Minister of Home Affairs v. Watchenuka*, [2004] 1 SA 21 (SCA) para. 25; *S. v. Jordan*, 2002 (6) SA 642 (CC), para. 52; *NM v. Smith*, 2007 (5) SA 250 (CC), para. 131.

91 ראו *Woolman*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 24–36. ראו להלן בעמ' 487.

פרק ארבעה-עשר

תכונותיה של הזכות החוקתית לכבוד האדם

א. כבוד האדם כזכות שלילית וכזכות חיובית

1. ההבחנה בין זכויות חוקתיות שליליות לחיוביות

הגישה הקלסית לזכויות החוקתיות – וממילא גם תפקידן המקורי – גורסת שתפקידן להגן על הפרט מפני פעולות השלטון.¹ הן נועדו למנוע מהשלטון לפגוע בפרט, ומכאן כינויין "זכויות שליליות" או "זכויות לאי-פעולה" (negativus status).² תפקידו של השלטון, על פי גישה זו, הוא לכבד (to respect) את הפרט. הביטוי הלשוני הניתן לזכויות אלה הוא בניסוח דוגמת "אין פוגעים",³ "אין נוטלים"⁴ או "אין מגבילים".⁵ במשך השנים התברר כי תפיסת הזכויות החוקתיות כזכויות שליליות היא צרה מדי. הודגש הצורך להכיר בתפקיד הכפול של השלטון באשר לזכויות חוקתיות: מחד גיסא על השלטון לכבד את הפרט על ידי הימנעות מפגיעה בזכויותיו החוקתיות – זהו ההיבט השלילי; מאידך גיסא על השלטון להגן על הזכויות החוקתיות – זהו ההיבט החיובי. היבט

1 ראו ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 289 (Julian Rivers trans., 2002); Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 138 (Georg Nolte ed., 2005). אדרעי מכנה זאת "זכות סבילה". ראו יוסף אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון – בני סברה 43, 44 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). מדינה מבחין בין "הגנה שלילית" לבין "הגנה חיובית". ראו ברק מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים מ'שוק של זכויות' ל'תיאוריה של מימון ציבורי' זכויות כלכליות וחברתיות בישראל 131, 133 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). מקורה המודרני של ההבחנה בין חופש חיובי לחופש שלילי הוא בכתיבתו של ישעיהו ברלין. ראו ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חרות 170 (יעקב שרת מתרגם YILDIZ SILIER, FREEDOM: POLITICAL, METAPHYSICAL, NEGATIVE AND POSITIVE (2005)). ראו גם

2 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 361 (1993). לניתוח גישה זו והתשובות לה, ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 27 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012).

3 ראו סעיפים 2, 3, 7(ד) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

4 שם, בסעיף 5.

5 שם.

זה מתאפיין בשניים: הראשון עניינו חובתה של המדינה לנקוט אמצעים שיאפשרו לפרט להגשים את זכותו החוקתית או את חובתו של השלטון לקדם (promote) או להגשים (fulfill) את זכויותיו של הפרט. זאת גם אם אין פרטים אחרים הפוגעים בזכות החוקתית; השני עניינו חובתה של המדינה למנוע מפרטים אחרים לפגוע בזכות החוקתית.⁶ זוהי חובתה להגן (protect) על הפרט מפני פרטים אחרים.⁷

על רקע הכרה זו החלה להתגבש ההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות או בזכויות חוקתיות לפעולה (status positivus).⁸ תוכנן של אלה הוא חובתו של השלטון לפעול להגנה על הפרט,⁹ לקידום זכויותיו ולהגשמתן. מכאן "הטרילוגיה" החוקתית,¹⁰ שעל פיה זכותו של האדם כי המדינה תכבד את זכויותיו החוקתיות, תגן עליהן ותגשים אותן (respect, protect, fulfill).¹¹ הביטוי הלשוני הניתן להן הוא בניסוח דוגמת "זכאי".¹² הזכויות החוקתיות החיוביות מבוססות על התפיסה כי "השלטון [...] מחויב לשרת את הציבור – להבטיח שלום וסדר; לספק שירותים חיוניים; להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח".¹³ על רקע זה נאמר כי "עשה" ו"לא תעשה", זה לצד זה, הינם חלק בלתי נפרד מהגנה על כל זכויות האדם, יהא אופיין אשר יהא.¹⁴

- 6 לביקורת ההבחנה ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש – מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון – בני סברה 183, 213 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
- 7 ראו Jordan Paust, *Human Dignity as a Constitutional Right: A Jurisprudentially Based Inquiry into Criteria and Content*, 27 HOWARD L.J. 145 (1984).
- 8 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 364. על ההבחנה בין זכויות חיוביות לשליליות, ראו דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 723, 661 (1996); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 856, 715 (2008); פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 28 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
- 9 ראו SANDRA FREDMAN, *HUMAN RIGHTS TRANSFORMED: POSITIVE RIGHTS AND POSITIVE DUTIES* (2008).
- 10 על "טרילוגיה" זו ראו Asbjørn Eide, *Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach*, 10 HUM. RTS. L.J. 36 (1989); IDA ELISABETH KOCH, *HUMAN RIGHTS AS INDIVISIBLE RIGHTS: THE PROTECTION OF SOCIO-ECONOMIC DEMANDS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 14 (2009).
- 11 ראו סעיף 7(2) לחוקה של דרום-אפריקה.
- 12 ראו סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 13 ראו בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 320 (1998) (השופט י' זמיר). אדרעי מכנה זאת "זכות פעילה". ראו אדרעי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 44.
- 14 ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 28 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

2. ההבחנה בין זכויות שליליות לחיוביות במשפט המשווה

ההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות נפוצה בחוקות המודרניות.¹⁵ היקפה של ההכרה משתנה מחוקה לחוקה. ההכרה המקיפה ביותר – המשתרעת על כל הזכויות החוקתיות – מופיעה בחוקתה של דרום-אפריקה. סעיף 7(2) לחוקה קובע:¹⁶

“The state must respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights”.

“respect” (לכבד) משמעו שלא לפגוע בזכויות החוקתיות; זהו ההיבט השלילי של הזכויות. “protect” משמעו הגנה על הזכויות החוקתיות מפני פגיעה בהן על ידי צדדים שלישיים; זהו אחד ההיבטים החיוביים של הזכויות. ההיבט האחר הוא לקדם (promote) ולהגשים (fulfill) את חובת המדינה על פי הזכויות החוקתיות כגון החובה לנקוט צעדים חוקיים סבירים, במסגרת האמצעים הקיימים, לקידום הגשמתן של זכויות חברתיות וכלכליות שונות.¹⁷ הכרה בזכויות חוקתיות חיוביות (schutzpflicht) המשתרעת על כלל הזכויות החוקתיות מקובלת גם בגרמניה.¹⁸ לעניין כבוד האדם נקבעה הוראה מיוחדת שלפיה: “To respect and protect it [human dignity] shall be the duty of all state authority”¹⁹. בשתי שיטות אלה אפשר לדבר אפוא על ההיבט השלילי וההיבט החיובי של כל אחת מהזכויות החוקתיות.²⁰

- 15 HENRY SHUE, BASIC RIGHTS: SUBSISTENCE, AFFLUENCE AND U.S. FOREIGN POLICY (2nd ed., 1996); Elizabeth Ashford, *The Alleged Dichotomy Between Positive and Negative Rights and Duties*, in GLOBAL BASIC RIGHTS 92 (Charles R. Beitz & Robert E. Goodin eds., 2012); KAI MÖLLER, THE GLOBAL MODEL OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 5 (2009).
- 16 Lourens du Plessis, ראו סעיף 7(2) לחוקתה של דרום-אפריקה. לפירושה של הוראה זו, ראו Interpretation, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 32–121 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).
- 17 ראו בחוקתה של דרום-אפריקה: הזכות לדיור (סעיף 26); הזכות לבריאות, מזון, מים וביטחון סוציאלי (סעיף 27); הזכות לחינוך (סעיף 29). ראו גם Sandra Liebenberg, *The Interpretation of Socio-Economic Rights*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 33 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).
- 18 KONRAD HESSE, GRUDZÜGE DES VERFASSUNGRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND § 350 (1999); MICHEL SACHS, GG VERFASSUNGSRECHT II. GRUNDRECHTE 44 (2003); HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 265 (2006); BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE STAATSRECHT II § 58 (2006); Donald P. Kommers, *Germany: Balancing Rights and Duties*, in INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY 83 (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006); Javier Barnes, *The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration*, in CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN EUROPE (Hartmut Bauer & Christian Callies eds., 2008). ראו גם Grimm, *The Protective Function of the State*, לעיל ה"ש 1.
- 19 ראו סעיף 1(1) לחוק-היסוד הגרמני.
- 20 ההבחנה בין זכויות שליליות לזכויות חיוביות אינה זהה להבחנה בין זכויות מסוג חירות (liberty) לבין זכויות (במובן הצר) שכנגדן מוטלות חובות: ראה רות גביוון "על היחסים בין

ברבות משיטות המשפט אין חפיפה מלאה בין ההיבט החיובי לבין ההיבט השלילי. מוכרת ההבחנה הבסיסית בין זכויות חוקתיות חיוביות לזכויות חוקתיות שליליות, ומוכרות כמה זכויות חוקתיות חיוביות. זה המצב המשפטי על פי האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות יסוד.²¹ בפסיקתו הכיר בית המשפט האירופי לזכויות האדם²² בחובתה של המדינה לחקור מעשי הריגה;²³ לתת לעצור נימוקים למעצרו;²⁴ לתת הגנה משפטית לנאשמים חסרי אמצעים;²⁵ להעניק הכרה מגדרית למי שעברו טיפול לשינוי מין;²⁶ להקצות אמצעים משטרתיים סבירים להגנה על גופים העוסקים בהספקת מידע נגד מי שמבקשים שלא כדין ובכוח למנוע מהם מלבצע את תפקידם.²⁷ זה המצב בחוקות רבות המכירות בזכויות חוקתיות, חברתיות וכלכליות, המנוסחות לרוב כזכויות חיוביות.²⁸ יש שיטות משפט המפרשות את חוקתן באופן שאינו מכיר בזכויות חיוביות. זה המצב במשפט האמריקני. הגישה הפרשנית המקובלת שם היא שמגילת זכויות האדם האמריקנית כוללת זכויות שליליות בלבד.²⁹ בית המשפט העליון סירב לקרוא אותה כמטילה חובות על המדינה כלפי הפרט.³⁰ ביקורת רבה נמתחה על פסיקה זו,³¹ ואף הוצע לשנות את המצב המשפטי בדרך של שינוי חוקתי.³²

זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25, 41 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

- ראו ALASTAIR MOWBRAY, THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2004); Cathrine Dupré, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, 19 EUR. PUB. L. 319, 336 (2013). 21
- ראו MOWBRAY, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2. 22
- ראו Kelly v. UK, ECHR, App. No. 30054/96. 23
- ראו Fox, Campbell & Hartley v. UK, ECHR, App. No. 12244/86. 24
- ראו Artico v. Italy, ECHR, App. No. 6694/74. 25
- ראו Christine Goodwin v. UK, ECHR, App. No. 28957/95. 26
- ראו Ozgur Gundem v. Turkey, ECHR, App. No. 22492/93. 27
- ראו FREDMAN, לעיל ה"ש 9; SHUE, לעיל ה"ש 15, בעמ' 155. 28
- ראו Jackson v. City of Joliet, 715 F.2d 1200, 1203 (1982), שבו תיאר השופט פוזנר (Posner J.) את מגילת זכויות האדם האמריקנית כ: "[C]harter of negative rather than positive liberties [...]. The men who wrote the Bill of Rights were not concerned that Government might do too little for the people but that it might do too much to them". 29
- ראו Seth F. Kreimer, *Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State*, 132 U. PA. L. REV. 1293 (1984); Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEX. L. REV. 1363 (1984); Laurence H. Tribe, *The Abortion Funding Conundrum: Inalienable Rights, Affirmative Duties, and the Dilemma of Dependence*, 99 HARV. L. REV. 330 (1985); *Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989) (U.S.); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989) (U.S.). 30

3. ההבחנה בין זכויות שליליות לחיוביות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם בישראל אינם כוללים הוראה הדומה לזו שבחוקתה של דרום-אפריקה, המכירה בהיבט החיובי של כל הזכויות המנויות בה. עם זאת שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם כוללים "פסקת כיבוד". נקבע בה: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה"³³. האם אפשר לראות בהוראה זו משום הכרה בחובת "עשה" בכל הזכויות החוקתיות הקבועות בחוקי-היסוד? התשובה לשאלה זו אינה נקייה מספקות. אפשר לומר כי חובת הכיבוד משמעותה החובה שלא לפגוע בזכויות החוקתיות, והחובה להגן עליהן. כאשר הרשות השלטונית מודעת לכך שצדדים שלישיים פוגעים בזכותו החוקתית של הפרט כלפי הרשות השלטונית, או שבנסיבות העניין עליה להיות מודעת לכך, והיא אינה עושה דבר, אין היא מכבדת את הזכות החוקתית כנדרש ממנה בפסקת הכיבוד. הוא הדין אם השלטון אינו מקדם ומגשים את הזכויות החוקתיות. כנגד זאת אפשר לומר כי פסקת הכיבוד מטילה על רשויות השלטון את החובה לכבד את הזכויות החוקתיות על פי ההיקף שניתן להן בסעיפים השונים. על פי גישה זו, פסקת הכיבוד מפנה לחובות המצויות בזכויות עצמן ואינה מטילה חובת כיבוד שאינה חלק מפרשנותן החוקתית של הזכויות עצמן. נמצא כי פסקת הכיבוד היא פסקת "תחולה" – כאמור בהערת השוליים לסעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולסעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק – ואין היא פסקה הקובעת את תוכנה של הזכות החוקתית. מביין שני פירושים אלה נראה לי השני כמשקף את המבחן הנכון של פסקת הכיבוד. האם משמעות הדבר היא כי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם אינם מכירים בזכויות חיוביות? מסקנה זו מרחיקת לכת היא. לדעת, אין ליתן לשאלת ההיבט החיובי תשובה כוללת. יש לפנות לכל זכות וזכות ולבחון את היקפה כמתבקש מלשונה ומתכליתה.³⁴ לא ארחיב בשאלה זו בספרי זה,³⁵ שכן

- ראו David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986); Susan A. Bandes, *The Negative Constitution: A Critique*, 88 MICH. L. REV. 2271 (1989).
- ראו CASS R. SUNSTEIN, *THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER* (2004).
- סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- לענין הזכות לחופש העיסוק ראו רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא, יצוא והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 357, 289 (1998); בג"ץ 5936/97 לב נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נג(4) 673, 682 (1998); בג"ץ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין נ' המועצה המקומית אעבלין, פס' 14 (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פס' 25 לפסק הדין של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 5.12.2007).
- לשאלה זו, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 516 (2010).

אין מחלוקת בדבר הזכות לכבוד האדם. זכות זו היא הן בעלת אופי חיובי³⁶ והן בעלת אופי שלילי. שני היבטים אלה – השלילי והחיובי – חלים לעניין כל ההיבטים של כבוד האדם; הם חלים לעניין כל זכויות-הבת של כבוד האדם;³⁷ הם חלים לעניין ההיבטים ה"אזרחיים" ולעניין ההיבטים ה"חברתיים" גם יחד.³⁸

אופייה השלילי של הזכות לכבוד האדם עולה יפה מלשונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "אין פוגעים [...] בכבודו של אדם באשר הוא אדם".³⁹ אופייה החיובי של הזכות עולה מלשונו של סעיף 4 לחוק-היסוד, שלפיו "כל אדם זכאי להגנה על [...] כבודו". הוראה זו פורשה פעמים מספר בפסיקתו של בית המשפט העליון.⁴⁰ נקבע כי "בצדה של זכות זו [כבוד האדם – א.ב.] קמה ומתייצבת חובתה של המדינה להיות לעזור לאדם לבוא אל שלו. הזכות השוכנת בחוק היסוד קורנת אל פנינו: מקרינה היא מעצמה סעד לבעל הכבוד, ומטילה היא מעצמה חובה על זולתו. כך ככלל, ולא כל שכן שחוק היסוד מורנו מפורשות – בסעיף 4 בו – כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו. ומה החבל יילך אחר הדלי והטפל יילך אחר העיקר, כן יילך הסעד אחר הזכות [...] זכותו המהותית של אדם לכבוד יולדת זכות-בת לקבלת סעד בבית-משפט, כל אימת שאותו כבוד נפגע".⁴¹ "הזכות לכבוד האדם מטילה על רשויות השלטון חובה שלילית וחיובית כאחת – החובה שלא לפגוע בכבוד והחובה להגן על הכבוד".⁴² עמד על כך בית המשפט העליון באחת הפרשות, בצינו:⁴³

36 ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 29 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (דווקא בהקשר של הזכות לכבוד [...]) החובה החוקתית המוטלת על המחוקק היא חיובה חיובית מפורשת ("ההדגשה במקור").

37 ראו בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 3 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש, פס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 24.3.2009). לדעה שונה, ראו פסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה בפרשה זו.

38 ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 28 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

39 סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

40 ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995).

41 שם (השופט מ' חשין).

42 ראו בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פס' 54 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 21.2.2012). ראו גם דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 61 (1998) ("נזכור כי חוק יסוד זה לא בא אך [...] לאסור על פגיעה בכבודו של אדם באשר הוא אדם (כלשון סעיף 2) אלא מוסיף הוא וקובע כי 'כל אדם זכאי להגנה' על כבודו (כלשון סעיף 4) ("השופט מ' חשין); בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פס' 10 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.7.2008) ("גם זכויות-האדם המוכרות בשיטתנו, ושנהוג לכנותן 'זכויות אזרחיות ופוליטיות' מטילות על המדינה חובות 'חיוביות' של הגנה על מימוש הזכות ולא רק חובות 'שליליות' של אי פגיעה בזכות"); פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 33 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש ("זכותו של אדם לכבוד לפי החוק היא בעלת שני פנים: פן שלילי המשמיע כי יש למנוע פגיעה בזכות, ופן חיובי המטיל חובה על רשויות השלטון להגן על הזכות"); ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים, פס' 21 לפסק הדין של השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 5.6.2011) ("הזכות לכבוד האדם מעוגנת, אפוא, בחוק היסוד הן בהיבטה החיובי והן בהיבטה השלילי").

43 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 463, 478–479

"חובתה של המדינה היא כפולה: ראשית, מוטלת עליה החובה שלא לפגוע בכבוד האדם. זהו ההיבט ה'שלילי' (ה-*status negativus*) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שנית, מוטלת עליה החובה להגן על כבוד האדם. זהו ההיבט ה'חיובי' (ה-*status positivus*) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שני ההיבטים (ה'שלילי' (הפסיבי) וה'חיובי' (האקטיבי)) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר [...] איסור הפגיעה בכבוד וחובת ההגנה על הכבוד מטילים שניהם חובות משמעותיות על המדינה ועל הפרטים החיים בה".

על רקע זה נפסק כי כבוד האדם מטיל על המדינה את החובה לדאוג לקיום מינימלי בכבוד,⁴⁴ כגון החובה להבטיח טיפול רפואי אלמנטרי⁴⁵ או גישה למקורות מים.⁴⁶ בדומה נקבע:⁴⁷

"חובתה של המדינה להגן על הזכות החוקתית לחופש ביטוי ולהפגנה היא בעלת שני פנים. ראשית, מוטלת על המדינה החובה שלא לפגוע בזכותו של אדם לחופש ביטוי ולהפגנה, כגון על ידי הטלת איסור על יכולתו לממש את זכותו. [...] שנית, מוטלת על המדינה החובה להגן על הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה. [...] בענייננו, משמעותה של החובה החיובית מתבטאת בחובתה של המדינה להקצות, בגבולות הסביר ובהתחשב באמצעים העומדים לרשותה ובסדרי העדיפויות שייקבעו על ידיה, את המשאבים הנדרשים על מנת לאפשר את מימושה של הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה".

ברוח דומה כתב השופט י' דנציגר:⁴⁸

"במדינת ישראל היהודית והדמוקרטית אין רשויות המדינה יכולות לתת ידן למיסודה של כפייה כאמור ועל המדינה לפעול – באופן פוזיטיבי – על מנת למגרה. הכפייה המדוברת משקפת פגיעה בכבוד האדם ובאוטונומיית הפרט

(2005) (הנשיא א' ברק). ראו גם בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 681 (2006); פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 33 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

44 ראו להלן בעמ' 547.

45 ראו עע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, 779 (2004).

46 פרשת אבו מסאעד, לעיל ה"ש 42, פס' 23 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה.

47 בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, 218 (2006) (הנשיא א' ברק).

48 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.1.2011).

ואינה אלא לדיכויין ולהשפלתן של נשים שאין מקומן אצלנו, לא בשם רב התרבותיות ולא בשם דגל אחר. בעניין זה המסר שצריכות להשמיע רשויות המדינה בכל התחומים בהם למדינה נגיעה צריך להיות חד משמעי ותקיף – לא תהיה כפייה כאמור.”

ב. כבוד האדם בהיבט האזרחי ובהיבט החברתי

1. הבעיה הכללית

הבחנה חשובה היא בין זכויות חוקתיות “אזרחיות” (בנות “הדור הראשון”) לבין זכויות חוקתיות “חברתיות” (בנות “הדור השני”). ויכוח רב שנים נסב על השאלה אם יש מקום להכיר בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות. על רקע זה אין למצוא בחוקה האמריקנית ובצ'רט'ר הקנדי⁴⁹ זכויות חברתיות.⁵⁰

מאז שנות התשעים של המאה הקודמת הולך וגדל מספרן של המדינות המעניקות מעמד חוקתי עצמאי לזכויות חברתיות אלו או אחרות.⁵¹ תרמו לכך, במשך השנים, ההכרזה

49 ראו PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 614 (vol. II, 5th ed., 2007). ראו גם RHODA HOWARD-HASSMANN & CLAUDE WELCH JR., ECONOMIC RIGHTS IN CANADA AND THE UNITED STATES (2006); Patrick Macklem, *Social Rights in Canada, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS BETWEEN THEORY AND PRACTICE* 213 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007). בפרשת 2 SCC 84 [2002] 2 SCC 84. Gosselin v. Quebec, (A.G.) [2002] 2 SCC 84. השופטת ארבור (Arbour) כי אפשר לגזור מהזכות לחיים, לחירות ולביטחון אישי (סעיף 7) הגנה על הקיום החומרי. דעתה הייתה דעת מיעוט. ראו A. Wayne MacKay, *Social and Economic Rights in Canada: What Are They and Who Can Best Protect Them?* 45 SUP. CRT. L. REV. 385 (2009).

50 לתפיסה האמריקנית, ראו Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights and Liberal Justification, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE* (states) 213 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007). בחוקתן של כמה מדינות בארצות הברית מוכרות כמה זכויות חברתיות, למשל הזכות לחינוך מוכרת, בין השאר, בחוקה של מדינת ניו יורק (ראו סעיפים XI, XVII ו-XVIII לחוקה של ניו יורק; Campaign For Fiscal Equity v. State of New York, 100 NY 2d 893 (2003); Campaign for Fiscal Equity N.J. v. State of New York, 869 NY 2d 50 (2006) ובחוקה של מדינת ניו ג'רסי (ראו CONST. art. VIII sec. 4 para. 1).

51 ראו David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CAL. L. REV. 1163, 1196 (2011); COURTING SOCIAL JUSTICE: JUDICIAL ENFORCEMENT OF SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS IN THE DEVELOPING WORLD (Varun Gauri & Daniel M. Brinks eds., 2010).

האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948) והאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966), שהכירו בזכויות חברתיות עצמאיות בצד הזכויות האזרחיות.⁵²

2. הטיעונים לעניין ההכרה בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות

בעבר נשמעו כמה טיעונים⁵³ נגד הענקת מעמד חוקתי שווה לזכויות האזרחיות והחברתיות. נטען כי הזכויות החברתיות אינן זכויות אדם;⁵⁴ כי אופיין ה"חיובי" (כלומר הטלת חובה על המדינה לפעול להגשמתן) מונע מהן מעמד חוקתי;⁵⁵ כי היקפן העמום שולל את האפשרות להעניק להן מעמד חוקתי;⁵⁶ כי הכרה בביקורת שיפוטית של חוקתיותו של חוק המגביל זכות חברתית שוללת את עקרון הפרדת הרשויות ומטילה על בית המשפט תפקיד שהוא אינו כשיר להגשימה.⁵⁷ כוחם של טיעונים אלה הולך ונחלש, הן במישור התאורטי והן במישור המעשי. גוברת ההכרה כי הזכויות החברתיות אינן שונות, כזכויות אדם, מהזכויות האזרחיות; כי הן הזכויות האזרחיות והן הזכויות החברתיות הן שליליות וחיוביות באופיין;⁵⁸ כי העמימות המאפיינת את הזכויות החברתיות אינה שונה מהעמימות המאפיינת את הזכויות האזרחיות (כגון הזכות לחירות או לשוויון); כי הביקורת השיפוטית על חוקתיותה של חקיקה הפוגעת בזכויות החברתיות אינה פוגעת בהפרדת הרשויות, שכן

52 ראו גם את European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7 December 2000, Official Journal of the European Communities, 18 December 2000 (2000/C 364/01), הכולל בחובו זכויות חברתיות עצמאיות. לניתוח של הוראות אלה, ראו ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS UNDER THE EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS – A LEGAL PERSPECTIVE (Tamara K. Hervey & Jeff Kenner eds., 2003); GRAINNE DE BURCA, BRUNO DE WITTE & LARISSA OGERTSCHNIG, SOCIAL RIGHTS IN EUROPE (2005). ראו גם להלן בעמ' 553.

53 לניתוח הטיעונים ובחינתם, ראו גביוון, לעיל ה"ש 20.

54 לטיעון זה ולתשובות לו, ראו שם, בעמ' 40; מונדלק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 194. ראו גם SHUE, MAURICE W. CRANSTON, WHAT ARE HUMAN RIGHTS? (1973); REX; לעיל ה"ש 15; MARTIN, A SYSTEM OF RIGHTS (1997); Amartya Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, 32 PHIL. & PUBLIC AFF. 315 (2004); JAMES NICKEL, MAKING SENSE OF HUMAN RIGHTS (2nd ed., 2007); JAMES GRIFFIN, ON HUMAN RIGHTS (2008); CHARLES R. BEITZ, THE IDEA OF HUMAN RIGHTS (2009); CARL WELLMAN, THE MORAL DIMENSIONS OF HUMAN RIGHTS (2010); JEFF KING, JUDGING SOCIAL RIGHTS 20 (2012).

55 לטענה זו ולתשובות לה, ראו גביוון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 45; מונדלק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 213.

56 ראו מונדלק, שם, בעמ' 217. ראו גם CONOR GEARTY & VIRGINIA MANTOUVALOU, DEBATING SOCIAL RIGHTS (2011).

57 ראו מונדלק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 221.

58 ראו להלן בעמ' 552.

תפקידה של השפיטה הוא להגן על זכויות האדם,⁵⁹ ובתי המשפט כשירים להגשים תפקיד זה;⁶⁰ כי במקום שהחוקה מעניקה מעמד חוקתי לזכויות אזרחיות, אין זה ראוי להפלות בינן לבין הזכויות החברתיות תוך העמדתן של האחרונות במעמד נחות;⁶¹ כי הזכויות החברתיות הן שפיטות.⁶² הניסיון שהצטבר בפסיקתן של מדינות דמוקרטיות חוקתיות, כגון דרום-אפריקה,⁶³ הודו⁶⁴ וקולומביה,⁶⁵ מוכיח זאת.⁶⁶

במקום הבחנה הייררכית בין זכויות⁶⁷ הולכת וגוברת – בישראל ובמשפט המשווה – התפיסה כי הזכויות האזרחיות והחברתיות תלויות אלה באלה,⁶⁸ מחזקות אלה את אלה,⁶⁹

- 59 על תפקידם המרכזי של השופטים בהכרה בזכויות חברתיות, ראו Malcolm Langford, *Domestic Adjudication and Economic, Social and Cultural Rights: A Socio-Legal Review*, 6 SUR. REV. INT'L. DIREITOS HUMAN. 90 (2009).
- 60 ראו Langford, שם; Randall Peerenboom, *Economic and Social Rights: The Role of Courts in China*, 12 SAN DIEGO INT'L L. J. 303 (2010).
- 61 ראו KING, לעיל ה"ש 54, בעמ' 53.
- 62 ראו Michael J. Dennis & David P. Stewart, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?* 98 AM J. INT'L L. 462 (2004); JUSTICIABILITY OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS: EXPERIENCES FROM DOMESTIC COURTS (Fons Coomans ed., 2006).
- 63 ראו DAVID BILCHITZ, POVERTY AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE JUSTIFICATION AND ENFORCEMENT OF SOCIO-ECONOMIC RIGHTS (2007); SANDRA LIEBENBERG, SOCIO-ECONOMIC RIGHTS: ADJUDICATION UNDER A TRANSFORMATIVE CONSTITUTION (2010).
- 64 ראו Shir Muralidhar, *India: The Expectations and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 102 (Malcolm Langford ed., 2008).
- 65 ראו Magdalena Sepulveda, *Colombia: The Constitutional Courts Role in Addressing Social Justice*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 144 (Malcolm Langford ed., 2008).
- 66 ראו SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (Malcolm Langford ed., 2008).
- 67 ראו גביוון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 301.
- 68 ראו הצהרת טהרן של האו"ם, שלפיה "Since human rights and fundamental freedoms are indivisible, the realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is impossible" Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human rights, U.N. Doc A/CONF. 32/ 41 (1968).
- 69 ראו הצהרת וינה, שלפיה "Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing" Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23 (1993).

הן "חלקי פסיפס היוצרים מכלול שלם אחד ומשותף".⁷⁰ עמד על כך השופט יעקוב (Yacoob J.) בפרשת *Grootboom*:⁷¹

"Our constitution entrenches both civil and political rights and social and economic rights. All the rights in our Bill of Rights are inter-related and mutually supporting".

ברוח דומה ציינה הנשיאה ד' ביניש בפרשת חסן כי "ללא תנאים חומריים מינימליים, אין לאדם יכולת, ליצור, לשאוף, לבחור את בחירותיו ולממש את חירויותיו".⁷² השופטת ע' ארבל ציינה באותה פרשה כי "בלא קיום זכויות חברתיות יקשה על האדם למצות את זכויותיו האזרחיות. בלא מזון, מים, דיור, בריאות וחינוך, יתקשה הפרט לתת תוכן ומשמעות אמיתית לזכויותיו האזרחיות. הוא יתקשה למצות את זכות הבחירה, את חופש הביטוי, את חופש העיסוק ואת זכות הקניין".⁷³ אכן, מה טעם בשוויון אם כל שהוא קובע הוא כי העשיר והעני כאחד אינם רשאים לישון תחת הגשרים?⁷⁴ ההבחנה בין זכויות אזרחיות לחברתיות קשה היא. הסיווג הוא לעתים שרירותי. מדוע אין לראות בזכות לחינוך זכות אזרחית?⁷⁵ היכן יש לסווג את הזכות של העובד והמעביד להתאגד? האם הזכות למשפחה ולהורות היא זכות אזרחית או חברתית? דומה כי המשותף לזכויות האזרחיות והחברתיות עולה על המבדיל ביניהן. שני סוגי הזכויות הם בעלי אופי יחסי. אין אלה זכויות מוחלטות, והן ניתנות להגבלה על פי הוראות פסקת ההגבלה (המפורשת או המשתמעת) המעוגנת בחוקה.⁷⁶ הוראות החוקה (המפורשות או המשתמעות)

- 70 יובל שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש בתי המשפט הישראליים יכולים לעשות בהן" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 306 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). ראו גם Craig Scott, *The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of International Conventions on Human Rights*, 27 OSGOODE HALL L.J. 769 (1989).
- 71 פרשת *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC).
- 72 ראו גם Liebenberg, *The Interpretation of Socio-Economic Rights*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 51.
- 73 פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
- 74 שם, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.
- 75 על פי אמרתו המפורסמת של אנטול פרנס: ראו ANATOLE FRANCE, *LE LYS ROUGE* (1933).
- 76 ראו יורם רבין הזכות לחינוך 60 (2003). ראו גם Manfred Nowak, *The Right to Education*, in ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A TEXTBOOK 196 (Asbjorn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas eds., 1995). הזכות לחינוך מעוגנת הן באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (סעיף 18(4)) (להלן: ICCPR) והן באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (סעיף 13(1)).
- 76 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 56.

העוסקות בביקורת שיפוטית משותפות הן לכל סוגי הזכויות. נראה אפוא כי אין בזכויות החברתיות כל "פגם גנטי" המעניק להן מעמד חוקתי שונה מהזכויות האזרחיות.⁷⁷

3. ייחודו של ההיבט החברתי והמסקנות המתבקשות ממנו

(א) ייחודו של ההיבט החברתי

חرف הדמיון הרב בין הזכויות החוקתיות האזרחיות לבין הזכויות החוקתיות החברתיות, ואף אם נהיה מוכנים, עם מונדלק יחדיו, להכיר בכך כי בכל זכות אדם חוקתית קיים היבט אזרחי והיבט חברתי,⁷⁸ הרי יש להודות בכך כי הגשמת ההיבט האזרחי של רבות מהזכויות שונה מהותית מהגשמת ההיבט החברתי שלהן. השוני אינו מתבטא בהבחנה בין היבט "שלילי" (בזכויות אזרחיות) לבין היבט "חיובי" (בזכויות חברתיות). השוני מתבטא בהשפעת הגשמתו של ההיבט האזרחי והשלילי על חלוקת המשאבים הלאומיים ועל סדרי העדיפויות הלאומיים. הגשמה של כל זכות אדם עולה כסף. אך דומה כי הגשמת ההיבט החברתי של זכות אדם פלונית עולה כסף רב מזה שעולה הגשמת ההיבט האזרחי של אותה זכות.⁷⁹ למשל, אפשר לראות בזכות לחינוך גם היבט אזרחי – זכותו של אדם לבחור את הדרך שבה יחנך את ילדיו – וגם היבט חברתי – זכותו של אדם לחינוך יסודי חנם לילדיו. דומה שהכול יסכימו כי הגשמת ההיבט האזרחי כרוכה בהכרה בחופש הבחירה של האדם, והשפעתו על הקצאת המקורות הלאומיים קטנה. לעומת זאת הגשמת ההיבט החברתי כרוכה במימון המדינה את החינוך היסודי, אשר השפעתו על הקצאת המקורות הלאומיים ניכרת.⁸⁰ השפעה זו על המקורות הלאומיים היא ברורה וגלויה אם רואים בטעם המונח ביסוד ההיבט החברתי את הגשמתו של צדק חלוקתי. אך גם אם אין קושרים את הטעם המונח ביסוד ההיבט החברתי לצדק חלוקתי אלא מדגישים את הקשר הפנימי שבין הגשמתן של הזכויות האזרחיות לבין הגשמתן של הזכויות החברתיות – "מה שווה זכות הדיבור אם הקיבה ריקה" – אך טבעי הוא כי הגשמת ההיבט החברתי מתאפיין בהשפעה ניכרת על המקורות הלאומיים. היטיבה להביע זאת השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת סלומטיין, בשעה שבחנה את מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות:⁸¹

77 ראו אהרן ברק "הקדמה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 5 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

78 ראו מונדלק, לעיל ה"ש 6.

79 ראו KING, לעיל ה"ש 54, בעמ' 5; גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005). ראו גם Amir Paz-Fuchs, *The Fiscal Objection to Social Welfare* (Gideon Rights: A Closer Look, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 333 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

80 ראו רבין, לעיל ה"ש 75.

81 בג"ץ 11044/04 סלומטיין נ' שר הבריאות, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 27.6.2011).

“שאלת מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות ונגזרותיה בשיטתנו המשפטית היא שאלה מורכבת. היא נוגעת בהיבטים בתחום המוסרי-ערכי ומהמישור הכלכלי-תקציבי. היא נוגעת בתפיסות עקרוניות של המשטר החברתי-כלכלי במדינה, ובשאלות מדיניות כלליות בנושאים של חלוקת משאבים וסדרי עדיפויות לאומיים”.

מהי השפעתו של ייחוד זה של הזכויות החברתיות על מעמדן החוקתי?

(ב) המסקנות המתבקשות מייחודו של ההיבט החברתי

ייחודו של ההיבט החברתי – בהשפעתו על חלוקת המשאבים הלאומיים וסדרי העדיפות הלאומיים – יכול להתבטא בכמה דרכים: ⁸² מצד אחד של קשת האפשרויות אפשר לומר כי לאור ייחוד זה אין להכיר כלל באופי החוקתי של ההיבט החברתי. יש להשאיר את הסדרת ההיבטים החברתיים לחקיקה הרגילה; מהצד השני של קשת האפשרויות אפשר לומר כי ייחודו של ההיבט החברתי מחייב זהירות (של הרשויות הפוליטיות ושל בתי המשפט) אך לא מעבר לכך. ⁸³ בין שני קצוות אלה מצויים פתרונות מגוונים. למשל, אפשר לגרוס כי אין מניעה מלהעניק לזכויות החברתיות מעמד חוקתי, אך יש לשלול בעניינן ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוק הפוגע בהן. כן אפשר להציע כי תוכנן של הזכויות החברתיות לא ייקבע בחוקה, וזו תקבע אך כי תוכנן ייקבע בדבר חקיקה “רגילה”. אפשרות אחרת היא כי תוכנן של הזכויות החברתיות ייקבע בחוקה עצמה, אך זו תקבע כי יש להתחשב בעניינן במשאבים הלאומיים. ⁸⁴

4. היבטים אזרחיים וחברתיים של כבוד האדם

על רקע כללי זה נראה כי המסקנה המתבקשת היא כי בזכות החוקתית לכבוד האדם יש היבטים אזרחיים וחברתיים גם יחד. אין להבינה אך כזכות “אזרחית” או אך כזכות “חברתית”. יש בה מזה ומזה. כפי שראינו, ניתן לגזור מזכות המסגרת של כבוד האדם הן זכויות-בת אזרחיות והן זכויות-בת חברתיות. אלה כאלה משקפות היבטים שונים – ולעתים אותו היבט עצמו – של אנושיות האדם. נעמוד בהרחבה על היבט זה בגדריה של זכות-הבת לקיום אנושי בכבוד. ⁸⁵

82 ראו גביון, לעיל ה”ש 20, עמ’ 65.

83 על המסקנות השונות, ראו KING, לעיל ה”ש 54, בעמ’ 5.

84 יש הסבורים כי שלילת הביקורת השיפוטית ראוי לה שתחול גם על הזכויות האזרחיות. בכך תימנע הפליה בין הזכויות האזרחיות לבין הזכויות החברתיות. לפתרון זה נוטה גביון, לעיל ה”ש 20, בעמ’ 66.

85 ראו להלן בעמ’ 547.

ג. הגרעין והשוליים של כבוד האדם

1. הגרעין והשוליים הם חלק מכבוד האדם

נורמה משפטית כוללת בחובה גרעין (core) ושוליים (penumbra). הבחנה זו פותחה על ידי הארט (Hart),⁸⁶ והיא בעלת חשיבות בתורת הנורמות המשפטיות.⁸⁷ יש לה חשיבות בתורת הזכויות בכלל⁸⁸ ובזכות החוקתית לכבוד האדם בפרט. אכן, בכמה פסקי דין עמדו שופטים על ההבחנה בין הגרעין של כבוד האדם לבין השוליים של כבוד האדם.⁸⁹ כך למשל צוין כי "הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי [...] נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד"⁹⁰ "ומצויה בליבתו".⁹¹ כמו כן נקבע כי "בליבת הזכות החוקתית לחיי משפחה והורות [זכות הנגזרת מכבוד האדם – א.ב.] מצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם [...] בגרעינה של הזכות לחיי משפחה ולהורות מצויה גם זכותו של ההורה הביולוגי להחזיק בילדיו ולגדלם, כמו גם זכותו של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים מכוח קשר הדם שביניהם. זהו 'הגרעין הקשה' של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות".⁹² נקבע כי "בליבת הזכות לכבוד מצויה הגנה מפני השפלה",⁹³ וכן כי "הפליה גנרית [...] נמצאת בגרעין הקשה של ההפליה בשל מאפייני בזהותו של אדם, כמו [...] דתו, גזעו או מינו".⁹⁴ על

86 ראו H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 125 (2nd ed., 1994). ראו גם OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW 101 (M. Howe ed., 1963).

87 ראו FREDERICK SCHAUER, THINKING LIKE A LAWYER: A NEW INTRODUCTION TO LEGAL REASONING 18 (2009).

88 ראו למשל Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965). במספר חוקות נקבע כי אין לפגוע בגרעינה של הזכות, ראו סעיף 19(2) לחוק-היסוד הגרמני: "In no case may the essence (wesensgehalt) of a basic right be effected" ראו Gerhard Van der Schyff, *Cutting the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Core in Comparative Perspective*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 131 (Eva Brems ed., 2008).

89 לעתים חופפת ההבחנה בין הגרעין לבין השוליים להבחנה בין משמעות לשונית טבעית ורגילה לבין משמעות חריגה ומיוחדת.

90 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 296, 202 (2006) (הנשיא א' ברק). ראו גם בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8 לפסק הדין של השופט א' לוי (פורסם בנבו, 11.1.2012).

91 פרשת גלאון, שם, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל. ראו גם פס' 8 לפסק הדין של השופט א' לוי.

92 ראו פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 37, פס' 2 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

93 ראו בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 94 (2004) (השופטת ד' דורנר).

94 ראו ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 39 לפסק הדין של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 14.9.2010).

כן הפרדה מגדרית כפויה מהווה לעתים "השפלה ופגיעה ישירה בליבת הזכות לכבוד האדם".⁹⁵ "תופעת ההפליה ביישומה של הזכות לחינוך אכן נוגעת בגרעין העמוק של כבוד האדם".⁹⁶ "הזכות לחינוך נמנית על אותו 'גרעין קשה' של כבוד האדם שבלעדיו ערך הכבוד האישי נפגע פגיעה מהותית".⁹⁷ צוין כי היבטים מסוימים של הזכות לבריאות "מצויים בגרעין הקשה של [...] כבוד האדם".⁹⁸ לעומת זאת היבטים אחרים שלה הם "זכות פריפריאלית".⁹⁹ הוא הדין בזכות למינימום של הקיום האנושי בכבוד "המצויה בליבו ובגרעינו של כבוד האדם".¹⁰⁰ הודגש כי "מקורה של הזכות לקיום בכבוד טמון בגרעינה של הזכות הבסיסית לכבוד האדם".¹⁰¹ "החירות של האדם שלא להיות כקניין זה המועבר מיד ליד מצויה בגרעין של הערך הזה".¹⁰² נקבע כי זכות השביתה "נוגעת לליבת הזכות לכבוד אנושי ואינה מצויה רק בשוליו של כבוד האדם".¹⁰³ השופט ע' פוגלמן ציין כי אין מחלוקת "בדבר מרכיביה הגרעיניים"¹⁰⁴ של הזכות לכבוד האדם, ובכלל זה:¹⁰⁵

"בדבר האיסור לבייש, להשפיל או לבזות אדם; בדבר האיסור להלבין את פניו ברבים ולגרום לו תחושה של עלבון; ובדבר האיסור להעמידו במצב של חוסר אונים כשהוא נתון לשרירות רצונם של אחרים".

- 95 פרשת רגן, לעיל ה"ש 48, פס' כז לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
- 96 בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פס' 12, 19 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 31.8.2010).
- 97 בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פס' 26 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2011).
- 98 בג"ץ 488/11 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 16.6.2011) (השופטת ע' ארבל).
- 99 בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 12 לפסק הדין של הנשיא א' גרוניס (פורסם בנבו, 15.8.2012).
- 100 פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 36 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש; פסק הדין של השופטת ע' פוגלמן; פס' 3 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל ("הזכות למינימום של קיום בכבוד מצויה [...] עמוק בליבת הזכות החוקתית לכבוד"). ראו גם בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762, 775 (2007).
- 101 פרשת אבו מסאעד, לעיל ה"ש 42, פס' 22, לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 102 בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל, פ"ד נח(6) 481, 596 (2004) (השופט א' ריבלין).
- 103 בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 51 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 28.4.2011).
- 104 בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פס' 31 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010).
- 105 שם.

על כן נוהל המאפשר לרשות השלטונית לעקל כלי רכב במחסום על אם הדרך פוגע "בכבוד האדם במשמעותו הגרעינית".¹⁰⁶

הבחנה זו בין גרעינה של הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין שוליה חשובה היא. עמד עליה המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת עדאלה:¹⁰⁷

"בתהליך עיצובה ופיסולה של זכות-יסוד; לעת תיחום גבולותיה וקביעת תחום התפרשותה; שומה עלינו להבחין בין גרעינה של הזכות והתחום הקרוב לגרעין לבין חלקים אחרים המתרחקים והולכים מן הגרעין; בין אדוות-המים הקרובות למקום פגיעתה של האבן במים לבין אדוות-המים המתרחקות והולכות, הנחלשות והולכות [...]. בין מרכז הכבידה של הזכות לבין תחומים המתרחקים והולכים ממרכז הכבידה. ככל שמצויים אנו בגרעין, במרכז הכבידה, או בסביבתו הקרובה, כן תרבה עוצמתם של הערכים המוגנים, וככל שנרחק ונלך מן הגרעין, ממרכז הכבידה, כן תיחלש עוצמתה של הזכות ותגבר (יחסית) עוצמתם של אינטרסים אחרים המתרוצצים אף הם בחלל המשפט: אינטרסים ציבוריים ואינטרסים של יחידים אחרים. בידוענו כך, נוסף ונדע כי לא הרי הגנה על המרכז, על הגרעין, כהרי הגנה על התחומים המרוחקים מן הגרעין. ויש שהתחום הנבחן הוא כה מרוחק – מרוחק לא אך מרחק פיזי אלא מרוחק בהיותו נתון להשפעתם של שיקולים ואינטרסים אחרים – עד שאפשר נבוא לכלל מסקנה כי אותם תחומים אינם באים כלל בתחום הכבידה של הזכות".

חשיבותה העיקרית¹⁰⁸ של הבחנה זו היא לעניין הצידוק להגבלה על כבוד האדם.¹⁰⁹ "מידת ההגנה של מימוש הזכות לחיי משפחה ולהורות [תושפע – א.ב.] ממיקומו של המקרה בגרעינה של הזכות החוקתית או בשוליה".¹¹⁰ צידוק זה מעוגן בכללי המידתיות. המרכיב החשוב ביותר במסגרת המידתיות הוא זה של האיזון. על פיו ככל שמגיעת תוספת הנזק

106 שם, בפס' 33 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

107 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 90, בעמ' 398–399.

108 הקשר אחר שבו יש להבחנה חשיבות הוא לעניין דיני השיהוי, ראו פרשת האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 99, פס' 2 לפסק הדין של הנשיא א' גרוניס ("ככל שמצויים אנו קרוב יותר לליבתה של הזכות החוקתית, יקל על הטוען לפגיעה בה להתגבר על טענת השיהוי").

109 ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נ(4) 1, 49 (1997) ("לעניין ההגנה על זכויות האדם בפני פגיעה בהן [...] לא הרי פגיעה שהיא בגרעינה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה") (הנשיא א' ברק); פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 761 (השופט מ' נאור) ובעמ' 808 (הנשיאה ד' ביניש); פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 37, פס' 3 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

110 פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 37, פס' 3 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

לזכות החוקתית חשובה יותר, והסתברות הגשמתה רבה יותר, כן נדרש כי תוספת התועלת לטובת הכלל או לזכות חוקתית אחרת תהא חשובה יותר, חיונית ונחוצה יותר, והסתברות הגשמתה רבה יותר.¹¹¹ פגיעה בגרעינה של זכות חוקתית מחייבת צידוק בעל משקל רב מזה של פגיעה בשוליה של אותה זכות:¹¹² "עוצמתה של זכות חוקתית [...] נחלשת והולכת ככל שמתרחקים אנו מגרעינה וקרבים אנו אל המעטפת".¹¹³ "ככל שהפגיעה נוגעת לעניינים המצויים בליבת הזכות, כן נקל להבחין בפגיעה ותורחב ההגנה על הזכות, ולהיפך כשעסקינן בשולי הזכות".¹¹⁴ על כן לא הרי ההגנה שלה זוכה גרעינה של זכות-הבת לחופש הביטוי (כגון הביטוי הפוליטי)¹¹⁵ כהרי ההגנה שלה זוכים שוליה של זכות-הבת לחופש הביטוי (הביטוי הפורנוגרפי).¹¹⁶

ההבחנה בין גרעינה של זכות חוקתית לשוליה אינה רלוונטית לעניין קביעת היקפה של הזכות החוקתית. הן הגרעין של הזכות לכבוד האדם והן השוליים של הזכות לכבוד האדם הם חלק בלתי נפרד מן הזכות לכבוד האדם. שוליה של הזכות לכבוד האדם אינם יוצאים "מתחום הכבידה של הזכות". הם חלק בלתי נפרד ממנה.¹¹⁷ זאת, כל עוד הם קשורים "בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם". רק כשיאבד קשר זה יינתקו השוליים מהזכות ויחדלו להיות שוליים. אך כל עוד נשמר קשר ענייני הדוק זה בין הגרעין לשוליים, ממשיכים השוליים להיות חלק מהזכות עצמה ואינם מנתקים עצמם ממנה. אכן, קביעת היקפה של הזכות החוקתית מצויה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. שלב זה בוחן אם חוק פוגע בזכויות אדם חוקתיות.¹¹⁸ לעניין שלב זה דין הגרעין של הזכות לכבוד האדם כדין שוליו. שניהם מצויים בגרעי הזכות החוקתית, והבחינה הנעשית בשלב הראשון משתרעת על שניהם.¹¹⁹ משנקבע כי זכות חוקתית נפגעת (אם בגרעינה או בשוליה), עוברת הבחינה

- 111 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 446.
- 112 ראו ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 651 (1999). במספר חוקות נקבע כי אין לפגוע בגרעינה של הזכות החוקתית: ראו סעיף 19(2) לחוק-היסוד הגרמני. השוו דברי השופט א' רובינשטיין בפרשת טבקה, לעיל ה"ש 96, פסק ו' לפסק הדין. פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 90, בעמ' 411 (המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין).
- 114 פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 31 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
- 115 ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 544, 580 (1998).
- 116 ראו רע"ב 5493/06 פלד נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 12.10.2010); דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 28 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 11.7.2011).
- 117 ראו פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 37, פס' 3 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
- 118 על השלב הראשון לבחינה החוקתית (היקף הזכות) ולהבחנה בינו לבין השלב השני (הצידוק להגבלתה), ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 43.
- 119 לגישה שונה, ראו פסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 898: "על הדיון החוקתי להתמקד בליבתן של הזכויות החוקתיות, ובשאלות הנוגעות לחוקתיות הפגיעה בהן. הדיון החוקתי בעניינים המצויים מחוץ להיקף הזכויות החוקתיות, או בשוליהן, עלול לפגוע במעמדן של הזכויות החוקתיות ובהיקף וטיב ההגנה הניתן להן". הדין

החוקתית לשלבה השני. כאן נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכויות החוקתיות מוצדקת. פגיעה מוצדקת אם היא מידתית. בשלב זה מתבטאת הרלוונטיות של ההבחנה בין פגיעה בלבה של הזכות לכבוד האדם לפגיעה בשוליה.¹²⁰ עמד על כך המשנה לנשיא א' ריבלין:¹²¹

”אפילו מדובר בהיבט 'פריפריאלי' של הזכות, אין בכך כדי להשפיע על הגדרת הזכות. נקודת המוצא צריכה להניח הגדרה נדיבה. ההגבלה – העשויה להביא בחשבון את מיקומו של המקרה בשולי הזכות או בגרעינה – צריך לה שתבוא בחשבון במסגרת יישום פסקת ההגבלה. האיזון שבין זכויות הפרט לבין אינטרס הציבור, או בינן לבין עצמן, צריך שיעשה במסגרת פסקת ההגבלה.”

2. הגרעין והשוליים הם זכויות נגזרות מכבוד האדם

האין לומר כי גרעינה של הזכות לכבוד האדם היא הזכות לכבוד האדם, ואילו שוליה של הזכות לכבוד האדם נגזרים מכבוד האדם, אך אינם חלק ממנו?¹²² האין לומר כי כבוד האדם כזכות חוקתית מפורשת משתרע על הגרעין של כבוד האדם, ואילו השוליים של כבוד האדם אינם חלק מהזכות המפורשת? לדעתי, אין לקבל גישה זו. גרעינו של כבוד האדם ושוליו של כבוד האדם הם חלק מהשלם הקרוי כבוד האדם; הם חלק מהזכות המפורשת של כבוד האדם. מנקודת המבט של היקף הזכות לכבוד האדם אין כל שוני בין גרעינה של הזכות לשוליה. שניהם הם חלק מההיקף השלם. כשם שלבו של האדם (הגרעין; הליבה) וציפורני ידיו (השוליים) הם חלק מהגוף השלם הקרוי אדם, כך לבה של הזכות לכבוד האדם ושוליה הם חלק מהזכות הקרויה כבוד האדם.

הטוען כי שוליה של הזכות לכבוד האדם אינם חלק מהזכות המפורשת לכבוד האדם צריך להגיע לאחת משתי המסקנות האלה: המסקנה האחת היא כי שוליו של כבוד האדם אינם זכות חוקתית, ופגיעה בהם אינה מעוררת בעיה חוקתית; האחרת היא כי השוליים של כבוד האדם, אף שאינם חלק מהזכות החוקתית המפורשת, הם בגדר זכות חוקתית משתמעת. שתי מסקנות אלה אינן מבוססות. הפסיקה הכירה הן בגרעינה של הזכות

עם השופטת א' פרוקצ'יה לעניין מצבים המצויים מחוץ להיקף הזכות החוקתית. לא כן לעניין שוליה. השוליים הם חלק מהזכות.

120 ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' 24 לפסק הדין של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 5.2.2013).

121 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 90, בעמ' 49, וכן פרשת גלאון, לעיל ה"ש 90, פס' 26 לפסקי הדין של השופט א' ריבלין.

122 השוו ע"א 751/10 פלוני נ' דייין-אורבך, פס' 3-4 לפסק הדין של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 8.2.2012); פרשת חסן, לעיל ה"ש 2, פס' 29 ו-36 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש. ראו גם לעיל בעמ' 311.

החוקתית לכבוד האדם והן בשוליה כזכות חוקתית. בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל¹²³ נקבע לעניין מודל הביניים¹²⁴ שאומץ בה:¹²⁵

“על פיו כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות בגרעין של כבוד האדם. הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. כבוד האדם כולל, על פי מודל זה, רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק”.

ובהמשך פסק הדין נקבע:¹²⁶

“הזכות לכבוד האדם עומדת על רגליה היא, והיא כוללת בחובה את שמטבעו וטיבו נכלל בה (בין בגרעינה ובין בשוליה)”.

בפרשת עדאלה התעוררה השאלה אם הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון הן חלק מכבוד האדם. נפסק כי שתי זכויות־הבת האלה הן חלק מהזכות המפורשת לכבוד האדם. לעניין הזכות לחיי משפחה צוין:¹²⁷

“השאלה אינה אם בנוסף לזכויות הקבועות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לכלול בחובו זכויות אדם נוספות שאינן קבועות בו במפורש. השאלה הינה אם במסגרת הזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש – לענייננו, במסגרתה של הזכות לכבוד האדם – נכלל גם ההיבט של כבוד האדם שעניינו חיי משפחה. אכן, השאלה אינה אם בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו קיים ‘חסר’ באשר לזכות לחיי משפחה, והאם ניתן להשלים חסר זה. השאלה הינה אם פירושה של הזכות לכבוד האדם מובילה למסקנה כי במסגרתה של זכות מפורשת זו כלול גם ההיבט של האוטונומיה של הרצון הפרטי המכוונת להקמת חיי משפחה ולהגשמתה בישראל”.

דברים דומים נקבעו לעניין זכות־הבת לשוויון, שאף היא חלק מהזכות המפורשת לכבוד האדם:¹²⁸

“הזכות לשוויון אינה זכות חוקתית ‘מכללא’; היא אינה מוכרת מחוץ לזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש. הזכות לשוויון היא חלק בלתי נפרד

123 ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה”ש 43, בעמ’ 682–684.

124 למודל הביניים, ראו לעיל בעמ’ 149.

125 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה”ש 43, בעמ’ 682–684 (הנשיא א’ ברק).

126 שם.

127 פרשת עדאלה, לעיל ה”ש 90, בעמ’ 237 (הנשיא א’ ברק).

128 שם, בעמ’ 303–304 (הנשיא א’ ברק).

מהזכות לכבוד האדם. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון אינה נובעת מאקט שיפוטי של השלמת 'חסר' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון נובעת מפרשנות החוקתית של הזכות לכבוד האדם. זכות זו לכבוד האדם מוכרת בחוק היסוד במפורש. עם זאת, לא כל היבטיו של השוויון – אילו הוכר כזכות עצמאית העומדת על רגליה היא בלבד – כלולות במסגרתו של כבוד האדם. רק אותם היבטים של השוויון אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק נכללים בגדריה של הזכות לכבוד האדם."

אכן, הפסיקה לא ראתה בשוליה של הזכות לכבוד האדם זכות חוקתית משתמעת. אמת, ניתן להכיר בגדרי החוקה לא רק בזכויות מפורשות אלא אף בזכויות משתמעות.¹²⁹ הכרה זו מחייבת ניתוח חוקתי מורכב שלא נערך כלל לעניין השוליים של כבוד האדם. על כל פנים, איני רואה כל מקום לערוך ניתוח מורכב זה כאשר ניתן לומר – כפי שהפסיקה אמרה – שהזכות היא מפורשת.

3. הגרעין והשוליים בזכות-האם ובזכות-הבת

ההבחנה שעליה עמדנו היא בין גרעינה של זכות-האם לשוליה. הבחנה דומה ניתן כמובן לעשות גם בגדריה של זכות-הבת. גם לעניינה ניתן להבחין בין הגרעין של זכות-הבת לבין השוליים של זכות-הבת. ראוי להדגיש כי לא בכל מקרה גרעינה של זכות-הבת הוא גם גרעינה של זכות-האם. עשויים להיות מצבים שבהם גרעינה של זכות-הבת מצוי בשוליה של זכות-האם. כמובן, כל שמצוי בגרעינה של זכות-האם מצוי, לעניין זכות-הבת פלונית, גם בגרעינה של זכות-הבת. אך לא כל שמצוי בגרעינה של זכות-הבת מצוי גם בגרעינה של זכות-האם. נראה לי כי עקרונית תיתכן זכות-בת שהן גרעינה והן שוליה יהיו בשוליה של זכות-האם.

ד. כבוד האדם כזכות יחסית

1. הגישה המקובלת במשפט המשווה

במרבית החוקות והמסמכים הבין-לאומיים שבהם כבוד האדם הוא זכות, הזכות עצמה היא זכות יחסית.¹³⁰ זכות יחסית היא זכות שאינה מוגנת כדי מלוא היקפה. אפשר להטיל

129 ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לויין 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013). ראו גם לעיל בעמ' 286.

130 על הזכות היחסית ועל ההבחנה בינה לבין הזכות המוחלטת, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35, עמ' 56.

עליה הגבלות.¹³¹ לא כל הגבלה היא הפרה. הגבלות הן חוקתיות אם הן מידתיות. נמצא כי כבוד האדם – כמרבית הזכויות החוקתיות האחרות – ניתנת להגבלה ובלבד שההגבלה היא מידתית. התפיסה המקובלת ברוב רובם של החוקות והמסמכים הבין-לאומיים היא כי הזכות לכבוד האדם אינה זכות מוחלטת.¹³²

לגישה זו מוכר חריג חשוב אחד: חוק-היסוד הגרמני קובע כי כבוד האדם הוא זכות מוחלטת: "Die Würde des Menschen ist unantastbar".¹³³ ובתרגום לעברית: "כבוד (ערך) האדם אינו ניתן לנגיעה". משמעות הדבר היא כי אין להטיל הגבלות על כבוד האדם. כל הגבלה היא גם הפרה. מידתיות ההגבלה אינה רלוונטית. הזכות היא מוחלטת. הוראה זו היא מיוחדת במינה הן בהקשר הגרמני והן בהקשר ההשוואתי. כל שאר הזכויות הקבועות בחוק-היסוד הגרמני הן יחסיות. רק כבוד האדם הוא זכות מוחלטת. המשפט המשווה מכיר בעיקרו של דבר שתי זכויות מוחלטות – החופש מעינויים¹³⁴ והחופש מעבדות.¹³⁵ כל שאר הזכויות הן יחסיות. על השפעת ייחוד זה של הזכות לכבוד האדם במשפט הגרמני על פרשנותה של ההוראה נעמוד בהמשך.

- 131 ראו גם פרשת נחמני, לעיל ה"ש 8, בעמ' 744 ("זכות מוחלטת היא זכות המוגנת לחלוטין מפני פגיעה, בעוד שזכות יחסית עשויה לסגת מפני אינטרסים ושיקולים נוגדים") (השופט א' מצא).
- 132 ראו Kiel N. Teifke, *Human Dignity as an "Absolute Principle"?*, in ON THE NATURE OF LEGAL PRINCIPLES 93 (Martin Borowski ed., 2010). החופש מעינויים נתפס על ידי האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים כזכות מוחלטת. ראו כ"א Jennifer Lee, *Human Dignity and Inviolability*: 249, 31 (נפתחה לחתימה ב-1984). ראו גם: Oswaldo A. Estrada, *Human Dignity and the Convention Against Torture: Has the Burden of Proof Become Heavier than Originally Intended?* 3 REGENT INT'L L. 87 (2005); David Luban, *Human Dignity, Humiliation and Torture*, 19 KENNEDY INST. ETHICS J. 211 (2009); Miriam Gur-Arye & Florian Jessberger, *The Protection of Human Dignity in Interrogations: May Interrogative Torture Ever be Tolerated*, 44 ISR. L. REV. 229 (2011). בדומה, הזכות לחופש מעבדות היא מוחלטת. ראו האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984). ראו גם William L. Saunders & Yuri G. Mantilla, *Human Dignity Denied: Slavery, Genocide, and Crimes against Humanity in Sudan*, 51 CATH. U. L. REV. 715 (2002); John Warwick Montgomery, *Slavery, Human Dignity and Human Rights*, 158 L. & JUST. – CHRISTIAN L. REV. 4 (2007); Bernard R. Boxill, *Dignity, Slavery and the Thirteenth Amendment*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 102 (Michael J. Meyer and William A. Parent eds., 1992). ראו גם סעיף 24(2) ל-ICCPR.
- 133 ס' 1(1) לחוק-היסוד הגרמני. ראו Winfried Brugger, *May Government Ever Use Torture – Two Responses from German Law*, 48 AM. COMP. L. 661 (2000); D. Schroeder, *A Child's Life or a "Little Bit of Torture?" State Sanctioned Violence and Dignity*, 15 CAMB. Q. HEALTHCARE ETHICS 188 (2006). ראו גם להלן בעמ' 453.
- 134 ראו סעיף 7 ל-ICCPR; ראו גם לעיל ה"ש 132.
- 135 ראו סעיף 8 ל-ICCPR; ראו גם לעיל ה"ש 132.

2. יחסיותה של הזכות לכבוד האדם בישראל

כל הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק אינן מוחלטות. כולן זכויות יחסיות. הן ניתנות להגבלה. על כולן חלה פסקת הגבלה כללית המעוגנת בחוק-היסוד. פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת:¹³⁶

”פגיעה בזכויות

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.”

הוראה זו – המעגנת את המידתיות – חלה על כל “הזכויות שלפי חוק-יסוד זה”. כל הזכויות הקבועות בחוק-היסוד הן אפוא יחסיות. הוא הדין בזכויות חוקתיות הקבועות בחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹³⁷ יחסיות זו של הזכויות החוקתיות חלה גם על כבוד האדם. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשה אחרת, בציינו:¹³⁸

”זכויותיו של אדם לכבודו, לחירותו ולקניינו אינן זכויות מוחלטות. אלה הן זכויות יחסיות. ניתן לפגוע בהן כדי לקיים את זכויותיהם של אחרים, או את מטרותיו של הכלל. אכן, זכויות האדם אינן זכויות על אי בודד. אלה הן זכויותיו כחלק מחברה.”

ביסוד גישה זו מונחים הדמוקרטיה ושלטון החוק. שני אלה מבוססים על שני אדנים:¹³⁹ האחד הוא ריבונות העם. תוצאתו הוא שלטון הרוב. השני הוא שלטונם של ערכי יסוד, ובמרכזם זכויות הפרט. שני אדנים אלה גם יחד הם חיוניים לדמוקרטיה (המהותית) ולשלטון החוק (המהותי). אין דמוקרטיה ושלטון חוק בלא ריבונות העם. אין דמוקרטיה

136 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפירוש הוראה זו ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35.

137 סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

138 בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002) (הנשיא א' ברק). ראו גם רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 64 (1996) (“כחוט השני עוברת בכל התורה הדמוקרטית ההכרה כי זכויות האדם אינן מוחלטות; כי הן יחסיות; כי יש לאזן אותן פנימה ביחסיהן ההדדיים; כי יש לאזן אותן על-פי שיקולים של טובת הכלל. אכן, זכויות אדם מתקיימות במסגרת חברתית. אין הן זכויות אדם על אי בודד. כדי לקיים זכויות אדם במסגרת חברתית, יש לשמור על קיומה של המסגרת החברתית. [...] ביטוי לגישה עקרונית זו ניתן למצוא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכיר בזכויות אדם מסוימות, המכיר גם בכוחו של המחוקק לפגוע בזכויות אדם אלה, ובלבד שהחקיקה היא לתכלית ראויה והיא במידה שאינה עולה על הנדרש”) (הנשיא א' ברק).

139 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 91 (2004).

ושלטון חוק בלא זכויות אדם. במקום ששני אדנים אלה מתנגשים אין לאפשר לאחד מהם להשתלט על חברו, שכן בכך יבוא סופה של הדמוקרטיה. נדרש איזון ביניהם.¹⁴⁰ זהו האיזון בין כוחו של הרוב לבין זכותו של הפרט. איזון זה משקף פשרה לאומית בין צורכי המדינה לזכויות האדם. הוא מבוסס על ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד.¹⁴¹ מכאן התפיסה העקרונית כי זכויות האדם אינן מוחלטות. הזכויות הן יחסיות. יחסיות זו משמעותה כי אפשר להגביל את מימושן של הזכויות לשם הגשמתן של מטרות לאומיות. עם זאת להגבלות אלה יש גבולות.¹⁴² המתודולוגיה המקובלת ברבות מהמדינות שבהן מוכרות זכויות חוקתיות היא להכיר בכוחו של הרוב להגביל את מימושן של הזכויות החוקתיות, ובלבד שהגבלה זו מקיימת תכלית ראויה והיא מידתית.¹⁴³ בישראל זהו המבחן המשולש של "ערכי מדינת ישראל, קיומה של תכלית ראויה ומידתית". מבחן משולש זה מעוגן בפסקת ההגבלה המפורשת, המשקפת את יחסיותן של זכויות האדם.¹⁴⁴ יחסיות זו מבטאת את הדמוקרטיה (המהותית) ואת שלטון החוק (המהותי). עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת עדאלה:¹⁴⁵

"ביסוד פסקת ההגבלה מונחת התפישה כי בצד זכויות האדם קיימות גם חובות האדם; כי האדם הוא חלק מהחברה; כי האינטרסים של החברה עשויים להצדיק פגיעה בזכויות האדם; כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא יחסיות. פסקת ההגבלה משקפת את התפישה כי את זכויות האדם ניתן להגביל, וכי להגבלות אלה יש גבולות [...]. אכן, זכויות האדם אינן זוכות להגנת המשפט כדי מלוא היקפן; המבנה החוקתי אינו מאפשר את מימושן של זכויות האדם כדי מלוא פריסתן".

נמצא כי הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק אינן מוחלטות. הן זכויות יחסיות.¹⁴⁶ פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חלה רק על "הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". מה דינן של הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוק-היסוד האחרים? לעניין חלק מזכויות

- 140 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 271, 282.
 141 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 139, בעמ' 134.
 142 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 213.
 143 שם, בעמ' 295. אין זו המתודולוגיה היחידה האפשרית. קיימות חלופות. ראו שם, בעמ' 589.
 144 על הזכויות היחסיות ועל השוני בינן לבין הזכויות המוחלטות. ראו שם, בעמ' 53, 56.
 145 בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 35 1 (2006) (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 8, פס' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.
 146 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 56.

חוקתיות אלה נקבע כי ניתן להגבילן בחוק.¹⁴⁷ האם כל חוק, יהא תוכנו אשר יהיה, יכול להגביל זכות חוקתית זו? לעתים לא נקבעה בחוק-יסוד כל הורה באשר להגבלתן.¹⁴⁸ האם משמעות הדבר הינה כי זכויות אלה הן מוחלטות? השאלות הללו התעוררו בפני בית המשפט העליון. הגישה שהתקבלה הינה כי כל הזכויות החוקתיות – אף אלה שאינן כפופות לפסקאות הגבלה מפורשות – הינן זכויות יחסיות. בהעדר פסקת הגבלה מפורשת יש מקום להכיר בפסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית).¹⁴⁹

פסקת הגבלה משתמעת היא תופעה מקובלת במשפט המשווה. דומה שה-*levels of scrutiny* הנוהגות במשפט האמריקני¹⁵⁰ מבוססות על פסקת הגבלה משתמעת. גישה דומה נקט הן בית המשפט האירופי לזכויות אדם, אשר הכיר בפסקת הגבלה משתמעת,¹⁵¹ והן בית המשפט החוקתי הגרמני.¹⁵² ביסוד פסקת ההגבלה המשתמעת עומדת הפרשנות

147 ראו סעיפים 5 ו-7 לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה.

148 ראו סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

149 ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996); ע"ב 92/03 מופז נ' יושב ראש וועדת הבחירות לכנסת, פ"ד נז(3) 793 (2003); בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529 (2003); בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 20.09.2006); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009), פס' 15 ו-16 לפסק הדין של השופט א' לוי. ראו גם אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא (עתיד להתפרסם, 2014).

150 ראו *Less Drastic Means and the First Amendment*, 78 YALE L.J. 464 (1969); *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, 83 HARV. L. REV. 844 (1970); LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 832 (2nd ed., 1988); Jeffrey M. Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, 45 OHIO ST. L.J. 161 (1984); Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417 (1996); Ian Ayres, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. REV. 1781 (1996); Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006); Richard H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007).

151 ראו *Golder v. United Kingdom*, App. No. 4451/70, 18 Eur. H. R. Rep. 524 (1975); ROBIN C.A. WHITE & CLARE OVEY, JACOBS, WHITE & OVEY, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 254, 527 (5th ed., 2010). ראו גם *Marc-Andre Eissen, The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 125 (Ronald St. John MacDonald, Franz Matscher & Herbert Petzold eds., 1993); *Ashingdane v. United Kingdom*, App. No. 8225/78, 7 Eur. H.R. Rep. 528 (1985); Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, App. No. 9267/ 81, 10 Eur. H.R. Rep. 1 (1987).

152 ראו *MICHAEL SACHS, GG VERFASSUNGSRECHT II. GRUNDRICHTE* 71 (2003); BVerfGE 28, 243 (261) I.M. RAUTENBACH, GENERAL PROVISIONS OF THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 83, 106 (1995); Dieter Grimm, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, in HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE 267,

התכליתית.¹⁵³ המבנה של חוקי-היסוד והערכים החוקתיים, שהם חלק בלתי נפרד מהם, מוביל למסקנה הפרשנית כי חוקי-יסוד אלה מכירים במשתמע בקיומה של פסקת הגבלה.¹⁵⁴ יסודותיה דומים – אם כי לא זהים – ליסודותיה של פסקת ההגבלה המפורשת. דמיון זה אינו נובע מהיקש משלים חסר אלא מפרשנותה החוקתית של הפסקה המשתמעת. אכן, כשם שהפרשנות החוקתית מעניקה את הבסיס להכרה בפסקת הגבלה משתמעת, כן היא קובעת את תוכנה של פסקת הגבלה זו. הבעייתיות המונחת ביסוד הגבלתן של הזכויות החוקתיות היא אחת: היא מבקשת לתת פתרון למתח הפנימי הקיים בדמוקרטיה המהותית בין שלטון הרוב לבין זכויות הפרט. פתרון זה אחד הוא לכל הזכויות החוקתיות. על כן ראוי לקבוע בדרך פרשנית כי מרכיביה של פסקת ההגבלה המשתמעת דומים למרכיביה של פסקת ההגבלה המפורשת.

ה. הזכות לכבוד האדם אינה זכות נצחית

1. הגישה המקובלת במשפט המשווה

הזכות לכבוד האדם היא חלק ממגילת זכויות האדם שבחוקה. זכויות אלה – כמו החוקה כולה – ניתנות לשינוי. עם זאת בכמה חוקות מצויות הוראות שאינן ניתנות לשינוי. אלה הן הוראות נצחיות (eternity clauses).¹⁵⁵ האם הזכות לכבוד האדם היא זכות נצחית? ברוב רובן של החוקות דין הזכות לכבוד האדם כדין כל הזכויות האחרות – אין הן נצחיות. זהו בין השאר הדין בדרום-אפריקה¹⁵⁶ ובישראל.¹⁵⁷ חריג בולט קיים בחוק-היסוד הגרמני.

275 (David M. Beatty ed., 1994); ROBERT ALEXI, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 188 (Julian Rivers trans., 2002); I.M. RAUTENBACH & E.F.J. MALHERBE, CONSTITUTIONAL LAW 315 (4th ed., 2004); GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 127 (2005).

153 על הנורמות המשתמעות, ראו לעיל בעמ' 286.

154 ראו ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 149.

155 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 566; אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאלי בכך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכך עורכים, 2011). ראו גם KEMAL GÖZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE STUDY (2008); Richard Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 ARIZ. ST. L. J. 663 (2010); Aharon Barak, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 44 ISR. L. REV. 321 (2011); Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 AM. J. COMP. L. 657 (2013).

156 ראו להלן בעמ' 472.

157 ראו להלן בעמ' 372.

נקבע בו כי אין לשנות את העקרונות הקבועים בסעיף 1 לחוקה.¹⁵⁸ הטעם לכך – כמו גם הטעם לאופייה המוחלט של הזכות לכבוד האדם בחוק-היסוד הגרמני – מצוי בהיסטוריה של פגיעה בכבוד האדם ברייך השלישי.

2. המצב בישראל: העדר הוראת נצחיות מפורשת

חוקי-היסוד של ישראל אינם כוללים בחובם כל הוראה מפורשת באשר לנצחיותו של הסדר זה או אחר. נמצא כי כל ההוראות בחוקי-היסוד – לרבות ההוראות בדבר כבוד האדם – כפופות לאפשרות של שינויים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין כל הוראה באשר לשינוי בחוק-יסוד זה. משמעות הדבר היא כי השינוי בהיקפה של הזכות לכבוד האדם אפשרי הוא אם הוא נעשה על ידי חוק-יסוד, שהתקבל בהצבעת רוב בכנסת. אין לשנות את היקפה של הזכות לכבוד האדם על ידי חוק רגיל, יהא הרוב שבו התקבל אשר יהא.

3. המצב בישראל: הוראת נצחיות משתמעת

האם מוטלות מגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? הגבלות מפורשות אינן נמצאות. האם מצויות הגבלות משתמעות? זו השאלה אם ייתכן תיקון של החוקה שאינו חוקתי. התשובה על שאלה זו במשפט המשווה אינה אחידה. עסקתי בסוגיה זו במקום אחר.¹⁵⁹ מסקנתי העקרונית הינה – והיא מתבססת על פסיקה ענפה של בית המשפט העליון של הודו¹⁶⁰ – כי אין להפוך את הסמכות לשנות חוקה למקור

158 ראו סעיף 79(3) לחוק-היסוד הגרמני. ראו גם להלן בעמ' 455.

159 ראו ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 155, בעמ' 361.

160 הספרות המרכזית בהודו המנתחת את הפסיקה בעניין התיקון החוקתי הלא חוקתי היא P.A. Sathe, *Amendability of Fundamental Rights: Golak Nath and the Proposed Constitutional Amendment*, 33 SUP. CT. J. 42 (1969); Nani A. Palkhivala, *Fundamental Rights Case: Comment*, 4 SUP. CT. CASES J. 57 (1973); P.K. Tripathi, *Kesavananda Bharati v. State of Kerala: Who Wins?*, 1 SUP. CT. CASES J. 3 (1974); Upendra Baxi, *The Constitutional Quicksands of Kesavananda Bharati and the Twenty Fifth Amendment*, 1 SUP. CT. CASES. J. 45 (1974); Ramesh D. Garg, *Phantom of Basic Structure of the Constitution: A Critical Appraisal of the Kesavananda Case*, 16 J. INDIAN L. INST. 243 (1974); Ashok Desai, *Constitutional Amendments and the 'Basic Structure' Doctrine*, in DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS, AND THE RULE OF LAW: ESSAYS IN HONOUR OF NANI PALKHIVALA 90 (Venkat Lyer ed., 2000); Pavani P. Rao, *Basic Features of the Constitution*, 2 SUP. CT. CASES. J. 1 (2000); SUDHIR KRISHNASWAMY, DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM IN INDIA: A STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE (2010) David G. Morgan, *The Indian "Essential Features" Case*, 30 INT'L AND COMP. L.Q. 307 (1981); Rory O'Connell, *Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms*, 4 J.C.L. 74 (1999); Mathew Abraham, *Judicial Role in Constitutional Amendments in India: The Basic Structure Doctrine*, in THE

לכתיבתה של חוקה חדשה, או להכניס בחוקה החדשה שינויים הנוגדים את המבנה הבסיסי של החוקה.

האם ניתן, במסגרת זו, לראות בתיקון של חוק-יסוד – כגון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – תיקון לא חוקתי? התשובה לשאלה זו שנויה במחלוקת.¹⁶¹ לדעתי, יש מקום לגישה כי סמכותה המכוננת של הכנסת אינה כול-יכולה. כך לעניין כינונו של חוק-יסוד חדש וכך לעניין תיקונו של חוק-יסוד קיים. אפשר לומר כי בשני המקרים חייבת הכנסת, כרשות מכוננת, לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו.¹⁶² עליה לפעול במסגרת אמות המידה העקרוניות שעליהן מבוססת הכרזת העצמאות ומבוסס מפעל החוקה כולו. על פי תפיסה זו חוק-יסוד חדש או תיקון לחוק-יסוד "אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם".¹⁶³ הכנסת לא הוסמכה לפגוע בעקרונות יסוד ובמטרות "אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי-היסוד עצמם, מושגתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה".¹⁶⁴ הכנסת לא הוסמכה לפגוע "בליבת הדמוקרטיה, ובדרישת המינימום לאופייה של מדינה כדמוקרטית".¹⁶⁵ בדומה לזה היא לא הוסמכה לפגוע בליבת היותה של ישראל מדינה יהודית ובדרישות המינימום לאופייה זה.

גישתי זו צרה יותר מגישתו של המשפט המשווה לשאלת התיקון של חוקה שאינו חוקתי. הגישה באשר לתיקון בחוקה שאינו חוקתי מניחה חוקה שלמה ומניחה תיקון במסגרתה. ואילו בישראל אנו מצויים בגדריו של תהליך חוקתי המבוסס על חוקי-יסוד

CREATION AND AMENDMENT OF CONSTITUTIONAL NORMS 195 (Mads Andenas ed., 2000);

Gary J. Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, 4

INT. J. CON. L. 460 (2006). לגישה בדרום-אפריקה, ראו להלן בעמ' 474.

161 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 74 (2005); קלוד קליין "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51 (1970); קלוד קליין "בעקבות פסק הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" משפטים כח 341 (1997); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149 (1997); אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי היסוד" ספר ברנזון – בני סברה 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

162 ראו בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(5) 15, 28 (1996). בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 394, 406 (1995) הושארה בצריך עיון השאלה מה דין "שימוש לרעה" של הכנסת בסמכותה המכוננת. התיקון החוקתי אינו כפוף לפסקת הגבלה. ראו בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913, 914 (1994). פסקת ההגבלה נועדה להגביל את "המתקוק הרגיל". היא לא נועדה להגביל את הכנסת כרשות מכוננת.

163 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 43, בעמ' 717 (הנשיא א' ברק).

164 פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 162, בעמ' 26 (הנשיא א' ברק).

165 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 43, בעמ' 717 (הנשיא א' ברק).

ואשר טרם הושלם. גם אם מקבלים את הגישה הבסיסית כי מוטלות מגבלות על כינונה של חוקה בישראל או על תיקונה, דעתי היא כי כל עוד מפעל חוקי-היסוד לא הסתיים, מגבלות אלה פועלות במסגרת צרה משל אלה המקובלות במשפט המשווה. למשל, תיקון חוקתי המצמצם את היקפה של הזכות לכבוד האדם (חוק טל כחוק-יסוד) עשוי לפגוע בדוקטרינה (ההודית) של המבנה הבסיסי של החוקה. אך הוא עשוי שלא לפגוע בליבת הדמוקרטיה, ועל כן אינו מאפשר ביטול שינוי חוקתי זה בישראל.¹⁶⁶ בדומה לזה, ביטול הביקורת השיפוטית הקיימת על חוקתיות החוק והחלפתה בביקורת שיפוטית "רכה" יותר עשויה להיחשב פגיעה במבנה הבסיסי של חוקה קיימת. לדעתי, אין לראות בה פגיעה בליבת הדמוקרטיה, ועל כן אם הכנסת תמצא לנכון לקבוע הוראות בעניין זה, הסמכות בידה לעשות כן כל עוד מפעל חוקי-היסוד לא הסתיים. השוני בין עמדתי לבין אותם בתי משפט אשר הכירו בתיקון בחוקה שאינו חוקתי אינו שוני עקרוני או איכותי. הוא שוני יישומי או כמותי. מכיר אני בתורת התיקון בחוקה שאינו חוקתי כתורה לגיטימית וראויה. הנני סבור כי במצב החוקתי הקיים בישראל וכל עוד מפעל חוקי-היסוד לא הסתיים, תורה זו פועלת בגבולות צרים יותר. היא עניין זה כאשר יהא, מבחינת השאלה הניצבת לפנינו – נצחיותה של הזכות לכבוד האדם – התשובה הינה כי עקרונית הזכות לכבוד האדם אינה נצחית.

4. שינוי חוקתי והגבלה חוקתית

הזכות החוקתית לכבוד האדם היא זכות יחסית שאינה נצחית. מיחסיותה של הזכות עולה כי היא ניתנת להגבלה (מפורשת או משתמעת) על ידי חוק, ובלבד שהחוק מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. על החוק להיות מידתי. אין נפקא מינה ברוב שבו התקבל החוק. מאופייה הלא-נצחי נובע כי היא ניתנת, ככלל, לשינוי (מפורש או משתמע) על ידי חוקי-יסוד. תוקפו של חוקי-יסוד זה אינו מותנה בקיום הוראותיה של פסקת ההגבלה, כלומר במידתיותה.¹⁶⁷ גם חוקי-יסוד שאינם מידתי עשוי להביא לשינוי בהיקפה של הזכות לכבוד האדם. מצב נורמטיבי זה מעמיד הבחנה חשובה בין הגבלה של זכות לכבוד האדם לבין שינוי בהיקפה של הזכות לכבוד האדם. הגבלת כבוד האדם אפשרית בחוק רגיל, ובלבד שהחוק הוא מידתי. השינוי בהיקפה של הזכות לכבוד האדם אפשרי רק בחוקי-יסוד, ואין נפקא מינה אם הוא מידתי אם לאו. הבחנה זו בין הגבלה לשינוי נגזרת מהמדרג הנורמטיבי שבו מצויה הזכות לכבוד האדם. בהיותה חלק מהמדרג הנורמטיבי העליון היא ניתנת לשינוי רק באמצעות נורמה באותו מדרג נורמטיבי, כלומר באמצעות חוקי-יסוד.¹⁶⁸ מידתיותו של

166 ראו שם. אך ראו גם את דעת המיעוט של המשנה לנשיא מ' חשין.

167 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35, עמ' 196.

168 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 162, עמ' 272. ראו גם בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 34 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 24.5.2012).

חוקי־יסוד זה אינה רלוונטית, שכן דיני המידתיות נועדו להסדיר מצב שבו נורמה תת-חוקתית מגבילה זכות חוקתית. היא נועדה לאפשר למחוקק הרגיל להגביל – אך לא לשנות – זכות חוקתית, ובלבד שההגבלה היא מידתית. היא לא נועדה להגביל את הרשות המכוננת אם זו מבקשת לבטל, לשנות או להגביל זכות חוקתית. כאשר השינוי הוא בנורמה חוקתית – הפה שאסר הוא הפה שהתיר.¹⁶⁹ עמד על כך בית המשפט העליון באחת הפרשות:¹⁷⁰

“עיקר מטרתה של פסקת ההגבלה היא להגביל את המחוקק ‘הרגיל’ (יהא הרוב שהוא פועל בו אשר יהא) בכוחו להגביל את חופש העיסוק או לפגוע בו. פסקת ההגבלה אינה מכוונת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד בהליך החוקתי שנועד במיוחד לעניין זה. אכן, יש להבחין הבחין היטב בין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד שאינן נגזרות משינוי חוק היסוד לבין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד או שינויה בגדריו של שינוי חוק היסוד עצמו. חוקתיותו של העניין הראשון נקבעת על פי תנאיה של פסקת ההגבלה. חוקתיותו של העניין השני מותנית בקיום התנאים שנקבעו בפסקת נוקשות החוק”.

אפשר כמובן למתוח ביקורת על הוראות החוקה המשנה או מגבילה זכות חוקתית. מקומה של ביקורת זו אינה בגדריה של פסקת ההגבלה החוקתית. לא לכך היא נועדה. תפקידה הוא לאפשר לנורמה תת-חוקתית להגביל באופן חוקתי זכות חוקתית. תפקידה אינו לקבוע אמות מידה לשינוי בזכות חוקתית או להגבלתה בחוקה עצמה.

מה בין שינוי להגבלה? שינוי בזכות החוקתית משמעותו “צמצום או הרחבה, הוספה עליה או ביטולה”,¹⁷¹ מבחינת הגופים המחויבים בה, מבחינת תוכנה ומבחינת תכולתה בזמן ובמקום.¹⁷² למשל, יהא זה שינוי בזכות לכבוד האדם אם ייקבע כי היא אינה משתרעת על השוויון של האדם ועל כוחו לבטא את עצמו. שינוי כזה אפשרי – בכפוף לדיני התיקון החוקתי שאינם חוקתי¹⁷³ – רק אם הוא נעשה באמצעות חוקי־יסוד. שינוי כזה יכול להיעשות במפורש או במשתמע. במצב החוקתי הקיים בישראל אין חשיבות לרוב שבו התקבל. המידתיות של השינוי אינה מעלה ואינה מורידה.

169 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה”ש 35, עמ’ 167.
 170 פרשת פורת, לעיל ה”ש 162, בעמ’ 914 (הנשיא א’ ברק).
 171 פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה”ש 162, בעמ’ 274 (הנשיא א’ ברק). ראו גם פרשת תנועת דרור לישראל, לעיל ה”ש 168, שם.
 172 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה”ש 35, בעמ’ 133.
 173 ראו לעיל בעמ’ 372 ולהלן בעמ’ 474.

הגבלה על זכות חוקתית משפיעה על היכולת לממש את הזכות בלא לשנות את גבולותיה.¹⁷⁴ הגבלה היא מטבעה בעלת אופי צר או נקודתי.¹⁷⁵ למשל, תהא זו הגבלה על כבוד האדם אם ייקבע כי בנסיבות מיוחדות אפשר להפלות אדם או למנוע ממנו חופש ביטוי. הגבלה אפשרית אם היא נעשית בחוק¹⁷⁶ ואם היא מידתית. ההגבלה יכולה להיות מפורשת או משתמעת. אין חשיבות לרוב שבו התקבל החוק.

ההבחנה בין שינוי של זכות חוקתית (המצריך שינוי חוקתי) לבין הגבלה של זכות חוקתית (האפשרית באמצעות פסקת הגבלה) היא לעתים קשה.¹⁷⁷ לדעתי המבחן להבחנה הוא אובייקטיבי ואינו כרוך בהתחקות על כוונתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. מטבע הדברים המבחן האובייקטיבי יוצר קושי ניכר בהפעלתו. הדבר בא לידי ביטוי בפרשה הקנדית בעניין *Quebec Protestant School Boards*.¹⁷⁸ באותה פרשה נדון דבר חקיקה מקוויבק שקבע הגבלות על קבלתם של תלמידים דוברי אנגלית (שלמדו אנגלית מחוץ לקוויבק) לבתי ספר של דוברי אנגלית בקוויבק, וזאת בניגוד לקבוע בצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים.¹⁷⁹ בית המשפט העליון של קנדה קבע כי אין לראות בחוק הקוויבקי אך הגבלה שחוקתיותה נקבעת על פי פסקת ההגבלה. נקבע שיש לראות בו שלילה של הזכות הקבועה בצ'רטר שנעשתה שלא על פי ההוראות בעניין שינוי הצ'רטר. בית המשפט פסל אפוא את דבר החקיקה הקוויבקי בלא לבחון אם נתקיימו בו הוראותיה של פסקת ההגבלה. בפסק דינו הביא בית המשפט את המקרה ההיפותטי הזה:¹⁸⁰

“An Act of Parliament or of a legislature which, for example, purported to impose the beliefs of a state religion would be in direct conflict with S. 2(a) of the Charter, which guarantees freedom of conscience and religion, and would have to be ruled of no force or effect without the necessity of even considering whether such legislation could be legitimized by S. 1.

- 174 ראו ERIC HEINZE, THE LOGIC OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (2005); BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE STAATSRECHT II 58 (2006).
- 175 ראו גם פרשת תנועת דרור ישראל, לעיל ה"ש 168, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש ("לעומת השינוי, פגיעה בחוק יסוד תוכר במקום בו אין שינוי של הנורמה החוקתית, אלא אך סטייה ממנה לעניין מסוים").
- 176 על הבעיות שדרישה זו מעלה, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 35, עמ' 143.
- 177 ראו אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח 293, 294 (2005).
- 178 Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards, [1984] 2 S.C.R. 66.
- 179 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982 (להלן – הצ'רטר הקנדי).
- 180 פרשת *Quebec Association of Protestant School Boards*, לעיל ה"ש 178, בעמ' 88.

The same applies to [the Quebec provisions] in respect of S. 23 of the Charter”.

פסיקה מאוחרת הדגישה כי רק "שלילה מוחלטת" (complete denial) של הזכות לא תיחשב הגבלה, ועל כן תיפסל בלא צורך לבחון את הוראותיה של פסקת ההגבלה.¹⁸¹ על פסק דין זה נמתחה ביקורת חריפה. הוג (Hogg) ציין כי אין כל בסיס רציונלי להבחנה בין שלילה (מוחלטת או יחסית) לבין הגבלה. לדעתו ניתן לראות בשלילה (מוחלטת או יחסית) הגבלה שחוקתיותה נבחנת על פי פסקת ההגבלה.¹⁸² לדעתי אין לקבל גישה זו.¹⁸³ עם כל הקושי שבהבחנה בין שינוי להגבלה, אין בקושי זה כדי לבטל את קיומה וחשיבותה של הבחנה זו.¹⁸⁴

מהי אפוא אמת המידה להבחנה בין שינוי לבין הגבלה? התשובה היא כי אמת המידה הינה המידה – ההיקף והעצמה – של השינוי או ההגבלה, והיא נבחנת על פי התוצאות של הנורמה הנוגדת ולא על פי כוונות יוצריה. טלו דבר חקיקה הקובע כי זכויות אדם מסוימות, כולן או מקצתן, יושעו בתקופת חירום. השעיה זו היא שינוי של הזכות במישור הזמן ולא רק פגיעה. כדי להשיג תוצאה זו נדרשת הסמכה בחוקה, ולשם כך לא די בפסקת ההגבלה.¹⁸⁵ לעומת זאת חוק האוסר על הסתה לאלימות או על פרסומי תועבה מגביל את הזכות החוקתית, אך אינו משנה אותה. ניתן להשיג אפוא את התוצאה באמצעות חוק, ובלבד שהוא מידתי.

181 ראו Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712, 771.

182 ראו HOGG, לעיל ה"ש 49, בעמ' 121.

183 ראו Lorraine Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section One of The Charter*, 10 SUP. CT. L. REV. 469, 479 (1988).

184 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 471 ("יש להבחין בין 'הגבלה' או 'פגיעה' לבין ביטול או שינוי. ב'הגבלה' או 'פגיעה' זכות האדם נשארת כשהיתה. החקיקה הרגילה אינה מכוונת לשנות את הזכות בתור שכזו. היא נועדה לאפשר הסדר שונה – המקיים את הדרישות של 'פסקת ההגבלה' – אשר ידון בצד ההסדר העקרוני. לא כן ביטול או שינוי. אלה מכוונים לשנות את זכות היסוד מעיקרה. הם לא נועדו לאפשר חיים בצוותא של העיקרון החוקתי עם ההגבלה החוקתית, אלא לבטל את ההסדר החוקתי עצמו. דבר זה אפשרי, אך עליו להיעשות בהליך של שינוי חוק-היסוד בדרכים הקבועות לכך").

185 במקום שהסמכה קיימת, פעולה על פיה היא ברמה התת-חוקתית, ועליה לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

פרק חמישה-עשר

תחולת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבחינת הצדדים, הזמן והמקום

א. הצדדים לזכות לכבוד האדם

1. בעל הזכות

(א) בן-אדם

הזכות לכבוד האדם היא זכותו של כל אדם באשר הוא אדם.¹ צעיר ומבוגר,² גבר

1 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 435–436 (1994) ("על כן מוענקות הזכויות לאדם הבגיר ולאדם הקטין; לאזרח, לתושב, למבקר ולתייר. כל אדם "באשר הוא אדם" זכאי להגנות הקבועות בחוק-היסוד, יהא מינו אשר יהא, תהא דתו אשר תהא, ויהיו השקפותיו אשר יהיו. גם אדם שאינו מכיר בכבודם של אחרים זכאי להגנת כבודו").

2 ראו בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 17 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 24.3.2009) ("מזכות האדם לכבוד נשאבת זכות האדם למשפחה, ולפיכך היא מהווה זכות חוקתית המוגנת על-פי חוק היסוד [...]). מהזכות למשפחה נגזרת הזכות להורות מן הצד האחד, וזכותו של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים. בגדר הזכות למשפחה, מוכרת זכותם הטבעית של הורים לגדל את ילדיהם וזכותו של ילד לגדול בחיק משפחתו"); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פס' 12, 20 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 31.8.2010) ("ההפליה ביישומה של הזכות לחינוך אכן נוגעת בגרעין העמוק של כבוד האדם ובציפור הנפש של כבוד הילד כאדם"); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פס' 44 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה, פס' 6–7 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 6.2.2011); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פס' 10 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש, פס' 38 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.4.2011) ("המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת מימד חוקתי, שלה שני פנים: האחד – זכותו של כל ילד להיות נתון למשמורת הוריו הטבעיים ולגדול ולהתחנך על-ידיהם [...]); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 11.1.2012). על זכויות האדם של זקנים, ראו C.R. Tremper, *Respect for the Human Dignity of Minors: What the Constitution Requires*, SYRACUSE L. REV. 1293 (1988); Jan Ellen Rein, *Preserving Dignity and Self-Determination of the Elderly in the Face of Competing Interests and Grim Alternatives: A Proposal for Statutory Refocus and Reform*, 60 GEO. WASH. L. REV. 1818 (1992); AGING RIGHTS AND QUALITY OF LIFE

ראישה,³ בריא וחולה בגופו או בנפשו,⁴ אסיר,⁵ עציר⁵ ותמים דרך, אזרח תושב ישראלי או

- (Stanley S. Herr & Germain Weber eds., 1999); AGING AND THE LAW: AN INTERDISCIPLINARY READER (Lawrence Frolik ed., 1999); Michael D.A. Freeman, *Upholding the Dignity and Best Interests of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children*, 73 SPG L. & CONTEMP. PROBS. 211 (2010)
- 3 ראו ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 375, 302 (1993) [...] כבוד האדם – כבוד האישה כאדם וכבוד הגבר כאדם – יחייבנו לומר כי מעשה אישות מחייב הסכמה בין שניים השווים זה לזה" (השופט מ' חשין); ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 313 (2000); בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 85–84, 65 (2004). ראו גם M.C. Horowitz, *The Image of God in Man – Is Woman Included?* 72 HARV. THEO. L. REV. 175 (1979); Libby Adler, *The Dignity of Sex*, 17 UCLA WOMEN'S L. J. 1 (2008); CATHARINE MACKINNON, ARE WOMEN HUMAN AND OTHER INTERNATIONAL DIALOGUES (2006)
- 4 ראו רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכאטר המחוזי – תל-אביב, פ"ד נב(1) 697, 707 (1998) ("מן העבר האחד ניצב חולה הנפש. זכותו היא כזכותו של כל האדם. כבודו שלו הוא ככבודו של כל אדם אחר") (הנשיא א' ברק); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נג(4) 526, 572 (1999); בש"פ 92/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 240, 248 (2000); ע"פ 2947/00 מאיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 643, 636 (2002); בג"ץ 5631/01 אקים ישראל – אגודה לאומית לקימום מפגרים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נח(1) 936, 948, 951 (2003); ע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים, פס' ז לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.1.2010); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 13 לפסק הדין של השופט י' עמית, פס' יט לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.3.2012). ראו גם Charles F. Kielkopf, *The Pure Human Dignity of the Mentally Retarded*, 9 PHIL. FORUM 106 (1971); David Ferleger & Patrice Maguire Scott, *Rights and Dignity: Congress, the Supreme Court, and People with Disabilities after Pennhurst*, 5 WEST. N. E. L. REV. 327 (1982); Ena Chadha & Laura Schatz, *Human Dignity and Economic Integrity for Persons with Disabilities: A Commentary on the Supreme Court's Decisions in Granovsky and Martin*, 19 J.L. & SOC. POL'Y 94 (2004); ANDREAS DIMOPOULOS, ISSUES IN HUMAN RIGHTS PROTECTION OF INTELLECTUALLY DISABLED PERSONS (2010); Luke Clements, *Disability, Dignity, and the Cri de Coeur*, 6 EUR. HUM. RTS. L. REV. 675 (2011); Michael L. Perlin, *Understanding the Intersection Between International Human Rights and Mental Disability Law: The Role of Dignity* (forthcoming 2013); Michael L. Perlin, *The Judge, He Cast His Robe Aside: Mental Health Courts, Dignity and Due Process* (forthcoming J. MENT. HEALTH L. & POL'Y 2013)
- 5 ראו ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נד(4) 136, 152–156, 175–172 (1996). בפרשה זו קבע השופט א' מצא כי "הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם 'שורדות' גם בין חומות בית הסוהר [...] כבוד האדם של האסיר הוא ככבודו של כל אדם. המאסר פוגע בחירותו של האסיר, אך אסור שיפגע בכבוד האדם שלו. זכות יסוד היא לאסיר שכבודו לא ייפגע, ועל כל רשויות השלטון מוטלת חובה לכבד זכות זו וכן להגן עליה מפני פגיעה [...] פגיעה בכבוד האדם של אסיר פוגעת לא רק באסיר, אלא גם בדמותה של החברה. יחס אנושי לאסירים מהווה חלק מנורמה מוסרית-אנושית שמדינה דמוקרטית מצווה לקיימה".

זר⁶ – לכל אחד מהם עומדת הזכות לכבוד האדם. אכן, עצם לידתו של אדם מעניקה לו את

ברוח דומה הוסיף השופט מ' חשין: "בהיכנסו אל כלא מקפח אדם את חירותו [...] את כבודו אין הוא מקפח. כבודו של אדם יהיה עמו באשר יילך ויבוא, וכבודו בכלא ככבודו אל מחוץ לכלא [...] ובמקום שבעל סמכות יפגע ללא הצדק בכבודו של אסיר – בכבודו כאדם – יאמר בית המשפט את דברו [...] אדם, כל אדם, נושא את זכויותיו החוקתיות בצקלוננו, ובאשר ילך שמה תלכנה זכויותיו אף הן. גם בהיכנסו כאסיר אל בית הכלא אין אדם מתנצל את זכויותיו החוקתיות מעליו, והרי זכויותיו ממשיכות לשון בצקלוננו". ראו גם בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 717, 704 (1992) ("השמירה על כבוד האדם ועל איסור ביוזיו חלה היא לא רק על אדם שהולך בתומו, אלא גם משמדובר באדם החשוד בביצוע עבירה") (המשנה לנשיא מ' אלון); ע"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 8 (1998) ("זכויות האדם של האסיר [...] נכנסות עם האסיר אל תאו בבית הסוהר") (השופט י' זמיר); בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 836, 817 (1999) ("כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה") (הנשיא א' ברק); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 740, 721 (2000) ("הגנה ושמירה אלה על החירות והכבוד פרוסות גם על חירותו ועל כבודו של מי שהמדינה מבקשת לעוצרו במעצר מינהלי") (הנשיא א' ברק); בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 855, 817 – 857 (2001) ("אין חולק כי לכל אדם זכות לכבוד וכי אסור שעונש המאסר יפגע בכבוד האדם של האסיר") (השופט ד' ביניש); בש"פ 7053/01 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 510, 504 (2002) ("סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי 'כל אדם זכאי להגנה חיונה, על גופו ועל כבודו'. זכות זו עומדת גם לאדם שנשללה חירותו...") (השופט א' פרוקצ'יה); בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נו(1) 411, 403 (2002) ("חירותם של העצורים המינהליים נשללה מהם כדין. צלם האדם שבהם לא נשלל מהם [...]. על-כן יש להבטיח כי הטיפול בעצורים ייעשה באנושיות ותוך הכרה בכבוד האדם שלהם") (הנשיא א' ברק); בג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(3) 97, 101 – 102 (2005); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, פס' 11, 23 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 775–773, 762 (2007) ("[...] בהיכנסו אל הכלא, נשללת חירותו של האדם אך לא נשלל כבודו") (השופט א' פרוקצ'יה); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פס' 35 לפסק הדין של הנשיא ד' ביניש, פס' 3 לפסק הדין של השופט ע' ארבל (פורסם בנבו, 19.11.2009) ("...האסיר הכלוא בבית סוהר אינו מאבד את זכותו החוקתית לכבוד האדם"); בג"ץ 2690/09 "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 13 לפסק הדין של הנשיא ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.3.2010); רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 36–40 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 7.10.2010). ראו גם Gauthier de Beco, *Life Sentences and Human Dignity*, 9 INT'L J. HUM. RTS. 411 (2005); רינת קיטאי סנג'רו "תנאי כליאתם של עצורים – בין חזקת החפות לכבוד האדם" ספר אורי קיטאי 293, 306 (2008).

ראו פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 2, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיא ד' ביניש, פס' 36 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה; בג"ץ 11044/04 סלומוטין נ' שר הבריאות, פס' 16 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 27.6.2011); רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 54 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.7.2011) ("האיסור לפגוע בזכויותיו של אדם לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד מתייחס לכל אדם הנמצא בישראל, באשר הוא אדם [...] ברוח זו, גם עצירים ואסירים זרים השוהים במשמורת בישראל, ובהם גם

הזכות לכבוד האדם. אין כל דרישה שבעל הזכות יהא במצב שהוא יכול להפעיל את זכותו. גם מי שנמצא במצב של "צמח" הוא בעל הזכות לכבוד האדם. לעניין זכותו של זר, אין נפקא מינה אם הזר נמצא בישראל כדין או שלא כדין.⁷ כמובן, זכות זו של כל אדם ואדם עומדת בהתנגשות מתמדת עם זכויותיו של אדם אחר או עם אינטרס הציבור. התנגשות זו נפתרת במשפט התת-חוקתי. אפשר שעל כבוד האדם של האחד יוטלו הגבלות הבאות להבטיח את זכותו של האחר או את אינטרס הציבור. הגבלות אלה – פרי המשפט התת-חוקתי – הן חוקתיות אם הן מידתיות. הנה כי כן לאסיר ולאיש החופשי זכות חוקתית לחופש הביטוי – כזכות-בת לכבוד האדם – בעלת היקף זהה. עם זאת כוחו של האסיר להגשים זכות זו מוגבל מכוחו של האדם החופשי להגשימה. המגבלות השונות המוטלות על זכותם של סוגים שונים של בני אדם לכבוד האדם הן פרי המשפט התת-חוקתי, ואין מקום לדון בהן בספר זה.

זכותו החוקתית של בן אדם לכבוד האדם מתחילה בוודאי עם לידתו. אך האם אין להקדימה לרגע ההתעברות? שאלה זו טרם התעוררה בישראל. הסוגיה היא קשה ומורכבת. מוסר, משפט ודת משמשים בה בערבוביה. הפסיקה ההשוואתית היא מועטה. בית המשפט החוקתי הגרמני פסק כי מועד ההתעברות הוא הקובע. הוא הוסיף וקבע כי אין בכך כדי להכיר באישיותו המשפטית העצמאית של העובר ממועד זה.⁸ כנגד גישה זו אפשר להעלות את הגישה שעל פיה יש לראות בלידה מועד תחילתה של הזכות לכבוד האדם. אין בכך כדי למנוע מההכרה באינטרס הציבורי של שמירת חייו של העובר. אינטרס זה ייבחן אם יש בו כדי להצדיק את הפגיעה בזכותה החוקתית של האישה להפלה (כחלק מהזכות לכבוד האדם שלה או כחלק מזכותה לפרטיות). על פי גישה זו, כנגד זכותה החוקתית של האישה לבצע הפלה (כחלק מהזכות לכבוד האדם שלה או כחלק מזכותה לפרטיות) לא תעמוד זכותו החוקתית של העובר (לחיים ולכבוד) אלא האינטרס הציבורי בשמירת חייו של העובר. על כן הפלה – היא חודש ההיריון אשר יהא – אינה פוגעת בכבוד האדם של העובר. בהפריית מבחנה אין נתונה לביצית המופרית הזכות לכבוד האדם. כבוד האדם מתחיל אך עם הלידה.

כאלה העונים להגדרת 'אויב', זכאים למרבית ההגנות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; הדבר אמור גם בעצירים ביטחוניים המוחזקים בישראל, גם אם הם ממשיכים תוך כדי מעצרים בפעילות עוינת נגד המדינה"; ע"מ 9094/09 קרן אסטריד סנצ'ס נ' משרד הפנים, פסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנוב, 4.3.2013). על זכותם של זרים לזכויות אדם, ראו DAVID WEISSBRODT, THE HUMAN RIGHTS OF NON-CITIZENS (2008); MIGRATION AND HUMAN RIGHTS: THE UNITED NATIONS CONVENTION ON MIGRANT WORKERS'

RIGHTS (Paul de Guchteneire, Antoine Pecoud & Ryszard Cholewinski eds., 2009).
7 ראו פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 2, בפס' 36 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה ("הגנה זו מכוח חוק-היסוד אינה מוגבלת לאזרח ולתושב, אלא היא מוענקת לכל אדם, לרבות למי שנכנס לישראל שלא כדין"). ראו גם DIMOPOULOS, לעיל ה"ש 4.

8 ראו פרשת ההפלות (I): BVerfGE 39, 1 (1975); פרשת ההפלות (II): BVerfGE 88, 203 (1993).

מתי באה הזכות לכבוד האדם לסיומה? האם היא עומדת לנפטר?⁹ שאלה זו התעוררה בישראל. בית המשפט העליון קבע ברשימה ארוכה של פסקי דין כי הזכות לכבוד האדם עומדת גם לנפטר.¹⁰ כנגד זאת אפשר לטעון כי הזכות עומדת לחיים ולא למתים. זו זכותו של החי כי זכרו של הנפטר יכובד.¹¹ זהו גם אינטרס הציבור כי זכרם של המתים יישמר. כבוד האדם מתפרש ברוב החוקות כזכותו של בן אדם.¹² על פי פירוש זה הוא אינו זכותה של חיה. אם החקיקה אינה מגנה מספיק על חיות, אין לראות בכך פגיעה בכבוד האדם של החיה. האם אין לומר כי נפגע כבוד האדם של האדם המודע לפגיעה בחיות? היא עניין זה כאשר יהא, דומה כי הדרך להעניק מעמד חוקתי להגנה על חיות מחייבת תיקון חוקתי. אפשר לדבר על כבודן של חיות¹³ – וכשלעצמי ראוי להן שיקבלו הגנה חוקתית¹⁴ – אך אין מקום להכיר בתחולת ההוראות החוקתיות בדבר כבוד האדם עליהן (להכדיל מהאדם

- 9 ראו Hannes Rösler, *Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of US and German Constitutional and Tort Law*, 26 BERKELEY J. INT'L L. 153 (2008).
- 10 ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 205 (1992); בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6 (1992); ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 29 (1993); ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801 (1993) ("ואף זו הלכה פסוקה היא, כי 'כבוד האדם' בעניינו משמעו, בראש ובראשונה, כבוד המת") (המשנה לנשיא מ' אלון); בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון פ"ד מז(2) 812, 827–828 (1993); דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד נט(2) 195, 211 (1995); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 866 (1999) ("כבוד האדם יעמוד לו לאדם לא אך בחייו אלא גם לאחר מותו") (השופט מ' חשין); בג"ץ 7583/98 בכרך נ' שר הפנים, פ"ד נד(5) 832, 841 (2000); בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 15 (2002); ע"א 9486/00 וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל, פ"ד נו(1) 565, 570 (2002); בג"ץ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ, פס' 17 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן, פס' 139 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.1.2007); בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת השמל לישראל, פס' 7 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן, פס' 1 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 19.10.2007).
- 11 ראו פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 10, בעמ' 520 ("לבני משפחת הנפטר עומדות הזכות והחירות, כי זכרו של יקירם יכובד בדרך הנראית להם כראויה, וכי תינתן להם האפשרות להביע את רגשותיהם כלפיו באופן הנראה להם כמתאים") (השופט א' ברק); פרשת ברכאת, לעיל ה"ש 10, בעמ' 6 ("כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם") (השופט א' ברק).
- 12 על ייחודו של האדם, ראו Göran Collste, *Is Human Life Special? Religious and Philosophical Perspectives on the Principle of Human Dignity* (2002).
- 13 ראו רע"א 1684/96 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ, פ"ד נא(3) 832 (1997) ("החיה היא יצור חי חסר-ישע, וכמוהו כקטין חסר-ישע. גם החיה גם הקטין לא יוכלו להגן על עצמם, ולא יוכלו לתבוע את עלבונם ולהשיב את כבודם") (השופט מ' חשין).
- 14 ראו Peter Singer, *Animal Liberation* 1 (3rd ed. 2002); David Bilchitz, *Moving Beyond Arbitrariness: The Legal Personhood and Dignity of Non-human Animals*, 25 S. Afr. J. ON HUM. RTS. 38 (2009).

המודע לפגיעה). הרציונליות¹⁵ או חוסר הרציונליות של חיות אינם משפיעים על אי-ההכרה בזכותן לכבוד האדם.

(ב) הקבוצה

האם הזכות לכבוד האדם עומדת לקבוצה, להבדיל מיחידה? האם ליהודי רומניה או לתלמידי המרכז הבינתחומי בהרצליה יש כבוד אדם השונה מכבוד האדם של הפרט הנמנה עם בני אותה קבוצה? השאלה אם לקבוצה חברתית יש זכויות כקבוצה היא שאלה חשובה, שהתשובה לה רלוונטית בהקשרים שונים.¹⁶ בשיח הציבורי אפשר לדון בכבוד האדם של הקבוצה. עשויות להיות לכך השלכות חשובות.¹⁷ עם זאת בכל הנוגע לזכות החוקתית לכבוד האדם, זכות זו היא לדעתי זכותו של היחיד ולא זכותה של הקבוצה. אין לקבוצה אנושיות משלה. האנושיות היא של בני הקבוצה. הזכות החוקתית לכבוד האדם היא של כל אחד מיחידה.¹⁸ זהו הדין גם לכל זכויות-הבת של כבוד האדם. למשל, חופש הדת הוא זכותו של היחיד ולא זכותם של בני הדת כקבוצה.¹⁹ בישראל חי מיעוט ערבי. הוא נהנה מהזכויות שהמשפט הבין-לאומי מעניק למיעוט בגרדיה של מדינת הלאום.²⁰ בכל הנוגע לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכויות המעוגנות בו – ובראשן כבוד האדם – אינן זכויותיו של המיעוט אלא זכויותיו של כל אדם ואדם, לרבות בן המיעוט. כמוכן, חוקה פלונית עשויה לקבוע הסדר שונה, אם תכיר (במפורש או במשתמע) בזכות חוקתית של הקבוצה, בנבדל מזכות חוקתית של פרט.²¹

- 15 ראו (RATIONAL ANIMALS (Susan Hurley & Matthew Nudds eds., 2006).
- 16 ראו NEUS TORBISCO CASALS, GROUP RIGHTS AS HUMAN RIGHTS: A LIBERAL APPROACH TO MULTICULTURALISM (2006); THE TENSION BETWEEN GROUP RIGHTS AND HUMAN RIGHTS: A MULTIDISCIPLINARY APPROACH (Koen De Feyter & George Pavlakos eds., 2008).
- 17 ראו Jeremy Waldron, *The Dignity of Groups*, [2008] ACTA JURIDICA 66; DWIGHT NEWMAN, COMMUNITY AND COLLECTIVE RIGHTS: A THEORETICAL FRAMEWORK FOR RIGHTS HELD BY GROUPS (2011).
- 18 השוו MICHAEL IGNATIEFF, HUMAN RIGHTS AS POLITICS AND IDOLATRY 166 (2001).
- 19 ראו ANAT SCOLNICOV, THE RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM IN INTERNATIONAL LAW: BETWEEN GROUP RIGHTS AND INDIVIDUAL RIGHTS 24 (2011).
- 20 ראו Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, A/Res/47/135 (1992). NATAN LERNER, GROUP RIGHTS AND DISCRIMINATION IN INTERNATIONAL LAW (2nd ed., 2003); STEVEN WHEATLEY, DEMOCRACY, MINORITIES AND INTERNATIONAL LAW (2005).
- 21 ראו למשל סעיף 75 לחוקה של סרביה (Persons belonging to national minorities shall be guaranteed special individual or collective rights in addition to the rights guaranteed to all citizens by the Constitution. Individual Rights shall be exercised individually and collective rights in community with others, in accordance with the Constitution, law and

(ג) תאגיד

האם הזכות החוקתית לכבוד האדם עומדת לתאגיד?²² עקרונית, הזכויות החוקתיות הן גם זכויותיו של התאגיד (חברה, שותפות, אגודה שיתופית, עמותה). למשל, הזכות החוקתית לקניין²³ היא זכותו של "אדם", ואין כל סיבה להניח כי לתאגיד אין נתונה זכות זו. כמובן הזכות על פי טבעה צריכה להיות כזו שתאגיד על פי אופיו יכול ליהנות ממנה.²⁴ על כן הזכות החוקתית לקניין עומדת לתאגיד. לעומת זאת הזכות החוקתית לחירות אישית²⁵ אינה עומדת לתאגיד. עמד על כך בית המשפט העליון באחת הפרשות:²⁶

"האם 'אדם' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוגבל אך לבן-אדם בשר ודם? האם הדיבור 'אדם' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל גם על תאגיד מהמשפט הפרטי? התשובה הפרשנית היא בחיוב. 'אדם' בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו רק בן-אדם. הדיבור 'אדם' בחוק היסוד כולל גם אישיות משפטית שאינה בן-אדם, ובלבד שמהותה של הזכות המוענקת בחוק היסוד וטבעה של האישיות המשפטית שאינה אדם, עולים בקנה אחד עם מסקנה זו. גישה זו מתבקשת מפרשנותו התכליתית של חוק היסוד... היא מקובלת במשפט החוקתי ההשוואתי".

אשר לטעמים המונחים ביסוד גישה זו ציין בית המשפט העליון:²⁷

"הטעמים לכך הם מספר. ראשית, מאחורי כל אישיות משפטית מסתתר, בסופו של דבר, בן-אדם. הוצאת האישיות המשפטית שאינה בן-אדם מתחום המעמד החוקתי של זכויות האדם, תיפגע קשות בבני האדם. שנית,

MIODRAG A. JOVANOVIĆ, COLLECTIVE RIGHTS: A LEGAL THEORY (2012). ראו גם (International treaties).

22 לסוגיה זו, ראו אהרן ברק "התאגיד וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ח 49 (2013). ראו גם HENRY BUTLER & LARRY RIBESTEIN, THE CORPORATION AND THE CONSTITUTION (1995); MARIUS EMBERLAND, THE HUMAN RIGHTS OF COMPANIES: EXPLORING THE STRUCTURE OF ECHR PROTECTION (2006); עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם – האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחוק על תאגידים" קריית המשפט ח 141 (2009).

23 ראו סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

24 ראו ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 1189 (1993).

25 ראו סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת").

26 פרשת בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פס' 10 לפסק הדין של הנשיא א' ברק (פורסם בנבו, 20.9.2006).

27 שם.

הזכות להתאגד – שאף היא זכות חוקתית – תתרוקן מכל תוכן ממשי, אם התאגיד אשר יקום לא יינה מזכויות חוקתיות. לבסוף, הפעילות באמצעות גופים משפטיים שאינם בני אדם היא אלמנטרית בחברתנו. אין להלום חברה מודרנית בלעדיהם. מניעת זכויות אדם מגופים אלה תיפגע קשות במרקם החיים המודרניים... על כן, נהנית אישיות משפטית שאינה בן-אדם, כגון תאגיד המוציא לאור ספר או עיתון, מחופש הביטוי החוקתי. כמובן, לעתים מעצם מהותה של הזכות מתבקש כי היא מוענקת רק לבן-אדם. כך, למשל, ההוראה לפיה 'אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה' (סעיף 5) אינה חלה, מעצם מהותה, על מי שאינו בן-אדם. יתכנו כמובן מקרי גבול, אשר ההכרעה בהם אינה מתעוררת בענייננו. על רקע גישה זו, מתבקשת המסקנה כי זכות הקניין היא זכותו של כל אדם, בין אדם בשר-ודם (בן-אדם) ובין אישיות משפטית שאינה בן-אדם, כגון תאגיד מסחרי. אכן, מהותה של זכות הקניין מזה וטבעה של האישיות המשפטית, כגון שאינה בן-אדם מזה מובילים שניהם למסקנה כי האישיות המשפטית, כגון חברה מסחרית, נהנית מהאפשרות להיות בעלת זכות חוקתית לקניין.

גישה זו אומצה בפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון.²⁸ על רקע זה קמה ועומדת השאלה אם הזכות החוקתית לכבוד האדם עומדת גם לתאגיד. לדעתי התשובה היא בשלילה. פגיעה בחייו של אדם מניחה חיים של בן-תמותה ולא של אישיות משפטית שאינה אדם; פגיעה בגופו של אדם מניחה גוף בשר ודם ולא "גוף" ערטילאי של תאגיד; כבודו של אדם הוא אנושיותו של האדם,²⁹ וזו אינה מצויה אצל התאגיד.³⁰ אכן, שלש הזכויות הקבועות בסעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד – הזכות לחיים, הזכות

28 ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 66 (2004) ("תאגיד פרטי יכול להיות בעל זכויות יסוד חוקתיות, למעט זכויות שעל-פי טיבן אינן מתאימות לחול על תאגיד") (השופט ד' ביניש) (ההדגשה במקור); בג"ץ 7611/01 מכבי מגן אגודה שיתופית לביטוח הדדי נגד מחלות בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 20.8.2006) ("מעבר לנדרש יצוין כי מקובל עלינו שעל תאגיד – שהוא אישיות משפטית – חלות זכויות היסוד החוקתיות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ככל שאלה זכויות שעל-פי מהותן ועל-פי טבעו של התאגיד ניתן להחילן עליו") (השופט ד' ביניש); בג"ץ 5872/07 איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (פורסם בנבו, 27.10.2010) ("...[והדיבור 'אדם' בהקשר זה פורש בהרחבה ובאופן הכולל גם אישיות משפטית שאינה אדם כגון תאגיד מסחרי הפועל בתחום המשפט הפרטי, דוגמת זכיינות ערוץ 2...") (השופט א' חיות).

29 ראו לעיל בעמ' 245.

30 זהו הדין במשפט המשווה. ראו BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRICHTE STAATSRECHT II 37 (2006). ראו גם Investigating Directorate: Serious Economic Offences and Others v. Hyundai Motor Distributors, 2001 (1) SA 545 (CC), para. 18 (Langa DP) (S. Afr.).

לגוף והזכות לכבוד האדם³¹ – הן זכויות של "אדם באשר הוא אדם"³². תנאי זה אינו מתקיים בתאגיד. הוא עשוי להתקיים בבני האדם שמאחורי התאגיד. לשם כך יש לקיים את הדינים באשר להרמת מסך.

זכות-האם של כבוד האדם כוללת בחובה, כזכויות-בת, גם זכויות שבחוקות אחרות מוכרות כזכויות אדם העומדות לעצמן, כגון הזכות לשוויון³³ ולחופש הביטוי.³⁴ זכויות-בת אלה, אילו עמדו לעצמן, היו יכולות, עקרונית, לחול גם לעניין התאגיד. לא כן במסגרת חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו. בגדרו של חוק-יסוד זה הזכות לשוויון³⁵ והזכות לחופש הביטוי³⁶ הן השוויון והביטוי של בן אדם – של מי שהאנושיות היא המאפיינת אותו. אין הן השוויון והביטוי של התאגיד. אכן, תופעה ידועה היא שזכויות-בת הן בעלות היקף צר מזה שהיה ניתן להן אילו עמדו כזכויות עצמאיות.³⁷ ה"משפחתיות" החוקתית מצמצמת את היקפן אך לאותם תחומים הנופלים בגדרי זכות-האם. על כן השוויון וחופש הביטוי של התאגיד יוסיפו להיות ברמה תת-חוקתית, כפי שהיו בטרם כונן חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.

2. החייב

כלפי מי מכוונת הזכות לכבוד האדם? היא בוודאי מכוונת כלפי כל אחת מרשויות השלטון. חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"³⁸. אך האם היא מכוונת רק כלפי הרשויות

31 הפסיקה הישראלית לא הבחינה בין שלוש זכויות אלה וראתה בשלושתן את הזכות לכבוד האדם. לדעתי, ראוי להבחין בין השלוש. אמת, הערך החוקתי של כבוד האדם – ערך הבא לידי ביטוי, בין השאר בשמו של החוק ("חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו") והסעיף "עקרונות יסוד" ("זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין [...]") – חל על שלוש הזכויות. עם זאת לעניין הזכות החוקתית של כבוד האדם, זו נבדלת מהזכות החוקתית לחיים ומהזכות החוקתית לגוף. זהו גם הדין במשפט המשווה, המבחין בין הזכות לכבוד האדם (dignity) לבין הזכות לחיים (life) והזכות לגוף (security of the person). ראו לעיל בעמ' 121.

32 ראו סעיף 2 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.

33 ראו להלן בעמ' 688.

34 ראו להלן בעמ' 721.

35 ראו בג"ץ 956/06 איגוד הבנקאים בישראל נ' שר התקשורת (פורסם בנבו, 25.3.2007) ("גם אם נניח לטובת הבנקים כי הזכות החוקתית לשוויון נתונה לאישיות משפטית כגון תאגיד בנקאי שאינה אדם [...] נראה כי לא ניתן 'למתוח' את גבולותיה של הזכות החוקתית לשוויון הנגזרת מזכות האדם לכבוד, באופן המחיל אותה גם לגבי זכויות של הבנקים לתעריף תחרותי בקבלת שירותי דואר") (השופטת א' חיות).

36 ראו Guy E. Carmi, "Dignitizing" Free Speech in Israel: The Impact of the Constitutional Revolution on Free Speech Protection, 57 MCGILL L. J. 791 (2012).

37 ראו להלן בעמ' 314.

38 ראו סעיף 11 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.

השלטוניות? האם היא מכוונת גם כלפי פרטים אחרים? האם זכותו של אדם לכבוד האדם היא לא רק זכותו כלפי רשויות השלטון אלא גם כלפי כל אדם אחר? שאלה זו נדונה בהרחבה במשפט המשווה,³⁹ שבו היא ידועה כשאלה בדבר האפקט על הצד השלישי (Drittwirkung) או בעיית התחולה האופקית או הישירה. בית המשפט העליון בישראל,⁴⁰ כמו גם בית הדין הארצי לעבודה,⁴¹ אימצו את מודל התחולה העקיפה (mittelbare Drittwirkung).⁴² אכן, מודל זה נראה לי המודל הראוי. מודל התחולה הישירה⁴³ אינו ראוי, שכן זכותו של פרט לכבוד האדם כלפי המדינה שונה היא מזכותו של אותו פרט לכבוד

- 39 ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 363 (2012). בעשר השנים האחרונות פורסמו מאות מאמרים בנושא זה. הספרים החשובים שפורסמו בתקופה זו הם: FREEDOM OF CONTRACTS AND CONSTITUTIONAL LAW (Alfredo Mordechai Rabello & Petar Sercevic eds., 1998); AN INTRODUCTION TO HUMAN RIGHTS AND THE COMMON LAW (Rosalind English & Philip Havers eds., 2000); HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001); THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM (Ardras Sajo & Renata Uitz eds., 2005); ANDREW CLAPHAM, HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF NON-STATE ACTORS (2006); CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW (Tom Barkhuysen & Stiewert D. Lindenbergh eds., 2006); HUMAN RIGHTS AND PRIVATE LAW: PRIVACY AS AUTONOMY (Katja Ziegler ed., 2006); HUMAN RIGHTS AND PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY (Jörg Fedtke & Dawn Oliver eds., 2007); CHANTAL MAK, FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPEAN CONTRACT LAW: A COMPARISON OF THE IMPACT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON CONTRACTUAL RELATIONSHIPS IN GERMANY, THE NETHERLANDS, ITALY AND ENGLAND (2008); CONSTITUTIONAL VALUES AND EUROPEAN CONTRACT LAW (Stefan Grundmann ed., 2008); FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE LAW IN EUROPEAN UNION: A COMPARATIVE OVERVIEW (Gert Brüggemeier, Aurelie Colombi Ciacchi & Giovanni Comandé eds., 2010); THE IMPACT OF THE UK HUMAN RIGHTS ACT ON PRIVATE LAW (David Hoffman .eds., 2011).
- 40 ראו פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 10, בעמ' 531; ע"א AES Systems Inc 6601/96 נ' סער, פ"ד נד(3) 860, 850 (2000).
- 41 ראו דב"ע (ארצי) נג/17-3 טועמה – טכנו גומי ליסיצקי בע"מ, פד"ע כה 227, 239 (1992); דב"ע (ארצי) נז/41-27 ההסתדרות הכללית החדשה – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, פד"ע ל 449, 472 (1997). ראו גם ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 39, בעמ' 410.
- 42 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 661 (2003); ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 351 (Julian Rivers trans., 2002); Mattias Kumm & Victor Ferreres Comella, *What Is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirement and Indirect Horizontal Effect*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM 241; (András Sajó & Renáta Uitz eds. 2005); דפנה ברק-ארו וישראל גלעד "זכויות האדם בדיני החוזים ובדיני הנוקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (2009).
- 43 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 654. ראו גם Kumm & Comella, לעיל ה"ש 42.

האדם כלפי פרט אחר: כלפי המדינה עומדת זכותו של הפרט לכבוד האדם על מלוא היקף האידאל שהיא נועדה להגשים, אך כלפי פרט אחר עומדת זכותו של הפרט לאחר שעברה תהליך של איזון וצמצום לאור התנגשותה עם זכויות חוקתיות אחרות או אינטרס הציבור. תהליך זה מתרחש ברמה התת-חוקתית, והוא משקף אפוא את מודל התחולה העקיפה. למסקנה זו הגיע בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה, וזאת חרף הוראה מפורשת בחוקה שלפיה:⁴⁴

“A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right”.

בפרשו הוראה זו ציין בית המשפט החוקתי, כי כאשר זכות חוקתית חלה במשפט הפרטי, היא מתנגשת לרוב עם זכותו של פרט אחר בגדרי המשפט הפרטי או באינטרס הציבור. הזכויות ההדדיות במשפט הפרטי הן תוצאתה של התנגשות זו, וממילא הן פרי האיזון שנעשה – על פי כללי המידתיות – בגדרי המשפט הפרטי. איזון זה נעשה על ידי המחוקק (בחקיקה – אם על ידי הוראת שסתום בחקיקה ואם בחקיקה חדשה) או על ידי השופט (במשפט המקובל). תחולתן של הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי “עוברת” אפוא דרך המשפט התת-חוקתי.⁴⁵ התוצאה הינה אפוא תחולה עקיפה.⁴⁶

ב. התחולה בזמן

1. תחולה אקטיבית של חוק-היסוד

“כל נורמה משפטית חלה במקום ובזמן”.⁴⁷ גם הזכויות החוקתיות שנקבעו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חלות במקום ובזמן. נפתח בתחולתו של חוק-היסוד

44 סעיף 8(2) לחוקה של דרום-אפריקה 1996.

45 ראו סעיף 8(3) לחוקת דרום-אפריקה: “When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court – (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and (b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1)”.

46 ראו Carmichele v. The Minister of Safety and Security, 2001 (4) SA 938 (CC) להלן בעמ' 497.

47 עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (2) 765, 776 (1992) (השופט א' ברק). ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 609 (1993). על התחולה במקום ובזמן עמד באריכות סביני, ראו F.C. SAVIGNY, A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS AND THE LIMITS OF THEIR OPERATION IN RESPECT OF PLACE AND TIME (Guthrie trans., 1880). ראו גם P. RUBIER, LE DROIT TRANSITOIRE (2nd ed., 1960).

בזמן.⁴⁸ נקודת המוצא הנורמטיבית היא כי עם כינונו של חוק-היסוד הוא חל באופן אקטיבי על המציאות הנורמטיבית הקיימת. אין לו תחולה פרוספקטיבית ואין לו תחולה רטרואספקטיבית. תחולתו היא אקטיבית, כלומר הוא משנה את המעמד המשפטי או את התוצאות המשפטיות של מצבים, של פעולות או של אירועים (מעשים או מחדלים) שייעשו או שיתרחשו עם כניסתו לתוקף – היא יום פרסומו בעיתון הרשמי (25.3.1992).⁴⁹ אין לו תחולה פרוספקטיבית – כלומר אין הוא "משנה אך לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים חדשים, או של פעולות או של אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או התרחשו לאחר כניסתו לתוקף".⁵⁰ אין לו תחולה רטרואספקטיבית, כלומר הוא אינו "משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים אשר נסתיימו או פעולות או אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו [...] לתוקף".⁵¹ מסקנה זו היא בעלת אופי פרשני. בהעדר הוראה מפורשת ההנחה הפרשנית היא כי חוק-היסוד הוא אקטיבי.⁵²

מכאן מתבקשת המסקנה כי על כל נורמה משפטית תת-חוקתית אשר התקיימה בשיטת המשפט הישראלית ערב כינונו של חוק-היסוד והפוגעת בזכות חוקתית יחולו הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כן הוראה כזו תהא חוקתית רק אם היא מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. העובדה שהוראה תת-חוקתית נחקקה לפני כינונו של חוק-היסוד ("דין ישן"), אין בה כדי לחסן אותה מפני כוחו של חוק-היסוד. כמוכן, אפילו ייקבע כי דין ישן בטל בשל ניגוד לא מידתי לחוק-היסוד, אין בכך כדי להשפיע על פעולות שנעשו ועל תוצאות שהתקבלו על פי הדין הישן. תחולתו של חוק-היסוד היא אקטיבית ולא רטרואספקטיבית. אם בית המשפט יכריז על בטלותו של הדין הישן, הוא יקבע את מועד תחילתה של הבטלות. אין לקבוע מועד בטלות הקודם למועד כניסתו לתוקף של חוק-היסוד. זהו המועד המוקדם ביותר לבטלותו של דין ישן הפוגע בזכות חוקתית ואינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

48 ראו RUTH SULLIVAN, DREIDGER ON THE CONSTRUCTION OF STATUTES (3rd ed., 1994); DANIEL TROY, RETROACTIVE LEGISLATION (1998); DANIEL SHAVIRO, WHEN RULES CHANGE: AN ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS OF TRANSITION RELIEF AND RETROACTIVITY (2000).

49 על התחולה האקטיבית, ראו בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פס' 19 לפסק הדין של המשנה לנשיא מ' נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012).

50 פרשת ארביב, לעיל ה"ש 47, בעמ' 779 (השופט א' ברק).

51 שם, בעמ' 778.

52 השוו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 610.

2. הפסקה בדבר שמירת הדינים

(א) שמירת הדין הישן

חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו סטה מההנחה הפרשנית בדבר תחולה אקטיבית. נקבעה בו הוראה בדבר שמירת דינים שזו לשונה:⁵³

”שמירת דינים

אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד.”

התוצאה היא כי תחולתו האקטיבית של חוק-היסוד לא יהא בה כדי להשפיע על תוקפו של דין ישן. בשונה מהוראתו של חוק-יסוד : חופש העיסוק שהייתה זמנית,⁵⁴ ההוראה בדבר שמירת דינים בחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו אינה נוקבת במועד לסיומה. היא הוראת קבע, כמו שאר ההוראות בחוק-היסוד. נמצא כי כל הדינים אשר עמדו בתוקפם ביום 25.3.1992 ימשיכו לעמוד בתוקפם מבלי שהניגוד להוראותיו של חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו עשוי להביא לבטלותם.

(ב) אנומליה נורמטיבית

הפסקה בדבר שמירת הדינים יצרה מצב משפטי מיוחד במינו, ולפיו שתי מערכות דינים – ישנה וחדשה – מתקיימות זו לצד זו מבלי שהאחת מביאה לשינויה או לביטולה של האחרת. מערך נורמטיבי זה הוא פרי פשרה פוליטית. עם זאת הוא יוצר אנומליה חוקתית. אין זה מצב בריא לשיטת משפט, כאשר חלקה האחד (הישן) אינו נתון למשטר חוקתי על-חוקי, ואילו חלקה האחר (החדש) נתון למשטר חוקתי על-חוקי. שיטת משפט שואפת להרמוניה ולאחדות.⁵⁵ שמירת הדינים פוגעת בהרמוניה ובאחדות. אכן, החוקות

53 סעיף 10 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.

54 סעיף 6 לחוק-יסוד : חופש העיסוק המקורי (1992) קבע “הוראת שעה” בזה הלשון : “הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק-יסוד זה, והן עומדות בסתירה להוראותיו, יעמדו בתקפן עם תום שנתיים מיום תחילתו של חוק זה” (כלומר 12.3.1992). ב-1994 כונן חוק-יסוד : חופש העיסוק החדש. חוק-היסוד המקורי בוטל (סעיף 9 לחוק-היסוד החדש). תחת הוראת השעה הישנה נקבעה הוראת שעה חדשה בזה הלשון : “הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל בסעיף 9 היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה, אם לא בוטלו קודם לכן”. בחלוף שנתיים לא נקבעה הוראת שעה נוספת. משמעות הדבר היא כי אין שמירת דינים לעניין חוק-יסוד : חופש העיסוק.

55 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 155 (1992); ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה”ש 47, בעמ’ 584, 590. ראו גם לעיל בעמ’ 186.

הדמוקרטיה המודרנית אינן כוללות הוראה בדבר שמירת דינים. נהפוך הוא: הן מבוססות על התנתקות מהעבר ועל הכרה בהווה ובעתיד טובים הימנו.⁵⁶ לא זו ההתפתחות בישראל. העבר נשמר. נוצר אפוא מתח בין עבר להווה ולעתיד. על כן יש לעשות הכול כדי להקטין את המתח הפנימי אשר נוצר ממצב דברים זה.⁵⁷ במשך השנים – ועם ריבוי החקיקה החדשה – ילך המתח ויקטן. עם זאת – וכל עוד פסקת שמירת הדינים עומדת בתוקפה – נשללת התפתחותה הטבעית של שיטת המשפט, וזכויות האדם החוקתיות אינן זוכות למלוא ההגנה הראויה. תוצאה קשה זו מושגת בשל הרצון להשיג קונצנזוס רחב ככל האפשר לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, ביסוד פסקת שמירת הדינים מונחת פשרה פוליטית, אשר ביסודה העדר הסכמה, בעיקר בעניין דת ומדינה. "מחיר הפשרה" הוא בשמירת הדין הישן. תוצאתה של הוראת שמירת הדינים היא קשה. היא פגיעה פגיעה מהותית במהפכה החוקתית. תחומים ניכרים של המשפט התת-חוקתי הישראלי מתנהלים עתה, בעיקרו של דבר, כפי שהתנהלו בעבר. הדבר בולט למשל בדיני המשפחה.⁵⁸

(ג) שמירת תוקף בלא הענקת מעמד חוקתי

חוק-היסוד קובע הוראה בעניין שמירת דינים. הוראה זו נועדה לשמור על התוקף המשפטי (validity) של דין ישן שאינו מידתי. היא שריינה הלכה למעשה את הדין הישן בפני ביקורת שיפוטית באשר ליחסו לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מונעת את הצורך לבחון אם הדין הישן פגע בזכות חוקתית פגיעה לא מידתית. די בכך שהדין הוא ישן כדי לחסום ביקורת שיפוטית באשר למידתיותו של הדין הישן.⁵⁹ הפסקה בדבר שמירת הדינים אינה מעלה את מעמדו של הדין הישן לרמה חוקתית. דין זה נשאר ברמתו התת-חוקתית. על כן אין מניעה שבית המשפט יצהיר על קיומה של סתירה בין הדין הישן לבין זכויות האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הצהרה זו תישאר בגדר הצהרה בלא להביא לסעדים בגין אי-חוקתיותו של החוק.⁶⁰ פועלה של הפסקה בעניין שמירת הדינים הוא ליצור חריג לכלל כי נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה.⁶¹ בכך

56 ראו Catherine Dupré, *Dignity, Democracy, Civilisation*, 33 LIVERPOOL L. REV. 263 (2012) ("Codification of dignity in normative texts, particularly in codified constitutions, has therefore played a crucial role in this process in marking a clear break between two eras, i.e. the time before the constitution when there was no dignity and no democracy, and the time under the new constitution that guarantees dignity and democracy")

57 כגון מתן פירוש לדין הישן, העולה בקנה אחד עם המבנה החוקתי החדש. ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 562. ראו גם להלן בעמ' 393.

58 ראו להלן בעמ' 629.

59 ראו לעיל בעמ' 393.

60 ראו להלן בעמ' 399. על סמכות זו של בית המשפט, ראו David Jenkins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 INT'L J. CONST. L. 183 (2009).

61 ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 411 (1995).

הוא דומה לפסקת ההגבלה ולפסקת ההתגברות. בכך מתמצה הדמיון בין הפסקאות השונות. לעומת פסקת ההגבלה השומרת על תוקפו של דין תת-חוקתי הפוגע בזכות החוקתית באופן מידתי, הרי הפסקה בדבר שמירת הדינים שומרת על תוקפו של דין ישן בין שהוא מידתי ובין שאינו מידתי. מבחינה זו דומה פסקה זו לפסקת ההתגברות. שתיהן שומרות על תוקפו של דין תת-חוקתי לא-מידתי. השוני ביניהן הוא בתנאי השמירה, בהמשכה וברציונל המונח ביסודן. אין בשמירת הדינים כדי למנוע מתן פירוש חדש לדין הישן.⁶² פירוש חדש זה משקף את המבנה החוקתי החדש בכלל ואת האיזונים החדשים באשר ליחס שבין זכויות אדם בינן לבין עצמן ובין טובת הכלל. אכן, פסקת ההגבלה והמידתיות שבמרכזה לא יחולו לעניין הדין הישן. האיזון הפרשני המבוסס על מידתיות יחול בדין הישן כבדין החדש. שאלה יפה היא מהו היחס שבין הפסקה בדבר שמירת הדינים לבין חובתה של הרשות השלטונית להגן על זכויות חוקתיות.⁶³ טול את הוראת חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו שלפיה "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".⁶⁴ הפסקה בדבר שמירת הדינים שומרת על תוקפו של הדין הישן הפוגע פגיעה לא מידתית בחיים, בגוף או בכבוד. אך האם הפסקה בדבר שמירת הדינים משחררת את המחוקק מחובתו להגן על החיים, הגוף או הכבוד? ואם חובה זו ממשיכה לעמוד בעינה, האפשר לאכפה על המחוקק?⁶⁵ האם הפסקה בדבר שמירת הדינים תגן על המחוקק במצב דברים זה?

(ד) מצבים שבהם פסקת שמירת הדינים אינה חלה

(1) פרשנות הדין הישן

חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו שומר על תוקפו של דין ישן. עם זאת הדין הישן מתקיים ב"סביבה חדשה", המעוצבת על ידי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. "סביבה חדשה" זו משפיעה על הדין הישן. אכן, "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו".⁶⁶ סביבה זו – אשר כל חוק חי במסגרתה – כוללת בראש ובראשונה את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. אכן, תוקפה של חקיקה ישנה נשמר מפני כוחם של חוקי-היסוד. תוכנה של החקיקה הישנה אינו עומד כנגד כוחם של חוקי-היסוד. על כן יש לפרש את הדין הישן ברוח הוראותיו של חוק-היסוד. הוראה מפורשת בעניין זה – הקבועה בחוק-יסוד : חופש העיסוק⁶⁷

62 שם, בעמ' 412. ראו גם להלן בעמ' 394.

63 לחובת ההגנה של הרשות השלטונית, ראו לעיל בעמ' 347.

64 סעיף 4 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.

65 ראו להלן בעמ' 399.

66 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 429, 513 (1970) (השופט י' זוסמן).

67 ראו סעיף 10 לחוק-יסוד : חופש העיסוק. ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 632.

– אינה מצויה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶⁸ אין בכך ולא כלום: פרשנות "ברוח הוראות חוק־יסוד זה" נובעת מעקרונות כלליים.⁶⁹ מכאן שתכליתו הכללית⁷⁰ של חוק ישן תושפע מהמערך הנורמטיבי החדש אשר נוצר על ידי חוק־היסוד. האיזון בין ערכי היסוד המונחים ביסוד התכלית של החקיקה הישנה ייעשה בהשפעתו של המשקל החוקתי אשר ניתן להם בחוק־היסוד. היטיב להביע זאת השופט ש' לוי, בציינו:⁷¹

"עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עלה משקלה הנורמטיבי של זכות הקניין לדרגה של זכות יסוד. הקביעה בסעיף 3 לחוק האמור ש'אין פוגעים בקניינו של אדם' הינה בעלת משקל גם שאנו באים לפרש הוראות דין קיימות; לפיכך גם לו היינו סבורים שיש פנים לכאן או לכאן לפתרון השאלה שלפנינו, מן הדין הוא שנפרש את הוראת חוק ההוצאה לפועל הרלבנטית באופן שזכות הקניין של הצד השלישי לא תיפגע".

ברוח דומה נפסק הדין בפרשת גנימאת:⁷²

"מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפט של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקיו של המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן. אמת, תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק היסוד כלפיו היא, על-כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה של הדין החדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעמוד בניגוד להוראות חוק היסוד. הדין הישן מוגן לפני הביטול. עומדת לו מטרייה חוקתית המגינה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למוכנו. אכן, עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט הישראלי. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין

68 בהצעת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נכללה הוראה ברוח זו, אך היא לא הוגשה לקריאה שנייה ושלישית.

69 על מקומה של כוונת המכונן בפרשנות החוקתית, ראו לעיל בעמ' 183.

70 ראו בג"ץ ויכסלבאום, לעיל ה"ש 10, בעמ' 827 ("דין הוא כי כל דבר חקיקה – לרבות חקיקה שההוראה בדבר שמירת הדינים (סעיף 10) חלה עליו – יתפרש על רקע עקרונות היסוד הקבועים בחוק היסוד") (השופט א' ברק).

71 רע"א 5222/93 גוש 1992 בניין בע"מ נ' חברת חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ (פורסם בנבו, 25.7.2004).

72 פרשת גנימאת, לעיל ה"ש 61, בעמ' 653 (הנשיא א' ברק).

ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשנויות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול-דעת מינהלי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול-דעת שיפוטי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד".

הפירוש החדש אין בכוחו כמובן כדי לשנות את לשונו של החוק. רק המחוקק יוכל להגשים שינוי זה. עם זאת הפירוש החדש עשוי להשפיע על תכליתו של החוק הישן. על השפעה זו עמד בית המשפט העליון באחת הפרשות:⁷³

"תכלית זו הינה, כידוע, התכלית הספציפית והתכלית הכללית. הראשונה נלמדת מלשון החוק ומההיסטוריה שלו. השנייה נלמדת מערכי היסוד של השיטה... שתי תכליות אלה – והתכלית הסופית המתגבשת מהן – אינן קפואות בזמן. הן דינמיות... על-כן תכלית שהייתה מתגבשת בתקופת המנדט אינה זהה לתכלית שבית-המשפט היה מגבש אותה לאחר קום המדינה... תכלית שהייתה מתגבשת עם קום המדינה אינה זהה לתכלית שבית-המשפט היה מגבשה בחלוף חמישים שנות עצמאות. הבנתנו את הלשון ואת ההיסטוריה (התכלית הספציפית) משתנה עם חלוף הזמן. תפיסתנו את ערכי היסוד של השיטה (התכלית הכללית) משתנה עם שינוי הזמנים. ההבנה שאנו מבינים את הסובב אותנו משתנה כל העת, ועמה משתנה תפיסתנו באשר לתכליתה של החקיקה".

גורם מרכזי המביא לשינוי בהבנת לשון החוק הוא שינוי חוקתי, ובלשונו של בית המשפט העליון:⁷⁴

"המסגרת החוקתית החדשה גוררת אחריה קונסטיטוציונליזציה של כל מערכות המשפט... משמעותה היא שהיא מעלה ערכים חדשים או נותנת להם משקל חדש. נוצר איזון חדש בין הערכים הכלליים המתנגשים. כך בדרך-כלל. כך במיוחד כאשר השינוי החוקתי הוא במתן מעמד חוקתי לזכויות אדם. שינוי זה יוצר מסגרת נורמטיבית חדשה למעמדן של זכויות האדם. כתוצאה מכך נוצר איזון חדש בין זכויות האדם לבין צורכי הציבור. מתרחשת 'מהפיכה חוקתית'... במסגרת איזון חדש זה עשוי לחול שינוי בתכליתם של החוקים הקודמים. תכלית שלא היה ניתן לגבשה בטרם הוחקו חוקי היסוד ניתנת לגיבוש לאחר חקיקתם של חוקי היסוד. ושוב, לשון החוק

73 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 711 (2001) (הנשיא א' ברק).

74 שם, בעמ' 712 (הנשיא א' ברק).

לא השתנתה. אך תכלית החוק השתנתה. השינוי עשוי שיהיה קל. עשוי הוא לשקף תכלית חדשה שהיה ניתן להגיע אליה – גם אם בפועל לא הגיעו אליה – בעבר. השינוי עשוי להיות כבוד. הוא עשוי לשקף תכלית חדשה שלא היה ניתן להגיע אליה בעבר. אכן, אימרתו של רדברוך – כי לעולם החוק חכם מיוצרו – נכונה במיוחד בתקופה של שינויים חוקתיים. אלה משנים את המרחב הנורמטיבי שבו אנו ממשיכים לחשוב. אי אפשר עוד לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לחשוב על תכליתה הכללית של החקיקה באותו אופן שבו חשבנו על כך לפני חקיקתם של חוקי היסוד. עולמנו הנורמטיבי השתנה. צורת החשיבה שלנו השתנתה (במודע) או שלא (במודע).”

גישה זו, המפרשת דין ישן ברוח הוראות החוקה, עשויה לגשר על הקשיים הרבים אשר שמירת הדינים יוצרת ולהפחית את נזקה.

(2) חקיקה חדשה המתקנת דין ישן

מה דין תיקון חדש לדין ישן? תשובתה של הפסיקה הייתה כי הדין החדש אינו חוסה תחת המטרייה של הפסקה בדבר שמירת הדינים. “החוק העיקרי לחדוד והחוק המתקן לחדוד”⁷⁵ באמצעות הפסקה בדבר שמירת הדינים ביקש חוק-היסוד “לשמר בשלב הנוכחי את הקיים; אך הוא לא פרס כנפי הגנה על החדש, שהרי אחרת היה מרוקן את חוק היסוד מתוכנו ומתכליתו”⁷⁶.

מה הדין אם החוק המתקן הוא חוק מיטיב? חוק מיטיב הוא חוק המתקן דין ישן באופן המגביר את ההגנה על הזכות החוקתית בהשוואה להגנה שהוענקה לה בדין הישן. האם התיקון צריך להיות מידתי? התשובה היא בחיוב, ובלשונו של השופט י' זמיר בפרשת צמח:⁷⁷

“כאשר המחוקק חוקק את החוק המתקן, הוא היה מודע לחובה המוטלת עליו, על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא לפגוע בזכות היסוד בניגוד לחוק היסוד. תפקידו של בית המשפט הוא לבדוק אם אכן החוק המתקן מקיים חובה זאת. משמע, על בית המשפט לבדוק את החוק המתקן לאור חוק היסוד”.

75 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 262 (1995) (הנשיא (בדימ') מ' שמגר).

76 שם, בעמ' 263 (הנשיא (בדימ') מ' שמגר).

77 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 260 (1999).

אכן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע שתי פסקאות הגבלה – האחת לחוק חדש "רגיל" והאחרת לחוק חדש המתקן חוק ישן – אלא פסקת הגבלה אחת בלבד. זאת ועוד: ההבחנה בין חוק חדש "לגמרי" לבין חוק חדש המתקן חוק ישן היא קשה ועשויה להוות מקור לחוסר ודאות. לבסוף – וזה העיקר בעיניי – אין זה ראוי לצמצם את דרישותיה של פסקת ההגבלה. פסקה זו מציבה לפני המחוקק דרישות מסוימות, וראוי כי דרישות אלה יופעלו לעניין כל דבר חקיקה חדש היוצא מבית מדרשו של המחוקק. פסילתה של חקיקה חדשה המתקנת את הדין הישן מן הטעם שהוראותיה אינן מקיימות את דרישותיה של פסקת ההגבלה, אינה היתר למחדל חקיקתי. ראוי שהיא תהיה תמריץ לשינוי עמוק יותר, שיעלה בקנה אחד עם תנאיה של פסקת ההגבלה.⁷⁸

(3) הפעלה (חדשה) של סמכות (ישנה)

דין ישן מעניק סמכות ליצירת דין תת-חוקי. כך הדבר כאשר חוק ישן מעניק סמכות להתקין תקנות בנות-פועל תחיקתי או ליתן הוראת מנהל. האם פסקת שמירת הדינים חלה על תקנות בנות-פועל תחיקתי שהותקנו ועל הוראות מנהל שניתנו לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? ודאי שהסמכות ליצירת הדין התת-חוקתי תתפרש לאורו של חוק-היסוד.⁷⁹ אך משהופעלה סמכות זו על יסוד פירושה החדש והותקנו תקנות או ניתנו הוראות מנהל חדשות, האם אלה – עד כמה שהן פוגעות בזכויות חוקתיות – יהיו חוקתיות רק אם יקיימו את תנאיה של פסקת ההגבלה?

התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר.⁸⁰ לדעתי, עלינו לפרש את פסקת שמירת הדינים על רקע פסקת עקרונות היסוד ופסקת המטרה.⁸¹ פרשנות זו מביאה אותי למסקנה כי על תקנות בנות-פועל תחיקתי והוראות מנהל הפוגעות בזכויות חוקתיות, ואשר ניתנו מכוח סמכות ישנה, לקיים את התנאים של פסקת ההגבלה.⁸² אין הן דין ישן. הן דין חדש. לגישה זו הייתי מציב חריג אחד: גישה זו לא תחול – ופסקת שמירת הדינים תחול גם על תקנות בנות-פועל תחיקתי והוראות מנהל חדשות – אם אין כל אפשרות, ולו תאורטית, לממש את הסמכות הישנה בלי לפגוע בזכויות חוקתיות באופן שאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. במצב דברים זה אי-החלתה של פסקת שמירת הדינים שקולה כנגד ביטול דין ההסמכה. ביטול זה אינו מתיישב עם פסקת שמירת הדינים.

78 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 563.

79 ראו לעיל בעמ' 393.

80 השוו גישתי בפרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 563 לגישתי במידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 224 (2010).

81 סעיפים 1 ו-1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו לעיל בעמ' 267.

82 ראו ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המנהלי" ספר יצחק זמיר על משפט ממשל וחברה 161, 198 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) והאסמכתאות המובאות שם.

(4) מתן פסק דין הצהרתי

פסקת שמירת הדינים שומרת על תוקפו של הדין הישן. אין בה כדי למנוע הכרזה שיפוטית כי דין ישן זה פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וכי פגיעה זו אינה מידתית. הכרזה שיפוטית זו אין בכוחה לפגוע בתוקפו של הדין הישן, ועל כן היא מותרת.⁸³ כוחה של הכרזה זו בהשפעתה החברתית.

(ה) פסקת שמירת הדינים ופסקת הכיבוד

פסקת הכיבוד הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת:⁸⁴

"תחולה"

כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".

מה יחסה של הרואה זו אל פסקת שמירת הדינים? האין לומר כי מכוחה של פסקה זו מוטלת חובה על הרשות השלטונית לבטל דין ישן שאינו מכבד את הזכויות הקבועות בחוק-יסוד? האם אין נובע מהוראה זו כי חובה על המחוקק לבטל חקיקה ישנה הפוגעת בזכויות חוקתיות בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, שאם לא כן אין הוא מכבד את "הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"? האם אין מתבקש מהוראה זו, שעל הרשות המבצעת, אשר במסגרתה הותקנו תקנות בנות-פועל תחיקתי וניתנו הוראות מנהל ישנות, מוטלת החובה לבטלן? האם אין נדרש מכוחה של פסקת הכיבוד כי הרשות השופטת תבטל הלכה שיפוטית ישנה הפוגעת בזכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד ושאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה?⁸⁵

אפשר לומר כי פסקת הכיבוד דורשת מרשויות השלטון לכבד את "הזכויות שלפי חוק-יסוד זה", וזכויות אלה חלות אך על דין חדש. על פי גישה זו, המחוקק מכבד את הזכות לכבוד האדם שעה שהוא אינו מחוקק חוק הפוגע בזכות זו פגיעה לא מידתית. אין חובת הכיבוד מחייבת אותו לבטל את החוק הפוגע שנחקק לפני כינונו של חוק-היסוד. לדעתי, גישה זו אינה נותנת משקל מספיק לפסקת עקרונות היסוד⁸⁶ ולפסקת המטרה.⁸⁷ זאת ועוד: חובת הכיבוד של רשויות השלטון אינה מצטמצמת אך לחובתן לא לפגוע בזכויות חוקתיות. כמה זכויות – ובראשן הזכות לכבוד האדם – מטילות על המדינה חובת

83 ראו Jenkins, לעיל ה"ש 60.

84 סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

85 הנחתי היא כי פסקת ההגבלה חלה לא רק לעניין חקיקה של הכנסת אלא לעניין כל דין או משפט. ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 80, בעמ' 159.

86 סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו לעיל בעמ' 261.

87 סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו לעיל בעמ' 267.

עשה.⁸⁸ סעיף 4 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". אם המדינה אינה מבטלת את הדין הישן היא מפרה את חובתה להגן על כבודו של האדם. חובה זו היא חובה מתמשכת, המוטלת על המדינה לאחר כינונו של חוק-היסוד. טול אורח בישראל המבקש להינשא בנישואין אזרחיים והדבר נמנע ממנו. עד כמה שיש בדין ישן זה כדי לפגוע פגיעה לא מידתית בזכותו לנישואין, הכלולה בזכותו לכבוד האדם,⁸⁹ מחדלה של המדינה מלשנות דין ישן זה אינו מכבד את זכותו של אדם בישראל לנישואין. אי-כיבוד זה חל עתה, והוא מתחדש יום יום.

דעתי היא אפוא כי אין בפסקת שמירת הדינים כדי לשחרר את המדינה מחובתה להגן על הזכויות החוקתיות (החיוביות). שאלה יפה היא מהו הסעד אם הרשויות השלטוניות אינן מגשימות חובתן זו – האם אפשר לחייבן להגן על הזכויות החוקתיות (החיוביות) גם אם הדבר יחייב אותן – כל אחת במסגרתה – לבטל את הדין הישן? ואם המחוקק מסרב לבטל את הדין הישן, האם בית המשפט יכול לאכפו? האם במסגרת הפרדת הרשויות נתונה הסמכות לבית המשפט לחייב את המחוקק – המפר זכות אדם (חיובית) – לחוקק? שאלות אלה התעוררו, ויש להן תשובות במשפט המשווה.⁹⁰ עם זאת בתי המשפט שדנו בשאלות אלה לא עמדו בפני הקושי המיוחד החל בישראל בשל הוראותיה של פסקת שמירת הדינים. מוכן אני אפוא להניח כי אין לאכוף על המחוקק את הגשמת חובתו. אך דומה שראוי הוא שהמחוקק יתייחס לחובה זו המוטלת עליו ברצינות הראויה.

לעומת הקושי החוקתי הקיים באכיפה שיפוטית של חובת החקיקה, איני רואה קושי דומה לעניין אכיפה שיפוטית לשינוי ההלכה השיפוטית. גם תוקפה של זו נשמר על ידי פסקת שמירת הדינים. אין בכך כדי לשחרר את בית המשפט מחובתו להגן על זכות (חיובית) – ובכך "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" – ולבטל הלכה שיפוטית ישנה הפוגעת פגיעה לא מידתית בזכות חוקתית (חיובית). ביטול שיפוטי של הדין הישן אינו מעורר את הקושי החוקתי – שמקורו בהפרדת הרשויות – בעניין אכיפה שיפוטית של חובת הביטול החוקתית על המחוקק. בעניין שלפנינו הדין הישן הוא שיפוטי, והביטול הנדרש גם הוא שיפוטי. מצויים אנו אפוא בגדריה של הרשות השופטת עצמה, ואין מתעוררת כל בעיה של הפרדת רשויות. על כן חובה חוקתית מוטלת על בית המשפט העליון לבטל הלכה משלו שנפסקה לפני כינונו של חוק-היסוד ושהיא חלק מהדין הישן, אם הוא מגיע למסקנה כי היא פוגעת בזכות חוקתית (חיובית) באופן שאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. חובה זו מוטלת עליו גם אם הוא סבור כי ההלכה הישנה ראויה היא וטובה. אם היא אינה

88 על הזכויות החוקתיות החיוביות, ראו לעיל בעמ' 347.

89 ראו להלן בעמ' 671.

90 ראו Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM* (Georg Nolte ed., 2005).

עולה בקנה אחד עם חוק-היסוד – דינה להתבטל. ואם בית המשפט העליון יסרב להגשים חובתו זו, דעתי היא כי על מחוקק למלא את חובתו שלו ולהביא לבטלות אותה הלכה באמצעות חוק שיקבע זאת במפורש.

מצב דברים זה מעורר שתי שאלות: ראשית, האם חובתו של בית המשפט העליון לבטל את פסיקתו הישנה מוגבלת למצבים שבהם היא פוגעת בזכות חיובית? מה הדין אם היא פוגעת בזכות שלילית? טול דין ישן המגביל הגבלה לא מידתית את הזכות לחירות אישית. תוקפו של דין זה נשמר. בכוחו של בית המשפט העליון לשנותו. האם מוטלת עליו החובה לעשות כן? הזכות לחירות אישית היא שלילית. אין מוטלת על בית המשפט החובה להגן עליה. בנסיבות אלה נראה לי שכאן נכנסת לפעולה פסקת שמירת הדינים. חובה חוקתית אינה מוטלת על בית המשפט, אך יהא עליו להתייחס לזכות לחירות אישית ברצינות ולהרהר יפה אם אין מקום לשנות את הדין הישן.

השאלה השנייה עוסקת בערכאות השיפוטיות האחרות בישראל. עד כמה שהדין הישן הוא פרי הלכתן של ערכאות השיפוט הללו, יחול עליהן אותו הדין החל על בית המשפט העליון. אך מה כוחן של ערכאות שיפוט אלה במקום שהדין הישן הוא פסק דין של בית המשפט העליון? מחד גיסא הן עומדות – כמו בית המשפט העליון עצמו – בפני החובה "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". מכוחה של חובה זו עליהן לסטות מהלכה שיפוטית ישנה המגבילה זכות חוקתית (חיובית) באופן שאינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. מאידך גיסא הן כפופות לתקדים של בית המשפט העליון. חוק-יסוד: השפיטה קובע עניין זה:⁹¹

"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון".

חובתה של כל ערכאה שיפוטית – למעט בית המשפט העליון עצמו – לכבד את פסיקתו של בית המשפט העליון.

הערכאות השיפוטיות – למעט בית המשפט העליון עצמו – מצויות אפוא בסתירה פנימית של "כיבוד" נוגד: מצד אחד עליהן לכבד את "הזכויות שלפי חוק-יסוד זה", ומצד אחר עליהן לכבד את ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון. כיצד עליהן לנהוג במצב דברים זה? לדעתי, יד כיבוד הזכויות החוקתיות על העליונה. פסקת הכיבוד גוברת על פסקת ההלכה הפסוקה.

91 סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

ג. התחולה במקום

1. חזקת הטריטוריאליות בחקיקה

חזקה על החקיקה הישראלית כי היא חלה בתחומי מדינת ישראל. זוהי חזקת הטריטוריאליות.⁹² שלטון החוק במישור הבין-לאומי מחייב קביעות נורמטיביות באשר לתחולה של הנורמות הלאומיות מבחינת המקום. נקודת המוצא העקרונית היא כי לנורמות הלאומיות תחולה מקומית:⁹³ חוקיה של מדינת ישראל חלים על יחסים משפטיים בישראל,⁹⁴ והם אינם מסדירים יחסים משפטיים מחוץ לישראל. נוהגים לכנות זאת – כלל בדבר התחולה הטריטוריאליית. על פיו, אין לחוקיה של מדינת ישראל תחולה אקסטרטריטוריאליית. הטעם לכך נעוץ הן בשיקולים של שלטון החוק – הריבונות הישראלית חלה על ישראל, ואין זה ראוי למחוקק הישראלי לחוקק חוקים אשר יחולו בתחומו של מחוקק זר⁹⁵ – והן בשיקולים של יחסים תקינים בין מדינות. בחיים בצוותא של מדינות בנות-תרבות ראוי שכל מדינה תיתן לחוקיה תחולה מקומית בלבד.⁹⁶ לעתים מתוארים כללים אלה "סמכות שיפוט". נקבע כי סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל חלה רק על יחסים משפטיים בישראל. דומה כי יש להבחין בין תחולה טריטוריאליית של החוק לבין סמכות השיפוט הטריטוריאליית של בתי המשפט. שתי הבעיות אינן זהות, אך קיים ביניהן קשר הדוק. אכן, אם החוק הישראלי חל על יחס משפטי שמחוץ לישראל, ראוי שבית משפט ישראלי יהא מוסמך לדון בכך. גישה אחרת הייתה גוררת תוצאה שאין להעלותה על הדעת – שקיים דין אך אין דיין שיפעילו. במקום שיש דין חייב להיות דיין. נמצא כי באשר לתחולת הדין מבחינת המקום הגישה העקרונית היא כי הדין הישראלי חל רק על יחסים משפטיים בישראל. החזקה היא כי תכליתו של כל דבר חקיקה היא לחול על יחסים משפטיים בישראל ולא על יחסים משפטיים מחוץ לישראל. חזקת-התכלית היא אפוא

92 ראו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 578.

93 לבעיית התחולה המקומית ראו אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 118 (מהדורה רביעית, 1991).

94 החוק אינו מגדיר את שטח המדינה; ראו שם, בעמ' 79. דומה שהתחולה מבחינת המקום משתרעת גם על מי החופין.

95 ראו A.G. v. Prince Ernest Augustus of Hanover, [1957] A.C. 436, 462 (U.K.).

96 ראו P. MAXWELL, THE INTERPRETATION OF STATUTES 183 (12th ed., 1969) ("Under the general presumption that the legislature does not intend to exceed its jurisdiction, every statute is interpreted, so far as its language permits, so as not to be inconsistent with the comity of nations or the established rules of international law, and the court will avoid a construction which would give rise to such inconsistency unless compelled to adopt it by plain and unambiguous language"); Lea Brilmayer, *The Extraterritorial Application of American Law: A Methodological and Constitutional Appraisal*, 50 L. CONTMP. PROBS. 11 (1987); Lea Brilmayer & Charles Norchi, *Federal Extraterritoriality and Fifth Amendment Due Process*, 105 HARV. L. REV. 1217 (1992).

לתחולה מקומית. חזקה זו חלה הן על נורמות פליליות⁹⁷ והן על נורמות אזרחיות, והיא ניתנת לסתירה. קיימים מצבים – הן בתחום הפלילי והן בתחום האזרחי – שבהם יש צידוק להחלת המשפט הישראלי על יחסים משפטיים מחוץ לישראל. שאלה היא כיצד נסותרת חזקת התחולה הטריטוריאלית. האם נדרשת לכך "לשון מפורשת, ברורה וחד משמעית", או שמא אפשר לסתור החזקה גם על ידי לשון משתמעת? שאלה זו פתוחה היא. היא קשורה בעצמתה של חזקת הטריטוריאליות ובעצמתו של עקרון שלטון החוק שממנו היא נגזרת.

2. התחולה הטריטוריאלית של חוק־היסוד: כבוד האדם וחירותו

(א) תחולה על ישראלים המצויים במקום שלישראל יש שליטה בו

האם חזקת הטריטוריאליות⁹⁸ חלה גם לעניין חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק? שאלה חשובה זו⁹⁹ טרם הוכרעה בישראל. נפסק כי הזכויות החוקתיות שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ועמן פסקת ההגבלה חלות לעניין זכותם של ישראלים המתגוררים ברצועת עזה¹⁰⁰ ואשר חוק הכנסת¹⁰¹ הורה על פינוים משם. ביסוד פסק הדין מונחת שליטת של ישראל ברצועת עזה:¹⁰²

"לדעתנו, מעניקים חוקי־היסוד זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה. היא פרי התפיסה כי על ישראלים המצויים מחוץ למדינה אך באזור הנתון לשליטתה בדרך של תפיסה לוחמתית חלים חוקי־היסוד של המדינה באשר לזכויות האדם. לאור מסקנתנו זו, אין לנו צורך לנקוט עמדה בשאלת התחולה המקומית (הטריטוריאלית) של חוקי היסוד, ואין לנו צורך לבחון השאלה אם חוקי־היסוד מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים והמצויים באזורים הנתונים לתפיסה לוחמתית, או לישראלים שאינם מצויים בשטח שבשליטת ישראל. שאלה זו מעוררת בעיות שאין לנו צורך לדון בהן, ונשאיר אותן בצריך עיון".

97 ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין 234 (1984). ראו גם ע"פ 163/82 דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 622, 630 (1983) ("נקודת המוצא העקרונית היא, כי כרגיל הנורמה הפלילית מוגבלת לטריטוריה של המדינה, היוצרת את הנורמה הפלילית") (השופט א' ברק).

98 ראו לעיל בעמ' 401.

99 לניתוחה של שאלה זו, על רקע משפט השוואתי, ראו ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי היסוד" משפט וממשל יב 145 (2010). למשפט האמריקני, ראו Kal Raustiala, Does the Constitution Follow the Flag? (2009).

100 ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481 (2005).

101 ראו חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005, ס"ח 142.

102 פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 100, בעמ' 560.

על גישה זו חזר בית המשפט העליון לעניין תחולתו של חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו על מי שאינם ישראלים והמצויים ביהודה ושומרון.¹⁰³ כן נפסק כי במקום שלאדם הייתה זכות על פי חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו בשעה שהיה בישראל, עם צאתו מישראל אין הוא מאבד זכויות אלה, ובכוחו לממשן על ידי הגשת תביעה משפטית גם אם הוא ממשיך לשהות מחוץ לישראל.¹⁰⁴

(ב) הדין הראוי : תחולה אקסטריטוריאלית

לדעתנו, לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו תחולה אקסטריטוריאלית.¹⁰⁵ חזקת הטריטוריאליות אינה צריכה לחול על הסדרים חוקתיים העוסקים בזכויות אדם. הטעם לכך נעוץ בצורך להבטיח זכויות אדם כלפי השלטון. אם רשויות אכיפת החוק אינן רשאיות לבצע עינויים בישראל¹⁰⁶ הן גם אינן רשאיות לבצע עינויים מחוץ לישראל, יהא האדם המעונה אשר יהא. רשויות השלטון הישראליות חייבות "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"¹⁰⁷ בכל מקום ומקום. גישה זו נקט בית המשפט האירופי לזכויות האדם כאשר פסק כי האמנה האירופית לזכויות האדם חלה מחוץ לגבולותיה של אירופה.¹⁰⁸ לפי גישה זו, כל בעל סמכות ישראלי נושא בכליו את חוק-היסוד. בכל אשר ינוע בעל הסמכות, ינוע עמו חוק-היסוד. אין לו לבעל הסמכות אלא הכוחות אשר החוק העניק לו. חוק-היסוד שולל ממנו כוחות מסוימים ומטיל עליו חובות מסוימות. שני אלה קובעים את גדר סמכותו של בעל הסמכות. סמכות זו אינה משתנה שעה שאיש השלטון חוצה את

103 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 280, 281–280 (2006). ראו גם בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 30, 31–30 (2006). לגישה דומה במשפט המשווה, ראו Bumedienne v. Bush, 553 U.S. 723 (2008) (עצורים בגואנטנמו); Al-Skeini v. Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 26 (לא-אזרחים בריטים המוחזקים בעירק בשליטה אנגלית); Bankovic v. Belgium, 44 EHRR SE5 GC (לעניין הפצצת נאט"ו בכלגרד נקבע כי אין אחריות שכן אין שליטה). כשיש שליטה יש תחולה לאמנה האירופית, ראו: Isaa v. Turkey, 41 EHRR 985 (2005). לעניין מבחן השליטה, ראו גם Turkey, 41 EHRR 567 (2004). פסיקה זו נסקרה על ידי השופטת א' פרוקצ'יה בפסק הדין בפרשת דיראני, לעיל ה"ש 6.

104 ראו שם, בפס' 55 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

105 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 460. לעניין התחולה האקסטריטוריאלית של אמנות זכויות האדם במשפט הבין-לאומי, ראו MARKO MILANOVIC, EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES (2011). ראו גם Catan v. Moldova and Russia, EHRR (2012).

106 ראו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

107 סעיף 11 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.

108 ראו פרשת Ocalan, לעיל ה"ש 103.

גבולות המדינה. נהפוך הוא: נוסף על מגבלותיו של הדין הישראלי חלות עליו מגבלות הנובעות מדיניהן של מדינות אחרות ושל הקהילה הבינ-לאומית. על כל פנים, מבחינתו של המשפט הישראלי הפנימי, חובתו של בעל הסמכות ("רשות מרשויות השלטון") "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" בכל פעולה שהוא מבצע, בין בתוך גבולות המדינה ובין מחוצה לה. כמובן, לעתים תוכנה של זכות היסוד מעוגן במציאות הישראלית. בנסיבות אלה, מתוך מהותה הפנימית של הזכות מתבקשת המסקנה כי אין להחילה מחוץ לגבולות המדינה.

שער רביעי

כבוד האדם במשפט המשווה

פרק שישה-עשר

כבוד האדם במשפט החוקתי האמריקני

א. כבוד האדם כזכות חוקתית בחוקות של המדינות

ברובן של החוקות של המדינות (ה-States) אין כל הוראה באשר לכבוד האדם. שלוש מדינות – מונטנה (Montana), אילינוי (Illinois) ולואיזיאנה (Louisiana) – והטריטוריה של פוארטו ריקו (Puerto Rico) כוללות בחוקתן התייחסות לכבוד האדם.¹ בחוקתה של מונטנה מ-1972 נכללה הוראה בדבר כבוד האדם. נקבע בה:²

“Individual Dignity

The dignity of the human being is inviolable. No person shall be denied the equal protection of the laws. Neither the state nor any person, firm, corporation, or institution shall discriminate against any person in the exercise of his civil or political rights on account of race, color, sex, culture, social origin or condition, or political or religious ideas”.

בחינת הליך הכינון של החוקה משנת 1972 מעלה כי הוראה זו הושפעה כנראה מהוראה מקבילה המופיעה בחוקה של פוארטו ריקו.³ השימוש בהוראה זו, ככל שהוא נוגע לכבוד האדם (dignity), הוא מועט.⁴

- 1 ראו Johanna Kalb, *Litigating Dignity: A Human Rights Framework*, 74 ALB. L. REV. 1725 (2011). ראו גם Vicki C. Jackson, *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, 65 MONT. L. REV. 15 (2004).
- 2 ראו סעיף 2(4) לחוקת מונטנה (MONT. CONST. art II, §4). ראו גם Tia R. Robbin, *Untouched Protection from Discrimination: Private Action in Montana's Individual Dignity Clause*, 51 MONT. L. REV. 553, 555 (1990).
- 3 ראו Matthew O. Clifford & Thomas P. Huff, *Some Thoughts on the Meaning and Scope of the Montana Constitution's Dignity Clause with Possible Applications*, 61 MONT. L. REV. 301, 321 (2000).
- 4 ראו Robbin, לעיל ה"ש 2; Clifford & Huff, לעיל ה"ש 3; Heinz Klug, *The Dignity Clause of the Montana Constitution: May Foreign Jurisprudence Lead the Way to an Expanded Interpretation?* 64 MONT. L. REV. 133 (2003); Amanda K. Eklund, *The Death Penalty: A Violation of the Constitutional Right to Individual Dignity*, 65 MONT. L. REV. 135

בחוקה של אילינוי מ-1971 מצוי הביטוי individual dignity. הוא מופיע בכותרת ובגוף סעיף 1(20) לחוקה, הקובע:⁵

“Individual Dignity

To promote individual dignity, communications that portray criminality, depravity or lack of virtue in, or that incite violence, hatred, abuse or hostility toward, a person or group of persons by reason of or by reference to religious, racial, ethnic, national or regional affiliation are condemned”.

ההוראה מבקשת לקדם את כבוד האדם של הפרט בשלילת דרכי התנהגות שליליות הקבועות בו. מלבד זאת אין כל התייחסות בחוקה לכבוד האדם. הסעיף הוא פרי הצעתו של אחד מחברי האספה המכוננת, מר Victor Arrigo.⁶ הובהר בדברי ההסבר של הוועדה המכינה שמטרתו של הסעיף אינה לצמצם או לשנות את חופש הביטוי. הודגש כי ההוראה אינה מכירה בזכות חוקתית או בעילת תביעה כלשהי, ואין בה כדי להטיל מגבלה על המדינה. ההוראה כוננת “constitutional sermon”. בדיקה העלתה כי נעשה בה שימוש מועט, ונקבע כי אין בה כדי להעניק זכות חוקתית.

בחוקה של לואיזיאנה מ-1974 מצוי סעיף שכותרתו Right to individual dignity. בגוף הסעיף הביטוי individual dignity אינו מופיע עוד, וזו לשון הכותרת והסעיף:⁷

“Individual Dignity

No person shall be denied the equal protection of the laws. No law shall discriminate against a person because of race or religious ideas beliefs, or affiliations. No law shall arbitrarily capriciously, or unreasonably discriminate against a person because of birth, age, sex, culture, physical condition, or political ideas or affiliations. Slavery and involuntary servitude are prohibited, except in the latter case as punishment for crime”.

(2004); James E. Dallner & D. Scott Manning, *Death with Dignity in Montana*, 65 MONT. L. REV. 309 (2004).

5 ראו סעיף 1(20) לחוקה של אילינוי (ILL. CONST. art I, §20).

6 ראו ELMER GERTZ, FOR THE FIRST HOURS OF TOMORROW: THE NEW ILLINOIS BILL OF RIGHTS 107 (1972).

7 ראו סעיף 1(3) לחוקה של לואיזיאנה (LA. CONST. art I, §3).

הוראה זו חוזרת על התיקונים השלושה-עשר והארבעה-עשר של החוקה הפדרלית, בתוספת פירוט.⁸ הכותרת של הסעיף – המוקדשת לזכות לכבוד האדם – קושרת את כבוד האדם לזכות לשוויון ולאיסור העבדות. הפסיקה לא נתנה כל מקום מיוחד לכותרת הסעיף ולא הכירה בכבוד האדם כמושגיות מיוחדת המחייבת התייחסות. פוארטו ריקו היא שטח חסות של ארצות הברית. היא נהנית מממשל עצמי. יש לה חוקה משלה משנת 1952. הפרק השני בחוקה דן במגילת הזכויות (Bill of Rights). סעיף 1 בפרק זה קובע:⁹

“The dignity of the human being is inviolable. All men are equal before the law. No discrimination shall be made on account of race, color, sex, birth, social origin or condition, or political or religious ideas. Both the laws and the system of education shall embody these principles of essential human equality”.

ב. בחוקה הפדרלית לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם

1. העדר הוראה מפורשת ועצמאית לכבוד האדם בחוקה הפדרלית

החוקה הפדרלית האמריקנית – ומגילת הזכויות החוקתיות שבה – היא מסוף המאה השמונה-עשרה. אין להתפלא אפוא שלא נכללה בה כל הוראה מפורשת ועצמאית בדבר כבוד האדם. המושג של כבוד האדם אמנם נדון בספרות הדתית והפילוסופית של אותה עת, אך הוא לא חדר להסדרים המשפטיים של אותה תקופה. ההצהרה בדבר זכויות האזרח והאדם 1789 פרי המהפכה הצרפתית – שהיא בת גילה של החוקה האמריקנית – התייחסה לכבוד האדם, אך זאת רק במובן של הדרת כבוד (honor; dignitas) ולא במובן העשיר הכולל גם כבוד סגולי (dignity) שבו אנו עוסקים.¹⁰ כפי שראינו,¹¹ ההתייחסות החוקתית לכבוד האדם החלה לאחר מלחמת העולם השנייה. התייחסות זו לא מצאה ביטוי פורמלי בחוקה הפדרלית האמריקנית אשר שונתה אך עשרים ושבע פעמים מאז כוננה. כל שינוי לא הוכנס בה לעניין כבוד האדם. התיקון השלושה-עשר והארבעה-עשר לחוקה – פרי מלחמת האזרחים האמריקנית של אמצע המאה התשע-עשרה וביטול העבדות – לא נזקקו לכבוד האדם. תיקונים אחרים לחוקה אף הם לא התייחסו לדיבור “כבוד האדם”. המסקנה

8 ראו Lee Hargrave, *The Louisiana State Constitution: A Reference Guide* 23 (1991).

9 ראו סעיף 2(1) לחוקת פוארטו ריקו (P. R. CONST. art II, § 1).

10 להבחנה בין השניים, ראו לעיל בעמ' 41.

11 ראו לעיל בעמ' 91.

המשפטית היא ברורה: כבוד האדם אינו זכות חוקתית עצמאית במשפט החוקתי הפדרלי האמריקני.¹²

2. כבוד האדם אינו חלק מזכות מסגרת בחוקה הפדרלית

החוקה הפדרלית האמריקנית מכירה בכמה זכויות חוקתיות המעוצבות כזכויות-מסגרת או זכויות-אם. כך הדבר לעניין התיקון החמישי לחוקה, הקובע לענייננו:¹³

“No person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law”.

התיקון הארבעה-עשר לחוקה קובע לענייננו:¹⁴

“[N]or shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

האין לומר כי זכויות-המסגרת (או זכויות-האם) בדבר חיים (life) או חירות (liberty) כוללות בחובן גם זכות נגזרת (או זכות-בת) בדבר כבוד האדם? האם אי אפשר להסיק מהזכות החוקתית בדבר due process – המתפרשת ככוללת לא רק הליך ראוי (בהיבט הדיוני) אלא גם הסדר ראוי (בהיבט המהותי) – את הזכות החוקתית לכבוד האדם? בית המשפט העליון האמריקני הסיק מהזכות החוקתית לחירות את הזכות החוקתית לפרטיות.¹⁵ מדוע לא תוסק מהזכות החוקתית לחירות גם הזכות החוקתית לכבוד האדם? בית המשפט העליון של הודו קבע בפרשת *Francis Coralie Mullin v. Delhi* (1981)¹⁶ כי הזכות לחיים¹⁷ כוללת בחובה את הזכות לכבוד האדם. האם אפשרות להסיק את כבוד האדם מתוך הזכות לחיים אינה עומדת גם לבית המשפט העליון האמריקני?

- 12 על כבוד האדם בחוקה הפדרלית, ראו ERIN DALY, DIGNITY RIGHTS: COURTS, CONSTITUTIONS AND THE WORTH OF THE HUMAN PERSON (2012).
- 13 התיקון החמישי לחוקה של ארצות הברית (U.S. CONST. amend. V).
- 14 התיקון הארבעה-עשר לחוקה של ארצות הברית (U.S. CONST. amend. XIV).
- 15 ראו *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). ראו גם פסק הדין של השופט הרלן (Harlan J.) בפרשת *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). על כך, ראו להלן בעמ' 413.
- 16 *Francis Coralie Mullin v. Delhi*, AIR 1981 SCR (2) 516.
- 17 סעיף 21 לחוקה של הודו קובע (INDIA CONST. art. 21): “No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law”.

התשובה לשאלות אלה היא כי תאורטית אפשרויות אלה פתוחות בפני המשפט האמריקני. הצעות ברוח זו הוזכרו (לחיוב ולשלילה) אף בספרות המשפטית.¹⁸ עם זאת אין להן זכר בפסיקתו של בית המשפט העליון.¹⁹ אפילו השופטים ברנן (Brennan J.)²⁰ וקנדי (Kennedy J.)²¹, אשר הדגישו בפסיקתם את הערך בדבר כבוד האדם, לא פסקו כי הערך בדבר כבוד האדם הוא גם זכות חוקתית הנגזרת מאחת הזכויות החוקתיות הקבועות במפורש במגילת הזכויות הפדרלית. אפשר לתת לכך כמה הסברים: ראשית, כללי הפרשנות החוקתית המקובלים בבית המשפט העליון האמריקני מקשים על גזירת זכות־בת חוקתית מהזכויות המפורשות הקבועות בחוקה. פרשנות חוקתית המבוססת על ההבנה המקורית בעת הכינון (originalism)²² שוללת אפשרות להכיר בכבוד האדם כזכות־בת חוקתית, שכן בעת הכינון לא היה כבוד האדם חלק מהשיח המשפטי ולא נתפס כערך ראוי להגנה. הכבוד באותה עת התייחס לכבודם של מוסדות או בעלי תפקידים. גם הפרשנות לפי הכוונות של המייסדים (the intent of the founding fathers)²³ תקשה על הכרה בזכות חוקתית לכבוד האדם. גם שופט כמו ברנן – שדגל בפירוש החוקה כמסמך חי²⁴ – לא גרס כי יש להכיר בכבוד האדם כבזכות חוקתית. אמת, הוכרה זכות חוקתית לפרטיות שלא הוכרה בעת הכינון המקורי, אך ספק אם הכרה דומה – לעניין זכות חוקתית לכבוד האדם – תינתן על ידי בית המשפט, אשר חלק משופטיו מביעים צער על ההכרה בפרטיות כזכות חוקתית; שנית, עם כל החשיבות שהפסיקה האמריקנית מייחסת לכבוד האדם, חשיבות זו מכוונת לערך בדבר

18 William A. Parent, *Constitutional Values and Human Dignity*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 49 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds.); EDWARD J. EBERLE, *DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES* 47 (2002); Neomi Rao, *On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law*, 14 COLUM. J. EUR. L. 201, 245 (2008); John D. Castiglione, *Human Dignity under the Fourth Amendment*, 4 WIS. L. REV. 655 (2008)

19 Erin Daly, *Constitutional Dignity: Lessons from Home and Abroad* (Widener L. Sch. Legal Studies Res., Paper No. 08-07, 2007); Erin Daly, *Human Dignity in the Roberts Court: A Story of Inchoate Institutions, Autonomous Individuals, and the Reluctant Recognition of a Right*, 37 OHIO N.U. L. REV. 381 (2011)

20 Jeremy Rabkin, *What We Can Learn About Human Dignity* גם ראו גם 422. ראו Michael J. Meyer, *Introduction*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 6 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992). שני מחברים אלה מפנים להמילטון (Hamilton). בהגנו על החוקה ציין המילטון כי חוקה היא "the safest course for your liberty, your dignity, and your happiness"; THE FEDERALIST No. 1, at 89 (Alexander Hamilton) (Isaac Kramnick ed., 1987).

21 ראו להלן בעמ' 424.

22 ראו לעיל בעמ' 203.

23 ראו לעיל בעמ' 183.

24 ראו לעיל בעמ' 199.

כבוד האדם ואינה חזקה דייה כדי להכיר גם בזכות חוקתית; שלישית, קיים חשש כי הכרה בזכות חוקתית נגזרת – כחלק מהזכויות החוקתיות המפורשות בחוקה הפדרלית – תביא לשיבוש באיזון החוקתי שעליו בנויה מגילת הזכויות ותחליש את ההגנה על זכויות האדם.²⁵ נטען למשל כי מגילת הזכויות האמריקנית מבוססת על חירותו (liberty) של הפרט כנגד השלטון ולא על כבוד האדם (dignity).²⁶ חשש זה הובע לעניין הכרה בערך החוקתי של כבוד האדם.²⁷ חשש זה יגבר כמובן אם כבוד האדם יוכר לא רק כערך חוקתי אלא גם כזכות-בת חוקתית; רביעית, יש הסבורים כי כבוד האדם זר הוא לתרבות החברתית – וממילא גם להבנה המשפטית – המקובלת בארצות הברית.²⁸ כפי שנראה, אמנם כבוד האדם מוכר כערך חברתי, אך הוא לא פותח מספיק במשפט האמריקני ולא הגיע לשלב שבו ניתן להכיר בו כזכות חוקתית.²⁹ ההכרה בו כערך חוקתי מצומצמת. היא נעשית לרוב על ידי שופט זה או אחר אך לא על ידי בית המשפט כמכלול. תוכנו של הערך החברתי בדבר כבוד האדם והיקפו לא הובהרו דיים, ועצמתו לא הגיעה לאותה רמה המאפשרת הכרה בו כזכות חוקתית הנגזרת מאחת הזכויות החוקתיות הקיימות.³⁰

- 25 ראו Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*, לעיל ה"ש 18.
- 26 ראו Marc. C. McAllister, *Human Dignity and Individual Liberty in Germany and the United States as Examined Through Each Country's Leading Abortion Cases*, 11 TULSA J. COMP. & INT'L L. 491 (2004).
- 27 ראו Neomi Rao, *Three Concepts*; לעיל ה"ש 18; Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*, *of Dignity in Constitutional Law*, 86 NORTE DAME L. REV. 183 (2011).
- 28 ראו James Q. Whitman, *Enforcing Civility and Respect*, 109 YALE L.J. 1279 (2000); James Q. Whitman, *On Nazi "Honour" and the New European "Dignity"*, in DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE 243 (Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh eds., 2003); Gabrielle S. Friedman & James Q. Whitman, *The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity*, 9 COLUM. J. EUR. L. 241 (2003); James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151 (2004); Giovanni Boggetti, *The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism*, in EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM 75 (Georg Nolte ed., 2005); James Q. Whitman, *"Human Dignity" in Europe and the United States: the Social Foundations*, in EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM 108 (Georg Nolte ed., 2005).
- 29 ראו Jordan Paust, *Human Dignity as a Constitutional Right: A Jurisprudentially Based Inquiry into Criteria and Content*, 27 HOW. L.J. 145, 150 (1984); Gerald Neuman, *Human Dignity in United States Constitutional Law*, in ZUR AUTONOMIE DES INDIVIDUUMS: LIBER AMICORUM SPIROS SIMITIS 249 (Dieter Simon & Manfred Weiss eds., 2000). ראו גם Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*, לעיל ה"ש 18; Kalb, לעיל ה"ש 1; Jackson, לעיל ה"ש 1.
- 30 ראו EBERLE, לעיל ה"ש 18, בעמ' 47.

3. כבוד האדם ופרשת *Griswold v. Connecticut*

בפרשת *Griswold*³¹ נדונה חוקתיותו של חוק אשר אסר על שימוש בכל תרופה או חפץ למניעת התעברות. נפסק ברוב דעות כי החוק אינו חוקתי. אחד משופטי הרוב היה השופט דאגלס (Douglas J.). על פי גישתו, לזכויות השונות הקבועות במגילת הזכויות האמריקנית יש מעטפות (penumbras) אשר נובעות מהזכויות עצמן ואשר מעניקות להן חיות ומהות. מעטפות אלה יוצרות זכויות היקפיות (peripheral right) אשר בלעדיהן הזכויות מוגנות פחות. אחת מאותן זכויות היקפיות המצויות במעטפת של הזכויות הקבועות במפורש היא הזכות לפרטיות (privacy). כותב השופט דאגלס:³²

“[S]pecific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance [...]. Various guarantees create zones of privacy”.

החוק של קונטיקט פגע במתחם הפרטיות (zone of privacy) ועל כן אינו חוקתי. על פי גישה זו אפשר לטעון כי אחת הזכויות ההיקפיות המצויה במעטפת של הזכויות החוקתיות המפורשות היא הזכות לכבוד האדם. הניתוח של השופט דאגלס, אשר ראה בפרטיות זכות מוכרת בהיקף של הזכויות החוקתיות השונות, ניתן להחלה ביתר עצמה על הזכות לכבוד האדם. כפי שנראה,³³ ברשימה ארוכה של פסקי דין הכיר בית המשפט העליון בכבוד האדם כערך המונח ביסוד זכויות חוקתיות רבות. מדוע לא יוכר אפוא מתחם של כבוד האדם (zone of human dignity) כזכות חוקתית?

השאלה התעוררה בספרות המשפטית.³⁴ הגישה המקובלת היא כי גישתו של השופט דאגלס בפרשת *Griswold* אינה נכונה. על פי ביקורת זו, ההכרה בפרטיות כזכות חוקתית נשענת על זכות-האם בדבר חירות (liberty) ולא כזכות נפרדת העומדת על רגליה שלה. זו הייתה גישתו של השופט הרלן (Harlan J.) בפרשת *Griswold*, והיא העמדה המקובלת כיום. על כל פנים, אין להרחיב את תורת המעטפות מעבר להכרה בפרטיות. אכן, מאז אותה פרשה לא ניתן כל פסק דין בבית המשפט העליון שאימץ את גישתו של דאגלס. לדעתי, גישתו של השופט דאגלס בטעות יסודה. אמת, לרבות מהזכויות יש מעטפת משותפת. מעטפת זו אינה

31 פרשת *Griswold*, לעיל ה"ש 15.

32 שם, בעמ' 484.

33 ראו להלן בעמ' 415.

34 ראו Morris D. Forkosch, *Privacy, Human Dignity, Euthanasia – Are These Independent Constitutional Rights?* 3 U. SAN FERNANDO VALLEY L. REV. 1 (1974); Maxine D. Goodman, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, 84 NEBRASKA L. REV. 740, 743 (2006).

זכות עצמאית משלה. הכרה במעטפת של כמה זכויות כזכות עצמאית היא "קפיצה מחשבתית" בלתי מבוססת.

ג. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי האמריקני

1. כבוד האדם וכבוד המדינה

מחקר העלה כי מאז כינונה של החוקה האמריקנית ב-1789 ועד למועד המחקר ב-2003 נזכר הביטוי כבוד (dignity) בכתשע מאות פסקי דין פדרליים.³⁵ במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה נעשה השימוש בדיבור dignity בהקשר של סטטוס של זה שיש לכבד אותו. בראש אלה שיש להם כבוד עמדה המדינה עצמה. לעומת זאת במאה העשרים – שבה מוזכרים כשני שלישים מכל פסקי הדין שנזקקו לדיבור dignity – הכבוד שבו דובר הוא כבודו של אדם,³⁶

ספרות מקיפה בארצות הברית עוסקת בכבודה של המדינה ובחסינות שכבוד זה מעניק לה.³⁷ סוגיה זו חורגת ממסגרתו של ספר זה. יש הסבורים כי קיים קשר ענייני-פנימי בין כבוד המדינה לבין כבוד הפרט, וכי אפשר ללמוד מהאחד על חברו.³⁸ זו אינה דעתי. כבוד המדינה לחוד וכבוד הפרט לחוד. נפנה אפוא לפסיקה שעניינה הכבוד של הפרט.

35 ראו Judith Resnik & Julie Chi-Hye Suk, *Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty*, 55 STAN. L. REV. 1921, 1933 (2003); Stephen J. Wermiel, *Law and Human Dignity: The Judicial Soul of Justice Brennan*, 7 WM. & DALY, *Human Dignity in the Roberts* MARY BILL OF RTS. J. 223, 224 (1998). ראו גם Court, לעיל ה"ש 19. על השימוש בכבוד האדם בבתי משפט פדרליים אחרים, ראו Paust, לעיל ה"ש 29, בעמ' 161.

36 ראו Resnik & Suk, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1934. ראו גם McAllister, לעיל ה"ש 26, בעמ' 501. 37 ראו Evan H. Caminker, *Judicial Solicitude for State Dignity*, 574 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 81 (2001); Dodson Scott, *Dignity: The New Frontier of State Sovereignty*, 56 OKLA. L. REV. 777 (2003); Jeremy M. Sher, *A Question of Dignity: The Renewed Significance of James Wilson's Writings on Popular Sovereignty in the Wake of Alden v. Maine*, 61 NYU ANN. SURV. AM. L. 591 (2005). ראו גם Resnik & Suk, שם; DALY, לעיל ה"ש 12.

38 ראו Resnik & Suk, לעיל ה"ש 35; DALY, *Dignity in the Roberts Court*; לעיל ה"ש 19; DALY, לעיל ה"ש 12.

2. ההיסטוריה של כבוד האדם כערך חוקתי

(א) עד מלחמת העולם השנייה

הצהרת העצמאות האמריקנית³⁹ והמבוא לחוקה האמריקנית⁴⁰ אינם כוללים מפורשות את הביטוי כבוד (dignity) או כבוד האדם (human dignity). כפי שראינו,⁴¹ מגילת הזכויות האמריקנית אף היא אינה כוללת במפורש התייחסות לדיבור dignity. בפרשת *Chisholm v. Georgia*⁴² עמד השופט וילסון (Wilson J.) על כבוד המדינה וכבוד האדם גם יחד:

“A state; useful and valuable as the contrivance is, is the inferior contrivance of man; and from his native dignity derives all its acquired importance”.

למעלה ממאה שנה לאחר מכן מופיע dignity בפסק דינו של השופט פילד (Field J.)⁴³. בפסק דין של מיעוט אשר עסק בזכות נגד הפלה, הפנה השופט אל הדברים האלה:⁴⁴

“[S]entiment of personal self-respect, liberty, independence and dignity which has inhabited the breasts of English speaking peoples for centuries [...]”.

השימוש התדיר ב-dignity החל רק בשנות הארבעים של המאה העשרים. שופטים כמו הרלן (Harlan J.), הולמס (Holmes J.) וברנדייס (Brandeis J.), לא כללו בפסקי הדין שלהם כל התייחסות ל-dignity. פסק דינו של השופט הולמס בפרשת *Buck v. Bell*,⁴⁵ שלפיו “Three generations of imbeciles are enough”⁴⁶ בוודאי אינו עולה בקנה אחד עם הכרה בכבוד האדם.⁴⁷

39. THE DECLARATION OF INDEPENDENCE (U.S. 1776)

40. U.S. CONST. pmb.

41. ראו לעיל בעמ' 409.

42. פרשת *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419, 455 (1793).

43. ראו פרשת *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591 (1896).

44. שם, בעמ' 632.

45. פרשת *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

46. שם, בעמ' 207.

47. בפרשת *Adamson v. California*, 332 U.S. 46, 62 (1947) ציין השופט פרנקפורטר (Frankfurter J.) כי כמה שופטים דגולים של בתי המשפט העליון, ובהם הולמס וברנדייס, הם “judges who were alert in safeguarding and promoting the interest of liberty and human dignity through law”.

(ב) שנות הארבעים והחמישים של המאה העשרים

השינוי המהותי בהסתמכות על כבוד האדם בפסיקתו של בית המשפט העליון האמריקני התרחש עם תחילת שנות הארבעים של המאה העשרים.⁴⁸ יש המסבירים זאת בפרוץ מלחמת העולם השנייה ובמעשי הזוועה של הנאצים, שהידיעות עליהם הגיעו לארצות הברית.⁴⁹ את הפסיקה שהתרחשה לאחר סיום המלחמה מייחסים להכרה בכבוד האדם במבוא למגילת האומות המאוחדות (1945), בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) ובכינונו של חוק-היסוד הגרמני (1949).⁵⁰

פסק הדין הראשון שהזכיר את כבוד האדם הוא *Glasser v. United States*,⁵¹ שנפסק בינואר 1942. בפסק דין המיעוט שלו כתב השופט פרנקפורטר (Frankfurter J.):⁵²

“The guarantees of the Bill of Rights are not abstractions. Whether their safeguards of liberty and dignity have been infringed in a particular case depends upon particular circumstances”.

חודשים ספורים לאחר מכן, ביוני 1942, נפסק הדין בפרשת *Skinner v. Oklahoma*.⁵³ בפסק דינו ציין השופט ג'קסון (Jackson J.):⁵⁴

“There are limits to the extent to which a legislatively represented majority may conduct biological experiments at the expense of the dignity and personality and natural powers of a minority – even those who have been guilty of what the majority define as crimes”.

פסק הדין הבא נפסק במרס 1943 בפרשת *McNabb v. United States*.⁵⁵ בפסק דינו ציין השופט פרנקפורטר (Frankfurter J.):⁵⁶

- 48 ראו Wermiel, לעיל ה"ש 35; Goodman, לעיל ה"ש 34; Neuman, לעיל ה"ש 29; Paust, לעיל ה"ש 29; Daly, *Human Dignity in the Roberts Court*; לעיל ה"ש 19; Daly, *Constitutional Dignity*, לעיל ה"ש 19; Resnik & Suk, לעיל ה"ש 35.
- 49 ראו Neuman, לעיל ה"ש 29, בעמ' 255; Resnik & Suk, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1926.
- 50 ראו Neuman, לעיל ה"ש 29, בעמ' 255; Wermiel, לעיל ה"ש 35, בעמ' 227.
- 51 *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60 (1942). הפסק עסק בפירוש התיקון השישי לחוקה. שם, בעמ' 89.
- 52 *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942). הפסק עסק בחוקתיות של חוק שהורה על עיקור עבריינים בהתקיים תנאים מסוימים. שם, בעמ' 546.
- 53 *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943). הפסק עסק בקבילות ראיות שנגבו על ידי המשטרה בניגוד לכללים. שם, בעמ' 343.
- 56

“A democratic society, in which respect for the dignity of all men is central, naturally guards against the misuse of the law enforcement process”.

הפסיקה העיקרית אשר הסתמכה בשנים אלה על dignity באה מפרי עטו של השופט מרפי (Murphy J.) ב-18 בדצמבר 1944 ניתנו על ידיו שני פסקי דין הנוגעים לכבוד האדם. בפרשה הראשונה⁵⁷ עסק בפרשנות דבר חקיקה. בפסק דינו ציין השופט מרפי לענייננו:⁵⁸

“The utter disregard for the dignity and well-being of colored citizens shown by this record is so pronounced as to demand the invocation of constitutional condemnation”.

הפרשה השנייה עסקה בפרשנות מגילת הזכויות האמריקנית. היה זה פסק דין שעסק בחוקתיות צו שאסר על הימצאם של אזרחים אמריקנים ממוצא יפני באזורים לאורך החוף המערבי של ארצות הברית וריכוזם במקומות שנקבעו לכך. זאת בעקבות ההפצצה היפנית על פרל הרבור, הכרזת המלחמה של אמריקה נגד יפן והחשש מפלישה יפנית לארצות הברית. בפרשת *Korematsu v. United States*⁵⁹ פסק בית המשפט העליון כי הצווים הם חוקתיים חרף אופיים המפלה, וזאת בשל צורכי הביטחון שהוסקו מתוך כך שכמה אזרחים אמריקנים ממוצא יפני סייעו לאויב. השופט מרפי היה אחד משופטי המיעוט. בפסק דינו הוא כתב:⁶⁰

“To give constitutional sanction to that inference in this case, however well intentioned may have been the military command on the Pacific Coast, is to adopt one of the cruelest of the rationales used by our enemies to destroy the dignity of the individual and to encourage and open the door to discriminatory actions against other minority groups in the passions of tomorrow [...]”

שנה לאחר מכן (ב-1945) נפסקה פרשת *Screws v. United States*.⁶¹ כאן נבחנו תוצאות התנהגותה של המשטרה אשר עצרה אדם, ובשימוש בכוח הביאה למותו. את פסק דין המיעוט שלו פתח השופט מרפי במילים האלה:⁶²

- 57 ראו *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co.*, 323 U.S. 192 (1944).
 58 שם, בעמ' 208.
 59 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
 60 שם, בעמ' 240.
 61 *Screws v. United States*, 325 U.S. 91 (1945).
 62 שם, בעמ' 134–135.

“Robert Hall, a Negro citizen, has been deprived not only of the right to be tried by a court, rather than by ordeal. He has been deprived of the right to life itself. That right belonged to him not because he was a Negro or a member of any particular race or creed. That right was his because he was an American citizen, because he was a human being. As such, he was entitled to all the respect and fair treatment that befits the dignity of man, a dignity that is recognized and guaranteed by the constitution”.

עם סיום המלחמה נערכו משפטים צבאיים שבהם הועמדו לדין ראשי הצבא היפני. עתירות נגד הליכים אלה נידונו בבית המשפט העליון ונדחו. בשני פסקי הדין מצא עצמו השופט מרפי במיעוט. בשניהם הוא סמך את פסק דינו על כבוד האדם של ראשי הצבא היפני. הפרשה הראשונה היא ה-*In re Yamashita*⁶³. Yamashita היה מפקד הצבא היפני בפיליפינים. הוא נשבה על ידי הצבא האמריקני. הוא הועמד לדין בפני בית דין צבאי על הפרת דיני המלחמה. הוא טען בפני בית המשפט העליון טענות באשר לחוקיות ההליך. טענותיו נדחו על ידי הרוב. בפסק דין המיעוט כתב השופט מרפי:⁶⁴

“If we are ever to develop an orderly international community based upon a recognition of human dignity, it is of the utmost importance that the necessary punishment of those guilty of atrocities be as free as possible from the ugly stigma of revenge and vindictiveness”.

הפרשה השנייה היא *Homma v. Patterson*⁶⁵. היא עוררה שאלות דומות לאלו שכבר נבחנו בפרשת *Yamashita*, ועל כן נדחתה בקשת האביאס קורפוס ללא הנמקה מיוחדת, וזאת בהסתמך על הפרשה הקודמת. השופט מרפי כתב פסק מיעוט:⁶⁶

“Today the lives of Yamashita and [H]omma, leaders of the enemy forces vanquished in the field of battle, are taken without regard to due process of law. There will be few to protest. But tomorrow the precedent here established can be turned against others. A procession of judicial lynching without due process of law may now follow. No one can foresee the end of this failure of objective thinking and of adherence to our high hopes of a new world. The time for effective vigilance and protest, however, is

.In re Yamashita, 327 U.S. 1 (1946) 63

שם, בעמ' 29. 64

.Homma v. Patterson, Secretary of War, 327 U.S. 759 (1946) 65

שם, בעמ' 760. 66

when the abandonment of legal procedure is first attempted. A nation must not perish because, in the natural frenzy of the aftermath of war, it abandoned its central theme of the dignity of the human personality and due process of law”.

פרשה שלישית⁶⁷ שנפסקה אותה שנה עסקה גם היא בשיפוט הצבאי. המערער טען שעניינו צריך להידון בבית משפט אזרחי. בית המשפט העליון קיבל את בקשתו. בפסק דינו ציין השופט מרפי כי ההחלטה שלא להעמיד את המערער בפני בית משפט רגיל נבעה משיקולים גזעניים:⁶⁸

“Racism has no place whatever in our civilization. The constitution as well as the conscience of mankind disclaims its use for any purpose, military or otherwise. It can only result, as it does in this instance, in striking down individual rights and in aggravating rather than solving the problems toward which it is directed. It renders impotent the ideal of the dignity of the human personality, destroying something of what is noble in our way of life. We must therefore reject it completely whenever it arises in the course of a legal proceeding”.

מגמה זו של אזכור כבוד האדם נמשכה בכל שנות הארבעים⁶⁹ ואמצע שנות החמישים.⁷⁰

.Duncan v. Kahanamoku, 327 U.S. 304 (1946) 67

שם, בעמ' 334. 68

69 ראו Carter v. Illinois, 329 U.S. 173, 175 (1946) (“It is for them, therefore, to choose the methods and practices by which crime is brought to book, so long as they observe those ultimate dignities of man which the United States, Constitution assures”) (Frankfurter J.); Louisiana ex. rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459, 468 (1947) (“The fourteenth amendment [...] did mean to withdraw from the states the right to act in ways that are offensive to a decent respect for the dignity of man, and heedless of his freedom”) (Frankfurter J.); Harris v. United States, 331 U.S. 145, 198 (1947) (“This, like each of our constitutional guarantees, often may afford a shelter for criminals. But the forefathers thought this was not too great a price to pay for that decent privacy of home, papers and effects which is indispensable to individual dignity and self-respect”) (Jackson J.); Oyama v. California, 332 U.S. 633, 663 (1948) (“The constitution of the United States, as I read it, embodies the highest political ideals of which man is capable. It insists that our government, whether state or federal, shall respect and observe the dignity of each individual, whatever may be the name of his race, the color of his skin or the nature of his beliefs”) (Murphy J.); Brinegar v. United States, 338 U.S. 160, 180–181 (1949): (“[T]he human personality deteriorates and dignity and self-reliance disappear where homes, persons and possessions are subject at any hour to unheralded

(ג) המשך השימוש בכבוד האדם בבית המשפט העליון

(1) הרחבת התחולה של כבוד האדם למרבית מגילת הזכויות

השימוש במושגיות של כבוד האדם (dignity) הלך וגבר מאמצע שנות החמישים ואילך. בפסקי דין רבים – רבים מכדי לצטט כל אחד מהם⁷¹ – ציינו שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם – אם בפסקי דין רוב ואם בפסקי דין מיעוט – כי כבוד האדם הוא ערך חוקתי המובא בחשבון בפירושן של הזכויות השונות הקבועות במגילת הזכויות האמריקנית. ביטוי לכך נתן השופט סטיוארט (Stewart J.) בפרשה שעסקה בזכותו של האדם לשמו הטוב:⁷²

(Jackson J.) ("search and seizure by the police". ראו גם פרשת *Adamson*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 65) ("If the basis of selection is merely that those provisions of the first eight Amendments are incorporated which commend themselves to individual justices as indispensable to the dignity and happiness of a free man, we are thrown back to a merely (subjective test)" (Frankfurter J.)

70 ראו *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 798 (1950) ("Our nation proclaims a belief in the dignity of human beings as such, no matter what their nationality or where they happen to live") (Black J.); *United States v. Carignan*, 342 U.S. 36, 47 (1951) ("We in this country, however, early made the choice – that the dignity and privacy of the individual were worth more to society than an all-powerful police") (Douglas J.); *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 174 (1952) ("It does not fairly represent these decisions to suggest that they legalize force so brutal and so offensive to human dignity in securing evidence from a suspect as is revealed by this record") (Frankfurter J.); *Stein v. New York*, 346 U.S. 156, 207 (1953) ("That rule is the product of a civilization which, by respecting the dignity even of the least worthy citizen, raises the stature of all of us and builds an atmosphere of trust and confidence in government") (Douglas J.); *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 146 (1954) ("The cases in which coercive or physical infringements of the dignity and privacy of the individual were involved were not deemed sports in our constitutional law but applications of a general principle. They are only instances of the general requirement that states in their prosecutions respect certain decencies of civilized conduct") (Frankfurter J.); *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422, 449 (1956) ("The fifth Amendment protects the conscience and the dignity of the individual, as well as his safety and security, against the compulsion of government") (Douglas J.); *Frank v. Maryland*, 359 U.S. 360, 376 (1959) ("The commands of our First amendment (as well as the prohibitions of the Fourth and the Fifth) [...] are indeed closely related, safeguarding not only privacy and protection against self-incrimination .but conscience and human dignity and freedom of expression as well") (Douglas J.)

71 ראו *Goodman*, לעיל ה"ש 34; *Paust*, לעיל ה"ש 29; *Neuman*, לעיל ה"ש 29; *Resnik & Daly*, *Human Dignity in*; לעיל ה"ש 19; *Daly*, *Constitutional Dignity*; לעיל ה"ש 35; *Suk*, לעיל ה"ש 19.

72 ראו *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75, 92 (1966).

“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”.

וברוח דומה ציין השופט הרלן (Harlan J.) כי חופש ביטוי מבוסס על האמונה:⁷³

“[T]hat no other approach would comport with the premise of individual dignity and choice upon which our political system rests”.

אם בשנות הארבעים נעשה שימוש בכבוד האדם בעיקר להגנה על הפרט בפני כוחות השיטור של המדינה, הרי מאז שנות החמישים מהווה כבוד האדם ערך המונח ביסוד רוב רובן של הזכויות הקבועות במגילת הזכויות האמריקנית. פסיקה ענפה הכירה בכבוד האדם כערך המונח ביסוד התיקון הראשון,⁷⁴ התיקון הרביעי,⁷⁵ התיקון החמישי,⁷⁶ התיקון השישי,⁷⁷ התיקון השביעי,⁷⁸ התיקון השמיני⁷⁹ והתיקון הארבעה-עשר על כל היבטיו.⁸⁰

- .Cohen v. California, 403 U.S. 15, 24 (1971) 73
 .Gertz v. Welch, 418 U.S. 323 (1974); Beard v. Banks, 548 U.S. 521, 553 (200) ראו 74
 Osborn v. United States, 385 U.S. 323, 343 (1966); Wainwright v. New Orleans, ראו 75
 392 U.S. 598, 607 (1968); Segura v. United States, 468 U.S. 796, 839 (1984); Skinner v.
 Railway Labor Executives' Ass., 489 U.S. 602, 644 (1989); National Treasury
 Employees Union v. Von Raab, 489 U.S. 656, 681 (1989); Hudson v. Michigan, 547
 U.S. 586, 594 (2006); Florence v. Board of Chosen Freeholders, 566 U.S. 132 S. Ct.
 John D. Castiglione, *Hudson and Samson: The Roberts Court* 1510, 1525 (2012)
Confronts Privacy, Dignity, and the Fourth Amendment, 68 LA. L. REV. 63 (2007);
 .Castiglione, *Human Dignity Under The Fourth Amendment* לעיל ה"ש 18.
 Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 457, 460, 537 (1966); Doe v. United States, 487 ראו 76
 U.S. 201, 219 (1988); United States v. Balsys, 524 U.S. 666, 713 (1998)
 McKaskle v. Wiggins, 465 U.S. 168, 178 (1984); Portuondo v. Agard, 529 U.S. 61, ראו 77
 76 (2000); Indiana v. Edwards, 554 U.S. 164 (2008)
 .Irvin v. Dowd, 366 U.S. 717, 721 (1961) ראו 78
 Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 100 (1958); Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97, 102 ראו 79
 (1976); Hewitt v. Helms, 459 U.S. 460 (1983); Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517, 552–
 554 (1984); Hope v. Pelzer, 536 U.S. 730, 738, 745 (2002); Roper v. Simmons, 543
 U.S. 551, 560, 589 (2005); Woodford v. Ngo, 548 U.S. 81, 123 (2006); Kennedy v.
 Louisiana, 554 U.S. 407 (2008); Brown v. Plata, 131 S. Ct. 1910, 1928 (2011)
 Hugo A. Bedau, *The Eighth Amendment, Human Dignity, and the Death Penalty*, in THE
 CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 145 (Michael J.
 Meyer & William A. Parent eds., 1992)
 Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States, 379 U.S. 241 (1964); California v. ראו 80
 Goldfarb, 430 U.S. 199, 205, 210 (1977); NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S.

(2) תרומתו של השופט ברנן (Brennan J.)

תפקיד מרכזי בהכרה בכבוד האדם כערך חוקתי במשפט האמריקני מילא השופט ברנן.⁸¹ במאמרים שכתב⁸² ובפסקי דין שנתן במשך שלושים וארבע שנות כהונתו בבית המשפט העליון⁸³ הדגיש השופט ברנן את מרכזיותו של כבוד האדם כערך המונח ביסוד מגילת הזכויות האמריקנית. באחת מרשימותיו (מ-1984) כתב:⁸⁴

“The constitution is a sublime oration on the dignity of man, a bold commitment by a people to the ideal of libertarian dignity protected through law”.

ובפרשת *Paul v. Davis* (1976) הוא ציין:⁸⁵

886, 918 (1982); *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists*, 476 U.S. 747, 772 (1986); *Ohio v. Akron Center*, 497 U.S. 502, 520 (1990); *Cruzan v. Director, Missouri department of Health*, 497 U.S. 261, 289, 344 (1990); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 851, 916, 920, 983 (1992); *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127, 142 (1994); *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 911 (1995); *Adarand Constructors v. Pena*, 515 U.S. 200, 218 (1995); *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495, 517 (2000); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567, 575 (2003); *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701, 746 (2007); *Barbara Herman, Mutual* גמ. *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010) *Aid and Respect for Persons*, 94 ETHICS 577 (1984); Christopher A. Bracey, *Dignity in Race Jurisprudence*, 7 U. PA. J. CONST. L. 669 (2005); Reva B. Siegel, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, 117 YALE L.J. 1694 (2008); Reva B. Siegel, *Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-Sex Marriage*, 10 INT'L J CONST. L. 355 (2012).

ראו *Wermiel*, לעיל ה"ש 35; *Parent*, לעיל ה"ש 18. 81

ראו *William Brennan, Rededication Address: The ABA's Memorial to the Magna Carta*, 19 LOY. L.A. L. REV. 55 (1985); *William Brennan, The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, 27 S. TEX. L. REV. 433 (1986); *William Brennan, The Bill of Rights and the States: The Revival of State Constitutions as Guardians of Individual Rights*, 61 N.Y. U. L. REV. 535 (1986); *William J. Brennan, Jr., Color-Blind, Creed-Blind, Status-Blind, Sex-Blind*, 14 HUM. RTS. 30 (1987).

ראו *Wermiel*, לעיל ה"ש 35. 83

ראו *Brennan, The Constitution of the United States*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 438. 84

Paul v. Davis, 424 U.S. 693, 734–735 (1978). 85

“I have always thought that one of this court’s most important roles is to provide a formidable bulwark against governmental violation of the constitutional safeguards securing in our free society the legitimate expectations of every person to innate human dignity and sense of worth”.

גישה זו עוברת כחוט השני בפסקי הדין של השופט ברנן.⁸⁶ היא מצאה ביטוי בולט בפסיקתו בכל הנוגע לתיקון השמיני לחוקה. על פי תיקון זה אין להטיל ענישה אכזרית ובלתי רגילה (“cruel and unusual punishments”).⁸⁷ בפסק דינו בפרשת *Furman v. Georgia* (1972)⁸⁸ הוא כתב:⁸⁹

“At bottom, then, the Cruel and Unusual Punishments clause prohibits the infliction of uncivilized and inhuman punishments. The state, even as it punishes, must treat its members with respect for their intrinsic worth as

86 *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 767 (1966) (“The overriding function of the Fourth amendment is to protect personal privacy and dignity against unwarranted intrusion by the state”); *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 264–265 (1970) (“From its founding this Nation’s basic commitment has been to foster the dignity and wellbeing of all persons within its borders”); *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88, 107 (1976); *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543, 573 (1976); *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 625 (1984): (“In the context of reviewing state actions under the Equal Protection Clause, this Court has frequently noted that Discrimination based on archaic and overbroad assumptions about the relative needs and capacities of the sexes forces individuals to labor under stereotypical notions that often bear no relationship to their actual abilities. If thereby both deprives persons of their individual dignity and denies society the benefits of wide participation in political, economic, and cultural life”); *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 760 (1985); *O’Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342, 368 (1987) (“to deny the opportunity to affirm membership in a spiritual community, however, may extinguish an inmate’s last source of hope for dignity and redemption”); *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669, 708 (1987) (“Soldiers ought not be asked to defend a constitution indifferent to their essential human dignity”) “*Nancy Cruzan is entitled to choose to die with*) בעמ’ 302, *Cruzan*, לעיל ה”ש 80, בעמ’ 302 (dignity”

87 ראו התיקון השמיני לחוקה של ארצות הברית (US CONST. Amend. VIII). ראו Roderick Oxford, *Eighth Amendment ETS Claims: A Matter of Human Dignity*, 18 Ok. C. U. L. REV. 505 (1993).

88 *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

89 שם, בעמ’ 270.

human beings. A punishment is 'cruel and unusual', therefore, if it does not comport with human dignity".

ובפרשת *Gregg v. Georgia* (1976)⁹⁰ הוא הוסיף לעניין התיקון השמיני:⁹¹

"[F]oremost among the 'moral concepts' recognized in our cases and inherent in the clause is the primary moral principle that the state, even as it punishes, must treat its citizens in a manner consistent with their intrinsic worth as human beings – a punishment must not be so severe as to be degrading to human dignity. A judicial determination whether the punishment of death comports with human dignity is therefore not only permitted but compelled by the Clause".

על גישה זו הוא חזר בפסקי דין נוספים.⁹² עם זאת יודגש כי השופט ברנן לא ראה בכבוד האדם זכות חוקתית שאפשר לגזור אותה מהזכות לחירות⁹³ או על פי גישתו של השופט דאגלס בפרשת *Griswold*.⁹⁴

(3) תרומתו של השופט קנדי (Kennedy J.)

בכמה פסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון הכריע השופט קנדי את הכף בהשתמשו בערך החוקתי של כבוד האדם.⁹⁵ פסק הדין הראשון והמרכזי הוא *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)⁹⁶. בפרשה זו נתבקש בית

90. *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

91 שם, בעמ' 229–230.

92 *Jones v. Barnes*, 463 U.S. 745, 759, 763 (1983); *Autry v. McKaskie*, 465 U.S. 1085, 1086 (1984); *Glass v. Louisiana*, 471 U.S. 1080, 1080 (1985) ("[T]he 'physical and mental suffering' inherent in any method of execution is so 'uniquely degrading to human dignity' that, when combined with the arbitrariness by which capital punishment is imposed, the trend of enlightened opinion, and the availability of less severe penological alternatives, the death penalty is always unconstitutional"); *DeGarmo v. Texas*, 474 U.S. 973, 974 (1985); *Roach v. Aiken*, 474 U.S. 1039, 1042 (1986); *Davidson v. Cannon*, 474 U.S. 344, 356 (1986); *Walton v. Arizona*, 497 U.S. 639, 655 (1990) ("[T]he concern for human dignity lying at the core of the Eighth Amendment requires that a decision to impose the death penalty be made only after an assessment of its propriety in each individual case").

93 ראו לעיל בעמ' 411.

94 ראו לעיל בעמ' 413.

95 ראו *Daly, Constitutional Dignity*, לעיל ה"ש 19.

96 פרשת *Casey*, לעיל ה"ש 80.

המשפט העליון לסטות מפסק דינו בפרשת *Roe v. Wade* (1973)⁹⁷. פסק הדין בפרשה זו לא התבסס על כבוד האדם. לא כן פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת *Casey*, אשר נכתב על ידי השופטים סאוטר, אוקונור וקנדי (Souter, O'Connor, Kennedy JJ.). בקטע שכתבתו מיוחסת לקנדי, נכתב:⁹⁸

“These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment”.

זו הפעם הראשונה שההכרעה בשאלות חוקתיות חקיקה המגבילה הפלה הועמדה על בסיס כבוד האדם של האישה, הנגזר מהחירות (liberty) המוגנת בתיקון הארבעה-עשר של החוקה.

בפרשת *J.E.B. v. Alabama* (1994)⁹⁹ נדונה חוקתיותו של חוק אשר הפלה נשים בבחירת חבר המושבעים. בפסק דינו ציין השופט קנדי כי ההפליה פוגעת בכבוד האדם של האישה.¹⁰⁰

בפרשת *Rice v. Cayetano* (2000)¹⁰¹ נדונה השאלה אם המערער הופלה בכך שנמנע ממנו להצביע בבחירות שנערכו במדינה בשל טעמים של גזע. בפסק דינו השיב השופט קנדי על שאלה זו בחיוב. בהתייחסו להפליה על בסיס גזע כתב השופט קנדי:¹⁰²

“One of the principal reasons race is treated as a forbidden classification is that it demeans the dignity and worth of a person to be judged by ancestry instead of by his or her own merit and essential qualities”.

בפרשת *Stenberg v. Carhart* (2000)¹⁰³ נדונה חוקתיותו של חוק בנברסקה אשר אסר לחלוטין על ביצוע הפלה הכוללת לידה חלקית של העובר (Partial-Birth Abortion). החוק נמצא בלתי חוקתי. בדעת המיעוט סמך עצמו השופט קנדי על כבוד האדם של העובר כבסיס לשלילת הזכות להפלה:¹⁰⁴

97 פרשת *Roe v. Wade*, לעיל ה"ש 15.

98 פרשת *Casey*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 851.

99 פרשת *J.E.B. v. Alabama*, לעיל ה"ש 80.

100 שם, בעמ' 152.

101 פרשת *Rice*, לעיל ה"ש 80.

102 שם, בעמ' 517.

103 פרשת *Stenberg v. Carhart*, לעיל ה"ש 80.

104 שם, בעמ' 962.

“A State may take measures to ensure the medical profession and its members are viewed as healers, sustained by a compassionate and rigorous ethic and cognizant of the dignity and value of human life, even life which cannot survive without the assistance of others”.

פסק דין מרכזי במשפט החוקתי האמריקני, הסומך עצמו על כבוד האדם, הוא פרשת *Lawrence v. Texas* (2003).¹⁰⁵ בפרשה זו נפסק כי חוק של מדינת טקסס האוסר על יחסים הומוסקסואליים בין בוגרים אינו חוקתי. הפסק נכתב על ידי השופט קנדי, והוא מתבסס על כבוד האדם. כותב השופט:¹⁰⁶

“[A]dults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons”.

ובהמשך הוא כותב:¹⁰⁷

“The stigma this criminal statute imposes, moreover, is not trivial. The offense, to be sure, is but a class C misdemeanor, a minor offense in the Texas legal system. Still, it remains a criminal offense with all that imports for the dignity of the persons changed”.

פסק דין חשוב אחר שניתן על ידי השופט קנדי עסק בעונש המוות. השאלה היא אם עונש מוות לקטין בן 17 פוגע פגיעה לא חוקתית באיסור על ענישה אכזרית ובלתי רגילה (cruel and unusual punishment). בית המשפט העליון קבע בפרשת *Roper v. Simmons* (2005),¹⁰⁸ מפי השופט קנדי, כי החוק אינו חוקתי. פסק הדין התבסס על כבוד האדם:¹⁰⁹

“By protecting even those convicted of heinous crimes, the Eight Amendment reaffirms the duty of the government to respect the dignity of all persons”.

השופט קנדי חזר לבעיית חוקתיותם של חוקים האוסרים על הפלות בפרשת *Gonzales v. Carhart* (2007).¹¹⁰ גם בפרשה זו נדונה חוקתיותו של חוק פדרלי שאסר על Partial-Birth

פרשת <i>Lawrence v. Texas</i> , לעיל ה"ש 80.	105
שם, בעמ' 567.	106
שם, בעמ' 575.	107
פרשת <i>Roper</i> , לעיל ה"ש 79.	108
שם, בעמ' 6.	109
לעיל ה"ש 80.	110

Abortion. בית המשפט העליון קבע שהחוק חוקתי. פסק הדין של בית המשפט נכתב על ידי השופט קנדי. כמו בפרשת *Casey*,¹¹¹ גם בפרשה זו סמך עצמו השופט קנדי על כבוד האדם של האישה. בפסק *Casey* היה כבוד האדם בסיס לחופש הרצון של האישה אם לבצע הפלה אם לאו, ובפרשת *Carhart* היה כבוד האדם בסיס לשלילת זכות להפלה בכל אותם מקרים שבהם האיסור "expresses respect for the dignity of human life".¹¹² כבוד אדם זה הוא של העובר ושל האישה העוברת הפלה תוך לידה והעשויה להימצא בטרומה.¹¹³

בפרשת *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1* (2007)¹¹⁴ נדון הסדר קבלה לבתי ספר המבוסס על שיקולים של גזע. בעניין זה כתב השופט קנדי:¹¹⁵

"When the government classifies an individual by race, it must first define what it means to be of a race. Who exactly is white and who is nonwhite? To be forced to live under a state-mandated racial label is inconsistent with the dignity of individuals in our society".

בפרשת *Brown, Governor of California v. Plata* (2011)¹¹⁶ נדון העומס בבתי הסוהר בקליפורניה. נקבע כי האסירים אינם יכולים לקבל טיפול רפואי מתאים. הניסיונות לתיקון המצב לא הועילו. בית משפט הורה על צמצום במספר האסירים הכלואים בבתי הסוהר. ערעור לבית המשפט העליון נדחה. פסק הדין של בית המשפט העליון נכתב על ידי השופט קנדי. פסק הדין מסתמך על זכותם של האסירים לכבוד האדם. כותב השופט קנדי:¹¹⁷

"Prisoners retain the essence of human dignity inherent in all persons. Respect for that dignity animates the Eighth Amendment prohibition against cruel and unusual punishment".

לבסוף, בפרשת *United States v. Windsor* (2013)¹¹⁸ נדונה חוקתיותו של ה-Defense of Marriage Act (DOMA).¹¹⁹ חוק זה קובע, לענייננו, בזו הלשון:¹²⁰

- 111 פרשת *Casey*, לעיל ה"ש 80.
- 112 פרשת *Gonzales v. Carhart*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 157.
- 113 ראו *Siegel, Dignity and the Politics of Protection of Sexuality*, לעיל ה"ש 80.
- 114 פרשת *Parents Involved in Community Schools*, לעיל ה"ש 80.
- 115 שם, בעמ' 797.
- 116 פרשת *Brown v. Plata*, לעיל ה"ש 79.
- 117 שם, בעמ' 1928.
- 118 *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).
- 119 1 U.S.C. § 7 (1996).
- 120 סעיף 3 ל-DOMA.

“In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife”.

גברת וינדזור ובת זוגה נישאו בקנדה. נישואין אלה מוכרים בניו יורק. בת הזוג נפטרה והורישה את כל רכושה לגברת וינדזור. זו ביקשה ליהנות מפטור ממס עיזבון פדרלי הניתן לבן זוג (spouse) שנשאר בחיים. מתן פטור זה נמנע ממנה בשל הוראת DOMA. מכאן טענתה שהוראה זו אינה חוקתית.

בית המשפט העליון קיבל, ברוב דעות, את טענתה. פסק הדין של הרוב נכתב על ידי השופט קנדי. נקבע על ידיו כי DOMA פוגע בכבוד האדם של בני הזוג. כותב השופט קנדי: 121

“The federal statute is invalid, for no legitimate purpose overcomes the purpose and effect to disparage and to injure those whom the State, by its marriage laws, sought to protect in personhood and dignity. By seeking to displace this protection and treating those persons as living in marriages less respected than others, the federal statute is in violation of the Fifth Amendment”.

יודגש כי השופט קנדי לא קבע כי כבוד האדם הוא זכות חוקתית בחוקה הפדרלית. פסקתו באשר לכבוד האדם התרכזה בכבוד האדם כערך חוקתי.

3. הערכת כבוד האדם כערך חוקתי בחוקה האמריקנית

(א) מעמדו של כבוד האדם כערך חוקתי

בחינתה של הפסיקה הפדרלית האמריקנית מעלה כי כבוד האדם הוכר בפסיקה עקיבה ורציפה כערך חוקתי. מתחילת שנות הארבעים של המאה הקודמת ועד לפסיקה האחרונה (2013) הוכר כבוד האדם כערך המונח ביסוד כמה זכויות במגילת הזכויות האמריקנית.¹²²

121 פרשת Windsor, לעיל ה"ש 118, בעמ' 2696.

122 ראו Louis Henkin, *Human Dignity and Constitutional Rights, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES* 228 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992).

מהו מעמדו של ערך זה? מרפי (Murphy) סבור כי זהו הערך החשוב ביותר של החוקה האמריקנית:¹²³

“[H]uman dignity is not merely one of the fundamental values of the American constitutional system, it is the fundamental value”.

גודמן (Goodman) מציינת:¹²⁴

“[H]uman dignity [...] is a core value underlying express and un-enumerated constitutional rights and guarantees”.

נראה לי כי בכך יש הגזמה רבה.¹²⁵ תיאור מאוזן יותר של המציאות הנורמטיבית בפסיקה האמריקנית הוא כי כבוד האדם הוא אכן ערך חוקתי מוכר, וכי לאחר מלחמת העולם השנייה הוא מילא תפקיד חשוב בפרשנותן של כמה זכויות במגילת הזכויות האמריקנית.¹²⁶ חשיבותו של ערך חוקתי זה הולכת וגוברת במשפט החוקתי האמריקני,¹²⁷ אם כי טרם זכה להכרה כוללת.

(ב) מהותו של כבוד האדם בפסיקה האמריקנית

בחינתם של פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם מופיע כבוד האדם כנימוק להכרעה בדין מלמדת כי העיסוק בכבוד האדם הוא קטוע ולא מפותח.¹²⁸ השופטים

123 ראו Walter F. Murphy, *The Art of Constitutional Interpretation: A Preliminary Showing*, in ESSAYS ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES, 130, 157 (Mont J. Harman ed., 1978). ראו גם Walter F. Murphy, *An Ordering of Constitutional Values*, 53 S. CAL. L. REV. 703, 745 (1979) (“The basic value in the United States Constitution, broadly conceived, has become a concern for human dignity”).

124 ראו Goodman, לעיל ה"ש 34, בעמ' 743.

125 בחמישה פסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון בתחום זכויות האדם, הקשורים לכבוד האדם לא הוזכר כבוד האדם כלל, ראו פרשות *Brown v. Board of Education*, 347 (1954) *Griswold*, (U.S. 483 (1954)) לעיל ה"ש 15, *Roe v. Wade*, (לעיל ה"ש 15) *Atkins* (U.S. 536 (2002)) *Black v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) *Black v. Virginia*, 538 U.S. 343 (2003) *Black v. Virginia*, 538 U.S. 343 (2003).

126 ראו Neuman, לעיל ה"ש 29, בעמ' 270) “[T]he concept of human dignity has played a significant role in the interpretation of U.S. Constitutional rights in the latter half of the twentieth century”. ראו גם LOUIS HENKIN, HUMAN DIGNITY AND HUMAN RIGHTS 20 (1995).

127 ראו Rao, *Three Concepts of Dignity*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 270; Daly, *Constitutional Dignity*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 2.

128 ראו Jackson, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17) “The role of the concept of ‘human dignity’ in the court’s jurisprudence is episodic and underdeveloped” Rao, *On the Use and Abuse of*; “In the United States, the Supreme Court has also” 202, בעמ' 18, לעיל ה"ש 18, בעמ' 202.

מציינים כי פסיקתם מבקשת להגשים את כבוד האדם, אך אין הם מסבירים כבוד אדם מהו, על מה הוא משתרע, ומהם היסודות המרכיבים אותו.¹²⁹ אין עיסוק בשאלה מהו היחס שבין כבוד האדם (dignity) מזה לבין חופש הביטוי של האדם¹³⁰ והפרטיות של האדם¹³¹ מזה. השופט ברנן הכיר במגבלה זו של הפסיקה האמריקנית, בציינו ברשימה מפרי עטו:¹³²

“I do not mean to suggest that we have in the last quarter century achieved a comprehensive definition of the constitutional idea of human dignity [...] the demands of human dignity will never cease to evolve”.

דומה שהצדק עם Rao, הגורסת כי השימוש בכבוד האדם בפסיקה האמריקנית הוא אינטואיטיבי¹³³ ונעדר ניסיון להבנת המושג. אנשי מדע המשפט באמריקה – ובהם דבורקין, וולדרון וגוירט – עושים מאמץ חשוב ותורמים תרומה מהותית להבנת המושגיות התורתית של כבוד האדם, אך לא נעשה ניסיון של ממש לקשור הבנה זו עם מגילת הזכויות האמריקנית.¹³⁴ רק לאחרונה החל דיון חוקתי בשאלה אם ההגנה על זכויות האדם באמריקה

“Neuman ; (invoked the concept of human dignity, but more tentatively”²⁹, לעיל ה”ש 29, בעמ’ 249 () “[T]he principle of human dignity is recognized in US law, but it is (underdeveloped”.

129 ראו McAllister, לעיל ה”ש 26, בעמ’ 561, Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*, לעיל ה”ש 18, בעמ’ 202, Daly, *Constitutional Dignity*, לעיל ה”ש 19.

130 ראו Ronald J. Krotoszynski, *A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*, 78 TUL. L. REV. 1549, 1563 (2004).

131 ראו Bognetti, לעיל ה”ש 28, Whitman, *Enforcing Civility and Respect*; לעיל ה”ש 28, Whitman, *On Nazi ‘Honour’ and the New European ‘Dignity’*; לעיל ה”ש 28, Friedman & Whitman, לעיל ה”ש 28, Whitman, *The Two Western Cultures of*; לעיל ה”ש 28, Jeremy M. Miller, *Dignity as a New Framework, Replacing the Privacy Right to Privacy*, 30 THOMAS JEFFERSON L. REV. 1 (2007).

132 כפי שצוטט ב-Wermiel, לעיל ה”ש 35, בעמ’ 239.

133 ראו Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*, לעיל ה”ש 18, בעמ’ 208 (Courts invoking) “human dignity have generally allowed its meaning to rest on intuition. There is an (underlying, assumption [...] that we are supposed to know them”.

134 חריגים הם Rao, Siegel, Whitman, דאלי. ראו Whitman, *Enforcing Civility and Respect*, לעיל ה”ש 28, Whitman, *On Nazi ‘Honour’ and the New European ‘Dignity’*; לעיל ה”ש 28, Whitman, *The Two Western Cultures of*; לעיל ה”ש 28, Friedman & Whitman, לעיל ה”ש 28, Whitman, “Human Dignity” in Europe and the United States; לעיל ה”ש 28, Siegel, *Dignity and the Politics of Protection*; לעיל ה”ש 80, Siegel, *Dignity and Sexuality*; לעיל ה”ש 80, Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*; לעיל ה”ש 18, Daly, *Human Dignity in the Roberts*; לעיל ה”ש 27, Rao, *Three Concepts of Dignity*; לעיל ה”ש 19, Court, *Daly, Constitutional Dignity*; לעיל ה”ש 19, DALY, לעיל ה”ש 12.

תגבר או תיחלש אם כבוד האדם יהיה חלק ממגילת זכויות האדם,¹³⁵ מה תהא השפעתו של כבוד האדם – המופיע בשני צדי המשוואה – על זכותה של אישה לעבור הפלה?¹³⁶ כיצד ישפיע כבוד האדם על ההכרה בזכויות חיוביות במשפט החוקתי האמריקני?¹³⁷ דיון בשאלות אלה ואחרות¹³⁸ מעורר מצדו את השאלה אם צודקת Rao כשהיא גורסת כי הכרה בכבוד האדם תכניס גורמים קומוניטריים וסוציאליסטיים לחוקה שביסודה עומדת האוטונומיה של הפרט.¹³⁹ האם הדין עמה כאשר היא גורסת כי מגילת זכויות האדם האמריקנית מבוססת על החירות של הפרט כנגד המדינה, וכל גישה אחרת העשויה לנבוע מכבוד האדם – כגון היבטים חברתיים של הגנה על הפרט מפני עצמו או מפני רוע מזל – עשויה לשבש את המבנה הפנימי של מגילת הזכויות האמריקנית?¹⁴⁰ ואולי הדין עם Daly, שעל פיה ההכרה בכבוד האדם תחזק את הזכות לחירות (liberty) המוגנת במפורש ובמיוחד במגילת הזכויות האמריקנית,¹⁴¹ וכי ראוי לכבוד האדם לקבל הכרה חזקה יותר במשפט האמריקני.¹⁴² דומה אפוא כי המשפט החוקתי האמריקני נמצא בשלבים הראשונים של השימוש במושגיות של כבוד האדם, והדיון המעמיק יותר בשאלה אם ראוי להיזקק למושגיות זו בהבנת מגילת זכויות האדם בחוקה האמריקנית נמצא אך בתחילת דרכו.¹⁴³

- 135 ראו Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*, לעיל ה"ש 18; Rao, *Three Concepts of Dignity*, לעיל ה"ש 27; Resnik & Suk, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1938.
- 136 ראו Siegel, *Dignity and the Politics of Protection*, לעיל ה"ש 80; Siegel, *Dignity and Sexuality*, לעיל ה"ש 80; McAllister, לעיל ה"ש 26; Rao, *Three Concepts of Dignity*, לעיל ה"ש 27.
- 137 ראו Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 220; Rao, *Three Concepts of Dignity*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 222. ראו גם הלל סומר "מסמך רקע בנושא כבוד האדם כזכות חוקתית" (הוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 2005).
- 138 שאלה נוספת היא השפעת כבוד האדם על המשפט הפלילי המהותי, ראו Lois Shepherd, *Dignity and Autonomy after Washington v. Glucksberg: An Essay about Abortion, Death and Crime*, 7 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 431 (1998); Michal Buchhandler-Raphael, *Drugs, Dignity and Danger: Human Dignity as a Constitutional Constraint to Limit Overcriminalization* (forthcoming 80 TEN. L. REV., 2013).
- 139 ראו Rao, *Three Concepts of Dignity*, לעיל ה"ש 27.
- 140 ראו Erin Daly, *The New Liberty*, 11 WIDENER L. REV. 221 (2005).
- 141 ראו DALY, לעיל ה"ש 12.
- 142 ראו Daly, *Constitutional Dignity*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 2.
- 143 ראו גם Siegel, *Dignity and the Politics of Protection*, לעיל ה"ש 80; Rao, *On the Use and Abuse of Dignity*, לעיל ה"ש 18; Daly, *Human Dignity in the Roberts Court*, לעיל ה"ש 19; Rao, *Three Concepts of Dignity*, לעיל ה"ש 27; Siegel, *Dignity and Sexuality*, לעיל ה"ש 80; Daly, לעיל ה"ש 12. ראו גם Margaret E. Johnson, *Balancing Liberty, Dignity and Safety: The Impact of Domestic Violence Lethality Screening*, 32 CARDOZO L. REV. 519 (2010); Erin Daly, *Dignity in the Service of Democracy* (Widener Law School Legal Studies Research Paper Series no. 11-07, 2010).

פרק שבעה-עשר

כבוד האדם במשפט החוקתי הקנדי

א. בצ'רטר הקנדי לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם

1. העדרה של זכות עצמאית לכבוד האדם

הביטוי "כבוד האדם" אינו נזכר במפורש בצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים (Canadian Charter of Rights and Freedoms)¹ או בכל חלק אחר של החוקה. המבוא לצ'רטר קובע:

"Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law".

המבוא אינו מוסיף ואינו קובע כל התייחסות לכבוד האדם.² המסקנה ברורה: כבוד האדם אינו זכות עצמאית העומדת על רגליה שלה.

2. שלילת כבוד האדם כזכות חוקתית נגזרת

האם מכיר הצ'רטר הקנדי בכבוד האדם כזכות-בת חוקתית הנגזרת מאחת הזכויות העצמאיות המעוגנות בו? האם כבוד האדם מוכר כזכות-בת לזכות-האם הקבועה בסעיף 7 לצ'רטר הקנדי? זכות זו קובעת:³

- 1 הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים (Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982) (להלן: הצ'רטר הקנדי).
- 2 ראו Lorne Sossin, *The 'Supremacy of God', Human Dignity and the Charter of Rights and Freedoms*, 52 U. N. BRUNSWICK L.J. 227 (2003). המחבר מציע לראות בכבוד האדם גשר המקשר את עליונות האל לשלטון החוק. יצוין כי במבוא למגילת הזכויות של קנדה (ה-Canadian Bill of Rights and Freedoms) – שהיה דבר חקיקה "רגיל" נעדר עצמה חוקתית – נזכר כבוד האדם. ראו להלן בעמ' 435.
- 3 לניתוח הזכות ראו PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 366 (vol. I, 5th ed., 2007).

“Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”.

האין לגזור מהזכות לחיים, לחירות או לביטחון האישי זכות-בת לכבוד האדם? כפי שנראה,⁴ כבוד האדם הוא ערך מרכזי בצ'רטר הקנדי. האין לומר כי הגשתו של ערך זה בגדרי הזכות החוקתית לחיים, לחירות או לביטחון אישי מקיימת זכות-בת לכבוד האדם? השאלה התעוררה בפני בית המשפט העליון של קנדה בפרשת *Blencoe*.⁵ בפרשה זו טען המשיב כי החירות שלו נפגעה בשל עיכובים בלתי סבירים בטיפול של הוועדה לזכויות האדם (ה-*British Columbia Human Rights Commission*) בתלונות נגדו על הטרדה מינית. בית המשפט לערעורים קבע, ברוב דעות:⁶

“[...] s. 7, under the rubric of liberty and security of the person, operates to protect both the privacy and dignity of citizens against the stigma of undue, prolonged humiliation and public degradation of the kind suffered by [Blencoe] here”.

גישה זו נדחתה בבית המשפט העליון. כותב השופט בסטרש (Bastarache J.):⁷

“Respect for the inherent dignity of persons is clearly an essential value in our free and democratic society which must guide the courts in interpreting the Charter. This does not mean, however, that dignity is elevated to a free-standing constitutional right protected by s. 7 of the Charter. Dignity has never been recognized by this Court as an independent right but has rather been viewed as finding expression in rights, such as equality, privacy or protection from state compulsion. [...] [T]he notion of ‘dignity’ in the decisions of this court is better understood not as an autonomous Charter right, but rather, as an underlying value. [...] Respect for a person’s reputation, like respect for dignity of the person, is a value that underlies the Charter. These two values do not support the respondent’s proposition that protection of reputation or freedom from the stigma associated with human rights complaints are

4 ראו להלן בעמ' 436.

5 *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307

6 שם, בפס' 26. להחלטת בית המשפט לערעורים ראו *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 49 B.C.L.R. (3d) 216 (1998).

7 שם, בפס' 77.

independent constitutional s.7 rights. [...] Dignity and reputation are not self-standing rights. Neither is freedom from stigma”.

השופט בסטרש ציין כי כדי שתיפגע הזכות החוקתית צריך שלפעולת המדינה תהא השפעה רצינית ועמוקה על השלמות הפסיכולוגית שלו. לא כל פגיעה בכבוד האדם תביא לפגיעה בסעיף 7 של הצ'רטר הקנדי. השופט בסטרש מצטט מפרשה אחרת, שבה ציין השופט למר (Lamer J.):⁸

“If liberty of security of the person under s. 7 of the *Charter* were defined in terms of attributes such as dignity, self-worth and emotional well-being, it seems that liberty under s.7 would be all inclusive. In such a state of affairs there would be serious reason to question the independent existence in the *Charter* of other rights and freedoms such a freedom of religion and conscience or freedom of expression”.

נראה כי השאלה האמתית שעמדה בפני השופט בסטרש היא מה היקפה של הזכות המעוגנת בסעיף 7 לצ'רטר הקנדי. שאלה זו סבוכה היא.⁹ נקבע על ידיו כי אין לומר כי סעיף 7 נפגע בכל מקרה שכבוד האדם נפגע. נדרש שלפגיעה תהיה השפעה רצינית ועמוקה על השלמות הפסיכולוגית של האדם. נדרש גם איזון עם ערכים אחרים המונחים ביסוד סעיף 7 לצ'רטר הקנדי. דומה כי לא יכול להיות ספק כי זכות-בת נגזרת לכבוד האדם אינה מוכרת בצ'רטר הקנדי.

3. כבוד האדם כערך ברמה התת-חוקתית

הצ'רטר הקנדי אינו קובע כל הוראה מפורשת שלפיה כבוד האדם הוא ערך חוקתי. הוראה כזו מצויה במספר מקורות תת-חוקתיים. למשל, ה-*Canadian Bill of Rights*¹⁰ – שהיה דבר חקיקה “רגיל” של הפרלמנט הפדרלי הקנדי, ואשר בוטל עם כינונו של הצ'רטר הקנדי – קבע במבוא אליו:

“The Parliament of Canada, affirming that the Canadian Nation is founded upon principles that acknowledge the supremacy of God, the dignity and worth of the human person and the position of the family in a society of free men and free institutions [...]”.

8 פרשת Reference re ss 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123, 1170.

9 ראו HOGG, לעיל ה"ש 3, בעמ' 371.

10 Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, (R.S.C. 1970).

קביעה דומה מצויה במבוא לחקיקה של הפרובינציות באשר לזכויות האדם. למשל, ה־*Ontario Human Rights Code*¹¹ וה־*Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*¹² כוללים במבוא הפניה לערך בדבר כבוד האדם. גם המשפט המקובל הקנדי הכיר בערך של כבוד האדם. עמד על כך השופט קורי (Cory J.) באחת הפרשות:¹³

“Traditionally, the common law and Canadian society have recognized the fundamental importance of the innate dignity of the individual”.

אך האם כבוד האדם מוכר כערך חוקתי? האם הוא מעוגן במשתמע בצ'רטר הקנדי?

ב. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי הקנדי

1. מרכזיותו של כבוד האדם

(א) צ'רטר הקנדי בכלל

ברשימה ארוכה של פסקי דין¹⁴ הכירו שופטי בית המשפט העליון של קנדה לדורותיהם בכבוד האדם¹⁵ כבערך חוקתי. נקבע כי כבוד האדם מונח ביסוד המבנה החברתי¹⁶ והפוליטי¹⁷ של קנדה וביסוד שיטת המשפט הקנדית.¹⁸ צוין כי קיים קשר הדוק בין כבוד

- 11 Province of Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1990
- 12 Quebec Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1975
- 13 R. v. S (R.J.), [1995] 1 S.C.R. 607, 658. R. v. Stillman, [1997] 1 S.C.R. 607, 658
- 14 “The dignity of the : (L’Heureux-Dubé J.) שבה מציינת השופטת ל’רה־דובה (L’Heureux-Dubé J.) : “individual is a fundamental value underlying both the common law and the Charter”
- 15 בלמעלה מ־80 פסקי דין של בית המשפט העליון הקנדי (בשנים 1985–2011) סמכו עצמם השופטים על הערך של כבוד האדם בפירושו של הצ'רטר הקנדי.
- 16 ההפניה היא ל־dignity and self-worth; inherent dignity; human dignity; innate dignity.
- 17 ראו Dierk Ullrich, *Concurring Visions: Human Dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany*, 3 GLOBAL JURIST FRONTIERS 1, 17 (2003)
- 18 Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519, 585 (“As ראו members of a society based upon respect for the intrinsic value of human life and on the .inherent dignity of every human being [...]”) (Sopinka J.)
- 17 R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731, 806 (“A democratic society capable of giving ראו effect to the Charter’s guarantees is one which strives toward creating a community .committed to equality, liberty .and human dignity”) (Cory & Iacobucci J.J.)
- 18 R. v. Swain, [1991] 1 S.C.R. 933, 970 (“[T]he basic principles underlying our legal ראו system are built on respect for the autonomy and intrinsic value of all individuals” .(Lamer C.J.)

האדם לבין הצ'רטר הקנדי.¹⁹ צ'רטר זה אינו מגן על זכויות וחופשים בעלי אופי כלכלי בלבד אלא על זכויות וחופשים הקשורים לכבודו של האדם. ההיבט הכלכלי מוגן רק עד כמה שהוא מתבקש מכבוד האדם.²⁰ אכן, התפיסה היא כי הצ'רטר הקנדי מבוסס על כבוד האדם.²¹ הודגש כי כבוד האדם הוא ערך חשוב²² המונח ביסוד כל אחת מהזכויות הקבועות בצ'רטר הקנדי,²³ ובלב כל זכויות האדם.²⁴ לעניין ההגבלה על הזכויות הקבועות בצ'רטר – החייבת להיות מוצדקת לאור ערכיה של חברה פתוחה ודמוקרטית (free and democratic society) – ציין נשיא בית המשפט העליון של קנדה, השופט דיקסון (Dickson C.J.):²⁵

“The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody [...] respect for the inherent dignity of the human person [...]”

עם כל מרכזיותו של כבוד האדם כערך חוקתי בצ'רטר הקנדי אין הוא הערך העליון ואף לא הערך החשוב ביותר – הוא אחד מהערכים הבסיסיים והחשובים שעליהם מושתת הצ'רטר הקנדי.

- ראו R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, 164 (“The Charter and the right to individual liberty guaranteed under it are inextricably tied to the concept of human dignity”) (Wilson J.) 19
- ראו Martha Jackman, *Poor Rights: Using Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 20
- ראו *Blencoe* [2000] 3 S.C.R. 352, לעיל ה"ש 5, בעמ' 352 : “The Charter and the rights it guarantees are inextricably bound to concepts of human dignity” (Bastarache J.); M. (A) v. Ryan, [1997] 1 S.C.R. 157, 199 (“That [...] human dignity [is] a basic value underlying the charter, has also been recognized”) (L'Heureux-Dubé J.) 21
- ראו WIC Radio Ltd. v. Simpson, [2008] 2 S.C.R. 420, 429 (“[T]he worth and dignity of each individual [...] is an important value underlying the Charter”) (Binnie J.) 22
- ראו *Morgentaler*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 166 : “The idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the Charter” (Wilson J.) 23
- ראו Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130, 1179 (“[T]he innate dignity of the individual, [is] a concept which underlies all the Charter rights”) (Cory J.); R. v. Kapp, [2008], 2 S.C.R. 483, 504 (“[T]he protection of all of the rights guaranteed by the Charter has as its lodestar the promotion of human dignity”) (McLachlin C. J. & .Abella J.) 24
- ראו *Egan*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 543 : “This Court has recognized that inherent human dignity is the heart of individual rights in a free and democratic society” (L'Heureux-Dubé J.) 25
- R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 136

(ב) זכויות חוקתיות מסוימות**(1) הזכויות לשוויון**

בצד הקביעות הכלליות על מרכזיותו של הערך של כבוד האדם לצ'רטר הקנדי כמכלול הושם דגש מיוחד במרכזיותו של כבוד האדם לזכויות חוקתיות מסוימות. בהקשר זה הודגש ברשימה ארוכה של פסקי דין כי קיים קשר הדוק בין הזכות לשוויון²⁶ הקבועה בצ'רטר הקנדי לבין כבוד האדם.²⁷ צוין כי המטרה המונחת ביסוד הזכות לשוויון היא לכבד את כבוד האדם,²⁸ להגן עליו,²⁹ למנוע פגיעה בו³⁰ ולקדמו.³¹

- 26 ראו סעיף 15 לצ'רטר הקנדי. לניתוח הוראה זו, ראו להלן בעמ' 442.
- 27 ראו Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [2000] 1 S.C.R. 703, 733 (“The concept of ‘human dignity’ has been present in s.15 since the beginning”) (Binnie J.).
- 28 ראו Gosselin v. Quebec (Attorney General), [2002] 4 S.C.R. 429, 551 (“[A] purposive approach to this right must take into consideration a concern for individual human dignity of all those subject to law. [...] [D]isrespect for human dignity lies at the heart of discrimination”) (Bastarache J.).
- 29 ראו Stoffman v. Vancouver General Hospital, [1990] 3 S.C.R. 483, 546 (“The interest which the guarantee of equality embodied in s.15 were meant to protect; i.e., human dignity and the sense of self-worth and self-esteem, were thus violated”) (Wilson J.); Thibaudeau v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 627, 701 (“[T]he purpose of s.15 is to protect human dignity by ensuring that all individuals are recognized at law as being equally deserving of concern respect and consideration”) (Cory & Iacobucci J.J.); Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497, 529 (“[T]he purpose of s.15(1) is to prevent the violation of essential human dignity”) (Iacobucci J.); Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2 S.C.R. 625, 674 (“The central purpose of the guarantee in s.15 is to protect an individual’s right to be treated with dignity”) (McLachlin J.); Lovelace v. Ontario, [2000] 1 S.C.R. 950, 984 (“The central purpose of the guarantee in s. 15(1) is to protect against the violation of essential human dignity”) (Iacobucci J.).
- 30 ראו Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203, 216 (“[T]he general purpose of s. 15(1) [is] to prevent the violation of human dignity”) (McLachlin and Bastarache J.J.).
- 31 ראו McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229, 399 (“The purpose of the equality guarantee is the promotion of human dignity”) (Wilson J.); M. v. H., [1999] 2 S.C.R. 3, 125 (“[...] the central purpose of the s. 15(1) equality guarantee is to protect and promote human dignity”) (Gonthier J.).

(2) הזכות לחופש הביטוי

פסיקתו של בית המשפט העליון של קנדה ראתה קשר חשוב בין הזכות לחופש הביטוי לבין הערך של כבוד האדם.³² צוין כי הטעם של הגשמה עצמית המונח ביסוד כבוד האדם מונח גם ביסוד הזכות לחופש הביטוי.³³ היטיבו להביע זאת הנשיאה מקלוקלין (McLachlin C.J.) והשופט להבל (LeBel J.) באחת הפרשות:³⁴

“The core values which free expression promotes include self-fulfillment, participation in social and political decision making, and the communal exchange of ideas. Free speech protects human dignity and the right to think and reflect freely on one’s circumstances and condition. It allows a person to speak not only for the sake of expression itself, but also to advocate change, attempting to persuade others in the hope of improving one’s life and perhaps the wider social, political, and economic environment”.

(3) הזכות לחיים, לחירות ולביטחון אישי

זכות מרכזית בצ'רטר הקנדי היא הזכות הקבועה בסעיף 7. על פיה³⁵ לכל אדם הזכות לחיים (life), לחירות (liberty) ולביטחון אישי (security of the person), והזכות שאלה לא ייפגעו אלא לפי העקרונות של “צדק בסיסי” (fundamental justice). לעניין הזכות לחירות – קיים חוסר בהירות באשר להיקפו של מושג זה.³⁶ פגיעה בערך של כבוד האדם יכולה להיות, במקרים חריגים, פגיעה בחירות, וזאת במקום שהיא פוגעת ביכולת לקבל הכרעות

32 ראו פרשת *Reference re ss 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, לעיל ה”ש 8, בעמ’ 1183 (“[L]anguage is, indeed, an expression of one’s culture and often of one’s sense of) (Lamer J.) (dignity and self-worth”.

33 ראו *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, 811 (“[T]he emphasis which this Court has placed upon the inherent dignity of the individual in interpreting Charter guarantees suggests that the rationale of self-actualization should also play an important part in decisions under s. 2(b) of the Charter [...] Freedom of expression protects certain values which we consider fundamental – democracy, a vital, vibrant and creative culture, the dignity of the individual”) (McLachlin J.).

34 *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 172.

35 לנוסח ההוראה, ראו לעיל בעמ’ 434.

36 ראו HOGG, לעיל ה”ש 3, בעמ’ 365. ראו גם *Margot Young, Section 7 and the Politics of Social Justice*, 38 U.B.C. L. REV. 539 (2005).

בסיסיות היורדות לגרעינו של כבוד האדם.³⁷ לעניין הביטחון האישי נפסק כי נכללים בגדריו מצבים מסוימים הפוגעים בערך של כבוד האדם.³⁸ באשר לצדק הבסיסי טרם התקבלה הכרעה ברורה באשר להיקפו של דיבור זה. עם זאת מוסכם כי היבטים מסוימים של כבוד האדם נכללים בו.³⁹

(4) זכויות במשפט

הכול מסכימים כי פגיעה בערך של כבוד האדם הקשורה בזכויות נאשם בפלילים פוגעת בעקרונות של צדק בסיסי. עקרונות אלה מבוססים על ההכרה בכבוד האדם, בחשיבותו ובשלטון החוק.⁴⁰ בגדר תפיסה זו נקבע כי איסור פלילי מוחלט אינו חוקתי,⁴¹ וכי האחריות הפלילית מתבססת על מחשבה פלילית.⁴² דיני החיפוש וההפיסה (search and seizure)⁴³ מבוססים על "קדושת הגוף",⁴⁴ ופגיעה בהם פוגעת בכבוד האדם.⁴⁵ הגנה זו משתרעת גם על "מידע ביוגרפי" אשר מתקבל מחיפוש במחשב.⁴⁶ גם הדינים הקשורים בזכות השתיקה מושפעים מכבוד האדם.⁴⁷

- 37 ראו Godbout v. Longueuil (City), [1997] 3 S.C.R. 844, para. 66 ("The autonomy protected by the s.7 right to liberty, however, encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence") (La Forest J.)
- 38 ראו פרשת *Rodriguez*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 634 : s. 7 of the Charter to security of the person, a concept which encompasses the notions of dignity and the right to privacy" (McLachlin J.)
- 39 ראו R. v. Daviault, [1994] 3 S.C.R. 63, 126 ("The Charter calls for a similar response. Central to its values are the integrity and dignity of the human person. These serve to define the principles of fundamental justice") (LeBel J.) *Deriving the Right to Water from the Right to Life, Liberty and Security of the Person*, 19 RECIEL 306 (2010).
- 40 ראו Reference re Motor Vehicle Act (B.C.) s. 94(2), [1985] 2 S.C.R. 486, 503
- 41 שם. ראו גם R. v. Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577, 606
- 42 ראו R. v. Hess, [1990] 2 S.C.R. 906
- 43 ראו סעיף 8 לצ'רטר הקנדי.
- 44 ראו R. v. Dyment, [1988] 2 S.C.R. 417
- 45 שם, בפס' 27 : "[T]he use of person's body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity" (La Forest J.) R. v. Greffe, [1990] 1 S.C.R. 755, 795 ("It is the intrusive nature of the rectal search and considerations of human dignity and bodily integrity that demand the high standard of justification before such a search will be reasonable" (Lamer J.); R. v. Golden, [2001] 3 S.C.R. 679, 732 ("a strip search is a much more intrusive search and, accordingly, a higher degree of justification is required

הוא הדין בהוראה שלפיה כל אדם זכאי שלא להיות נתון לטיפול או לעונש אכזרי (cruel) או בלתי רגיל (unusual).⁴⁸ בית המשפט העליון קבע כי בהכרעה אם עונש הוא אכזרי או בלתי רגיל יש להתחשב בערך של כבוד האדם.⁴⁹ עונש המוות אסור בקנדה. התעוררה השאלה אם אפשר להסגיר נאשמים מקנדה לארצות הברית בלא לדרוש התחייבות כי לא יוצאו להורג בארצות הברית. בפרשת *Kindler*⁵⁰ נפסק ברוב דעות כי אפשר להסגיר נאשם בלא לדרוש התחייבות מארצות הברית כי לא יוצא להורג. גישה זו שונתה בפרשת *Burns*,⁵¹ שבה נפסק כי הסגרה כאמור תפגע בעקרונות של צדק בסיסי. בדעת מיעוט בפרשת *Kindler*⁵² פרס השופט קורי בהרחבה את נימוקיו, ולפיהם עונש מוות הוא עונש אכזרי ובלתי רגיל. לענייננו חשוב לציין כי הוא כרך קביעתו זו בערך של כבוד האדם. כותב השופט קורי (Cory J.):⁵³

“Although any form of punishment may be a blow to human dignity, some form of punishment is essential for the orderly functioning of society. However, when a punishment becomes so demeaning that all human dignity is lost, then the punishment must be considered cruel and unusual”.

- in order to support the higher degree of interference with individual freedom and dignity
 .13. לעיל ה"ש 13. *פרשת Stillman*, (Iacobucci & Arbour J.J.)
- R. v. Plant, [1993] 3 S.C.R. 281, 293 (“[I]n fostering to underlying values of dignity, ראו 46
 integrity and autonomy, it is fitting that s.8 of the Charter should seek to protect a
 biographical core of personal information which individuals in a free and democratic
 society would wish to maintain and control from dissemination to the state”) (Sopinka
 J.)
- R. v. Amway Corp., [1989] 1 S.C.R. 21, 40 (“Applying a purposive interpretation to ראו 47
 s. 11(c), I am of the opinion that it was intended to protect the individual against the
 affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to
 force the person charged to supply the evidence out of his or has own mouth”) (Sopinka
 J.)
- ראו סעיף 12 לצ'רטר הקנדי. ראו 48
- R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045, para. 98 (“A punishment will be cruel and ראו 49
 unusual and violate s. 12 of the Charter if [...] The punishment is of such character or
 duration as to outrage the public conscience or to be degrading to human dignity”)
 .(Lamer J.)
- Reference Re Ng ראו גם Kindler v. Canada (Minister of Justice), [1991] 2 S.C.R. 779 50
 .Extradition, [1991] 2 S.C.R. 858
- .United States v. Burns, [2001] 1 S.C.R. 283 51
- ראו לעיל ה"ש 50. 52
- שם, בעמ' 814. 53

דעת מיעוט זו היא עתה דעת הרוב. עם זאת הבסיס להחלטה אינו בהוראת סעיף 12 לצ'רטר הקנדי אלא בהוראת סעיף 7 בו.

2. תוכנו של כבוד האדם

(א) כבוד האדם כאנושיותו של האדם

שופטי בית המשפט העליון של קנדה ביקשו, כל אחד מזווית הראייה שלו, לתת ביטוי להבנתו את הערך של כבוד האדם. אמנם הודגש כי הערך של כבוד האדם הוא מושג "מופשט וסובייקטיבי",⁵⁴ חמקמק⁵⁵ וטעון ערכים.⁵⁶ חרף זאת נעשה ניסיון להבין את מהותו של כבוד האדם בצ'רטר הקנדי. מהות זו אינה קשורה למעמדו של האדם ולסטטוס שלו.⁵⁷ היא קשורה לפנימיותו של האדם ולקשריו עם זולתו. דומה שביטוי עקרוני לכך נתנה השופטת ל'רה-דובה (L'Heureux-Dubé J.), בציינה:⁵⁸

"Dignity is [...] a concept comprising fundamental assumptions about what it means to be a human being in society. It is an essential aspect of humanity, the absence of which is felt by all members of society".

כבוד האדם הוא אנושיותו של האדם. אנושיות זו מוצאת את ביטויה בפעולות שונות המקדמות אותה, ובפעולות אחרות הפוגעות בה. היא נבחנה אפוא על ידי השופטים במסגרת הדיון שלהם בזכויות השונות אשר הגשימו את כבוד האדם או מנעו את הפגיעה בו.

(ב) הביטויים השונים של כבוד האדם

(1) כבוד האדם בפרשת *Law*

הניתוח המקיף ביותר של כבוד האדם נערך על ידי השופט יעקובוצי (Iacobucci J.) בפרשת *Law*.⁵⁹ פרשה זו עסקה בזכות לשוויון. נבחנה בה חוקתיותו של חוק אשר העניק

54 ראו פרשת *Kapp* לעיל ה"ש 23, בעמ' 511 ("Human dignity is an abstract and subjective...nation") (McLachlin C.J. & Abella J.)

55 ראו Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 S.C.R. 76, 132 ("The concept of 'human dignity' is somewhat elusive") (Binnie J.)

56 ראו Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh, [2002] 4 S.C.R. 325, 370 ("Dignity is by its very nature a loaded and value-ridden concept") (L'Heureux-Dubé J.)

57 ראו פרשת *Law*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 530.

58 פרשת *Nova Scotia*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 370.

59 לעיל ה"ש 29.

גמלאות במקרה של מות בן זוג. נקבע בחוק כי בן זוג שגילו פחות מ-30 מקבל גמלאות נמוכות מבן זוג שגילו מעל ל-30. השאלה הייתה אם הוראה זו פוגעת בזכות לשוויון. השופט יעקובוצי קבע כי המטרה המונחת ביסוד הזכות לשוויון היא למנוע פגיעות בכבוד האדם. כותב השופט יעקובוצי: ⁶⁰

“[T]he purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration”.

בהמשך פסק הדין שואל השופט יעקובוצי: “מה הוא כבוד האדם?” ⁶¹ הוא משיב על כך בהקשר של הזכות לשוויון (סעיף 15(1)) הקבועה בצ'רטר הקנדי: ⁶²

“Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?”

60 שם, בעמ' 529.

61 שם, בעמ' 530.

62 שם.

תפיסה זו של כבוד האדם, אף שהיא נקבעה בהקשר של הזכות לשוויון, עשויה כמובן להדריך בהבנת כבוד האדם בהקשרים אחרים.

(2) כבוד האדם בפרשת *Morgentaler*

נקודת מבט נוספת על כבוד האדם צוינה בפרשת *Morgentaler*.⁶³ בפרשה זו נדונה הוראה בחוק הפלילי אשר אסרה על הפלות. בית המשפט העליון קבע ברוב דעות כי ההוראה פוגעת בזכות האישה לחירות ולביטחון אישי,⁶⁴ ואין להצדיקה על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה.⁶⁵ בנמקה את גישתה כי ההוראה הפלילית פוגעת בחירותה של האישה ובביטחונה האישי, שכן היא פוגעת בכבוד האדם שלה, כותבת השופטת וילסון (Wilson):⁶⁶

“The Charter and the right to individual liberty guaranteed under it are inextricably tied to the concept of human dignity”.

לדעת השופטת וילסון, ביסוד הצ'רטר הקנדי מונחת התאוריה שלפיה:⁶⁷

“[T]he state will respect choices made by individuals and, to the greatest extent possible, will avoid subordinating these choices to any one conception of the good life. Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the Charter is founded is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state. [...] The right to reproduce or not to reproduce which is in issue in this case [...] is properly perceived as an integral part of modern woman's struggle to assert her dignity and worth as a human being”.

בהתייחס לחוק האוסר על ביצוע ההפלה, כותבת השופטת וילסון:⁶⁸

“She is truly being treated as a means – a means to an end which she does not desire but over which she has no control. She is the passive recipient of a decision made by others as to whether her body is to be used to

63 לעיל ה"ש 19.

64 סעיף 7 לצ'רטר הקנדי. ראו לעיל בעמ' 439.

65 סעיף 1 לצ'רטר הקנדי. ראו להלן בעמ' 448.

66 פרשת *Morgentaler*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 164.

67 שם, בעמ' 166–172.

68 שם, בעמ' 173.

nurture a new life. Can there be anything that comports less with human dignity and self-respect?"

שני היסודות שעליהם עמדה השופטת וילסון בפסק דינה – הזכות לקבל החלטות, אישיות בסיסית, ושלא להיות אך אמצעי להחלטות של אחר – עוברות כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון של קנדה.

(3) כבוד האדם, חופש הרצון והאוטונומיה של הפרט

כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון של קנדה התפיסה כי כבוד האדם משמעותו בין השאר חופש הבחירה של האדם לפתח את גופו ורוחו על פי רצונו⁶⁹ תוך שימוש באוטונומיה של רצונו שלו.⁷⁰ כבוד האדם נפגע אם מוטל עליו עונש מוות,⁷¹ אם נפגעת הזכות להשתתף בבחירות,⁷² אם נשללת מאסיר הזכות להצביע,⁷³ אם אדם נדרש להפיל את עצמו,⁷⁴ אם נשללת ממנו האפשרות להחליט על סיום חייו,⁷⁵ אם הוא מקיים יחסי מין בניגוד לרצונו,⁷⁶ אם הוא מופלה בשל stereotyping ו־social prejudice במינוי או בכל דרך אחרת הפוגעת בהערכתו העצמית,⁷⁷ אם הוא מושפל ומבוזה.⁷⁸ כבוד האדם מחייב שמירה על שמו הטוב של אדם,⁷⁹ על פרטיותו,⁸⁰ על השתתפותו כשווה בין שווים בחיי החברה⁸¹ ועל חופש הביטוי שלו.⁸²

- 69 שם. ראו גם Miron v. Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418, para. LXV (“[The principle of equality] recognizes the dignity of each human being and each person’s freedom to develop his body and spirit as he or she desires”) (McLachlin, J.)
- 70 ראו פרשת *Morgentaler*, לעיל ה”ש 19, בעמ’ 166; פרשת *Rodriguez*, לעיל ה”ש 16, בעמ’ 560. ראו גם R. v. Ewanchuk, [1999] 1 S.C.R. 330, 348 (“Having control over who touches one’s body, and how, lies at the core of human dignity and autonomy”) (Major J.)
- 71 ראו פרשת *Kindler*, לעיל ה”ש 50.
- 72 ראו Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158.
- 73 ראו *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519.
- 74 ראו פרשת *Stillman*, לעיל ה”ש 13; R. v. White, [1999] 2 S.C.R. 417.
- 75 ראו פרשת *Rodriguez*, לעיל ה”ש 16.
- 76 ראו R. v. Mabior, [2012] 2 S.C.R. 584, para. 45 (“sexual assault is wrong because it denies the victim’s dignity as a human being”) (McLachlin C.J.)
- 77 ראו פרשת *Miron*, לעיל ה”ש 69; פרשת *Law*, לעיל ה”ש 29; פרשת *Ryan*, לעיל ה”ש 21.
- 78 ראו R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452, 479 (“[D]egrading or dehumanizing materials place women (and sometimes men) in positions of subordination, servile submission or humiliation. They run against the principles of equality and dignity of all human beings”) (Sopinka J.)
- 79 ראו פרשת *Hill*, לעיל ה”ש 23; פרשת *WIC Radio Ltd.*, לעיל ה”ש 22, בעמ’ 429: “[T]he worth and dignity of each individual, including reputation, is an important value

(4) כבוד האדם ותפיסת האדם כמטרה לעצמה

כבוד האדם נפגע במקום שהאדם נתפס כאמצעי להשגת מטרה של אחר או של החברה ולא כמטרה לעצמו. כבודו של אדם נפגע כאשר הוא נתפס כחפץ ולא כבן אנוש, כשזהותו העצמית ורצונו העצמי אינם רלוונטיים, והוא נשלט על ידי רצונו של אחר. על כן נפגע כבודה של אישה אם נאסר עליה לעבור הפלה;⁸³ נפגע כבודו של נאשם אם מוטלת עליו אחריות פלילית והוא נידון למאסר בלא כל מחשבה פלילית או התרשלות;⁸⁴ נפגע כבודו של אדם אשר בוצע בו מעשה מיני ללא הסכמתו.⁸⁵

(5) כבוד האדם בגדריה של חברה

כבוד האדם הוא כבודו של אדם בגדריה של החברה שבה הוא חי. כבודו של אדם מקודם במקום שמוכר מקומו המלא בחברה שבה הוא חי;⁸⁶ כבודו של האדם נשמר כאשר

- R. v. Lucas, [1998] 1 S.C.R. 439, 463 (“The underlying the Charter” (Binnie J.) protection of an individual’s reputation from willful and false attack recognizes [...] the innate dignity of the individual”) (Cory J.); Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR Inc., [2011] 1 S.C.R. 214, 229 (“Since good reputation is related to dignity [...] it is also tied to the rights protected by the Canadian Charter. Reputation is a fundamental feature of personality that makes it possible for an individual to develop in society”) (Deschamps J.).
- 80 ראו פרשת *Ryan*, לעיל ה"ש 21, בפס' 80 לפסק הדין של השופטת ל'רה-דובה (L'Heureux-) : “That privacy is essential to human dignity, a basic value underlying the Charter, has also been recognized”
- 81 ראו פרשת *Gosselin*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 462 : “The aspect of human dignity targeted by s. 15(1) is the right of each person to participate fully in society and to be treated as on equal member” (McLachlin C.J.).
- 82 ראו פרשת *R.W.D.S.U.*, לעיל ה"ש 34.
- 83 ראו פרשת *Morgentaler*, לעיל ה"ש 19.
- 84 ראו פרשת *Hess*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 924 : “[T]o imprison a ‘mentally innocent’ person is to inflict grave injury on that person’s dignity and sense of worth. [...] [T]hat person is treated as little more than a means to an end. That person is in essence told that because of an overriding social or moral objective he must lose his freedom even though he took all reasonable precautions to ensure that no offence was committed” (Wilson J.).
- 85 ראו פרשת *Mabior*, לעיל ה"ש 76, פס' 48 לפסק הדין של השופטת מקלקלין (McLachlin) : “To engage in sexual acts without the consent of another person is to treat him or her as an object and negate his or her human dignity”
- 86 ראו פרשת *Law*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 530 : “Human dignity [...] is enhanced when laws recognize the full place of all individual and groups within Canadian society” (Iacobucci J.).

מתאפשר לו להשתתף השתתפות מלאה בחברה שלו, כשווה בין שווים,⁸⁷ תוך קבלת אחריות לנעשה בחברה.⁸⁸ על כן הגשמת כבוד האדם מחייבת שקולו של אדם בבחירות לא ייגרע,⁸⁹ וכי תינתן לו הזכות להצביע.⁹⁰ חופש הביטוי מקדם את כבוד האדם משום שהוא מאפשר לאדם לבטא עצמו ולשכנע אחרים בתקווה לשינוי לטובה.⁹¹

3. תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי

(א) כבוד האדם כאמת מידה פרשנית בקביעת היקפה של זכות חוקתית

כבוד האדם כערך חוקתי מילא שני תפקידים עיקריים בפסיקתו של בית המשפט העליון בקנדה: התפקיד הראשון הוא בעל אופי פרשני. כבוד האדם נתפס כערך חוקתי שהזכויות החוקתיות השונות נועדו להגשימו. הזכויות פורשו באופן המגשים ערך זה.⁹² כותב נשיא בית המשפט העליון השופט דיקסון (Dickson C.J.):⁹³

“The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody [...] respect for the inherent dignity of the human person [...]”.

- 87 ראו פרשת *Gosselin*, לעיל ה"ש 28.
- 88 ראו *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, 682 (“The dignity of the person arises not only from the exercise of rights such as the freedom to choose, but also, and just as importantly, from the assumption of the responsibilities that naturally flow from participation in the life of the community”) (Iacobucci J.)
- 89 ראו פרשת ה-*Electoral Boundaries*, לעיל ה"ש 72, בעמ' 196: “Respect for individual dignity and social equality mandate that citizen’s votes not be unduly debased or diluted” (McLachlin J.)
- 90 ראו פרשת *Sauvé*, לעיל ה"ש 73, בפס' 35: “Denying citizens the right to vote runs counter to our constitutional commitment to the inherent worth and dignity of every individual” (McLachlin C.J.)
- 91 ראו פרשת *R.W.D.S.U.*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 172: “Free speech protects human dignity and the right to think and reflect freely, on one’s circumstances and conditions. It allows a person to speak not only for the sake of expression itself, but – also to advocate change, attempting to persuade other in the hope of improving one’s life and perhaps the wider social, political, and economic environment” (McLachlin C.J. & Lebel J.)
- 92 ראו פרשת *Gosselin*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 546: “[R]espect for the dignity of all human beings is an important, if not foundational, value of this or any society, and that the interpretation of the Charter may be aided by taking such values into account” (Bastarache J.). ראו גם פרשת *Mabior*, לעיל ה"ש 76, בפס' 45 לפסק הדין של השופטת מקלקלין (McLachlin C.J.): “The Charter values of equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity are particularly relevant to [...] interpretation”
- 93 ראו פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 25, בפס' 64 לפסק הדין של הנשיא דיקסון.

על גישה זו חזר השופט בסטרש (Bastarache J.):⁹⁴

“[R]espect for the inherent dignity of persons is clearly an essential value in our free and democratic society which must guide the courts in interpreting the Charter [...]”.

אמת, כבוד האדם לא היה הערך היחיד שזכות זו או אחרת נועדה להגשים. אילו כך היה הדבר, היה כבוד האדם מוכר כזכות חוקתית. אכן, כבוד האדם היה רק אחד הערכים שיש להגשים, ועל בית המשפט היה לאזן בינו לבין ערכים אחרים אשר אותה זכות נועדה להגשים. זאת ועוד: גם כשכבוד האדם הוכר כמטרה שזכות זו או אחרת נועדה להגשים, לא היה זה כבוד האדם במלוא היקפו אלא היבט זה או אחר שלו. עם זאת, ובכפוף למגבלות אלה, לכבוד האדם הייתה השפעה רבה על פירושן של הזכויות השונות וקביעת היקפן. בשורה ארוכה של פסקי דין צוין כי ביסוד הזכות לשוויון מונח בין השאר הערך של כבוד האדם.⁹⁵ פסיקה זו הגיעה לשיאה בפרשת *Law*,⁹⁶ שבה נקבע כי המטרה המרכזית המונחת ביסוד הזכות לשוויון היא כבוד האדם. כעבור שנים מעטות שונתה הגישה. בפרשת *Kapp*⁹⁷ הצביע בית המשפט על הקשיים שבאימוץ המבחן של כבוד האדם והציע מבחנים נוספים בעניין זה.⁹⁸

(ב) כבוד האדם בהגבלתן של הזכויות החוקתיות

התפקיד השני של הערך בדבר כבוד האדם הוא בהגבלתן של הזכויות החוקתיות. הזכויות החוקתיות הקבועות בצ'רטר הקנדי הן יחסיות. ניתן להגבילן. להגבלות אלה יש גבולות. דבר זה קבוע בסעיף 1 לצ'רטר הקנדי:

“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”.

94 פרשת *Blencoe* [2000], לעיל ה"ש 5, בעמ' 353.

95 ראו לעיל בעמ' 438.

96 ראו לעיל ה"ש 29. ראו גם Errol P. Mendes, *Taking Equality into the 21st Century: Establishing the Concept of Equal Human Dignity*, 12 NJCL 3 (2000); Robert Leckey, *Embodied Dignity*, 5 OXFORD U. COMMW. L.J. 63 (2005).

97 לעיל ה"ש 23.

98 על כך מתח אקרמן ביקורת. ראו LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 241 (2012). Christopher Essert, *Dignity and Membership, Equality and Egalitarianism: Economic Rights and Section 15*, 19 CAN. J. L. & JURIS. 507 (2006); Rory O'Connell, *The Role of Dignity in Equality Law: Lessons from Canada and South Africa*, 6 INT'L J. CONST. L. 267 (2008).

הפירוש שניתן להוראה זו הוא כי היא משקפת את המידתיות.⁹⁹ היא קובעת את העקרונות הצריכים להתקיים כדי להצדיק הגבלה על זכות חוקתית בחברה חופשית ודמוקרטית. עקרונות אלה כוללים בחובם – כך נפסק בפרשת *Oakes*¹⁰⁰ – את כבוד האדם. לעניין עקרונות אלה – ובהם כבוד האדם – כותב הנשיא דיקסון (Dickson C.J.) בפרשת *Oakes*¹⁰¹:

“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”.

במסגרת דיני המידתיות יש לכבוד האדם תפקיד חשוב: ראשית, חוק המגביל זכות הקבועה בצ'רטר הקנדי יהא לתכלית ראויה אם מטרת החוק היא לקדם את כבוד האדם; שנית, במסגרת מרכיבי המידתיות במובן הצר (איזון) יינתן משקל ניכר לאותו צד של המאזניים שבו מצוי כבוד האדם. על כן אם חוק פוגע בזכות הקבועה בצ'רטר, והפגיעה היא בהיבט של כבוד האדם, יינתן לכך משקל רב באיזון בין מניעתה של פגיעה זו לבין הגשמתה של המטרה הציבורית שאותה נועד החוק להגשים.

99 ראו פרשת *Oakes*, לעיל ה"ש 25. ראו גם אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 237 (2010).

100 ש.ס.

101 ש.ס, בפס' 64.

פרק שמונה-עשר

כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני

א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד האדם

1. הוראת סעיף 1(1) לחוק היסוד הגרמני

הסעיף הראשון לחוק היסוד הגרמני – היא החוקה הגרמנית – מעגן בחובו את כבוד האדם. וזו לשון הסעיף:¹

1. "כבוד האדם לא ניתן לנגיעה. כל רשות של המדינה חייבת לכבד את כבוד האדם ולהגן עליו.
2. העם הגרמני מכיר על כן בזכויות אדם שאינן ניתנות לפגיעה או לוויתור, כבסיס לכל חברה, לשלום ולצדק בעולם.
3. זכויות היסוד שלהלן יחייבו את המחוקק, המבצע והשופט כדין החל במישרין".

ספרות משפטית רבה – בגרמניה² ומחוצה לה³ – עסקה בהוראה זו. ניסוחה של הוראה זו השפיע על ניסוחן של הוראות בדבר כבוד האדם בחוקות רבות.⁴ כל דיון משפטי-השוואתי

1 הנוסח המקורי: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht"

2 ראו CHRISTOPH ENDERS, DIE MENSCHENWÜRDE IN DER VERFASSUNGSORDNUNG: ZUR DOGMATIK DES ART. 1 GG (1997); MICHAEL SACHS, GG VERFASSUNGSRECHT II. GRUNDRECHTE (2003); HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2006); BODO PIEROTH & BERNHARD SCHLINK, GRUNDRECHTE STAATSRECHT II (2006); MATTHIAS MAHLMANN, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSTHEORIE (2008).

3 בצד הספרות בשפה הגרמנית על כבוד האדם בחוקה הגרמנית מצויה ספרות ענפה על כבוד האדם בחוקה הגרמנית בשפות שונות. ראו, בין השאר, מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר כבוד האדם כערך חוקתי במשפט הגרמני – האם גם בישראל? (2011); Kurt Sontheimer,

בכבוד האדם מתחיל לרוב בהוראה זו.⁵ היא מתאפיינת בשלוש תכונות נורמטיביות עיקריות: כבוד האדם הוא זכות מוחלטת; הוא זכות נצחית; הוא הערך העליון בחוקה

Principles of Human Dignity in the Federal Republic, in GERMANY AND ITS BASIC LAW: PAST, PRESENT, AND FUTURE: A GERMAN-AMERICAN SYMPOSIUM GERMANY AND ITS BASIC LAW 213 (Paul Kirchhof & Donald P. Kommers eds., 1993); DAVID P. CURRIE, *THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 315 (1994); Christian Walter, *Human Dignity in German Constitutional Law, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY* 25 (European Commission for Democracy through Law, 1998); Ernst Benda, *The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)*, 53 SUM. L. REV. 443 (2000); Winfried Brugger, *May Government Ever Use Torture: Two Responses from German Law*, 48 AM. J. COMP. L. 661 (2000); Eckart Klein, *Human Dignity in German Law, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE* 145 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); Jackie Jones, *Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity Under German Law Guide the European Court of Justice?*, [2004] PUB. L. 167; Susanne Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, 59 U. TOR. L.J. 417 (2009); Henk Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, 20 STELL. L. REV. 171 (2009); Christoph Möllers, *Democracy and Human Dignity: Limits of a Moralized Conception of Rights in German Constitutional Law*, 42 ISR. L. REV. 416 (2009); Matthias Mahlmann, *The Basic Law at 60: Human Dignity and the Culture of Republicanism*, 11 GERMAN L.J. 9 (2010); Christoph Enders, *A Right to Have Rights – The German Constitutional Concept of Human Dignity*, 3 NUJS L. REV. 253 (2010); Matthias Mahlmann, *Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders, in THE OXFORD HANDBOOK ON COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 370 (Michael Rosenfeld & Andras Sajo eds., 2012); LAURIE ACKERMANN, *HUMAN DIGNITY: LOADSTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA* (2012); DONALD P. KOMMERS & RUSSELL MILLER, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* (3rd ed., 2012).

ראו לעיל בעמ' 73.

4

William A. Parent, *Constitutional Commands of Human Dignity: A Bicentennial Essay in Honor of Mr. Justice William J. Brennan, Jr.*, 5 CAN. J.L. & JURISPRUDENCE 237 (1992); Edward J. Eberle, *Human Dignity, Privacy and Personality in German and American Constitutional Law*, [1997] UTAH L. REV. 963; Luis Aníbal Avilés Pagán, *Human Dignity, Privacy and Personality Rights in the Constitutional Jurisprudence of Germany, The United States and The Commonwealth of Puerto Rico*, 67 REV. JUR. U.P.R. 343 (1998); EDWARD J. EBERLE, *DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES* (2002); Dierk Ullrich, *Concurring Visions: Human Dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany*, 3 GLOBAL JURIST FRONTIERS 1 (2003); Lorne Sossin, *The 'Supremacy of God', Human Dignity and the Charter of Rights and Freedoms*, 52 U. N. BRUNSWICK L.J. 227 (2003); CATHERINE DUPRÉ, *IMPORTING LAW IN*

5

כולה. מתווספת לכך תכונה רביעית, הנוגעת לתחום המכוסה על ידי כבוד האדם. נעמוד על כל אחת מארבע תכונות אלה.

2. כבוד האדם כזכות מוחלטת

סעיף 1(1) לחוק-היסוד הגרמני קובע כי כבוד האדם אינו ניתן לנגיעה (unantastbar).⁶ הוראה זו פורשה בפסיקה ובספרות המדעית כי כבוד האדם הוא זכות מוחלטת (absolute right).⁷ זכות היא מוחלטת אם היא מוגנת כדי מלוא היקפה בלא שניתן להגביל היקף זה הגבלות שהן חיצוניות להגדרת היקף הזכות. מכאן שזכות מוחלטת אין להגבילה;⁸ דיני המידתיות אינם פועלים בה; היא אינה ניתנת לאיזון בשל טעמים של הגנה על זכויות חוקתיות אחרות או הגשמה של אינטרס הציבור. כל פגיעה בכבוד האדם מהווה הפרה של כבוד האדם. כל הגבלה על כבוד האדם היא לא-חוקתית.

POST-COMMUNIST TRANSITIONS: THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE RIGHT TO HUMAN DIGNITY (2003); Marc. C. McAllister, *Human Dignity and Individual Liberty in Germany and the United States as Examined Through Each Country's Leading Abortion Cases*, 11 TULSA. J. COMP. & INT'L L. 491 (2004); Ronald J. Krotoszynski, *A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*, 78 TUL. L. REV. 1549 (2004); Giovanni Boggetti, *The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism*, in EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM 75 (Georg Nolte ed., 2005); Daly, *Constitutional Dignity: Lessons from Home and Abroad* (Widener L. Sch. Legal Studies Res., Paper No. 08-07, 2007); Ariel L. Bendor & Michael Sachs, *Human Dignity as a Constitutional Concept in Botha ; Germany and in Israel*, 44 ISR. L. REV. 26 (2011).

6 ביטוי זה תורגם לאנגלית בפרסום הרשמי "inviolable". זהו תרגום שגוי. הביטוי האנגלי inviolable – על פי התרגום הרשמי – הוא הביטוי הגרמני "unverletzlich" (ראו סעיף 1)4 לחוק-היסוד הגרמני הקובע כי חופש האמונה והמצפון הוא unverletzlich, ודיבור זה תורגם בתרגום הרשמי (inviolable). הביטוי unantastbar הוא "לא ניתן לנגיעה", ומשמעותו איסור על הגבלה.

7 על הזכות המוחלטת, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה ROBERT ALEXEY, 53 (2010). על ההיבט היוריספרודנטלי של כבוד האדם כזכות מוחלטת, ראו Nils A. THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 83 (Julian Rivers trans., 2002) Teifke, *Human Dignity as an "Absolute Principle"?* in ON THE NATURE OF LEGAL PRINCIPLES 93 (Martin Borowski ed., 2010).

8 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 228. ראו גם Klein, לעיל ה"ש 3, עמ' 148 & PIEROTH ; SCHLINK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 80.

גישה זו מעוררת שאלות יוריספרודנטליות סבוכות. האם ניתן להכיר בתורת המשפט בזכויות מוחלטות?⁹ הדעות בעניין זה שונות ונוגדות.¹⁰ על רקע זה יש הסבורים כי גם כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני הוא זכות יחסית.¹¹ על כן אפשר להצדיק עינויים – הפוגעים בכבוד האדם – במקרים חריגים.¹² דעה זו אינה מקובלת בספרות הגרמנית.¹³ היא נדחתה בפרשת ירוט המטוס.¹⁴ בפרשה זו נדון חוק אשר הסמיך שימוש בכוח צבאי נגד מטוס אשר נחטף על ידי טרוריסטים ובו בני ערובה. החוק הסמיך להפיל את המטוס אם אין דרך אחרת למנוע פגיעה באנשים חפים מפשע מחוץ למטוס. נקבע כי חוק זה אינו חוקתי, שכן הוא פוגע בזכות לחיים בדרך הפוגעת בכבוד האדם של בני הערובה אשר מותם הוא אך אמצעי להצלתם של אחרים. אופייה המוחלט של הזכות לכבוד האדם מונע עריכת בדיקה של מידתיות הפגיעה בכבוד האדם של בני הערובה.

שאלה מטרידה שטרם נפתרה היא אם אין מקום להגביל את כבוד האדם כדי להגן על כבוד האדם. שאלה זו מתעוררת במקרה של הפלה. כנגד כבוד האדם של העובר עומד כבוד האדם של האישה ההרה.¹⁵ היו שסברו כי הגבלה בנסיבות אלה היא חוקתית, שכן כבוד האדם מצוי בשני צדי המאזניים.¹⁶ הדעה הרווחת היא כי גם במצב דברים זה נשמר אופייה

- 9 ראו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד (נג) 817, 836 (1999).
- 10 ראו (1981) 31 PHIL. Q. 1 (1981) ALEXY; Alan Gewirth, *Are There Any Absolute Rights?*, 7 בעמ' 64. לעיל
- 11 ראו שם, בעמ' 64. ראו גם Michael Klopfer, *Leben und Würde des Menschen, in* FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 82 (Peter Badura & Horst Dreier eds., 2001); ROMAN HERZOG, RUPERT SCHOLZ, MATTHIAS HERDEGEN & HANS H. KLEIN, MAUNZ & DÜRIG GRUNDGESETZ KOMMENTAR 12 (2007)
- 12 ראו Gay Moon & Robin Allen, *Dignity Discourse in Discrimination Law: A Better Route to Equality?*, 11 EUR. HUM. RTS. L. REV. 610 (2006)
- 13 ראו PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 2, עמ' 84.
- 14 Oliver Lepsius, *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act*, 7 GERMAN L.J. 761 (2006); Kai Möller, *On Treating Persons as Ends: The German Aviation Security Act, Human Dignity, and the German Federal Constitutional Court*, [2006] PUB. L. 457; Nina Naske & Georg Nolte, *Legislative Authorization to Shoot Down Aircraft Abducted by Terrorists if Innocent Passengers are on Board – Incompatibility With Human Dignity as Guaranteed by Article 1(1) of the German Constitution*, 101 AM. J. INT'L L. 466 (2007); Raymond Youngs, *Germany: Shooting Aircraft and Analyzing Computer Data*, 6 ICON 331 (2008)
- 15 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, עמ' 228.
- 16 ראו Fabian Wittreck, *Menschenwürde und Folterverbot*, DÖV 873 (2003)

המוחלט של הזכות לכבוד האדם,¹⁷ ואף במקום שבשתי כפות המאזניים מופיע כבוד האדם לא נערך כל איזון.

יש הסבורים כי ההגנה המוחלטת על כבוד האדם חלה רק לעניין פעולות הנופלות בגדרי גרעינה של הזכות לכבוד האדם. פעולות הנופלות בשוליים של כבוד האדם זוכות להגנה יחסית בלבד.¹⁸ גישה זו לא התקבלה בספרות הגרמנית,¹⁹ והיא נראית מיותרת, שהרי הוראתו הכללית של חוק-היסוד קובעת כי הגרעין של כל זכות אינו ניתן להגבלה.²⁰ מה ייחוד יש אפוא לכבוד האדם?

3. כבוד האדם כזכות נצחית

סעיף 79(3) לחוק-היסוד הגרמני קובע כי כמה עניינים – ובהם העקרונות הקבועים בסעיף 1 לחוק-היסוד הגרמני – אינם ניתנים לתיקון (שינוי) חוקתי. וזו לשון ההוראה עד כמה שהיא נוגעת לכבוד האדם:²¹

“תיקונים לחוק-יסוד זה המשפיעים על [...] העקרונות שהונחו בסעיף 1 [...] אינם קבילים”.

בכך נקבע כי העקרונות הקבועים בסעיף 1 לחוק-היסוד הגרמני – ובהם העקרונות המונחים ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית וערך חוקתי – הם נצחיים.²² תיקון חוקתי אשר יבקש לפגוע בהם אינו חוקתי,²³ בין שהוא מכוון במפורש לתקן את סעיף 1 לחוק-היסוד ובין שהוא מכוון לתקן סעיפים אחרים בחוקה הדנים בזכויות חוקתיות תוך פגיעה בהיבט של כבוד האדם המוגן על ידיהן.²⁴ המבקש להכניס שינוי בעקרונות אלה צריך לכונן חוקה חדשה. המכשיר לשינוי החוקה הקיימת – התיקון החוקתי – אינו אפשרי.

- 17 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 198; PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 84.
- 18 ראו Mattias Herdegen, *Die Garantie der Menschenwürde: absolut und doch differenziert?*, in DAS DOGMA DER UNANTASTBARKEIT 93 (Rolf Gröschner & Oliver W. Lembcke eds., 2009).
- 19 ראו קרמניצר וקרמר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 79; DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 226.
- 20 סעיף 19(2) לחוק-היסוד הגרמני: “בשום מקרה אין לפגוע בגרעין של הזכות החוקתית”.
- 21 הנוסח המקורי: “Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die gliederung des Bundes in Lander, die grundsätzliche Mitwirkung der Lander bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten grundsätze berührt werden, ist unzulässig”.
- 22 ראו DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 209; קרמניצר וקרמר, לעיל ה"ש 3. יש הסבורים כי רק מהפכה תוכל להביא לשינוי הוראת הנצחיות בחוקה הגרמנית: ראו Benda, לעיל ה"ש 3, בעמ' 36.
- 23 על התיקון החוקתי שאינו חוקתי, ראו אהרן ברק “תיקון של חוקה שאינו חוקתי” ספר גבריאל בך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011). ראו לעיל בעמ' 121, 373.
- 24 ראו PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 80.

הוראות נצחיות מפורשות בחוקות אינן נפוצות.²⁵ הן קובעות לרוב הוראות בדבר המשטר, כגון נצחיות המשטר הרפובליקאי, הדמוקרטי והחילוני.²⁶ במדינה פדרטיבית מונצח אופי זה בחוקה. המאפיין את חוק היסוד הגרמני הוא בהענקתו אופי נצחי לכבוד האדם.²⁷

4. כבוד האדם כערך עליון בחוק היסוד הגרמני

האופי המוחלט והנצחי של כבוד האדם מבטא את גישתה של הפסיקה והספרות בגרמניה, הוראות בכבוד האדם את הערך החוקתי העליון;²⁸ ממנו נלמדות רוחה ומהותה של כל החוקה;²⁹ הוא המרכז של המבנה החוקתי;³⁰ הוא עיקרון חוקתי השולט על כל חלקי החוקה.³¹ מעמד עליון זה משקף את המטרה שהונחה ביסוד ההוראה בדבר כבוד האדם שעניינה לקחי מלחמת העולם השנייה והשוואה.³² מעמדו העליון של כבוד האדם משקף את התפיסה כי גרמניה מתנערת מהעבר הנאצי ומהפגיעות הקשות בכבוד האדם שאפיינו אותו³³ ומעמידה בראש סולם ערכיה את ערך כבוד האדם אשר הנאצים חיללו. אין עוד חוקה שכבוד האדם ממלא בה תפקיד כה מרכזי. החוקה של דרום-אפריקה (1966) למשל מעניקה מקום מרכזי לכבוד האדם, אך בצדו תמיד עומדים שני ערכים נוספים – שוויון וחירות – הוזהים לכבוד האדם במעמדם החוקתי.³⁴ לא כך בחוק היסוד הגרמני. אין שני לכבוד האדם; הוא הערך העליון שעליו מתבסס כל המבנה החוקתי.

- 25 Richard Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 ARIZ. ST. L. J. 663 (2010); Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendment – The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 AM. J. COMP. L. 657 (2013).
- 26 ראו למשל סעיף 4 לחוקה של תורכיה, 1982.
- 27 חריגה לעניין זה היא החוקה של ברזיל משנת 1988, אשר מכירה באופי המוחלט של הוראות החוקה בכל הנוגע להיבט הפדרטיבי, באשר לשוויון בבחירות, הפרדת רשויות וזכויות האדם.
- 28 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 195; DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 162–234; PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 80; קרמניצר וקרמר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19.
- 29 ראו BVerfGE 12, 45; BVerfGE 27, 1; BVerfGE 30, 173; BVerfGE 45, 187; BVerfGE 82, 60. ראו גם KOMMERS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 355.
- 30 ראו BVerfGE 7, 198; BVerfGE 35, 202; BVerfGE 39, 1.
- 31 ראו BVerfGE 6, 32; BVerfGE 87, 209.
- 32 ראו PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 80; DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 154.
- 33 ראו שם, בעמ' 161. אך ראו James Q. Whitman, *On Nazi 'Honour' and the New European 'Dignity'*, in DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE 243 (Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh eds., 2003).
- 34 ראו סעיפים 1, 7(1), 36, 39 לחוקה של דרום-אפריקה.

5. התחום המכוסה על ידי כבוד האדם כזכות חוקתית

שלוש התכונות של כבוד האדם – האופי המוחלט, הנצחי והעליון – מאפיינות את כבוד האדם בחוק-היסוד הגרמני ומבדילות אותו מהזכות לכבוד האדם בחוקות אחרות. הן מעניקות לזכות לכבוד האדם מעמד נורמטיבי מיוחד. על רקע זה יש להצביע על תכונה נוספת של כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני המאפיינת אותו לעומת כבוד האדם בחוקות אחרות. מגילת זכויות האדם בחוק-היסוד הגרמני היא מקיפה. גם בלא זכות חוקתית לכבוד האדם יש במסגרות הקיימות של הזכויות כדי לכלול בחובן כל אינטרס או רצון של הפרט אשר נפגע מהמדינה או אינו מוגן על ידיה. דבר זה מתאפשר בעיקר בשל הזכות החוקתית הקבועה בסעיף 1(2) לחוק-היסוד הגרמני:³⁵

”לכל אדם הזכות לפיתוח חופשי של אישיותו ככל שהוא אינו פוגע בזכויות של אחרים או בסדר החוקתי או בחוק המוסרי”.

זכות זו לפיתוח האישיות פורשה על ידי בית המשפט החוקתי באופן שהיא מעין “זכות-סל”. התנהגות אנושית שאינה נכללת במסגרתן של הזכויות האחרות נתפסת במסגרת זכותו של האדם לפיתוח אישיותו בלא כל קשר למידת חשיבותה של הפעולה או לעצמתה לפיתוח אישיותו של האדם. למשל, חוק המסדיר את הרכיבה ביער³⁶ או האוסר על האכלת יונים בכיכר העיר³⁷ פוגע בזכותו החוקתית של האדם המבקש לרכוב על סוס ביער או להאכיל יונים בכיכר העיר לפיתוח אישיותו. כמובן, הפגיעה תהא חוקתית אם היא מידתית. על רקע זה מתעוררת השאלה – שהיא מיוחדת למשפט החוקתי הגרמני – מהו התחום המכוסה על ידי הזכות החוקתית לכבוד האדם. אם הכול מכוסה על ידי שאר הזכויות החוקתיות, מה נשאר לכבוד האדם? מהי אותה פעולה של המדינה – או מחדלה מלפעול – אשר מוגנת על ידי סעיף 1(1) לחוק-היסוד הגרמני, ושאינה מוגנת גם על ידי הסעיפים האחרים של מגילת הזכויות הגרמנית? לפתרונה של שאלה זו ניתנו במדע המשפט הגרמני תשובות מקיפות ונוגדות. תוצאתה של מחלוקת זו משתקפת בין השאר בגישה המעניקה לכבוד האדם, כזכות נפרדת ועצמאית, תחום מצומצם ביותר שהוא מיוחד לה ואינו משותף לה ולזכויות חוקתיות.

35 הנוסח המקורי: “(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt”

36 ראו BVerfGE 80, 137 (1989).

37 ראו BVerfGE 54, 143 (1980).

6. ייחודו של כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני

התכונות המאפיינות את כבוד האדם מעניקות לו מעמד מיוחד במשפט החוקתי הגרמני.³⁸ אך טבעי הוא כי הפירוש הניתן לזכות מוחלטת, נצחית, העומדת בראש סולם הערכים יביא לתוצאות המצמצמות את התחום המכוסה על ידי זכות זו.³⁹ אם כל הגבלה היא לא חוקתית, אך מובן הוא כי מקרי ההגבלה אינם יכולים להיות מקיפים, שכן הדבר ימנע כל פעילות חברתית-חוקתית. צמצום זה במקרי ההגבלה מתיישב יפה עם הגזרה הצרה שממילא נתונה להיקף של כבוד האדם במסגרת מגילת הזכויות הגרמנית.

ייחוד זה של כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני מעורר כמה שאלות: השאלה הראשונה היא אם כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני הוא זכות חוקתית או שמא עניין לנו אך בערך חוקתי; השאלה השנייה היא מהי ההגדרה של כבוד האדם ומהם היסודות שלה. על רקע זה עולה השאלה השלישית הבוחנת את היקפו של כבוד האדם בחוק-היסוד. לבסוף, יש להשיב על השאלה הרביעית: מהי השפעת ייחודו של כבוד האדם במשפט הגרמני על מקומו במשפט החוקתי המשווה. נבחן שאלות אלה כסדרן.

ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי הגרמני

1. כבוד האדם כערך חוקתי בלבד

מקובל על הכול כי במשפט החוקתי הגרמני כבוד האדם הוא ערך חוקתי. גדר הספקות הוא אם כבוד האדם הוא גם זכות חוקתית או שמא הוא אך ורק ערך חוקתי. בספרות המשפטית הגרמנית הובעה הדעה כי כבוד האדם הוא ערך חוקתי בלבד. לגישה זו עיגון טקסטואלי אשר מקורו בסעיף 1(3) לחוק-היסוד, הקובע כי "זכויות היסוד שלהלן יחייבו את המחוקק, המבצע והשופט". כך הוא מוציא מכלל החיוב את סעיף 1(1) עצמו, המעגן את כבוד האדם.⁴⁰ דגל בכך פרופ' דוריג (Dürig).⁴¹ על פי גישתו, כבוד האדם הוא ערך חוקתי אובייקטיבי ואינו גם זכות סובייקטיבית.⁴² זו גם גישתו של דרייר (Dreier).⁴³ על פי גישה זו, לערך החוקתי האובייקטיבי של כבוד האדם חשיבות רבה, בעיקר בפרשנות החוקה בכלל והזכויות החוקתיות בפרט. עם זאת כבוד האדם – בשל הייחודיות שלו – אינו זכות חוקתית. דרייר מציין כי בכל המקרים שבהם בית המשפט החוקתי הפעיל את כבוד האדם, הדבר נעשה עם (in Verbindung mit) זכות חוקתית ספציפית יחד. דרייר מציין גם כי אין

38 ראו Sontheimer, לעיל ה"ש 3, בעמ' 214.

39 ראו DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 162; Botha, לעיל ה"ש 3, בעמ' 218.

40 ראו Walter, לעיל ה"ש 3.

41 ראו HERZOG, SCHOLZ, HERDEGEN & KLEIN, לעיל ה"ש 11, בעמ' 33.

42 ראו DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 209.

43 שם, בעמ' 162.

לומר כי כבוד האדם מונח בגרעינה של כל זכות חוקתית.⁴⁴ אילו גרסנו כן, הייתה פסקת הנצחיות חלה על גרעין זה, וזה בוודאי אינו הדין. עם זאת פגיעה בזכות חוקתית פלונית בדרך הפוגעת בכבוד האדם היא בלתי חוקתית, ואיסור זה הוא מוחלט גם אם הזכות עצמה היא בעלת אופי יחסי. אעמוד על היבט זה בדיון על כבוד האדם כזכות חוקתית. כנגד גישות אלה עומדת התפיסה כי כבוד האדם הוא הן ערך חוקתי אובייקטיבי והן זכות חוקתית סובייקטיבית.⁴⁵ דומה שידה של גישה שנייה זו על העליונה.⁴⁶ חוק-היסוד מטיל על כל רשות של המדינה את החובה לכבד את כבוד האדם ולהגן עליו. משמטיל חוק-היסוד חובה על המדינה הוא ממילא מעניק כנגדה זכות. זוהי הזכות החוקתית לכבוד האדם.

2. כבוד האדם כזכות חוקתית

כנגד הגישה הרואה בכבוד האדם ערך חוקתי בלבד עומדת הגישה הרואה בכבוד האדם גם זכות חוקתית. מה קובעת זכות זו? בעניין זה אפשר להבחין בין גישות שונות. אעמוד על שלוש גישות בהקשר זה.

הגישה הראשונה רואה בכבוד האדם זכות לזכויות חוקתיות. נקודת המוצא לגישה זו היא כי כבוד האדם הוא בבסיסו ערך חוקתי. תוכנו של ערך זה הוא "הזכות לזכויות".⁴⁷ לדעתי, עד כמה שערך זה מטיל חובה על המדינה, הרי יש לראות בו ערך שהוא גם זכות – זכות שתוכנה הוא הזכות לזכויות.

גישה שונה – דומה שהיא גישתו של דרייר⁴⁸ – היא כי כבוד האדם הוא ערך חוקתי הקובע את הפעולות שבאמצעותן אפשר להגשים זכויות חוקתיות. למשל, לכל אדם זכות לחיים. זוהי זכות יחסית. אפשר לפגוע בה אם הפגיעה מידתית. עם זאת הפגיעה בזכות

44 שם, בעמ' 226.

45 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 219; SACHS, לעיל ה"ש 2, בעמ' 42; Benda, לעיל ה"ש 3, בעמ' 35; Klein, לעיל ה"ש 3, בעמ' 147; PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 80. ראו גם BVerfGE 109, 133, 181.

46 ראו Juliane Kokott, *From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization-With Particular Reference to the German Basic Law*, in CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY: A COMPARATIVE ANALYSIS 71, 81 (Christian Starck ed., 1999).

47 ראו ENDERS, לעיל ה"ש 2, בעמ' 501; Enders, *A Right to Have Rights*; לעיל ה"ש 3, בעמ' 255. אנדרס מצטט כתימוכין להשקפתו את חנה ארנט (Hannah Arendt), שציינה כי כבוד האדם הוא "הזכות להיות בעל זכות". ראו HANNAH ARENDT, *THE ORIGINS OF* John Helis, *Hannah Arendt and Human Dignity: Theoretical Foundations and Constitutional Protection of Human Rights*, 1 J. POL. & L. 3 (2008).

48 ראו DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 226.

לחיים אסורה – והאיסור הוא מוחלט – אם היא נעשית בדרך הפוגעת בכבוד האדם, כגון בעינויים. גישה זו – המשקפת לדעתי יפה את כבוד האדם במשפט הגרמני – אינה יכולה להסתפק בקביעה כי כבוד האדם הוא אך ערך חוקתי. בהטילו חובה על המדינה הוא גם זכות חוקתית. עם זאת, זכות זו אין לה "גזרה בלעדית משלה", ואין לה תחום שבו רק היא פועלת ללא כל הסתמכות על הזכויות החוקתיות האחרות. לדעתי, יש להשקיף על זכות זו כדרך להגשמתן של הזכויות החוקתיות האחרות. כבוד האדם מצטרף אפוא לכל זכות חוקתית אחרת. המייחד אותו הוא כי הוא אוסר על פגיעה בזכויות החוקתיות השונות באופן הפוגע בכבוד האדם. נמצא כי לעניין כל זכות חוקתית יחסית יש דרכי פגיעה שאסורות איסור מוחלט – כלומר ללא התחשבות במידתיות הפגיעה. דרכי פגיעה אלה הן הפגיעות בזכות החוקתית (היחסית) שיש בהן פגיעה בכבוד האדם, וכן פגיעות בגרעינה של הזכות, כאמור בסעיף 19(2) לחוק-היסוד.

גישה שלישית – והיא המקובלת על דעת רוב העוסקים בשאלה זו בגרמניה – היא כי כבוד האדם הוא לא רק ערך חוקתי (אובייקטיבי) אלא גם זכות חוקתית (סובייקטיבית).⁴⁹ הגדרתה של זכות זו והיקפה שנויים במחלוקת.

ג. הגדרת כבוד האדם

1. הגדרות שליליות וחיוניות

המשפט החוקתי הגרמני התקשה להגדיר כבוד האדם מהו. קושי זה ברור הוא בשל חילוקי הדעות באשר לשאלה אם כבוד האדם הוא ערך חוקתי בלבד או גם זכות חוקתית, ובשל חוסר הבהירות באשר לתחום המכוסה על ידי כבוד האדם. אך טבעי הוא שמתן תשובה לשאלת הערך או הזכות ולשאלת ההיקף משפיע במישרין על מתן תשובה לשאלת ההגדרה.

מוצא מקשיי ההגדרה נמצא בהגדרת כבוד האדם על דרך השלילה. כבוד האדם נפגע אם האדם נתון לעינויים, להשפלה, להפליה או לענישה אכזרית. אך האם אפשר להעניק לכבוד האדם הגדרה חיובית? ניסיון להשיב בחיוב על שאלה זו עשה דוריג (Dürig). על פיו, כבוד האדם נפגע במקום שרואים באדם אך אמצעי להגשמת מטרה של אחר. כבוד האדם משמעותו תמיד לראות באדם מטרה ולא אמצעי (אובייקט) בלבד. זוהי נוסחת האובייקט (Objektformel). ספרות מקיפה עומדת על מעלותיה וחסרונותיה של גישה זו. היא אומצה לאחרונה בפרשת ירוט המטוס. כבוד האדם של בני הערובה נפגע, שכן במותם הם הפכו לאמצעי בלבד לשמירת חייהם של אחרים.

49 ראו PIEROTH & SCHLINK, לעיל ה"ש 2, בעמ' 80.

יש הקושרים את כבוד האדם לתפיסה הדתית הרואה באדם את צלם האלוהים. הסבר זה אינו מניח את דעתם של אלה שאינם רואים ברציונל דתי את מה שמסביר את כבוד האדם. יש הרואים בכבוד האדם ביטוי לאוטונומיה של הרצון החופשי. זוהי גישה קנטיאנית הקרובה לפורמולת האובייקט. אחרים מבקשים לבסס את כבוד האדם על זהותו העצמית והגשמתו העצמית של האדם. ספק אם גישה זו רחבה דייה להכיר בכבוד האדם של מי שאין לו היכולת להגשמה עצמית ושל מי שמבקש להגשים את עצמו בפגיעה בכבודו. גישה אחרת מבקשת לבסס את כבוד האדם על הכרתה של קהילת בני האדם בזכות זו.

מהלמן (Mahlmann)⁵⁰ מבקש להגדיר את "כבוד האדם" הגדרה חיובית המנותקת מתפיסות דתיות והמאמצת בעיקרה את נוסחת האובייקט. על פיה האדם הוא יצור אינטלקטואלי-מוסרי, המפתח את עצמו בגדרי החברה. כבוד האדם נגזר מאנושיותו. תוכנו של כבוד האדם מבוסס על היותו יצור רציונלי וחופשי המסוגל לפעולה מוסרית. ההסבר לגישה זו אינו מטפיזי ואינו קנטיאני. ביסוד גישה זו מונחת תפיסה אמפירית. האדם רואה בעצמו מטרה, בלא שלאדם אחד תהא עדיפות על האחר. לפי מבחנים של צדק ואנושיות, האדם אינו אמצעי בלבד אלא מטרה לעצמו.

יש מחברים המצביעים על הקשר שבין כבוד האדם לבין הדמוקרטיה,⁵¹ למשל מולרס (Möllers) מבקש להגדיר את כבוד האדם מתוך קשר הדוק לדמוקרטיה.⁵² על פי גישתו, דמוקרטיה וזכויות אדם מבוססות על כבוד האדם. משותפת לכל אלה האפשרות לקבל החלטות רציונליות ולהיות חופשי.⁵³ כבוד האדם מגן על מה שעושה את האדם לאנוש. דבר זה אינו עצם החיים אלא טבע האדם. המאפיין את האדם היא היכולת לקבל החלטות על ידי מתן נימוקים לפעילות. אין להפוך את האדם אך לבשר ודם. מכאן האיסור על עינויים. מכאן גם שאין למנוע מאישה לרקוד עירומה מרצונה שלה ולפרנסתה בתא זכוכית כשגברים צופים בה בתשלום (פיפ שואו),⁵⁴ וההחלטה בעניין יירוט המטוס אינה נכונה.⁵⁵ מרבית הגישות משקיפות על כבודו של אדם בגדרי החברה. אין זה כבודו של אדם על אי בודד. תפיסתו של כבוד זה עשויה להשתנות עם השינויים שחלים בחברה.

2. יסודות משותפים ונוגדים להגדרות השונות

חרף השוני המהותי בין ההגדרות השונות הן עשויות להביא לתוצאות זהות בכמה מצבים. אלה הם מטבע הדברים מצבים קיצוניים – מצבים שבהם נפגע הטאבו של הקיום

50 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 195; *Mahlmann, The Basic Law at 60*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23.

51 ראו Botha, לעיל ה"ש 3.

52 ראו Möllers, לעיל ה"ש 3.

53 שם, בעמ' 433.

54 ראו BVerwGE 64, 274 (1981).

55 ראו Möllers, לעיל ה"ש 3, בעמ' 434.

האנושי. זקס (Sachs) מעמיד מצבים אלה על ארבעה: ראשית, הגנה והבטחה של שלמות הגוף. במסגרת זו מצוי האיסור על עינויים, עונשים כבדים, שטיפת מוח, אונס שיטתי והשפלה; שנית, הבטחת שוויון בסיסי בין בני האדם; שלישית, הגנה על זהותו האישית של האדם, על השלמות הנפשית ועל ההגשמה האינטלקטואלית שלו; ורביעית, הבטחת הקיום המינימלי של הפרט בחברה.

לבד מהגרעין המשותף קיים חוסר הסכמה. דוגמה לכך היא פסיקתו של בית המשפט המנהלי העליון שקבעה כי חוק האוסר על פיפ שואו אינו חוקתי. פסיקה זו מתיישבת עם נוסחת האובייקט. היא אינה עולה בקנה אחד עם הגשמת זהותו העצמית של האדם.

3. היקפו של כבוד האדם

(א) כבודו של כל אדם כבן אנוש

כבוד האדם – כערך חוקתי או כזכות חוקתית – הוא כבודו של כל אדם. אזרחות, מושב, גיל, מין, מצב בריאות, תכונות אישיות – כל אלה אינם רלוונטיים לכבוד האדם. התנאי היחיד הנדרש הוא היות האדם בן אנוש. על כן גם מי שמצוי בגבולות המדינה שלא כדין הוא בעל זכות חוקתית לכבוד. לעומת זאת תאגיד אינו בעל זכות לכבוד האדם. כבוד האדם אינו ניתן לוותר, לאיבוד או לנטילה. עצורים ואסירים נהנים מכבוד האדם. קטינים נהנים מכבוד האדם. שאלות מתעוררות לעניין הלוקים בשכלם – האם אפשר לחייבם לקבל טיפול? כבוד האדם – בין כערך ובין כזכות – הוא בעל היבט שלילי וחיובי גם יחד. דבר זה נקבע במפורש בסעיף 1(1) לחוק היסוד הגרמני, ולפיו:

”כל רשות של המדינה חייבת לכבד את כבוד האדם ולהגן עליו”.

חובת הכיבוד משקפת את ההיבט השלילי. אל לה למדינה לפגוע בכבוד האדם. חובת ההגנה משקפת את ההיבט החיובי. על המדינה להגן על כבוד האדם מפני פגיעתם של צדדים שלישיים. הוראת סעיף 1(1) לחוק היסוד הגרמני מיוחדת היא לכבוד האדם. אין היא חלה על הזכויות האחרות. תחולת ההיבט החיובי בהן הוסקה על ידי בית המשפט החוקתי הגרמני בדרך פרשנית.

(ב) תחילתו של כבוד האדם וסיומו

(1) תחילת כבוד האדם

כבוד האדם מתחיל עם תחילת החיים. על פי הגישה המקובלת, כבוד האדם הוא גם כבודו של העובר.⁵⁶ “במקום שיש חיים אנושיים הם מלווים בכבוד האדם”.⁵⁷ על פי

56 דאו DREIER, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 173; MAHLMANN, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 198.

הפסיקה, החיים מתחילים שעה שהביצית המופרית נקלטת ברחם (כשנים-עשר ימים לאחר ההפריה).⁵⁸ האם חקיקה המתירה הפלות בתנאים מסוימים היא תמיד בלתי חוקתית, שכן היא פוגעת בחייו של העובר באופן הפוגע בכבוד האדם שלו? הפרשה הראשונה על ההפלות השיבה על כך בחיוב.⁵⁹ שינוי בגישה חל בפרשה השנייה על ההפלות.⁶⁰ נקבע כי חקיקה המאפשרת הפלה לאחר מתן ייעוץ היא חוקתית, שכן הפגיעה בחייו של העובר נעשית באופן שאינו פוגע בכבוד האדם, ובלבד שהיא נעשית עד השבוע השנים-עשר להיריון.

שתי הפרשות על ההפלות זוכות לביקורת חריפה. שתיהן מניחות כי העובר מוגן על ידי כבוד האדם. לדעת המבקרים – ודרייר (Dreier) בראשם⁶¹ – המיקום הנכון של הבעיה אינו בהוראת סעיף 1 לחוק-היסוד הגרמני (שעניינו כבוד האדם) אלא בגדרי סעיף 2 לחוק-היסוד (שעניינו הזכות לחיים). במסגרת זו יש להתחשב הן בזכותה של האם והן בזכותו של העובר. המסגרת הנורמטיבית שבה התחשבות זו באה לידי ביטוי היא המידתיות, המבוססת בין השאר על האיזון בין זכותה של האם לבין זכות העובר. מנקודת מבטו של העובר, "מיקומה" של בעיית ההפלה במסגרת כבוד האדם מונע כל איזון, בשל האופי המוחלט של כבוד האדם. הוא מונע גם כל אפשרות להבחין בין הפלה הנעשית בשנים-עשר השבועות הראשונים של ההיריון לבין הפלה שנעשית לאחר מכן. בשני המקרים ההפלה צריכה להיות בלתי חוקתית. תוצאה זו אינה ראויה, שכן אין בה התחשבות בכבוד האדם של האישה ההרה.

(2) סיומו של כבוד האדם

כבוד האדם אינו בא לקצו עם מות האדם. גם למת מוענק כבוד האדם.⁶² כך לעניין כבוד גופתו של הנפטר וכך לעניין כבוד זכרו. על כן אין להשתמש בגופה כמקור לאברים לתועלתם של אחרים בלא הסכמה מראש או הסכמת הקרובים. גם אין להאריך את חיי האברים בגופה של אישה הרה שנפטרה כדי להביא ללידתו של עובר חי.⁶³ אין להציג בציבור גופה למטרות מסחריות.⁶⁴ אין לפגוע בזכרו של המת. הזכות לכבוד האדם היא של

- 57 (1975) 39, 1 (41) BVerfGE (פרשת ההפלות I). ראו גם Walter, לעיל ה"ש 3.
 58 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 224.
 59 BVerfGE 39, 1. ראו גם MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 198.
 60 ראו BVerfGE 88, 203 (252).
 61 ראו DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 175.
 62 שם, בעמ' 176; MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 226.
 63 ראו קרמניצר וקרמר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 62; Walter, לעיל ה"ש 3; Alexander Jooss, *Life After Death? Post Mortem Protection of Name, Image and Likeness Under German Law With Specific Reference to 'Marlene Dietrich'*, 12 ENT. L. REV. 141 (2001).
 64 ראו קרמניצר וקרמר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 62; DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 177.

הנפטר. היא מופעלת על ידי הקרובים לו.⁶⁵ זכות זו של הנפטר אינה עומדת לו לזמן בלתי מוגבל. תחולתה מוגבלת בזמן. ככל שזכרו של הנפטר הולך ומיטשטש, כן מצטמצמת זכותו לכבוד האדם.⁶⁶ על כן אין מניעה מלפנות בתי קברות כחלוף זמן מעת הפטירה, ואין מניעה מלהציג שלדים של מי שנפטר מזמן.

(ג) כבוד האדם וביור-אתיקה

בשנים האחרונות – ועם פיתוח טכנולוגיות חדשות – הוכרו דרכים חדשות ליצירת חיים. החל בהפריית מבחנה וכלה בשיבוט, התפתחה הביור-אתיקה אשר מבקשת לקבוע את המסגרת הנורמטיבית אשר בגדרה אפשר לבחון את חוקתיותן של הטכנולוגיות החדשות. אחד המקורות החשובים בגרמניה לקביעת אמות מידה נורמטיביות לביור-אתיקה הוא כבוד האדם.⁶⁷ למשל, יש הסבורים כי תחילת החיים היא בהפריית ביצית מחוץ לרחם, וממילא כבוד האדם קובע את הפעולות המותרות משלב זה ואילך. כמו כן יש הסבורים כי השיבוט פוגע בגזע האנושי, וכי גזע זה – ולא רק כל אדם ואדם כפרט – מוגן על ידי כבוד האדם.⁶⁸

ד. כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני והמשפט המשווה

כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית זכה לפיתוח מרשים וחסר תקדים בפסיקתו של בית המשפט החוקתי בגרמניה ובמחקרים של מדע המשפט הגרמני.⁶⁹ רק קצה הקרחון נחשף בפרק זה.⁷⁰ אך טבעי הוא ששיטות המשפט האחרות פונות אל המשפט החוקתי הגרמני לקבלת השראה פרשנית שעה שהן מתמודדות עם בעיות שכבוד האדם מעורר בגדריהן. לעתים נמתחת ביקורת על מדע המשפט בשיטת משפט פלונית על שאינה פונה דייה להשראה פרשנית מהמשפט הגרמני.⁷¹ עם זאת ייחודו של כבוד האדם כזכות חוקתית במשפט הגרמני מצמצם במידה רבה את הרלוונטיות של תפיסת כבוד האדם במשפט

65 ראו MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 228.

66 שם.

67 ראו DREIER, לעיל ה"ש 2, בעמ' 77; MAHLMANN, לעיל ה"ש 2, בעמ' 221.

68 ראו לעיל בעמ' 257.

69 להערכת התרומה של מדע המשפט הגרמני והפסיקה של בית המשפט החוקתי הגרמני בהבנת כבוד האדם ראו Stu Woolman, *Dignity, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA*, ch. 36 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012); Botha, לעיל ה"ש 3, בעמ' 173 ("The scope and sophistication of the dignity) jurisprudence of German courts – in particular the Federal Constitutional Court – and the depth of academic comment by German constitutional law scholars on the concept .and uses of dignity are unparalleled in any other country")

70 ראו DUPRÉ, לעיל ה"ש 5.

71 ראו Botha, לעיל ה"ש 3.

הגרמני לשיטות משפט אחרות המכירות בכבוד האדם כזכות חוקתית. אכן, המשפט המשווה יכול להפיק תועלת מרובה מהשאלות המשפטיות שהפסיקה החוקתית בגרמניה ומדע המשפט הגרמני דנים בהם ומהאופן שבו הם מתמודדים עם שאלות אלה. עם זאת התועלת שאפשר להפיק מהפתרונות הגרמניים היא פחותה בהרבה. הטעם לכך הוא שפתרונות אלה מושפעים במישרין מהאופי המיוחד של כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני. האופי המוחלט והנצחי של כבוד האדם; תפיסתו כערך החוקתי הגבוה ביותר וכיסוי כל התנהגות אנושית במגילת הזכויות החוקתיות בלא הסתמכות על כבוד האדם – כל אלה מיוחדים הם למשפט החוקתי הגרמני. הם משפיעים על הבנתו את הזכות לכבוד האדם, והם הגורם המעניק לכבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני מובן מצומצם. ייחוד זה, ותוצאה זו, אינם קיימים בחוקות אשר אינן מעניקות לכבוד האדם כזכות חוקתית היקף מצומצם כפי שהוא מקובל במשפט החוקתי הגרמני.⁷²

נפתח באופי המוחלט של כבוד האדם. אופי זה מיוחד הוא למשפט הגרמני. אין לו אח ורע בחוקות אחרות. אופי זה משפיע מטבע הדברים על מתן פירוש מצמצם לזכות החוקתית לכבוד האדם. פירוש כזה אינו נדרש בשיטות המשפט האחרות, שבהן כבוד האדם הוא זכות חוקתית יחסית. הוא הדין באופי הנצחי של הזכות לכבוד האדם. גם הוא משפיע על פרשנות מצמצמת לכבוד האדם, וגם הוא מיוחד למשפט החוקתי הגרמני. חוקות אחרות אינן מעניקות לכבוד האדם כזכות חוקתית אופי נצחי. תפיסת כבוד האדם כערך החוקתי העליון משקפת את ההיסטוריה הגרמנית ואת הפגיעות בכבוד האדם ברייך השלישי. למדינות אחרות היסטוריה שונה. גם אם הן מכירות בחשיבותו של כבוד האדם, אין הן מעניקות לו עליונות על פני ערכים אחרים. לבסוף, התחום המכוסה על ידי הזכות החוקתית לכבוד האדם במשפט הגרמני מעורר שאלות שהן ייחודיות למשפט זה, והן נובעות מהמבנה של מגילת זכויות האדם, הכולל בחובו את זכות-הסל של פיתוח האישיות. דבר זה מעורר שאלות קשות כאשר לגורה שהיא מיוחדת לכבוד האדם ומביא לקביעת גזרה צרה – עד כדי צמצום למקרים של פגיעה בטאבו – שבה פועלת הזכות לכבוד האדם כזכות העומדת על רגליה שלה. שאלות אלה אינן מתעוררות בשיטות משפט אחרות, שאין בהן זכות-סל של פיתוח האישיות, ואין כל סיבה מיוחדת להעניק לכבוד האדם מובן מצומצם.

נראה אפוא כי תפיסת הזכות לכבוד האדם בפסיקה ובמדע הגרמניים משקפת את אופייה הייחודי של הזכות לכבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני. זהו אופי חריג ויוצא דופן, המביא למתן פירוש מצמצם לכבוד האדם. הפנייה אליו בפירושן של חוקות אחרות היא ראויה, אך צריכה להיעשות בזהירות רבה: היא ראויה – חרף הייחוד שלה – עד כמה שהיא מעמיקה את הבנתנו את שיטתנו שלנו. השוני בין כבוד האדם בחוק היסוד הגרמני לבין כבוד האדם בשיטות האחרות מאפשר לאותן שיטות אחרות להבין את עצמן באופן מעמיק

72 ראו Kokott, לעיל ה"ש 46, בעמ' 81.

יותר ויסודי יותר.⁷³ אכן, זהו תפקידו של המשפט המשווה. הוא מעמיד בפני המעיין ראי שבו משתקפת דמות שיטתו שלו. ההשוואה צריכה להיעשות בזהירות, בשל ייחודו של כבוד האדם בחוק-היסוד הגרמני.

דומה כי המגבלות של השוואת כבוד האדם במשפט הגרמני לשיטות המשפט האחרות פוחתות כאשר בסיס ההשוואה אינו הזכות החוקתית לכבוד האדם אלא הערך החוקתי של כבוד האדם. השפעתה של הארכיטקטורה החוקתית – שהיא ייחודית לכל חוקה – פחותה. לעומתה השפעתם של ערכים משותפים לחברות דמוקרטיות רבה יותר. נראה לי אפוא כי אפשר להיעזר בתפיסתו של המשפט החוקתי הגרמני את הערך החוקתי של כבוד האדם יותר משאפשר להיעזר בתפיסתו את הזכות החוקתית לכבוד האדם. עם זאת גם לעניין השוואת הערכים יש לנקוט זהירות רבה.⁷⁴ ראינו את ייחודו של המשפט הגרמני, הרואה בערך של כבוד האדם את הערך העליון בשיטת המשפט כולה. תפיסה זו אינה מקובלת במשפט המשווה, אשר מעניק מעמד חשוב לכבוד האדם אך אינו רואה בו ערך עליון. שוני במעמדם של הערכים בשיטות המשפט השונות משפיע על הלקחים שאפשר ללמוד האחת מרעותה. עם זאת כמו באשר להיבטים של השוואת הזכות החוקתית לכבוד האדם, גם לעניין השוואת הערך החוקתי של כבוד האדם המשפט המשווה מספק ראי אשר באמצעותו שיטת המשפט מכירה עצמה באופן יסודי יותר ועמוק יותר.

73 ראו Eberle, *Human Dignity, Privacy and Personality*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1055. ראו גם McAllister, לעיל ה"ש 5, בעמ' 520; Krotoszynski, לעיל ה"ש 5, בעמ' 608; Ullrich, לעיל ה"ש 5, בעמ' 101.

74 ראו Mathias Reimann, *Prurient Interest and Human Dignity: Pornography Regulation in West Germany and the United States*, 21 U. MICH. J. LEGAL REFORM 201 (1987).

פרק תשעה-עשר

כבוד האדם במשפט החוקתי של דרום-אפריקה

א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד האדם

1. הוראת סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה

סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה קובע כי כבוד האדם הוא זכות חוקתית. וזו לשון ההוראה:¹

“Human Dignity

Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected”.

פסיקה עניפה פירשה הוראה זו.² הספרות המשפטית העמיקה בחקר הזכות החוקתית והערך החוקתי בדבר כבוד האדם. דומה שהצדק עם וולמן (Woolman), כי הפסיקה של בתי המשפט בדרום-אפריקה בדבר כבוד האדם היא המפותחת ביותר מחוץ לזו של בית המשפט החוקתי הגרמני.³ אוסיף כי הספרות המשפטית בדרום-אפריקה, אשר פירשה את ההוראה בדבר כבוד האדם, היא המפותחת ביותר מחוץ לספרות הגרמנית.⁴

- 1 סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה. כל ההפניות הן להוראות החוקה הסופית (final) מ-1996.
- 2 לניתוח הפסיקה, ראו Stu Woolman, *Dignity, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 36 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).
- 3 שם, בעמ' 1-36.
- 4 ראו שם. כן ראו, בעיקר Irma J. Kroeze, *Human Dignity in Constitutional Law in South Africa, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY* (1998); G.E. DEVENISH, A COMMENTARY ON THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS ch. 5: Respect for Human Dignity, 79 (1999); Arthur Chaskalson, *Human Dignity as a Foundational Value of Our Constitutional Order*, 16 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 193 (2000); Nicholas Haysom, *Dignity, in SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS* (Halton Cheadle, Dennis Davis & Nicholas Haysom eds., 2002); Arthur Chaskalson, *Human Dignity as a Constitutional Value, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE* 133 (David Kretzmer and Eckart Klein eds., 2002); Henk Botha, *Equality, Dignity and the Politics of Interpretation*, 19 S. AFR. PUB. L. 724 (2004);

כבוד האדם בחוקתה של דרום-אפריקה מתאפיין בארבע התכונות הנורמטיביות האלה: ראשית, כבוד האדם הוא זכות יחסית; שנית, כבוד האדם אינו זכות נצחית – הזכות ניתנת לשינוי; שלישית, כבוד האדם הוא ערך עליון, אם כי אינו הערך העליון היחיד; רביעית, הזכות החוקתית לכבוד האדם משתרעת על פעולות (מעשים או מחדלים) שהן לעתים חופפות זכויות חוקתיות אחרות, ולעתים הן ייחודיות לה, ואשר אינן נכללות בגדרי זכויות אחרות. נעמוד על כל אחת מארבע התכונות הללו.

2. כבוד האדם כזכות יחסית

הזכות החוקתית לכבוד האדם, כפי עיצובה בסעיף 10 לחוקתה של דרום-אפריקה – האם היא זכות יחסית או מוחלטת?⁵ כפי שראינו, זכות היא מוחלטת אם היא מוגנת כדי מלוא היקפה; היא אינה ניתנת להגבלה. כל הגבלה היא הפרה.⁶ לעומתה, זכות היא יחסית אם היא אינה מוגנת כדי מלוא היקפה. היא ניתנת להגבלה. הגבלה תהא חוקתית אם היא תקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. במרבית שיטות המשפט הדרישה היא כי ההגבלה תהא מידתית.⁷ על כן בזכות יחסית רק פגיעה שאינה מידתית היא הפרה. מה דינה של הזכות לכבוד האדם בחוקתה של דרום-אפריקה?

הדעה המקובלת היא כי חוקתה של דרום-אפריקה מעצבת זכויות יחסיות.⁸ כך הדבר לעניין כל הזכויות שבחוקתה של דרום-אפריקה.⁹ כך גם הדבר לעניין הזכות לכבוד האדם.¹⁰ הטעם לגישה זו מונח בקיומה של פסקת הגבלה כללית החלה על כל הזכויות

Lourens Ackermann, *The Significance of Human Dignity for Constitutional Jurisprudence* (Address Before Stellenbosch Law Faculty Aug. 15 2005); Sandra Liebenberg, *The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights*, 21 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 1 (2005); Henk Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, 2 STELL L. REV. 171 (2009).

5 להגדרת המונחים "זכות יחסית" ו"זכות מוחלטת", ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 53 (2010). ראו גם לעיל בעמ' 347.

6 להבחנה בין הגבלה (או פגיעה) לבין הפרה, ראו שם, בעמ' 57. ראו גם לעיל בעמ' 347.

7 על המידתיות, ראו שם, בעמ' 231.

8 ראו Stu Woolman & Henk Botha, *Limitations*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 34–1 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012). ראו גם Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' DEVENISH; 196, לעיל ה"ש 4, בעמ' 84.

9 ראו De Reuck v. Director of Public Prosecutions, 2004 (1) SA 406 (CC), para. 89; S. v. Mamaboto, 2001 (3) SA 409 (CC), para. 72.

10 ראו Minister of Home Affairs v. NICRO, 2005 (3) SA 280 (CC), para. 23 ("The rights entrenched in the Bill of Rights include equality, dignity, and various other human rights and freedoms. These rights give effect to the founding values and must be construed consistently with them. They are, however, not absolute and in principle are subject to

שבמגילת הזכויות (ה-Bill of Rights),¹¹ על כן חלה פסקת הגבלה כללית זו גם על הזכות לכבוד האדם. אכן, בכמה פסקי דין שבהם נקבע כי דבר חקיקה פגע בזכות לכבוד האדם המשיך בית המשפט החוקתי ובחן אם פגיעה זו היא מידתית.¹² כמובן, במסגרת בחינה זו יינתן משקל נכבד לחשיבותה של הזכות לכבוד האדם, וכן לערך החוקתי של כבוד האדם, שכן ההגבלה על כל זכות חוקתית – לרבות הזכות החוקתית לכבוד האדם – צריכה להיות סבירה ומוצדקת בחברה דמוקרטית המבוססת על הערכים של כבוד האדם, שוויון וחופש.¹³

כנגד דעה מקובלת זו אמר וינטר (Venter)¹⁴ כי הזכות לכבוד האדם בסעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה כוללת בחובה שני חלקים:¹⁵ החלק הראשון קובע כי לכל אחד כבוד טבעי (everyone has inherent dignity); החלק השני קובע את הזכות שכבודם של הכול

limitation in terms of section 36(1) of the Constitution” (Chaskalson C.J.)
Haysom, לעיל ה"ש 4.

11 ראו סעיף 36(1) לחוקה של דרום-אפריקה: “The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including (a) the nature of the rights; (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose”

12 ראו פרשת NICRO, לעיל ה"ש 10. ראו גם Dawood v. Minister of Home Affairs, 2000 (3) SA 936 (CC) para. 57 (“[T]here can be no doubt that there will be circumstances when the constitutional right to dignity that protects the rights of spouses to cohabit may justifiably be limited by refusing the spouses the right to cohabit in South Africa even pending a decision upon an application for an immigration permit”) (O'Regan J.); Booyesen v. Minister of Home Affairs and Another, 2001 (4) SA 485 (CC), para. 10; Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority, 2002 (4) SA 294 (CC), para. 30; Bhe v. Magistrate, 2005 (1) SA 580 (CC), para. 72–73

13 ראו סעיף 36(1) לחוקה של דרום-אפריקה. ראו גם Khumalo v. Holomisa, 2002 (5) SA 401 (CC) para. 41; Khosa v. Minister of Social Development Development, 2004 (6) SA 505 (CC).

14 ראו Francios Venter, *Human Dignity as a Constitutional Value: A South African Perspective*, in RECHT, STAAT, GEMEINWOHL: FESTSCHRIFT FÜR DIETRICH RAUSCHNING (Jörn Ipsen, Dietrich Rauschning & Edzard Schmidt-Jortzig eds., 2001)

15 S. v. Dodo, 2001 (3) SA 382 (CC) para. 35 (“The human dignity of all persons is independently recognised as both an attribute and a right in section 10 of the Constitution, which proclaims that ‘everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected.’ It is also one of the foundational values of the Constitution and is woven, in a variety of other ways, into the fabric of our Bill of Rights”) (Ackermann J.)

יכובד ויוגן (respected and protected the right to have their dignity). לדעתו של וינטר, החלק הראשון מעיד כי כבודו של האדם אינו יצירת הדין אלא נתון לכל אדם בהיותו אדם.¹⁶ הוראה זו אינה מגדירה זכות חוקתית אלא מצהירה על מצב טבעי הקיים מחוץ לחוקה ושאינו ניתן להגבלה. לעומת זאת החלק השני קובע את הזכות. אין זו זכות לכבוד האדם. זו אך זכות לכך שכבוד האדם יכובד ויוגן. כותב וינטר:¹⁷

“The statement that ‘everyone has inherent dignity’ can hardly be understood to be a constitutional creation of human dignity as a phenomenon of law. Nor can the phrase be read as the establishment of a right to human dignity. The relevant *right* continued to be one to the enjoyment of respect and to the protection of a pre-existing human attribute, human dignity. The purport of the phrase is again that human dignity is an inalienable, inborn characteristic of each individual person”.

בוטה (Botha) מסתמך על גישתו של וינטר ומציין כי אפשר לטעון כי החלק הראשון של סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה – הקביעה כי *everyone has inherent dignity* – מעניק הגנה מוחלטת לגרעין הפנימי של כבוד האדם. כותב בוטה:¹⁸

“It could even be argued that the reference to the ‘inherent dignity’ of every person has a similar meaning to the declaration in the German Basic Law that dignity is ‘inviolable’, and that it serves to give absolute protection to an inner core of dignity. On this interpretation, section 10 does not simply confer a subjective right which, like all rights, is subject to limitation. In addition to conferring a right, it also declares the belief of the founders of the Constitution that the dignity of the person exists prior to its recognition in a constitution and that, accordingly, the negation of

16 ראו גם Lourens Ackermann, *The Legal Nature of the South African Constitutional Revolution*, 4 N. Z. L. REV. 633, 647 (2004) (“It is significant that s 10 first proclaims that ‘everyone *has* inherent dignity’ before entrenching the right of ‘everyone [...] to have their dignity respected and protected’. This underscores, in my view, the recognition by the constitution that human dignity is not merely a protected and entrenched right, but that the concept of human dignity is definitional to what it means to be a human – that all humans have inherent dignity as an attribute independent of and antecedent to any constitutional protection thereof. It is, I would argue, expected as a .categorical constitutional imperative”)

17 Venter, לעיל ה"ש 14, בעמ' 340.

18 Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 197.

the inherent dignity of the person – in distinction to limitations of the rights to have one's dignity respected and protected – cannot be justified in the name of countervailing interests”.

אמת, המבנה של סעיף 10 לחוקתה של דרום-אפריקה מעורר בעיה פרשנית לא פשוטה. ההוראה המקבילה בחוקה הזמנית של דרום-אפריקה (מ-1993) קבעה: ¹⁹ “Every person shall have the right to respect and protection of his or her dignity” החוקה הקבועה חזרה על הוראה זו – בהחלפת הדיבור *every person* בדיבור *everyone* – בהוספת הדיבור “inherent dignity”. מה באה הוראה זו להוסיף? לדעתי, יש בתוספת זו כדי להצביע על חשיבותה היתרה של הזכות לכבוד האדם כזכות חוקתית,²⁰ ועל היותה הבסיס לכל שאר הזכויות. אין בתוספת זו כדי להעניק אופי מוחלט לזכות זו או להיבט הגרעיני שלה. אין לראות בדיבור *inherent dignity* הוראה דומה לזו של חוק-היסוד הגרמני כי כבוד האדם הוא “*unantastbar*”.²¹ אין ביטוי דומה ל-*unantastbar* בחוקה של דרום-אפריקה, ולדעתי אין אפשרות להסיק מהדיבור *inherent dignity* איסור על הגבלה. זאת בעיקר בשל האפשרות להגביל כל זכות בפסקת ההגבלה הכללית.²² נמצא כי הזכות לכבוד האדם בחוקתה של דרום-אפריקה היא יחסית. לעניין הגבלתה אין הבחנה פורמלית בין הגבלה של גרעין הזכות לבין הגבלה של התחום המצוי מחוץ לגרעין.²³ כל היבטיה של הזכות לכבוד האדם נתונים להגבלה, ויחולו בהם התנאים הנדרשים בפסקת ההגבלה.

לעניין זה יש להעיר שתי הערות: ראשית, כדי להצדיק הגבלה על הזכות לכבוד האדם יש לקיים את כל הוראותיה של פסקת ההגבלה, ובהן ההוראה כי ההגבלה סבירה ומוצדקת בחברה דמוקרטית המבוססת על כבוד האדם, שוויון וחופש.²⁴ יידרש צידוק חזק במיוחד כדי להצדיק בחברה דמוקרטית המבוססת על כבוד האדם הגבלה של כבוד האדם. עם זאת יש להבחין בין השאלה אם הזכות לכבוד האדם ניתנת עקרונית להגבלה (ותשובתי היא בחיוב) לבין השאלה אם ההגבלה מידתית (והתשובה עשויה להיות בשלילה). השאלה

- 19 סעיף 10 לחוקה הזמנית של דרום-אפריקה (1993).
 20 בכך היא מאמצת את גישתו של בית המשפט החוקתי בפרשת *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391 (CC).
 21 סעיף 1(1) לחוק-היסוד הגרמני. ראו לעיל בעמ' 451. למובנו המילולי של ביטוי זה, ראו לעיל בעמ' 453, בה"ש 6.
 22 ראו סעיף 36 לחוקה של דרום-אפריקה.
 23 פסקת ההגבלה של החוקה הזמנית של דרום-אפריקה קבעה כי הגבלתה של זכות במגילת הזכויות “shall not negate the essential content of the right in question” (סעיף 33(1)(b)). הוראה זו הושמטה מהחוקה הסופית של דרום-אפריקה.
 24 ראו סעיף 36(1) לחוקה של דרום-אפריקה. לטקסט של ההוראה, ראו לעיל בה"ש 11.

הראשונה בוחנת את אופייה של הזכות כמוחלטת או כחסית. השאלה השנייה בוחנת את ההגבלות שאפשר להטיל על הזכות היחסית. שנית, פסקת ההגבלה מעניקה תוקף לנורמה תת-חוקתית המגבילה זכות חוקתית (לרבות הזכות לכבוד האדם), ובלבד שההגבלה מידתית.²⁵ פסקת ההגבלה אינה מאפשרת שינויים מידתיים בזכות חוקתית.²⁶ אלה חייבים לקיים את הוראות החוקה באשר לדרכי השינוי²⁷ ואת תפיסותיה של החוקה באשר למגבלות החוקתיות על תוכנו של השינוי החוקתי.²⁸ אם גישתי לפרשנותו של סעיף 10 לחוקתה של דרום-אפריקה ראויה היא, כי אז המסקנה המתבקשת היא כי בדרום-אפריקה הזכות לכבוד האדם – כמו גם בישראל²⁹ – היא זכות יחסית. בכך היא שונה באופן בולט מהזכות לכבוד האדם בחוק-היסוד הגרמני, שבו נתפס כבוד האדם כזכות מוחלטת. כפי שראינו, כבוד האדם בגרמניה הוא זכות נצחית.³⁰ האם זהו גם הדין בדרום-אפריקה? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

3. כבוד האדם כזכות חוקתית הניתנת לשינוי חוקתי

שינוי חוקתי המשפיע על העקרונות הקבועים בסעיף 1 לחוק-היסוד הגרמני – הוא הסעיף הקובע את האופי המוחלט של כבוד האדם³¹ – אינו חוקתי. הוראה בחוק-היסוד הגרמני קובעת זאת במפורש.³² נמצא כי העקרונות הקבועים בכבוד האדם הם נצחיים. מה הדין בחוקתה של דרום-אפריקה? דומה שמוסכם על הכול כי על פי לשונה המפורשת של חוקתה של דרום-אפריקה, כבוד האדם – הן כזכות חוקתית והן כערך חוקתי – אינו נצחי. הערך החוקתי בדבר כבוד האדם מעוגן בין השאר בסעיף 1(a) לחוקה.³³ הוראה זו ניתנת לשינוי. סעיף 1(74) לחוקתה של דרום-אפריקה קובע הוראה בעניין זה:³⁴

25. שם. לפירושה של הוראה זו, ראו Woolman & Botha, לעיל ה"ש 8.
26. להבחנה בין הגבלה של זכות חוקתית לבין שינויים בה, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 133. ראו גם לעיל בעמ' 374.
27. ראו סעיף 74(2) לחוקה של דרום-אפריקה.
28. ראו להלן בעמ' 474. זו הסוגיה של תיקונים בחוקה שאינם חוקתיים. לסוגיה זו ראו Christopher Roederer, *Founding Provisions, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 13–15 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th Rev., 2012). ראו גם אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).
29. ראו לעיל בעמ' 368.
30. ראו לעיל בעמ' 455.
31. ראו לעיל בעמ' 453.
32. ראו סעיף 79(3) לחוק-היסוד של גרמניה.
33. ראו סעיף 1(a) לחוקה של דרום-אפריקה.
34. ראו סעיף 74(1) לחוקה של דרום-אפריקה.

“Section 1 and this subsection may be amended by a Bill passed by –

- (a) the National Assembly, with a supporting vote of at least 75 per cent of its members; and
- (b) the National Council of Provinces, with a supporting vote of at least six provinces”.

הזכות החוקתית לכבוד האדם מעוגנת בסעיף 10 לחוקתה של דרום-אפריקה. זהו אחד מהסעיפים הכלולים בפרק השני של החוקה שעניינו מגילת הזכויות (ה-Bill of Rights). הזכויות הכלולות בפרק זה ניתנות לשינוי. סעיף 74(2) לחוקה של דרום-אפריקה קובע: ³⁵

“Chapter 2 may be amended by a Bill passed by –

- (a) the National Assembly, with a supporting vote of at least two thirds of its members; and
- (b) the National Council of Provinces, with the supporting vote of at least six provinces”.

בחינתן של ההוראות המפורשות של חוקתה של דרום-אפריקה לעניין השינוי החוקתי מובילה למסקנה כי הן הערך החוקתי של כבוד האדם והן הזכות החוקתית של כבוד האדם ניתנים לשינוי. ³⁶ מבחינה זו אין דמיון בין הערך בדבר כבוד האדם בחוקתה של דרום-אפריקה לבין כבוד האדם בחוק-היסוד הגרמני: חוק-היסוד הגרמני מעניק לכבוד האדם נצחיות, ³⁷ ואילו החוקה של דרום-אפריקה מאפשרת שינוי של הערך בדבר כבוד האדם. בהקשר זה מעניין כי הערך החוקתי לכבוד האדם נהנה מנוקשות רבה מזו של הזכות החוקתית של כבוד האדם: שינויו של הערך החוקתי דורש, בין השאר, רוב של 75 אחוזים מחברי הגוף המחוקק, ולעומתו שינויה של הזכות החוקתית של כבוד האדם דורש, בין השאר, שני שלישים מחברי הגוף המחוקק.

35 ראו סעיף 74(2) לחוקה של דרום-אפריקה.

36 ראו Venter, לעיל ה"ש 14, בעמ' 346; Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 198.

37 ראו Du Plessis v. De Klerk, 1996 (3) SA 850 (CC) at para. 92 (“I do believe that the German Basic Law (GBL) was conceived in dire circumstances bearing sufficient resemblance to our own to make critical study and cautious application of its lessons to our situation and Constitution warranted. The GBL was no less powerful a response to totalitarianism, the degradation of human dignity and the denial of freedom and equality than our Constitution. Few things make this clearer than Art 1(1) of the GBL, particularly when it is borne in mind that the principles laid down in Art 1 are entrenched against amendment of any kind by Art 79(3)”) (Ackermann J.)

ההשוואה בין ההסדר המפורש של שינוי כבוד האדם בחוק-היסוד הגרמני לבין ההסדר המפורש של שינוי כבוד האדם בחוקה של דרום-אפריקה מובילה למסקנה כי קיים שוני מהותי בין מעמדו הנורמטיבי של כבוד האדם בחוק-היסוד הגרמני ובין מעמדו הנורמטיבי של כבוד האדם בחוקתה של דרום-אפריקה: בגרמניה כבוד האדם כזכות חוקתית וכערך חוקתי הוא נצחי, ואילו בדרום-אפריקה כבוד האדם כזכות חוקתית וכערך חוקתי אינו נצחי. הם ניתנים לשינוי – שינוי הערך החוקתי דורש רוב מיוחד במינו (בין השאר שבעים וחמישה אחוז מחברי הגוף המחוקק), ואילו שינוי הזכות החוקתית דורש, בין השאר, רוב של שני שלישים מחברי הגוף המחוקק, שהוא הרוב הרגיל לשינוי החוקה של דרום-אפריקה.³⁸

אף על פי שהוראותיה המפורשות של חוקתה של דרום-אפריקה אינן מעניקות לזכות החוקתית ולערך החוקתי לכבוד האדם את תכונת הנצחיות, האם אפשר להעניק להן נצחיות זו במשתמע? שאלה זו מעוררת את בעיית התיקון של חוקה שאינו חוקתי.³⁹ השאלה היא אם תיקון החוקה, המקיים את ההוראות בעניין ההליך של תיקון החוקה, עשוי להיות בלתי חוקתי, שכן הוא נוגד עקרונות בסיסיים שעליהם מבוססת החוקה. בעניין זה פיתח בית המשפט העליון של הודו את התפיסה כי שינוי החוקה אינו חוקתי אם יש בו כדי לשנות את המבנה הבסיסי של החוקה. שינוי כה יסודי אין להגשימו בדרך של שינוי בחוקה.⁴⁰ האם

38 השינוי של כל הוראות החוקה האחרות – כלומר שאין עניין שינוי סעיפים 1, 74, 7 – 39 – מוסדר בהוראת סעיף 74(3) לחוקה של דרום-אפריקה, הקובע: "Any other provision of the Constitution may be amended by a Bill passed – (a) by the National Assembly, with a supporting vote of at least two thirds of its members; and (b) also by the National Council of Provinces, with a supporting vote of at least six provinces if the amendment [...]".

39 לשאלה זו ראו ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 28; אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא (עתיד להתפרסם, 2014). ראו גם Richard Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 ARIZ. ST. L.J. 663 (2010); Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 AM. J. COMP. L. 657 (2013). ראו גם לעיל בעמ' 121, 373, 472.

40 ראו P.A. Sathe, *Amendability of Fundamental Rights: Golak Nath and the Proposed Constitutional Amendment*, 33 SUP. CT. J. 42 (1969); Nani A. Palkhivala, *Fundamental Rights Case: Comment*, 4 SUP. CT. CASES J. 57 (1973); P.K. Tripathi, *Kesavananda Bharati v. State of Kerala: Who Wins?*, 1 SUP. CT. CASES J. 3 (1974); Upendra Baxi, *The Constitutional Quicksands of Kesavananda Bharati and the Twenty Fifth Amendment*, 1 SUP. CT. CASES J. 45 (1974); Ramesh D. Garg, *Phantom of Basic Structure of the Constitution: A Critical Appraisal of the Kesavananda Case*, 16 J. INDIAN L. INST. 243 (1974); Ashok H. Desai, *Constitutional Amendments and the 'Basic Structure' Doctrine*, in DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS AND THE RULE OF LAW 90 (Venkat Iyer ed., 2000); Pavani P. Rao, *Basic Features of the Constitution*, 2 SUP. CT. CASES J. 1 (2000); SUDHIR KRISHNASWAMY, DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM IN INDIA: A

הלכה הודית זו חלה גם בגדרי החוקה של דרום-אפריקה? סעיף 167(4)(d) לחוקה מסמיך את בית המשפט החוקתי להחליט בחוקתיות של כל תיקון חוקתי.⁴¹ האם סמכות זו מוגבלת אך לבדיקת ההליך של תיקון החוקה, או שמא היא חלה גם לבדיקת תוכנו של התיקון החוקתי? ואם הסמכות היא כוללת, מהי אמת המידה לבחינה זו? שאלות אלה התעוררו בפרשת *Premier of Kwazulu-Natal*.⁴² השופט מחומד (Mahomed D.P.) קבע כי הכלל הוא שאם התיקון החוקתי נעשה על פי הליך תקין, התיקון חוקתי. עם זאת הוא הוסיף:⁴³

“It may perhaps be that a purported amendment to the Constitution, following the formal procedure prescribed by the Constitution, but radically and fundamentally restructuring and re-organizing the fundamental premises of the Constitution, might not qualify as an ‘amendment’ at all. That problem has engaged the Indian Supreme Court for some years, and it has been held that the power of amendment of the Constitution, vested in the Legislature could not be employed ‘to the extent of destroying the basic features and structure of the Constitution’”.

בית המשפט קבע כי אין צורך להחליט במקומה של גישה זו – המכירה בהגבלה משתמעת (implied limitation) על תוכנו של התיקון החוקתי – שכן בפרשה שבפניו התיקונים בחוקה אינם כה יסודיים לחוקה עד שהם מבטלים (abrogate) או הורסים (destroy) אותה. השאלה התעוררה מחדש בפרשת *United Democratic Movement*.⁴⁴ בית המשפט החוקתי חזר על גישתו של השופט מחומד בפרשת *Premier of Kwazulu-Natal*.⁴⁵ קבע כי אף בפרשה זו אין התיקון החוקתי מבטל את החוקה או הורסה.

STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE (2010); MADHAV KHOSLA, THE INDIAN CONSTITUTION (2012). ראו גם *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461 (Ind.); *Indira Gandhi v. Raj Narain*, AIR 1975 SC 229 (Ind.); *Minerva Mills v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789 (Ind.).

41 סעיף 167(4)(d) קובע כי רק בית המשפט החוקתי מוסמך: “[to] decide on the constitutionality of any amendment to the Constitution”

42 פרשת *Premier of Kwazulu-Natal v. The President of the Republic*, 1996 (1) SA 769 (CC).

43 שם, בפס' 47.

44 *United Democratic Movement v. President of the Republic of South Africa*, (2003) 1 SA 678 (CC).

45 לעיל ה"ש 42.

השאלה אם תיקון בחוקה אינו חוקתי אם הוא פוגע במבנה הבסיסי של החוקה היא פתוחה אפוא במשפט החוקתי של דרום-אפריקה.⁴⁶ יש להניח כי גם הבסיס העיוני של דוקטרינת המבנה הבסיסי פתוח בדרום-אפריקה לבחינה מחודשת, שכן העיסוק בה היה אגבי. בהקשר זה יהא מקום לבחון אם ראוייה היא גישתו של השופט מחומד בפרשת *Premier Kwazulu-Natal*, שלפיה שינוי המבנה הבסיסי אינו חוקתי, שכן אין לסווגו כ"שינוי" (amendment). גישה זו עמדה ביסוד פסקי הדין של כמה שופטים של בית המשפט ההודי בתחילת פיתוחה של הדוקטרינה בדבר שינוי המבנה הבסיסי של החוקה.⁴⁷ המחוקק ביקש להתגבר על דוקטרינה זו בקבעו במפורש, בדרך של שינוי בחוקה, כי אין להגביל את שינוי החוקה בשל תוכנה גם אם השינוי משנה או מבטל (repeals) הוראות של החוקה. בית המשפט העליון של הודו קובע כי שינוי חוקתי זה, הוא עצמו, אינו חוקתי.⁴⁸ נמצא כי לא פרשנות הדיבור "שינוי" (amendment) היא המונחת ביסוד תורת השינוי של המבנה הבסיסי אלא פרשנות החוקה כמכלול. המבקש להכניס שינוי במבנה הבסיסי של החוקה צריך להגשים רצונו זה בדרך של כינון חוקה חדשה. שאלה יפה היא אם קיימות מגבלות על תוכנה של חוקה חדשה. בחינתה של שאלה זו חורגת מגדרו של ספר זה.

נניח עתה כי הדוקטרינה בדבר שלילת שינוי המבנה הבסיסי של החוקה תאומץ בדרום-אפריקה.⁴⁹ האם יהא בכך כדי להפוך את הזכות החוקתית לכבוד האדם לזכות נצחית? האם צמצום בהיקפה של הזכות לכבוד האדם או ביטולה של זכות זו נופלים בגדריה של דוקטרינה זו? ומה דין שינוי או ביטול הערך החוקתי בדבר כבוד האדם?

התשובה לשאלות אלה מותנית בתוכן שבית המשפט החוקתי יעניק לדוקטרינה בדבר המבנה הבסיסי של החוקה. נראה לי כי אם תוכן זה יהא דומה לגישה המקובלת בבית המשפט העליון של הודו, כי אז הן ביטולה של הזכות החוקתית לכבוד האדם והן ביטולו של כבוד האדם כערך חוקתי יתפרשו כשינויים במבנה הבסיסי של החוקה. אלה הם כמובן מקרים קיצוניים. שאלות קשות עשויות להתעורר אם השינוי החוקתי לא יבטל את הזכות לכבוד האדם אלא יצמצם את היקפה. האם גם זה ייתפס כשינוי במבנה הבסיסי של החוקה? בדומה לזה, מה הדין אם השינוי החוקתי לא יבטל את כל ההוראות המעניקות מעמד חוקתי לערך החוקתי בדבר כבוד האדם אלא רק את מקצתן? ומה הדין אם השינוי החוקתי לא יביא לביטול הערך החוקתי בהקשר ספציפי אלא רק לצמצומו? כל אלה הן שאלות שטרם זכו

46 ראו *Roederer*, לעיל ה"ש 28. ראו גם *Merafrong Demarcation Forum v. President of the Republic of South Africa*, (2008) 5 SA 171 (CC). בפרשה זו נקבע כי שינוי חוקתי בדבר הגבולות של ה-Provinces המהווים את הרפובליקה כולה, חייב להיות רציונלי. זוהי דרישה מהותית שהוכרה על ידי בית המשפט החוקתי. האם אפשר לומר כי שינוי במבנה הבסיסי של החוקה אינו רציונלי?

47 ראו פרשת *Kesavanda Bharti*, לעיל ה"ש 40.

48 ראו פרשת *Minerva Mills*, לעיל ה"ש 40.

49 ראו *Richard Albert, Nonconstitutional Amendments*, 22 CAN. J.L. & JURIS. 5, 28 (2009).

לתשובה. עם זאת נראה כי השוני בין נצחיותו של כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני לבין נצחיותו במשפט החוקתי של דרום-אפריקה הוא רב: בגרמניה מצויה הוראה מפורשת העושה את כבוד האדם לנצחי, ואילו מחוקתה של דרום-אפריקה הוראה כזו נעדרת. אף אם ייקבע כי נצחיותו של כבוד האדם – אם כערך חוקתי ואם כזכות חוקתית – נגזרת מהמבנה הבסיסי של החוקה, ההגנה על מבנה בסיסי זה בדרום-אפריקה שונה היא מההגנה הניתנת לכבוד האדם בחוק-היסוד הגרמני.

4. כבוד האדם כערך עליון בחוקה של דרום-אפריקה

לכבוד האדם כערך חוקתי נקשרו בפסיקתה של דרום-אפריקה כתרים רבים. נאמר עליו שהוא ערך עליון;⁵⁰ ערך ראשון במעלה;⁵¹ שהוא אבן ראשה,⁵² ושהוא ערך מכונן⁵³ ובסיסי,⁵⁴ המהווה השראה⁵⁵ ומוטיב, העובר כחוט השני בכל הזכויות שבמגילת הזכויות.⁵⁶ הערך של כבוד האדם תואר כערך שמונח בלבן של זכויות האדם,⁵⁷ שהוא המקור להן,⁵⁸ והמעניק להן בסיס מוסרי.⁵⁹

- 50 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 111. ראו גם *Kroeze*, לעיל ה"ש 4; Nazeem M; Goolam, *Human Dignity: Our Supreme Constitutional Value*, 4 POTCHEFSTROOM ELEC. L.J. 1 (2001).
- 51 ראו *Chaskalson, Human Dignity as a Foundational Value*, לעיל ה"ש 4; Goolam; לעיל ה"ש 50.
- 52 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 329; פרשת *Khosa*, לעיל ה"ש 13, בפס' 114; פרשת *De Reuck*, לעיל ה"ש 9, בפס' 61. ראו גם *Christian Education SA v. Minister of Education*, 2000 (4) SA 757 (CC) at para 36; *Daniels v. Campbell*, 2004 (5) SA 331 (CC) at para. 54. ראו גם *Haysom*, לעיל ה"ש 4.
- 53 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 328; פרשת *Dodo*, לעיל ה"ש 15, בפס' 35; פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 26; פרשת *Khosa*, לעיל ה"ש 13, בפס' 85; פרשת *Daniels*, לעיל ה"ש 52, בפס' 54. ראו גם *Republic of South Africa v. Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC).
- 54 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 328; פרשת *Dawood*, לעיל ה"ש 12, בפס' 35; פרשת *Dodo*, לעיל ה"ש 15, בפס' 35; פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 26; פרשת *De Reuck*, לעיל ה"ש 9, בפס' 62; פרשת *NICRO*, לעיל ה"ש 10, בפס' 21. ראו גם *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, 2000 (2) SA 1 (CC) para. 58; *Minister of Home Affairs v. Watchenuka*, [2004] 1 All SA 21 (SCA) at para. 26.
- 55 ראו פרשת *Watchenuka*, שם, בפס' 26.
- 56 ראו פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, 1999 (1) SA 6 (CC) para. 120. ראו גם *Botha, Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 171.
- 57 ראו *Prinsloo v. Van der Linde*, 1997 (3) SA 1012 (CC), para 32.
- 58 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 144.
- 59 ראו *Haysom*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 126.

גישה זו לערך בדבר כבוד האדם חשובה היא. עם זאת אין בה כדי להפוך את הערך לכבוד האדם לערך העליון היחיד. יש לזכור כי בחוקה הזמנית של דרום-אפריקה לא הופיע כל אזכור מיוחד לערך החוקתי של כבוד האדם. החוקה הזמנית הכירה רק בזכות לכבוד האדם.⁶⁰ השינוי התרחש בחוקה הסופית (final) של דרום-אפריקה מ-1996.⁶¹ חוקה זו הפנתה לערך בדבר כבוד האדם בארבעה סעיפים.⁶² הפרק הראשון לחוקה עניינו הוראות יסוד (Founding provisions), והסעיף הראשון לפרק זה קובע:⁶³

“The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:

- (a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.
- (b) Non racialism and non-sexism.
- (c) Supremacy of the constitution and the rule of law.
- (d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness”.

הפרק השני לחוקה עניינו מגילת זכויות האדם (Bill of Rights). סעיף 7 הוא הסעיף הפותח פרק זה, וזו לשונה של הפסקה הראשונה (ס”ק (1)), הרלוונטית לענייננו:⁶⁴

“This Bill of Rights is the cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom”.

הפרק על מגילת זכויות האדם כולל בחובו שני סעיפים נוספים הכוללים את הערך בדבר כבוד האדם. הסעיף האחד עניינו פסקת ההגבלה (Limitation of Rights). הוא קובע לענייננו:⁶⁵

“The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and

60 ראו סעיף 10 לחוקה הזמנית של דרום-אפריקה.

61 בוודאי בהשפעת פסק הדין בפרשת *Makwanyane*, לעיל ה”ש 20.

62 כמה סעיפים כוללים התייחסות לכבוד (dignity) אך אין זה כבוד האדם אלא כבודם של מוסדות שלטון (ראו סעיפים 165(4), 181 ו-196).

63 סעיף 1 לחוקה של דרום-אפריקה.

64 סעיף 7 לחוקה של דרום-אפריקה.

65 סעיף 36(1) רישה לחוקה של דרום-אפריקה. ראו לעיל ה”ש 11.

justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom [...]”.

הסעיף האחר עניינו הפרשנות של מגילת הזכויות (Interpretation of Bill of Rights). הוראת הסעיף קובעת לענייננו:⁶⁶

“When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum –

(a) must promote the values that underline an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom”.

המסקנה העולה מעיון בארבעה סעיפים אלה היא כי כבוד האדם הוא בוודאי ערך בעל חשיבות עליונה ובסיסית כפי שנקבע בפסיקתו של בית המשפט החוקתי. עם זאת אין הוא הערך העליון היחיד ואין הוא הערך הבסיסי ביותר. הוראות היסוד (שבסעיף 1 לחוקה) מדגישות בצד הכבוד גם את השוויון.⁶⁷ ההוראות בדבר הגבלת זכויות (שבסעיף 36 לחוקה) ופרשנות (שבסעיף 39) מעמידות בראש הערכים החוקתיים את כבוד האדם, השוויון והחופש (human dignity, equality and freedom). נראה לי אפוא כי שלושה ערכים אלה – כבוד האדם, שוויון וחופש – הם הערכים הבסיסיים⁶⁸ והעליונים של חוקתה של דרום-אפריקה.⁶⁹ דבר זה מתבקש מלשונה. הוא ביטוי למהותה של החוקה שנועדה ליצור סדר חברתי חדש שיש בו דחייה של האפרטהייד.⁷⁰ משטר האפרטהייד פגע בכבוד האדם של מי שאינם לבנים, הפלה אותם ופגע בחירותם. החוקה היא התנתקות ממשטר זה. היא מבוססת

66 סעיף 39(1)(a) לחוקה של דרום-אפריקה.

67 ראו פרשת *NICRO*, לעיל ה"ש 10, בפס' 21.

68 ראו פרשת *Khosa*, לעיל ה"ש 13, בפס' 85; פרשת *Daniels*, לעיל ה"ש 52, בפס' 54; פרשת *NICRO*, לעיל ה"ש 10, בפס' 96.

69 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 111; פרשת *Grootboom*, לעיל ה"ש 53, בפס' 23; פרשת *Islamic Unity Convention*, לעיל ה"ש 12, בפס' 33; פרשת *Bhe*, לעיל ה"ש 12, בפס' 48; פרשת *NICRO*, לעיל ה"ש 10, בפס' 21. ראו גם *Ferreira v. Levin* NO, 1996 (1) SA 984 (CC) at para. 49. יש המצרפים אליהם את ערך החיים (ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 214, 326; פרשת *Watchenuka*, לעיל ה"ש 54, בפס' 26), וכן את ערך הדמוקרטיה (ראו *Haysom*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 124).

70 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 262. ראו גם *DEVENISH*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83; *Ackermann, The*, לעיל ה"ש 4; *Chaskalson, Human Dignity as a Foundational Value*; 83 *Legal Nature of the South African*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 650. ראו גם *Arthur Chaskalson, Dignity and Justice for All*, 24 MD. J. INT'L L. 24 (2009).

על הערכים החוקתיים של כבוד האדם, שוויון וחופש שנפגעו קשות באפרטהייד.⁷¹ אלה הם אפוא הערכים העליונים של החוקה, ובלשונו של השופט זקס (Sachs J.):⁷²

“As with all determination about the reach of constitutionally protected rights, the starting and ending point of the analysis must be to affirm the values of human dignity, equality and freedom”.

ובלשונו של השופט נגקובו (Ngcobo J.):⁷³

“This history serves to remind us where we have come from as a nation and where we are going. Indeed it serves to remind us of the goal that we have fashioned for ourselves in the Constitution, namely, to establish a new society founded on human dignity, equality and fundamental freedoms. It also helps us to understand the plight of millions of people living in deplorable conditions and in great poverty. It reminds us that at the heart of our constitutional democracy lies the commitment to address these conditions and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality”.

אכן, קיים דמיון רב בין העבר של האפרטהייד, שממנו ביקשה החוקה של דרום-אפריקה להתנתק,⁷⁴ לעבר של הנאציזם, שממנו ביקש חוק-היסוד הגרמני להתנתק.⁷⁵ קיים דמיון בין שתי החוקות גם באשר לאופן ההתנתקות.⁷⁶ עם זאת חוקתה של דרום-אפריקה לא אימצה שלושה מוסדות משפטיים חשובים שאותם אימץ חוק-היסוד הגרמני: האופי המוחלט, הנצחי והעליון ביותר של כבוד האדם. על פי חוקתה של דרום-אפריקה, כבוד האדם הוא יחסי, ניתן לשינוי, והוא אחד משלושה ערכים עליונים.

71 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 329; פרשת *Dawood*, לעיל ה"ש 12, בפס' Jaftha v. Schoeman, 2005 (2) SA 140 (CC) para. 27; Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers, 2005 (1) SA 217 (CC) at para. 15; Minister of Home Affairs v. Fourie, 2006 (1) SA 524 (CC) at para. 59; NM v. Smith, 2007 (5) SA 250 (CC) para. 49, 133.

72 פרשת *Port Elizabeth*, לעיל ה"ש 71, בפס' 15.
73 Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v. Thubelisha Homes, 2010 (3) SA 454 (CC) para. 191.

74 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 262; פרשת *Fourie*, לעיל ה"ש 71, בפס' 59; פרשת *Residents of Joe Slovo Community*, לעיל ה"ש 73, בפס' 191.

75 ראו פרשת *Du Plessis*, לעיל ה"ש 37, בפס' 92. ראו גם *Haysom*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 127.
76 ראו *Chaskalson, Human Dignity as a Foundational Value*, לעיל ה"ש 4.

5. התחום המכוסה על ידי כבוד האדם כזכות חוקתית

(א) גזרה שבה חל כבוד האדם בלבד

מגילת זכויות האדם (ה-Bill of Rights) בחוקתה של דרום-אפריקה היא יצירת מופת. היא פרי של חשיבה חוקתית מפותחת, הלומדת מניסיוןן של חוקות אחרות ומפרי מחקריהם של טובי אנשי מדע המשפט בדרום-אפריקה ומחוצה לה. היא מבנה ארכיטקטוני-משפטי מרשים ביותר. מגילת זכויות האדם בחוקתה של דרום-אפריקה מתקרבת לשלמות חוקתית יותר מכל מגילת זכויות מודרנית. בעיות משפטיות שמדינות חוקתיות רבות מתלבטות בהן נבחנו בקפידה בהכנת מגילת זכויות האדם בדרום-אפריקה וזכו לפתרון מפורש וראוי.⁷⁷ בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה ומדע המשפט בדרום-אפריקה פירשו את הוראותיה של מגילת זכויות האדם באופן המגשים את התכלית המונחת ביסודה.⁷⁸ חרף התנאים החברתיים הקשים והמורכבים בדרום-אפריקה דומה שהמשפט החוקתי בכלל והזכויות החוקתיות בפרט זכו בה לפיתוח ולפריחה שאין שווים להם במדינות הדמוקרטיות-חוקתיות.

מגילת זכויות האדם היא מקיפה. היא כוללת בחובה זכויות אזרחיות ופוליטיות בצד זכויות חברתיות וכלכליות. מהו התחום ה"מכוסה" על ידי הזכות החוקתית לכבוד האדם? תחום זה נקבע בוודאי, בעיקרו של דבר, על ידי הערך החוקתי של כבוד האדם. התכלית המונחת ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם היא הגשמתו של הערך החוקתי לכבוד האדם. אך מקובל הוא כי הערך החוקתי של כבוד האדם אינו מוגבל אך לזכות החוקתית של כבוד האדם. כבוד האדם כערך חוקתי מונח ביסודן של רבות מהזכויות החוקתיות.⁷⁹ למשל, הערך של כבוד האדם הוא חלק מהתכלית המונחת ביסוד הזכות לחופש,⁸⁰ לחופש

77 ראו למשל ההוראה בעניין ערכי היסוד של החוקה (סעיף 1 לחוקה של דרום-אפריקה); ההוראה בדבר חובתה של המדינה לכבד, להגן, לקדם ולהגשים את הזכויות השונות (סעיף 7(2)); החלת החוקה על תאגידים (סעיף 8(4)); הפתרון לבעיית התחולה הישירה או העקיפה של החוקה (סעיף 8(2) ו-3); אופן הטיפול בזכויות החברתיות (סעיפים 22-30); ההכרה בזכות החוקתית למנהל תקין (סעיף 33); דיני המעמד הליברליים (סעיף 38) וההוראה המקיפה והיסודית על הפרשנות של מגילת הזכויות החוקתיות (סעיף 39).

78 לציון מיוחד ראוי הקומנטר המקיף והיסודי על החוקה של דרום-אפריקה: CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).

79 ראו Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 22; פרשת *De Reuck*, לעיל ה"ש 9, בפס' 62: "Dignity is a founding value of our Constitution. It informs most if not all of the rights in the Bill of Rights and for that reason is of central significance in the limitations analysis" (Langa D.P.).

80 ראו פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69, בפסקאות 49, 52; *Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope*, 2002 (2) SA 794 para. 49.

הביטוי, ⁸¹ לפרטיות, ⁸² לשוויון ⁸³ ולזכויות החברתיות. ⁸⁴ הפסיקה הדגישה כי כבוד האדם הוא מוטיב העובר בכל הזכויות החוקתיות. ⁸⁵ ובלשונו של השופט אקרמן (Ackermann): ⁸⁶ (J.

“The human dignity of all persons [...] is also one of the foundational values of the Constitution and is woven, in a variety of other ways, into the fabric of our Bill of Rights”.

לפיכך קיימת חפיפה בין התחום המכוסה על ידי הזכות החוקתית לכבוד האדם לתחום המכוסה על ידי הזכויות החוקתיות האחרות המעוגנות במגילת הזכויות החוקתיות. ⁸⁷ אין זהות בין התחומים, שכן הערך בדבר כבוד האדם הוא הערך החוקתי היחיד המונח ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם, אך אין כבוד האדם הערך היחיד, אף אין הוא הערך העיקרי, המונח ביסוד הזכויות החוקתיות האחרות. הנה כי כן, זהות בין התחומים המכוסים אין, אך חפיפה קיימת. על תוצאותיה של חפיפה זו נעמוד בנפרד. השאלה הניצבת לפנינו עתה היא אם קיים תחום בהתנהגות האנושית ש"מכוסה" על ידי הזכות לכבוד האדם ועל ידיה בלבד. היש אינטרס או רצון של הפרט שאינו נכנס לתחומן של הזכויות האחרות, ואשר בית הקיבול היחיד שלו הוא כבוד האדם? האין לומר כי כל חלקיו של התחום המכוסה על ידי הזכות לכבוד האדם – אילו עמדה כזכות היחידה הקיימת במגילת הזכויות החוקתיות – מצויים בגזרתן של הזכויות החוקתיות האחרות באופן שאינו נותן לה לזכות החוקתית לכבוד האדם כל גזרה שהיא שלה, ושלה בלבד?

הגישה המקובלת בפסיקה ובספרות בדרום-אפריקה היא כי כבוד האדם כזכות חוקתית אמנם חופף, במידה רבה, זכויות חוקתיות אחרות, אך הוא מכסה גם גזרה של התנהגות אנושית, שהיא מיוחדת לו ושאינה חופפת זכויות חוקתיות אחרות. למשל: בפרשת *Dawood* ⁸⁸ נידונה חוקתיותו של חוק שקבע תנאים המגבילים את האפשרות של בעל או אישה שאינם בעלי תושבות בדרום-אפריקה והנשואים לבן זוג שהוא תושב של דרום-

- 81 ראו פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 21, 25.
- 82 ראו שם, בפס' 27; פרשת *Smith*, לעיל ה"ש 71, בפס' 131.
- 83 ראו פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69, בפס' 251; פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 125.
- 84 ראו פרשת *Khosa*, לעיל ה"ש 13, בפס' 44; פרשת *Grootboom*, לעיל ה"ש 53, בפס' 23; פרשת *Jaftha*, לעיל ה"ש 71, בפס' 21.
- 85 ראו לעיל בעמ' 462.
- 86 פרשת *Dodo*, לעיל ה"ש 15, בפס' 35.
- 87 ראו פרשת *Dawood*, לעיל ה"ש 12, בפס' 35; פרשת *Jaftha*, לעיל ה"ש 71, בפס' 21. ראו גם *Haysom*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 134, 138; *Woolman*, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 25.
- 88 ראו פרשת *Dawood*, לעיל ה"ש 12, בפס' 36. ראו גם פרשת *Booyesen*, לעיל ה"ש 12, בפס' 10.

אפריקה, לרכוש תושבות דרום-אפריקנית. נטען כי החוק פוגע בזכות לכבוד האדם ואינו מידתי. בקבלה טענה זו קבעה השופטת אורגן (O'Regan J.):⁸⁹

“In this case, however, it cannot be said that there is a more specific right that protects individuals who wish to enter into and sustain permanent intimate relationships than the right to dignity in section 10. There is no specific provision protecting family life as there is in other constitutions and in many international human rights instruments. The applicants argued that legislation interfering with the right to enter into such relationships infringed the rights to freedom of movement and the rights of citizens to reside in South Africa. It may well be that such legislation will have an incidental and limiting effect on these rights, but the primary right implicated is, in my view, the right to dignity. As it is the primary right concerned, it is the right upon which we should focus”.

וולמן מתאר את הגישה המקובלת בפסיקה של דרום-אפריקה כך:⁹⁰

“[D]ignity has operated as a first order rule in a number of intimate association matters because the Constitutional Court could identify no other specific right that would protect the interests of the married couples or life partners in question. High Courts have extended the protection that FC [Final Constitution] s 10 affords intimate associations beyond the confines of marriage or life partnerships to relationships between grandparents and grandchildren. High Courts have also deployed dignity as an operational rule when no other right would protect the linguistic interests of a party before the court”.

(ב) כבוד האדם והזכות לחופש

האין לומר כי כל אותם עניינים שלדעת וולמן נכללים – בהעדר זכות חוקתית אחרת – בגדרה של הזכות לכבוד האדם, נופלים בגדרה של הזכות לחופש? זהו הדין במשפט החוקתי הגרמני.⁹¹ הזכות החוקתית לחופש פיתוח האישיות⁹² משתרעת בין השאר על כל

89 ש.ם.

90 Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 20.

91 ראו לעיל בעמ' 457.

92 ראו סעיף 2(1) לחוק-היסוד הגרמני. ראו גם לעיל בעמ' 457.

רצון או אינטרס של האדם. זוהי "זכות-סל". ממילא אין לכבוד האדם בחוק-היסוד הגרמני "גזרה" שהיא ייחודית לו. מהו הדין בעניין זה בחוקתה של דרום-אפריקה?
הזכות לחירות מעוגנת בסעיף 12 לחוקתה של דרום-אפריקה:

"Freedom and Security of the Person

- (1) Everyone has the right to freedom and security of the person, which includes the right –
- (a) not to be deprived of freedom arbitrarily or without just cause;
 - (b) not to be detained without trial;
 - (c) to be free from all forms of violence from either public or private sources;
 - (d) not to be tortured in any way; and
 - (e) not to be treated or punished in a cruel, inhuman or degrading way.
- (2) Everyone has the right to bodily and psychological integrity, which includes the right –
- (a) to make decisions concerning reproduction;
 - (b) to security in and control over their body; and
 - (c) not to be subjected to medical or scientific experiments without their informed consent".

הכול מסכימים כי הוראה זו מגנה על החופש מפני השימוש בכוח. אך האם מגנה הוראה זו על החופש מפני פגיעה בו שלא בדרך של שימוש בכוח? האם היא מגנה על החופש להינשא?

האם עניין לנו בשתי זכויות נפרדות – האחת ל-freedom והשנייה ל-security of the person – או שמא עניין לנו בזכות אחת, שעניינה freedom מפני פגיעה ב-security of the person?⁹³ שאלה זו הועלתה בפרשת *Coetzee*⁹⁴ אך הושארה בצריך עיון. היא עלתה מחדש והוכרעה בפרשת *Ferreira*⁹⁵. בדעת מיעוט גרס השופט אקרמן (Ackermann J.) כי הוראת

93 Michael Bishop & Stu Woolman, *Freedom and Security of the Person*, in ראו CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 40-1 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).

94 *Coetzee v. Government of the Republic of South Africa*, 1995 (4) SA 631 (CC) para. 44.

95 פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69.

סעיף 12(1) לחוקה של דרום-אפריקה מבחינה בין שתי זכויות חוקתיות: האחת הזכות ל-freedom והאחרת הזכות ל-security of the person. הזכות ל-freedom היא, לדעת אקרמן:⁹⁶

“[T]he right of individuals not to have ‘obstacles to possible choices and activities’ placed in their way by [...] the state”.

השופט אקרמן מכנה זאת “זכות שיוויון לחופש” (“residual freedom right”).⁹⁷ הרוב לא קיבל גישה זו. הנשיא צ'סקלסון (Chaskalson P.) קבע⁹⁸ – ועמו הסכימו שאר חברי המותב – כי המטרה העיקרית של הוראת הסעיף היא להבטיח את השלמות הפיזית של האדם. עם זאת הוא ציין כי אין זו המטרה היחידה. עשויים להיות מקרים חריגים שבהם יינתן לדיבור freedom מובן רחב מהבטחת השלמות הפיזית. בהתייחסו למקרים אלה ציין הנשיא צ'סקלסון:⁹⁹

“This does not mean that we must necessarily confine the application of section 11(1) to the protection of physical integrity. Freedom involves much more than that, and we should not hesitate to say so if the occasion demands it. But, because of the detailed provisions of Chapter 3, such occasions are likely to be rare. If despite the detailed provisions of Chapter 3 a freedom of a fundamental nature which calls for protection is identified, and if it cannot find adequate protection under any of the other provisions in Chapter 3, there may be a reason to look to section 11(1) to protect such a right. But to secure such protection, the otherwise unprotected freedom should at least be fundamental and of a character appropriate to the strict scrutiny to which all limitations of section 11 are subjected”.

אמות המידה לקביעתם של מקרים חריגים אלה טרם פותחו. המסקנה המתבקשת היא כי הזכות לחופש בחוקה של דרום-אפריקה בעיקרה, ובכפוף לחריגים, אינה זכות-סל. נמצא כי היא אינה משמיטה את הקרקע מתחת לרגליה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. הנשיא צ'סקלסון ציין בפרשת *Ferreira*:¹⁰⁰

96 שם, בפס' 54.

97 שם, בפס' 57.

98 שם, בפס' 170.

99 שם, בפס' 184. ראו גם פסק הדין של השופט זקס (Sachs J.) באותה פרשה, שם, בפס' 254. כן ראו פסק הדין של השופטת אורגן (O'Regan J.) בפרשת *Bernstein v. Bester NO, 1996 (4) BCLR 449 (CC)*.

100 פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69, בפס' 173.

“In the context of the multiplicity of rights with which it is associated in Chapter 3, human dignity can and will flourish without such an extensive interpretation being given to section 11(1)”.

העיון בפסיקה ובספרות בדרום-אפריקה מעלה כי במקרים נדירים משמש כבוד האדם הזכות הבלעדית הרלוונטית לפתרון הבעיה. עומד על כך וולמן, בציינו: ¹⁰¹

“Dignity is rarely a first order rule. That is, the right to dignity *alone* is rarely dispositive of a constitutional matter”.

הטעם לכך הוא שהתחום של רצון או אינטרס של הפרט שבו יש תחולה אך לכבוד האדם הוא צר ביותר. ברוב רובם של המקרים – בוודאי ברוב רובם של המקרים שבאו בפני בתי המשפט בדרום-אפריקה – ההתנהגות שהגבילה את הזכות לכבוד האדם הגבילה גם זכויות חוקתיות אחרות. עם זאת יש להדגיש כי החפיפה הרבה בין הזכויות החוקתיות השונות לבין כבוד האדם לא הביאה לצמצום בהיקפו של כבוד האדם. החפיפה לא הביאה לשינוי בגבולותיה של הזכות לכבוד האדם.

6. ייחודה של הזכות לכבוד האדם במשפט החוקתי של דרום-אפריקה

(א) כבוד האדם כזכות חוקתית המשתרעת על כל התנהגות הנופלת בגדרי כבוד האדם כערך חוקתי

כבוד האדם בחוקתה של דרום-אפריקה הוא זכות יחסית. הזכות ניתנת להגבלה מידתית. היא אינה זכות נצחית. היא אחד הערכים העליונים של מגילת זכויות האדם. היא חלק ממגילת זכויות חוקתיות שאינה כוללת בחובה, בעיקרה, זכות-סל. האם יש לה ייחוד משלה בגדרי החוקה של דרום-אפריקה? כפי שראינו, לכבוד האדם כזכות חוקתית בגרמניה ייחוד משלה. היא זכות מוחלטת, נצחית ועליונה. היא פועלת בגדרי מגילת זכויות חוקתיות המתאפיינת בזכות-סל שעניינה הזכות לפיתוח האישיות. תכונות אלה הביאו לצמצום התחום המכוסה על ידי הזכות החוקתית לכבוד האדם. האם צמצום זה מאפיין גם את הזכות לכבוד האדם בחוקתה של דרום-אפריקה? כפי שראינו, ¹⁰² לכבוד האדם כזכות חוקתית בישראל ייחוד משלה. היא זכות יחסית. היא אינה נצחית. היא משקפת את אחד הערכים העליונים של מגילת זכויות האדם. הזכויות החוקתיות האחרות (לבד מכבוד האדם) מכסות גזרה צרה של זכויות אדם. תכונות אלה הביאו להעמקת היקפו של כבוד האדם ככולל גם

101 Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 19 (ההדגשה במקור).

102 ראו לעיל בעמ' 366.

זכויות-בת וזכויות-נינה אשר בחוקות אחרות הן זכויות העומדות לעצמן ואילו בישראל הן חלק מכבוד האדם. האם הרחבה זו מתבקשת גם בדרום-אפריקה?
 התשובה לשאלות אלה היא לדעתי כי ייחודה של הזכות לכבוד האדם בדרום-אפריקה אינה מצדיקה צמצום התחום המכוסה על ידיה. תחום זה צריך לכסות כל פעילות אנושית שהערך החוקתי של כבוד האדם מבקש להגשים. הסיבות שהביאו לצמצומו של כבוד האדם כזכות בחוק-היסוד של גרמניה אינן חלות בדרום-אפריקה. מבחינה זו קיים דמיון רב בין התחום המכוסה על ידי הזכות החוקתית לכבוד האדם בדרום-אפריקה לבין התחום המכוסה על ידי הזכות לכבוד האדם בישראל. השוני בין שתי השיטות מתבטא בכך שרבות מזכויות-הבת או הנינה שבישראל נכללות בגדרי הזכות לכבוד האדם בלבד, בעוד בדרום-אפריקה הן גם זכויות עצמאיות העומדות על רגליהן.

(ב) בעיית החפיפה בין הזכות לכבוד האדם והזכויות החוקתיות האחרות

כיצד יש לבחון כל אותם מצבים שבהם נפגעת הזכות החוקתית לכבוד האדם וכן זכות חוקתית אחרת במגילת הזכויות החוקתיות? שאלה זו אינה מתעוררת בכל חריפותה בישראל, שכן זכויות-הבת והנינה הנגזרות מכבוד האדם לרוב אינן מוכרות כזכויות עצמאיות. לא כן בדרום-אפריקה. הערך של כבוד האדם חולש על רבות מהזכויות החוקתיות.¹⁰³ על כן תחום המכוסה על ידי אותן זכויות – עד כמה שהוא מגשים גם את הערך בדבר כבוד האדם – נכלל גם בגדרי כבוד האדם. הקיום החופף אינו מביא לשינוי בהיקף הזכויות. נהפוך הוא: הקיום החופף מביא להתחזקותה של כל זכות בשל חפיפתה עם זכות אחרת.¹⁰⁴ במצב דברים זה כיצד על בית המשפט לנהוג? בפרשת *Dawood* ציינה השופטת אורגן (O'Regan J.):¹⁰⁵

103 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 328; פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69, בפס' 49; פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 114; פרשת *Prince*, לעיל ה"ש 80, בפס' 49; פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 21, 27; פרשת *Smith*, לעיל ה"ש 71, בפס' 131. ראו גם *S. v. Jordan*, 2002 (6) SA 642 (CC) para. 53.

104 ראו פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 114; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*; פרשת *Home Affairs*, לעיל ה"ש 54, בפס' 31; פרשת *Grootboom*, לעיל ה"ש 53, בפס' 83; פרשת *Islamic Unity Convention*, לעיל ה"ש 12, בפס' 26 (freedom of expression is one of a web of mutually supporting rights in the Constitution. It is closely related to freedom of religion, belief and opinion (s 15), the right to dignity (s 10) [...]) (Langa D.P.); פרשת *Jordan*, לעיל ה"ש 103, בפס' 52; פרשת *Watchenuka*, לעיל ה"ש 54, בפס' 25; פרשת *Khosa*, לעיל ה"ש 13, בפסקאות 40–41, 104; פרשת *Smith*, לעיל ה"ש 71, בפס' 131. פרשת *Dawood*, לעיל ה"ש 12, בפס' 35.

“In many cases [...] where the value of human dignity is offended, the primary constitutional breach occasioned may be of a more specific right such as the right to bodily integrity, the right to equality or the right not to be subject to slavery, servitude or forced labour”.

יודגש כי השופטת אורגן לא ציינה כי כשהפרה החוקתית הראשית היא של זכות בעלת אופי מיוחד, כגון הזכות לשוויון או הזכות נגד עבדות, שעבוד או עבודת כפייה, אין צורך לבחון את תחולתה של הזכות לכבוד האדם. חרף זאת נראה כי הגישה שהתקבלה היא כי במקום שנפגעת הזכות לכבוד האדם וזכות מיוחדת, הפגיעה בזכות לכבוד האדם אינה מוסיפה דבר.¹⁰⁶ כותב וולמן:¹⁰⁷

“[The] ubiquity of dignity has led the Court to adhere to a relatively restrictive rule regarding the use of dignity as a first order rule: where a court can identify the infringement of a more specific right, FC s 10 should not be added to the enquiry”.

מכאן גם מיעוט המקרים שבהם בית המשפט בוחן את כבוד האדם כזכות חוקתית.¹⁰⁸ הלכה למעשה הזכות לכבוד האדם הפכה לזכות שיורית ותחול רק באותם מקרים שבהם אין למצוא זכות אחרת החלה בעניין.¹⁰⁹

לדעתי גישה זו אינה ראויה. בכל מקרה של חפיפה בין זכויות חוקתיות שאין בהן ניגוד אלא השלמה, יש לבחון כל אחת מהן בנפרד. אין לראות בכבוד האדם זכות שיורית. הדבר

106 ראו Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 20: “[W]here a court can identify in infringement of a more specific right, FC s 10 will (ostensibly) not add to the enquiry”.

ראו גם Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 198.

107 Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 24.

108 שם () “Because some rights are understood, immediately, to be expressions of the commitment to dignity – say, the prohibitions on torture (FC s 12), slavery, servitude or forced labour (FC s 13) – and many other rights, once refracted through the value of dignity, become expressions of the more basic (non-justiciable) commitment to dignity – say the right to equality and the right not to be subject to cruel, inhuman or degrading punishment – the need for dignity to function as a rule that disposes of cases directly is (less pronounced than it might otherwise be”.

109 ראו Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 198: “[D]ignity thus assumes the role of a residual right which is used to interpret and give shape to more specific rights, and which is relied upon directly only in cases in which no more specific right is available” עם זאת המחבר מציין כי בית המשפט לא היה עקבי בגישתו זו, ולעתים הוא בוחן אם הזכות לכבוד האדם לא נפגעה גם במקום שהפגיעה היא גם בזכויות אחרות. ראו גם IAIN CURRIE & JOHAN DE WAAL, *THE NEW CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW* Vol. 1 362 (2001).

אינו מתיישב עם מרכזיותה של הזכות לכבוד האדם במגילת הזכויות. הוא ימנע ממנה מלמלא את תפקידה בגדרי מגילת הזכויות ועשוי לגרור את החלשתו של כבוד האדם בגדרי החוקה. דוגמה לתוצאה בלתי ראויה זו אפשר למצוא בפסיקתו של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה בסוגיה של הגרעין המינימלי (ה-*minimum core*).

(ג) הבעיה של הגרעין המינימלי (Minimum Core)

בפרשו את הסעיפים במגילת הזכויות החוקתיות הדנים בזכויות חברתיות קבע בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה כי זכויות אלה אינן מגנות על הגרעין המינימלי של הקיום.¹¹⁰ שאלת הגרעין המינימלי צריכה להיבדק במסגרת האמצעים הסבירים (reasonable measures) שעל המדינה לנקוט להבטחת הגשמתן של זכויות אלה, וזאת במסגרת המקורות העומדים לרשותה (available resources).¹¹¹ גישה זו של בית המשפט החוקתי שנויה במחלוקת.¹¹² לא אנתח ביקורת זו. לענייננו אציין כי לדעתי היה מקום לבחון אם המינימום של הקיום מובטח במסגרת הזכות לכבוד האדם. בחינה דומה נעשתה על ידי בית המשפט החוקתי הגרמני¹¹³ ועל ידי בית המשפט העליון בישראל.¹¹⁴ בשני בתי המשפט נקבע כי כבוד האדם מגן על מינימום הקיום. בגרמניה זהו מינימום מוחלט; בישראל זהו מינימום יחסי, הניתן להגבלה בגדרי פסקת ההגבלה, כלומר על ההגבלה להיות מידתית. הטענה כי בצד הזכויות החברתיות והכלכליות עומדת גם הזכות לכבוד האדם הועלתה בפני בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה.¹¹⁵ בית המשפט קבע – ברוח פסיקתו – כי במקום שיש זכויות ספציפיות (בענייננו, הזכויות החברתיות הרלוונטיות) אין מקום לדון בכבוד האדם. כותבת השופטת מוקגורו (Mokgoro J.):¹¹⁶

“This Court has made it clear that any claim based on socio-economic rights must necessarily engage the right to dignity. The lack of adequate food, housing and health care is the unfortunate lot of too many people in this country and is a blight on their dignity. Each time an applicant approaches the courts claiming that his or her socio-economic rights have been infringed the right to dignity is invariably implicated. The

- 110 ראו פרשת *Grootboom*, לעיל ה"ש 53, Minister of Health v. Treatment Action Campaign, ; 2002 (5) SA 721 (CC).
- 111 ראו למשל סעיפים 26, 27 ו-29 לחוקה של דרום-אפריקה.
- 112 ראו SANDRA LIEBENBERG, SOCIO-ECONOMIC RIGHTS: ADJUDICATION UNDER A TRANSFORMATION CONSTITUTION (2010).
- 113 ראו לעיל בעמ' 462.
- 114 ראו להלן בעמ' 598.
- 115 ראו פרשת *Jafitha*, לעיל ה"ש 71, בפס' 21.
- 116 ש.ם.

appellants' reliance on section 10 as a self-standing right therefore does not add anything to this matter making it unnecessary to consider the attempted amplification of their case in this regard".

אכן, הצדק עם השופטת, כי ההגבלה על הזכויות החברתיות מערבת את הזכות לכבוד. בפרשה שלפניה נמצא הפתרון בגדרי הזכויות החברתיות עצמן. אך מה הדין אם הזכויות החברתיות אינן פותרות את הבעיה? כפי שראינו, בכל הנוגע לקיום המינימלי (ה- minimum core) החליט בית המשפט החוקתי שההוראות בעניין הזכויות החברתיות אינן כוללות היבט זה של כבוד האדם. הזכות אינה למינימום של הקיום האנושי אלא לנקיטת אמצעים סבירים במסגרת המקורות העומדים לרשות המדינה להבטחת הזכויות החברתיות והכלכליות. במצב דברים זה נראה לי כי יש מקום לבחון את הזכות לכבוד האדם. בחינה זו לא תוכל להיעשות רק אם הזכויות החברתיות והכלכליות יתפרשו כקובעות שהחוקה אינה מכירה בזכות למינימום הקיום האנושי. במקרה זה הזכות לכבוד האדם תצטמצם ולא תכלול את הזכות למינימום הקיום האנושי. דומה שהכול יסכימו כי אין לפרש את הזכויות החברתיות והכלכליות כהסדר שלילי לעניין הזכות למינימום הקיום האנושי. כל שנקבע בבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה – וכאמור אף זה שנוי במחלוקת – הוא שהזכויות החברתיות והכלכליות אינן מכירות בזכות נפרדת לקיום אנושי מינימלי. לא נקבע כי כל מגילת הזכויות החוקתיות אינה מכילה זכות זו. במצב דברים זה יש מקום לבחון אם הזכות החוקתית לכבוד האדם הוגבלה. אם התשובה היא בחיוב, יש להמשיך ולבחון אם הגבלה זו היא מידתית. ייתכן כמובן שהתוצאה של הבחינה האמורה תעלה כי ההגבלה על הזכות לכבוד האדם היא מידתית. אין במסקנה אפשרית זו כדי לשלול את הצורך לבחון את הזכות לכבוד האדם. אם הערך בדבר כבוד האדם רלוונטי למינימום הקיום האנושי, מהו ההיתר לשלול את הבחינה אם הזכות לכבוד האדם הוגבלה?

ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי של דרום-אפריקה

1. כבוד האדם כאחת מזכויות האדם

החוקה של דרום-אפריקה מכירה בכבוד האדם הן כערך חוקתי והן כזכות חוקתית.¹¹⁷ עמדה על כך השופטת אורגן (O'Regan J.) בפרשת *Dawood*:¹¹⁸

117 ראו Susie Cowen, *Can 'Dignity' Guide South Africa's Equality Jurisprudence?*, 17 S. Afr. J. Hum. Rts. 34, 46 (2001).

118 פרשת *Dawood*, לעיל ה"ש 12, בפס' 35. ראו גם פרשת *Bhe*, לעיל ה"ש 12, בפס' 48.

“The value of dignity in our Constitutional framework cannot therefore be doubted. The Constitution asserts dignity to contradict our past in which human dignity for black South Africans was routinely and cruelly denied. It asserts it too to inform the future, to invest in our democracy respect for the intrinsic worth of all human beings. Human dignity therefore informs constitutional adjudication and interpretation at a range of levels. It is a value that informs the interpretation of many, possibly all, other rights. This Court has already acknowledged the importance of the constitutional value of dignity in interpreting rights such as the right to equality, the right not to be punished in a cruel, inhuman or degrading way, and the right to life. Human dignity is also a constitutional value that is of central significance in the limitations analysis. Section 10, however, makes it plain that dignity is not only a value fundamental to our Constitution, it is a justiciable and enforceable right that must be respected and protected. In many cases, however, where the value of human dignity is offended, the primary constitutional breach occasioned may be of a more specific right such as the right to bodily integrity, the right to equality or the right not to be subjected to slavery, servitude or forced labour”.

כפי שציינה השופטת אורגן, לערך החוקתי של כבוד האדם חשיבות רבה. הוא מעניק בסיס מוסרי לזכויות האחרות,¹¹⁹ ולעתים הוא חלק מהתכלית המונחת ביסודן של הזכויות. עם זאת הערך החוקתי של כבוד האדם אינו מעניק, כשלעצמו, זכות חוקתית לכבוד האדם.¹²⁰ כבוד האדם כזכות חוקתית מעוגן בהוראת סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה.

2. היחס בין הערך החוקתי לכבוד האדם לזכות החוקתית לכבוד האדם

מהו היחס בין הערך החוקתי לכבוד האדם לזכות החוקתית לכבוד האדם בחוקה של דרום-אפריקה? התשובה היא כי הערך החוקתי של כבוד האדם הוא התכלית העיקרית

119 ראו DEVENISH, לעיל ה"ש 4, בעמ' 81.

120 ראו פרשת NICRO, לעיל ה"ש 10, בפס' 21: “The values enunciated in section 1 of the Constitution are of fundamental importance. They inform and give substance to all the provisions of the Constitution. They do not, however, give rise to discrete and enforceable rights in themselves. This is clear not only from the language of section 1 itself, but also from the way the Constitution is structured and in particular the provisions of Chapter 2 which contains the Bill of Rights” (Chaskalson C.J.).

המונחת ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם. המטרה העיקרית של הזכות החוקתית לכבוד האדם – התכלית העיקרית המונחת ביסודה – היא להגשים את הערך החוקתי של כבוד האדם. מהו הערך בדבר כבוד האדם המונח ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם? לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

ג. היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם

1. קשיי ההגדרה

הערך החוקתי של כבוד האדם קובע את היקף הפריסה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. מהי ההגדרה של הערך החוקתי לכבוד האדם בחוקה של דרום-אפריקה? על שאלה זו אין למצוא תשובה מקובלת. החוקה עצמה אינה מגדירה ערך זה. שופטים בפסקי הדין¹²¹ וחכמי משפט בחיבוריהם¹²² מדגישים את הקושי שבהגדרת הערך החוקתי של כבוד האדם. עם זאת אין מנוס מלקבוע, ולו באופן ראשוני, את מובנו של כבוד האדם כערך חוקתי, שכן בלא לעשות כן הערך החוקתי הזה לא יוכל למלא את תפקידו. בצדק ציין Haysom¹²³:

“It is not enough to show that human dignity is a beacon which illuminates a path for human-rights interpretation. The direction in which the beacon lies must be described”.

עיון בפסקי הדין של בית המשפט החוקתי מלמד על פסיקה עשירה לעניין היבט זה או אחר של הערך החוקתי בלא ניסיון להגדירו כמכלול. ייתכן שהטעם לכך הוא חוסר הרצון של בית המשפט, בשלב הראשון של ההתפתחות החוקתית, להניח בסיס עקרוני כולל לכבוד האדם.¹²⁴ דבר זה אין בו כדי לשחרר את מדע המשפט של דרום-אפריקה מלנסות ולהגדיר את הבנתו של הערך של כבוד האדם כפי שהוא משתקף בפסיקתם של בתי המשפט. אכן, כך נעשה בכתיבתם של כמה מחברים¹²⁵ – ובהם השופט אקרמן בכתיבתו המדעית.¹²⁶

121 ראו Harksen v. Lane NO, 1998 (1) SA 300 (CC) para. 50. השופט גולדסטון (Goldstone) מצטט בהסכמה את השופטת ל'רה-דובה (L'Heureux-Dubé J.) בפרשת Egan v. Canada (J. Ackermann J.) בפסקי הדין [1995] 2 S.C.R. 513 (Can.), הכותבת כי “Dignity [is] a notoriously elusive concept”. ראו גם דברי השופט אקרמן (Ackermann J.) בפרשת National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, לעיל ה"ש 56, בפס' 28: “Dignity is a difficult concept to capture in precise terms”.

122 ראו Haysom, לעיל ה"ש 4, בעמ' 131; Botha, Human Dignity in Comparative Perspective; לעיל ה"ש 4, בעמ' 201.

123 Haysom, לעיל ה"ש 4, בעמ' 131.

124 ראו Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 7 (בה"ש 1).

125 ראו Haysom, לעיל ה"ש 4; Woolman, לעיל ה"ש 2; Botha, Human Dignity in Comparative Perspective, לעיל ה"ש 4.

2. כבוד האדם כראייה באדם מטרה ולא אמצעי בלבד

משותפת לרבים מפסקי הדין התפיסה הקנטיאנית,¹²⁷ שלפיה כבוד האדם כערך חוקתי משמעותו תפיסת האדם כמטרה ושלילת תפיסתו כאמצעי בלבד להגשמת מטרתו של אחר.¹²⁸ ביסוד גישה זו מונחים לא רק תפיסה פילוסופית המבוססת על קנט¹²⁹ אלא גם הניסיון המר של האפרטהייד, אשר בבסיסו הייתה תפיסת הלא-לבן כאמצעי לשרת את האדם הלבן ולא כמטרה לעצמה.¹³⁰ עמדו על כך השופטים אקרמן, אורגן וזקס בפרשת¹³¹: Prinsloo

- 126 ראו Ackermann, *The Legal Nature of the South African Constitutional Revolution*, לעיל ה"ש 16. ראו גם Laurie Ackermann, *Equality and Non-Discrimination: Some Analytical Thoughts*, 22 S. AFR. J. HUM. RTS. 597, 602 (2006); Laurie Ackermann, *The Soul of Dignity: A Reply to Stu Woolman*, in CONSTITUTIONAL CONVERSATIONS 223 (Stu Woolman & Michael Bishop eds., 2008).
- 127 השופט אקרמן (Ackermann) מבסס את הגדרתו לכבוד האדם על התפיסה הקנטיאנית, ראו Ackermann, *The Legal Nature of the* ; לעיל ה"ש 126; לעיל ה"ש 16, בעמ' 650. זו גם גישתו של וולמן, ראו Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 7: "Individual as an end – in herself". לביקורת גישה זו, ראו Drucilla Cornell, *Bridging the Span toward Justice: Laurie Ackermann and the Ongoing Architectonic of Dignity Jurisprudence*, [2008] ACTA JURIDICA 18.
- 128 ראו פרשת *Dodo*, לעיל ה"ש 15, בפס' 35–38. בפרשה זו נקבע כי הטלת עונש לא מידתי משמעותו תפיסת העברייין כאמצעי בלבד. דבר זה משמעותו: "[T]o ignore, if not to deny, that which lies at the very heart of human dignity. Human beings are not commodities to which a price can be attached; they are creatures with inherent and infinite worth; they ought to be treated as ends in themselves, never merely as means to an end" (Ackermann J.) ראו גם פרשת *Jordan*, לעיל ה"ש 103, בפס' 74: "To the extent that the dignity of prostitutes is diminished, the diminution arises from the character of prostitution itself. The very nature of prostitution is the commodification of one's body. Even though we accept that prostitutes may have few alternatives to prostitution, the dignity of prostitutes is diminished not by section 20(1)(aA) but by their engaging in commercial sex work. The very character of the work they undertake devalues the respect that the Constitution regards as inherent in the human body. This is not to say that as prostitutes they are stripped of the right to be treated with respect by law enforcement officers. All arrested and accused persons must be treated with dignity by the police. But any invasion of dignity, going beyond that ordinarily implied by an arrest or charge, that occurs in the course of arrest or incarceration cannot be attributed to section 20(1)(aA), but rather to the manner in which it is being enforced" (Ngcobo J.).
- 129 לגישתו של קנט, ראו לעיל בעמ' 63.
- 130 ראו דברי הנשיא צ'סקלסון (Chaskalson P.) בפרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 26, שלפיהם עונש מוות אינו חוקתי, בין השאר, כי "it strips the convicted person of all dignity .and treats him or her as an object to be eliminated by the state"
- 131 פרשת *Prinsloo*, לעיל ה"ש 57, בפס' 31.

“We are emerging from a period of our history during which the humanity of the majority of the inhabitants of this country was denied. They were treated as not having inherent worth; as objects whose identities could be arbitrarily defined by those in power rather than as persons of infinite worth. In short, they were denied recognition of their inherent dignity”.

התפיסה כי אין לראות באדם אמצעי בלבד להגשמת רצונו של אחר משמעותה הכרה בשוויון בכבוד האדם של בני האדם.¹³² כן מובילה גישה זו להכרה כי ביסוד כבודו של האדם כאדם מונחת אנושיותו של האדם¹³³ ולהכרה בכוחו להגשים את האוטונומיה שלו¹³⁴ לפתח את אישיותו.¹³⁵ זו ההכרה בחשיבותו הפנימית (intrinsic worth),¹³⁶ בחשיבותו הטבעית (inherent worth)¹³⁷ ובחשיבותן העצמית (self worth)¹³⁸ של כל אדם

- 132 ראו Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 10; *Botha, Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 203.
- 133 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 308, 326; פרשת *Prinsloo*, לעיל ה"ש 57, בפס' 31; פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, לעיל ה"ש 54, בפס' 54; פרשת *Fourie*, לעיל ה"ש 71, בפס' 50.
- 134 ראו פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 117. ראו *Haysom*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 131–132; *Botha, Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 204.
- 135 ראו פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69, בפס' 49.
- 136 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 328; פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69, בפס' 250; פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 27.
- 137 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 328; פרשת *Prinsloo*, לעיל ה"ש 57, בפס' 31; פרשת *Harksen*, לעיל ה"ש 121, בפס' 49; פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, לעיל ה"ש 71, בפס' 50.
- 138 ראו *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, לעיל ה"ש 54, בפס' 42: “The sting of past and continuing discrimination against both gays and lesbians is the clear message that it conveys, namely, that they, whether viewed as individuals or in their same-sex relationships, do not have the inherent dignity and are not worthy of the human respect possessed by and accorded to heterosexuals and their relationships. This discrimination occurs at a deeply intimate level of human existence and relationality. It denies to gays and lesbians that which is foundational to our Constitution and the concepts of equality and dignity, which at this point are closely intertwined, namely that all persons have the same inherent worth and dignity as human beings, whatever their other differences may be. The denial of equal dignity and worth all too quickly and insidiously degenerates into a denial of humanity and leads to inhuman treatment by the rest of society in many other ways. This is deeply demeaning and frequently has the cruel effect of undermining the confidence and sense of self-worth and self-respect of lesbians and gays” (Ackermann J.).

בחופש הבחירה שלו¹³⁹ ובמשמעות שיש להיותו בן אדם.¹⁴⁰ פגיעה בכבוד האדם של פרט זה או אחר פוגעת בכבוד האדם של כל אחד מבני החברה.¹⁴¹ מכאן הקשר ההדוק שבין כבוד האדם של הפרט לחברה שבה הוא חי.¹⁴² האדם הוא חלק מהחברה. החוקה אינה מתייחסת אל הפרט – בלשונו של השופט אקרמן (Ackermann J.):¹⁴³

“as being in heroic and atomistic isolation from the rest of humanity”.

החוקה מתייחסת אל הפרט כחלק מהכלל. עמד על כך השופט זקס (Sachs J.) באחת הפרשות:¹⁴⁴

“While recognising the unique worth of each person, the Constitution does not presuppose that a holder of rights is as an isolated, lonely and abstract figure possessing a disembodied and socially disconnected self. It

- ראו גם פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 120, 124–125, 127; פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 27; פרשת *Watchenuka*, לעיל ה"ש 54, בפס' 27.
- 139 ראו פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 117.
- 140 ראו פרשת *Jordan*, לעיל ה"ש 103, בפס' 74 (דברי השופטים אורגן וזקס): “Our Constitution values human dignity which inheres in various aspects of what it means to be a human being. One of these aspects is the fundamental dignity of the human body which is not simply organic. Neither is it something to be commodified” ראו גם פרשת *Smith*, לעיל ה"ש 71, בפסקאות 131–132; דברי השופט אורגן בפרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 326 (“to share in the experience of humanity”); דברי השופט יעקוב (Yacoob J.) בפרשת *Grootboom*, לעיל ה"ש 53, בפס' 83 (“human beings are required to be treated as human beings”).
- 141 ראו פרשת *Grootboom*, לעיל ה"ש 53, בפס' 83. ראו גם פרשת *Port Elizabeth*, לעיל ה"ש 71, בפס' 18: “It is not only the dignity of the poor that is assailed when homeless people are driven from pillar to post in a desperate quest for a place where they and their families can rest their heads. Our society as a whole is demeaned when state action intensifies rather than mitigates their marginalisation. The integrity of the rights-based vision of the Constitution is punctured when governmental action augments rather than reduces denial of the claims of the desperately poor to the basic elements of a decent existence. Hence the need for special judicial control of a process that is both socially stressful and potentially conflictual” (Sachs J.)
- 142 על רקע זה הודגש העיקרון של ubuntu המבוסס על סולידריות בין הפרטים בחברה. ראו *Botha, Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 204.
- 143 פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69, בפס' 52.
- 144 פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 117.

acknowledges that people live in their bodies, their communities, their cultures, their places and their times”.

מכאן התלות ההדדית שבין בני החברה. בהתייחסה בעניין *Bernstein* לתלות זו לעניין הזכות לחופש – אך דברים אלה חלים גם לעניין הערך של כבוד האדם – ציינה השופטת אורגן (O'Regan J.):¹⁴⁵

“[T]he democratic society contemplated by the Constitution is not one in which freedom would be interpreted as license, in the sense that any invasion of the capacity of an individual to act is necessarily and inevitably a breach of that person's constitutionally entrenched freedom. Such a conception of freedom fails to recognise that human beings live within a society and are dependent upon one another. The conception of freedom underlying the Constitution must embrace that interdependence without denying the value of individual autonomy. It must recognise the important role that the state, and others, will play in seeking to enhance individual autonomy and dignity and the enjoyment of rights and freedoms”.

ד. היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם

1. חפיפה והתנגשות בין כבוד האדם לזכויות חוקתיות אחרות

הזכות החוקתית לכבוד האדם בחוקתה של דרום-אפריקה נועדה להגשים את הערך החוקתי של כבוד האדם. הזכות החוקתית מתפרשת על פי הכללים לפרשנות חוקתית המקובלים בדרום-אפריקה. כבר ציינו כי הזכות לכבוד האדם חופפת לעתים זכויות חוקתיות אחרות.¹⁴⁶ הטעם לכך הוא שהזכויות החוקתיות האחרות מבקשות להגשים אף הן – בצד ערכים חוקיים שונים ומטרות חברתיות שונות – גם את הערך בדבר כבוד האדם. במצב דברים זה הזכויות מחזקות זו את זו.¹⁴⁷

145 פרשת *Bernstein*, לעיל ה"ש 99, בפס' 150.

146 לניתוח חפיפה זו, ראו Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 25; Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 134.

147 ראו פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56; פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, לעיל ה"ש 54; פרשת *Grootboom*, לעיל ה"ש 53; פרשת *Islamic Unity Convention*,

לעתים הזכות לכבוד האדם מתנגשת עם זכויות חוקתיות אחרות. למשל, הזכות לכבוד האדם – לרבות הזכות לשם הטוב שהוא חלק מהזכות לכבוד האדם – עשויה להתנגש עם הזכות לחופש הביטוי.¹⁴⁸ לעתים ההתנגשות עשויה להיות בין שני היבטים של כבוד האדם.¹⁴⁹ פתרון ההתנגשות בכל המקרים הללו אינו בצמצום היקפה של אחת מהזכויות החוקתיות. הפתרון יימצא במשפט התת-חוקתי.¹⁵⁰ החקיקה והמשפט המקובל¹⁵¹ הפוגעים באחת הזכויות הללו או בשתייהן, או אינם מגנים עליהן מספיק, יהיו חוקתיים רק אם הם מידתיים.

2. הצדדים לזכות לכבוד האדם

הזכות לכבוד האדם היא זכותו של כל אדם (everyone).¹⁵² עמד על כך השופט נגנט (Nugent J.) בצינו:¹⁵³

“Human dignity has no nationality. It is inherent in all people – citizens and non-citizens alike – simply because they are human. And while that person happens to be in this country – for whatever reason – it must be respected, and is protected, by s. 10 of the Bill of Rights”.

הזכות החוקתית לכבוד האדם נתונה לכל אדם בלא קשר לתכונותיו, לפעולותיו, לעברות שעבר ולפשעים שביצע. אכן גם לאסירים עומדת הזכות לכבוד האדם.¹⁵⁴ הזכות נתונה לבן אדם, כלומר לבן אנוש. היא אינה נתונה לתאגיד.¹⁵⁵

- לעיל ה"ש 12; פרשת *Jordan*, לעיל ה"ש 103; פרשת *Khosa*, לעיל ה"ש 13; פרשת *Smith*, לעיל ה"ש 71.
- 148 ראו פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 27. ראו גם *Le Roux v. Dey*, 2011 (3) SA 274 (CC) at para. 72; *Woolman*; לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 56.
- 149 ראו פרשת *Christian Education South Africa*, לעיל ה"ש 52, בפס' 15.
- 150 אף שסעיף 28 (2) לחוקה של דרום-אפריקה קובע כי הזכויות החוקתיות חלות גם ביחסים בין פרטים, תחולה ישירה זו צריכה להתבטא בגדרי המשפט התת-חוקתי (חקיקה או משפט מקובל). ראו פרשת *Du Plessis*, לעיל ה"ש 37, בפס' 92.
- 151 ראו פרשת *Bernstein*, לעיל ה"ש 99, בפס' 71; *Gardener v. Whitaker*, 1996 (4) SA 337 (CC) at para. 9; *Carmichele v. Minister of Safety and Security*, 2001 (4) SA 938 (CC) at para. 43; פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 27; *Rail Commuters Action Group v. Transnet Ltd.*, 2005 (2) SA 359 (CC) at para. 73; פרשת *Smith*, לעיל ה"ש 71, בפס' 56.
- 152 ראו סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה.
- 153 פרשת *Watchenuka*, לעיל ה"ש 54, בפס' 25.
- 154 ראו *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SA 1 (CC) at para. 18.
- 155 ראו אהרן ברק "התאגיד וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ח 49 (2013).

במרבית החוקות כבוד האדם – כשאר הזכויות החוקתיות – מכוונות כלפי רשויות המדינה. לא כן בדרום-אפריקה. חוקתה של דרום אפריקה קובעת הוראה מיוחדת, ולפיה:¹⁵⁶

“A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the rights”.

על פי הוראה זו נתונה לכל אדם זכות חוקתית גם כלפי בני אדם ותאגידים, ובלבד שהדבר מתיישב עם טבעה של הזכות ועם טבעה של החובה המוטלת עליה. ניתוחה של הוראה זו חורג מגדרו של ספר זה. עם זאת אציין כי קשר ישיר (או אופקי) זה חייב למצוא את דרכי הגשמתו בנורמות תת-חוקתיות (חקיקה או משפט מקובל).¹⁵⁷

3. תוכנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם

(א) ההקשר החיצוני וההקשר הפנימי

בהבנת תוכנה של הזכות לכבוד האדם יש להתחשב בשני הקשרים פרשניים: ההקשר האחד הוא “חיצוני” ונוגע להבנת כבוד האדם על הרקע ההיסטורי הקשה של הפגיעה בכבוד האדם בתקופת האפרטהייד; ההקשר השני הוא “פנימי” ונוגע למבנה של מגילת הזכויות החוקתיות וליחס שבין כבוד האדם לזכויות החוקתיות האחרות.¹⁵⁸ ההקשר הפרשני הראשון (החיצוני) הוא האפרטהייד. כדי להבין את כבוד האדם בחוקתה של דרום-אפריקה יש להבין את הפגיעה העמוקה בכבוד האדם במשטר האפרטהייד.¹⁵⁹ בפרשת *Makwanyane* ציין השופט מחומד (Mahomed J.)¹⁶⁰ כי המאפיין את החוקה של דרום-אפריקה אינו המשכיות של העבר אלא ניתוק ממנו:¹⁶¹

156 סעיף 8(2) לחוקה של דרום-אפריקה.

157 ראו פרשת *Du Plessis*, לעיל ה”ש 37, בפס’ 92. ראו גם Laurie Ackermann, Human Dignity: LodeStar for Equality in South Africa 255 (2012). ראו גם לעיל בעמ’ 497.

158 ראו פרשת *Grootboom*, לעיל ה”ש 53, בפס’ 22: “Interpreting a right in its context requires the consideration of two types of context. On the one hand, rights must be understood in their textual setting. This will require a consideration of Chapter 2 and the Constitution as a whole. On the other hand, rights must also be understood in their social and historical context” (Yacoob J.).

159 ראו לעיל בעמ’ 479.

160 פרשת *Makwanyane*, לעיל ה”ש 20, בפס’ 262.

161 שם. ראו גם פרשת *Bernstein*, לעיל ה”ש 99, בפס’ 148 (Our Constitution represents an emphatic rejection of a past in which human dignity was denied repeatedly by an authoritarian and racist government” (O’Regan J.) פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה”ש 56, בפס’ 125.

“The South African Constitution [...] retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos, expressly articulated in the Constitution. The contrast between the past which it repudiates and the future to which it seeks to commit the nation is stark and dramatic. The past institutionalized and legitimized racism. The Constitution expresses in its preamble the need for a ‘new order [...] in which there is equality between [...] people of all races’. Chapter 3 of the Constitution extends the contrast, in every relevant area of endeavour (subject only to the obvious limitations of section 33). The past was redolent with statutes which assaulted the human dignity of persons on the grounds of race and colour alone; section 10 constitutionally protects that dignity”.

162: *Daniels* בפרשת (Ngcobo J.) *נגקובו* (Ngcobo J.) בפרשת *Daniels*:

“The new constitutional order rejects the values upon which these decisions were based and affirms the equal worth and equality of all South Africans. The recognition and protection of human dignity is the touchstone of this new constitutional order. The new constitutional order is based on the recognition of our diversity and tolerance for other religious faiths. It is founded on human dignity, equality and freedom. These founding values have introduced new values in our society. The process of interpreting legislation must recognise the context in which we find ourselves and the constitutional goal of establishing a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights”.

ההקשר הפרשני השני (הפנימי) הוא המבנה של מגילת זכויות האדם. מגילה זו מכירה ברשימה ארוכה ומרשימה של זכויות פוליטיות, אזרחיות, חברתיות וכלכליות. בין הזכויות השונות יש הן חפיפה והן ניגוד. במקום שקיימת חפיפה הערך של כבוד האדם, שהוא הערך המונח ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם, הוא ערך אחד בצד ערכים אחרים בשאר הזכויות. לכן מרבית פסקי הדין אינם מייחדים את הדיון אך לזכות החוקתית לכבוד האדם.

162 פרשת *Daniels*, לעיל ה"ש 52, בפס' 54.

הם דנים בזכות החוקתית לכבוד האדם בצד הדיון בזכויות חוקתיות אחרות תוך שהזכויות החוקתיות השונות חופפות זו את זו ומחזקות זו את זו.¹⁶³ לעתים, אף שהיה מקום לבחון אם הזכות לכבוד האדם נפגעה, לא נעשה הדבר בשל הגישה כי הבחינה החוקתית תיעשה בגדרי זכות חוקתית מיוחדת הרלוונטית לעניין.¹⁶⁴ על רקע זה קשה לעתים לדעת מה הייתה התוצאה בפסקי דין אלה אילו לא היו הזכויות החוקתיות האחרות קיימות. על רקע שני הקשרים פרשניים אלה נבחן עתה את תוכנה של הזכות לכבוד האדם על רקע פסקי הדין העיקריים שבחנו אותה בהקשר הכללי של מגילת הזכויות החוקתיות. בהקשר זה יש לציין כי הזכות לכבוד האדם אינה רק זכות שלילית (כלומר, הזכות שכבוד האדם לא ייפגע). כבוד האדם כזכות חוקתית הוא גם זכות חיובית (כלומר הזכות שכבוד האדם יזכה להגנה).¹⁶⁵ הדבר נקבע במפורש בזכות החוקתית לכבוד האדם (the right to "have their dignity respected and protected"), והוא נובע גם מההוראה הכללית במגילת הזכויות של דרום-אפריקה, שלפיה:¹⁶⁶

"The state must respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights".

(ב) תוכנו של כבוד האדם כזכות חוקתית על רקע הפסיקה

כבוד האדם כזכות חוקתית מגשים את הערך החוקתי של כבוד האדם. הוא מגשים אפוא את אנושיותו של בן האנוש. אנושיות זו משמעה הוא שבן האדם אינו אך אמצעי להגשמת רצונו של אחר. אנושיותו של בן האדם משמעה כוחו להגשים את האוטונומיה שלו ולפתח את אישיותו. אנושיות זו מכירה בחשיבותו העצמית והפנימית של כל בן אדם כבן אדם. כבוד האדם כזכות חוקתית מבטא אפוא את המשמעות של להיות בן אנוש. כבוד האדם כזכות חוקתית מגן על ההחלטה של הפרט להינשא או שלא להינשא¹⁶⁷ ולקבוע את צורת הנישואין שבה יבחר.¹⁶⁸ הזכות מגנה על חיי המשפחה ועל מימושם בדרום-אפריקה.¹⁶⁹

163 ראו פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 28.

164 ראו לעיל בעמ' 487.

165 ראו פרשת *Carmichele*, לעיל ה"ש 151, בפסקאות 44, 62; פרשת *Rail Commuters Action Group*, לעיל ה"ש 151, בפס' 73. ראו גם לעיל בעמ' 347.

166 סעיף 7(2) לחוקה של דרום-אפריקה.

167 ראו *Volks NO v. Robinson*, 2005 (5) BCLR 446 (CC) para. 154.

168 ראו *Hassam v. Jacobs NO*, 2009 5 (SA) 572 (CC) para. 46.

169 ראו פרשת *Dawood*, לעיל ה"ש 12, בפס' 30; פרשת *Booyesen*, לעיל ה"ש 12, בפס' 10.

קשר הדוק וחפיפה רבה קיימים בין כבוד האדם לבין שוויון, 170 פרטיות, 171 חופש ביטוי, 172 חופש אמונה, 173 חופש (freedom) 174 והזכויות החברתיות והכלכליות. 175 כבוד האדם נפגע אם נמנעת הזכות להשתתף בבחירות, 176 ואם מוגבל החופש לעבוד 177 או ללמוד. 178 כבוד האדם משתרע גם על שמו הטוב של האדם. 179

כבוד האדם שולל את עונש המוות, 180 עונש המלקות 181 וכל עונש אכזרי אחר. 182 מאסר בגין חוב אזרחי פוגע בכבוד האדם של החייב. 183 כבוד האדם מגן על גופו של אדם מפני אונס 184 ואיומים על הגוף. 185 כבוד האדם מגן על חופש הבחירה האינטימית של האדם. 186 על כן הוא מגן על הקשר ההומוסקסואלי, 187 על זכות הנישואין בין בני אותו

- 170 ראו *President of the Republic of South Africa v. Hugo*, 1997 (4) SA 1 (CC) para. 41 גם פרשת *Prinsloo*, לעיל ה"ש 57, בפס' 31; פרשת *Harksen*, לעיל ה"ש 121, בפס' 46; פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 124; פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, לעיל ה"ש 54, בפס' 31. ראו גם ACKERMANN, HUMAN DIGNITY, לעיל ה"ש 157, בעמ' 181; *Cowen*; לעיל ה"ש 117; *Rory O'Connell, The Role of Dignity in Equality*; *Law: Lessons from Canada and South Africa*, 6 INT'L J. CONST. L. 267 (2008).
- 171 ראו פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 27; פרשת *Smith*, לעיל ה"ש 71, בפס' 133.
- 172 ראו פרשת *Islamic Unity Convention*, לעיל ה"ש 12, בפס' 26.
- 173 ראו פרשת *Christian Education South Africa*, לעיל ה"ש 52, בפס' 36.
- 174 ראו פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69, בפס' 47.
- 175 ראו פרשת *Grootboom*, לעיל ה"ש 53, בפס' 83; פרשת *Jaftha*, לעיל ה"ש 71, בפס' 21; פרשת *Khosa*, לעיל ה"ש 13, בפס' 41, 104, 114.
- 176 ראו פרשת *August*, לעיל ה"ש 154, בפס' 17; פרשת *NICRO*, לעיל ה"ש 10, בפס' 28, 96; *Occupiers of 51 Olivia Road v. City of Johannesburg*, 2008 (3) SA 208 (CC) at para. 16.
- 177 ראו פרשת *Watchenuka*, לעיל ה"ש 54, בפס' 27.
- 178 שם, בפס' 36.
- 179 ראו פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 27–28. ראו פרשת *Gardener*, לעיל ה"ש 151, בפס' 9: "He was balancing one fundamental right (dignity, including reputation) against another, (freedom of speech) and developing (or altering) a common law rule in a manner which in his opinion struck the correct balance" (Kentridge A.J.).
- 180 ראו פרשת *Makwanyane*, לעיל ה"ש 20, בפס' 214.
- 181 ראו *S v. Williams*, 1995 (3) SA 632 (CC) at para. 35.
- 182 ראו פרשת *Dodo*, לעיל ה"ש 15, בפס' 35.
- 183 ראו פרשת *Coetzee*, לעיל ה"ש 94, בפס' 43.
- 184 ראו *Bothma v. Els*, 2010 (2) SA 622 (CC) at para. 45.
- 185 ראו פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 28.
- 186 ראו פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 27.
- 187 ראו פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, לעיל ה"ש 56, בפס' 28.

מיץ¹⁸⁸ ועל זכותם לאמץ.¹⁸⁹ כבוד האדם שלהם נפגע אם זכויות הנתונות לבני זוג הטרוסקסואליים נשללות מהם.¹⁹⁰

(ג) כבוד האדם והאוטונומיה של הרצון הפרטי

כבוד האדם כולל את האוטונומיה של הרצון של הפרט ואת הכוח הניתן לפרט לפתח את אישיותו. עמד על כך השופט אקרמן (Ackermann J.) בפרשת *Ferreira*:¹⁹¹

“Human dignity cannot be fully valued or respected unless individuals are able to develop their humanity, their ‘humanness’ to the full extent of its potential. Each human being is uniquely talented. Part of the dignity of every human being is the fact and awareness of this uniqueness. An individual’s human dignity cannot be fully respected or valued unless the individual is permitted to develop his or her unique talents optimally. Human dignity has little value without freedom; for without freedom personal development and fulfillment are not possible. Without freedom, human dignity is little more than an abstraction. Freedom and dignity are inseparably linked. To deny people their freedom is to deny them their dignity”.

דברים אלה היו חלק מדעת המיעוט של השופט אקרמן בפרשת *Ferreira*, והם היו הבסיס לתפיסתו באשר להיקפה של הזכות לחופש. האם דברים אלה משקפים את הגישה של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה לעניין כבוד האדם? דומה ששאלה זו פתוחה היא. זאת ועוד: גם אם ייקבע שכבוד האדם כולל את היכולת לפיתוח האישיות, השאלה המתעוררת היא מהו היקפה של יכולת זו. האם הגבלות פליליות שהמדינה מטילה על כוחו של האדם לפתח את אישיותו כדי להגן על פרטים אחרים או על האינטרס הציבורי לחיים משותפים פוגעות בהיבט זה של כבוד האדם? בפרשת *Ferreira* ציין השופט זקס (Sachs J.):¹⁹²

“The reality is that meaningful personal interventions and abstinences in modern society depend not only on the state refraining from interfering with individual choice, but on the state helping to create conditions within

188 ראו פרשת *Fourie*, לעיל ה"ש 71, בפס' 48, 61.

189 ראו פרשת *Khumalo*, לעיל ה"ש 13, בפס' 28, 36.

190 ראו פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, לעיל ה"ש 54, בפס' 58.

191 פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 69, בפס' 49.

192 שם, בפס' 251.

which individuals can effectively make such choices. Freedom and personal security are thus achieved both by protecting human autonomy on the one hand, and by acknowledging human interdependence on the other. The interdependence is not a limitation on freedom, but an element of it. It follows that the definition of freedom requires not the exclusion of inter-dependence, but its embodiment, bearing in mind that such incorporation should be accomplished in a manner which reinforces rather than undermines autonomy and upholds rather than reduces the value of maximising effective personal choice”.

גישה זו צוטטה בהסכמה על ידי השופטת אורגן (O'Regan J.) בפרשת *Bernstein*, שהוסיפה: ¹⁹³

“It does not seem to me that this approach will render all regulatory laws or criminal prohibitions subject to constitutional challenge in terms of section 11(1). A purposive approach to section 11(1) recognises that it is aimed not at rendering constitutionally suspect all criminal prohibitions or governmental regulation. Our society, as all others in the late twentieth century, clearly requires government regulation in many areas of social life. It requires a criminal justice system based on the prohibition of criminal conduct. The need for effective government which can facilitate the achievement of autonomy and equality is implicit within the constitutional framework. Only when it can be shown that freedom has been limited in a manner hostile to the values of our Constitution will a breach of section 11(1) be established”.

דברים אלה נאמרו לעניין הזכות לחופש, אך דומה שהם חלים גם לעניין הבעיה המקבילה בגדרי כבוד האדם. אם אין מכירים ב־*residual freedom right*, האם תוכר ה־*residual human dignity right*? וולמן מעלה שאלה זו¹⁹⁴ ומציין כי ההכרה באוטונומיה של הרצון כחלק מכבוד האדם מכוונת להיבט ה־“שלילי” של הזכות ולא להיבט ה־“חיובי”. על פי גישה זו האוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש הבחירה של הפרט לא יבססו זכות חיובית להגנה על אוטונומיה ורצון זה.¹⁹⁵ גישה זו מתחזקת לאור תפיסתו של כבוד האדם כזכות

193 פרשת *Bernstein*, לעיל ה"ש 99, בפס' 151.

194 ראו Woolman, לעיל ה"ש 2, בפרק 36, עמ' 11 (בה"ש 4).

195 ראו Haysom, לעיל ה"ש 4, בעמ' 132.

של האדם בגדרי החברה. לעומת זאת יש לציין כי על פי מגילת הזכויות של דרום-אפריקה, לכל זכות לא רק היבט "שלילי" אלא גם היבט "חיובי".¹⁹⁶ זאת ועוד: תפיסת האדם כחלק מהחברה אינה נוגדת הכרה ב־residual human dignity right, שכן תמיד אפשר להבטיח את ההכרה בזכויות של אחרים ואת אינטרס הציבור באמצעותה של פסקת ההגבלה. זהו הדין גם בגרמניה לעניין הזכות לפיתוח האישיות,¹⁹⁷ ואין סיבה לא לנקוט גישה דומה גם לעניין כבוד האדם כזכות חוקתית בדרום-אפריקה.

196 ראו סעיף 7(2) לחוקה של דרום-אפריקה.

197 ראו סעיף 2(1) לחוק-היסוד הגרמני.

אהרן ברק / כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה

אהרן ברק

כבוד האדם

הזכות החוקתית ובנותיה

כרך ב

נבו

Aharon Barak

HUMAN DIGNITY
THE CONSTITUTIONAL RIGHT
AND ITS DAUGHTER-RIGHTS

Volume II

הפקה: ענת זקון
עריכת לשון: יהודית ידלין
מפתחות: טלי פלד

מסח"ב 978-965-442-116-4 ISBN

©

כל הזכויות שמורות למחבר

תשע"ד–2014

נבו הוצאה לאור בע"מ
ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835
טל' 02-9992099; פקס' 02-9992088
nevo@nevo.co.il

תוכן עניינים כללי

כרך ראשון

מבוא 31

שער ראשון: מושגי יסוד והיסטוריה 39

- פרק ראשון: ההיבטים השונים של כבוד האדם 41
- א. תאולוגיה פילוסופיה ומשפט חוקתי 41
 - ב. הביקורת על השימוש במושגיות של כבוד האדם והתשובה לה 47
 - ג. כבוד האדם – ערך חברתי, ערך חוקתי וזכות חוקתית 50
- פרק שני: ההיסטוריה האינטלקטואלית של הערך החברתי של כבוד האדם 53
- א. העולם העתיק 53
 - ב. גישות פילוסופיות 61
 - ג. הלקחים מההיסטוריה האינטלקטואלית 71
- פרק שלישי: ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות במסמכים בין-לאומיים 73
- א. כבוד האדם בשיח המשפטי 73
 - ב. כבוד האדם באמנות בין-לאומיות 76
- פרק רביעי: ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות בחוקות 89
- א. ההתפתחות עד מלחמת העולם השנייה 89
 - ב. ההתפתחות ממלחמת העולם השנייה עד ימינו 91
- פרק חמישי: ההיסטוריה של כבוד האדם במשפט הישראלי 107
- א. סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 107
 - ב. ההיסטוריה עד לכינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 108
 - ג. המהפכה החוקתית 116
 - ד. התפתחות לאחר כינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק 136
- פרק שישי: ההיסטוריה השיפוטית של כבוד האדם במשפט הישראלי 139
- א. התפתחות הפסיקה עד לפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 139
 - ב. פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 149
 - ג. ההתפתחות לאחר פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 156

שער שני: כבוד האדם כערך חוקתי 171

- פרק שביעי: הפרשנות החוקתית התכליתית 173
- א. ייחודה של החוקה והשפעתו על פרשנותה 173

- ב. לשון החוקה 177
 - ג. התכלית הסובייקטיבית של החוקה 183
 - ד. התכלית האובייקטיבית של החוקה 185
- פרק שמיני: תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 209
- א. כבוד האדם כערך חוקתי מפורש ומשתמע 209
 - ב. כבוד האדם כערך חוקתי בישראל 212
 - ג. תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 214
- פרק תשיעי: המודלים לקביעת תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם 225
- א. שלושה סוגים של מודלים: מודלים תאולוגיים, מודלים פילוסופיים ומודלים חוקתיים 225
 - ב. המודלים התאולוגיים 225
 - ג. המודלים הפילוסופיים 227
 - ד. המודלים החוקתיים 232
- פרק עשירי: תוכנו של כבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 239
- א. כבוד האדם כאנושיותו של האדם 239
 - ב. כבוד האדם כאנושיות האדם והארכיטקטורה החוקתית 261

שער שלישי: כבוד האדם כזכות חוקתית 281

- פרק אחד-עשר: ההכרה בזכות החוקתית לכבוד האדם ותוכנה 283
- א. ההכרה החוקתית 283
 - ב. תוכנה של הזכות החוקתית הוא להגשים את הערך החוקתי 290
 - ג. פרשנות חוקתית תכליתית 293
- פרק שנים-עשר: הזכות החוקתית לכבוד האדם – זכות-מסגרת (זכות-אם) 303
- א. כבוד האדם כזכות-מסגרת 303
 - ב. זכויות-הבת של כבוד האדם 310
- פרק שלושה-עשר: התחום המכוסה על ידי הזכות לכבוד האדם 329
- א. התחום המכוסה ובעיית החפיפה 329
 - ב. התחום המכוסה באופן בלעדי על ידי הזכות לכבוד האדם במגילת זכויות מקיפה 329
 - ג. הזכות החוקתית לכבוד האדם במגילת זכויות חלקית 333
 - ד. קושי ארכיטקטוני: הזכות לכבוד האדם והזכות לחירות אישית 338
 - ה. האם יש לראות בכבוד האדם זכות "שירותית"? 345
- פרק ארבעה-עשר: תכונותיה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 347
- א. כבוד האדם כזכות שלילית וכזכות חיובית 347
 - ב. כבוד האדם בהיבט האזרחי ובהיבט החברתי 354
 - ג. הגרעין והשוליים של כבוד האדם 360

ד. כבוד האדם כזכות יחסית 366

ה. הזכות לכבוד האדם אינה זכות נצחית 371

פרק חמישה-עשר : תחולת חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו מבחינת הצדדים, הזמן והמקום 379

א. הצדדים לזכות לכבוד האדם 379

ב. התחולה בזמן 389

ג. התחולה במקום 401

שער רביעי: כבוד האדם במשפט המשווה 405

פרק שישה-עשר : כבוד האדם במשפט החוקתי האמריקני 407

א. כבוד האדם כזכות חוקתית בחוקות של המדינות 407

ב. בחוקה הפדרלית לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם 409

ג. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי האמריקני 414

פרק שבעה-עשר : כבוד האדם במשפט החוקתי הקנדי 433

א. בצ'רטר הקנדי לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם 433

ב. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי הקנדי 436

פרק שמונה-עשר : כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני 451

א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד אדם 451

ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי הגרמני 458

ג. הגדרת כבוד האדם 460

ד. כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני והמשפט המשווה 464

פרק תשעה-עשר : כבוד האדם במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 467

א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד האדם 467

ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 490

ג. היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם 492

ד. היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 496

כרך שני

שער חמישי: זכויות-הבת של כבוד האדם 533

מבוא 535

פרק עשרים : זכות-הבת לאישיות 537

א. הזכות לאישיות במשפט המשווה 537

ב. הזכות לאישיות בחקיקה ובהלכה הפסוקה 538

ג. הזכות לאישיות כזכות-בת של כבוד האדם 539

- פרק עשרים ואחד: זכות-הבת למינימום קיום אנושי בכבוד 547
- א. ההיסטוריה של הזכויות החברתיות בישראל 547
 - ב. זכויות חברתיות במשפט המשווה 552
 - ג. הזכות לקיום אנושי בכבוד כזכות-בת של כבוד האדם 564
 - ד. מהותה של הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד 598

- פרק עשרים ושניים: זכות-הבת לשם טוב 615
- א. הזכות ההלכתית לשם טוב 615
 - ב. השם הטוב כזכות-בת של כבוד האדם 616
 - ג. היקפה של זכות-הבת לשם טוב 621
 - ד. העקרונות שביסוד זכות-הבת לשם טוב 624

- פרק עשרים ושלושה: זכות-הבת לחיי משפחה 629
- א. הזכות לחיי משפחה במשפט הדתי, בחקיקה ובהלכה הפסוקה 629
 - ב. הזכות לחיי משפחה כזכות-בת של כבוד האדם 638
 - ג. מאפייניה של זכות-הבת לחיי משפחה 662
 - ד. הזכות ליצירת התא המשפחתי 669
 - ה. הזכויות במסגרת התא המשפחתי 678
 - ו. הזכות לצאת מהתא המשפחתי 680
 - ז. ההיבט החוקתי של חיי המשפחה 682

- פרק עשרים וארבעה: זכות-הבת לשוויון 685
- א. הזכות לשוויון בחקיקה ובהלכה הפסוקה 685
 - ב. השוויון כזכות-בת של כבוד האדם 688
 - ג. היקפה של זכות-הבת לשוויון 691

- פרק עשרים וחמישה: זכות-הבת לחופש הביטוי 707
- א. הזכות ההלכתית לחופש הביטוי 707
 - ב. חופש הביטוי כזכות-בת של כבוד האדם 708
 - ג. הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי 712
 - ד. האופי היחסי של זכות-הבת לחופש הביטוי 722
 - ה. חופש הביטוי – זכות כנגד המדינה 723
 - ו. חופש הביטוי – זכות שלילית וזכות חיובית 724
 - ז. המימוש של חופש הביטוי 728
 - ח. חופש הביטוי – גרעין ומעטפת 730
 - ט. היקפה של זכות-הבת לחופש הביטוי 732

- פרק עשרים ושישה: זכות-הבת לחופש המצפון והדת 755
- א. הזכות לחופש המצפון והדת בחקיקה ובהלכה הפסוקה 755
 - ב. חופש המצפון והדת כזכות-בת של כבוד האדם 758
 - ג. חופש המצפון 765
 - ד. חופש הדת 769

- ה. חופש מדת 774
 ו. הגנה על רגשות דתיים 776
- פרק עשרים ושבעה: זכות-הבת לחופש התנועה 781
 א. הזכות ההלכתית לחופש התנועה 781
 ב. חופש התנועה בתוך ישראל כזכות-בת של כבוד האדם 782
 ג. היקפה של זכות-הבת לחופש התנועה בתוך ישראל 789
- פרק עשרים ושמונה: זכות-הבת לחינוך 793
 א. הזכות ההלכתית לחינוך 793
 ב. הזכות לחינוך כזכות-בת של כבוד האדם 794
 ג. היקפה של זכות-הבת לחינוך 812
- פרק עשרים ותשעה: זכות-הבת לעבודה 819
 א. זכויות מתחום העבודה בחקיקה ובהלכה הפסוקה 819
 ב. זכויות מתחום העבודה במשפט המשווה 821
 ג. הזכות לעבודה כזכות-בת של כבוד האדם 827
 ד. הזכות לעבודה 841
 ה. הזכות להתארגנות 850
- פרק שלושים: זכות-הבת להליך הוגן 863
 א. הליך הוגן מהו? 863
 ב. הזכות להליך הוגן בחקיקה ובהלכה הפסוקה 864
 ג. הזכות להליך הוגן במשפט הביין-לאומי ובמשפט המשווה 866
 ד. הזכות להליך הוגן בהצעות לחוקה או למגילת זכויות אדם בישראל 866
 ה. הזכות להליך הוגן כזכות-בת של כבוד האדם 868
 ו. זכות-הבת להליך הוגן והזכות העצמאית להליך הוגן 870
 ז. היקפה של זכות-הבת להליך הוגן 872

מפתחות 881

תוכן עניינים מפורט

כרך ראשון

מבוא 31

שער ראשון: מושגי יסוד והיסטוריה 39

פרק ראשון: ההיבטים השונים של כבוד האדם 41

- א. תאולוגיה פילוסופיה ומשפט חוקתי 41
 - 1. השוני בין ההיסטוריה האינטלקטואלית לפרשנות החוקתית 41
 - 2. הדמיון בין ההיסטוריה האינטלקטואלית לפרשנות החוקתית 43
- ב. הביקורת על השימוש במושגיות של כבוד האדם והתשובה לה 47
 - 1. הביקורת 47
 - 2. התשובה 49
- ג. כבוד האדם – ערך חברתי, ערך חוקתי וזכות חוקתית 50

פרק שני: ההיסטוריה האינטלקטואלית של הערך החברתי של כבוד האדם 53

- א. העולם העתיק 53
 - 1. היסטוריה של רעיונות (History of ideas) 53
 - 2. הסטואה וקיקרו 55
 - 3. הדתות העולמיות 56
 - (א) היהדות 56
 - (ב) הנצרות 59
 - (ג) האסלאם 60
- ב. גישות פילוסופיות 61
 - 1. גישות פילוסופיות עד קנט 61
 - (א) הרנסנס 61
 - (ב) הנאורות 62
 - 2. קנט 63
 - 3. דבורקין 65
 - 4. וולדרון 68
- ג. הלקחים מההיסטוריה האינטלקטואלית 71

פרק שלישי: ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות במסמכים בין-לאומיים 73

- א. כבוד האדם בשיח המשפטי 73
- ב. כבוד האדם באמנות בין-לאומיות 76
 - 1. שיח כבוד האדם באמנות הבין-לאומיות 76
 - 2. אמנות של האומות המאוחדות 77
 - (א) האמנות של האו"ם לזכויות האדם מ-1966 77
 - (ב) אמנות של האו"ם בנושאים מיוחדים 78

- (ג) אמנות של הארגונים המיוחדים של האו"ם 80
3. אמנות בנושאים מיוחדים 82
4. אמנות אזוריות 83
- (א) אירופה 83
- (ב) אמריקה 85
- (ג) אפריקה 87
- (ד) הליגה הערבית 88
- (ה) ארגון הוועידה האסלאמית 88
- פרק רביעי: ההיסטוריה של כבוד האדם כערך וכזכות בחוקות
- 89 א. ההתפתחות עד מלחמת העולם השנייה 89
1. ההתפתחות עד מלחמת העולם הראשונה 89
2. ההתפתחות ממלחמת העולם הראשונה עד מלחמת העולם השנייה 89
- ב. ההתפתחות ממלחמת העולם השנייה עד ימינו 91
1. גרדי ההתפתחות 91
2. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אירופה 92
- (א) שנות הארבעים 92
- (ב) שנות החמישים – האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד 94
- (ג) שנות השישים, השבעים והשמונים 94
- (ד) שנות התשעים 96
- (ה) תחילת המאה העשרים ואחת 98
- (ו) מבט לאחור 99
3. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אמריקה הלטינית 99
- (א) עד סוף שנות הארבעים 99
- (ב) כבוד האדם בחוקות העכשוויות 101
4. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אפריקה 102
5. התפתחות כבוד האדם בחוקות של מדינות אסיה 104
- פרק חמישי: ההיסטוריה של כבוד האדם במשפט הישראלי 107
- א. סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 107
- ב. ההיסטוריה עד לכינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 108
1. הכרזת העצמאות ואופייה הפרשני 108
2. כבוד האדם עד לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 109
- (א) זכויות אדם הלכתיות לפני המהפכה החוקתית 109
- (ב) הזכות ההלכתית לכבוד האדם 111
3. כבוד האדם בהצעות לחוקה או למגילת זכויות האדם 113
- ג. המהפכה החוקתית 116
1. שלב ראשון במהפכה החוקתית – חוק-יסוד: הכנסת ופרשת ברגמן 116
- (א) ההחלטה בפרשת ברגמן 116
- (ב) תחילת המהפכה החוקתית – פרשת ברגמן 118
2. שלב שני – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק ופרשת בנק המזרחי המאוחד 120
- (א) מהפכה חוקתית – מדי 120

- (ב) הביקורת על המהפכה החוקתית והתשובות לה 124
 (1) האם הייתה מהפכה חוקתית? 124
 (2) מי חולל את המהפכה החוקתית? 128
 3. חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והמשפט המקובל 133
 (א) השפעת המעבר ממשפט מקובל למשפט חוקתי 133
 (ב) דינן של הזכויות ההלכתיות שהפכו לזכויות חוקתיות 133
 (ג) דינן של הזכויות ההלכתיות שלא הפכו לזכויות חוקתיות 135
 (ד) הזכויות ההלכתיות והזכויות החוקתיות 135
 ד. התפתחויות לאחר כינונם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק 136
- פרק שישי: ההיסטוריה השיפוטית של כבוד האדם במשפט הישראלי 139
 א. התפתחות הפסיקה עד לפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 139
 1. כבוד האדם וכבוד החוק 139
 2. הגדרת המחלוקת 142
 ב. פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 149
 1. העתירה 149
 2. פסק הדין של הנשיא א' ברק 149
 3. פסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין 151
 4. פסק הדין של השופט א' גרוניס 152
 5. סיכום מתודולוגי 153
 ג. ההתפתחות לאחר פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל 156
 1. המתודולוגיה נשמרת 156
 2. פרשת עדאלה 157
 (א) העתירה 157
 (ב) פסק הדין של הנשיא א' ברק 158
 (ג) פסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין 159
 (ד) פסק הדין של השופט ד' ביניש 161
 (ה) פסק הדין של השופט ס' ג'ובראן 162
 (ו) פסק הדין של השופטת א' חיות 162
 (ז) פסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה 163
 (ח) פסק הדין של השופט א' גרוניס 163
 (ט) פסק הדין של השופטת מ' נאור 164
 (י) פסק הדין של השופט י' עדיאל 164
 (יא) פסק הדין של השופט א' ריבלין 165
 (יב) פסק הדין של השופט א' לוי 166
 (יג) סיכום מתודולוגי 166
 3. ההתפתחות לאחר פרשת עדאלה 167

שער שני: כבוד האדם כערך חוקתי 171

- פרק שביעי: הפרשנות החוקתית התכליתית 173
 א. ייחודה של החוקה והשפעתו על פרשנותה 173

1. חוקה כנורמת-על 173
 2. ייחודה של החוקה ופרשנותה התכליתית 174
 3. פרשנות תכליתית לחוקה – משפט משווה 175
- ב. לשון החוקה 177
1. "הכללות מלכותיות" 177
 2. תפקידה הכפול של הלשון בפרשנות החוקתית 179
- ג. התכלית הסובייקטיבית של החוקה 183
1. מהותה 183
 2. מקורות פנימיים: הטקסט כמכלול 184
 3. מקורות חיצוניים: ההיסטוריה החוקתית 185
- ד. התכלית האובייקטיבית של החוקה 185
1. מהותה 185
 2. מקורות התכלית האובייקטיבית 186
 - (א) מקורות פנימיים: החוקה כמכלול והחיפוש אחר אחדות חוקתית 186
 - (ב) מקורות חיצוניים: הוראות חוקתיות אחרות 187
 - (ג) מקורות חיצוניים: היסטוריה פוסט-חוקתית 188
 - (ד) מקורות חיצוניים: ההלכה החוקתית-שיפוטית 189
 - (ה) מקורות חיצוניים: ערכי יסוד 190
 - (ו) מקורות חיצוניים: משפט משווה 191
3. קביעת התכלית הסופית של החוקה 197
- (א) כיצד תקבע התכלית הסופית 197
 - (ב) גישתה של הפרשנות התכליתית 198
 - (ג) התכלית הסובייקטיבית של החוקה אינה מכרעת 200
 - (ד) התכלית האובייקטיבית וההגנה על הפרט 204
 - (ה) "חוקה חיה" ו"עץ חי" 204
 - (ו) פרשנות מתוך מבט רחב 205
 - (ז) שיקול דעת פרשני בקביעת התכלית הסופית של החוקה 207
- פרק שמיני: תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 209
- א. כבוד האדם כערך חוקתי מפורש ומשתמע 209
1. הכרה מפורשת בערך החוקתי של כבוד האדם 209
 2. הכרה משתמעת בערך החוקתי של כבוד האדם 210
- ב. כבוד האדם כערך חוקתי בישראל 212
- ג. תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 214
1. מכלול התפקידים 214
 2. כבוד האדם כערך חוקתי המניח בסיס לכל הזכויות 215
 3. תפקידו הפרשני של כבוד האדם כערך חוקתי 217
 - (א) תפקיד פרשני כללי 217
 - (ב) תפקיד פרשני מיוחד: פרשנות הזכות לכבוד האדם 222
 - (ג) כבוד האדם כערך חוקתי בהגבלתן של זכויות חוקתיות 223
- פרק תשיעי: המודלים לקביעת תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם 225
- א. שלושה סוגים של מודלים: מודלים תאולוגיים, מודלים פילוסופיים ומודלים חוקתיים 225

- ב. המודלים התאולוגיים 225
- ג. המודלים הפילוסופיים 227
1. הערכת המודלים הפילוסופיים 227
 2. כבוד האדם וקנט 228
 3. כבוד האדם ודבורקין 229
 4. כבוד האדם ווולדרון 230
 5. כבוד האדם ומרגלית וסטטמן 230
- ד. המודלים החוקתיים 232
1. המאפיינים של המודלים החוקתיים 232
 - (א) גישה פרשנית מתוך מבט רחב 232
 - (ב) פרשנות מתוך מבט רחב לערך החוקתי של כבוד האדם והזכויות החוקתיות 233
 - (ג) ריבוי המודלים החוקתיים 234
 2. תוכנו של הערך החוקתי של כבוד האדם – כבוד האדם כאנושיותו של האדם כאדם 235
- פרק עשירי: תוכנו של כבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 239
- א. כבוד האדם כאנושיותו של האדם 239
1. הזהות בישראל בין הערך החוקתי של כבוד האדם לזכות החוקתית לכבוד האדם 239
 2. התוכן של כבוד האדם בחוק-היסוד 239
 - (א) כבוד האדם – ההיבט הלשוני 239
 - (1) המבנה הלשוני של כבוד האדם 239
 - (2) שליפת המשמעות המשפטית מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות 242
 - I. הלשון קובעת את גבולות הזכות החוקתית לכבוד האדם 242
 - II. הזכות החוקתית לכבוד האדם ותחושת הלשון 242
 - (ב) כבוד האדם – ההיבט של התכלית 244
 - (ג) אנושיותו של האדם כיצור חופשי 245
 - (ד) אנושיותו של האדם כאוטונומיה של הרצון 250
 - (ה) אנושיותו של האדם כשלילת הפיכתו לאמצעי בלבד 254
 - (ו) אנושיות בגדריה של חברה 256
 - (ז) אנושיות האדם והגזע האנושי 257
 3. ביקורת המודל החוקתי של אנושיות והתשובה לה 258

ב. כבוד האדם כאנושיות האדם והארכיטקטורה החוקתית 261

 1. ייחודו הארכיטקטוני של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 261
 2. פסקת עקרונות היסוד 261
 - (א) עקרונות פרשניים 261
 - (ב) ערך האדם, קדושת חייו והיותו בן חורין 264
 - (ג) העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל 264
 - (1) מעמדה של הכרזת העצמאות 264
 - (2) עקרונותיה של ההכרזה 266
 - (ד) פסקת עקרונות היסוד והיחס בין הערך החוקתי לזכות החוקתית 267

3. פסקת המטרה 267

- (א) מטרתה הכפולה של פסקת המטרה 267
 (ב) מטרה ראשונה: "להגן על כבוד האדם וחירותו" 268
 (ג) מטרה שנייה: "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" 270
 (1) ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית 270
 (2) ערכיה של ישראל כמדינה יהודית 271
 (3) ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית 272
 (4) סינתזה והתאמה בין ערכים יהודיים לדמוקרטיים 272
 (ד) פסקת המטרה והיחס בין הערך החוקתי לזכות החוקתית 275
 (ה) ערכי יסוד נוספים 275
 4. כבוד האדם והאופי החלקי של מגילת הזכויות בישראל 278

שער שלישי: כבוד האדם כזכות חוקתית 281

פרק אחד-עשר: ההכרה בזכות החוקתית לכבוד האדם ותוכנה 283

- א. ההכרה החוקתית 283
 1. הכרה מפורשת בזכות חוקתית לכבוד האדם 283
 2. הכרה משתמעת בזכות חוקתית לכבוד האדם 286
 3. הכרה בכבוד האדם כזכות חוקתית בדרך של השלמת חסר בחוקה 287
 (א) תורת החסר 287
 (ב) חסר בחוקה? 288
 ב. תוכנה של הזכות החוקתית הוא להגשים את הערך החוקתי 290
 1. הגישה הכללית 290
 2. המקרה המיוחד של חוק-היסוד הגרמני 291
 ג. פרשנות חוקתית תכליתית 293
 1. פרשנות מתוך מבט רחב 293
 2. מבט רחב אינו מבט ללא גבולות 294
 3. פרשנות תכליתית של כבוד האדם ופגיעה בזכות אחרת 294
 4. פרשנות תכליתית של כבוד האדם והפגיעה בטובת הכלל 296
 5. ביקורת גישתי והתשובה לה 299

פרק שנים-עשר: הזכות החוקתית לכבוד האדם – זכות-מסגרת (זכות-אם) 303

- א. כבוד האדם כזכות-מסגרת 303
 1. זכות-מסגרת 303
 2. אגד של זכויות 306
 3. זכויות-מסגרת וזכויות ללא שם מיוחד 308
 ב. זכויות-הבת של כבוד האדם 310
 1. זכויות-הבת מוציאות מן הכוח אל הפועל את הפוטנציאל הטמון בזכות-האם 310
 2. הקטגוריות של פעולות הפוגעות בזכות-האם לכבוד האדם 312
 3. גזירת זכות-הבת מזכות-האם לכבוד האדם 313
 4. זכויות-הבת ואותן זכויות כזכויות עצמאיות 314
 5. היחס בין זכויות-הבת לבין עצמן 315

- (א) העדר השקה, חפיפה משלימה וחפיפה נוגדת 315
 (ב) העדר השקה 316
 (ג) חפיפה משלימה 316
 (ד) חפיפה נוגדת 317
 (1) חפיפה נוגדת בין עיקרון לעיקרון 317
 (2) חפיפה נוגדת בין עיקרון לכלל 321
6. היחס בין זכויות-הבת לזכויות אחרות הקבועות בחוק-היסוד 322
 7. היחס בין זכויות-הבת לזכויות חוקתיות אחרות שזכרן לא בא בחוקי-היסוד 325
 (א) היבטים של זכויות שזכרן לא בא בחוקי-היסוד כזכויות-בת 325
 (ב) זכויות-הבת והזכויות העצמאיות שלא כוננו – "קשר ענייני הדוק" 327
- פרק שלושה-עשר: התחום המכוסה על ידי הזכות לכבוד האדם 329
 א. התחום המכוסה ובעיית החפיפה 329
 ב. התחום המכוסה באופן בלעדי על ידי הזכות לכבוד האדם במגילת זכויות מקיפה 329
 ג. הזכות החוקתית לכבוד האדם במגילת זכויות חלקית 333
 ד. קושי ארכיטקטוני: הזכות לכבוד האדם והזכות לחירות אישית 338
 1. הצגת הבעיה 338
 2. "או בכל דרך אחרת" 339
 (א) מהי "בכל דרך אחרת"? 339
 (ב) בכל דרך המגבילה את החופש הפיזי של האדם 339
 (ג) "בכל דרך אחרת" – כל הגבלה או נטילה של חירות 340
 (ד) הגבלת חופש התנועה ומצבים אחרים 340
 (ה) משפט משווה 340
 (ו) הפסיקה הישראלית 343
 (ז) היקפה של הזכות לחירות אישית 344
 ה. האם יש לראות בכבוד האדם זכות "שירית"? 345
- פרק ארבעה-עשר: תכונותיה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 347
 א. כבוד האדם כזכות שלילית וכזכות חיובית 347
 1. ההבחנה בין זכויות חוקתיות שליליות וחיוביות 347
 2. ההבחנה בין זכויות שליליות וחיוביות במשפט המשווה 349
 3. ההבחנה בין זכויות שליליות וחיוביות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 351
 ב. כבוד האדם בהיבט האזרחי ובהיבט החברתי 354
 1. הבעיה הכללית 354
 2. הטיעונים לעניין ההכרה בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות 355
 3. ייחודו של ההיבט החברתי והמסקנות המתבקשות ממנו 358
 (א) ייחודו של ההיבט החברתי 358
 (ב) המסקנות המתבקשות מייחודו של ההיבט החברתי 359
 4. היבטים אזרחיים וחברתיים של כבוד האדם 359
 ג. הגרעין והשוליים של כבוד האדם 360
 1. הגרעין והשוליים הם חלק מכבוד האדם 360
 2. הגרעין והשוליים הם זכויות נגזרות מכבוד האדם 364

3. הגרעין והשוליים בזכות-האדם ובזכות-הבת 366
 - ד. כבוד האדם כזכות יחסית 366
 1. הגישה המקובלת במשפט המשווה 366
 2. יחסיותה של הזכות לכבוד האדם בישראל 368
 - ה. הזכות לכבוד האדם אינה זכות נצחית 371
 1. הגישה המקובלת במשפט המשווה 371
 2. המצב בישראל: היעדר הוראת נצחיות מפורשת 372
 3. המצב בישראל: הוראת נצחיות משתמעת 372
 4. שינוי חוקתי והגבלה חוקתית 374
- פרק חמישה-עשר: תחולת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבחינת הצדדים, הזמן והמקום 379
- א. הצדדים לזכות לכבוד האדם 379
 1. בעל הזכות 379
 - (א) בן-אדם 379
 - (ב) הקבוצה 384
 - (ג) תאגיד 385
 2. החייב 387
 - ב. התחולה בזמן 389
 1. תחולה אקטיבית של חוק היסוד 389
 2. הפסקה בדבר שמירת הדינים 391
 - (א) שמירת הדין הישן 391
 - (ב) אנומליה נורמטיבית 391
 - (ג) שמירת תוקף בלא הענקת מעמד חוקתי 390
 - (ד) מצבים בהם פסקת שמירת הדינים אינה חלה 393
 - (1) פרשנות הדין הישן 393
 - (2) חקיקה חדשה המתקנת דין ישן 396
 - (3) הפעלה (חדשה) של סמכות (ישנה) 397
 - (4) מתן פסק דין הצהרתי 398
 - (ה) פסקת שמירת הדינים ופסקת הכיבוד 398
 - ג. התחולה במקום 401
 1. חזקת הטריטוריאליות בחקיקה 401
 2. התחולה הטריטוריאלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 402
 - (א) תחולה על ישראלים המצויים במקום שלישראל יש שליטה בו 402
 - (ב) הדין הראוי: תחולה אקסטרטריטוריאלית 403

שער רביעי: כבוד האדם במשפט המשווה 405

- פרק שישה-עשר: כבוד האדם במשפט החוקתי האמריקני 407
- א. כבוד האדם כזכות חוקתית בחוקות של המדינות 407
 - ב. בחוקה הפדרלית לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם 409
 1. היעדר הוראה מפורשת ועצמאית לכבוד האדם בחוקה הפדרלית 409
 2. כבוד האדם אינו חלק מזכות-מסגרת בחוקה הפדרלית 410

3. כבוד האדם ופרשת Griswold v. Connecticut 413
- ג. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי האמריקני 414
1. כבוד האדם וכבוד המדינה 414
 2. ההיסטוריה של כבוד האדם כערך חוקתי 415
 - (א) עד מלחמת העולם השנייה 415
 - (ב) שנות הארבעים והחמישים של המאה העשרים 416
 - (ג) המשך השימוש בכבוד האדם בבית המשפט העליון 420
 - (1) הרחבת התחולה של כבוד האדם למרבית מגילת הזכויות 420
 - (2) תרומתו של השופט ברנן (Brennan J.) 422
 - (3) תרומתו של השופט קנדי (Kennedy J.) 424
 3. הערכת כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי האמריקני 428
 - (א) מעמדו של כבוד האדם כערך חוקתי 428
 - (ב) מהותו של כבוד האדם בפסיקה האמריקאית 429
- פרק שבעה-עשר: כבוד האדם במשפט החוקתי הקנדי 433
- א. בצ'רטר הקנדי לא מוכרת זכות חוקתית לכבוד האדם 433
1. העדרה של זכות עצמאית לכבוד האדם 433
 2. שלילת כבוד האדם כזכות חוקתית נגזרת 433
 3. כבוד האדם כערך ברמה התת-חוקתית 435
- ב. כבוד האדם כערך חוקתי במשפט החוקתי הקנדי 436
1. מרכזיותו של כבוד האדם 436
 - (א) בצ'רטר הקנדי בכלל 436
 - (ב) בזכויות חוקתיות מסוימות 438
 - (1) הזכות לשוויון 438
 - (2) הזכות לחופש הביטוי 439
 - (3) הזכות לחיים, לחירות ולביטחון אישי 439
 - (4) זכויות במשפט 440
 2. תוכנו של כבוד האדם 442
 - (א) כבוד האדם כאנושיותו של האדם 442
 - (ב) הביטויים השונים של כבוד האדם 442
 - (1) כבוד האדם בפרשת Law 442
 - (2) כבוד האדם בפרשת Morgentaler 444
 - (3) כבוד האדם, חופש הרצון והאוטונומיה של הפרט 445
 - (4) כבוד האדם ותפיסת האדם כמטרה לעצמה 446
 - (5) כבוד האדם בגדריה של חברה 446
 3. תפקידו של כבוד האדם כערך חוקתי 447
 - (א) כבוד האדם כאמת מידה פרשנית בקביעת היקפה של זכות חוקתית 447
 - (ב) כבוד האדם בהגבלתן של הזכויות החוקתיות 448
- פרק שמונה-עשר: כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני 451
- א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד אדם 451
1. הוראת סעיף 1(1) לחוק היסוד הגרמני 451
 2. כבוד האדם כזכות מוחלטת 453
 3. כבוד האדם כזכות נצחית 455

4. כבוד האדם כערך עליון בחוק-היסוד הגרמני 456
5. התחום המכוסה על ידי כבוד האדם כזכות חוקתית 457
6. ייחודו של כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני 458
- ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי הגרמני 458
 1. כבוד האדם כערך חוקתי בלבד 458
 2. כבוד האדם כזכות חוקתית 459
- ג. הגדרת כבוד האדם 460
 1. הגדרות שליליות וחיוביות 460
 2. יסודות משותפים ונוגדים להגדרות השונות 461
 3. ההיקף של כבוד האדם 462
 - (א) כבודו של כל אדם כבן אנוש 462
 - (ב) תחילתו של כבוד האדם וסיומו 462
 - (1) תחילת כבוד האדם 462
 - (2) סיומו של כבוד האדם 463
 - (ג) כבוד האדם וכיו-אתיקה 464
- ד. כבוד האדם במשפט החוקתי הגרמני והמשפט המשווה 464

פרק תשעה-עשר: כבוד האדם במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 467

 - א. תכונותיו הנורמטיביות של כבוד האדם 467
 1. הוראת סעיף 10 לחוקה של דרום-אפריקה 467
 2. כבוד האדם כזכות יחסית 468
 3. כבוד האדם כזכות חוקתית הניתנת לשינוי חוקתי 472
 4. כבוד האדם כערך עליון בחוקה של דרום-אפריקה 477
 5. התחום המכוסה על ידי כבוד האדם כזכות חוקתית 481
 - (א) גזרה בה חל כבוד האדם בלבד 481
 - (ב) כבוד האדם והזכות לחופש 483
 6. ייחודה של הזכות לכבוד האדם במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 486
 - (א) כבוד האדם כזכות חוקתית המשתרעת על כל התנהגות הנופלת לגדר כבוד האדם כערך חוקתי 486
 - (ב) בעיית החפיפה בין הזכות לכבוד האדם והזכויות החוקתיות האחרות 487
 - ב. כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית במשפט החוקתי של דרום-אפריקה 490
 1. כבוד האדם כאחת מזכויות האדם 490
 2. היחס בין הערך החוקתי לכבוד האדם והזכות החוקתית לכבוד האדם 491
 - ג. היקפו של הערך החוקתי של כבוד האדם 492
 1. קשיי ההגדרה 492
 2. כבוד האדם כראיית האדם כמטרה ולא כאמצעי בלבד 493
 - ד. היקפה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 496
 1. חפיפה והתנגשות בין כבוד האדם לזכויות חוקתיות אחרות 496
 2. הצדדים לזכות לכבוד האדם 497
 3. תוכנה של הזכות החוקתית לכבוד האדם 498
 - (א) ההקשר החיצוני וההקשר הפנימי 498
 - (ב) תוכנו של כבוד האדם כזכות חוקתית על רקע הפסיקה 500
 - (ג) כבוד האדם והאוטונומיה של הרצון הפרטי 502

כרך שני

שער חמישי: זכויות-הבת של כבוד האדם 533

מבוא 535

פרק עשרים: זכות-הבת לאישיות 537

- א. הזכות לאישיות במשפט המשווה 537
- ב. הזכות לאישיות בחקיקה ובהלכה הפסוקה 538
- ג. הזכות לאישיות כזכות-בת של כבוד האדם 539
 1. כבוד האדם ואישיות האדם 539
 2. "סימני הדרך" הפסיקטיים להכרה בזכות לאישיות 540
 3. הקו המאחד את "סימני הדרך" – זכות-בת לאישיות 543
 4. תכונותיה של זכות-הבת לאישיות 545

פרק עשרים ואחד: זכות-הבת למינימום קיום אנושי בכבוד 547

- א. ההיסטוריה של הזכויות החברתיות בישראל 547
 1. זכויות חברתיות בחקיקה ובהלכה הפסוקה 547
 2. זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות עצמאיות 549
 - ב. זכויות חברתיות במשפט המשווה 552
 1. הכרה בזכויות חברתיות כזכויות אדם חוקתיות 552
 2. הגישה של האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 553
 - (א) הזכויות החברתיות שבאמנה 553
 - (ב) הזכויות החברתיות וחובת מימושו 554
 - (ג) הזכות לרמת חיים נאותה 557
 3. גישתה של החוקה של דרום-אפריקה 558
 4. זכויות חברתיות כזכויות-בת חוקתיות 560
 - (א) זכויות-בת חוקתיות חברתיות 560
 - (ב) גישתו של בית המשפט העליון של הודו 560
 - (ג) גישתו של בית המשפט החוקתי הגרמני 562
 - (ד) גישתו של בית המשפט החוקתי של קולומביה 563
 - ג. הזכות לקיום אנושי בכבוד כזכות-בת של כבוד האדם 564
 1. שוויון עקרוני בין זכויות-בת חוקתיות אזרחיות וחברתיות 564
 2. זכויות-האם החוקתיות מהן נגזרות זכויות-הבת החברתיות 565
 3. ההתפתחות של ההכרה בזכויות-בת חוקתיות-חברתיות 566
 - (א) צעדים ראשוניים 566
 - (ב) העשור הראשון: ההכרה בזכות החברתית לקיום מינימלי בכבוד 567
 - (ג) העשור הראשון: פרשת אדם טבע ודין 571
 - (ד) העשור הראשון: פרשת עמותת מחויבות 576
 - (ה) העשור השני: ההכרה בהלכתית בזכות-הבת החברתית לבריאות, לחינוך ולמים 579
 - (ו) פרשת חסן 589
- (1) הבעיה והטענות 589

- (2) האם זכויות חברתיות מצדיקות מודל חוקתי שונה מהמודל לזכויות האזרחיות? 589
- I. ההבחנה בין זכויות אזרחיות (שליליות) לבין זכויות חברתיות (חיוביות) 589
- II. שלילת הסטייה מהמודל הקיים לביקורת שיפוטית 590
- III. הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד 591
- IV. היחס שבין חוק הבטחת הכנסה לבין הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד 592
- V. טענת הכורח 593
- (3) פסק הדין של השופטת מ' נאור 594
- (4) פסק הדין של השופט ע' פוגלמן 594
- (5) פסק הדין של השופטת ע' ארבל 595
- (6) פסק הדין של השופטת א' חיות 596
- (7) פסק הדין של השופט א' רובינשטיין 596
- (8) פסק הדין של השופט ס' ג'ובראן 597
- ד. מהותה של הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד 598
1. מרכזיותה של זכות-הבת למינימום של קיום אנושי בכבוד 598
 2. תוכנו של מינימום הקיום בכבוד 598
 - (א) מינימום החיים בכבוד – לא מינימום החיים 598
 - (ב) לא רק השפלה וביזוי 600
 - (ג) תנאים בסיסיים לקיום אנושי בכבוד 601
 3. המאפיינים של הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד 604
 - (א) ייחודה של הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד 604
 - (ב) המגבלות של ייחודיות הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד 605
 4. חלוקת התפקידים הראויה בין הרשויות הפוליטיות 606
 5. מינימום הקיום האנושי או תנאי מחיה נאותים 606
 - (א) עמדתו של השופט א' לוי 606
 - (ב) השוני בין עמדת הפסיקה ועמדתו של השופט א' לוי 608
 - (ג) הצידוק לעמדת הפסיקה 609
 6. דרכי ההוכחה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד 612
 - (א) החלת מודל שני השלבים 612
 - (ב) היקף הנטל המוטל על הטוען לפגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד 612
 7. הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד ושאר הזכויות החברתיות 613
- פרק עשרים ושניים: זכות-הבת לשם טוב 615
- א. הזכות ההלכתית לשם טוב 615
 - ב. השם הטוב כזכות-בת של כבוד האדם 616
 1. השם הטוב כזכות-בת חוקתית 616
 2. חשיבותה של זכות-הבת לשם טוב 620
 - ג. היקפה של זכות-הבת לשם טוב 621
 1. שם טוב כזכות עצמאית 621
 2. המשפט התת-חוקתי המגן על השם הטוב 623
 - ד. העקרונות שביסוד זכות-הבת לשם טוב 624

1. גזירת זכות-הבת לשם טוב מזכות עצמאית 624
 2. העקרונות שזכות-הבת לשם טוב נועדה להגשים 626
 - (א) הערכת האדם בגדרי החברה 626
 - (ב) שם טוב והבטחת Honor ו-Dignity 627
- פרק עשרים ושלושה: זכות-הבת לחיי משפחה 629
- א. הזכות לחיי משפחה במשפט הדתי, בחקיקה ובהלכה הפסוקה 629
 1. המקורות המשפטיים 629
 2. משפחה מהי 633
 - (א) ה"משפחה" בחקיקה ובפסיקה 633
 - (ב) ה"משפחה" באמנות בין-לאומיות, בחוקות ובחוקי-היסוד בישראל 634
 3. חוקת המשפחה 636
 - ב. הזכות לחיי משפחה כזכות-בת של כבוד האדם 638
 1. ההתפתחות השיפוטית עד לפרשת עדאלה 638
 2. פרשת עדאלה 646
 3. ההתפתחות השיפוטית לאחר פרשת עדאלה 650
 - ג. מאפייניה של זכות-הבת לחיי משפחה 662
 1. זכות-הבת לחיי משפחה וזכויות-הבת האחרות של כבוד האדם 662
 2. הזכות לחיי משפחה – זכות כלפי רשויות השלטון 663
 3. הזכות לחיי משפחה – זכות שלילית וזכות חיובית 664
 4. חשיבותה של זכות-הבת לחיי משפחה 668
 - ד. הזכות ליצירת התא המשפחתי 669
 1. הזכות ליצירת תא משפחתי 669
 2. הזכות להכרה ביחסי זוגיות 670
 - (א) הזכות ליצירת הקשר המשפחתי 670
 - (ב) הנישואין 671
 - (ג) ברית הזוגיות 673
 - (ד) ידועים בציבור 674
 3. הזכות להורות 675
 - (א) הולדה 675
 - (ב) אימוץ 677
 - ה. הזכויות במסגרת התא המשפחתי 678
 - ו. הזכות לצאת מהתא המשפחתי 680
 - ז. ההיבט החוקתי של חיי המשפחה 682
 1. "משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה" – האמנם? 682
 2. התא המשפחתי ושתי רמות נורמטיביות – חוקתית ותת-חוקתית 683
- פרק עשרים וארבעה: זכות-הבת לשוויון 685
- א. הזכות לשוויון בחקיקה ובהלכה הפסוקה 685
 - ב. השוויון כזכות-בת של כבוד האדם 688
 - ג. היקפה של זכות-הבת לשוויון 691
 1. השוויון כזכות חוקתית עצמאית 691
 - (א) מורכבותה של הזכות העצמאית לשוויון 691

- (ב) שוויון ושונות על פי הנוסחה האריסטוטלית 692
 (ג) שוויון והעדפה מתקנת 693
 2. השוויון כזכות-בת 695
 (א) זכות-האם לכבוד האדם וזכות-הבת לשוויון 695
 (ב) זכות-הבת לשוויון וזכות עצמאית לשוויון 696
 (ג) העקרונות שביסוד זכות-הבת לשוויון וביסוד הזכות העצמאית לשוויון 698
 3. "קשר ענייני הדוק" 699
 (א) הפליה במישור המנהלי והפליה במישור החוקתי 699
 (ב) הפליה גנרית 703
 (ג) מעבר להפליה גנרית 705
- פרק עשרים וחמישה: זכות-הבת לחופש הביטוי 707
 א. הזכות ההלכתית לחופש הביטוי 707
 ב. חופש הביטוי כזכות-בת של כבוד האדם 708
 ג. הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי 712
 1. הטעמים לחופש הביטוי כזכות עצמאית 712
 (א) בסיס אידאולוגי רחב 712
 (ב) חשיפת האמת 714
 (ג) הבטחת המשטר הדמוקרטי 715
 (ד) הגשתו העצמית של האדם 717
 2. הטעמים המונחים ביסוד זכות-הבת לחופש הביטוי 719
 (א) זכות-הבת לחופש הביטוי והגשמה עצמית של האדם 719
 (ב) זכות-הבת לחופש הביטוי מלבד ההגשמה העצמית של האדם 721
 ד. האופי היחסי של זכות-הבת לחופש הביטוי 722
 ה. חופש הביטוי – זכות כנגד המדינה 723
 ו. חופש הביטוי – זכות שלילית וזכות חיובית 724
 1. ההבחנה בין הזכות החיובית לזכות השלילית 724
 2. ההיבט השלילי של חופש הביטוי 725
 3. ההיבט החיובי של חופש הביטוי 726
 ז. המימוש של חופש הביטוי 728
 ח. חופש הביטוי – גרעין ומעטפת 730
 ט. היקפה של זכות-הבת לחופש הביטוי 732
 1. חופש הביטוי – אגד של זכויות 732
 2. מובנו של חופש הביטוי 735
 (א) כל ביטוי 735
 (ב) שקר ואמת 736
 (ג) ביטוי שהוא עברה פלילית 737
 (ד) חופש הביטוי ופגיעה ברגשות 738
 3. הפגנה, אספה, משמרת צמודה 741
 (א) הפגנה, אספה ומשמרת צמודה הלכתיות 741
 (ב) הפגנה, אספה ומשמרת צמודה כזכויות-בת של כבוד האדם 742
 4. החופש האקדמי 742

5. ביטוי מסחרי 743
- (א) הביטוי המסחרי כזכות הלכתית 743
- (ב) הביטוי המסחרי כזכות חוקתית 745
- (1) הביטוי המסחרי כחלק מחופש העיסוק 745
- (2) הביטוי המסחרי כזכות-בת של כבוד האדם 747
- I. ביטוי פוליטי על ידי גוף פוליטי במסגרת מסחרית 747
- II. ביטוי מסחרי על ידי גוף מסחרי במסגרת מסחרית (ביטוי מסחרי טהור) 748
1. טעמים שבחופש הביטוי וטעמים שבכבוד האדם 748
2. המבחן הראשון: הביטוי המסחרי הטהור והעקרונות של חופש הביטוי 749
3. המבחן השני: הביטוי המסחרי הטהור והעקרונות של כבוד האדם 751
- פרק עשרים ושישה: זכות-הבת לחופש המצפון והדת 755
- א. הזכות לחופש המצפון והדת בחקיקה ובהלכה הפטוקה 755
- ב. חופש המצפון והדת כזכות-בת של כבוד האדם 758
1. ניתוח הפסיקה 758
2. הזכות לחופש המצפון והדת כנגזרת מכבוד האדם 762
- (א) הקשר בין חופש המצפון והדת וכבוד האדם 762
- (ב) חופש המצפון והדת וההרישה ל"קשר ענייני הדוק" 764
- ג. חופש המצפון 765
1. מהותו של חופש המצפון 765
2. חופש המצפון כזכות-בת של כבוד האדם 767
3. חופש המצפון ופטור מהשירות הצבאי 768
- ד. חופש הדת 769
1. חופש הדת כזכות-בת של כבוד האדם 769
2. תוכנו של חופש הדת כזכות-בת חוקתית 771
- ה. חופש מדת 774
- ו. הגנה על רגשות דתיים 776
- פרק עשרים ושבעה: זכות-הבת לחופש התנועה 781
- א. הזכות ההלכתית לחופש התנועה 781
- ב. חופש התנועה בתוך ישראל כזכות-בת של כבוד האדם 782
1. הרקע ההיסטורי 782
2. האם סעיף 6 לחוק היסוד קובע הסדר שלילי לעניין זכות התנועה בישראל? 783
3. חופש התנועה בתוך המדינה והזכות לכבוד האדם 785
- ג. היקפה של זכות-הבת לחופש התנועה בתוך ישראל 789
- פרק עשרים ושמונה: זכות-הבת לחינוך 793
- א. הזכות ההלכתית לחינוך 793
- ב. הזכות לחינוך כזכות-בת של כבוד האדם 794
1. שלילת המודל הרחב: פרשת עמותת שוחרי גיל"ת 794

2. הכרה בזכות לחינוך במסגרת המודל המצומצם: פרשת יתד 796
3. הכרה בזכות לחינוך במסגרת מודל הביניים 797
 - (א) התפתחות הפסיקה 797
 - (ב) הזכות לחינוך כזכות-בת של כבוד האדם 803
 - (1) הזכות לשוויון בחינוך 803
 - (2) הזכות לחינוך כזכות-בת "העומדת על רגליה שלה" 804
 - I. הקשר בין הזכות לחינוך לזכות לכבוד האדם 804
 - II. פרשת עמותת "נוער כהלכה" 806
 - III. פרשת טבקה 808
 - IV. פרשת אבו לבדה 809
4. הזכות לחינוך כחלק ממודל הביניים: מבט לאחור 810
 - ג. היקפה של זכות-הבת לחינוך 812
 1. העקרונות המונחים ביסוד זכות-הבת לחינוך 812
 2. המשפט התת-חוקתי המגן על הזכות לחינוך 814
 3. התוכן של זכות-הבת לחינוך ואופייה היחסי 815
- פרק עשרים ותשעה: זכות-הבת לעבודה 819
 - א. זכויות מתחום העבודה בחקיקה ובהלכה הפסוקה 819
 - ב. זכויות מתחום העבודה במשפט המשווה 821
 1. משפט בין-לאומי 821
 2. משפט חוקתי משווה 822
 3. חוקת העבודה 824
 - ג. הזכות לעבודה כזכות-בת של כבוד האדם 827
 1. צעדים ראשונים 827
 2. ההתפתחויות בבית הדין הארצי לעבודה 831
 3. ההתפתחות בפרשות עמותת מחויבות והתנועה למען איכות השלטון בישראל ואחריהן 835
 4. זכויות מתחום העבודה והזכות לכבוד האדם 838
 - ד. הזכות לעבודה 841
 1. תוכנה של הזכות לעבודה כזכות עצמאית: משפט משווה 841
 2. הזכות לעבודה כזכות-בת חוקתית 842
 3. היקפה של הזכות לעבודה כזכות-בת חוקתית 844
 - (א) היבטים שונים של זכות-הבת לעבודה 844
 - (ב) הזכות להתפרנס בכבוד 845
 - (ג) הזכות לתנאי עבודה הוגנים 846
 - (ד) הזכות למניעת פיטורין 849
 - ה. הזכות להתארגנות 850
 1. זכות ההתאגדות וזכות ההתארגנות 850
 2. זכות ההתארגנות כזכות-בת חוקתית 852
 3. היקפה של זכות ההתארגנות כזכות-בת חוקתית 854
 - (א) זכות ההתארגנות כזכות משולשת: התארגנות, משא ומתן קיבוצי ושביתה 854

- (ב) הזכות להתארגן 854
- (ג) הזכות למשא ומתן קיבוצי 856
- (ד) הזכות לשבות ולהשבית 857
- (1) הזכות לשבות 857
- I. זכות השביתה כזכות נגזרת 857
- II. הבעיה של גזירת זכות השביתה מכבוד האדם והתשובה לה 859
- III. היקפה של זכות השביתה 860
- (2) הזכות להשבית 861
- פרק שלוש: זכות-הבת להליך הוגן 863
 - א. הליך הוגן מהו? 863
 - ב. הזכות להליך הוגן בחקיקה ובהלכה הפסוקה 864
 - ג. הזכות להליך הוגן במשפט הבין-לאומי ובמשפט המשווה 866
 - ד. הזכות להליך הוגן בהצעות לחוקה או למגילת זכויות אדם בישראל 866
 - ה. הזכות להליך הוגן כזכות-בת של כבוד האדם 868
 - ו. זכות-הבת להליך הוגן והזכות העצמאית להליך הוגן 870
 - 1. הליך הוגן ו"קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם 870
 - 2. הטעמים המונחים ביסוד הזכות להליך הוגן 871
 - ז. היקפה של זכות-הבת להליך הוגן 872
 - 1. זכות-הבת להליך הוגן ב"טוהרתה" 872
 - 2. הליך הוגן ובית המשפט 872
 - 3. הליך פלילי הוגן 873
 - 4. הליך מנהלי הוגן 876
 - 5. תכונותיה של הזכות להליך הוגן 878

מפתחות 881

- מפתח חקיקה 883
- חוקי יסוד 883
- הצעות חוק יסוד 884
- חקיקה ישראלית 886
- הצעות חוק 891
- מקורות המשפט העברי 891
- אמנות ומסמכים בין-לאומיים בעברית 891
- אמנות ומסמכים בין-לאומיים באנגלית 893
- חוקות 898
- חקיקה זרה 913
- שונות 914
- מפתח פסיקה 915
- פסיקה ישראלית 915
- פסיקה זרה 944

- מפתח ספרים 955
- ספרים בעברית 955
- ספרים בלועזית 959

- מפתח מאמרים 973
- מאמרים בעברית 973
- מאמרים בלועזית 985

- מפתח עניינים 1021

- מפתח שמות 1039

שער חמישי

זכויות-הבת של כבוד האדם

מבוא

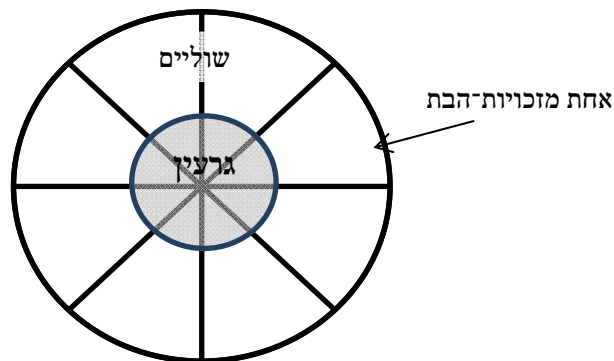
כבוד האדם – ככל זכות האדם המעוצבת כעיקרון¹ – היא זכות-מסגרת.² היא משתרעת על כל התנהגות המגשימה (בהיבטה החיובי) את האידאל החברתי אשר כבוד האדם מבטא אותו או הפוגעת (בהיבטה השלילי) בו.³ ברמת הפשטה גבוהה נועד אידיאל זה להגשים ולהגן על אנושיותו של האדם כאדם בגדריה של חברה.⁴ זהו תוכנה של זכות-האם לכבוד האדם.⁵ דרכי ההגנה והפגיעה באנושיות זו משתנות מעניין לעניין. אכן, כבוד האדם היא זכות משתנה בעולם משתנה, ובלשונו של השופט ברנן (Brennan J.):⁶ “The demands of human dignity will never cease to evolve.” דרישות אלה של כבוד האדם מוצאות ביטוי בזכויות-הבת של כבוד האדם.⁷ הן מוציאות מהכוח אל הפועל את היבטיו השונים של כבוד האדם. כל אחת מזכויות-הבת מבטאת היבט מסוים של זכות-האם לכבוד האדם ונגזרת ממנה. זכויות-הבת פועלות ברמת הפשטה נמוכה מזו של זכות-האם.

על בסיס ההגדרה הכללית של כבוד האדם בחלק הראשון עוסק החלק השני בזכויות-הבת של כבוד האדם. הוא כולל בחובו את זכויות-הבת הבאות: אישיות,⁸ מינימום קיום אנושי בכבוד,⁹ שם טוב,¹⁰ חיי משפחה,¹¹ שוויון,¹² חופש הביטוי,¹³ חופש המצפון והדת,¹⁴ חופש התנועה,¹⁵ חינוך,¹⁶ עבודה¹⁷ והליך הוגן.¹⁸ רשימתה של זכויות-הבת אינה סגורה.¹⁹

- 1 על עקרונות (principles) להבדיל מכללים (rules), ראו לעיל בעמ' 321.
- 2 על זכות המסגרת, ראו לעיל בעמ' 303.
- 3 להבחנה בין ההיבט החיובי לשלילי, ראו לעיל בעמ' 347.
- 4 ראו לעיל בעמ' 235, 256.
- 5 על זכות-האם, ראו לעיל בעמ' 303.
- 6 ראו לעיל בעמ' 44.
- 7 על זכויות-הבת, ראו לעיל בעמ' 310.
- 8 ראו להלן בעמ' 537.
- 9 ראו להלן בעמ' 547.
- 10 ראו להלן בעמ' 615.
- 11 ראו להלן בעמ' 629.
- 12 ראו להלן בעמ' 685.
- 13 ראו להלן בעמ' 707.
- 14 ראו להלן בעמ' 755.
- 15 ראו להלן בעמ' 781.
- 16 ראו להלן בעמ' 793.
- 17 ראו להלן בעמ' 819.
- 18 ראו להלן בעמ' 863.
- 19 ראו לעיל בעמ' 313.

במגילות זכויות אדם מקיפות מרבית הזכויות, אשר בישראל הן זכויות־בת של כבוד האדם, הן זכויות עצמאיות העומדות על רגליהן. לא כן בישראל. במגילת הזכויות שלנו ניתן ביטוי בזכויות־הבת של כבוד האדם רק להיבט ה"דיגיטרי" של אותן זכויות עצמאיות. על כן היקפן של זכויות־הבת צר מהיקפן של זכויות אלה אילו הוכרו כזכויות חוקתיות עצמאיות.²⁰ בזכות־האם לכבוד האדם ניתן להבחין בין הגרעין של הזכות לבין השוליים (המעטפת) שלה.²¹ זכויות־הבת מוציאות מן הכוח אל הפועל הן את הגרעין של זכות־האם והן את שוליה. כאשר היבט מסוים של זכות־הבת מגן על גרעינה של זכות־האם או מגשים אותה, נקל להכיר בקשר שבין השתיים, תוך זיהוי השתיים כאחת. כך למשל ציין השופט י' עמית לעניין השם הטוב, כי "הכבוד של אדם הוא שמו הטוב והשם הטוב הוא הכבוד [...] שמו של אדם הוא בנו־בכורו של מושג הכבוד".²² מכאן אין להסיק – והשופט י' עמית אינו מסיק זאת – כי היבט של זכות־בת המגן על שוליה של זכות־האם אינו חלק מכבוד האדם ואין הוא אחד מבניו, גם אם אינו בנו בכורו. אכן כבוד האדם הוא כל זכויות־הבת, וכל זכויות הבת הן הכבוד. אין לראות בגרעינה של זכות־האם את הזכות לכבוד האדם עצמה, ואילו את זכויות־הבת – כולן או חלקן – כזכויות הנגזרות מזכות־האם. זכות נגזרת היא חלק מהזכות עצמה. היא קובעת את תוכנה של הזכות ברמת הפשטה נמוכה יותר. הן הגרעין של זכות־האם והן שוליה נגזרים ממנה.²³ אין היבט של כבוד האדם במישור החוקתי בישראל שאינו חלק מזכות־האם לכבוד האדם; אין היבט של כבוד האדם שאינו נגזר מזכות־האם לכבוד האדם; אין היבט של כבוד האדם שאינו כלול הן בגדריה של זכות־האם והן בגדריה של זכות־בת של כבוד האדם. ניתן לתאר תפיסה זו כך:

זכות־האם לכבוד האדם



- 20 ראו לעיל בעמ' 314.
 21 ראו לעיל בעמ' 360.
 22 ע"א 751/10 פלוני נ' דייין-אורבך, פס' 3 לפסק הדין של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 8.2.2012).
 23 ראו לעיל בעמ' 311.

פרק עשרים

זכות-הבת לאישיות

א. הזכות לאישיות במשפט המשווה

המשפט הבינ-לאומי והמשפט החוקתי המשווה מכירים בהיבטים שונים של הזכות לאישיות. למשל, סעיף 22 להכרזה האוניברסלית קובע כי לכל אדם הזכויות הכלכליות, החברתיות, התרבותיות, שהן חיוניות לפיתוח חופשי של אישיותו (free development of "his personality").¹ כן מגנה ההכרזה על הזכות לפרטיות² ולשם הטוב.³ האמנה האירופית לזכויות האזרח מגנה על החיים הפרטיים (private life).⁴ הוראות דומות מצויות בכמה חוקות. הידועה מכולן היא הוראת סעיף 2(1) לחוק-היסוד הגרמני, שלפיה "everyone shall have the right to the free development of his personality".⁵ הוראה דומה מצויה בחוקה של יוון,⁶ בחוקה של פורטוגל,⁷ בחוקה של איטליה,⁸ בחוקה של ספרד⁹ ובחוקה של אסטוניה.¹⁰ עם זאת אין במשפט המשווה הכרה כוללת בזכות לאישיות, להבדיל מדיון בהיבטים אלה ואחרים של אישיות האדם המוגנת בסעיפי החוקה.

- 1 סעיף 22 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (The Universal Declaration of Human Rights, GA RES. 21A (III), UN DOC A/ 810 AT 71 (1948).
- 2 סעיף 12 להכרזה האוניברסלית.
- 3 ש.ס.
- 4 ראו סעיף 8 לאמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005 (Nov. 4, 1950). ראו גם RAYMOND YOUNGS, ENGLISH, FRENCH & GERMAN *Personality Rights*, in COMPARATIVE LAW 222 (2nd ed., 2006); Elspeth Christie Reid, *Personality Rights: A Study in Difference*, in MIXED JURISDICTIONS COMPARED 387 (Vernon Valentine Palmer & Elspeth Christie Reid eds., 2009).
- 5 לפירושה של הוראה זו, ראו HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2006), וכן WERNER HEUN, THE CONSTITUTION OF GERMANY: A CONTEXTUAL ANALYSIS 204 (2011).
- 6 ראו סעיף 15(1) לחוקה של יוון (1975).
- 7 ראו סעיף 26 לחוקה של פורטוגל (1976).
- 8 ראו סעיף 2 לחוקה של איטליה (1947).
- 9 ראו סעיף 10(1) לחוקה של ספרד (1978).
- 10 ראו סעיף 19 לחוקה של אסטוניה (1992).

מצב דברים זה תמוה הוא. הקודיפיקציות האירופיות הגדולות כוללות פרקים נרחבים על האישיות. למשל: הקודקס האזרחי הצרפתי (קוד נפוליון) (1804) כולל בספר הראשון הוראות באשר לאישיות (Des Personnes); הקודקס האזרחי הגרמני (1900) נפתח בפרק על האישיות (Personen); הקודקס האזרחי האיטלקי (1942) נפתח בפרק על האישיות והמשפחה (Persone); הקודקס האזרחי של קוויבק (1994) נפתח אף הוא בספר על האישיות (ה־Personnalité). על רקע זה מתעוררת השאלה אם ייתכן כי להסדרים תת־חוקתיים אלה אין בסיס בחוקה עצמה.¹¹ הייתכן כי זכותו של אדם לקניין ולמשפחה – זכות שיש לו כלפי זולתו – תמצא את עיגונה בזכותו של האדם לקניין ולמשפחה כלפי המדינה, והסדר דומה לא יחול לעניין אישיותו של האדם? ניתן היה לצפות שהבסיס להסדרה תת־חוקתית של אישיות האדם ביחסה עם הזולת יעוגן במגילת הזכויות של האדם בהוראה חוקתית מיוחדת המעניקה לאישיותו של האדם – כל אדם – מעמד חוקתי ביחסיו עם המדינה.

ב. הזכות לאישיות בחקיקה ובהלכה הפסוקה

המשפט הישראלי התת־חוקתי לא כלל בחובו זכות עצמאית לאישיות. הסדר סטטוטורי כולל של האישיות אינו מצוי בגדר המשפט התת־חוקתי בישראל. עם זאת החקיקה הישראלית הכירה בכמה זכויות הנגזרות מהזכות לאישיות. כך למשל הוכרה הזכות להגנה על השם הטוב¹² והיבטים מסוימים של הפרטיות.¹³ המשפט ההלכתי בישראל – המשפט המקובל "נוסח ישראל" – הכיר בכמה זכויות שאפשר לסווגן כזכויות המגנות על האישיות. למשל, נפסק כי "זכותו של אדם בגיר לשנות את שמו היא אחת מזכויות היסוד, שהמשפט מעניק לו במדינה חופשית".¹⁴ בפרשת אפרת נדונה זכותה של ידועה בציבור לשנות את שמה לשמו של הידוע בציבור שלה ושל ילדיה. באותה פרשה נפסק:¹⁵

"שמו של אדם הוא חלק מאישיותו. הוא האני החברתי שלו. הוא המפתח שבאמצעותו הוא צועד בשבילי החברה. אין הוא קוד זיהוי בלבד. הוא

11 ראו Ulrich Magnus, *Some Thoughts on Germany's Contribution to European and Comparative Law*, 38 B. L. J. 87 (2006); RAMONA DELIA POPESCU, CONSTITUTIONALISATION OF CIVIL LAW: THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE AND HUMAN DIGNITY (2013).

12 ראו חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965, ס"ח 240.

13 ראו חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, ס"ח 128.

14 בג"ץ 73/66 זמולון נ' שר הפנים, פ"ד כ(4) 656, 645 (1966) (השופט א' ויתקין).

15 בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 770, 749 (1993) (השופט א' ברק).

ביטוי לאישיות, לרגש, לחובה, למסורת ולייעוד. [...] חברה דמוקרטית האמונה על פלורליזם מכבדת את חירותו זו של הפרט. היא מכירה ומוקירה את חירותו להיקרא בשם כרצונו ואת החופש שלו לשנות את שמו, אם הוא סבור כי שם אחר מתאים לו יותר. [...] הכרה בכוחו של אדם לשנות את שמו היא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, המהווה זכות אדם בכל חברה דמוקרטית. חופש זה של הפרט לשנות את שמו חשוב לו במיוחד, כאשר שמו הקודם גורם לו קשיים".

בפרשת ראם מהנדסים¹⁶ נדונה זכותו של אדם להביע את עצמו בלשון הרצויה לו. בית המשפט העליון קבע:¹⁷

"הכרזת העצמאות [...] קבעה כי מדינת ישראל 'תבטיח חופש דת, מצפון, לשון'. לפרט ניתן איפוא החופש להתבטא בלשון הרצויה לו. נתונה לו החירות להביע מחשבותיו (האישיות, החברתיות והמסחריות) בלשון שבה יחפץ".

ברשימה ארוכה של פסקי דין¹⁸ קבע בית המשפט העליון כי רגשותיו של אדם מוגנים ויש בהם כדי להגביל את זכותו של אחר, כגון זכותו לחופש ביטוי. הפסיקה התמקדה ברגשות האדם כחלק מאינטרס הציבור. לדעתו, אפשר להשקיף עליהם גם כמעצבים זכות הלכתית לאישיות שההגנה על רגשותיה היא אחד ההיבטים שלה.

ג. הזכות לאישיות כזכות־בת של כבוד האדם

1. כבוד האדם ואישיות האדם

הזכות לאישיות אינה מנויה במפורש כזכות עצמאית בחוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו. האם אפשר לגזור מזכות־האדם לכבוד האדם זכות־בת לאישיות אשר תשקף את ההיבטים הדינמיים של אישיות האדם? בית המשפט העליון הכיר ברשימה ארוכה של זכויות־בת "אזרחיות" ו"חברתיות". האם יש מקום להכיר גם בזכות־בת לאישיות? ראינו כי כבוד האדם מבטא את אנושיותו של האדם.¹⁹ האיין לומר כי מרכיב מרכזי של אנושיות האדם היא

16 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993).

17 שם, בעמ' 202 (השופט א' ברק).

18 ראו למשל בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 690 (1991); בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994); בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509, 521 (1997); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 47 (1997).

19 ראו לעיל בעמ' 245.

אישיותו? בית המשפט העליון לא התקשה להכיר בזכות־בת לשם טוב.²⁰ האין בכך צעד ראשון לכיוון ההכרה בזכות־בת לאישיות?

ייאמר מיד: לא נמצאה בפסיקה הישראלית התייחסות מפורשת לזכות־בת לאישיות. מושג ה"אישיות" לא צוין כמבטא זכות־בת של כבוד האדם. עם זאת אפשר למצוא בפסיקה רשימה מרשימה של מצבים אשר הוכרו על ידי בית המשפט העליון כמעניקים זכות הנגזרת מכבוד האדם ואשר הקו המחבר ביניהם הוא אישיותו של האדם. עניין לנו אפוא בפרשות שהוכרה בהן הזכות לכבוד האדם. כל אחת מפרשות אלה עומדת לכאורה לעצמה. עם זאת הפרשות הללו משקפות היבטים שונים של אישיות האדם. על בסיס פסיקה זו נוכל אפוא לעמוד על בעיות נוספות שטרם התעוררו ואשר מבטאות אף הן את אישיותו של האדם. הנה כי כן, זכות־הבת לאישיות טרם מצאה ביטוי בפסיקתו של בית המשפט העליון. עם זאת מספר ניכר של פסקי דין הכירו בזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם ושניתן לאפיינה כהיבט של הזכות לאישיות. על בסיס פסיקה זו יהא אפשר, במשך השנים, להכיר במצבים נוספים הנופלים בקטגוריה של אישיות האדם. יבוא היום ובית המשפט העליון יהא מוכן לאפייין היבטים אלה כולם כהגנה על אישיות. נעמוד תחילה על "סימני הדרך" אשר הוכרו בפסיקה כמבטאת את כבוד האדם ואשר אפשר לאפייין אותם כחלק מזכות־בת לאישיות. בעקבותם ננסה לסרטט את מלוא היקפה של זכות־בת זו.

2. "סימני הדרך" הפסיקתיים להכרה בזכות לאישיות

באחת הפרשות²¹ נדונה תביעת מזונות נגד המערער. להגנתו טען כי הקטין שתבע אותו למזונות אינו בנו. הוא סירב לעבור בדיקת רקמות בטענה כי זכותו לא לדעת אם התובע אותו הוא בנו. בהתייחסות לטענתו של המערער ציין הנשיא מ' שמגר:²²

"זכותו של המערער שלא לבצע בדיקת רקמות שרירה וקיימת. [...] יש דעה כי זכות היסוד של כבוד האדם מעניקה לו את הזכות 'שלא לדעת על עצמו יותר מאשר ברצונו לדעת' [...], אולם כל זאת בתנאי שאין המדובר על העלמת מידע שיש בה משום פגיעה באדם אחר ואשר לא נועדה אלא כדי למנוע הקניית זכות לאחר. [...] לצד זכות היסוד של המערער קיימת זכות היסוד של הקטין לכבודו כאדם. הווי אומר, במקרה דנן סובבות זכויות האחרים שיש לשוקלן מול זכותו של המערער, סביב טובת הילד וסביב רצונו של הקטין כילוד אנוש לדעת את מוצאו כדי לשמור על זכויותיו הקנייניות, המשפחתיות והאנושיות".

20 ראו להלן בעמ' 617.

21 ראו ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837 (1994).

22 שם, בעמ' 843.

בפרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה²³ נבחנה השאלה אם אפשר לאמץ בישראל בגיר. במתן תשובה חיובית לשאלה זו כתבה השופטת ד' ביניש:²⁴

”בעידן שבו 'כבוד האדם' הינה זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא חושב עצמו חלק ממנו. [...] הוריו וילדיו של אדם הם חלק מאישיותו, חלק מ'האני' האיש, המשפחתי והחברתי שלו [...]”.

בפרשת עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו²⁵ נדונה השאלה אם עיריית תל-אביב-יפו חייבת לקבוע כיתוב בערבית לשמות הרחובות בתחומי העירייה. במתן תשובה לשאלה זו נקבע:²⁶

”שפתו של אדם היא חלק מאישיותו. היא הכלי שבאמצעותו הוא חושב [...] היא המכשיר שבאמצעותו הוא יוצר קשר עם זולתו. [...] השפה ממלאת תפקיד מרכזי בקיום האנושי של הפרט ושל החברה. באמצעות השפה אנו מבטאים את עצמנו, את ייחודנו ואת זהותנו החברתית. טול מהאדם את שפתו, ונטלת ממנו את עצמו”.

בפרשת נוף²⁷ נדונה השאלה אם העותר – המגדל זקן מטעמים שאינם דתיים – זכאי לקבל ערכת מגן המתאימה לו, או שיהא עליו לגזוז את זקנו. בית המשפט קבע כי זכותו של העותר לקבל ערכת מגן המתאימה לזקנו. כותב השופט א' מצא:²⁸

”זכותו של אדם לגדל זקן היא חלק מכבוד האדם, ללא קשר לאמונותיו או לנטיותיו הדתיות. זכותו של אדם לכבוד כוללת את הזכות לעיצוב דמותו ולקיומה, ולגבי מי שבמשך שנים מגדל ומשמר את זקנו, מהווה הזקן חלק מדמותו ומהווייתו האישית”.

בפרשת פלונית נ' פלוני²⁹ הגישה האם המערערת תביעה לבית דין שרעי להצהיר כי המשיב הוא אבי בתה ושעליו לשאת במזונותיה. בית הדין השרעי דחה את בקשת המערערת

23 ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160 (1997).

24 שם, בעמ' 175.

25 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002).

26 שם, בעמ' 412–413 (הנשיא א' ברק).

27 בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 457, 419 (1997).

28 שם, בעמ' 457.

29 ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995).

לחייב את המשיב לערוך בדיקת רקמות להוכחת אבהותו. הערעור לבית המשפט המחוזי נדחה בשל העדר סמכות. בית המשפט העליון, מפי השופט מ' חשין, קבע כי בית המשפט מוסמך להידרש לסכסוכי אבהות ומזונות בין בעלי דין מוסלמים, וכי היה עליו לפסוק מזונות לבת. כותב השופט מ' חשין:³⁰

“כבודו של אדם משמיע מעצמו חופש רצון ובחירה [...]. ואדם כי יבקש לדעת מי אביו, מי אמו, מניין בא – ‘מי אני’, יזעק – כבודו יחייב אותנו, את כולנו, להושיט יד לעזרו. [...] מצווה הוא אדם שיידע מניין בא – דע מאין באת – וציווי זה משמיע מעצמו זכותו של אדם: זכותו שיידע מניין בא. זה כבודו של האדם באשר הוא אדם: עמו נולד, ובאשר יילך יילך אף הוא. [...] משידענו כי כבוד האדם, כזכות חוקתית במשפטנו, מזכה כל אחד מאיתנו לדעת מאין בא: מי היא אמו יולדתו ומי הוא אביו מולידו [...], נוסף ונדע כי בצדה של זכות זו קמה ומתייצבת חובתה של המדינה להיות לעזר לאדם לבוא אל שלו. הזכות השוכנת בחוק היסוד קורנת אל פנינו: מקרינה היא מעצמה סעד לבעל הכבוד, ומטילה היא מעצמה חובה על זולתו. כך ככלל, ולא כל שכן שחוק היסוד מורנו מפורשות – בסעיף 4 בו – כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו. [...] זכותו המהותית של אדם לכבוד יולדת זכות־בת לקבלת סעד בבית משפט, כל אימת שאותו כבוד נפגע.”

בפסקי דין אחדים נקבע כי מכבוד האדם נגזרים החופש של אדם לערוך צוואה³¹ וחופש החוזים (חופש עריכת החוזה וחופש קביעת תוכנו).³² הקו המאחד את כל פסקי הדין הללו הוא זה: הם מגנים על אישיותו של האדם כאדם.

30 שם, עמ' 593. ראו גם Katherine O'Donovan, *A Right to Know One's Parentage?*, 2 INT'L J. L. & FAM. 27 (1988); *Personal Identity*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2010).

31 ראו ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 28 (1993) (“כל מאבק סביב צוואתו של אדם מעלה בצדו את שאלת ‘כבוד המת’, השלוב בעיקרון הכללי של ‘כבוד האדם’” (השופט י' מליץ); ע"א 1900/96 טלמציו נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817 (1999). ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות הצוואה 58 (2001).

32 ראו ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביד משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 488 (1989); ע"א 239/92 “אגד” אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 72 (1994); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 542 (2004). ראו גם גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 48 (2005).

3. הקו המאחד את "סימני הדרך" – זכות-בת לאישיות

כבוד האדם – ואם תרצו לומר, הפגיעה בו – מתבטא בהיבטים שונים ומגוונים. אלה הם זכויות-הבת של כבוד האדם. אחת מאותן זכויות-בת – שסימנים ראשונים להכרה בה מצויים בפסיקתו של בית המשפט העליון³³ – היא זכות-הבת לאישיות.³⁴ היא משקפת את ההגנה על אישיותו של האדם כאדם. כמובן, חלק מהגנה על אישיות האדם משתקפת בזכויות-הבת השונות שעליהן עמדנו. למשל, זכות-הבת לשם הטוב בוודאי מגנה על אישיותו של האדם כאדם – על ה"אני" שלו. גם הזכות העצמאית של הפרטיות ושל חופש העיסוק משקפות ומגנות על אישיותו של האדם. אך בצד כל אלה – ואם תרצו לומר, במרכז כל אלה – עומדת זכות-הבת לאישיות. היא מבטאת את כבוד האדם – כלומר חופש הרצון שלו, האוטונומיה שלו, כוחו לטוות את סיפור חייו ואנושיותו – בהיבט המיוחד של הגנה על אישיותו. היבט זה משתקף בהגדרה העצמית, בכיטוי העצמי וכיבושה (ה- personal integrity) של האדם.³⁵

היבט אחד של אישיות האדם מגן על ההתפתחות העצמית של האדם³⁶ בדרך של הכרה בתחום שהוא אישי לו ושאינו נתון לחדירתו של הזולת (המדינה או פרט אחר). למשל, היבט זה משתרע על כוחו של הפרט להגן על מסמכיו הפרטיים ועל זכותו לאנונימיות. חלק מהיבט זה מוגן על ידי זכויות אחרות, ובעיקר הפרטיות (כגון איסור על האזנת סתר).³⁷ חלק אחר מיוחד הוא לזכות לאישיות. המיוחד היבט זה הוא אופיו ה"פנימי". הוא שומר על האדם מפני העולם הסובב אותו.³⁸

היבט אחר של אישיות האדם מגן על האדם מפני העולם הסובב אותו. נכללים בהיבט זה הגנה על האדם מפני הצגתו המעוותת והשקרית במרחב הציבורי, הגנה על תהליך הקומוניקציה בינו לבין זולתו, הגנה על יחסיו עם זולתו, הגנה על דימויו ותדמיתו.³⁹ כן

- 33 ראו לעיל בעמ' 538.
- 34 ראו Louis Henkin, *Privacy and Autonomy*, 74 COLUM. L. REV. 1410 (1974); Jeffery H. Reiman, *Privacy Intimacy and Personhood*, 6 PHIL. & PRIVATE AFF. 26 (1976).
- 35 על היבט זה, ראו DREIER, לעיל ה"ש 5.
- 36 ראו Ferreira v. Levin NO, 1996 (1) SA 984 (CC), para. 49 (S. Afr.).
- 37 ראו David Feldman, *Secrecy, Dignity or Autonomy? Views of Privacy as a Civil Liberty*, 47 CURR. L. PR. 41 (1994).
- 38 ראו Jennifer Nedelsky, *Law, Boundaries and the Bounded Self*, 30 REPRESENTATIONS 162 (1990).
- 39 ראו עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" קרית המשפט ח 29 (2009); William Van Caenegem, *Different Approaches to the Protection of Celebrities Against Unauthorised Use of Their Image in Advertising in Australia, The United States and the Federal Republic of Germany*, 12 EUR. INTEL. PROP. REV. 452 (1990); Eric H. Reiter, *Personality and Patrimony: Comparative Perspective on the Right to One's Image*, 75 TUL. L. REV. 673 (2002); Katharine G.

כולל היבט זה הגנה על שמו, זכותו לדעת מי הוריו והבטחת תנאי היסוד לפיתוח אישיותו⁴⁰ (כגון הרהביליטציה של העבריין), זכותו להצביע,⁴¹ לקיים יחסי משפחה⁴² והכרה בו כאישיות משפטית (כ־person) הכשרה לזכויות ולפעולות משפטיות.⁴³ מכוחו של היבט זה אין להטיל על אדם אחריות (אזרחית או פלילית) בהעדר כל אשמה מצדו. כן נגזרת מהיבט זה חזקת החפות של כל אדם.⁴⁴ היבט זה נועד להבטיח גם כי הפרט שולט על הנתונים הנוגעים לו – למי למסרם ומה לעשות בהם. היבט זה נפגע למשל אם האדם צריך לעבור בדיקה רפואית ללא הסכמתו, למסור טביעת אצבעות או נתונים אחרים על עצמו, או אם נאסר עליו להשתמש בשמו, לשנותו⁴⁵ או להביא את חייו לסיימם.⁴⁶ זהו היבט "חיצוני"⁴⁷. הוא מתמקד ביחסיו של האדם עם זולתו.⁴⁸ הוא נועד להגן על גופו של האדם, נפשו, זהותו,⁴⁹ מינו,⁵⁰ לשונו,⁵¹ צורת לבושו,⁵² רגשותיו,⁵³ תדמיתו ותרבותו.⁵⁴ הוא נועד להגן

Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, 33 YALE J. INT'L L. 113 (2008); Michael L. Penn & Aditi Malik, *The Protection and Development of the Human Spirit: An Expanded Focus for Human Rights Discourse*, 32 HUM. RTS. Q. 665 (2010); Matthias Herdegen, *Art. 1, Abs. 1 GG*, 1 MAUNZ-DÜRIG GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2010).

Stu Woolman, *Dignity, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 36–12 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).

August v. Electoral Commission, 1999 (3) SA (CC) at para 17 ("The vote of each and every citizen is a badge of dignity and personhood") (Sachs J.) (S. Afr.)

על הזכות לחיי משפחה, ראו להלן בעמ' 629.
ROBERT SHARPE & PATRICIA McMANON, *THE PERSONS CASE: THE ORIGINS AND LEGACY OF THE FIGHT FOR LEGAL PERSONHOOD* (2007).

ראו רינת קיטאי סנג'רו "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין הפלילים" עלי משפט ג 405 (2003). על כן העברת נטל ההוכחה על שכמו של נאשם פוגעת בכבוד האדם; ראו רינת קיטאי סנג'רו "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מו 282 (2003).
ראו POPESCU, לעיל ה"ש 11.

Bernard M. Dickens, *Medically Assisted Death: Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec*, 38 MCGILL L.J. 1054 (1993).

DAVID J. HARRIS, MICHAEL O'BOYLE, EDWARD BATES & CARLA M. BUCKLEY, *LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 364 (2nd ed., 2009). ראו גם Niemietz v. Germany, 16 E. H. R. R. 27 (1992) para. 129; David Feldman, *The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, EUR. HUM. RTS. L. REV. 265 (1997).

Louise Potvin, *Protection Against the Use of One's Likeness in Quebec Civil Law, Canadian Common Law and Constitutional Law (Part II)*, 12 INTELL. PROP. J. 296 (1997).

Meir Dan-Cohen, *Between Selves and Collectives: Toward a Jurisprudence of Identity*, 61 U. CHI. L. REV. 1213 (1994).

על האדם מפני השפלתו.⁵⁵ הוא נועד למנוע מהמדינה לאסוף פרטים עליו. הוא בא להגן עליו מפני הטרדות (מיניות ואחרות).⁵⁶

4. תכונותיה של זכות־הבת לאישיות

זכות־הבת לאישיות נגזרת מזכות־האם לכבוד האדם. כמו זכות־האם גם זכות־הבת היא זכות כלפי המדינה (יחס אנכי). אין היא זכותו של אדם כלפי אדם אחר (יחס אופקי).⁵⁷ היחס האופקי מצוי בתחום התת־חוקתי והוא מוצא את ביטויו בקודיפיקציות השונות של המשפט האזרחי.⁵⁸ זכות־הבת לאישיות היא זכות יחסית. אפשר לפגוע בה ולהגבילה, ובלבד שהפגיעה וההגבלה הן מידתיות. כמו זכות־האם לכבוד האדם גם זכות־הבת

- 50 ראו מיכל טמיר "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 95, 96 (2000) ("יש להתייחס להומוסקסואליות כזוהת ולא כאקט").
- 51 ראו JEAN-LOUIS HALPERIN, *THE FRENCH CIVIL CODE 17* (Tony Wier trans., 2006).
- 52 ראו דן אבנון "ההיבט הלא דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם" פוליטיקה 2 53 (1999).
- 53 לסוגיה זו בכלולותה ולגישה מצמצמת בעניין זו בשונה מדעתנו, ראו דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן־צבי 133 (מנחם מאוטנר, אברהם סגי ורונון שמיר עורכים, 1998). על פגיעה ברגשות, ראו להלן בעמ' 777. ראו גם מיטל פינטו "פגיעה ברגשות או פגיעה בזוהת תרבותית" המשפט טו 647 (2011); Meital Pinto, *What Are Offences to Feelings Really about? A New Regulatory Principle for the Multicultural Era*, 30 OXF. J. LEG. STUD. 695 (2010); Meital Pinto, *Offences to Religious Feelings in Israel: A Theoretical Explication of an Exceptional Legal Doctrine*, 12 ETHNICITIES 23 (2012); Kate O'Regan, *Undoing Humiliation, Fostering Equal Citizenship: Human Dignity in South Africa's Sexual Orientation Equality Jurisprudence*, 37 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 307 (2013).
- 54 ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת־ישראל: לחיות את הסתירות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 619 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998).
- 55 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995) (השופט ד' דורנר). ראו גם דליה דורנר "ההגנה החוקתית על כבוד האדם" כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל 16 (אלוף הראבן וחן ברם עורכים, 2000). בגישה זו תומך סטטמן, לעיל ה"ש 53, שלפיו כבוד האדם בחוק היסוד צריך להתפרש כיחס לא משפיל.
- 56 ראו Rosa Ehrenreich Brook, *Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment*, 88 GEORGETOWN L. J. 1 (1999); Gabrielle S. Friedman & James Q. Whitman, *The European Transformation of Harassment Law*, 9 COLUM. J. EUR. L. 241 (2003); Susanne Baer, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German, and U.S. Law*, in DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW 582 (Catharine A. MacKinnon & Reva Siegel eds. 2003).
- 57 ראו לעיל בעמ' 387.
- 58 ראו לעיל בעמ' 537.

לאישיות היא זכות שלילית וחיובית גם יחד.⁵⁹ היא מעניקה למשל זכות לפרט כלפי המדינה להבטיח הגנה ראויה על המידע על אודותיו המצוי ברשות הרבים.⁶⁰ כן היא מטילה חובה על המדינה לקיים "מרשם אוכלוסין" שיבטיח כי כל אזרח או תושב ייכלל בו, ולא תוכר התופעה של "חי המהלך ללא הכרת המדינה בקיומו". היא מצויה בחפיפה מתמדת עם זכויות־בת אחרות, כגון השם הטוב⁶¹ והקיום האנושי בכבוד.⁶² לעתים החפיפה היא משלימה (כגון במקרה של פרטיות⁶³); לעתים היא נוגדת.⁶⁴

כמו בכל זכויות־הבת האחרות של כבוד האדם, גם לזכות־בת זו גרעין ומעטפת.⁶⁵ בגרעין מצויים אותם היבטים הנתפסים על ידינו כמרכזיים לאישיותו של האדם, כגון שמו, זהותו ומינו. במעטפת מצויים היבטים שוליים, כגון הדיוק באיות השם.⁶⁶ להבחנה בין הגרעין למעטפת חשיבות רבה לעניין דיני המידתיות. שני ההיבטים הם חלק מזכות־הבת לאישיות. שני ההיבטים נגזרים מזכות־האם לכבוד האדם. אין לומר על גרעינה של זכות־הבת שהוא מבטא את כבוד האדם ועל המעטפת שהיא נגזרת ממנו. דין אחד – לעניין מקור הזכות – לגרעין ולמעטפת.

זכות־הבת לאישיות אינה "זכות־סל". היא משקפת את אחד ההיבטים של כבוד האדם. מקום שאפיון אישיות אינו תואם מקרה מיוחד, אין לדחוס אותו "בכוח" לזכות־הבת לאישיות. יש לחפש זכויות־בת אחרות התואמות מקרה זה. לעתים לא יהא מנוס מהכרה בזכות־בת חדשה, או מההכרה כי אין המקרה נופל בגדרה של זכות חוקתית.

- 59 ראו לעיל בעמ' 351. על פי המשפט החוקתי הגרמני, הזכות לפיתוח האישיות הקבועה בסעיף (1) לחוק־היסוד הגרמני – ושהיבטים שונים שלה דומים לזכות־הבת לאישיות – היא בעלת אופי שלילי בלבד: ראו DREIER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 195.
- 60 ראו Giorgio Resta, *The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification*, 26 TUL. EUR. & CIVIL L. FORUM 33, 40 (2011).
- 61 ראו להלן בעמ' 616.
- 62 ראו להלן בעמ' 598.
- 63 ראו טנא, לעיל ה"ש 39.
- 64 ראו לעיל בעמ' 317.
- 65 להבחנה זו, ראו לעיל בעמ' 360.
- 66 ראו Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig-Standesamt, c-168/91 ECJ (6th Chamber).

פרק עשרים ואחד

זכות-הבת למינימום קיום אנושי בכבוד

א. ההיסטוריה של הזכויות החברתיות בישראל

1. זכויות חברתיות בחקיקה ובהלכה הפסוקה

ההכרזה על הקמת המדינה מציינת בין השאר כי המעפילים לארץ "לא פסקו לתבוע את זכותם לחיי כבוד, חירות, ועל-ישריה במולדת עמם".¹ נקבע בהכרזה כי² "מדינת ישראל [...] תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות".

ההכרזה על הקמת המדינה לא הוכרה כבעלת עצמה חוקתית על-חוקית.³ עם זאת היא הייתה מקור השראה לחקיקה ולפסיקה. אכן, החקיקה הישראלית קבעה הסדרים מקיפים בענייני חינוך,⁴ בריאות,⁵ ביטוח לאומי,⁶ זכויות עובדים⁷ ואיכות הסביבה.⁸ תיקון בחוק

- 1 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1. אני מודה לפרופסור יורם שחר שהפנה את תשומת לבי להוראה זו בהכרזה על הקמת המדינה.
- 2 שם. על ההיבטים החברתיים של ההכרזה על הקמת המדינה, ראו ענת מאור "חוב פעור בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות וכלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 195, 198 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 3 ראו לעיל בעמ' 108.
- 4 ראו להלן בעמ' 793.
- 5 ראו להלן בעמ' 603.
- 6 ראו להלן בעמ' 604.
- 7 ראו להלן בעמ' 819.
- 8 ראו חוק הגנת חיית הבר, התשט"ו-1955, ס"ח 10; חוק הגנת הצומח, התשט"ז-1956, ס"ח 79; חוק המים, התשי"ט-1959, ס"ח 169; חוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961, ס"ח 58; חוק למניעת זיהום הים (הטלת פסולת), התשמ"ג-1983, ס"ח 2120; חוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984, ס"ח 142; חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, ס"ח 184; חוק אוויר נקי, התשס"ח-2008, ס"ח 752; חוק הגנת הסביבה (פליטות

שיווי זכויות האשה, התשי"א–1951 קבע כי "לכל אישה ואיש זכות שווה לקיום בכבוד אנושי, ובכלל זה לשוויון בתחומי העבודה, החינוך, ההשכלה, הבריאות, הדיור, איכות הסביבה והרווחה החברתית".⁹ בצדק צוין כי החקיקה בישראל "עשירה בחקיקה סוציאלית כמעט בכל תחום".¹⁰

הפסיקה הישראלית הכירה אף היא במספר זכויות חברתיות הלכתיות, כגון הזכות לחינוך,¹¹ לבריאות¹² וליחסי עבודה.¹³ הכרה זו בזכויות הלכתיות "חברתיות" הייתה דלה לעומת ההכרה בזכויות הלכתיות "אזרחיות".¹⁴ עמד על כך ג' מונדלק:¹⁵

"הזכויות אשר הוכרו בפסיקה תואמות במרביתן את הזכויות הליברליות הקלאסיות. השיח החוקתי הקודם לא דן במעמדן של הזכויות החברתיות-הכלכליות הקלאסיות במסגרת 'מגילת הזכויות השיפוטיות'. אמנם ניתן לאתר בפסיקת בית־המשפט אמירות בכל הנוגע לחשיבות החינוך או הבריאות, ולחשיבות הדיור בפרט, אך לא היה באמירות אלה משום העלאת זכויות אלה לדרגת זכויות יסוד שיפוטיות. בדומה, החקיקה שהתפתחה במהלך העשורים הראשונים של מדינת ישראל העניקה הכרה לחשיבותן של זכויות חברתיות, אך גם הכרה זו לא חלחלה אל תוך השיח של זכויות היסוד השיפוטיות. גם מחוץ לכתלי בית־המשפט לא הייתה מודעות מפותחת לזכויות 'אחרות', בניגוד להכרה ההולכת וגדלה בחשיבותן של הזכויות הליברליות".

ביטוי לתופעה זו – שאינה מיוחדת לישראל אלא התרחשה ברבות ממדינות המשפט המקובל – נתן השופט י' זמיר בפרשת קונטרם:¹⁶

- והעברות לסביבה – חובת דיווח ורישום), התשע"ב–2012, ס"ח 238; חוק לטיפול סביבתי בצידוד חשמלי ואלקטרוני ובסוללות, התשע"ב–2012, ס"ח 530.
- 9 סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התש"ס–2000, ס"ח 167.
- 10 יואב דותן "בית־המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69, 101 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 11 ראו להלן בעמ' 793.
- 12 ראו להלן בעמ' 603.
- 13 ראו להלן בעמ' 819.
- 14 להבחנה זו, ראו לעיל בעמ' 354.
- 15 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש – מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות אדם" ספר ברנזון – בני סברה 183, 189 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
- 16 בג"ץ 164/97 קונטרם נ' שר האוצר, פ"ד נב(1) 289, 341 (1998).

"מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. בית-המשפט, כרשות של המדינה, צריך להיות מונחה על-ידי ערכיה הדמוקרטיים ובו בזמן גם לקדם ערכים אלה. הוא עושה זאת, ללא ספק, מאז ומתמיד. בעיקר הוא מפתח ומטפח את זכויות האדם. אולם, יד על הלב, האם הוא אינו עושה זאת על חשבון ערכים אחרים? עיקר המאמץ של בית-המשפט, המקום הראשון בסולם העדיפויות, ניתן לזכויות האדם. כך בפרקטיקה. יותר מכך ברטוריקה. אכן, זכויות האדם ראיות לעמוד בראש סולם העדיפויות. אולם התפיסה של הדמוקרטיה כמשטר המגן על זכויות האדם היא תפיסה חד-ממדית של הדמוקרטיה. הדמוקרטיה מורכבת יותר ואף טובה יותר. תפיסה ראויה של הדמוקרטיה צריכה להעמיד בראש סולם העדיפויות, בצד זכויות האדם, גם את רווחת האדם ואת הצדק החברתי. תפיסה זאת ראוי לה שתבוא לידי ביטוי ברור יותר גם בפרקטיקה וברטוריקה של בית-המשפט".

הדברים יצאו מהלב וחדרו אל הלב. הם ניתנים להגשמה. זכויות האדם הן לא רק הזכויות הפוליטיות של האדם אלא גם זכויותיו החברתיות אשר נועדו, בין השאר, להגן, לקיים ולפתח את "רווחת האדם ואת הצדק החברתי". האם זכויות חברתיות אלה מוכרות בישראל ברמה החוקתית? שאלה זו מעוררת שתי שאלות משנה: האחת, מדוע לא הוכרו זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות עצמאיות בישראל; השנייה, אם אפשר להכיר, בגדרי חוקה שאין בה זכויות חברתיות "עצמאיות", בזכויות-בת חברתיות חוקתיות.

2. זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות עצמאיות

ההיסטוריה של החקיקה שסופה בכינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נסקרה על ידי מתוך ההיבט של הזכות לכבוד האדם.¹⁷ עתה אבחן את ההתפתחות הזו מתוך התמקדות מיוחדת בכל הנוגע לזכויות חברתיות. עמדתי על הצעתו של פרופ' י"פ כהן, "חוקה לישראל", שאותה הכין, עוד בטרם הקמת המדינה, לבקשת הנהלת הסוכנות היהודית.¹⁸ הצעה זו נדונה גם במועצת המדינה הזמנית ובכנסת הראשונה. ההצעה כללה רשימה של זכויות אזרחיות ולצדן זכויות חברתיות.¹⁹ ההצעה לא קודמה בשלבי הכינון. ב-1963 הביא ח"כ פרופ' י' קלינגהופר לקריאה טרומית את הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, התשכ"ד-1963.²⁰ במגילה זו הוצעו, בצד הזכויות האזרחיות, גם זכויות חברתיות.²¹ בשל עמדתה השלילית של הממשלה הורדה ההצעה מסדר היום.

17 ראו לעיל בעמ' 107.

18 להצעה זו ראו יהושע פרוידנהיים השלטון במדינת ישראל 24 (1959).

19 סעיפים 21-25 להצעה. ראו מונדלק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 190.

20 ה"ח 784.

21 סעיפים 54-67 להצעה. ראו מונדלק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 191.

ההצעה הבאה – הצעת חוק־יסוד: זכויות האדם והאזרח²² – הוכנה על ידי ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט בראשותו של ח"כ ב' הלוי. הצעה זו לא כללה זכויות חברתיות. ההצעה לא קודמה בהליך החקיקה.

ב־1982 הציג ח"כ פרופ' א' רובינשטיין בפני הכנסת, לקריאה טרומית, את הצעת חוק־יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם.²³ היה זה חידוש של הצעת חוק־היסוד שהגיש פרופ' י' קלינגהופר. ההצעה עברה קריאה טרומית. בדיונים של ועדת החוקה, חוק ומשפט הושמטו ממנה הזכויות החברתיות. ההצעה עברה קריאה ראשונה בלבד.²⁴

התפתחות חשובה התרחשה עם פרסום הצעת חוק־יסוד: זכויות היסוד של האדם²⁵ שהוכנה על ידי שר המשפטים, ח"כ ד' מרידור. ההצעה לא כללה זכויות חברתיות. מטעמים קואליציוניים לא קודמה ההצעה. ח"כ פרופ' א' רובינשטיין אימץ הצעה זו והניח על שולחן הכנסת את הצעת חוק־יסוד: זכויות האדם. ההצעה עברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט. במהלך דיוני הוועדה פיצל ח"כ א' רובינשטיין את הצעתו – חוק־יסוד: זכויות האדם – לארבע הצעות חוק־יסוד נפרדות: הצעת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו,²⁶ הצעת חוק־יסוד: חופש העיסוק,²⁷ הצעת חוק־יסוד: חופש ההתאגדות והצעת חוק־יסוד: חופש הביטוי. שתי הצעות חוק־היסוד הראשונות עברו את תהליך החקיקה. השתיים האחרות לא קודמו בהליכי החקיקה.²⁸

ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת השלוש־עשרה ביקשה להשלים את מפעל החוקה. במסגרת זו – ועל רקע כמה הצעות חוק־יסוד פרטיות²⁹ – הוכנה הצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות, ולצדה הצעת חוק־יסוד: זכויות במשפט והצעת חוק־יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות. שלוש הצעות חוק־יסוד אלה אוחדו להצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות,³⁰ ובה פרק על זכויות חברתיות. כן הוכנה הצעת חוק־יסוד חליפית בעניין זה.³¹ הממשלה

22 ה"ח התשל"ג 448.

23 אמנון רובינשטיין, הצ"פ קפ"ב (עברה קריאה טרומית ב־2.6.1982). ראו מונדלק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 191; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 911 (מהדורה חמישית, 1996).

24 ה"ח 111. ראו מאור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 201; מונדלק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 191.

25 ראו שם, בעמ' 191; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 23, בעמ' 911.

26 ה"ח התשנ"ב 60.

27 ה"ח התשנ"ד 289.

28 ראו מאור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 201.

29 ראו הצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות, התשכ"ז (מגישים ח"כ י' כץ ואחרים). א' תקכ"ז של חברת־הכנסת תמר גוז'נסקי וקבוצת חברי כנסת, א' תקנ"ח של חברת הכנסת ענת מאור וקבוצת חברי כנסת.

30 ה"ח 2253.

31 הנוסח התפרסם ביום 7.3.1994.

מצדה הגישה את הצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות.³² שלוש הצעות חוק היסוד עברו קריאה ראשונה, ובכך הסתיים הדיון בהן. הניסיונות לעגן זכויות חברתיות בחוקי יסוד המשיכו. פורסמו הצעות חוק פרטיות שלא עברו את שלבי החקיקה.³³ משרד המשפטים פרסם תזכיר הצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות³⁴ שלא הונחה על שולחן הכנסת.³⁵ שתי התפתחויות חשובות התרחשו באמצע שנות האלפיים: האחת, עניינה "חוקה בהסכמה" שפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה.³⁶ החוקה המוצעת מתייחסת למכלול ההסדרים החוקתיים. שיערה השני של ההצעה עוסק בזכויות היסוד של האדם. במסגרת זו הוצגו, בצד הזכויות האזרחיות, גם זכויות חברתיות.³⁷ ההתפתחות החשובה השנייה התרחשה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השש־עשרה. הוועדה (בראשותו של ח"כ מ' איתן) הקדישה זמן רב להכנסת חוקה בהסכמה רחבה. הוועדה הכינה הצעה מקיפה לחוקה.³⁸ לעתים קרובות הובאו כמה חלופות לסוגיה שנויה במחלוקת. הפרק השני של ההצעה דן בזכויות היסוד של האדם. במסגרת זו הוצע גם הסדר לזכויות החברתיות – או זכויות רווחה, כפי שהן כונו בהצעה – תוך שנקבעו בעניין זה שלוש חלופות.³⁹ ההצעה הונחה על שולחן הכנסת אך לא התקיים בעניינה הליך של קריאה ראשונה. ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת השבע־עשרה המשיכה לדון בהכנת חוקה לישראל. היא לא פרסמה את סיכום דיוניה. הכנסת השמונה־עשרה לא עסקה בנושא החוקה.

שאלה יפה היא מדוע לא כוננו זכויות חברתיות כזכויות חוקתיות "עצמאיות" בישראל. מדוע ניתן מעמד חוקתי עצמאי לזכות הקניין ולחופש העיסוק ולא ניתן מעמד חוקתי עצמאי לזכות לבריאות ולזכות למגורים? התשובות לשאלות אלה מורכבות הן.⁴⁰ סקירה מקיפה של הסיבות לאי־כינון זכויות חברתיות מצויה ברשימה מפרי עטה של ע' מאור.⁴¹ גב' מאור עומדת על מערך הכוחות הפוליטיים והקשרי חקיקה שבלמו את קידומו של חוק־יסוד:

- 32 ה"ח 2256 שהתפרסמה ביום 23.2.1994.
- 33 ראו מאור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 204.
- 34 משרד המשפטים, תזכיר חוקי־יסוד 98 ו־25 (מס' החוק 1533-2).
- 35 ראו מאור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 205; מונדלק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 192.
- 36 ראו בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה והשוטף מאיר שמגר (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005).
- 37 שם, סעיפים 31–37.
- 38 ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה נוסח מבואר של הצעות לחוקה (2006). הוגשו גם הצעות חוק־יסוד פרטיות בעניין הזכויות החברתיות. ראו מאור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 206.
- 39 שם, סעיפים 17–20.
- 40 ראו מאור, לעיל ה"ש 2.
- 41 שם, בעמ' 206.

זכויות חברתיות.⁴² היא מדגישה בין השאר את ההתנגדות, ההסתייגות והאדישות של המפלגות הגדולות,⁴³ את העדפתם של יוזמי החקיקה לקידום זכויות אזרחיות⁴⁴ ואת עמדתן של המפלגות הדתיות.⁴⁵ היא עומדת על תהליכים אידאולוגיים רחבים יותר שהשפיעו על אי־קידום ההכרה החוקתית בזכויות חברתיות,⁴⁶ ובהם התפיסה של כלכלת השוק והפרט,⁴⁷ העדפתו של הזרם הליברלי־האזרחי את הזכויות האזרחיות,⁴⁸ את מרכזיות הנושא הביטחוני בהוויה הישראלית⁴⁹ ואת אדישותם והסתייגותם של השחקנים השלטוניים־הציבוריים, ובהם הרשות השופטת,⁵⁰ הקהילה האקדמית⁵¹ והחברה האזרחית.⁵² יהא עניין זה כאשר יהא, המציאות הנורמטיבית בישראל היא כי הזכויות החברתיות לא הוכרו בישראל כזכויות חוקתיות "עצמאיות".

ב. זכויות חברתיות במשפט המשווה

1. הכרה בזכויות חברתיות כזכויות אדם חוקתיות

הכללתן של הזכויות החברתיות בחוקות השונות לא הייתה בעבר מובנת מאליה. במספר חוקות – כגון הצ'רטר הקנדי, החוקה האמריקנית והאמנה האירופית לזכויות האדם – אין אזכור מפורש של זכויות חברתיות עצמאיות.⁵³ עד כמה שהן מוכרות, הדבר נובע מפרשנות שיפוטית הגוזרת את הזכויות החברתיות כזכויות־בת של זכויות מפורשות.⁵⁴ גזירה זו נתקלה בקשיים בקנדה⁵⁵ ובארצות הברית.⁵⁶ לעומת זאת היא לא עוררה קושי בגדרי האמנה האירופית לזכויות האדם.⁵⁷

42 ש.ם.

43 ש.ם.

44 ש.ם, בעמ' 207.

45 ש.ם.

46 ש.ם, בעמ' 219.

47 ש.ם.

48 ש.ם, בעמ' 222.

49 ש.ם.

50 ש.ם, בעמ' 223.

51 ש.ם, בעמ' 226.

52 ש.ם, בעמ' 227.

53 ראו לעיל בעמ' 354.

54 ראו IDA KOCH, HUMAN RIGHTS AS INDIVISIBLE RIGHTS: THE PROTECTION OF SOCIO-ECONOMIC DEMANDS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2009).

55 ראו Gosselin v. Quebec (Attorney General), [2002] 4 S.C.R. 429; PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 374 (vol. II, 5th ed., 2007). ראו גם לעיל בעמ' 433.

56 ראו לעיל בעמ' 410.

57 ראו KOCH, לעיל ה"ש 54. ראו גם לעיל בעמ' 350.

כפי שראינו, מאז שנות התשעים של המאה הקודמת חל שינוי.⁵⁸ כוחם של הטיעונים נגד הכרה בזכויות חברתיות הלך ונחלש. גברה ההכרה כי ראוי הוא להכיר בהן כזכויות חוקתיות שוות לזכויות האזרחיות. התקבלה התפיסה כי זכויות האדם האזרחיות והחברתיות גם יחד תלויות זו בזו.⁵⁹

2. גישתה של האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות

(א) הזכויות החברתיות שבאמנה

מגילת האומות המאוחדות (1945) כוללת בחובה כמה הוראות הקשורות לזכויות אדם.⁶⁰ המסמך הבין־לאומי המרכזי המיוחד לזכויות האדם הוא ההכרזה האוניברסלית. ההכרזה זו כוללת בחובה הן זכויות אזרחיות והן זכויות חברתיות. על בסיסה התקבלו ב-

58 ראו לעיל בעמ' 354.

59 על זכויות חברתיות במשפט המשווה, ראו CORE OBLIGATIONS: BUILDING A FRAMEWORK FOR ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS (Audrey Chapman & Sage Russell eds., 2002); EXPLORING THE CORE CONTENT OF SOCIO-ECONOMIC RIGHTS: SOUTH AFRICAN AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES (Danie Brand & Sage Russell eds., 2002); MAGDALENA SEPÚLVEDA, THE NATURE OF THE OBLIGATIONS UNDER THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND POLITICAL RIGHTS (2003); SOCIAL RIGHTS IN EUROPE (Gráinne de Búrca & Bruno de Witte eds., 2005); EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007); DAVID BILCHITZ, POVERTY AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE JUSTIFICATION AND ENFORCEMENT OF SOCIO-ECONOMIC RIGHTS (2007); ELLIE PALMER, JUDICIAL REVIEW, SOCIO-ECONOMIC RIGHTS AND THE HUMAN RIGHTS ACT (2007); COURTING SOCIAL JUSTICE: JUDICIAL ENFORCEMENT OF SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS IN THE DEVELOPING WORLD (Varun Gauri & Daniel M. Brinks eds., 2010); SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (Malcolm Langford ed., 2008); MANISULI SSENIONJO, ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW (2009); SANDRA LIEBENBERG, SOCIO-ECONOMIC RIGHTS: ADJUDICATION UNDER A TRANSFORMATIVE CONSTITUTION (2010); KATHARINE G. YOUNG, CONSTITUTING ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS (2012); JEFF KING, JUDGING SOCIAL RIGHTS (2012).

60 ראו מגילת האומות המאוחדות, כ"א 1, 203 (נפתחה לחתימה ב-1945). הפסקה השנייה בהקדמה לסעיפים 1(3), 13(1)(b), 55, 56, 62(2) ו-68. על חשיבותה של המגילה בהגנה על זכויות האדם, ראו יובל שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש בתי-המשפט הישראליים יכולים לעשות בהן?" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 297, 307 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). ראו גם HENRY J. STEINER, PHILIP ALSTON & RYAN GOODMAN, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS (3rd ed., 2008).

1966 שתי האמנות הבינ־לאומיות המרכזיות בדבר זכויות האדם: האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות⁶¹ והאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.⁶² האמנה בדבר זכויות חברתיות מכירה בזכויות האלה: הזכות לעבוד (סעיף 6); הזכות לתנאי עבודה צודקים ונאותים (סעיף 7); הזכות להתאגד במסגרת איגודים מקצועיים (סעיף 8); הזכות לביטחון סוציאלי (סעיף 9); הזכות להגנה על מוסד המשפחה ועל קטינים (סעיף 10); הזכות לרמת חיים נאותה (סעיף 11); הזכות לרמת הבריאות הגבוהה ביותר הניתנת להשגה (סעיף 12); הזכות לחינוך (סעיפים 13 ו־14); הזכות להשתתף בחיי התרבות וליהנות מפרות הקדמה המדעית (סעיף 15).

יישומה של האמנה בדבר זכויות חברתיות הוטל על הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. לוועדה שני תפקידים עיקריים:⁶³ האחד, בחינת דינים וחשבונות תקופתיים שהמדינות החברות באמנה מעבירות לה;⁶⁴ השני, עריכת "הערות פרשניות" (general comments) המפרשות ונותנות תוכן ממשי לזכויות השונות. להערות אלה חשיבות רבה, והן מצוטטות בפסיקתם של בתי המשפט המדינתיים המפרשים את ההוראות בדבר זכויות חברתיות המצויות בחוקתן. למשל, בית המשפט העליון הסתמך על הערות פרשניות אלה שעה שפסק בדבר הזכות לתנאי קיום מינימליים.⁶⁵

(ב) הזכויות החברתיות וחובת מימושו

הזכויות החברתיות באמנה בדבר זכויות חברתיות כפופות – מלבד הוראות מצמצמות המאפיינות כל זכות וזכות⁶⁶ – להוראה כללית הקובעת תנאים ליישומן של הזכויות. סעיף (1)2 לאמנה קובע:

- 61 האמנה הבינ־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב־1966) (להלן: ICCPR).
- 62 האמנה הבינ־לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב־1966) (להלן: ICESCR).
- 63 ראו שני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 321.
- 64 ראו Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel, UN Doc. E/C. 12/1/add.27 (1998).
- 65 ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 51 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012). ראו גם בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד נו(5) 393, 438 (2002); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים, פס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.2.2007).
- 66 ראו למשל סעיפים 12(1), 13(2) ו־14 לאמנה בדבר זכויות חברתיות. למושגיות של "הוראות מצמצמות", ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 59 (2010).

“Each state Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”.

הוראה כללית זו קובעת שני תנאים עיקריים לעניין כל הזכויות החברתיות:⁶⁷ ראשית, הגשמת הזכות החברתית מותנית בכמות המשאבים העומדים לרשות המדינה; שנית, תוכנה של הזכות היא כי הגשמת הזכות החברתית תיעשה באופן פרוגרסיבי, בהתחשב באמצעים העומדים לרשות המדינה. שני אלה אינם מצויים בזכויות האזרחיות.⁶⁸ הגשמת הזכויות האזרחיות אינה מותנית במשאבים העומדים לרשות המדינה, והגשמת הזכות היא מיידית ואינה מסתפקת אך בהגשמה פרוגרסיבית המותנית באמצעים העומדים לרשות המדינה. אכן, לזכויות החברתיות תוכן המיוחד להן, והן משקפות את ייחודו של ההיבט החברתי.⁶⁹ עמד על כך Craven:⁷⁰

“Unlike other human rights instruments, states are not required immediately to guarantee the rights, but rather they may implement them over time depending upon the availability of necessary resources”.

לעניין התנאי בדבר הגשמה הדרגתית של הזכות החברתית כותבת הוועדה ב"הערה פרשנית":⁷¹

“The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will

67 לפירושן של הוראות אלה, ראו Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3: The Nature of State Parties Obligations (Art 2 para. 1 of the Philip Alston & Gerard Quinn, *The Nature and Scope of the States Parties Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 9 HUM. RTS. Q. 156 (1987); MATTHEW C.R. CRAVEN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS: A PERSPECTIVE ON ITS DEVELOPMENT 106 (1998); MARY DOWELL-JONES, CONTEXTUALIZING THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: ASSESSING THE ECONOMIC DEFICIT (2004).

68 ראו סעיף 2 ל-ICCPR. האמנה כוללת התניות אלה.

69 ראו שני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 325.

70 CRAVEN, לעיל ה"ש 67, בעמ' 106.

71 General Comment 3, לעיל ה"ש 67, פס' 9.

generally not be able to be achieved in a short period of time. In these sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all the relevant rights”.

נוסף על התנאים בדבר כמות המשאבים העומדת לרשות המדינה וההגשמה ההדרגתית של הזכויות, כפופות כל הזכויות החברתיות – כמו גם כל הזכויות האזרחיות⁷² – לפסקת הגבלה כללית באשר למימושן. פסקת ההגבלה קובעת:⁷³

“The states Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the state in conformity with the present Covenant, the state may subject those right only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society”.

נמצא כי ייחודן של הזכויות החברתיות בהגבלות כלליות המתנות את הגשמתן. משמעותן של הגבלות אלה היא כי תוכנן של הזכויות החברתיות הוא בחובתה של המדינה להגשמתן באופן פרוגרסיבי בהתחשב בכמות המשאבים העומדים לרשות המדינה. בכך מתבלט השוני שבינן לבין הזכויות או ההיבטים האזרחיים. אין להגזים בחשיבותו של שוני זה; אין בו כדי להעניק שיקול דעת בלתי מוגבל למדינה בכל הנוגע להגשמתן של הזכויות החברתיות; אין בו כדי לבטל את הביקורת השיפוטית על הפגיעה בזכויות החברתיות. עם זאת יש בו כדי להדגיש כי בין שני סוגי הזכויות – או בני בין שני ההיבטים שבגדרי הזכויות – קיימים הבדלים שיש להתחשב בהם. יש כמובן לעשות כל מאמץ להקטין הבדלים אלה ולהבטיח הגשמה מלאה ככל האפשר של הזכויות החברתיות.

לעניין זה חשיבות רבה ל”ההערות הפרשניות” (general comments) הניתנות על ידי הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. הערות אלה מפרשות את הוראות האמנה ומעניקות להן תוכן מפורט וענייני. הוועדה “פתחה מתודולוגיה פרשנית, המגבילה את היקף פעולתם של הסייגים שנזכרו לעיל ויוצקת תוכן קונקרטי אל תוך ההתחייבות שהמדינות נטלו על עצמן בהצטרפן לאמנה.”⁷⁴ הערות פרשניות אלה מצוטטות בפסקי דין

72 ראו סעיף 29(2) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם; סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

73 סעיף 2(1) לאמנה בדבר זכויות חברתיות. לפרשנותה של הוראה זו, ראו Alston & Quinn, לעיל ה”ש 67, בעמ’ 192.

74 שני, לעיל ה”ש 60, בעמ’ 328.

המפרשים את הזכויות החברתיות המעוגנות בחוקה.⁷⁵ דוגמה חשובה לעניין זה הוא סעיף 11 לאמנה בדבר זכויות חברתיות, הדין בזכות לרמת חיים נאותה וההערות הפרשניות של הוועדה לזכות הזו. במסגרת זו הכירה ההערה הפרשנית במושגיות של גרעין מינימלי (minimum core) אשר על המדינה להבטיח לאדם.⁷⁶

(ג) הזכות לרמת חיים נאותה

אחת הזכויות החברתיות המעוגנות באמנה בדבר זכויות חברתיות היא הזכות לרמת חיים נאותה:⁷⁷

“The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The state Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent”.

הוראה זו קובעת זכות לכל אדם לתנאי מחיה הולמים. עם זאת זכות זו מותנית – ככל שאר הזכויות באמנה בדבר זכויות חברתיות – במשאבים העומדים לרשות המדינה, והגשמתה צריכה להיעשות באופן פרוגרסיבי בהתחשב באמצעים העומדים לרשות המדינה. עם זאת הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קבעה כי לכל אדם עומדת זכות לגרעין מינימלי (minimum core) של רמת חיים.⁷⁸ הערות פרשניות נוספות קבעו את היקפו של גרעין זה.⁷⁹

75 לעניין השימוש בהערות הפרשניות בפסיקה של בית המשפט החוקתי של קולומביה, ראו Alicia Ely Yamin & Oscar Parra Vera, *The Role of Courts in Defining Health Policy: The Case of the Colombian Constitutional Court* (Harvard Law School Human Rights Program Working Paper, 2008); Magdalena Sepulveda, *Colombia: The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 144, 147 (Malcolm Langford ed., 2008).

76 למושגיות זו, ראו להלן בעמ' 598.

77 סעיף 11(1) לאמנה בדבר זכויות חברתיות.

78 ראו General Comment 3, לעיל ה"ש 67, פס' 10. על המושגיות של הגרעין המינימלי, מבחינתו התאורטית, ראו KING, לעיל ה"ש 59, בעמ' 114; YOUNG, לעיל ה"ש 59. ראו גם 79 CORE OBLIGATIONS, לעיל ה"ש 59; EXPLORING THE CORE CONTENT OF SOCIO-ECONOMIC RIGHTS, לעיל ה"ש 59; BILCHITZ, לעיל ה"ש 59; KATHARINE G. YOUNG, *The Minimum* ;

3. גישתה של החוקה של דרום־אפריקה

מדינות רבות מכירות במגילה מלאה של זכויות חברתיות, ועמך אפשר למנות מדינות רבות במרכז אירופה ובמזרח; ⁸⁰ בדרום אמריקה; ⁸¹ בדרום־אפריקה. מדינות אלה נוקטות גישות שונות בקביעת מבנה הזכויות החברתיות. ⁸² אחת הדוגמאות החשובות היא זו הנוהגת בחוקתה של דרום־אפריקה (1996). חוקה זו מכירה הן בזכויות אזרחיות והן בזכויות חברתיות. ⁸³ לכל הזכויות החברתיות מבנה חוקתי דומה. דוגמה לכך היא הזכות לבריאות, מזון, מים וביטחון סוציאלי: ⁸⁴

Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content, 33 YALE J. INT'L L. 113 (2008)

80 ראו WOJCIECH SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE 178 (2005).
 לפסקתו של בית המשפט החוקתי בהונגריה בתחום הזכויות החברתיות, ראו Andras Sajó, *How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform*, 5 E. EUR. CONST. REV. 31 (1996); Andras Sajó, *Social Rights as middle Class Entitlements in Hungary: The Role of the Constitutional Court*, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 83, 87 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006); Malcolm Langford, *Hungary: Social Rights or Market Redivivus*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 250 (Malcolm Langford ed., 2008);
 81 ראו Rodrigo Uprimny Yepes, *The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates*, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 127 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006); Christian Courtis, *Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America*, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 169 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006); José Reinaldo de Lima Lopes, *Brazilian Courts and Social Rights: A Case Study Revisited*, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 169 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006); Christian Courtis, *Argentina: Some Promising Signs*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 163 (Malcolm Langford ed., 2008); Flavia Piovesan, *Brazil: Impact and Challenges of Social Rights in Courts*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 182 (Malcolm Langford ed., 2008); Enrique Gonzales, *Venezuela: A Distinct Path Toward Social Justice*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 192 (Malcolm Langford ed., 2008).

82 ראו KING, לעיל ה"ש 59, בעמ' 98.
 83 הזכויות החברתיות הן הזכות ביחסי עבודה (סעיף 23); זכות לסביבה (סעיף 24); זכות למגורים (סעיף 26); זכות לבריאות, מזון, מים וביטחון סוציאלי (סעיף 27); זכות לחינוך

- “(1) Everyone has the right to access to –
- (a) Health care services, including reproductive health care;
 - (b) Sufficient food and water; and
 - (c) Social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance.
- (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of each of those rights.
- (3) No one may be refuse emergency medical treatment”.

על פי מבנה בסיסי זה, ס”ק (2) קובע כי חובתה של המדינה הייתה לנקוט צעדים סבירים במסגרת האמצעים העומדים לרשותה, כדי להשיג הגשמה פרוגרסיבית של הזכויות החברתיות.⁸⁵ בכך מאמצת הוראה זו את הגישה הבסיסית של האמנה בדבר זכויות חברתיות.⁸⁶ ומה דין זכות הגישה הקבועה בס”ק (1)? האם גם היא כפופה לתנאים הקבועים בס”ק (2)? שאלה זו נבחנה בבית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה. העותרים ביקשו מבית המשפט החוקתי לאמץ את הגישה בדבר “הגרעין המינימלי” (minimum core).⁸⁷ בית המשפט החוקתי סירב לבקשה. נקבע כי התנאים באשר לנקיטת צעדים סבירים במסגרת האמצעים העומדים לרשותה של המדינה, כדי להשיג הגשמה פרוגרסיבית של הזכויות החברתיות, חלים גם על זכות הגישה.⁸⁸ גישה זו שנויה במחלוקת חריפה.⁸⁹

- (סעיף 29). לניתוח מקיף של זכויות אלה, ראו LIEBENBERG, לעיל ה”ש 59. ראו גם Sandra Liebenberg, *The Interpretation of Socio-Economic Rights*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 33–1 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).
- 84 סעיף 27 לחוקה של דרום-אפריקה.
- 85 ראו Liebenberg, *The Interpretation of Socio-Economic Rights*, לעיל ה”ש 83, § 4–33.
- 86 ראו לעיל בעמ’ 554.
- 87 על הגרעין המינימלי, ראו לעיל עמ’ 489.
- 88 ראו Republic of South Africa v. Grootboom, 2001 (1) SA 46 (CC); Minister of Health v. Treatment Action Campaign (No. 2), 2002 (5) SA 721 (CC).
- 89 ראו LIEBENBERG, לעיל ה”ש 59, בעמ’ 163. ראו גם Craig Scott & Philip Alston, *Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney’s Legacy and Grootboom’s Promise*, 16 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 206 (2000); Sandra Liebenberg, *South Africa’s Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty?*, 6 L. DEM. & DEV. 159 (2002) Marius Pieterse, *Coming to Terms With Judicial Enforcement*; לעיל ה”ש 59; Bilchitz, *of Socio-Economic Rights*, 20 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 383 (2004); Karin Lehmann, *In Defense of the Constitutional Court: Litigating Socio-Economic Rights and the Myth of the Minimum Core*, 22 AM. U. INT’L L. REV. 163 (2006); Mark S. Kende, *The South*

4. זכויות חברתיות כזכויות־בת חוקתיות

(א) זכויות־בת חוקתיות חברתיות

רבות הן החוקות של מדינות דמוקרטיות שאינן כוללות זכויות חברתיות חוקתיות עצמאיות. האם אפשר להכיר בזכויות חברתיות חוקתיות הנגזרות מהזכויות החוקתיות העצמאיות המוכרות בחוקה? שאלה זו עלתה בכמה שיטות משפט. בחלקן ניתנה לה תשובה שלילית. למשל, פרופ' מייקלמן (Michelman) הציע לגזור כמה זכויות חברתיות מהתיקון הארבעה־עשר לחוקה האמריקנית.⁹⁰ ההצעה לא התקבלה. גם באירלנד נדחתה הצעה דומה.⁹¹ בשיטות משפט אחרות הייתה הגישה חיובית יותר. שתי הדוגמאות הבולטות הן הודו וגרמניה. נעמוד על כך בקצרה.

(ב) גישתו של בית המשפט העליון של הודו

החוקה של הודו אינה כוללת זכויות חברתיות עצמאיות. לעומת זאת היא כוללת, בחלק הרביעי,⁹² עקרונות מנחים למדיניות המדינה (Directive Principles of State Policy). עקרונות מנחים אלה כוללים עקרונות חברתיים.⁹³ נקבע במפורש בחוקה כי עקרונות אלה אינם ניתנים לאכיפה על ידי בתי המשפט, אם כי הם בסיסיים בניהול ענייני המדינה, ועל המדינה לתת להם ביטוי שעה שהיא מחוקקת חוקים.⁹⁴ מצב דברים זה הביא את בית

African Constitutional Court's Construction of Socio-Economic Rights: A Response to Critics, 19 CONN. J. INT'L L. 617 (2004). לביקורתי על גישתו של בית המשפט החוקתי של דרום־אפריקה, ראו לעיל בעמ' 490.

90 ראו Frank I. Michelman, *The Supreme Court, 1968 Term, Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*, 83 HARV. L. REV. 7 (1969); Frank I. Michelman, *In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice*, 121 U. PA. L. REV. 962 (1973).

91 ראו T.D. v. Minister of Education, [2001] 4 IR 259. גם Aoife Nalan, *Ireland: The Separation of Powers Doctrine vs. Socio-Economic Rights?*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 295 (Malcolm Langford ed., 2008); GORDON W. HOGAN & FERRY F. WHYTE, J. M. KELLY: THE IRISH CONSTITUTION 1481 (4th ed., 2003).

92 סעיפים 36–51.

93 ראו גיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום־אפריקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 347, 356 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). בין שאר העקרונות החברתיים נקבע כי על המדינה לנהל מדיניות "מתוך כוונה להבטיח כי לאזרחים תהא זכות לאמצעי קיום נאותים ותוך חלוקה צודקת של המשאבים החברתיים".

94 ראו סעיף 37 לחוקה ההודית הקובע: "The provision contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless

המשפט העליון של הודו להתמקד בזכויות האזרחיות והפוליטיות ולגזור זכויות חברתיות מזכויות אלה. במונחים שלנו, הם הכירו בזכויות־בת חוקתיות חברתיות מתוך זכויות־האם החוקתיות האזרחיות. הזכות העיקרית שבמסגרתה נעשתה פעילות פרשנית זו היא הזכות לחיים ולחירות אישית, הקובעת:⁹⁵

“No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law”.

תחילה ניתנה להוראה זו פרשנות צרה. נקבע כי הדרישה לפרוצדורה הקבועה בחוק היא procedure established by law שמשמעותה היא כל הסדר הקבוע בחוק.⁹⁶ רק בחלוף שלוש שנים שונה גישה זו בפרשת *Maneka Gandhi*.⁹⁷ נקבע כי על החוק הפוגע בחיים או בחירות האישית להיות הוגן וסביר. בכך נפתח הפתח לפרשנות יצירתית של מהות הזכות לחיים.⁹⁸

פסק הדין המרכזי הוא פרשת *Francis Coralie Mullin*. עובדות המקרה עסקו במעצרה של העותרת בגין חשדות לביצוע עברת סמים ולא־יכולתה להיפגש עם עורך דינה. לענייננו כותב השופט בגוואטי (Bhagwati J.):⁹⁹

“We think that the right to life includes the right to live with human dignity and all that goes along with it, namely, the bare necessities of life such as adequate nutrition, clothing and shelter and facilities for reading, writing and expressing one-self in diverse forms, freely moving about and mixing and commingling with fellow human beings. Of course, the magnitude and content of the components of this rights would depend upon the extent of the economic development of the country, but it must, in any view of the matter, include the right to the basic necessities of life and also the right to carry on such functions and activities as constitute the bare minimum expression of the human”.

fundamental in the governance of the country and shall be the duty of the state to apply these principles in making laws”

- 95 סעיף 21 לחוקה של הודו. לפרשנותו של סעיף זה, ראו M.P. JAIN, INDIAN CONSTITUTIONAL LAW 1088 (5th ed., 2008).
- 96 ראו *Gopalan v. State of Madras*, AIR 1950 SC 27.
- 97 פרשת *Maneka Gandhi v. Union of India*, AIR 1978 SC 597.
- 98 ראו *Abdul Rahman Antulay v. R.S. Naik*, AIR 1992 SC 1701, 1717. להתפתחות זו, ראו גם זיידמן, לעיל ה"ש 93, בעמ' 358.
- 99 פרשת *Francis Coralie Mullin v. Delhi*, AIR 1981 SC 746.

על בסיס גישה זו הוכרה, כנגזרת מהזכות לחיים, הזכות למגורים (מחסה),¹⁰⁰ הזכות לבריאות,¹⁰¹ הזכות למזון, לבוש וסביבה ראויה,¹⁰² הזכות לחינוך¹⁰³ וזכויות חברתיות נוספות.¹⁰⁴

(ג) גישתו של בית המשפט החוקתי הגרמני

חוק־היסוד הגרמני (1949) אינו כולל זכויות חברתיות, וזאת חרף הוראתה של החוקה כי המדינה הפדרלית הגרמנית היא מדינה "דמוקרטית וסוציאלית" (ein demokratischer und sozialer Bundesstaat).¹⁰⁵ בית המשפט החוקתי הסיק קיומן של זכויות חוקתיות חברתיות מן השילוב של העיקרון בדבר אופייה החברתי של המדינה והזכויות החוקתיות העצמאיות הקבועות בחוקה. הזכות העיקרית אשר שימשה בסיס למיזוג זה של זכות חוקתית עצמאית עם העיקרון החוקתי החברתי הייתה הזכות לכבוד האדם. בית המשפט החוקתי הגרמני קבע כי כבוד האדם מעניק לכל אדם מינימום של קיום אנושי (Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums). רמתו של מינימום זה תלויה בסטנדרטים המשתנים של רמת החיים והעושר החברתי.¹⁰⁶ הזכות למינימום זה היא בעלת אופי שלילי וחיובי גם יחד.¹⁰⁷

- 100 ראו פרשת Olga Tellis v. Bonboy Municipal Corporation, AIR 1986 SC 180.
- 101 ראו Parmanand Katara v. Union of India, AIR 1989 SC 2039; State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga, AIR 1998 SC 1703; Common Cause v. Union of India, AIR 1996 SC 929.
- 102 ראו Shantisar Builders v. Narayanan Khimalal Tetame, AIR (1990) SC 630; Chameli Singh v. State of Utten Pradesh, AIR 1996 SC 1051.
- 103 ראו Mahini Jain v. State of Karnataka, AIR 1992 SC 1858.
- 104 ראו JAIN, לעיל ה"ש 95, בעמ' 1120. ראו גם R. Sudarshan, *Courts and Social Transformation in India*, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 153 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006); S. Muralidhar, *India: The Expectation and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 102 (Malcolm Langford ed., 2008); S.P. SATHE, JUDICIAL ACTIVISM IN INDIA: TRANSGRESSING BORDERS AND ENFORCING LIMITS 107 (2009).
- 105 ראו סעיף 20(1) לחוק־היסוד הגרמני. על עקרון המדינה הסוציאלית, ראו Hans Michael Heinig, *The Political and the Basic Law's Sozialstaat Principle – Perspective from Constitutional Law and Theory*, 12 GERMAN L.J 1887 (2011).
- 106 ראו HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR § 158 (2006).
- 107 ראו Erika De Wet, *Can the Social State Principle in Germany Guide State Action in South Africa in the Field of Social and Economic Rights*, 11 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 30 (1995).

פסק הדין המרכזי של בית המשפט החוקתי הוא פרשת הארץ IV (Hartz IV).¹⁰⁸ פרשה זו עסקה בתיקונים שהוכנסו לחקיקה החברתית בגרמניה. בית המשפט קבע כי תיקונים מסוימים אינם חוקתיים, שכן הם פוגעים במינימום הקיום האנושי.¹⁰⁹ כותב בית המשפט החוקתי:¹¹⁰

“The direct constitutional benefit claim to a guarantees of a subsistence minimum that is in line with human dignity only covers those means which are vital to maintain an existence that is in line with human dignity. It guarantees the whole subsistence minimum by a uniform fundamental right guarantee which encompasses both the physical existence of the individual, that is food, clothing, household goods, housing, heating, hygiene, and health [...] and ensuring the possibility to maintain inter-human relationships and a minimum of participation in social, cultural and political life, given that humans as persons of necessity exist in social relationships”.

בית המשפט החוקתי ציין כי מהעיקרון של מדינה סוציאלית ומהזכות לכבוד האדם אין להסיק במישרין את היקפה של הזכות למינימום הקיום האנושי. נדרשת חקיקה של הפרלמנט אשר תבחר מבין מגוון האפשרויות את זו שהמחוקק מוצא ראויה. חקיקה זו נתונה לביקורת שיפוטית.¹¹¹

(ד) גישתו של בית המשפט החוקתי של קולומביה

החוקה של הודו וחוק-היסוד הגרמני אינם כוללים זכויות חברתיות, והם נגזרו מזכויות אזרחיות עצמאיות המוכרות בחוקה. על רקע זה מתעוררת השאלה אם אפשר לגזור זכויות (בת) חברתיות לא רק מזכויות אזרחיות עצמאיות אלא גם מזכויות חברתיות עצמאיות. שאלה זו התעוררה בפני בית המשפט החוקתי של קולומביה.

108 ראו (Hartz IV) BVerfGE 125, 175 (2010).

109 על פסק הדין, ראו Claudia Bittner, *Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010*, 12 GERMAN L. J. 1941 (2011); Stefanie Egidy, *The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court*, 12 GERMAN L.J. 1961 (2011).

110 פרשת Hartz IV, לעיל ה"ש 108, פס' 135.

111 שם, פס' 138.

החוקה של קולומביה קובעת כי קולומביה היא "מדינה סוציאלית" (Estado social)¹¹² המבוססת על הכרה בכבוד האדם. בחוקה רשימה ארוכה של זכויות חברתיות.¹¹³ בית המשפט החוקתי של קולומביה – בעשותו שימוש בהליך שיפוטי המגן על זכויות (accion de tutela) – הכיר בזכות חוקתית לקיום מינימלי (minimo vital), שמשמעותה היא "התנאים המינימליים לחיים בכבוד".¹¹⁴ זכות זו נגזרה מהזכות לחיים, לבריאות, לעבודה ולביטחון סוציאלי.¹¹⁵ באמצעות זכות זו הורה בית המשפט החוקתי, בין השאר, על שינויים מהותיים בשיטת הבריאות בקולומביה.¹¹⁶

ג. הזכות לקיום אנושי בכבוד כזכות־בת של כבוד האדם

1. שוויון עקרוני בין זכויות־בת חוקתיות, אזרחיות וחברתיות

שאלת מעמדן של הזכויות החברתיות כזכויות חוקתיות התעוררה גם בישראל. כפי שראינו,¹¹⁷ חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק אינם כוללים בחובם זכויות חברתיות עצמאיות. נקודת המוצא החוקתית היא כי "זכות יסוד חוקתית טעונה עיגון חוקתי".¹¹⁸ בהעדר עיגון חוקתי עצמאי לזכויות החברתיות בחוקי היסוד של זכויות האדם התעוררה גם בישראל, כמו בגרמניה¹¹⁹ ובהודו,¹²⁰ השאלה אם אפשר לגזור זכויות חוקתיות חברתיות מהזכויות החוקתיות העצמאיות המעוגנות בחוקי היסוד.¹²¹ בלשוננו שלנו השאלה היא אם אפשר להכיר בזכויות־בת חוקתיות חברתיות. תשובתו של בית המשפט העליון היא כי הדבר אפשרי. אכן, אם אפשר לגזור מזכויות חוקתיות אזרחיות־עצמאיות זכויות־בת חוקתיות, אין כל סיבה להבחין בין זכויות־בת חוקתיות אזרחיות לבין זכויות־בת חוקתיות חברתיות, ובלבד שקיים בין זכויות־הבת – האזרחיות או החברתיות – קשר ענייני הדוק לזכות חוקתית. על כן במסגרת זכות־אם חוקתית עצמאית יש להכיר – בלא כל הפליה – בזכויות־בת חוקתיות מסוגים שונים, המשקפות היבטים שונים, ובלבד שלכולן קשר ענייני הדוק לזכות־האם.

- 112 ראו סעיף 1 לחוקה של קולומביה.
 113 ראו סעיפים 42–77.
 114 ראו T-209/95, T254/93, T-539/94, T-431/94.
 115 ראו Sepulveda, לעיל ה"ש 75, בעמ' 148.
 116 ראו שם, בעמ' 152.
 117 ראו לעיל בעמ' 549.
 118 בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 25 (1996) (השופט ת' אור).
 119 ראו לעיל בעמ' 462.
 120 ראו לעיל בעמ' 560.
 121 שאלה דומה התעוררה בגדרי האמנה האירופית לזכויות האדם: ראו Koch, לעיל ה"ש 54.

2. זכויות־האדם החוקתיות שמהן נגזרות זכויות־הבת החברתיות

כל זכות־אדם חוקתית יכולה להיות, עקרונית, בית קיבול לזכויות־בת חברתיות.¹²² זכויות־האדם הטבעיות הן ארבע: הזכות לחיים,¹²³ הזכות לשלמות הגוף,¹²⁴ הזכות לחירות אישית¹²⁵ והזכות לכבוד.¹²⁶ אכן, כל אחת מהזכויות הללו שימשה לשופטי בית המשפט העליון זכות־אדם שממנה נגזרו זכויות־בת חברתיות. למשל: השופט י' דנציגר הפנה אל הזכות לחיים כבסיס לגזירת הזכות לבריאות.¹²⁷ בפרשה נוספת הפנה בית המשפט לזכות לשלמות הגוף כבסיס לגזירת זכות־בת להספקת שירותי בריאות בסיסיים.¹²⁸ כן צוין בפרשת אדם טבע ודין כי "פעולתה של רשות תכנונית, הפוגעת באיכות הסביבה תוכל להיות כה מסוכנת והרסנית עד שתעלה לכדי פגיעה בחייו ובגופו של האדם. על מנת לבסס פגיעה בחיים ובגוף על העותרת להראות סכנה מוחשית וממשית לחיי האדם או לגופו הטמונה בתיקון לחוק התכנון והבנייה".¹²⁹ עם זאת הזכות העיקרית שעליה התבסס בית המשפט העליון של ישראל¹³⁰ – בדומה לבית המשפט החוקתי של גרמניה¹³¹ – היא הזכות לכבוד האדם.¹³² גם בית המשפט העליון של הודו – שגזר מהזכות לחיים את הזכויות החברתיות השונות – עשה כן באמצעות הזכות לכבוד האדם.¹³³ נעבור עתה לבחינה קרובה של עמדת בית המשפט העליון לזכויות־הבת החברתיות הנגזרות מזכות־האדם לכבוד האדם.

- 122 ראו שם, לגישה דומה בגדרי האמנה האירופית לזכויות אדם.
- 123 ראו סעיף 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין פוגעים בחייו [...] של אדם באשר הוא אדם"). סעיף 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל אדם זכאי להגנה על חייו").
- 124 ראו סעיף 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין פוגעים [...] בגופו [...] של אדם באשר הוא אדם"). סעיף 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל אדם זכאי להגנה [...] על גופו").
- 125 ראו סעיף 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת").
- 126 ראו סעיפים 2 ו-4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 127 ראו בג"ץ 434/09 דוידוב נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 3.5.2009).
- 128 ראו בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 334 (2003) (הנשיא א' ברק).
- 129 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 519 (2004) (הנשיא א' ברק).
- 130 באשר לאפשרות לבסס זכויות חברתיות על החירות האישית, ראו לעיל בעמ' 338.
- 131 ראו לעיל בעמ' 462.
- 132 ראו Aeyal Gross & Daphne Barak-Erez, *Social Citizenship: The Neglected Aspect of Israeli Constitutional Law*, in *EXPLORING SOCIAL RIGHTS: THEORY AND PRACTICE* 243 (Daphne Barak-Erez & Aeyal Gross eds., 2007); Aeyal Gross, *In Search of the Right to Health in Israeli Constitutional Law*, in *ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING OF HEALTH IN ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW*, in *ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING OF HEALTH IN ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW* 333 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) על הקשיים שבגזירת זכויות חברתיות מהזכות לחירות אישית (סעיף 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו) ראו לעיל בעמ' 344.
- 133 ראו לעיל בעמ' 338.

3. ההתפתחות של ההכרה בזכויות־בת חוקתיות חברתיות

(א) צעדים ראשונים

נראה לי כי פסק הדין הראשון הדין בזכויות חברתיות כזכויות־בת חוקתיות של זכות־האם לכבוד האדם הוא פרשת אטרי.¹³⁴ באותה פרשה נדונה טענתו של העותר – מחוסר מגורים ופרנסה – כי על רשויות השלטון (משרד הבריאות) להתקין תקנות שיאפשרו לו למכור את כלייתו כדי שיוכל להתקיים. משרד הבריאות ציין בתשובתו כי הדין לעניין מכירת אברים צריך להיקבע בחקיקה ראשית – ולא במסגרת תקנות כדרישת העותר. מטעם זה נדחתה העתירה. בפסק הדין נכתב בין השאר כי "במהלך הטיועונים בפנינו ביקשנו לברר את מצבו של העותר, והאם זקוק הוא לסיוען של רשויות הסעד". נמסר לבית המשפט כי רשויות הסעד מטפלות בו ומסייעות לו. תוך כדי כך צוין בפסק הדין:¹³⁵

"כבודו של העותר כאדם מחייב דאגה לקיום מינימלי כאנוש".

הפרשה השנייה שהגיעה לבית המשפט היא פרשת סולומון.¹³⁶ באותה פרשה נדונה השאלה מהו הדין החל לעניין תביעת מזונות של אישה יהודייה נגד בעלה היווני־אורתודוקסי. הנשיא מ' שמגר ציין בפסק הדין כי בהעדר אפשרות להביא ראיות על הדין האישי החל יש מקום לאמץ את הוראותיו של חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959.¹³⁷ בנמקו מסקנתו זו ציין הנשיא מ' שמגר כי גישתו הפרשנית, שלפיה תחולתן של הוראות החוק נובעת מיישום העקרונות של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, והנשיא מ' שמגר המשיך:¹³⁸

"הפקרת בן־זוג למחסור ורעב היא בגדר פגיעה בכבוד האדם. בית־המשפט אינו יכול להקשות ולהימנע מהחלת מערכת כללים חקוקה, כאשר זו נועדה בעיקרה לנסיבות שבהן אין אמת־מידה מוכחת אחת".

הפרשה השלישית אשר עסקה בזכויות חברתיות נפסקה בבית הדין הארצי לעבודה בעניין ח'אטר.¹³⁹ בפרשה זו נדון חוק שכר מינימום, התשמ"ז–1987.¹⁴⁰ לעניין פרשנותו של חוק זה כתב הנשיא מ' גולדברג:¹⁴¹

134 בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.1994).

135 שם (המשנה לנשיא א' ברק).

136 ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון, פ"ד נא(2) 577 (1995).

137 ס"ח 72.

138 פרשת סולומון, לעיל ה"ש 136, בעמ' 580.

139 דב"ע נו/3-282 ח'אטר – סלטקס טקסטיל, פד"ע לא 322 (1996).

140 ס"ח 68.

141 פרשת ח'אטר, לעיל ה"ש 139, בעמ' 334. הציטוט בתוך פסק הדין הוא מאהרן ברק פרשנות

במשפט – פרשנות חוקתית 423 (1994).

"חוק שכר מינימום נועד להבטיח קיום בכבוד (ויש אומרים קיום מינימלי).
עיתן להסיק מכבוד האדם את הזכאות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום
האנושי".

הפרשה הרביעית עסקה בחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980.¹⁴² בפסק דינו ציין סגן
הנשיא של בית הדין הארצי לעבודה, השופט ס' אדלר:¹⁴³

"הזכות לקיום מינימלי נובעת מכבודו של האדם [...]. חוק הבטחת הכנסה
מגשים את עקרון כבוד האדם וחירותו ואת עקרון הזכות לקיום מינימלי".

(ב) העשור הראשון: ההכרה בזכות החברתית לקיום מינימלי בכבוד

עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שרר חוסר בהירות באשר להיקפה של
הזכות לכבוד האדם.¹⁴⁴ חוסר בהירות זו השתרע גם על עניין הזכויות החברתיות. הסוגנית
הראשונה הייתה פרשת עמותת "שוחרי גיל"ת.¹⁴⁵ כאן נדונה החלטתו של משרד החינוך
להפסיק את מימונה של תכנית גיל"ת – תכנית חינוכית פסיכולוגית שנועדה לסייע לילדים
במשפחות בתנאי מצוקה קשים. השופט ת' אור קבע כי הפסקתה של תכנית זו פוגעת בזכות
לכבוד האדם על פי תפיסתו של המודל הרחב, אך "מודל זה מעורר קושי ניכר". על רקע זה
– ותוך ציטוט דברים שכתבתי במקום אחר¹⁴⁶ – נדחתה הטענה החוקתית. דחיית המודל
הרחב פתחה את הפתח למודל הצר ולמודל הביניים. פרשת גמזו¹⁴⁷ אימצה אפשרות זו.
פסק הדין עסק בשאלות משפטיות הקשורות להוצאה לפועל של פסק דין בעניין תשלום
מזונות. בית המשפט בחן את התכליות (המיוחדות והכלליות) המונחות ביסוד חוק ההוצאה
לפועל, התשכ"ז-1967.¹⁴⁸ בהקשר של התכליות הכלליות צוין בפסק הדין כי הוצאה
לפועל אטית פוגעת בקניינו של הזוכה. כמו כן צוין:¹⁴⁹

"הוצאה לפועל בלתי יעילה עשויה לפגוע בכבוד האדם של הזכאי למזונות,
אם ללא תשלום דמי המזונות נפגע מינימום הקיום האנושי שלו. [...] הזכות
של כל אדם – לרבות הזכאי על-פי פסק-דין למזונות – לקיום מינימלי היא

142 ס"ח 30.

143 דב"ע נו/265-4 חסיד – המוסד לביטוח לאומי, פס' 4 לפסק הדין של סגן הנשיא ס' אדלר
(פורסם בנבו, 1.9.1997).

144 ראו לעיל בעמ' 139.

145 לניתוח הפרשה, ראו להלן בעמ' 794.

146 ראו להלן בעמ' 794.

147 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001).

148 ס"ח 116.

149 פרשת גמזו, לעיל ה"ש 147, בעמ' 375 (הנשיא א' ברק).

חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית המוענקת על־ידי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".

בהמשך דן פסק הדין בתכלית הכללית של חוק ההוצאה לפועל לעניין הגנתו של זכות החייב על פי פסק הדין. צוין כי ביסוד החוק מונחת התכלית הכללית שעניינה הגנה ושמירה על כבוד האדם והחירות של החייב:¹⁵⁰

"תכלית זו מעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי [...] ¹⁵¹ אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע [...] ¹⁵² כך כבודו של כל אדם; כך כבודו של חייב שאין בידו לשלם חוב פסוק במועדו וכך כבודו של חייב על־פי חוב פסוק ממזונות".

פסק הדין בפרשת גמזו לא אימץ את אחד המודלים להבנת היקפו של כבוד האדם. בספרי על פרשנות חוקתית (1994) ¹⁵³ – שאליו הפניתי בפסק הדין בפרשת גמזו – ציינתי כי ההחלטה בפרשת אטרי, ¹⁵⁴ שלפיה "כבודו של העותר כאדם מחייב דאגה לקיום מינימלי כאנוש", היא תפיסה "משותפת [...] לכל המודלים בדבר כבוד האדם. היא מונחת ביסוד מודל הביניים" ¹⁵⁵. הוספתי וצינתי: ¹⁵⁶

"אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, נפגע כבוד האדם שבו. הוא הופך לאובייקט. מכאן אין לעבור לקיצוניות – המאפיינת את המודל הרחב – לפיו יש לפרט זכות כנגד המדינה לחיים טובים יותר. על כן ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית. יחד עם זאת, ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי".

150 ש.ם.

151 כאן הפנה פסק הדין לפרשת אטרי, לעיל ה"ש 134.

152 כאן הפניתי לברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 141, בעמ' 423.

153 ש.ם, בעמ' 423.

154 פרשת אטרי, לעיל ה"ש 134.

155 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 141, בעמ' 423.

156 ש.ם.

כפי שכבר ציינתי,¹⁵⁷ דברים אלה עמדו ביסוד פסק דינו של השופט ת' אור, אשר ראה קושי ניכר באימוץ המודל הרחב.

כשנה לאחר פרשת גמזו¹⁵⁸ נפסק הדין בפרשת יתד.¹⁵⁹ הרקע לפרשה זו הוא חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988,¹⁶⁰ הקובע כי "המדינה אחראית למתן חינוך מיוחד חינוך לפי חוק זה".¹⁶¹ התעוררה השאלה הפרשנית אם זכותם של הילדים בעלי צרכים מיוחדים היא לחינוך חינוך במוסד או בכיתה לחינוך מיוחד בלבד, או שמא משתרעת הזכות גם במקום שהילדים בעלי הצרכים המיוחדים שולבו במסגרת החינוך הרגיל. על שאלה פרשנית זו השיב בית המשפט בפסקו כי זכותם של הילדים בעלי הצרכים המיוחדים משתרעת גם על גרדי החינוך הרגיל.

במסגרת פסק דינה עמדה השופטת ד' דורנר על חשיבותה של הזכות לחינוך כאחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם.¹⁶² על רקע זה העלתה השופטת ד' דורנר את השאלה "אם הזכות לחינוך כלולה בזכות לכבוד האדם". כזכור,¹⁶³ עמדתה של השופטת ד' דורנר – כפי שבוטאה על ידיה בפרשת מילר¹⁶⁴ – הינה כי כבוד האדם מגן על האדם מפני השפלה. זהו המודל המצומצם של כבוד האדם.¹⁶⁵ על כן הפליה שיש עמה השפלה מהווה פגיעה בכבוד האדם. השפלה כזו קיימת אם ההפליה היא על בסיס קבוצתי. על רקע גישה זו פסקה השופטת ד' דורנר בפרשת יתד:¹⁶⁶

"הפליה במימוש הזכות לחינוך עשויה, אם היא נעשית על רקע השתייכות קבוצתית, להיחשב כהשפלה הפוגעת בזכות לכבוד האדם [...]".¹⁶⁷ לעומת זאת פגיעה בשוויון מטעמים פוליטיים, מינהליים או תקציביים, אינה משפילה, ועל כן אינה פוגעת בכבוד האדם".

ומה הדין בפרשת יתד? על כך השיבה השופטת ד' דורנר:¹⁶⁸

- 157 ראו לעיל בעמ' 567.
- 158 פרשת גמזו, לעיל ה"ש 147.
- 159 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002).
- 160 ס"ח 114.
- 161 סעיף 4(א) לחוק.
- 162 ראו פרשת יתד, לעיל ה"ש 159, בעמ' 843.
- 163 ראו לעיל בעמ' 143.
- 164 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 131 (1995).
- 165 על המודל המצומצם, ראו לעיל בעמ' 150.
- 166 פרשת יתד, לעיל ה"ש 159, בעמ' 843.
- 167 ההשמטה היא ההפניה לפסק הדין בפרשת מילר, לעיל ה"ש 164.
- 168 פרשת יתד, לעיל ה"ש 159, בעמ' 843.

”בענייננו ההפליה של הילדים בעלי הצרכים המיוחדים היא על רקע השתייכות קבוצתית, אך סיבותיה הן תקציביות. בנסיבות אלה לשאלה אם ההפליה פוגעת גם בכבוד האדם יש פנים לכאן ולכאן. ואיני רואה צורך להכריע בה. שכן, לא נטען בפנינו כי יש לפסול חוק עקב פגיעתו בזכות לכבוד האדם, אלא כי יש לפרש את החוק ולהפעילו לאור הזכות לחינוך. אכן, זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה, ללא קשר הכרחי לזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.”

השופטים א' לוי¹⁶⁹ ות' אור¹⁷⁰ הסכימו לפסק הדין. פסק הדין הבא הוא פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בפרשת ברמן. פסק הדין עסק בפירושו של חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987. בפסק הדין ציינה השופטת א' ברק¹⁷¹:

”תכליתו של החוק [...] היא להבטיח קיום מינימלי לעובד. התכלית היא שאדם העובד למחייתו ישתכר לפחות שכר מינימלי לקיומו. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מבטיח מינימום של קיום אנושי.”

לאחר פרשה זו נפסק הדין בבית המשפט העליון בפרשת אלוני¹⁷². פסק הדין עוסק בעיקול שהוטל במסגרת הליכי הוצאה לפועל על מכסות לייצור חלב. לעניין זה נבחנה השאלה אם מכסה לייצור חלב היא נכס שאפשר לעקלו. לעניין זה צוין בפסק הדין¹⁷³:

”[...] תכליתו של חוק ההוצאה לפועל כוללת לצד ההגנה על הנושה וזכויותיו גם את ההגנה על החייב וכבודו. במסגרת זו ניתן לכלול לא רק את קיומו המינימלי ועיסוקו של החייב, אלא גם את ההיבט האישי־רגשי הקשור בנכס שבידי החייב. [...] הוצאת נכס מסוים מתחולת דיני ההוצאה לפועל תיעשה באותם המקרים שבהם עיקול הנכס ומימושו יהיו פגיעה בבסיס ההגנה על כבוד האדם של החייב וחירותו. אשר־על־כן נדרש להראות כי לנכס האמור ערך רגשי או אישי כה גבוה, עד כדי ראיית שמירתו בידי החייב כחלק ממימושו העצמי וכבודו כאדם.”

169 שם, בעמ' 850.

170 שם, בעמ' 856.

171 ע"ע 440/99 ברמן – קונדוטוריית פילאס, פד"ע לו 807, 813 (2002). בית המשפט הפנה לפרשת גמזו, לעיל ה"ש 147. ראו גם ע"ע 1054/01 טוילי נ' דהרי, פס' 5 לפסק הדין של השופטת א' ברק (פורסם בנבו, 24.4.2002) ("תשלום שכר מינימום שומר על כבודו של האדם כעובד").

172 ע"א 3553/00 אלוני נ' זנד טל מכוני תערוכת בע"מ, פ"ד נז(3) 577 (2003).

173 שם, בעמ' 602 (הנשיא א' ברק) – היה זה פסק מיעוט.

בפרשת דמארי¹⁷⁴ נדונה בבית הדין הארצי לעבודה החקיקה הדנה בדמי אבטלה, ונקבע כי חקיקה זו:¹⁷⁵

”ביקשה לגרום לכך שלא ימצא אדם אשר לא תהא לו פרנסה מינימלית. היא ביקשה להגן על אפשרות קיום מינימלית לכל אדם שפוטר מעבודתו לתקופה מוגבלת. היום אנו לומדים זאת לא רק מחוק הביטוח הלאומי וחוק שירות התעסוקה אלא גם מהחוקה, החוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מדינה אינה יכולה להרשות לעצמה לאפשר לאדם לרעוב ללחם”.

פסקי הדין החותמים את העשור הראשון להתפתחות הזכויות החברתיות בגדרי כבוד האדם הם פרשת אדם טבע ודין ופרשת עמותת מחויבות.¹⁷⁶

(ג) העשור הראשון: פרשת אדם טבע ודין

התפיסה כי הזכות החוקתית לכבוד האדם כוללת בחובה זכות לקיום בסיסי בכבוד הכתה שורשים. ביטוי לכך ניתן בפסק הדין בפרשת אדם טבע ודין שניתן במותב של תשעה שופטים.¹⁷⁷ העתירה עסקה באיכות הסביבה. חוק התכנון והבניה, התשכ”ה–1965¹⁷⁸ תוקן תוך שנקבעו בו כללים באשר להגשת תסקיר השפעה על הסביבה ובאשר להגשת התנגדויות. העותרת טענה כי כללים אלה פוגעים בזכות לכבוד האדם, וזאת בשל המועדים הקצרים המוקצבים בהם לעניין התסקיר וההתנגדות. העתירה נדחתה. בפסק הדין צויין:¹⁷⁹

”מקובל עלי כי הזכות לכבוד האדם וחירותו כוללת בחובה את הזכות למינימום של קיום אנושי [...]”¹⁸⁰ על־כן חוק הפוגע באיכות הסביבה באופן הגורם לפגיעה במינימום הקיום האנושי, פוגע בכבוד האדם ובחירותו”.

טענת העותרת הייתה כי כבוד האדם כולל בחובו את הזכות לאיכות סביבה ראויה. טענה זו נדחתה:¹⁸¹

- 174 ע”ע 1067/01 דמארי – לשכת התעסוקה – רמת גן (פורסם בנבו, 16.7.2003). בית הדין מצטט מפרשת גמזו, לעיל ה”ש 147.
- 175 שם, פס’ 8 לפסק הדין של השופטת א’ ברק.
- 176 פרשת אדם טבע ודין, לעיל ה”ש 129; בג”ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ’ שר האוצר, פ”ד ס(4) 464 (2005).
- 177 הנשיא א’ ברק, המשנה לנשיא ת’ אור, והשופטים: א’ מצא, מ’ חשין, ד’ דורנר, ד’ ביניש, א’ ריבלין, א’ פרוקצ’יה וא’ א’ לוי.
- 178 ס”ח 307.
- 179 פרשת אדם טבע ודין, לעיל ה”ש 129, בעמ’ 518 (הנשיא א’ ברק).
- 180 כאן בא ציטוט מפרשת גמזו, לעיל ה”ש 147, בעמ’ 375.
- 181 פרשת אדם טבע ודין, לעיל ה”ש 129, בעמ’ 518.

“פרשנות חוקתית של הזכות לכבוד חייבת לקבוע את מידותיה החוקתיות. אין לצמצמה אך לעינויים ולהשפלה, שכן בכך נחטיא את התכלית המונחת ביסודה; אין להרחיבה באופן שכל זכות אדם תיכלל בה, שכן בכך נייתר את כל זכויות האדם האחרות הקבועות בחוקי היסוד. פרשנותה הראויה של הזכות לכבוד צריכה לנווט עצמה בין שני הקצוות [...]”¹⁸². במסגרת זו איני רואה כל אפשרות פרשנית ‘לדחוס’ לתוך הזכות לכבוד את הזכות לאיכות סביבה ראויה. אכן, אם הזכות לאיכות סביבה ראויה כלולה בכבוד האדם, כי אז כל זכויות האדם הפוליטיות, האזרחיות, החברתיות והכלכליות נכללות בה. לא זו הדרך לפרשנות חוקתית ראויה. [...] קביעה פרשנית כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה זכות אדם לאיכות סביבה ראויה חורגת מגבול הפרשנות. אכן, המבקש להכיר בזכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה כחלק מחוקי היסוד צריך לשכנע את הכנסת לעשות כן”.

השופטת ד’ דורנר התייחסה אף היא לטענת העותרת כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה זכות לאיכות סביבה ראויה. היא ציינה בפסק דינה כי “הזכות לסביבה ראויה כוללת בחובה שורה של זכויות ואינטרסים שלהם מידות חשיבות שונות, שכן הנזקים לסביבה הם ברמות שונות”¹⁸³. על כן “אין [...] משמעות אופרטיבית מכרעת לכותרת הכללית, היינו ‘הזכות לסביבה ראויה’, שכאמור אחת ממטרותיה העיקריות היא דקלרטיבית, אלא יש להתייחס לטעמים העומדים ביסוד הזכויות והאינטרסים המסוימים המוגנים במסגרתה ולקבוע את היקפה של ההגנה החוקתית הניתנת להם”. בהקשר זה ציינה השופטת ד’ דורנר:¹⁸⁴

“כך למשל ישנה חפיפה בין הזכות לסביבה ראויה לבין זכות החיים והבריאות המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וזכויות אחרות, ככל שהן נפגעות כתוצאה מהפגיעה בסביבה”.

פרשת אדם טבע ודין¹⁸⁵ ביססה את התפיסה כי חקיקה הפוגעת במינימום הקיום האנושי פוגעת בזכות החוקתית לכבוד האדם. פגיעה זו תתרחש כמובן במקום שהפגיעה במינימום הקיום האנושי גורמת להשפלתו ולביזויו של האדם. עם זאת אין זה תנאי הכרחי. הקיום האנושי המינימלי בכבוד עשוי להיפגע גם בלא השפלה וביזוי. אך מהו היקפה של הזכות לקיום אנושי מינימלי בכבוד? מהו יחסה לזכויות חברתיות אחרות, כגון הזכות לבריאות? שאלות אלה נשארו פתוחות.

182 כאן באה הפניה לברק פרשנות חוקתית, לעיל ה”ש 141, בעמ’ 357.

183 פרשת אדם טבע ודין, לעיל ה”ש 129, בעמ’ 526.

184 שם, בעמ’ 527.

185 שם.

גישתו של בית המשפט העליון בפרשת אדם טבע ודין¹⁸⁶ אומצה בכמה פסקי דין שבאו בעקבותיו. בפרשת מיסטר מאני¹⁸⁷ נדון סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז–1967. סעיף זה קובע כי יושב ראש ההוצאה לפועל רשאי להורות על מכירתם של מקרקעין המשמשים בית מגורים לחייב שמושכנו על ידיו. הוראה זו מתנה את ביצוע הפינוי בכך שיהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו סידור למקום מגורים חלופי. בהקשר זה ציין השופט א' ריבלין:¹⁸⁸

"ניכר בו, בסעיף 38, כי הוא בא לאזן בין זכות הקניין של הנושה לבין הזכות למדור של החייב [...]. הזכות לקניין זכתה להכרה קונסטיטוציונית מפורשת בסעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו [...].¹⁸⁹ הזכות למדור – כחלק מן הזכות למינימום תנאי קיום אנושיים – נתפסת גם היא כזכות יסוד בעלת תוקף חוקתי".

בפרשת עמוס,¹⁹⁰ שנפסקה בבית הדין הארצי לעבודה, נדונו חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א–1980¹⁹¹ והתקנות שהותקנו מכוחו. לעניין התכלית של החוק קבעה סגנית הנשיא א' ברק:¹⁹²

"תכליתו של חוק הבטחת הכנסה היא לדאוג לכך שלכל אדם, גם למחוסר עבודה, יהא קיום מינימלי. כבוד האדם נרמס כאשר לאדם אין ולו קיום מינימלי. מינימום זה נובע בזכותו של אדם לכבוד".

בפרשת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר¹⁹³ נדונה הוראת חוק שהוספה לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995,¹⁹⁴ שבה נקבע מי לא ייחשב "תושב" לעניין זכויות ביטוח לאומי וביטוח בריאות ממלכתי (כגון בעלי אשרות עובד זמני, תייר, "נכנס מסופק", מתנדב, איש דת וקרובו של איש דת). לטענת העותרים, חקיקה זו פוגעת בזכות לביטחון סוציאלי ובזכות לבריאות – זכויות הנכללות בזכות לכבוד האדם. העתירה נדחתה. לעניין הזכות לביטחון סוציאלי נקבע בפסק הדין כי:¹⁹⁵

- 186 ש.ם.
 187 ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004). ראו גם רע"א 5368/01 יהודה נ' עו"ד תשובה, כונס נכסים, פ"ד נח(1) 214, 221 (2003).
 188 פרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 187, בעמ' 942.
 189 פסק הדין מפנה לפרשת גמזו, לעיל ה"ש 147, בעמ' 357.
 190 עב"ל 94/03 עמוס – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 8.6.2004).
 191 לעיל ה"ש 142.
 192 פרשת עמוס, לעיל ה"ש 190, בעמ' 7.
 193 פרשת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, לעיל ה"ש 128.
 194 ס"ח 210.
 195 פרשת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, לעיל ה"ש 128, בעמ' 333 (הנשיא א' ברק).

"תפיסת הזכות לביטחון סוציאלי כמבטיחה תנאי מחייה בסיסיים נהנית מההגנה החוקתית על כבוד האדם [...] אין כן באשר לאגד הרחב של זכויות וזכויות הנכללות בשירותי הביטוח הלאומי".

על רקע זה נפסק כי העתירה לוקה בכלליות יתר. לעניין הזכות לביטוח בריאות נפסק: 196

"בדומה לזכות לביטחון סוציאלי, ניתן להסכים שהיבטים מסוימים של מוסד ביטוח הבריאות הממלכתי מוגנים בגדר הזכות לכבוד [...] קיומו של ביטוח הבריאות הממלכתי אינו מספק כשלעצמו ערובה לכבודם או לשלמות גופם של התושבים, כפי שהיעדרו אינו שולל זכויות אלה ממי שאינם תושבים".

בפרשת מנור נדונה חוקתיותה של חקיקה¹⁹⁷ שקיצצה קצבת זקנה בשיעור של ארבעה אחוזים. נטען כי קיצוץ זה פוגע בכבוד האדם, שכן הוא פוגע בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד ובזכות החוקתית לביטחון סוציאלי. טענות אלה נדחו לגופן, שכן לא נתקיימו התנאים העובדתיים המבססים טיעונים אלה. אשר לזכות לקיום מינימלי בכבוד צוין בפסק הדין כי "הזכות לקיום מינימלי היא חלק אינטגרלי מהזכות החוקתית לכבוד".¹⁹⁸ אשר לזכות לביטחון סוציאלי הובהר: 199

"העותרים טוענים לזכות חוקתית לביטחון סוציאלי שתוכנה מצומצם להבטחת תנאי מחייה בסיסיים בלבד כחלק מההגנה החוקתית על כבוד האדם. ההכרה בזכות החוקתית לביטחון סוציאלי בהיקף זה אינה מעוררת קושי. היא זהה לזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד שהוכרה בפסיקתו של בית־משפט זה".

בפרשת טויטו²⁰⁰ נדון צו פינוי שהוציאה עיריית ירושלים, שהורה על פינויים של העותרים – אנשים נזקקים, חסרי בית – מקריית הממשלה, שם הקימו מאהל, ובו הם שוהים כבר כמה חודשים. פסק הדין – בעקבות טענות העותרים – עסק בחוקיות של צו הפינוי על רקע טענתם של העותרים לחופש הביטוי. העותרים לא טענו לזכות חוקתית חברתית. בית המשפט דחה את טענותיהם בעניין חופש הביטוי. השופטת א' פרוקצ'יה ציינה שעל

196 שם, בעמ' 334–335 (הנשיא א' ברק).

197 בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004). ראו חוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003, התשס"ב–2002, ס"ח 428.

198 פרשת מנור, לעיל ה"ש 197, בעמ' 736 (הנשיא א' ברק).

199 שם, בעמ' 738 (הנשיא א' ברק).

200 עע"מ 3829/04 טויטו, יו"ר עמותת "מכל הלב" נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769 (2004).

העותרים לפנות לשירותי הסעד והרווחה לפתרון בעיותיהם. באשר להיבט החוקתי כתבה השופטת א' פרוקצ'יה: 201

"במשפט בישראל הולכת ומשתרשת התפיסה כי כבודו של האדם כזכות חוקתית אוצר בתוכו גם זכות למינימום של קיום אנושי ובכלל זה קורת גג, מזון בסיסי וטיפול רפואי אלמנטרי, וכי על המדינה חובה לדאוג לכך שרמת חייו של אדם לא תרד מתחת לסף הנדרש לחיים בכבוד [...] יש להניח כי תפיסה זו תכוון את גישתן של הרשויות אם מי מן המערערים יפנה לקבלת עזרה".

בפרשת שזיפי²⁰² נדונה עתירה נגד פסק דין של בית הדין הארצי לעבודה שעסק בשכר המינימום של עובדים. במסגרת פסק דינה ציינה השופטת ע' ארבל: 203

"חוק היסוד כולל את הזכות לכבוד, וזו כוללת את הזכות לקיום אנושי בסיסי, שלא יהיה העובד נתמך סעד. שלילה מאדם אמצעי קיום מינימליים, והכנסה מינימלית בכלל זאת, מחללת את כבודו, כדברי הנביא ישעיה: 'הלוא פרס לרעב לחמך ועניים מרודים תביא בית כִּי־תראה ערם וכסיתו ומבשרך לא תתעלם' [...]".²⁰⁴ הוודאות הנתונה לעובד כי יזכה לשכר קבוע, ולו מינימלי, מהווה נדבך מרכזי בהבטחת כבודם וביטחונם של העובד ומשפחתו, שחשיבותו אינה נופלת מהזכות לקיום מינימלי עצמה".

בפרשת עמותת בצדק²⁰⁵ נדונה חוקתיותה של תקנה שלפיה בחישוב הזכאות להנחה מארנונה יש להביא במניין ההכנסה את קצבאות הילדים במלואן. נטען כי התקנה פוגעת בזכות לקיום אנושי מינימלי. העתירה נדחתה, שכן לא נמצא בסיס לטענה כי התקנה פוגעת בזכויות לקיום מינימלי בכבוד. לעניין הזכות עצמה קבע השופט מ' חשין: 206

"נסכים כולנו כי הזכות החוקתית לכבוד מחזיקה זכות לקיום מינימלי כאנוש".

- 201 שם, בעמ' 779.
 202 בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט(4) 70 (2004).
 203 שם, בעמ' 76–77.
 204 הציטוט הוא מישעיהו נח 7.
 205 בג"ץ 1384/04 עמותת בצדק – מרכז אמריקני ישראלי לקידום צדק בישראל נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 397 (2005).
 206 שם, פס' 15 לפסק הדין של השופט מ' חשין.

בפרשת עיריית לוד דן בית הדין הארצי לעבודה בפיצוי הלנה על פי חוק הגנת השכר, התשי"ח–1958.²⁰⁷ לעניין הזכות לכבוד האדם ציינה השופטת נ' ארד:²⁰⁸

"על זכותו של אדם למינימום של קיום, פרש' משפטנו את חופת הגנתו החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [...] תשלום השכר במועדו נועד לאפשר לעובד קיום מינימלי בכבוד. אדם ששכרו הולך הוא אדם שכבודו כאדם וכעובד נפגע".

העשור הראשון לזכויות החברתיות כזכויות חוקתיות בגדרי כבוד האדם נפתח בהכרה כי כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע גם על הזכות של האדם לקיום מינימלי כאנוש. הכרה זו הכתה שורשים במהירות. גם שופטים שביקשו להיזהר מהכללות בלתי דרושות באשר להיקפה של הזכות לכבוד ותחולתה על זכויות אזרחיות, כגון שוויון וחופש ביטוי,²⁰⁹ לא היססו להכיר בזכות לקיום מינימלי בכבוד כחלק מכבוד האדם. "נסכים כולנו" – כתב השופט מ' חשין – "כי הזכות החוקתית לכבוד מחזיקה זכות לקיום מינימלי כאנוש".²¹⁰ שאלות מספר נשאר פתוחות: מה היקפה של הזכות לקיום מינימלי כאנוש? האם זכות זו "מכסה" את כל הזכויות החברתיות? היש מקום לזכויות חברתיות נוספות, כגון הזכות לחינוך, לבריאות, לדיון מלבד הזכות לקיום מינימלי כאנוש? אם כן – מה היקפן של זכויות אלה? פסק הדין המרכזי המתמודד עם חלק משאלות אלה – ואשר שימש בסיס לתשובות נוספות עם פיתוח ההלכה – הוא עמותת מחויבות.²¹¹ לבחינתה של פרשה זו נפנה עתה.

(ד) העשור הראשון: פרשת עמותת מחויבות

זהו פסק דין מפתח בפיתוח הזכויות החברתיות בגדרי הזכות לכבוד האדם. בפרשה זו נדונה חוקתיותם של תיקונים²¹² שהוכנסו בחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א–1980.²¹³ תיקונים אלה צמצמו את היקף הגמלאות המוקנות מכוחו של חוק הבטחת הכנסה, ושינו מאפיינים אחרים במבנה הגמלאות. כמה הטבות שהוכנו למקבלי הבטחת הכנסה בוטלו (הנחה בשיעורי הארנונה, פטור מאגרת טלוויזיה והנחה בתעריפי התחבורה הציבורית). העותרים טענו כי תיקונים אלה אינם חוקתיים, שכן הם פוגעים בכבוד האדם פגיעה לא

207 ס"ח 86.

208 ע"ע 1242/04 עיריית לוד – דהן, פס' 16 לפסק הדין של השופטת נ' ארד (פורסם בנבו, 28.7.2005).

209 ראו לעיל בעמ' 139.

210 ראו פרשת עמותת בצדק, לעיל ה"ש 205, פס' 15 לפסק הדין של השופט מ' חשין.

211 לעיל ה"ש 176.

212 באמצעות חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג–2002, ס"ח 150.

213 לעיל ה"ש 142.

מידתית. פסק הדין קבע ברוב דעות,²¹⁴ כנגד דעתו החולקת של השופט א' לוי, כי כבוד האדם לא נפגע. ממילא לא נבחנה שאלת המידתיות. בפסק דיני ניתחתי את הזכות לכבוד האדם ואת דרכי הפרשנות הראויות להבנתה. לעניין היקפה של הזכות לכבוד כתבתי:²¹⁵

"הזכות לכבוד אדם, במובנה המהותי, היא אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. אלה אותן זכויות שבהיעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי, באשר ניטל כוחו לפתח את גופו ואת רוחו על פי רצונו, בתוך החברה שבה הוא חי. זכויות אלה עשויות להיכלל בגדר הזכויות ה'אזרחיות' (או 'פוליטיות'), ואף בגדר הזכויות ה'חברתיות' (או 'כלכליות'). [...] במגוון ההיבטים האנושיים שעליהם משתרע כבוד האדם נכלל גם ההיבט ה'חברתי', שעניינו רמת הקיום שלה זכאי האדם. אכן, זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום שבו יממש את חירותו כבן אנוש".

עמדתי בפסק דיני על כי בגזירת זכויות מכבוד האדם "לא ניתן תמיד לתפוס את מלוא ההיקף שהיה לזכויות ה'נגזרות' אילו עמדו לעצמן כזכויות 'בעלות שם'".²¹⁶ על כן חוקי היסוד אינם מעניקים "הגנה מלאה ושלמה לזכויות החברתיות",²¹⁷ והוספתי:

"חוקי היסוד מגנים על הזכות לכבוד, ובגדרה על היבט הקיום החומרי הנדרש לצורך מימוש הזכות לכבוד. בראייה זו זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לנהוג את חייו הרגילים כבן אנוש בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל. זוהי התפיסה שהזכות לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה שבה הוא חי. [...] מחובת המדינה [...] נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למיעוטי האמצעים בחברה כדי שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי. במסגרת זו עליה להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו; מקום מגורים שבו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר; תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות שיבטיחו לו גישה ליכולות הרפואה המודרנית".

214 הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא מ' חשין, והשופטים ד' ביניש, א' ריבלין, א' פרוקצ'יה וא' גרוניס.
215 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 480.
216 שם, בעמ' 481–483.
217 שם.

על רקע נורמטיבי זה נבחנו עובדות הפרשה. נקבע כי לא הוכח כי בעצם ההפחתה בקצבאות הבטחת הכנסה יש כדי לפגוע בכבוד האדם. הדגשנו כי כדי לקבוע פגיעה בזכות לכבוד האדם "זקוקים אנו לתשתית עובדתית ראויה. תשתית כזו לא הונחה לפנינו בעתירות אלה. הטענה שנטענה בהן – כללית היא. אף המענה שניתן לה כללי".²¹⁸

השופטים א' ריבלין וא' פרוקצ'יה הסכימו עם פסק הדין. השופטת ד' ביניש הסכימה אף היא והוסיפה כי גם דעתה היא כי "הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד אינה משתרעת על מכלול הצרכים הרוחניים והחברתיים של בן אנוש, ועניינה בהיבט הקיום החומרי הנדרש לצורך מימוש הזכות לכבוד. לפי תפיסה זו, הזכות החוקתית לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם מינימום אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה שבה הוא חי".²¹⁹

השופט א' גרוניס הסכים לדחיית העתירות. לא כן השופט א' לוי. לדעתו יש בחקיקה כדי לפגוע פגיעה לא מידתית בזכות לקיום אנושי בכבוד.²²⁰ לעניין היקפה של הזכות לקיום אנושי בכבוד כותב השופט א' לוי:²²¹

"זכות זו כוללת את הזכות לתנאי מחיה נאותים,²²² [...] מטרתה אינה אך להבטיח את האדם ממחסור קיומי בלתי נסבל, כטענת המשיבים. הזכות לתנאי מחייה בסיסיים ולסיפוק צרכים חיוניים, ובהם קורת גג, לבוש ומזון, כולה כמובן בהגנה המוענקת לזכות לקיום אנושי בכבוד, אך אין לומר כי היא מוגבלת באלה".

בהסבירו גישה זו ציין השופט א' לוי:²²³

"האם אכן ניתן לומר בנימה נחרצת כי תנאי מחיה שמאפשרים אך קיום נעדר מטרות, שאינו מחזיק כל פוטנציאל לשגשוג אנושי, אינם פוגעים בזכותו החוקתית של האדם לכבוד? הכיצד זה נוכל לקבוע כי תנאי מחיה שאינם מקיימים ולו מידה מינימלית של יחס לרמת החיים המקובלת בחברה, או אשר מונעים מהאדם הזדמנות, ולו בסיסית, לפתח את עצמו, להגדיר את מטרותיו ושאיפותיו ולפעול להשגתן, אינם פוגעים בזכותו החוקתית לכבוד? האומנם האדם שתנאי מחייתו אינם מאפשרים לו מידה מינימלית של השתתפות אזרחית, ושמנועים מבערו מלהתערות בחברה

218 שם, בעמ' 490.

219 שם, בעמ' 491.

220 שם, בעמ' 493.

221 שם, בעמ' 495 (ההדגשה במקור).

222 בפסק הדין מפנה השופט א' לוי לסעיף 11(א) לאמנה בדבר זכויות חברתיות, שם מוגדרת הזכות ל"רמת חיים נאותה".

223 שם, בעמ' 495.

הסובבת אותו ומלהשפיע על הנעשה בה הוא האדם שאותו אנו משווים לנגד עינינו בדברנו בכבודו? אמת תאמר, קשתה עליי הקביעה ההחלטית כי אדם המוגן אך מפני 'מחסור בלתי־נסבל' אינו נפגע בזכותו החוקתית לכבוד, קשתה מאוד. על חייו של אנוש להחזיק תוחלת וערך. עליהם לאצור הבטחה כלשהי לעתיד נראה לעין. קיום מונוטוני ונעדר מטרות אינו יכול להיחזות בעיניים כ'קיום בכבוד'."

המשנה לנשיא מ' חשין הצטרף לעמדת הרוב. בפסק דינו הוא עמד על כך שעניינו אינו היחס שבין חקיקת משנה לחקיקה ראשית אלא בין חקיקה ראשית לחוק־יסוד. במצבים אלה "זהיר זהיר נהלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת".²²⁴ היא מקום לפסול הוראת חוק בשל ניגוד לחוק־יסוד רק אם "הפגיעה בזכות היא פגיעה מהותית, פגיעה יסודית ועמוקה, פגיעה שיש בה עוצמה שלילית בכמות, במשקל ובמידה עד כדי שמכריעה היא הוראת חוק מפורשת".²²⁵

פרשת עמותת מחויבות – כמו פרשת אדם טבע ודין – התבססה על מודל הביניים. מודל זה אומץ בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל²²⁶ ובפרשת עדאלה²²⁷ לעניין הזכות לשוויון וממנה לכל הזכויות החוקתיות הנגזרות מכבוד האדם; בשני פסקי דין אלה נעשה לראשונה השימוש בביטוי זכויות־בת חוקתיות. המכלול המצטבר מפסיקה זו הוא כי לכבוד האדם זכויות־בת חוקתיות אזרחיות וחברתיות. בד בבד עם פיתוח שיפוטי של זכויות־הבת האזרחיות נמשך הפיתוח של זכויות־הבת החברתיות. העשור השני של הזכויות החברתיות – שתחילתו לאחר פרשת עמותת מחויבות וסיומו בפרשת חסן – התמקד בעיקר בזכות לבריאות ולביטחון סוציאלי. כן נבחנה הזכות למים. בית המשפט חזר לדון בזכות־הבת לחינוך ולקיום מינימלי בכבוד. נפנה לבחינתו של עשור שני זה.

(ה) העשור השני: ההכרה ההלכתית בזכות־הבת החברתית לבריאות, לחינוך ולמים

העשור השני לפיתוח הזכויות החברתיות כזכויות־בת חוקתיות נפתח בפרשת רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים.²²⁸ פסק הדין עסק בזכותם של אסירים בישראל למיטה לישון בה בעת ריצוי מאסרם. קיומה של הזכות החוקתית, כחלק מכבוד האדם, לא היה שנוי

224 שם, בעמ' 518.

225 שם.

226 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

227 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד

סא(2) 202 (2006).

228 בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762 (2007).

במחלוקת. בעבר אף הוצאו צווים מוחלטים בעניין זה בשתי עתירות בהסכמת המדינה.²²⁹ הבעיה שנותרה היא זניחת המימוש בפועל, וזאת בשל המחסור במקומות כליאה. בית המשפט דחה הדיון בעתירה, ועם חידושה התברר כי הבעיה טרם באה על פתרונה, ונדרש פסק דין סופי של בית המשפט.

השופטת א' פרוקצ'יה ציינה בפתח פסק דינה כי "בגדריה של הזכות לכבוד, מצויה הזכות לתנאי חיים מינימאליים המבטיחים שמירה על צלם האדם, כיצור הבריאה [...]. בתפיסת החברה המודרנית את זכויות היסוד של הפרט, ובכלל הזכות לכבוד, זכותו של אדם לישון על מיטה היא תנאי בסיסי לקיום מינימאלי; וחריגה מכך מהווה פגיעה בזכות האדם לחיים בכבוד."²³⁰ בהמשך מציינת השופטת א' פרוקצ'יה כי "הזכות למיטה לישון בה מצויה בגרעין הקשה של זכויות היסוד לקיום התנאים המינימאליים, הנתונה לאדם כחלק מההגנה על כבודו."²³¹

בפרשת לוזון²³² נדונה הזכות לבריאות. צוין כי הזכות לבריאות משתרעת על תחום רחב ביותר.²³³ נקודת המבט הופנתה אפוא לאותו חלק מאגד הזכויות לבריאות שיש לו מעמד חוקתי. הפרשה עסקה בסל הבריאות ובטענה שאין נכללת בו תרופה מצילת חיים. נטען כי בכך נפגעה הזכות לטיפול רפואי (health-care), אשר לה מעמד חוקתי. הנשיאה ד' ביניש קבעה כי בגדרי הזכות לכבוד האדם נכללת הזכות למתן שירותי בריאות עד כמה שהם נופלים בגדר "רמת המינימום ההכרחית לקיום אנושי בחברה".²³⁴ על רקע זה נפסק – לעניין התרופה החדשנית שנבחנה בעתירה – כי אין היא נכללת "בגדר שירותי הבריאות הבסיסיים הנדרשים לשם קיום אנושי מינימאלי בחברה".²³⁵

בפרשת קריתי²³⁶ נבחנה שאלת החוקתיות של החלטת הממשלה למנוע שירות של שירות רפואי פרטי (שר"פ) בבתי חולים ממשלתיים. בהקשר זה התעוררה השאלה אם לפרט בישראל זכות חוקתית לבחירת רופא כרצונו. השופטת ד' ברלינר השיבה על שאלה זו בשלילה. בפסק דינה היא ציינה כי "אין ספק כי על המדינה לעמוד בחובתה לאפשר

229 ראו בג"ץ 5678/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 9.3.2003); בג"ץ 1319/03 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 1.3.2004).

230 פרשת רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 228, בעמ' 772 (השופטת א' פרוקצ'יה).

231 שם, בעמ' 775 (השופטת א' פרוקצ'יה).

232 בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2008).

233 שם, פס' 9 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

234 שם, פס' 10 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

235 שם, פס' 12 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

236 בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.3.2009).

לאזרחיה קיום מינימאלי בכבוד".²³⁷ לדעת השופטת ד' ברלינר, "זכות לבחירת רופא אינה נמצאת בליבת שירותי ההכרח להם זקוק אדם לשם שמירה על קיום מינימאלי בכבוד".²³⁸ בפרשת דוידוב²³⁹ נדונה החוקתיות של אי-הכללתה של תרופה מצילת חיים בסל התרופות שנקבע על פי סעיף 6 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994.²⁴⁰ הטענות התמקדו בזכות לחיים.²⁴¹ לא נטען כי החוק אינו חוקתי. הטענות עסקו בסבירות שיקול דעתם של הגופים המוסמכים לקבוע את תכולתו של סל התרופות. לעניין ההיבט החוקתי נטען כי יש להרחיב את היקפן של הזכויות בתחום הרווחה והביטחון הסוציאלי מעבר לרמת המינימום ההכרחי. השופט י' דנציגר ציין בעניין זה:²⁴²

"כפי שנפסק בעניין לוזון, אף לפי גישה פרשנית המרחיבה את היקפה החוקתי של הזכות לכבוד האדם מעבר לרמת המינימום ההכרחי בתחום הרווחה והביטחון הסוציאלי, דומה כי רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן תקום חובה חוקתית על רשויות המדינה לממן תרופה פרטנית מסוימת – אחת מיני רבות שלגביהן מוגשות בקשות למימון ציבורי – ובפרט נוסח הרתיעה של בית משפט זה מלהתערב בעיצובה של מדיניות כלכלית כוללת ובקביעת סדרי עדיפויות לאומיים, הנתפסים כנושאים שנמצאים בלב ליבן של סמכות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת".

פרשת אלטורי²⁴³ נפסקה בבית הדין הארצי לעבודה. נבחן בה חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א–1980.²⁴⁴ נקבע כי חוק הבטחת הכנסה מגשים את חובת המדינה "להגן על הזכות לקיום אנושי בכבוד".²⁴⁵ בעקבות פרשת עמותת מחויבות צוין כי "גמלת הבטחה הכנסה אינה האמצעי היחיד להבטחת הקיום בכבוד".²⁴⁶ צוין כי "גמלת הבטחת הכנסה הינה חלק אינטגרלי מן המערך הכלכלי הכולל שנועד להבטיח את תנאי הקיום המינימאלי הדרושים לאדם, ומהווה חלק ממערך הסיוע וההגנה שמעניקה המדינה לשכבות החלשות בחברה להבטחת קיום בכבוד".²⁴⁷

237 שם, פס' 53 לפסק הדין של השופטת ד' ברלינר.

238 שם.

239 פרשת דוידוב, לעיל ה"ש 127.

240 ס"ח 156.

241 ראו סעיפים 2 ו-4 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

242 פרשת דוידוב, לעיל ה"ש 127, פס' 28 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

243 עב"ל 136/09 אלטורי קאיד – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 8.3.2010).

244 לעיל ה"ש 142.

245 פרשת אלטורי, לעיל ה"ש 243, פס' 10 לפסק הדין של סגנית הנשיא נ' ארד.

246 שם.

247 שם.

בפרשת פלונית²⁴⁸ טענו העותרים, בין השאר, כי מוטלת על המדינה החובה לממן טיפולים רפואיים לעותרות – נשים, תושבות אוקראינה, שנסחרו והובאו לישראל בניגוד לרצונן, הועסקו בזנות וחלו במחלות קשות. הטענה סמכה עצמה על הוראה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, אשר הסמיך את שר הבריאות להעניק שירותי בריאות. בהקשר זה ציין השופט א' רובינשטיין:²⁴⁹

”עומדת לעותרות זכות לקבל טיפול במצב חירום רפואי ללא התניה (בהתאם לסעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה). ההיבט הערכי-מוסרי מוצא ביטוי, בראש וראשונה במתן שירותי חירום לכל אדם באשר הוא אדם. לדידי הוא גם בחינת הציווי 'לא תעמוד על דם רעך' (ויקרא י"ט, ט"ז) במשפט העברי [...] ואולם, מצבן של העותרות אינו בא בגדר מצב חירום רפואי”.

בפרשת לה"ב²⁵⁰ נטען כי החקיקה²⁵¹ תיקנה את חוק הביטוח הלאומי.²⁵² חקיקה זו הגדילה את "תקרת ההכנסה שעל בסיסה מחושבים דמי הביטוח הלאומי ודמי ביטוח הבריאות". תיקונים אלה לא שינו את הגמלאות המשתלמות על פי חוק הביטוח הלאומי. הטיעונים החוקתיים עסקו בפגיעה בזכות הקניין ובזכות לחופש העיסוק. תוך כדי בחינתן של טענות אלה עמדה השופטת א' פרוקצ'יה על תכליתו של הביטוח הלאומי, שנועד להעניק ביטוח סוציאלי: "תכליתו של הביטוח הסוציאלי הינו לממש את חובתה של המדינה להבטיח רף קיום מינימלי לכלל תושביה, כדי שלא ידרדר אדם אל מתחת לסף של חיים בכבוד. הביטוח הסוציאלי, ומסגרות החוק שנועדו להגשימו, הם מרכיב חשוב בהגשמת האדיאיה של חברה המבוססת על אדני צדק, שוויון ודאגה סוציאלית לנוזק".²⁵³ לעניין ההתערבות השיפוטית במעשי החקיקה של הכנסת ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי זו היא "צרה ומוגבלת". על אחת כמה וכמה "מצומצמת היא פי כמה בנושא חקיקה העוסקים בתחומי משק וכלכלה, הכרוכים בהיבטים חברתיים וכלכליים רחבי־היקף. קביעת מדיניות בנושאי חברה וכלכלה נתונה לרשות המבצעת, ובתחומים מסוימים נדרשת חקיקה של

248 בג"ץ 5637/07 פלונית נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 15.8.2010).

249 שם, פסקה י לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.

250 בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאיים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.2010).

251 חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009–2010), התשס"ט–2009, ס"ח 157.

252 לעיל ה"ש 194.

253 פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 250, פס' 44 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה. ראו גם בג"ץ 5492/07 בוארון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 19.9.2010).

הכנסת כדי לעגן מדיניות זו בתשתית חקיקתית, מחייבת תחומים אלה נתונים במובהק לקובעי המדיניות, שלהם הראייה הכוללת. בצד המידע הנדרש לעניין המומחיות בקביעת סדרי העדיפויות הלאומיים והאיזונים הפנימיים הנדרשים ביניהם [...] אין זה מתפקידו של בית המשפט לעצב מחדש את המדיניות החברתית־כלכלית שהמחוקק ביקש לקדם, או לבקר את תכניה לגופם, ואף לא לקבוע סדרי עדיפויות ולשנות את איזוניה הפנימיים; הדבר בולט במיוחד כאשר החקיקה הנבחנת משקפת מדיניות כלכלית־משקית, המתאפיינת בקיום מגוון דרכי פעולה אפשריות, ומורכבות השיקולים הנדרשים לצורך בחירה ביניהן.²⁵⁴ בפרשת אבו מסאעד²⁵⁵ נבחנה השאלה "באיזו מידה עומדת לבדואים המתגוררים במקומות ישוב בלתי־חוקיים בנגב זכות משפטית לתבוע מהמדינה להתקין בעבורם נקודות חיבור פרטיות למים בבתיהם במקום מושבם הבלתי חוקי, כאשר במצב הקיים מסופקים להם מים במסגרת שני מנגנוני אספקה חילופיים".²⁵⁶ ביסוד פסק הדין מונחת הזכות למים. השאלה שנבחנה היא בין השאר אם מוכרת זכות חוקתית למים. השופטת א' פרוקצ'יה ציינה בפסק דינה כי "הזכות למים לא זכתה עד כה למעמד חוקתי עצמאי מכוח חוק יסוד. עם זאת, בהיות הזכות למים חיונית לעצם קיומו של האדם, ולקיומו בכבוד, יש לבחון האם נתון לזכות למים מעמד נורמטיבי של זכות חוקתית, הנגזרת מהזכות החוקתית לקיום בכבוד, והאם מכוח זכות זו מוטלת על המדינה חובה לספק לאדם החי בישראל מים ברמה הנדרשת לקיום מינימלי בכבוד".²⁵⁷

השופטת א' פרוקצ'יה חוזרת על הפסיקה שלפיה כבוד האדם "אוצר בתוכו גם זכות למינימום של קיום אנושי",²⁵⁸ והיא מוסיפה:²⁵⁹

"כבוד האדם הוא מושג מורכב, שמוטמעים בו ערכים שונים ומגוונים – מהם בעלי אופי פסי־קיומי, ומהם בעלי אופי נפשי־רוחני. הפגיעה בכבוד האדם עשויה להתבטא בהשפלה נפשית ובביזוי, ועשויה היא להתבטא בשלילת צרכים פסיים־קיומיים שבלעדיהם אין אדם יכול לקיים חיים בכבוד. טול מאדם את קורת הגג, המזון, המים, והטיפול הרפואי הבסיסי, ונטלת ממנו את יכולתו להתקיים בכבוד, ולהגשים את הווייתו כאדם".

השופטת א' פרוקצ'יה מוסיפה ומציינת:²⁶⁰

- 254 פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 250, פס' 63 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 255 ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים (פורסם בנוב, 5.6.2011).
 256 שם, פס' 1 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 257 שם, פס' 20 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 258 שם, פס' 21 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 259 שם, פס' 22 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 260 שם.

"חשיבותה המהותית של זכות האדם לקיום מינימלי בכבוד הינה בכך שהצורך ליישמה במצבים קיצוניים עשוי להוביל לכך שעל המדינה תוטל חובה חוקתית להבטיח כי יעמדו לרשות האדם צרכי קיומו הבסיסיים ביותר, ובכלל זה מים [...]. בכך, שונה טיבה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד, העשויה להטיל על המדינה חובה פוזיטיבית להבטיח את מימושה של זכות זו, מזכויות חוקתיות אחרות, שאיפיון הוא בקיום איסור על המדינה לפגוע בזכות הפרט לממשן בכוחות עצמו".

לעניין הגישה למים מציינת השופטת א' פרוקצ'יה:²⁶¹

"נגישות למקורות מים לצורך שימוש אנושי בסיסי נופלת בגדרי הזכות לקיום מינימלי בכבוד. מים הם מצרך חיוני לאדם, ובלא נגישות בסיסית למצרך זה באיכות סבירה אין האדם יכול להתקיים. לפיכך, יש להשקיף על הזכות למים כחלק מהזכות לקיום אנושי בכבוד, הזוכה להגנה חוקתית מכח הזכות החוקתית לכבוד האדם, המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".

בפרשת ההסתדרות הרפואית בישראל²⁶² נבחנה מצוקת האשפוז בישראל. העותרת ביקשה כי בית המשפט יורה על הוספת 100 מיטות אשפוז למחלקות טיפול נמרץ. השופטת מ' נאור עמדה, בעקבות פרשת לוזון,²⁶³ על הקשיים בקביעת היקפה הפנימי של הזכות לבריאות, וכי גישתו של בית המשפט צריכה להיות "זהירה המתחשבת ביכולות התקציביות של המדינה". השופטת מציינת כי "קיימת רתיעה מפני התערבות יתרה בסדרי עדיפויות לאומיים כלכליים, וכי בתי המשפט נמנעים מלפסוק כי היעדר מימון ציבורי לטיפול רפואי קונקרטי עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית של החולה".²⁶⁴ עם זאת קובעת השופטת מ' נאור כי "מדיניות הריסון אין משמעותה חסינות מהתערבות [...]. דברים שהם מדידים באופיים – דהיינו הפרת הוראה הקובעת סטנדרטים ברורים – יצדיקו, בדרך כלל, התערבות. לא כך הוא לגבי דברים שאין להם שיעור". בפרשה שלפנינו – ולאור המתווה שהציג שר הבריאות – נקבע כי במצב הקיים אין משום הפרת הזכות לבריאות.

השופטת ע' ארבל הביעה עמדה שונה. לדעתה, "כעקרון, תיתכן התערבותו של בית משפט זה בהחלטה או במחדל של הרשויות לדאוג לפתרונות למצוקת האשפוז האמורה, בפרט ביחידות לטיפול נמרץ".²⁶⁵ המקרה שלפנינו אינו מצדיק התערבות שיפוטית. אשר לזכות לבריאות מציינת השופטת ע' ארבל כי "היא שם כולל לאגד של זכויות. חלקן מצויות

261 שם, פס' 23.

262 בג"ץ 488/11 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 16.6.2011).

263 ראו פרשת לוזון, לעיל ה"ש 232.

264 פרשת ההסתדרות הרפואית, לעיל ה"ש 262, פס' 8 לפסק הדין של השופטת מ' נאור.

265 שם, פס' 2 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

בגרעין הקשה של הזכויות החוקתיות ובראשן הזכות לחיים וערך כבוד האדם [...]. באשר לזכויות אלה, וככל שהדברים אמורים ברפואה הציבורית, יש לראותן כקשורות קשר בל-יינתק לחובות שחבה המדינה לאזרחיה ולתושביה מכוח ריבונותה, מכוח האמנה החברתית שנקשרה ביניהם".²⁶⁶

השופט ס' ג'ובראן ציין כי "למצוקה הקשה במיטות האשפוז והפגיעה בזכויות החוקתיות המתלווה אליהן, יש משמעות משפטית, ובמקרים המתאימים לא יהיה מנוס מקביעה שיפוטית. אכן, זכויות אדם עולות כסף, וחברה דמוקרטית ליברלית צריכה לשלם בגין מימוש זכויות אלה. [...] עם זאת, יש להכיר במוגבלותו של התקציב ולמצוא את הפתרון המאוזן, תוך מתן עדיפות תקציבית להגנה על זכויות האדם, וככל שמדובר בזכות חשובה יותר והפגיעה בה קשה יותר, כן יינתן משקל רב יותר לעדיפות זו. [...] אמת, ביקורת שיפוטית בעלת השלכה תקציבית מצריכה ריסון, אך [...] ריסון אין משמעותו חסינות מביקורת שיפוטית".²⁶⁷

בפרשת עזבון המנוחה ידינק²⁶⁸ נדונה השאלה אם הגדרת "מבוטח" בחוק הביטוח הלאומי, שלפיה מבוטח הוא מי שבין השאר ניתן לו סל קליטה. נטען כי התניית גמלת סיעוד בקבלת סל קליטה אינה חוקתית, שכן היא פוגעת בכבוד האדם. טענה זו נדחתה. בפסק דינו ציין סגן הנשיאה י' פליטמן:²⁶⁹

"הפגיעה בכבוד האדם תיבחן בבחינה תוצאתית. יש לבחון האם נפגע בפועל כבוד האדם, או שמא העניקה לו המדינה מערכות תמיכה וסיוע אחרות, שבאמצעותן הושגה המטרה של שמירה מינימלית הכרחית על כבודו של האדם. המדינה יכולה לבחור באלו אמצעים סוציאליים יישמר כבוד האדם, בהתאם לתקציבה ולערכים שהיא מעוניינת לקדם".

בפרשת סלומוטין²⁷⁰ נדונה השאלה אם מוטלת על המדינה חובה לספק שירותי בריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי לילדים שאביהם הנטען הוא ישראלי ושאמם נתינה זרה, וזאת לפרק הזמן הנדרש עד לביורר שאלת האבהות לילד והצעה בשאלת מעמדו בישראל. לטענת העותרים, מדיניות המשיבים פוגעת בזכות היסוד של הילדים לחיים ולבריאות. השופטת א' פרוקצ'יה ציינה בפתח פסק דינה כי "הזכות לבריאות הינה מושג מורכב המתפרש על אגד של זכויות הקשורות לבריאות מעמדן של זכויות אלה והיקף ההגנה עליהן

266 ש.ם.

267 ש.ם, פס' 1 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

268 בר"ע 257/10 המוסד לביטוח לאומי נ' עזבון המנוחה ידינק (פורסם בנבו, 23.1.2012).

269 ש.ם, פס' 55 לפסק הדין של סגן הנשיאה י' פליטמן.

270 בג"ץ 11044/04 סלומוטין נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 27.6.2011).

אינם אחידים, והם משתנים בהתאם לסוגן, טיבן והקשרן".²⁷¹ אשר למעמדה של הזכות לבריאות, ציינה השופטת א' פרוקצ'יה:²⁷²

"שאלת מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות ונגזרותיה בשיטתנו המשפטית היא שאלה מורכבת. היא נוגעת בהיבטים מהתחום המוסרי־ערכי ומהמישור הכלכלי־תקציבי. היא נוגעת בתפיסות עקרוניות של המשטר החברתי־כלכלי במדינה, ובשאלות מדיניות כללית בנושאים של חלוקת משאבים וסדרי עדיפויות לאומיים".

לעניין ההיבט החוקתי מציינת השופטת א' פרוקצ'יה:²⁷³

"הזכות לבריאות, ככלל, אינה מוזכרת באופן מפורש בחקיקת־היסוד במשפט הישראלי. עם זאת, יש להכיר במעמדם החוקתי של היבטים מסוימים בה, על דרך גזירתם מהזכויות המנויות במפורש בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהן ההגנה על הגוף, החיים והכבוד [...]. כבר נפסק, כי כבודו של האדם כולל בחובו הגנה על מינימום הקיום האנושי [...]. אחריות המדינה כלפי האזרח מכוח חוק־היסוד, כוללת בתוכה את החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי האמצעים בחברה, כדי שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי, וכי במסגרת זו, עליה להבטיח, בין היתר, כי יהיו לאדם 'תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות שיבטיחו לו גישה ליכולת הרפואה המודרנית' [...]. מוסכם שחובתה של המדינה להבטיח, באמצעות שירותי הרפואה שלה, כי יינתן טיפול רפואי נאות לאדם הנתון במצוקה גופנית מיידית".

בהתייחס למקרה שלפניה קובעת השופטת א' פרוקצ'יה:²⁷⁴

"ככל שניצבת בפנינו השאלה האם זכאי אדם הנמצא בישראל, באשר הוא, לשירותי בריאות חיוניים ברמה הבסיסית ביותר, תשובתי לכך היא בחיוב, כנגזרת מזכות האדם החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד [...]. עם זאת, ראוי להדגיש, כי מדובר ברובד האלמנטארי ביותר של השירותים הרפואיים הנדרשים להגנת החיים והבריאות, הכוללים שירותי חירום רפואיים שכל אדם המצוי בישראל זכאי להם, לרבות מי שמעמדו טרם הוסדר".

271 שם, פס' 11 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

272 שם, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

273 שם, פס' 13 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

274 שם, פס' 16 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

השופטת א' פרוקצ'יה בחנה את טענת העותרים כי הם זכאים להיכלל בביטוח הבריאות הממלכתי, ואם הכללתם בו פוגעת בזכותם החוקתית. טענה זו נדחתה, שכן חוק ביטוח הבריאות אינו מצטמצם למתן שירותי בריאות מינימליים ולשירותי חירום רפואיים. הוא רחב הרבה יותר.

פרשת בנק לאומי למשכנתאות²⁷⁵ עוסקת בתניות ויתור המופיעות בהסכם הלוואה ובשטר המשכנתה. המשיב פיגר בהחזרי תשלומי הלוואה, והתובע פתח בהליכי הוצאה לפועל למימוש הנכס. המשיב פנה לבית המשפט בהקשר כי יוצהר שתניות הוויתור החלות על הזכות לדיוור חלוף בטלות. הטענה עוררה שאלות פרשניות בגדרי חוק ההוצאה לפועל²⁷⁶ כפי שתוקן בעקבות פרשת מיסטר מאני. הבעיה המיוחדת שהתעוררה בפרשה שלפנינו חורגת ממסגרת ספר זה. לענייננו ראוי לציין כי השופטת א' חיות קבעה כי חוק זה מבקש להשיג איזון בין שתי תכליות: מן הצד האחד ניצבות התכלית הכללית שעניינה הגנה על קניינו של הנושה והתכלית המיוחדת לסייע לו בגבייה מהירה ויעילה של החוב. מן הצד האחר ניצבת התכלית הכללית שעניינה "הגנה על כבודו ועל חירותו של החייב שאינו יכול לפרוע את חובו, והתכלית המיוחדת למנוע את קריסתו הכלכלית ואת הפיכתו לנטל על החברה".²⁷⁷ בין תכליות אלה מבקש חוק ההוצאה לפועל, ובגדרו סעיף 38(ג) לחוק, לאזן. הוראת סעיף 38 לחוק מגנה על חייב מפני פינויו מדירת מגורים אם לא הוכח כי לו ולבני משפחתו יש מקום מגורים סביר אחר, או שיש להם יכולת כלכלית המאפשרת להם מקום מגורים סביר, או שהועמד לרשותם דיוור חולף. הוראה זו "נועדה לאזן בין הצורך להגן על זכותו הקניינית של הנושה לגבות את חובו ובין זכותו הבסיסית של החייב למדור כחלק מן הזכות לקיום אנושי מינימאלי".²⁷⁸

בפרשת יובלים²⁷⁹ נדונו היבטים שונים הקשורים לרפורמה במשק המים בישראל, שבוצעה בתחילת 2010, ובמסגרתה הועלו תעריפי המים ומחירי המים. בחינתם של היבטים רבים בעתירה זו חורגת ממסגרת ספר זה. נעמוד אך על טענתן של העותרות כי העלאת תעריפי המים פוגעת בזכות החוקתית לכבוד האדם ולחיים.

בפסק דינו מציין השופט ס' ג'ובראן כי "בית משפט זה הכיר בקיומה של הזכות לקיום מינימאלי, כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם".²⁸⁰ השופט ס' ג'ובראן מצטט מפרשת עמותת מחויבות²⁸¹ ומציין:²⁸²

- 275 ע"א 9120/09 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלקסר (פורסם בנבו, 15.9.2010).
- 276 ראו לעיל ה"ש 148.
- 277 פרשת בנק לאומי למשכנתאות, לעיל ה"ש 275, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' חיות.
- 278 שם.
- 279 בג"ץ 10541/09 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.2012).
- 280 שם, פס' 24 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.
- 281 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 482.
- 282 פרשת יובלים, לעיל ה"ש 279, פס' 24 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן. ההפניה לפסיקה "מאוחרת יותר" היא לפרשת אבו מסאעד, לעיל ה"ש 255.

“באותו עניין נקבע גם כי במסגרת חובתה של המדינה לספק קיום מינימאלי, עליה להבטיח שלאדם יהיה די מזון ומשקה לקיומו [...]”. בפסיקה מאוחרת יותר הוכרה באופן מפורש הזכות החוקתית למים כחלק מהזכות לקיום מינימאלי בכבוד.”

בהמשך פסק הדין מציין השופט ס' ג'ובראן כי “לכל אדם קיימת זכות בסיסית להיות מחובר לתשתיות המים והביוב של המדינה לצורך אספקה שוטפת של מים הראויה לשתייה”.²⁸³ השופט ס' ג'ובראן בודק אם העותרות הרימו את הנטל להוכיח כי התקיימה הזכות למים:²⁸⁴

“על העותרים מוטל הנטל להוכיח כי אדם מסוים, או שכבה מסוימת באוכלוסייה, יאלצו לוותר כליל על השימוש במים כתוצאה מהעלייה במחירם. עיינתי בעתירות, [...] אך לא מצאתי ביסוס לטענה זו. מקובלת עלי [...] טענת העותרים שלפיה הפגיעה הקשה ביותר של עליה זו תהיה, סביר להניח, בשכבות החלשות של האוכלוסייה. על כך כמובן יש להצטרף, ויש לקוות כי רשויות המדינה תתמודדנה עם עלייה זו במחירו של משאב חיוני, בין היתר, באמצעות טיפול פרטני וכן באמצעות העלאת הקצבאות שמקבלים אלו אשר נזקקים לסיוע מהמדינה על מנת להגשים את זכותם לקיום מינימאלי לכבוד. [...] יחד עם זאת, לא שוכנעתי, כי עליית המחירים, כשלעצמה, פוגעת בזכות החוקתית לנגישות למים, או בזכות החוקתית לקיום מינימאלי בכבוד.”

פרשת קרן דולב²⁸⁵ עסקה בזכויות יתר שעובדיה של “שירותי בריאות כללית” (לשעבר קופת חולים כללית) מקבלים, ושיש בהן, לטענת העותרים, פגיעה בעקרון השוויון. פסק הדין מנתח בין השאר את מעמדה של קופת החולים ואת הטענה כי נפגם עקרון השוויון. לעניין הזכות לבריאות כותב השופט א' רובינשטיין כי היא “אינה עשויה מקשה אחת [...]”. היקפה של הזכות לבריאות ומידת ההגנה עליה נותרו עמומים [...]. היקף הזכות לבריאות הוא דינמי, ושירותים שלא ניתנו בעבר יתכן שיינתנו בעתיד, לכשירווח”.²⁸⁶ לצורך הדיון בעתירה שאלת היקף הזכות לא דרשה בחינה.

283 ש.ם.

284 ש.ם, פס' 26 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

285 בג"ץ 8335/09 קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 16.2.2012).

286 ש.ם, פסקה כט לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.

(ו) פרשת חסן**(1) הבעיה והטענות**

פסק דין מרכזי בשאלת הזכויות החברתיות הוא פרשת חסן.²⁸⁷ פסק דין זה מביא לסימומו את העשור השני של ההכרה ההלכתית בזכויות חברתיות במסגרת חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו. פסק הדין עסק בחוקתיותו של סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה.²⁸⁸ הוראה זו קובעת חזקה חלוטה שלפיה רואים במי שבבעלותו או בשימושו כלי רכב בעל הכנסה בשיעור הגמלה, ולפיכך נשללת זכאותו לגמלת הבטחת הכנסה. לטענת העותרות, חזקה חלוטה זו, שמכוחה נשללת הגמלה, פוגעת פגיעה שאינה חוקתית בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. המשיבים מצדם טענו כי סעיף 9א(ב) מגלם מדיניות חברתית־כלכלית של המחוקק שאינה נתונה לביקורת שיפוטית. הטעם לכך הוא שמדיניות זו מעגנת שורה של זכויות סוציאליות אשר לא הגיעו למעלה של זכויות־יסוד. המשיבים הוסיפו וטענו כי במסגרת הניתוח החוקתי יש להבחין בין ניתוח חוקתי שעניינו פגיעה בזכות אזרחית לבין הניתוח במקרה של פגיעה בזכות חברתית. הבחנה זו, לטענת המדינה, מתבטאת בשני אלה: ראשית, יש לצמצם את היקפה של הזכות החוקתית באופן שהיא מגנה על מניעת חיים במחסור קיומי מכורח; שנית, יש לקיים במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית את הבדיקה באופן שהמבחנים המהותיים של המידתיות ייעשו כבר בשלב הראשון. כן טענו המשיבים כי סעיף 9א(ב) הוא מידתי לפי המבחנים המקובלים.

(2) האם זכויות חברתיות מצדיקות מודל חוקתי שונה מהמודל לזכויות האזרחיות?

I. ההבחנה בין זכויות אזרחיות (שליליות) לזכויות חברתיות (חיוביות)

הנשיאה ד' ביניש, שכתבה את פסק הדין המרכזי, פתחה את פסק הדין בדיון בטענת המדינה כי הזכויות החברתיות מצדיקות מודל מיוחד לביקורת שיפוטית. הנשיאה ד' ביניש עמדה על ההבחנה ההיסטורית בין הדור הראשון של זכויות האדם (הזכויות האזרחיות) לבין הדור השני (הזכויות החברתיות). היא בחנה את הטענה כי הזכויות האזרחיות הן שליליות באופיין, ולעומתן הזכויות החברתיות הן חיוביות באופיין. הזכויות השליליות מטילות על המדינה מצוות "אל תעשה" ואילו החברתיות מצוות "עשה". זכויות אלה – לפי הטענה – יש לצמצם, שכן הגשמתן תמיד תלויה במשאבים הזמניים לשלטון וקשורה

287 פרשת חסן, לעיל ה"ש 65.

288 לעיל ה"ש 142. סעיף 9א(ב) קובע: "לעניין חוק זה רואים, [...] רכב כנכס אשר מופקת ממנו הכנסה חודשית שסכומה אינו נמוך מסכום הגמלה שהייתה משתלמת לתובע, לולא הוראות סעיף קטן זה".

להקצאת משאבים של המדינה. הנשיאה ד' ביניש העמידה כנגד גישות אלה עמדה נוגדת:²⁸⁹

"משך השנים צמחו ורבו קולות ביקורתיים, לפיהם הסיווג הדיכוטומי של זכויות חברתיות כ'חוביות' וזכויות פוליטיות כ'שליליות' רחוק מלשקף את הפרקטיקה של מימוש זכויות האדם, וכי בפועל לכל זכות אדם ישנם פנים חיוביים ושליליים כאחד [...] [...] על פי ההשקפה המקובלת כיום, אין בסיס להבחין באופן חד וברור בין הזכויות החברתיות לזכויות הפוליטיות על יסוד החובות החיוביות או השליליות של המדינה או על יסוד שאלת הקצאת המשאבים. הפערים לכאורה בין הזכויות הם בעיקרם תוצר של אבולוציה היסטורית ולא של הבדלים ממשיים בין הזכויות עצמן. אכן, 'עשה' ו'לא תעשה', זה לצד זה, הינם חלק בלתי נפרד מההגנה על כל זכויות האדם, יהא אופיין אשר יהא".

הזכויות החברתיות הן אפוא הן זכויות חברתיות שליליות והן זכויות חברתיות חיוביות. זהו הדין לעניין כל זכויות־הבת של כבוד האדם,²⁹⁰ וממילא זהו הדין לעניין כל הזכויות החברתיות.

II. שלילת הסטייה מהמודל הקיים לביקורת שיפוטית

הנשיאה ד' ביניש דחתה את עמדת המדינה, המבקשת לסטות ממודל הביקורת השיפוטית הנהוג מאז פרשת בנק המזרחי המאוחד.²⁹¹ היא מנמקת את עמדתה זו בשלושה טעמים: ראשית, דווקא בהקשר של הזכות לכבוד האדם קבע המכונן "חובה חיובית מפורשת [...] [...] למול החובה ניצבת הזכות, ולצידה הסעד השיפוטי, ואלה אינם כפופים בחוק היסוד לבחינה חוקתית שונה מזו הניתנת ליתר הזכויות הקבועות בו";²⁹² שנית, "בית המשפט לא יתערב בשאלות מדיניות טהורות, אך יהא נכון לבחון את חוקתיותן של פעולות שונות גם אם יש להן, או עשויה להיות להן, השלכות תקציביות. [...] הגנה חיובית על זכויות אדם – אזרחיות, פוליטיות או חברתיות – נוטה ככלל לחייב מקורות מימון מתמשכים, שעשויים מטיבם להיות מוגבלים וגלויים במצבה הכלכלי של המדינה ובהיקף המשאבים העומדים לרשותה";²⁹³ שלישית, אין "למצוא עיגון חוקתי לטענה לפיה פגיעה

289 פרשת חסן, לעיל ה"ש 65, פס' 28 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

290 ראו לעיל בעמ' 347.

291 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

292 פרשת חסן, לעיל ה"ש 65, פס' 29 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

293 שם.

בפן אחד של כבוד האדם, תוביל להחלת מודל לביקורת שיפוטית מסוג אחד ופגיעה בפן אחר של כבוד האדם תוביל למודל אחר של ביקורת שיפוטית".²⁹⁴

הנשיאה ד' ביניש דוחה את טענת המדינה שלפיה היקפה הצר של הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד מצדיק את צמצום הניתוח החוקתי לשלב הראשון בלבד (שלב הפגיעה בזכות החוקתית). "אין טעם עיוני להחיל על זכות, המוגדרת ממילא באופן צר, כללי ניתוח שונים ומחמירים יותר".²⁹⁵ אין צידוק להעביר את נטל ההוכחה לידי העותרים כמעט במלואו.

מעמדות המשיבים עלתה בין השיטין הטענה שלפיה "עמימותן של הזכויות החברתיות מקשה על איתור הפגיעה בהן, ולפיכך מצדיקה החלת מבחנים מחמירים יותר בשלב הראשון של הביקורת החוקתית".²⁹⁶ הנשיאה דוחה טענה זו. היא מציינת כי "עמימות אין נחלתן של זכויות חברתיות בלבד... בית משפט זה התחבט לא אחת בשאלת היקפן וגבולותיהן של זכויות האדם הפוליטיות והאזרחיות. [...] הקושי העיוני הוא פרשני ביסודו. הוא אינו נוגע להבחנה בין זכויות אזרחיות לזכויות חברתיות, אלא אך להבחנה בין ליבת הזכות לשוליה. [...] איתור 'מיקומה הגיאומטרי' של הפגיעה בזכות מסור לבית המשפט כפעולה פרשנית, בין אם מדובר בזכויות אזרחיות ובין אם מדובר בזכויות חברתיות. [...] העמימות, אם כן, תוסר ככל שבית המשפט ידרש לפרשנות של הזכויות החברתיות".

III. הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד

הנשיאה ד' ביניש מציינת כי "בשורה של פסקי דין נקבע כי כבוד האדם במובנו החוקתי מקיף וכולל בתוכו גם זכות למינימום של קיום אנושי בכבוד, הן בפרשות שעוררו היבטים שליליים של הזכות, הן בפרשות שעוררו את היבטיה החיוביים".²⁹⁷ אשר לזכות זו כותבת הנשיאה ד' ביניש:²⁹⁸

"הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד מצויה בליבו ובגרעינו של כבוד האדם. חיים בחרפת רעב, ללא קורת גג, תוך חיפוש מתמיד מנין יבוא עזרו של אדם, אינם חיים בכבוד. מינימום של קיום בכבוד הוא תנאי לא רק לשמירה ולהגנה על הכבוד האנושי, אלא גם למיצוי יתר זכויות האדם. אין כל פואטיקה בחיים בעוני ובמחסור. ללא תנאים חומריים מינימאליים, אין לאדם יכולת ליצור, לשאוף, לבחור את בחירותיו ולממש את חירותיו. [...] בזכות למינימום של קיום אנושי [...] יש לראות [...] זכות המהווה ביטוי

294 ש.ם.

295 ש.ם.

296 ש.ם, פס' 30 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

297 ש.ם, פס' 34 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

298 ש.ם, פס' 35–36 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (הדגשה במקור).

ממשי של כבוד האדם. הזכות לקיום אנושי בכבוד אינה, [...] זכות המרחיבה את תוכנה והיקפיה של הזכות החוקתית לכבוד, אלא היא נטועה עמוק־עמוק בגרעינה של הזכות החוקתית לכבוד. [...] האם ניתן לקיים את הזכות לכבוד בלא לכבד את זכותו של אדם לתנאים מינימאליים של קיום אנושי? האם זכותו של אדם שלא להימצא בחרפת רעב, ללא קורת גג וכלי שיש ביכולתו לעטות בגדים לגופו אינה מבטאת את כבוד האדם שלו? אכן, מבין שלל המשמעויות שניתן להעניק למושג 'כבוד אדם', ובפרט כאשר מושם הדגש על התיבה 'אדם', הרי שהיסודית ביותר היא זו הנוגעת לכבודו הסגולי של האדם, לתנאי הישרדותו ההכרחיים ביותר. אם הגדרנו את יסודות הזכות לכבוד באופן מטאפורי כנשענת על כך שהאדם נברא בצלם, נראה כי צלמו נפגע בראש ובראשונה אם הוא מגיע לעוני מרוד ומשפיל".

IV. היחס שבין חוק הבטחת הכנסה לבין הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד

בהמשך פסק הדין עומדת הנשיאה ד' ביניש על היחס שבין הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד לבין חוק הבטחת הכנסה. היא מציינת כי חובתה של המדינה למינימום של קיום אנושי "ניתנת למילוי בדרכים רבות. היא מוגשמת על ידי מגוון אמצעים, מערכות והסדרים במשפט הישראלי – והכל בקשר הדוק למשאבים שבידי המדינה ולאופן הקצאתם".²⁹⁹ גמלת הבטחת הכנסה היא אחד מהמנגנונים המבטיחים את ההגנה על זכותו של האדם לקיום בכבוד. הנשיאה ד' ביניש מציינת כי גמלת הבטחת הכנסה "יש לה מקום מרכזי בהגנה על הזכות. כגמלה מחליפת הכנסה, נועדה היא לאפשר לזכאים לה לרכוש את הדרוש להם לצורך מחייתם הבסיסית והמינימלית. בהיעדר אמצעי אחר, כגון תלוש קנייה או אספקה ישירה של מצרכים חיוניים, אין לה תחליף. חיוניותה וחשיבותה כה גדולה, עד שספק בעיני אם אין לה השלכה גם על הגנה ושמירה על זכויות אדם אחרות, כגון הזכות לחיים".³⁰⁰ על פי גישתה של הנשיאה, "חוק הבטחת הכנסה בא להשלים את ההגנה על הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. [...] החוק נועד להבטיח לתושבי ישראל משאבים מינימאליים הדרושים להם לסיפוק צרכיהם החיוניים, כאשר אינם מסוגלים לעשות כן בעצמם. תכליתו של החוק היא, איפוא, להבטיח קיום מינימאלי בכבוד... אמנם חוק הבטחת הכנסה אינו האמצעי היחיד בו נוקטת המדינה להגשמת הזכות לקיום מינימאלי בכבוד [...]

ואולם הוא אחד מהאמצעים המרכזיים המגנים עליה".³⁰¹

הנשיאה ד' ביניש קובעת כי סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה קובע פיקציה: "הפיקציה טמונה בחזקה, שאותה לא ניתן 'לסתור', לפיה גובה ההכנסה 'המופקת' מהרכב

299 שם, פס' 37 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

300 שם.

301 שם, פס' 38 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

הינו לכל הפחות שווה לגובה הגמלה. משמעות הדבר ברורה: די בעצם הבעלות או השימוש ברכב כדי להוביל לשלילה של הגמלה. במקרה כזה, מבקש הגמלה מוחזק כמי שהכנסותיו מעידות על כך שאין הוא נזקק לרשת המגן אותה פורשת המדינה.³⁰²

הסדר זה פוגע, לדעת הנשיאה ד' ביניש, בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד: "ההסדר פוגע בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד משום שהוא קובע כלל קטגורי לפיו כל מי שבבעלותו או בשימושו כלי רכב לא יהא זכאי לגמלת הבטחת הכנסה; וזאת, ללא כל תלות בשאלה הפרטנית האם אכן יש לאותו אדם הכנסה בהיקף אשר יבטיח את מימוש זכותו למינימום של קיום אנושי בכבוד. מכאן ברור שכאשר נשללת גמלת הבטחת הכנסה ממי שזקוק לה לצורך קיום מינימלי, נפגעת הזכות לקיום אנושי בכבוד".³⁰³

הנשיאה ד' ביניש הדגישה בפסק דינה כי "בהחלטתנו כי סעיף 9א(ב) לחוק פוגע בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד 'לא נדרשנו להגדיר מהו אותו מינימום של קיום אנושי בכבוד; מה הוא כולל, או מה עליו לכלול. נקודת המוצא לדיוננו היא כי מוטלת על המדינה החובה לקבוע מהם תנאי הקיום המינימאליים ולגזור את מערך הרווחה בהתאם לכך'. [...]

לצורך הדיון שלפנינו, אנו מניחים כי כך אכן נעשה לשם קביעת מערך הרווחה הכולל הניתן על ידי המדינה, ובמסגרתו גם חוק הבטחת הכנסה, מבוסס על קביעה זו. אנו יוצאים, אפוא, מתוך ההנחה שמכלול הסדרי הרווחה הניתנים בישראל מספקים את ה'סל הנדרש' לשם קיום מינימאלי בכבוד. בתוך 'סל' שירותי הרווחה, גמלת הבטחת הכנסה תופסת את המקום המרכזי. בלעדיה, ובהיעדר מקורות הכנסה אחרים, אין הנזקקים יכולים לדאוג לתנאי הקיום הבסיסיים ביותר; ומשכך, שלילתה מובילה מניה וביה לפגיעה בזכותם לקיום אנושי בכבוד כחלק מזכותם לכבוד האדם".³⁰⁴

V. טענת הכורח

המדינה טענה כי לתוך הזכות לקיום אנושי בכבוד יש לקרוא יסוד נוסף – הוא הכורח. על פי עמדת המדינה, "חובתה של המדינה לספק את רשת המגן שבחוק הבטחת הכנסה נוצרת רק כאשר ישנו סיכון לכך שאדם יהא אנוס, בעל כורחו, להיות במחסור קיומי. מצב זה מתקיים, לפי הטענה, כל אימת שלפרט לא עומדת דרך פעולה בה הוא יכול לנקוט, ואשר יש בה כדי למנוע את הגעתו למחסור קיומי. לעומת זאת, כאשר החיים במחסור קיומי הם פרי בחירה – בחירה שראוי מבחינה נורמטיבית לתבוע מהפרט לעסוק – לא משתכללת החובה החוקתית החלה על המדינה וממילא לא נפגעת הזכות לקיום אנושי בכבוד".³⁰⁵

302 שם, פס' 39 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

303 שם, פס' 40 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

304 שם, פס' 47 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

305 שם, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

הנשיאה ד' ביניש קובעת כי "אין חולק כי מוצדק להטיל על המדינה חובה רק כלפי מי שאינו בוחר בעצמו לחיות במחסור קיומי... הגם שדרישת הכורח נראית מוצדקת במישור העיוני, הרי שבמישור המעשי אין ההבחנה בין בחירה לכורח פשוטה כלל ועיקר. השאלה מהן נסיבות חיים שהן תולדה של בחירה חופשית לנסיבות חיים שהן תולדה של כורח ואילוץ, היא פעמים רבות מורכבת. היכן עובר קו הגבול שבין בחירה חופשית והבניה חברתית? שהרי אפשרויות הבחירה מושפעות, בין היתר, מהסביבה בה גדל אדם – ממצבו המשפחתי, הכלכלי והחברתי. בשל כך מתעוררת השאלה, שגם המשיבים מכירים בה, כיצד לזהות את הבחירות שיש להותירן להכרעה במרחב האוטונומי של הפרט. אלה שאלות סבוכות. הן מעוררות בעיות מסוגים שונים ואין הן פשוטות להכרעה. יחד עם זאת, אין הן מתעוררות בעניין שלפנינו, שכן בבחירה אותה העמידו המשיבים בפני מבקש הגמלה – רכב או גמלה – אין כדי להעיד על ההתקיימות או אי־ההתקיימות של יסוד הכורח. [...] יוצא אפוא כי שאלת הכורח כשלעצמה אינה עומדת לדיון בעתירות שלפנינו".³⁰⁶

לאור המסקנה כי הוראת סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה פוגעת בזכות החוקתית למינימום של קיום אנושי בכבוד עברה הנשיאה לבחון אם פגיעה זו מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. מסקנתה הייתה בשלילה. ניתוחו של שלב זה בבחינה החוקתית חורג מענייננו באשר להיקף הזכות החוקתית עצמה. נדון בכך בהמשך.

(3) פסק הדין של השופטת מ' נאור

השופטת מ' נאור סברה, כמו הנשיאה, כי החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה עלולה לפגוע בזכות החוקתית למינימום של קיום בכבוד. זכות זו היא, לדעת השופטת מ' נאור, "החשובה בזכויות החוקתיות".³⁰⁷ לפגיעה – ולו בחלק מן המקרים בזכות החוקתית – יש למצוא פתרון.³⁰⁸

(4) פסק הדין של השופט ע' פוגלמן

השופט ע' פוגלמן מצטרף לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש, ולהערוותיה של השופטת מ' נאור. גם הוא סבור "כי אין טעם ענייני להחלת מודל שונה של ביקורת חוקתית ביחס לזכויות האדם החברתיות המעוגנות בחוק היסוד במובחן מזכויות יסוד אחרות".³⁰⁹ השופט ע' פוגלמן מציין כי כבר נפסק בעבר שהזכות לכבוד האדם "משתרעת גם על הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. [...] הזכות האמורה מצויה בליבת הזכות החוקתית

306 שם, פס' 51 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

307 שם, פסק הדין של השופטת מ' נאור.

308 שם.

309 שם, פסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

לכבוד".³¹⁰ לדעת השופט, סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה פוגע בזכות זו, "שכן הוא מביא לשלילה קטגורית של גמלת הבטחת הכנסה גם ממי שאין בידו הכנסה מספקת לצורך קיום מינימאלי".³¹¹ הסדר פוגע זה אינו מידתי.

(5) פסק הדין של השופטת ע' ארבל

השופטת ע' ארבל מסכימה עם קביעתה של הנשיאה כי סעיף 9א(ב) פוגע פגיעה שרירותית בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. לעניין ההבחנה בין הזכויות האזרחיות (זכויות אל תעשה) לזכויות החברתיות (זכויות עשה) מציינת השופטת ע' ארבל כי כמו הנשיאה אף היא סבורה "כי החלוקה אינה דיכוטומית, ומכל מקום שני הסוגים ראויים להכרה כזכויות על חוקתיות במדינת רווחה דמוקרטית. אמנם, לעומת הזכויות האזרחיות פוליטיות, הזכויות החברתיות נוגעות בעיקרן בתנאי הקיום של האדם במישור הכלכלי-חברתי-תרבותי. עם זאת, קיים ביניהן קשר בל ינתק – שכן בלא קיום זכויות חברתיות יקשה על האדם למצות את זכויותיו האזרחיות. בלא מזון, מים, דיור, בריאות וחינוך יתקשה הפרט לתת תוכן ומשמעות אמיתית לזכויותיו האזרחיות. הוא יתקשה למצות את זכות הבחירה, את חופש הביטוי, את חופש העיסוק ואת זכות הקניין".³¹² לעניין הזכות לקיום אנושי בכבוד כותבת השופטת ע' ארבל:³¹³

"מקורה של הזכות לקיום בכבוד טמון בגרעינה של הזכות הבסיסית לכבוד האדם שקיבלה הכרה חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הזכות למינימום קיום אנושי בכבוד מצויה, כדברי הנשיאה, בליבו ובגרעינו של כבוד האדם. הזכות למינימום של קיום בכבוד נטועה, לטעמי, עמוק בליבת הזכות החוקתית לכבוד – לכבוד האדם [...]"

השופטת ע' ארבל סבורה כי "לעניין מימוש הזכויות באופן שמחייב הקצאת משאבים בהיקפים ניכרים, הוכר הצורך באיפוק וריסון מצד בית המשפט, [...] וזאת משני טעמים עיקריים: האחד – התערבות שיפוטית במדיניות כלכלית עשויה להשליך השלכה ממשית על יציבות המשק ועל תפקודו התקין, השני – נושא זה של קביעת מדיניות כלכלית, מצוי באחריותן של הרשויות הציבוריות שתפקידן הוא לעצבה בהתאם למומחיותן, ועל בסיס הנתונים הרלבנטיים המצויים בידן והן הנושאות באחריות ציבורית לתוצאותיה. [...] האיפוק שגוזר על עצמו בית המשפט בעניינים אלה נובע מהתפיסה לפיה חלוקת משאבי

310 ש.ם.

311 ש.ם.

312 ש.ם, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

313 ש.ם, פס' 3 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

המדינה צריכה לזכות להסדרה מקיפה וכוללת מצד המחוקק, שהוא בעל ראיית הרוחב הנדרשת לטיפול בסוגיות אלה. הסדרה מקיפה מטעמו של המחוקק נדרשת גם בעניינין של הזכויות החברתיות, שטרם זכו לעיגון בחוק יסוד בעל מעמד על חוקתי. עיגון של זכויות אלה במעמד על חוקתי מתחייב במיוחד במדינה דמוקרטית הרואה עצמה כמדינת רווחה המבקשת להבטיח קיום אנושי לכל אדם ותנאי קיום מינימליים בגדרו של המושג 'כבוד האדם' [...]".³¹⁴

השופטת ע' ארבל סיימה את פסק דינה בציינה כי "חשוב להבטיח קיום אנושי לכל אדם. רק הסדרה של הזכויות החברתיות בחוק יסוד תניח את התשתית הנורמטיבית הראויה למתן הגנה חוקתית בסיסית לזכויות אלה, תבהיר את מעמדן העליון ואת המחויבות לכבדן, ויפה שעה אחת קודם".³¹⁵

(6) פסק הדין של השופטת א' חיות

השופטת א' חיות הצטרפה לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, ובלשונה:³¹⁶

"הזכות שיש לכל אדם למינימום של קיום אנושי בכבוד היא אכן זכות חברתית הנמנית עם הזכויות החוקתיות הראשונות במעלה. פסק דינה של חברתי הנשיאה מנתח בתבונה וברגישות את הסוגיה שהניחו לפתחנו העתירות דנן בנוגע לזכות זו, ואני מצטרפת בהסכמה לאמור בו".

(7) פסק הדין של השופט א' רובינשטיין

נקודת המוצא של השופט א' רובינשטיין היא כי "מי שאין בידו להתקיים קיום מינימלי מושפל כבודו כאדם, והוא בא בגדרי סעיפים 2 ו-4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".³¹⁷ השופט א' רובינשטיין מצטרף לעמדתה של הנשיאה ד' ביניש כי "גם כשעסקינן בזכויות חברתיות וכלכליות אין מקום להסיג את שלב הבחינה החוקתית באשר לאיזונים לשלב של תיחום הזכות גופה. [...] מכונן חוק היסוד גם לא ערך הבחנה בין זכויות כלכליות וחברתיות לאחרות [...]". [...] בית המשפט [...] אינו יכול שלא לנקוט זהירות בהטילו על הכנסת והממשלה, בפועל, הוצאה כספית. בגישה זו, של ריסון בכגון דא, עלינו לדבוק. ואולם

314 שם, פס' 5 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

315 שם, פס' 7 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

316 שם, פסק הדין של השופטת א' חיות.

317 שם, פס' ב לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.

הבחינה מקומה לא בשלב קביעת היקפה של הזכות, אלא – ככל בחינה חוקתית – ב'שלב פסקת ההגבלה', ולענייננו בשורה התחתונה – המידתיות [...]”³¹⁸. עיקר פסק דינו של השופט א' רובינשטיין מוקדש לסקירת עמדתו של המשפט העברי לעוני ולקיום בכבוד.³¹⁹ המשפט העברי מטיל חובה על היחיד ועל החברה לעזור לחלש. השופט א' רובינשטיין עומד גם על כבוד הבריות בתורת המוסר היהודית.³²⁰

(8) פסק הדין של השופט ס' ג'ובראן

השופט ס' ג'ובראן הסכים לפסק דינה של הנשיאה. הוא מציין כי “האבחנה בין הזכויות האזרחיות והזכויות הכלכליות־חברתיות מקורה בהתפתחות ההיסטורית של שני מערכי הזכויות, ואינה אבחנה מהותית [...]”. ברי, כי כל אחת מזכויות האדם מטילה על המדינה ציווי 'עשה' וציווי 'אל תעשה', וזאת בהתאם להקשר ולנסיבות העניין. בכך, אין כל שוני בין הזכות לחופש ביטוי, הזכות לשוויון והזכות לחיים לבין הזכות לבריאות, הזכות לחינוך והזכות לקיום מינימאלי בכבוד. יחד עם זאת, שונות זכויות האדם זו מזו בהיקף פריסתן, ובהיקף ההגנה החוקתית והחוקתית שהוענקה להן”³²¹.

השופט ס' ג'ובראן מציין כי “הזכות לקיום מינימאלי בכבוד היא המאפשרת את עצם קיומו החומרי של האדם. משכך, זכות זו ראשונה היא במעלה, ומהווה את אבן הבסיס לזכותו של האדם לכבוד, ולעתים אף ליתר הזכויות כולן. כידוע, עוני ומצוקה יוצרים מעגל קסמים ממנו קשה, אף לחזקים ביותר, להיחלץ. זוהי מציאות המעוררת תחושות של ניכור וחוסר הזדהות, וחונקת את התקווה לשינוי. ללא תנאי מחייה מינימאליים אין האדם יכול לממש את חירותו. ללא תנאי מחייה מינימאליים אין באפשרותו לקיים חיים אוטונומיים ומלאים ואין הוא יכול להפוך לחלק פעיל מחברתו וקהילתו. [...] מציאות זו, של עוני ומצוקה, שלובה לא פעם בשסעים אחרים המפלגים את החברה, וגורמת להתפתחות עוינות וטינה בין מי שידו משגת בשפע, למי שידו אינה משגת אף את האמצעים הבסיסיים ביותר”³²².

בפסק דינו בוחן השופט ס' ג'ובראן אם האמצעים שנקבעו בחוק הבטחת הכנסה עושים את תפקידם נאמנה. לעניין זה עמדתו של השופט ס' ג'ובראן כעמדת הנשיאה ד' ביניש, שלפיה החזקה החלוטה שהחוק יצר פוגעת בזכות לקיום מינימאלי בכבוד. לעניין זה מציין השופט ס' ג'ובראן כי “האופן שבו מוציא אדם את סכום הגמלה שהוענקה לו כדין נתון לשיקול דעתו בלבד. אף שהמדינה מעניקה למי שידו אינה משגת את היכולת להתקיים קיום

318 שם, פס' ז לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.

319 שם, פס' ח לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.

320 שם, פס' יא לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.

321 שם, פס' 2 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

322 שם, פס' 6 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

מינימאלי בכבוד, אין היא רשאית לפגוע באוטונומיה שלו ובחירותו על ידי התערבות באופן השימוש בגמלה".³²³

ד. מהותה של הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד

1. מרכזיותה של זכות־הבת למינימום של קיום אנושי בכבוד

מהזכות לכבוד האדם נגזרת זכות־הבת למינימום של קיום אנושי בכבוד.³²⁴ על זכות זו נאמר כי היא "מצויה בליבו ובגרעינו של כבוד האדם",³²⁵ וכי היא "נטועה עמוק־עמוק בגרעינה של הזכות החוקתית לכבוד".³²⁶ צוין כי הזכות לקיום אנושי בכבוד היא "זכות חברתית הנמנית עם הזכויות החוקתיות הראשונות במעלה",³²⁷ וכי היא "החשובה בזכויות החוקתיות".³²⁸ כן הודגש כי "זכות זו ראשונה היא במעלה, ומהווה אבן הבסיס לזכותו של האדם לכבוד האדם".³²⁹ הודגש כי הזכות לקיום אנושי בכבוד היא תנאי "למיצוי יתר זכויות האדם [...] ללא תנאים חומריים מינימאליים, אין לאדם יכולת ליצור, לשאוף, לבחור את בחירותיו ולממש את חירויותיו".³³⁰ "בלא מזון, מים, דיור, בריאות וחינוך יתקשה הפרט לתת תוכן ומשמעות אמיתית לזכויות האזרחיות".³³¹ "ללא תנאי מחייה מינימאליים אין האדם יכול לממש את חירותו [...] אין באפשרותו לקיים חיים אוטונומיים ומלאים ואין הוא יכול להפוך לחלק פעיל מחברתו וקהילתו".³³²

2. תוכנו של מינימום הקיום בכבוד

(א) מינימום החיים בכבוד – לא מינימום החיים

שאלת מפתח היא מהו אותו מינימום שהוא עיקר תוכנה של הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. ודאי שכל היבט חומרי שבלעדיו אין לאדם חיים נכלל בגדרי מינימום זה.

323 שם, פס' 9 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

324 שם, פס' 23 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש. הנשיאה מציינת כי לזכות זו גם שמות אחרים. "הזכות לתנאי קיום מינימאליים, או הזכות שלא לחיות במחסור קיומי". בסעיף 6 לחוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2) נקבע כי "לכל אישה ואיש זכות שווה לקיום בכבוד אנושי". דומה שהיה ראוי לכנות את זכות־הבת שלפנינו "זכות לקיום בכבוד אנושי".

325 שם, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

326 שם.

327 שם, פסק הדין של השופטת א' חיות.

328 שם, פסק הדין של השופטת מ' נאור.

329 שם, פס' 6 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

330 שם, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

331 שם, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

332 שם, פס' 6 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

מכאן ש"הנגישות למקורות מים לצורך שימוש אנושי בסיסי" היא חלק ממינימום הקיום בכבוד.³³³ הוא הדין בגישה למזון³³⁴ ובמתן "שירותי חירום לכל אדם באשר הוא אדם".³³⁵ עם זאת מינימום הקיום שבו אנו עוסקים אינו אך המינימום הנדרש כדי לחיות ולא למות. זה אינו המינימום הנדרש שלא להיות רעב.³³⁶ המינימום שבו אנו עוסקים הוא מינימום הנדרש כדי לחיות בכבוד. אלה הם תנאי מחיה בסיסיים³³⁷ לקיום אנושי בכבוד. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת גמזו, בציינו:³³⁸

"ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי".

ועל כך הוסיף בפרשת רופאים לזכויות אדם:³³⁹

"תפיסת הזכות לביטחון סוציאלי כמבטיחה תנאי מחייה בסיסיים נהנית מההגנה החוקתית על כבוד האדם".

על גישה זו חזר בפרשת מנור:³⁴⁰

"העותרים טוענים לזכות חוקתית לביטחון סוציאלי שתוכנה מצומצם להבטחת תנאי מחייה בסיסיים בלבד כחלק מההגנה החוקתית על כבוד האדם. ההכרה בזכות החוקתית לביטחון סוציאלי בהיקף זה אינה מעוררת קושי. היא זהה לזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד שהוכרה בפסיקתו של בית־משפט זה".

לעניין בני הגיל השלישי, מינימום הקיום האנושי מחייב הבטחת אמצעי מחיה שיבטיחו את קיומם בכבוד לעת זקנה: "הזכות לקיום בכבוד אנושי קשורה ואחווה בזכות לקיום בכבוד כלכלי".³⁴¹

- 333 ראו פרשת אבו מסאעד, לעיל ה"ש 255, פס' 22 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 334 ראו פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 481; פרשת יובלים, לעיל ה"ש 279, פס' 24 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן. על הזכות למזון, ראו ACCOUNTING FOR HUNGER: THE RIGHT TO FOOD IN THE ERA OF GLOBALISATION (Oliver De Schutter & Kaitlin Cordes eds., 2011).
 335 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 248, פס' י לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
 336 ראו BILCHITZ, לעיל ה"ש 59.
 337 ראו פרשת שזיפי, לעיל ה"ש 202, בעמ' 76 (השופטת ע' ארבל).
 338 פרשת גמזו, לעיל ה"ש 147, בעמ' 423 (הנשיא א' ברק).
 339 פרשת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, לעיל ה"ש 128, בעמ' 333 (הנשיא א' ברק).
 340 פרשת מנור, לעיל ה"ש 197, בעמ' 738.
 341 בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 37 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 28.4.2011).

אכן, דרישת המינימום אינה מתייחסת לעצם החיים (להבדיל מהמוות). דרישת המינימום מתייחסת לחיים בכבוד. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת טויטו:³⁴²

"על המדינה חובה לדאוג לכך שרמת חייו של אדם לא תרד מתחת לסף הנדרש לחיים בכבוד".

מהי אותה "רמת הקיום לה זכאי האדם"?³⁴³ על כך עמד בית המשפט העליון בפרשת עמותת מחויבות:³⁴⁴

"זכותו של האדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום שבו יממש את חירותו כבן אנוש".

מינימום של הקיום בכבוד הוא אפוא המינימום של תנאי החיים אשר יאפשרו לאדם בישראל לממש את אנושיותו. זו אותה "רמת המינימום ההכרחית לקיום אנושי בחברה".³⁴⁵ זהו אותו מינימום שהוא תנאי "למיצוי יתר זכויות האדם".³⁴⁶

(ב) לא רק השפלה וביזוי

המודל המצומצם להבנת הזכות החוקתית לכבוד האדם גורס כי כבוד האדם נפגע רק כאשר האדם מושפל או מבוזה.³⁴⁷ על פי גישה זו מינימום הקיום האנושי בכבוד משמעותו הקיום ללא השפלה או ביזוי. על כן "עוני מרוד ומשפיל"³⁴⁸ פוגע במינימום הכבוד האנושי. "מי שאין בידו להתקיים קיום מינימלי מושפל כבודו כאדם".³⁴⁹ "אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".³⁵⁰ שונה גישתו של מודל הביניים. על פיו, אין לצמצם את כבוד האדם אך להשפלה ולביזוי.³⁵¹ אמת, השפלה וביזוי פוגעים בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. עם זאת הקיום האנושי בכבוד אינו מוגבל אך לקיום אנושי שאין בו השפלה וביזוי. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת אבו מסאעד:³⁵²

- 342 פרשת טויטו, לעיל ה"ש 200, בעמ' 777.
 343 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 480 (הנשיא א' ברק).
 344 שם.
 345 פרשת לוזון, לעיל ה"ש 232, פס' 10 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
 346 פרשת חסן, לעיל ה"ש 65, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
 347 ראו לעיל בעמ' 150.
 348 ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 65, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
 349 שם, פס' ב לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
 350 פרשת גמזו, לעיל ה"ש 147, בעמ' 423 (הנשיא א' ברק).
 351 ראו פרשת אדם טבע ודין לעיל ה"ש 129, בעמ' 518 (הנשיא א' ברק).
 352 פרשת אבו מסאעד, לעיל ה"ש 255, פס' 22 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

”כבוד האדם הוא מושג מורכב, שמוטמעים בו ערכים שונים ומגוונים – מהם בעלי אופי פסי־קיומי, ומהם בעלי אופי נפשי־רוחני. הפגיעה בכבוד האדם עשויה להתבטא בהשפלה נפשית ובביזוי, ועשויה היא להתבטא בשלילת צרכים פסיים־קיומיים שבלעדיהם אין אדם יכול לקיים חיים בכבוד.”

(ג) תנאים בסיסיים לקיום אנושי בכבוד

המינימום הנדרש כדי לחיות הוא נתון אובייקטיבי. אפשר למדוד אותו במונחים רפואיים. הוא אוניברסלי. לעומת זאת המינימום הנדרש לחיים בכבוד – המינימום הנדרש כדי לממש את אנושיותו של האדם כאדם, המינימום המממש את זכותו של אדם “לחיות חיים הראויים לחיים” –³⁵³ אינו ניתן למדידה רפואית. הוא פרי השקפתה של החברה בשאלה מהו אותו מינימום הנדרש לאדם כדי שיוכל לבטא את אנושיותו בגדרי החברה שבה הוא חי. זהו אותו מינימום שיאפשר לאדם “לבחור את בחירותיו ולממש את חירויותיו”.³⁵⁴ זהו אותו מינימום שיעניק לאדם “קיום בכבוד כלכלי”.³⁵⁵ זוהי אותה מערכת אשר תבטיח “רשת מגן” למיעוטי האמצעים בחברה כדי שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי”;³⁵⁶ זהו אותו מינימום אשר יאפשר לאדם “להגשים את הווייתו כאדם”.³⁵⁷ מינימום זה משתנה מחברה לחברה. “לא הרי מדינה שחוסנה הכלכלי הוא כשל מדינה מפותחת, כהרי מדינה שמצבה כשל מדינה נכשלת”.³⁵⁸ ברי כי המינימום הנדרש לחיים בכבוד בהודו שונה מזה הנדרש לחיים בכבוד בישראל. מינימום זה עשוי להשתנות בגדריה של חברה נתונה. לא הרי מינימום זה עם קום המדינה כהרי מינימום זה שישים שנה לאחר מכן. אני מניח שמי שהיו בבעלותו או בשימוש מכונית או טלפון או רדיו עם קום המדינה, היה נתפס כמי שרמת הרווחה שלו היא מעל למינימום הנדרש. כיום הוא עשוי להיחשב מי

353 בג"ץ 4542/02 עמותת “קו לעובד” נ ממשלת ישראל, פ”ד סא(1) 405, 346 (2006) (המשנה לנשיא (בדימ’) חשין). על היקפו של מינימום זה אין הסכמה. ספרות מקיפה עוסקת בו. ראויים לציון הם מרתה נוסבאום (Martha Nussbaum) ואמריטיה סן (Amartya Sen). ראו AMARTYA SEN, INEQUALITY REEXAMINED (1992); THE QUALITY OF LIFE (Amartya Sen & Martha C. Nussbaum eds., 1993); MARTHA C. NUSSBAUM, CREATING CAPABILITIES: THE HUMAN DEVELOPMENT APPROACH (2011).

354 ראו פרשת חסן, לעיל ה”ש 65, פס’ 35 לפסק הדין של הנשיאה ד’ ביניש.

355 פרשת אוניברסיטת בר־אילן, לעיל ה”ש 341, פס’ 37 לפסק הדין של השופטת א’ פרוקצ’יה.

356 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה”ש 176, בעמ’ 482–483 (הנשיא א’ ברק); פרשת סלומוטין, לעיל ה”ש 270, פס’ 13 לפסק הדין של השופטת א’ פרוקצ’יה.

357 פרשת אבו מסאעד, לעיל ה”ש 255, פס’ 22 לפסק הדין של השופטת א’ פרוקצ’יה.

358 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה”ש 176, בעמ’ 479 (הנשיא א’ ברק).

שיורר מתחת למינימום זה.³⁵⁹ בצדק ציין השופט א' רובינשטיין – בהתייחס לזכות לבריאות, אך הדברים תופסים לעניין כל הזכויות החברתיות – כי "היקף הזכות לבריאות הוא דינמי, ושירותים שלא ניתנו בעבר ייתכן שיינתנו בעתיד לכשירווח".³⁶⁰ בפרשנותו "יגשים השופט את המובן המודרני־הרלוואנטי של הזכות לקיום בכבוד".³⁶¹

אפשר להדגים רמת רווחה זו בכמה דוגמאות שעלו מתוך הפסיקה. נפתח בשאלת המזון.³⁶² מינימום המזון הנדרש לקיום אנושי בכבוד אינו מוגבל אך לאותה כמות מזון הנדרשת לאדם כדי שלא ימות. היא גם אינה מצטמצמת בדרישה של מניעת רעב ("חרפת רעב"³⁶³). אמת, "אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע",³⁶⁴ אך מניעת רעב בלבד נופלת מהמינימום הנדרש. "צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם".³⁶⁵ "לאדם שנאבק להשיג תנאי מחייה מינימאליים אין חופש של ממש לחתור להשגת יעדים כלשהם".³⁶⁶ נדרשת אפוא אותה רמת מזון מינימלית שתאפשר לאדם לממש את עצמו בחברה. הזכות למזון כוללת כמובן גם את הזכות למים.³⁶⁷ אכן, הפסיקה הכירה "באופן מפורש בזכות החוקתית למים כחלק מהזכות לקיום מינימאלי בכבוד".³⁶⁸ נקבע כי "נגישות למקורות מים לצורך שימוש אנושי בסיסי נופלת בגדר הזכות לקיום מינימלי בכבוד".³⁶⁹ "לכל אדם זכות בסיסית להיות מחובר לתשתיות המים והביוב של המדינה לצורך אספקה שוטפת של מים ראויה לשתיה".³⁷⁰

- 359 ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 65. ראו לדברים שהשופט א' רובינשטיין מקדיש "לעניין הרכב ומקומו בהווה האנושית בישראל להאידנא": שם, פס' ד לפסק הדין.
- 360 פרשת קרן דולב, לעיל ה"ש 285, פס' כט לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
- 361 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 479 (הנשיא א' ברק).
- 362 ראו Bilchitz, לעיל ה"ש 59; Accounting for Hunger, לעיל ה"ש 334. ראו גם Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor? (Thomas Pogge ed., 2007).
- 363 ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 65, פס' 35 לפסק הדין של הנשיא ד' ביניש.
- 364 פרשת גמזו, לעיל ה"ש 147, בעמ' 375 (הנשיא א' ברק).
- 365 פרשת קונטרס, לעיל ה"ש 16, בעמ' 340 (השופט י' זמיר).
- 366 רות גביוון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25, 45 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 367 על הזכות למים, ראו נטע זיו "עוני, צמצום פערים ושוויון: המקרה של הזכות למים" משפט וממשל ז 945, 967 (2005); נטע זיו "מים זה לא בחינם". למה לא, בעצם? האם המשפט חשוב (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010). ראו גם Inge Winkler, The Human Right to Water: Significance, Legal Status and Implication for Water Allocation (2012).
- 368 פרשת יובלים, לעיל ה"ש 279, פס' 24 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.
- 369 פרשת אבו מסאעד, לעיל ה"ש 255, פס' 23 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 370 פרשת יובלים, לעיל ה"ש 279, פס' 24 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

מינימום של קיום אנושי בכבוד כולל את הזכות למגורים ("הזכות למדור" ³⁷¹). זכות זו נפגעת כמובן אם אין לאדם כלל קורת גג משלו: ³⁷² "אדם המתגורר בביצות ואין לו דיוור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע"; ³⁷³ "חיים [...] ללא קורת גג [...] אינם חיים בכבוד". ³⁷⁴ אך המינימום הנדרש לקיום אנושי בכבוד אינו מסתפק אך בקורת גג. הזכות של אדם למגורים משמעותה: ³⁷⁵

"מקום מגורים שבו יוכל לממש את פרטיותו ואת חיי המשפחה שלו ולחסות מפגעי מזג האוויר".

הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד כוללת בחובה את הזכות לבריאות. ³⁷⁶ זכות זו כוללת בחובה את הזכות לטיפול רפואי במקרי חירום ³⁷⁷ ו"טיפול רפואי נאות לאדם הנתון במצוקה גופנית מיידית". ³⁷⁸ כן נכללים בגדרה של הזכות לבריאות "גישה לטיפול רפואי אלמנטרי". ³⁷⁹ כמו כן "זכותו של חוסה לקבל טיפול ראוי במעון ניתן לראותה שלא בקושי יתר כנגזרת מכבוד האדם". ³⁸⁰ עם זאת מינימום של קיום אנושי בכבוד כולל לעניין הבריאות יותר מכך. הזכות משתרעת לא רק על "גישה ליכולת הרפואה המודרנית" ³⁸¹ אלא

- 371 ראו פרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 187, בעמ' 942 (השופט א' ריבלין); פרשת בנק לאומי למשכנתאות, לעיל ה"ש 275, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' חיות. על הזכות למדור, ראו גם JESSIE HOHMANN, THE RIGHT TO HOUSING: LAW, CONCEPTS, POSSIBILITIES (2013).
- 372 פרשת אברו מסאעד, לעיל ה"ש 255, פס' 22 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 373 פרשת גמזו, לעיל ה"ש 147, בעמ' 375 (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 187, בעמ' 942 (השופט א' ריבלין). פרשת טויטו, לעיל ה"ש 200, בעמ' 779 (השופטת א' פרוקצ'יה).
- 374 פרשת חסן, לעיל ה"ש 65, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
- 375 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 483 (הנשיא א' ברק). זכות זו כוללת כמובן את הזכות לישון במיטה: ראו פרשת רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, לעיל ה"ש 228, פס' 9 ("זכותו של אדם לישון על מיטה היא תנאי בסיסי לקיום מינימלי") ו-13 ("הזכות למיטה לישון בה מצויה בגרעין הקשה של זכויות היסוד לקיום התנאים המינימליים, הנתונה לאדם כחלק מההגנה על כבודו") לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 376 על הזכות לבריאות בישראל ראו כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות אדם (2003); גיא זיידמן וארו שחם "על רפואה, משפט ומה שביניהם" משפט ועסקים 13, 26 (2007); KOCH, לעיל ה"ש 54, בעמ' 59. ראו גם JOHN TOBIN, THE RIGHT TO HEALTH IN INTERNATIONAL LAW (2012).
- 377 ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 248, בפס' י לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין; דניאל שפרלינג וניסים כהן "הזכות לשירותי בריאות – יישומה בישראל" משפט ועסקים 1 ו-249 (2007).
- 378 ראו פרשת סלומוטין, לעיל ה"ש 270, פס' 13 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 379 פרשת גמזו, לעיל ה"ש 147, בעמ' 375.
- 380 בג"ץ 5631/01 אקים ישראל – אגודה לאומית לקימום מפגרים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נח(1) 936, 948 (2003) (השופט מ' חשין).
- 381 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 481 (הנשיא א' ברק).

גם על "טיפול רפואי בסיסי".³⁸² אלה הם "שירותי בריאות חיוניים ברמה הבסיסית ביותר... מדובר ברובד האלמנטרי ביותר של השירותים הרפואיים הנדרשים להגנת החיים והבריאות".³⁸³ זו הזכות למתן שירותי בריאות "עד כמה שהם נופלים לגדר רמת המינימום ההכרחית לקיום אנושי בחברה".³⁸⁴ אלה הם שירותי הבריאות הבסיסיים הנדרשים לקיום אנושי מינימלי בחברה.³⁸⁵

הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד משתרעת על הזכות לביטחון סוציאלי.³⁸⁶ זכות זו הוכרה "כזכות אדם חברתית וכמרכיב חיוני בשמירה על כבוד האדם".³⁸⁷ "תפיסת הזכות לביטחון סוציאלי כמבטיחה תנאי מחייה בסיסיים נהנית מההגנה החוקתית על כבוד האדם".³⁸⁸ "הזכות לביטחון סוציאלי – עד כמה שתוכנה מצומצם להבטחת תנאי מחייה בסיסיים בלבד – אינה מעוררת קושי".³⁸⁹ זכות זו "כוללת את הזכות לקיום אנושי בסיסי, שלא יהיה העובד נתמך סעד".³⁹⁰ ביטחון סוציאלי זה, כזכות חוקתית, מטיל על המדינה את "החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למיעוטי האמצעים בחברה כדי שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי".³⁹¹

3. מאפייניה של הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד

(א) ייחודה של הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד

הזכות למינימום של הקיום האנושי בכבוד היא זכות־בת חוקתית של הפרט כנגד רשויות השלטון. אין היא חלה ביחסים שבין הפרטים. תחולתה אפוא אנכית ולא אופקית.³⁹² במסגרת היחס האנכי מתאפיינת זכות־הבת למינימום הקיום האנושי בשתי תכונות מרכזיות: ראשית, היא זכות שתחולתה מידית. המדינה חייבת למלא את כל הדרישות העולות מהזכות למינימום של הקיום האנושי בכבוד. היא אינה יכולה להסתפק

382 פרשת אבו מסאעד, לעיל ה"ש 255, פס' 22 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

383 פרשת סלומוטין, לעיל ה"ש 270, פס' 16 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

384 פרשת לוזון, לעיל ה"ש 232, פס' 10 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

385 שם, פס' 12 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

386 על הביטחון הסוציאלי ראו רות בן־ישראל ביטחון סוציאלי (2006). ראו גם Mia Swart,

Social Security, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 56D (Stu Woolman,

Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev. 2012).

387 בג"ץ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 423, 429 (2000) (השופטת ד' דורנר).

388 פרשת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, לעיל ה"ש 128, בעמ' 333 (הנשיא א' ברק).

389 פרשת מנור, לעיל ה"ש 197, בעמ' 738 (הנשיא א' ברק).

390 פרשת שזיפי, לעיל ה"ש 202, בעמ' 76 (השופטת ע' ארבל).

391 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 481 (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת סלומוטין,

לעיל ה"ש 270, פס' 13 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

392 ראו לעיל בעמ' 387.

בהגשמת מינימום זה באופן הדרגתי ופרוגרסיבי; שנית, הגשמתה המידית של הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד אינה מותנית במשאבים העומדים לרשות המדינה. משנקבע המינימום החוקתי הנדרש, על המדינה להגשימו. אי-מימושו של מינימום זה בשל טעמים תקציביים הוא פגיעה בזכות החוקתית, אשר אפשר להצדיקה רק אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.³⁹³ הנטל בעניין זה מוטל על המדינה.³⁹⁴

בכך נבדלת הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד מהזכויות החברתיות העצמאיות המעוגנות באמנה הבין-לאומית לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, או במרבית החוקות של המדינות המודרניות. כפי שראינו, הזכויות באמנה הבין-לאומית אינן מחייבות הגשמה מידית של מלוא היקף הזכות החברתית אלא מטילות את החובה להגשמה הדרגתית ופרוגרסיבית. הגשמה זו מותנית במשאבים העומדים לרשות המדינה.³⁹⁵ בדומה לזה ראינו כי הזכויות החברתיות בחוקתה של דרום-אפריקה – שהיא הדוגמה הבולטת לחוקה מודרנית המכירה בקשת של זכויות חברתיות – מותנות כולן בהגשמתן הפרוגרסיבית ובמגבלות תקציביות.³⁹⁶ לעומת זאת הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד נגזרת מהזכות לכבוד האדם. הגשמתה של זכות זו במלואה היא מידית. המדינה אינה יוצאת ידי חובת כבוד האדם במימוש הדרגתי ופרוגרסיבי של הזכות לכבוד, ומניעה תקציבית אינה חלק מהגדרת הזכות עצמה.

(ב) המגבלות של ייחודיות הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד

ייחודה של הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד היא בעלת חשיבות אנליטית רבה, שכן היא משפיעה על היקפה של הזכות. עם זאת החשיבות המעשית של ייחוד זה קטנה יותר, משני טעמים: ראשית, הן זכות-הבת החברתית הנגזרת מכבוד האדם והן הזכות החברתית העצמאית באמנה ובחוקות השונות אינן זכויות מוחלטות. הן זכויות יחסיות. הן כפופות לפסקת ההגבלה. השיקולים המצמצמים את היקפה של הזכות החברתית העצמאית, עד כמה שהם מידתיים, עשויים לצמצם את המימוש של זכות-הבת החוקתית. שנית, אף שהזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד אינה כוללת "הוראה מצמצמת" בעניין המימוש הפרוגרסיבי וההגבלות התקציביות, הרי שיקולים אלה משפיעים על השקפתה של החברה באשר לרמתו של מינימום הקיום האנושי בכבוד. הם משפיעים על תפיסתן של הרשויות הפוליטיות (המחוקק והמבצע). הם חודרים להיקף הביקורת השיפוטית של בתי המשפט. בשורה ארוכה של פסקי דין ציין בית המשפט העליון כי

393 ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ראו גם להלן בעמ' 610.

394 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 66, בעמ' 533.

395 ראו לעיל בעמ' 554.

396 ראו לעיל בעמ' 489.

בתחומי משק וכלכלה, הכרוכים בהיבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף, הביקורת השיפוטית צרה למדי. זאת, הן מטעמים של הפרדת רשויות, הן מטעמים של מידע הנדרש לעניין והן בשל המומחיות בקביעת סדרי עדיפויות לאומיים הנתונה לרשויות הפוליטיות.³⁹⁷

4. חלוקת התפקידים הראויה בין הרשויות הפוליטיות

על פי גישתי, חלוקת התפקידים בין הרשויות השונות היא זו: הקביעה הראשונית של רמת המחיה הנדרשת לשם הקיום האנושי בכבוד צריכה להיעשות על ידי הרשויות הפוליטיות (הכנסת, הממשלה). הן בוודאי תתחשבה במגוון השיקולים הרלוונטיים, לרבות שיקולים של תקציב ושל מקורות לאומיים. משקבעו הרשויות הפוליטיות את רמת המחיה הנראית להם כנדרשת על פי הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד, על בית המשפט לבחור אם רמה זו עולה בקנה אחד עם הבנתם המשפטית את היקפה של זכות־הבת למינימום הקיום האנושי בכבוד. זהו תפקידו של בית המשפט בהפרדת הרשויות. בשלב זה של הבחינה החוקתית אין להביא בחשבון שיקולים של תקציב ושל מקורות לאומיים. משנקבעה הרמה המשפטית הנדרשת, על בית המשפט לבחון אם הרמה שקבעו הרשויות הפוליטיות – אם היא נופלת מזו שקבע בית המשפט – מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. השיקולים הכלכליים־חברתיים, לרבות תקציב ומקורות לאומיים, כפי שהוצגו על ידי הרשויות הפוליטיות, מובאים בחשבון במסגרת פסקת ההגבלה. ההכרעה הסופית באשר למידתיות הפגיעה של האמצעים שהרשויות הפוליטיות קבעו בזכות החוקתית היא בידי בית המשפט.

5. מינימום הקיום האנושי או תנאי מחיה נאותים

(א) עמדתו של השופט א' לוי

השופט א' לוי, בדעת המיעוט שלו בפרשת עמותת מחויבות, קבע כי הזכות לקיום אנושי בכבוד "כוללת את הזכות לתנאי מחייה נאותים".³⁹⁸ הוא מפנה, בעניין זה, להוראת סעיף 11 לאמנה בדבר זכויות חברתיות, שאותה הוא מצטט.³⁹⁹ לדעת השופט א' לוי מטרתה של הזכות לקיום אנושי בכבוד "אינה אך להבטיח את האדם ממחסור קיומי בלתי

397 ראו פרשת דוידוב, לעיל ה"ש 127, פס' 28 לפסק הדין של השופט י' דנציגר; פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 250, פס' 63 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 262, פס' 8 לפסק הדין של השופטת מ' נאור; פרשת סלומוטין, לעיל ה"ש 270, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת חסן, לעיל ה"ש 65, פס' 29 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש, פס' 5 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

398 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 495.

399 שם, בעמ' 495 לפסק הדין של השופט א' לוי.

נסבל".⁴⁰⁰ השופט א' לוי מביא את עמדת המשיבים, שלפיה "הזכות לתנאי מחייה בסיסיים ולסיפוק צרכים חיוניים, ובהם קורת גג, לבוש ומזון כלולה כמובן בהגנה המוענקת לזכות לקיום אנושי בכבוד",⁴⁰¹ ומוסיף "אך אין לומר כי היא מוגבלת באלה".⁴⁰² בהמשך פסק דינו כותב השופט א' לוי:⁴⁰³

"האם אכן ניתן לומר בנימה נחרצת כי תנאי מחיה שמאפשרים אך קיום נעדר מטרות, שאינו מחזיק כל פוטנציאל לשגשוג אנושי, אינם פוגעים בזכותו החוקתית של האדם לכבוד? הכיצד זה נוכל לקבוע כי תנאי מחיה שאינם מקיימים ולו מידה מינימלית של יחס לרמת החיים המקובלת בחברה, או אשר מונעים מהאדם הזדמנות, ולו בסיסית, לפתח את עצמו, להגדיר את מטרותיו ושאיפותיו ולפעול להשגתן, אינם פוגעים בזכותו החוקתית לכבוד? האומנם האדם שתנאי מחייתו אינם מאפשרים לו מידה מינימלית של השתתפות אזרחית, ושמונעים מבערו מלהתערות בחברה הסובבת אותו ומלהשפיע על הנעשה בה הוא האדם שאותו אנו משווים לנגד עינינו בדברינו בכבוד? אמת תאמר, קשתה עלי הקביעה ההחלטית כי אדם המוגן אך מפני 'מחסור בלתי נסבל' אינו נפגע בזכותו החוקתית לכבוד, קשתה מאוד. על חייו של אנוש להחזיק תוחלת וערך. עליכם לאצור הבטחה כלשהי לעתיד נראה לעין. קיום מונוטוני ונעדר מטרות אינו יכול להיחזות בעיניים כ'קיום בכבוד'".

על פי גישה זו, מינימום הקיום האנושי אינו יכול להסתפק אך בהבטחת אדם מפני מחסור קיומי בלתי נסבל;⁴⁰⁴ הוא אינו יכול לאפשר "אך קיום נעדר מטרות, שאינו מחזיק כל פוטנציאל לשגשוג אנושי";⁴⁰⁵ הוא אינו יכול לקבוע תנאי מחיה שאינם מקיימים ולו מידה מינימלית של יחס לרמת החיים המקובלת בחברה, או אשר מונעים מהאדם הזדמנות, ולו בסיסית, לפתח את עצמו, להגדיר את מטרותיו ושאיפותיו ולפעול להשגתן; מינימום הקיום האנושי צריך לאפשר לאדם "לו מידה מינימלית של השתתפות אזרחית".⁴⁰⁶ "על חייו של אנוש להחזיק תוחלת וערך. עליהם לאצור הבטחה כלשהי לעתיד נראה לעין".⁴⁰⁷ השופט א'

400 ש.ש.

401 ש.ש.

402 ש.ש.

403 ש.ש.

404 ש.ש.

405 ש.ש.

406 ש.ש.

407 ש.ש.

לוי מסיים חלק זה בפסק דינו בקבעו כי "קיום מונוטוני נעדר מטרות אינו יכול להיחזות בעיני כ'קיום בכבוד'".⁴⁰⁸ השופט א' לוי ממשיך וקובע:⁴⁰⁹

"על תנאי מחייתו של אדם לאפשר לו תפקוד חברתי סביר בחברה שבה הוא חי. ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי האדם אינו עומד לעצמו כפרט בודד. האדם הוא חלק מחברה [...] זכויות האדם הן אפוא זכויותיו בחברה מאורגנת. הן עוסקות בפרט וביחסיו עם זולתו [...] מכאן שכבוד האדם הוא כבודו כחלק מחברה ולא כמי שחי על אי בודד".

לדעת השופט א' לוי העותרים הוכיחו כי זכותם החוקתית נפגעה.⁴¹⁰ פגיעה זו היא לדעת השופט א' לוי בלתי מידתית,⁴¹¹ ועל כן החקיקה הפוגעת אינה חוקתית.

(ב) השוני בין עמדת הפסיקה לעמדתו של השופט א' לוי

חלקים נרחבים מפסק דינו של השופט א' לוי עולים בקנה אחד עם עמדת הרוב בפרשת עמותת מחויבות ועם עמדת הפסיקה כפי שהתפתחה לאחריה. על פי עמדה זו, כפי שראינו, קיום אנושי בכבוד משמעותו "תנאי חיים המאפשרים לו קיום שבו יממש את חירותו כבן אנוש",⁴¹² ושהיא ה"הכרחית לקיום אנושי בחברה".⁴¹³ זו אותה רמת חיים "שתאפשר לאדם לבחור את בחירותיו ולממש את חירויותיו",⁴¹⁴ ושיאפשרו לו "להגשים את הווייתו כאדם".⁴¹⁵ מטרתה של רמת חיים זו אינה חופפת את רמת החיים שלה טענה המדינה – המתבססת על מודל המחסור הקיומי – המובאת על ידי השופט א' לוי. רמת חיים זו אינה מבטיחה את האדם אך מפני מחסור קיומי בלתי נסבל; רמת חיים זו אינה מאפשרת אך חיים נעדרי מטרות; אין היא נעדרת פוטנציאל לשגשוג אנושי. רמת חיים זו מקיימת בוודאי "מידה מינימלית של יחס לרמת החיים המקובלת בחברה". היא מאפשרת לאדם לפתח את עצמו, להגדיר את מטרותיו ושאיפותיו ולפעול להגשמתן. רמת חיים זו היא רמת חייו של אדם כחלק מהחברה שבה הוא חי. היא נועדה לאפשר לו להשתתף בחיי החברה – החברתיים, התרבותיים והפוליטיים.

המחלוקת העיקרית לעניין היקפה של הזכות החוקתית לקיום אנושי בכבוד מתרכזת בשאלה מה תוכנה של זכות זו: האם הוא המינימום של הקיום האנושי (כעמדת הרוב

408 ש.ס.

409 ש.ס, בעמ' 496–497.

410 ש.ס, בעמ' 500.

411 ש.ס, בעמ' 506.

412 ש.ס, בעמ' 480 (הנשיא א' ברק).

413 פרשת לוזון, לעיל ה"ש 232, פס' 12 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

414 פרשת חסן, לעיל ה"ש 65, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

415 פרשת אבו מסאעד, לעיל ה"ש 255, פס' 22 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

בפרשת עמותת מחויבות והפסיקה שלאחריה)? או שתוכנה הוא הקיום האנושי הנאות או הסביר?

מוכן אני לקבל, במישור הלשוני, כי הביטוי "מינימום" אינו מוצלח. יש בו כדי ליצור רושם (מוטעה) שלפיו המבחן מתרכז במינימום הנדרש לעצם החיים. זה אינו תוכנו של הביטוי. כפי שראינו,⁴¹⁶ הקיום המינימלי הוא אותו קיום המבטיח תנאים בסיסיים לקיום אנושי בכבוד.⁴¹⁷ הוא משקף את תפיסתה של החברה הישראלית דהיום באשר לאיתור רמת רווחה בסיסית שתאפשר לאדם "לממש את חירותו כבן אנוש",⁴¹⁸ "לבחור את בחירותיו ולממש את חירותיו"⁴¹⁹ ותאפשר לו "להגשים את הווייתו כאדם"⁴²⁰ בגדריה של החברה הישראלית.

האין לומר כי אין שוני של ממש בין עמדת הרוב בפרשת עמותת מחויבות והפסיקה בעקבותיה לבין עמדתו של השופט א' לוי? לדעתי קיים שוני מהותי בין שתי הגישות, שאין לטשטש אותו. הפסיקה מחייבת רמת רווחה בסיסית. השופט א' לוי מחייב רמת רווחה נאותה או סבירה. מהו הצידוק לעמדת הפסיקה, ומדוע אין לאמץ את עמדתו של השופט א' לוי?

(ג) הצידוק לעמדת הפסיקה

נקודת המוצא היא כי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל זכות עצמאית לרמת חיים נאותה. השאלה הניצבת בפנינו היא אם ניתן לגזור מזכות־האדם לכבוד האדם זכות־בת חברתית לרמת חיים נאותה (או סבירה) שהיא גבוהה מרמת חיים בסיסית. לפי דעתי הדבר אינו אפשרי, וזאת ממספר טעמים:

ראשית, כבוד האדם כזכות חוקתית משמעותו היא אנושיותו של האדם בגרדי החברה.⁴²¹ באנושיות זו אין לפגוע, ויש להגן עליה. תוכנה של אנושיות זו הוא חופש הרצון של האדם,⁴²² האוטונומיה של רצונו הפרטי⁴²³ וההכרה כי האדם אינו אך אמצעי להגשמת רצונו של אחר.⁴²⁴ תפיסה זו של כבוד האדם – וחובת המדינה שלא לפגוע בה ולהגן עליה – מחייבת רמת רווחה בסיסית אשר נקבעת על פי תפיסותיה של החברה מעת

416 ראו לעיל בעמ' 598.

417 ראו פרשת גמזו, לעיל ה"ש 147, בעמ' 423.

418 פרשת לוזון, לעיל ה"ש 232, פס' 12 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

419 פרשת חסן, לעיל ה"ש 65, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

420 פרשת אבר מסאעד, לעיל ה"ש 255, פס' 22 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

421 ראו לעיל בעמ' 245.

422 ראו לעיל בעמ' 245.

423 ראו לעיל בעמ' 250.

424 ראו לעיל בעמ' 254.

לעת.⁴²⁵ רף זה משקף את תפיסת החברה ואת אנושיותו של כל פרט בגדריה. רמת רווחה מעל לאותו רף בסיסי אינה יכולה להיגזר מכבוד האדם. היא יכולה לבטא, כמובן, תפיסות חברתיות ראויות וטובות, ובהן רצון להגשמת צדק חלוקתי. היא אינה מתבקשת מהזכות החוקתית לכבוד האדם.

שנית, הכרה בזכות־בת חברתית לרמת חיים נאותה (או סבירה) תביא להכרה בזכות חוקתית שהיא מקיפה מעל ומעבר למה שמקובל במשפט הבין־לאומי⁴²⁶ ובמשפט החוקתי של מדינות דמוקרטיות אחרות.⁴²⁷ אכן, בכל שיטות המשפט האלה נקבע כי הזכות החברתית כפופה לשתי הוראות המצמצמות את היקפה:⁴²⁸ האחת, אין הזכות דורשת הגשמה מיידית של מלוא הזכות. הדרישה היא כי הגשמת הזכות תיעשה בהדרגה; השנייה, הגשמת הזכות – המיידית וההדרגתית – כפופה לאמצעים העומדים לרשות המדינה. שתי מגבלות אלה אינן מצויות לעניין הזכויות המעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הזכות לכבוד האדם מטילה על המדינה חובה מיידית להגשמת מלוא היקפה. הגשמתה של חובה זו אינה מותנית ביכולתה התקציבית של המדינה.⁴²⁹ החוקתיות של אי־הגשמת מלוא היקפה של הזכות לכבוד האדם במלוא היקפה בשל מגבלות תקציביות נבחנת בשלב השני של הבחינה החוקתית, שעניינה פסקת ההגבלה.⁴³⁰ לדעתי, אין כל אפשרות משפטית – להבדיל משאיפה חברתית ראויה – לגזור מכבוד האדם זכות־בת חברתית שהיקפה רב מהיקפן של זכויות חברתיות עצמאיות המוכרות במשפט המשווה.

שלישית, כפי שראינו,⁴³¹ האמנה החברתית שעליה סמך השופט א' לוי בפסק דינו⁴³² – מכירה בזכות לרמת חיים נאותה.⁴³³ כפי שראינו,⁴³⁴ זכות זו אינה מטילה על המדינה חובה להגשמה מיידית במלוא היקפה. על רקע זה קבעה הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, בהערה פרשנית,⁴³⁵ כי אפשר לגזור מזכות זו מידת גרעין מינימלי של רמת חיים. כותבת הוועדה:⁴³⁶

- 425 ראו לעיל בעמ' 598.
 426 ראו למשל סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.
 427 ראו למשל סעיף 27 לחוקתה של דרום־אפריקה.
 428 ראו לעיל בעמ' 554.
 429 ראו לעיל בעמ' 604.
 430 ראו לעיל בעמ' 605.
 431 ראו לעיל בעמ' 557.
 432 ראו פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 176, בעמ' 495.
 433 סעיף 11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.
 434 ראו לעיל בעמ' 556.
 435 על ההערות הפרשניות, ראו לעיל בעמ' 554.
 436 General Comment 3, לעיל ה"ש 67, פס' 10.

“[T]he Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure to satisfaction of, at the very least, minimum essential level of each of the rights is incumbent open every state party”.

היקפה של זכות זו נופל בהרבה מזה שנקבע בפסיקה הישראלית בגדרי הזכות לקיום מינימלי בכבוד. זאת אף זאת, הוועדה מציינת כי גם מינימום זה כפוף ליכולתה הכלכלית של החברה.

רביעית, חוק־היסוד הגרמני אינו מכיר בזכויות חברתיות. עם זאת בית המשפט החוקתי הגרמני גזר מהזכות לכבוד האדם זכות חברתית לרמת חיים. כפי שראינו, זכות זו היא למינימום של קיום אנושי.⁴³⁷ גישה דומה נקט בית המשפט העליון של הודו, שהכיר – במסגרת הזכות לחיים – בזכות לכבוד האדם. במסגרתה של זו הוכרה הזכות לצרכים הבסיסיים בחברה, המאפשרים לאדם למלא את תפקידו ופעילותו והמהווים את “bare minimum expression of the human self”.⁴³⁸ יודגש כי אינני סבור שהיקף הזכות לקיום מינימלי בכבוד בישראל זהה להיקפה של זכות זו במשפט החוקתי הגרמני וההודי. לדעתי, היקפה של הזכות בישראל צריך להיות – והוא גם הלכה למעשה – מקיף מהזכות החוקתית שהוכרה בגרמניה ובהודו. הטעם לכך הוא זה: הזכות לכבוד האדם בגרמניה צרה מזו הנוהגת אצלנו. ממילא גם זכויות־הבת צרות יותר. אשר למשפט החוקתי ההודי, הנתונים החברתיים שונים כל כך שלא ראוי הוא לערוך השוואה לעניין רמת הקיום המינימלית בכבוד. ההשוואה היחידה הראויה היא זו של הגישה המתודולוגית. בשלוש השיטות נוהגת, לעניין זה, מתודולוגיה דומה, המכירה בזכות־בת חוקתית למינימום של קיום בכבוד.⁴³⁹ חמישית, הצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות⁴⁴⁰ קובעת:

“לכל תושב הזכות לסיפוק צרכיו הבסיסיים לשם קיום בכבוד אנושי, ובכלל זה בתחומי העבודה, השכר ותנאי העבודה, בתחומי ההשכלה, הלימוד והחינוך ובתחומי הבריאות והרווחה החברתית. זכות זו תמומש או תוסדר בידי רשויות השלטון לפי חוק ובהתאם ליכולתה הכלכלית של המדינה כפי שתקבע בידי הממשלה”.

על פי הצעה זו, הזכות היא “לסיפוק צרכיו הבסיסיים לשם קיום בכבוד אנושי”. ההצעה אינה מעניקה זכות לתנאי מחיה נאותים. הזכות היא – בדומה לגישת הפסיקה – לתנאי מחיה בסיסיים.

437 ראו לעיל בעמ' 562.

438 ראו לעיל בעמ' 561.

439 גישה מתודולוגית דומה נקט בית המשפט החוקתי של קולומביה: ראו לעיל בעמ' 564.

440 ראו לעיל בעמ' 550.

6. דרכי ההוכחה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד**(א) החלת מודל שני השלבים**

הבחינה החוקתית בישראל מבוססת על מהלך דו־שלבי: 441 בשלב הראשון נבחנה השאלה אם חוק פגע בזכות חוקתית. הנטל בשלב זה מוטל על הטוען לפגיעה בזכות. 442 אם נטל זה הורם והוכחה פגיעה בזכות חוקתית, עובר הנטל לטוען כי יש צידוק לפגיעה. 443 עליו להוכיח כי נתקיימו בחוק הפוגע הוראותיה של פסקת ההגבלה. אם הוא נכשל בכך, עוברים לשלב השלישי, שעניינו גיבוש הסעד החוקתי. שלב זה מצוי מחוץ לגדרו של ספר זה.

מבנה דו־שלבי זה חל גם לעניין הזכות לקיום מינימלי בכבוד. בפרשת חסן 444 ניסו באי כוח המדינה לשכנע את בית המשפט העליון כי יש מקום לשנות מבנה זה של הבחינה החוקתית לעניין הזכות לקיום מינימלי בכבוד. ניסיון זה נכשל. בית המשפט העליון חזר וקבע כי מבנה דו־שלבי זה – על הנטלים שהוא מאמץ – חל גם על הזכות לקיום מינימלי בכבוד. הנשיאה ד' ביניש ציינה כי "בעצם העובדה שעוסקים אנו בזכות לכבוד, ובמסגרתה, בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד, אין כדי להצדיק החלת מודל שיפוטי שונה לביקורת חוקתית". 445

(ב) היקף הנטל המוטל על הטוען לפגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד

על פי המבנה הבסיסי לבחינה החוקתית, על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית מוטל הנטל להוכיח קיומה של פגיעה זו. עליו להוכיח – בדרכי ההוכחה הרגילות – כי חייו הפיזיים והנפשיים מתנהלים באופן הנופל מרמת הקיום הבסיסית בכבוד אנושי שלה הוא זכאי מכוח הזכות החוקתית לכבוד האדם. על רקע זה מתעוררת השאלה אם מוטל עליו הנטל להוכיח את מרכיביה של רמת הקיום הבסיסית – הקיום המינימלי בכבוד – שלה זכאי כל אדם בישראל. דומה כי מקובל על הכול כי נטל ההוכחה המוטל על הטוען לאי־חוקתיות בשלב הראשון של הבחינה החוקתית הוא הנטל להוכיח את העובדות הקשורות בו והמביאות לכך שזכותו החוקתית הופרה. יהא עליו להצביע על מקורות הכנסתו ועל מקורות אחרים – בכסף או בעיץ – העומדים לרשותו. אך מה דין הוכחת תנאי המינימום לקיום אנושי בכבוד? נניח כי העותר מוכיח כי סך כל המקורות העומדים לרשותו (בכסף ובעיץ) הם X ש"ח. הוא טוען כי סכום זה נופל מהמינימום הנדרש לקיום מינימלי בכבוד. מה עליו להוכיח?

441 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 66, בעמ' 51.

442 ראו שם, בעמ' 531.

443 שם, בעמ' 533.

444 פרשת חסן, לעיל ה"ש 65.

445 שם, פס' 31 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

על שאלה זו עמדה השופטת ד' ביניש בפרשת עמותת מחויבות, בצינה: 446

“על העותרים היה הנטל הראשוני להוכיח באמצעות תיעוד מתאים את מקורות ההכנסה שלהם אל מול ההוצאות החיוניות השוטפות והקבועות שהם נושאים בהן, ואת הפעולות שנקטו למיצוי זכויותיהם במערכי תמיכה מדינתיים ואחרים שיש בידם לממש”.

בהתקבל הסכום האמור – אשר הנטל להוכחתו מוטל על העותר – על בית המשפט לקבוע אם יש בסכום זה כדי לקיים את חובת המדינה להגן על הקיום האנושי בכבוד של העותר. קביעה זו אינה שונה מכל קביעה נורמטיבית אחרת אשר על בית המשפט לעשותה בגדרי הזכות לכבוד האדם, על בנותיה.

בשלב הבחינה השני – ובעיקר במסגרת מבחן המידתיות במוכן הצר – תצא המדינה ידי חובתה אם תוכיח כי התשלומים הנעשים בחקיקה הרלוונטית הם מידתיים. לעניין זה אין די בכך שהמדינה תוכיח כי התשלומים השונים הנעשים על ידיה הם בגדריו של חוק הבטחת הכנסה⁴⁴⁷ או חקיקה רלוונטית אחרת – יהא עליה להראות כי חקיקה זו היא מידתית. לשם כך יהא עליה להוכיח כי קביעותיה של החקיקה מבוססות על נתונים אמיתיים ועל שיטה מדעית ראויה לחישובם.⁴⁴⁸ סכום פלוני בחקיקה עשוי לשקף פשרה פוליטית שאינה מספקת לקיום מינימלי בכבוד.

7. הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד ושאר הזכויות החברתיות

הספרות ההשוואתית (הביין־לאומית והחוקתית) מכירה בכמה זכויות חברתיות, ובהן הזכות לרמת חיים נאותה, לרבות מזון, לבוש ודיור; הזכות לשירותי בריאות; הזכות לחינוך; הזכות למים; הזכות לביטחון סוציאלי; זכויות בעבודה; הזכות לחינוך; הזכות לתרבות; הזכות לאיכות סביבה. כל הזכויות הללו אינן מוכרות בישראל כזכויות עצמאיות. השאלה הניצבת לפנינו היא כיצד לבחון את ההיבטים החוקתיים של זכויות אלה בישראל. כפי שראינו,⁴⁴⁹ הדרך היחידה הפתוחה לבחינה חוקתית היא לבחון אם אפשר לראות בזכויות אלה זכויות־בת כנגזרות מהזכויות החוקתיות ה“עצמאיות” המוכרות בחוקי היסוד

446 לעיל ה”ש 211, בעמ’ 491.

447 לעיל ה”ש 142.

448 ראו פרשת *Hartz IV*, לעיל ה”ש 108.

449 ראו לעיל בעמ’ 306.

שלנו. כך למשל מקצת זכויות חברתיות אלה עשויות להיגזר מהזכות לחיים, ⁴⁵⁰ לגוף, ⁴⁵¹ לחירות אישית ⁴⁵² ולחופש העיסוק. ⁴⁵³ אנו מתרכזים כמובן בזכות לכבוד האדם. בהקשר זה גדר הספקות הוא זה: האם לבחון את חוקתיותם של זכויות אלה כחלק מזכות־הבת למינימום הקיום האנושי בכבוד? או שמא לבחון בנפרד כל אחת מהן כזכות־בת נפרדת? הפסיקה הישראלית ראתה לעתים בזכות פלונית – כגון הזכות לבריאות – שייכת לזכות לקיום אנושי בכבוד, ולעתים ראתה בה זכות העומדת לעצמה כחלק מכבוד האדם.

נראה לי כי הדרך הראויה לפתור שאלה זו היא זו: היבטים הקשורים במישרין למינימום הקיום האנושי ייבחנו בגדריה של זכות־בת זו. שאר ההיבטים ייבחנו כזכויות־בת נפרדות. כמובן, בין כך ובין כך, המטרה היא תמיד לאתר את ההיבטים הקשורים בכבוד האדם (כזכות־אם). עם זאת לכל זכות חברתית אופי ובעייתיות משלה, המצדיקים לעתים לדון בה מחוץ לזכות־הבת למינימום הקיום האנושי בכבוד. על רקע זה דנתי בגדרי זכות־הבת למינימום של הקיום האנושי בכבוד בזכות למזון, למים וללבוש. אדון בנפרד בזכויות־הבת של כבוד האדם לחינוך, לבריאות, למדור, לביטחון סוציאלי, זכויות בעבודה, זכות לתרבות וזכות לאיכות הסביבה.

450 ראו סעיפים 2 ו־4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

451 ראו סעיפים 2 ו־4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

452 ראו סעיף 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם לעיל בעמ' 338.

453 ראו סעיף 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

פרק עשרים ושניים

זכות־הבת לשם טוב

א. הזכות ההלכתית לשם טוב

בטרם כינונו של חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו נסב עיקר השיח המשפטי באשר לשם הטוב על פרשנותו של חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965.¹ ההגנה על שמו הטוב של האדם נתפסה בעיקרה כהגנה על זכות חקיקתית, וזאת בשונה מההגנה על חופש הביטוי, שנתפס בעיקר כהגנה על חירות הלכתית.² עם זאת הכירה הפסיקה בשם הטוב לא רק כזכות חקיקתית אלא גם כזכות הלכתית.³ עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת אבנרי:⁴

- 1 ס"ח 240.
- 2 ראו ד"ר 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 343, 337 (1978) ("עומדת כאן חירות האזרח למול זכות האזרח, דהיינו חירותו להשמיע את אשר עם לבו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע, כנגד זכותו שלא להיפגע בכבודו ובשמו הטוב, ואם בכלל יש מקום לדירוג בין השניים, הייתי מעמיד את הזכות מעל לחירות" (מ"מ הנשיא מ' לנדוי). ההבחנה שעליה עמד מ"מ הנשיא מ' לנדוי היא בדבר "זכויות משפטיות שבצדן קיימות חובות, מזה, וזכויות החופש או ההיתרים' ובלשוני חירויות, מזה"); בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 662, 657 (1977). הבחנה זו נקבעה בע"פ 99/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 354, 341 (1952). היא מתבססת על Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913). לביקורת גישתו של מ"מ הנשיא מ' לנדוי בפרשת חברת החשמל לעניין ההבחנה בין זכות לחירות, ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 860, 840 (1989).
- 3 ראו ע"א 90/49 בנטוב נ' קוטיק, פ"ד ה 593, 595 (1951) ("זכותו של כל אדם היא ששמו הטוב לא ייפגע", והחוק, בהגינו על זכות זו, מניח לכאורה, שכל אדם הוא בעל שם טוב") (השופט י' אולשן); ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205 (1985) ("בהקשר שלפנינו יש להביא בחשבון ארבעה עקרונות יסוד, המהווים 'מטריה נורמטיבית' אשר במסגרתה יש לפרש את הוראת סעיף 6 לחוק. עקרונות אלה הם: הזכות לשם הטוב של האדם הנפגע; חופש הביטוי של הפוגע; [...]") (השופט א' ברק).
- 4 לעיל ה"ש 2, בעמ' 860 (השופט א' ברק). לביקורת ראו אריאל בנדור "חופש לשון־הרע" משפטים כ 549, 563 (1991).

"הן הזכות לשם הטוב והן הזכות לחופש הביטוי הן זכויות, אשר מבחינתן העקרונתית הן חלק 'מהמשפט המקובל' שלנו, ומהוות הן זכויות יסוד של שיטתנו המשפטית".

על חשיבותה של זכות הלכתית זו נקבע בפרשת אבנרי:⁵

"כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר. בתודעתנו החברתית תופס שמו הטוב של אדם מקום מרכזי. מקורותינו מציינים, כי 'לשון הרע הורגת', וכי כל המלכין את פני חברו ברבים 'כאילו שופך דמים', ואפילו סלח האדם עליו הוצא לשון הרע, הריהו 'בוער מבפנים'. אין להתפלא איפוא, כי תפיסתנו הינה, כי 'טוב שם משמן טוב' [...]. נאמר במקורותינו כי 'לא נחתם גזר-דין על אבותינו במדבר אלא על לשון הרע בלבד' [...]. גם בתרבות המודרנית הכללית, אשר אנו חלק ממנה, תופס שמו הטוב של אדם מקום מרכזי".

על גישה זו חזר בית המשפט העליון בכמה פסקי דין עוד בטרם כונן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶ חקיקה "רגילה" יכלה כמובן להגביל את הזכות לשם הטוב. כדי להשיג תוצאה זו היה על החקיקה לקבוע את ההגבלה בלשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית.⁷

ב. השם הטוב כזכות-בת של כבוד האדם

1. השם הטוב כזכות-בת חוקתית

הזכות לשם טוב אינה קבועה כזכות חוקתית עצמאית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההסכמה הפוליטית שאפשרה את כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא כללה, כנראה, את השם הטוב.⁸ על רקע זה התעוררה השאלה אם אפשר להכיר בשם הטוב כחלק מכבוד האדם.⁹ הספרות השיבה על שאלה זו בחיוב.¹⁰ גישה דומה נקטו כמה בתי משפט

5 שם, בעמ' 856–857 (השופט א' ברק).

6 ראו רע"א 3418/91 העולם הזה בע"מ נ' סני שירותי החזקה וניקיון בע"מ, פ"ד מה(4) 283, 286 (1991); ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1, 10 (1992).

7 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 585 (1993).

8 ראו לעיל בעמ' 113.

9 על השאלה אם אפשר להכיר בשם הטוב כחלק מהזכות החוקתית לחירות אישית (סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ראו לעיל בעמ' 338.

10 ראו חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 32 (1994) ("הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים"); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 427 (1994) ("כבוד האדם מבוסס על האנושיות של האדם באשר הוא, ועל

מחוזיים.¹¹ לבית המשפט העליון הגיעה בעיה זו לראשונה בפרשת גנימאת.¹² באמרת-אגב עמד בית המשפט העליון על "המעמד החדש של הזכות לשם טוב (כחלק מהזכות לכבוד האדם)".¹³ השאלה הגיעה שנית לבית המשפט העליון בפרשת אבי יצחק. באמרת-אגב קבע השופט א' גולדברג:¹⁴

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מעניק הגנה מפורשת לזכות לשם טוב, אולם נראה כי ההגנה על הזכות לכבוד [...] כוללת גם הגנה על הזכות לשם טוב".

דומה שגם השופט ת' אור הסכים לדברים אלה. בפסק דינו באותה פרשה הוא כותב כי על הזכות לשם טוב "כבר נאמר כי היא משקפת את התפיסה של כבודו וערכו של כל אדם באשר הוא אדם, תפיסה העומדת ביסודה של כל חברה שוחרת חירות".¹⁵ מעמדה החוקתי של הזכות לשם טוב עלה שוב בתוך זמן קצר, בשלוש פרשות נוספות: בפרשת צירינסקי הפנה השופט י' קדמי לזכות היסוד של אדם לשמו הטוב בציינו כי "עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכתה זכות זו למעמד חוקתי על כל המתחייב מכך".¹⁶ השופטת ט' שטרסברג-כהן הוסיפה כי "קיים יחס הדוק בין כבודו של אדם לבין שמו הטוב";¹⁷ בפרשת שביט ציין בית המשפט העליון באמרת-אגב כי "הזכות לשם טוב נגזרת מכבוד האדם".¹⁸ בפרשת סנש¹⁹ נכתב כי "שיטת המשפט רגישה לא רק לחופש

- ערכו העצמי הפנימי. כבוד האדם מניח התחשבות בכל אדם כמטרה בפני עצמה, ולא כאמצעי לסיפוק צרכיהם של אחרים. על כן, כבוד האדם כולל הגנה על שמו הטוב של אדם. אכן, כבודו של אדם ושמו הטוב של אדם זה בזה. פגיעה בשם הטוב פוגעת בכבוד האדם של הנפגע";
 אורי שנהר דיני לשון הרע 46 (1997) ("חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אמנם אינו מעניק הגנה מפורשת לזכות לשם טוב, אולם נראה, כי ההגנה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפני פגיעה ב'כבודו' של אדם כוללת את ההגנה מפני פגיעה בשמו הטוב של אדם").
 11 ראו ע"פ (י-ם) 546/92 דורון נ' טריינין-גורן, פ"מ התשנ"ד(1) 441, פס' 15 לפסק הדין של השופט י' גרוס (1993); ע"א (י-ם) 28/95 פדרמן נ' טרנר, פ"ג התשנ"ו(1) 411, פס' 4 לפסק הדין של השופט ד' חשין (1995).
 12 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995).
 13 שם, בעמ' 418 (המשנה לנשיא א' ברק).
 14 ע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות, פ"ד נג(1) 26, 50 (1998).
 15 שם, בעמ' 62. ראו גם WIC Radio Ltd. v. Simpson, [2008] 2 S.C.R. 420, para. 79 ("Reputation is an important element of human dignity and must be protected") (Binnie J.) (Can.).
 16 בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721, 731 (1998).
 17 שם, בעמ' 744.
 18 ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 651 (1999) (הנשיא א' ברק).
 19 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).

הביטוי אלא גם לשמו הטוב של האדם. השניים יונקים בסופו של דבר, מאותו מקור עצמו – כבוד האדם.²⁰ השופט מ' חשין הרחיב בעניין זה בפסק דינו בציינו כי "יהיו אשר יהיו תחומי דרישתו של 'כבוד האדם', שלא כבנושא של חופש הביטוי, הכל יסכימו כי כבוד האדם פורש עצמו על שמו הטוב של האדם".²¹ מאז הכירו כל השופטים שעסקו בשאלה כי שמו הטוב של אדם הוא חלק מזכותו החוקתית לכבוד האדם.²² המחלוקת ההלכתית שאפיינה את חופש הביטוי²³ לא הייתה נחלתו של השם הטוב. מאז נפסקה פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל²⁴ הוכר כדבר מובן מאליו כי הזכות לשם טוב היא זכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם.²⁵

שאלה מעניינת היא מדוע לא ראה בית המשפט העליון כל קושי בקביעה כי הזכות לשם טוב היא חלק מכבוד האדם, אך נתקל בקשיים ניכרים בקביעה כי הזכות לשוויון ולחופש הביטוי הן חלק מכבוד האדם. מבחינת ההיסטוריה החוקתית הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, אשר פורסמה ב-1973²⁶ ושימשה בסיס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבעה כי "כל אדם זכאי להגנה כדין על חייו, גופו, נפשו, כבודו ושמו הטוב".²⁷ השם הטוב לא אומץ בחוק היסוד שהתקבל. מבחינה זו הוא אינו שונה מהזכות לשוויון ומהזכות לחופש ביטוי, שאף הן נכללו בהצעה אך לא אומצו. זאת ועוד: כל מגילת זכויות מודרנית

20 שם, בעמ' 832 (הנשיא א' ברק).

21 שם, בעמ' 866.

22 ראו ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 906, 865 (2001); רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 518, 510 (2001); ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 89–90 (2002) (השופט א' ריבלין); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 565, 558 (2004); רע"פ 8295/02 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 578, 598, 619 (2005); ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד ס(4) 13, 26 (2005).

23 ראו לעיל בעמ' 144.

24 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

25 ראו בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 106, 150 (2006); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה ופס' 5 לפסק הדין של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.11.2006); ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, פס' 9–10 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 12.12.2006); ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פס' 12–13 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 4.8.2008); רע"א 2572/04 פריג' נ' "כל הזמן", פס' 20 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 16.8.2008); רע"א 4447/07 מור נ' ברק, פס' 17 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 25.3.2010); דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' ז לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.7.2011); ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פס' 19 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 27.7.2011); ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פס' 66 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין ופס' 2 לפסק הדין של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 8.2.2012).

26 ראו לעיל בעמ' 114.

27 סעיף 3 להצעה.

כוללת בחובה זכות חוקתית לשוויון וזכות חוקתית לחופש ביטוי, אך רבות מהן אינן כוללות זכות עצמאית לשם טוב.²⁸ הטעם לכך הוא לרוב ברצון להגן על חופש הביטוי. והנה הפסיקה הישראלית לא ראתה כל קושי בהגנה חוקתית על השם הטוב, אך ראתה קשיים בהגנה על חופש הביטוי.

נראה לי כי התשובה לשאלה שהעליתי מעוגנת בלשון העברית.²⁹ התיבה "כבוד" מקרינה מתוכה תחושת לשון שלפיה כבוד האדם משמעותו שמו הטוב של האדם. דומה שביטוי לכך ניתן בדבריו של השופט מ' חשין בפרשת קראוס:³⁰

"נתקשה במאוד להבחין ולהבדיל בין האדם עצמו לבין כבוד האדם. האדם וכבודו ירדו לעולם שלובים ואחוזים זה בזה; האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם. 'האדם וכבודו ייבקעו יחדיו מרחם אם, והשניים היו לאחדים: האדם הוא כבודו וכבודו של אדם הוא האדם' [...]. אדם שאיבד את כבודו אינו אלא צלם-אדם, אם תרצה: צל-אדם [...]."

בהמשך מצטט השופט מ' חשין ממחזה של שייקספיר, המשתמש בביטוי האנגלי Honor.³¹ נתן ביטוי להסבר זה השופט י' עמית בפרשת דיין-אורבך:³²

"שמו הטוב של אדם טבוע אינהרנטית במושג כבוד האדם, זו המשמעות הטבעית והראשונית של כבוד האדם. הכבוד והשם הטוב הם כתאומים בני צביה, הכבוד של אדם הוא שמו הטוב והשם הטוב הוא הכבוד, כמעט מילים נרדפות בדיבור אחד. אדם מן היישוב יזהה פגיעה בשמו הטוב של אדם כפגיעה בכבודו האישי של אדם, שהרי שמו של אדם הוא בנו-בכורו של מושג הכבוד."

תחושת לשון זו מובנת היא. עם זאת הזכות החוקתית לכבוד האדם אינה כוללת כבוד רק במונח של Honor אלא משתרעת גם על כבוד במונח של Dignity.³³ שני ההיבטים האלה של

28 כך הדבר בצ'רטור הקנדי לזכויות וחירויות ובחוקה של דרום-אפריקה; ראו Hill v. Church of Scientology, [1995] 2 S.C.R. 1130 (Can.).

29 ראו Izhak England, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, 21 CARDOZO L. REV. 1903, 1904 (2000).

30 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 74 (1998).

31 שם, בעמ' 75. המחזה שממנו לקוח הציטוט הוא ריצ'רד השני: WILLIAM SHAKESPEARE, RICHARD II, Act I, scene I, 11.

32 לעיל ה"ש 25, פס' 3 לפסק הדין של השופט י' עמית.

33 ראו להלן בעמ' 628.

כבוד האדם – הן ה־Honor והן ה־Dignity – הם חלק ממנו. שניהם נגזרים מכבוד האדם.³⁴ שניהם זכויות-בת של כבוד האדם.

2. חשיבותה של זכות-הבת לשם הטוב

בית המשפט העליון לא ראה כל קושי להכיר בזכות לשם הטוב כחלק מכבוד האדם. אך מעבר לכך: בית המשפט העניק לזכות-הבת של כבוד האדם משקל חוקתי ניכר וחשיבות חוקתית רבה.³⁵ על חשיבותה הרבה של הזכות לשם הטוב עמד השופט מ' חשין בפרשת סנש:³⁶

”שמו הטוב וכבודו של אדם יקרים לו מכל-יקר, לעתים גם מחיו. [...] כבודו ושמו הטוב של אדם יקרים לו – למצער – כגופו. ומה אדם קונה זכות על גופו – שלא יפגעו בו – כן קונה הוא זכות שלא יפגעו בכבודו ובשמו הטוב. פגיעה בכבודו ובשמו הטוב של אדם מדמה עצמה לאונס או למעשה מגונה הנעשים בגופו של אדם. ההבדל בין שני סוגי הפגיעה אינו אלא זה, שאונס ומעשה מגונה פוצעים תחילה בגוף ולאחר מכן בנפש, ואילו פגיעה בכבודו ובשמו הטוב של אדם פוצעים בנפש ופציעת-הנפש יכולה אף שתביא לפציעת הגוף. [...] גם זכותה של חנה סנש לשם טוב – יהיו מי שיאמרו: זכותם של החיים לקיים את שמה הטוב של חנה סנש – גם זכותו של המחזאי וזכותה של רשות השידור לחופש הביטוי, גם זו וגם זו זכות למעמד של זכות-יסוד, זכות-על. ושתי זכויות-על אלו מנהלות דו-קרב ביניהן. ידה של מי מן השתיים תהא על העליונה?”

לא נוכל להכריע בין השתיים על-פי מהותן העקרונית של הזכויות, שהרי השתיים כאחת זכויות-עומק הן, זכויות שחברה דמוקרטית כשלנו לא תוכל בלעדיהן. גם לא נוכל להכריע בין השתיים על-פי מעמדן ההיררכי בשיטת המשפט, שהשתיים כאחת מושבן הוא אצל המלכות. שומה עלינו אפוא לחפש ולמצוא אמת-מידה ראויה שעל-פיה נכריע בין הזכויות הניצות ביניהן.”

34 ראו להלן בעמ' 628.

35 ראו פרשת אבנרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 857; פרשת פלוס, לעיל ה"ש 22, בעמ' 906 (“משיצאה לשון הרע לאוויר העולם, שוקעת היא בלבות אנשים. בעבור זמן מתעמעם הזיכרון והולך, אך שמץ מן הזיכרון נותר, ולא לטוב. לשון הרע נמשלה לחץ ששולח. ומה חץ ששולח לא ישוב אחור, כן היא לשון הרע”) (השופט מ' חשין); פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 25, פס' 5 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל, בה היא מפנה למקורות המשפט העברי.

36 פרשת סנש, לעיל ה"ש 19, בעמ' 857, 866. להערכת פסק הדין בפרשת סנש, ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר “קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי” משפטים לב 623 (2002).

ובפרשה אחרת הוא הוסיף:³⁷

"[...] כבודו של אדם הוא אותה רוח שבאה בעצמות היבשות ונתנה בהן חיים. טול מאדם את כבודו ונטלת ממנו את רוחו, את נשמתו".

חשיבות מיוחדת זו של זכות-הבת לשם הטוב מוצאת ביטוייה בהקשרים שונים. למשל, יש לה חשיבות רבה בחיזוקה של זכות חוקתית אחרת, בין זכות-בת של כבוד האדם ובין זכות עצמאית (כגון קניין, חירות אישית או פרטיות).³⁸ כמו כן יש לה חשיבות רבה במקום שהיא מתנגשת עם זכות חוקתית אחרת.³⁹ למשל, חשיבותה של הזכות לשם טוב תמצא את ביטוייה במקום שהיא מתנגשת עם זכות-הבת של חופש הביטוי.⁴⁰ שתיהן זכויות-בת חוקתיות; שתיהן נגזרות מכבוד האדם; לשתיהן חשיבות רבה בשיטה החוקתית שלנו. המשקל היחסי של כל אחת מהשתיים מתבטא בגדריה של פסקת ההגבלה בכלל ובגדריה של המידתיות במובן הצר (איזון) בפרט.⁴¹ זהו איזון אופקי בין שתי זכויות חוקתיות חשובות ביותר.⁴² עמד על כך השופט י' עמית:⁴³

"הלכה פסוקה עמנו כי הזכות לחופש הביטוי והזכות לשם טוב, נגזרות שתיהן מהערך החוקתי של כבוד האדם [...]. המדובר בזכויות שוות-מעמד נורמטיבי-חוקתי, שהאיזון ביניהן הוא אופקי ונעשה במסגרת חוק איסור לשון הרע".

ג. היקפה של זכות-הבת לשם הטוב

1. שם טוב כזכות עצמאית

הזכות לשם הטוב אינה מוכרת בישראל כזכות חוקתית עצמאית. היא זכות-בת לכבוד האדם.⁴⁴ ככל זכות-בת אחרת של כבוד האדם, גם הזכות לשם טוב היא זכות כלפי רשויות הציבור. זו אינה זכות חוקתית כלפי פרט אחר. היא חלה ברמה החוקתית רק ביחס (האנכי)

37 פרשת ביטון, לעיל ה"ש 22, בעמ' 598.

38 ראו לעיל בעמ' 333.

39 ראו לעיל בעמ' 317.

40 ראו Stijn Smet, *Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict*, 26 AM. U. INT'L L. REV. 183 (2011).

41 ראו לעיל בעמ' 317.

42 ראו פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 25, פס' 34 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה.

43 פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 25, פס' 2 לפסק הדין של השופט י' עמית.

44 ראו פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 25, פס' 10 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין; פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 25, פס' 76 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין ופס' 2 לפסק דינו של השופט י' עמית.

שבין הפרט לשלטון. היא אינה חלה ביחסים (האופקיים) שבין פרט לפרט.⁴⁵ זכות-הבת לשם טוב היא בעלת היבט חיובי ושלילי גם יחד. זהו הדין לעניין כל זכויות הבת של כבוד האדם.⁴⁶ זהו אפוא הדין גם לעניין זכות-הבת לשם טוב. היא קשורה בקשר ענייני הדוק לעקרונות המונחים ביסוד זכות-האם לכבוד האדם. אילו הוכר בישראל אגד הזכויות המכונה הזכות לשם טוב כזכות חוקתית עצמאית, היו זכויות-הבת הנגזרות ממנו צריכות לקיים את העקרונות המונחים בבסיסו. מהם עקרונות אלה?⁴⁷ שאלה זו לא נבחנה בפסיקה הישראלית. דומה כי אחד הטעמים לכך הוא הקשר ההדוק ששופטים יצרו בין כבוד האדם לבין השם הטוב ("האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם").⁴⁸ עם זאת ייאמר כי גם במשפט המשווה נושא זה לא פותח בהרחבה, שכן שיטות המשפט העיקריות, אשר במסגרתן נערכה ההשוואה – כגון מגילת הזכויות האמריקנית, הצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות, החוקה של דרום-אפריקה, חוק היסוד הגרמני, האמנה האירופית לזכויות האדם והחוקה של הודו – אינן מכירות בשם הטוב כזכות עצמאית.⁴⁹

מצב דברים זה אינו משחרר אותנו מהצורך לעמוד על הבחנה זו בישראל, וזאת מהטעם הזה: עד כמה שזכות עצמאית לשם טוב (אילו הוכרה בישראל) הייתה מתבססת בין השאר על עקרונות שאינם עקרונות המונחים ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית,⁵⁰ אין להכיר בזכות-בת לשם טוב המגשימה עקרונות אלה. הנח למשל כי זכות עצמאית לשם טוב נועדה בין השאר להגן על שלום הציבור וביטחונו. דבר זה עשוי להתבטא בין השאר בחקיקה העושה היבטים מסוימים של פגיעה בשם הטוב לעברה פלילית. אכן, "המשפט הקונטיננטלי העתיק, המשפט המקובל האנגלי וגישות מסוימות במשפט האנגלו-אמריקני המודרנית, רואים בשלום הציבור את הערך החברתי המוגן על ידי האיסור על הוצאת לשון הרע, בעיקר בתחום הפלילי. דיני לשון הרע הפליליים מבוססים על היסוד של הפרת שלום הציבור".⁵¹ באחת הפרשות ציין בית המשפט העליון – לעניין האחריות הפלילית בגין לשון הרע – כי "המטרה החקיקתית, העומדת ביסוד האחריות הפלילית, חייבת להיות קשורה,

45 ראו לעיל בעמ' 387.

46 ראו לעיל בעמ' 351.

47 ראו Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 CAL. L. REV. 691 (1986).

48 פרשת קראוס, לעיל ה"ש 30, בעמ' 74 (השופט מ' חשין).

49 ראו להלן בעמ' 624.

50 על צידוקים אלה, ראו פרשת בן נתן, לעיל ה"ש 25, פס' 21 לפסק הדין של השופט י' דנציגר ("ההצדקה המרכזית להגנה על השם הטוב נובעת מן הקשר ההדוק בין השם הטוב של אדם לבין זכותו לכבוד. זו אינה ההצדקה היחידה. השם הטוב נתפס אף כחלק מקניינו של אדם [...] הגנה על השם הטוב משרתת אינטרס ציבורי וחורגת מגדר אינטרס הפרט לשמור על שמו הטוב בשל השלכות האווירה 'המורעלת', בהעדר הגנה כאמור, על אופייה של החברה כולה [...] יש הרואים בה אף כזכות הנגזרת מן הזכות לפרטיות [...]").

51 חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנוור לשון הרע: הדין המצוי והרצוי 50 (2005).

מטבע הדברים, באינטרס ציבורי, אשר פגיעה בו יש בה כדי להצדיק, בנוסף לאחריות האזרחית, גם סנקציה פלילית.⁵² אם מטרה זו מונחת גם ביסוד הזכות החוקתית העצמאית לשם הטוב, כי אז מתעוררת השאלה אם אפשר להכיר במטרה זו בגדרי זכות-הבת לשם הטוב בישראל. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה. זכות-הבת לשם טוב נגזרת בגדרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מזכות-האם לכבוד האדם. ניתן לטעון כי מטרתה של הבטחת שלום הציבור וביטחונו אינה חלק מהמטרות המונחות ביסוד כבוד האדם כזכות-אם. ממילא אין הן חלק מהמטרות שזכות-בת של כבוד האדם – בענייננו זכות-הבת לשם טוב – יכולה להגשים. לעומת זאת, יש להצביע על כך כי כבוד האדם – ושמו הטוב של האדם – הוא בגדרי החברה, ושמירה על השם הטוב כחלק משלום הציבור קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק.⁵³

2. המשפט התת-חוקתי המגן על השם הטוב

השם הטוב של אדם מוגן במשפט הישראלי במשפט התת-חוקתי. ההלכה הפסוקה הכירה בשם הטוב כזכות הלכתית.⁵⁴ לצדה עומדת החקיקה. המקור החוקתי המרכזי הוא חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965.⁵⁵ מקורות חקיקתיים משניים הם חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981⁵⁶ וחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999.⁵⁷ סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע מגדיר לשון הרע מהי:

"לשון הרע הוא דבר שפרסומו עלול –

- (1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;
 - (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו;
 - (3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו;
 - (4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו;
- בסעיף זה 'אדם' – יחיד או תאגיד. 'מוגבלות' – לקות פיסית, נפשית או שכלית, לרבות קוגניטיביות קבועה או זמנית."

52 פרשת בורוכוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 219 (הנשיא א' ברק). לביקורת גישה זו, ראו לעיל בעמ' 622.

53 ראו לעיל בעמ' 256.

54 ראו לעיל בעמ' 615.

55 לעיל ה"ש 1. להיסטוריה של חקיקת החוק ראו שנהר, לעיל ה"ש 10.

56 ס"ח 128.

57 ס"ח 146.

האם הגדרה זו קובעת את היקפה של זכות-הבת לשם הטוב?⁵⁸ התשובה היא כי הגדרות של המשפט התת-חוקתי (ההלכתי או החקוק) כפופות למשפט החוקתי, ועל כן אין בהן כדי לקבוע את היקפו של ההסדר החוקתי.⁵⁹ עם זאת ראוי לו לפרשן שיעמיד את ההגדרות של המשפט התת-חוקתי לנגד עיניו כאחד הנתונים המהווים את ההיסטוריה החוקתית של ההוראה החוקתית. אין לומר אפוא כי היקפה של זכות-הבת לשם הטוב הוא כהיקפה של לשון הרע בחוק איסור לשון הרע. למשל, אין מקום להגביל את היקפה של זכות-הבת החוקתית לשם הטוב אך להשפלה ולבזוי, ואין להרחיב את היקפה של זכות-הבת באופן שתשתרע גם על שמו הטוב של תאגיד. היקפה של זכות-הבת לשם הטוב צריך להיגזר מהעקרונות המונחים בבסיס זכות-האם לכבוד האדם, אם הם נוגעים לשם הטוב. גישה זו עשויה לחייב בחינה מחודשת של כמה הנחות יסוד הקבועות בחוק איסור לשון הרע, כגון ההגנה על השם הטוב מפני לשון הרע שיש בה אמת.⁶⁰ חלקה של בחינה מחודשת זו הוא בעל אופי פרשני, כלומר פירושו של חוק איסור לשון הרע על רקע העקרונות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חלק אחר של הבחינה המחודשת הוא בעל אופי חוקתי, כלומר חוקתיותם של הסדרים בחוק איסור לשון הרע לאור הזכויות החוקתיות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחינה זו צריכה כמובן להמתין כל עוד ההוראה בדבר שמירת הדין הישן עומדת בעינה.⁶¹ כאשר זו תבוא, יהא מקום להבחין בין שאלות הקשורות להיקפה של הזכות לשם הטוב (שלב הבחינה הראשון, שבו אנו עוסקים עתה) לבין שאלות הקשורות לצידוק בפגיעה בזכות לשם הטוב (שלב הבחינה השני שבמרכזו מידתיות הפגיעה).

ד. העקרונות שביסוד זכות-הבת לשם הטוב

1. גזירת זכות-הבת לשם טוב מזכות עצמאית

השם הטוב בישראל אינו זכות חוקתית עצמאית. הוא זכות-בת לזכות החוקתית לכבוד האדם. תופעה דומה קיימת גם במשפט המשווה. רבות מהמדינות שאינן מכירות בזכות חוקתית עצמאית לשם הטוב מכירות בה כזכות-בת. למשל, האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם אינה מכירה בשם הטוב כזכות עצמאית. עם זאת היא מכירה בהגנה על השם

58 ראו גנאים, קרמניצר ושנור לעיל ה"ש 51.

59 לבעיה דומה, ראו לעיל בעמ' 385.

60 ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 51, בעמ' 186.

61 ראו סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". על הוראה זו, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 222 (2010). על חובתן של רשויות השלטון לפתח את המשפט הישראלי ברוח חוקי היסוד, ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 363 (2012).

הטוב כהגבלה חוקתית על חופש הביטוי.⁶² ההכרה בשם הטוב כזכות חוקתית נגזרת מהוראת סעיף 8, שלפיה:

“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”.

פסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם פירשה הוראה זו כמשתרעת גם על ההגנה על השם הטוב.⁶³ בחוקתה של הודו אין מצויה זכות עצמאית לשם הטוב. לעומת זאת מוכרת זכות עצמאית לחיים.⁶⁴ בית המשפט העליון של הודו פסק כי הזכות לשם הטוב היא חלק מהזכות לחיים.⁶⁵ חוק-היסוד של גרמניה אינו מכיר בזכות עצמאית לשם טוב. הוא מכיר בזכות לכבוד האדם, אך בשל ייחודה של זכות זו⁶⁶ היא אינה הבסיס להכרה באופי החוקתי של השם הטוב. אופי זה הוכר במשפט החוקתי של גרמניה בגדרי הזכות לפיתוח האישיות.⁶⁷ אחת מזכויות-הבת של זכות זו היא הזכות לשם טוב.⁶⁸

הסדר חוקתי הדומה לשלנו מצוי בחוקתה של דרום-אפריקה. חוקה זו אינה מכירה בזכות עצמאית לשם הטוב. עם זאת היא מכירה בזכות לכבוד האדם. בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה גזר מהזכות לכבוד האדם את הזכות לשם טוב.⁶⁹ בית המשפט קבע כי העקרונות המונחים ביסוד הזכות לשם הטוב הם אפוא העקרונות המונחים ביסוד הזכות לכבוד האדם. מהם עקרונות אלה?

- 62 ראו סעיף 10(2) לאמנה האירופית (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005 (Nov. 4, 1950)).
- 63 ראו Chauvy v. France, 41 E.H.R.R. 610 (2005); Gunnarsson v. Iceland, ECHR App. No. 4591/04 (2005); Pfeifer v. Austria, ECHR App. No. 24733/07 (2007); Karako v. Smet ; Hungary, ECHR App. No. 39311/05 (2009), לעיל ה"ש 40.
- 64 סעיף 21 לחוקה של הודו משנת 1950 (No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law)
- 65 Board of Trustees of the Port of Bombay v. Dilipkumar Raghavendranath Nadkarni, AIR 1983 SC 109; Smt. Sowmithri Vishnu v. Union of India and AUR, AIR 1985 SC 1618.
- 66 ראו לעיל בעמ' 452.
- 67 סעיף 12(1) לחוק-היסוד הגרמני משנת 1949 (Every person shall have the right to free development of his personality). בזכות לחופש הביטוי המוכרת בחוק-היסוד הגרמני (סעיף 5(2)) נקבע בין השאר כי אפשר להגבילה בשל הפגיעה בשם הטוב.
- 68 ראו פרשת *Boll* (BVerfGE 54, 208 (1980)). ראו גם HORST DREIER, GG GRUNDGESETZ, KOMMENTAR 194 (2006).
- 69 ראו 28 para (CC), 401 SA (5) 2002 (5) SA 401 (CC), para 28. *Stu Woolman, Khumalo v. Holomisa*, 2002 (5) SA 401 (CC), para 28. *Dignity, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 36–55 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev. 2012).

2. העקרונות שזכות-הבת לשם טוב נועדה להגשים

(א) הערכת האדם בגדרי החברה

זכות-הבת לשם טוב נועדה להבטיח⁷⁰ את הערכתו של האדם בגדריה של החברה. היא משתרעת הן על ההערכה העצמית של האדם⁷¹ והן על הערכתו על ידי אחרים.⁷² אכן, "שמו הטוב של אדם קובע את התייחסותו שלו עצמו ואת התייחסותו של חבריו אליו. הוא קובע את יחסה של החברה אליו".⁷³ הוא "חלק בלתי נפרד של הקיום האנושי".⁷⁴ העקרונות שביסוד השם הטוב כוללים בין השאר "את האינטרס לכבוד אישי, לגאווה אישית ולהכרה אישית בין בני-אדם".⁷⁵ גם פרסומי אמת יכולים לפגוע בהערכת החברה את האדם.⁷⁶ שמו הטוב של אדם הוא המוניטין שלו, וכל פגיעה בו פוגעת בשם הטוב.⁷⁷ לעקרונות המונחים ביסוד השם הטוב "יש היבט אישי והיבט רכושי גם יחד".⁷⁸

הקשר בין השם הטוב לבין כבוד האדם הוא קשר ענייני הדוק: "שמו הטוב של אדם הוא גם אחד הביטויים לכבוד האדם".⁷⁹ שמו הטוב של אדם – הוא כבודו – בא לידי ביטוי "בחירותו של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו" [...], שהרי זכותו של אדם להגשמה עצמית, לפיתוח אישיותו וזהותו העצמית באה לכלל מימוש, במידה רבה, במסגרת החברתית הסובבת אותו. שמו הטוב של אדם מאפשר לו להימנות על בני הקהילה ובכך להגשים את עצמו ולעצב את אישיותו".⁸⁰ "פגיעה בשמו הטוב של אדם עשויה להציב

- 70 הן במובן השלילי (למנוע פגיעה) והן במובן החיובי (להגן מפני פגיעות של צדדים שלישיים).
 71 ראו פרשת קורן, לעיל ה"ש 25, פס' 10 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 25, פס' 5 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 25, פס' 18 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.
 72 ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 51, בעמ' 30. ראו גם פרשת אבנרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 856 ("השם הטוב [...] משתרע על יחס הכבוד והערכה כלפי האדם מן הסובבים אותו"); פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 25, פס' 75 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין ופס' 18 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.
 73 פרשת סנש, לעיל ה"ש 19, בעמ' 832 (הנשיא א' ברק).
 74 פרשת קורן, לעיל ה"ש 25, פס' 10 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.
 75 פרשת אבנרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 856 (השופט א' ברק); פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 25, פס' 75 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.
 76 ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 51, בעמ' 30.
 77 על המוניטין כחלק מהשם הטוב, ראו פרשת הרציקוביץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 573; פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 25, בפס' 14 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין; פרשת מור, לעיל ה"ש 25, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 25, פס' 18 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.
 78 פרשת אבנרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 856 (השופט א' ברק).
 79 פרשת רינת, לעיל ה"ש 22, בעמ' 89–90 (השופט א' ריבלין).
 80 שם. ראו גם פרשת הרציקוביץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 573; פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 25, פס' 14 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין; פרשת מור, לעיל ה"ש 25, פס' 17 לפסק דינו

מכשולים על דרכה של ההגשמה העצמית. מכאן הקביעה, כי 'השם הטוב וחופש הביטוי נגזרים מאותה זכות "אם" עצמה – מכבוד האדם"⁸¹. אכן, "ההגנה על כבוד האדם ועל שמו אינה מצמצמת עצמה לדלת אמותיו של היחיד. חשיבותה של אותה הגנה גולשת אל החברה בכללה – נזכור שהחברה היא אוסף של יחידים – וממילא נודעת לה השפעה על פניה של החברה כולה"⁸². על הקשר בין הזכות לשם טוב לבין כבוד האדם עמדה השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת בן גביר:⁸³

"הזכות לשם טוב היא מיסודות הקיום האנושי של האדם כיצור חברתי. הצורך בהגנה על כבודו האנושי של האדם בהתייחסותו לסביבתו היא תנאי הכרחי לחיים בצוותא, להגשמתו העצמית המלאה של הפרט, וליכולתו למצות את חייו החברתיים והרוחניים. הזכות לשם טוב כחלק מהכבוד האנושי טבועה עמוק ביסודות ההווייה האנושית של האדם, ומקרינה על מערך היחסים בינו לבין הסביבה העוטפת אותו. היא תנאי הכרחי להגשמת האוטונומיה האישית ולמיצוי יכולותיו של האדם ותרומו לחברה. היא מהותית לגיבושו של כבוד עצמי שאדם חש כלפי עצמו, ולכבוד שהסביבה רוחשת כלפיו. היא מקור כח עשייה לאדם, ותנאי למיצוי יכולתו, כישורנותו והישגיו לטובת החברה. סביבה אנושית הנשלטת על ידי תרבות של השמצות, גינויים ומתקפות מילוליות הדדיות שלוחות רסן סופה שתביא הרס חברתי פנימי, ובלימה של התפתחות תרבותית וערכית. מירקם חברתי הרמוני בין בני אדם, הוא תנאי חיוני למימושם של תהליכי בנין, קידמה, ומיצוי הכוחות והיכולות הטמונים בפרטים לתועלת הכלל. הזכות לשם טוב של הפרט היא נדבך מרכזי בסדר חברתי הרמוני. היא ניצבת ביסוד משטר הבנוי על חירות וכבוד האדם. היא מצויה במעמד רם במידרג זכויות האדם".

(ב) שם טוב והבטחת Honor ו Dignity

הספרות המשפטית בדבר כבוד האדם עוסקת לעתים בהבחנה בין כבוד האדם כ-honor לבין כבוד האדם כ-dignity.⁸⁴ להבחנה זו יסודות היסטוריים ופילוסופיים.⁸⁵ פרופ' י'

של המשנה לנשיאה ריבלין; פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 25, פס' 75 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

81 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 25, פס' 10 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

82 פרשת קראוס, לעיל ה"ש 30, בעמ' 75 (השופט מ' חשין).

83 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 25, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

84 ראו אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2005). ד"ר קמיר מתרגמת את

הדיבור Honor ל"הדרת כבוד", ואת הדיבור Dignity ל"כבוד סגולי". ראו לעיל בעמ' 41.

85 ראו לעיל בעמ' 55.

אנגלרד מציין כי בלשון העברית הדיבור "כבוד" קשור בעיקר ל-honor ולא ל-dignity. גם בלטינית קשור הדיבור dignities למעמד חברתי.⁸⁶ השופט א' ריבלין עמד על הבחנה זו, ועל פי גישתו ה-honor של האדם משקף את "ההוקרה וההכרה הקנויים לו והנובעים ממעמדו בחברה שאליה הוא משתייך".⁸⁷ ה-dignity של האדם הוא "כבוד במובן ערכו הפנימי של האדם".⁸⁸ לדעת השופט א' ריבלין, שני ההיבטים הללו – הן ה-honor והן ה-dignity – הם חלק מזכות-האדם לכבוד האדם, והם חלק מזכות-הבת לשם טוב. גישה דומה נקט בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה.⁸⁹

גישה זו ראויה היא.⁹⁰ אין מקום להבחין בין honor ל-dignity לעניין זכות-האדם לכבוד האדם ולעניין זכות-הבת לשם טוב. אכן, הבטחת ההוקרה וההכרה הקנויות לאדם והנובעות ממעמדו בחברה היא חלק מזכותו לשם טוב. לעניין זה אין נפקא מינה מהו סוגו של המעמד הזה. על כן הן מעמד פוליטי והן מעמד מסחרי נכללים בגדריו של השם הטוב. על כן נכללים בגדריו השם הטוב שמו הטוב של אדם כעובד ציבור⁹¹ או כיוזם פרטי.⁹² כמובן, השם הטוב הוא שמו של אדם, כעובד הציבור או כיוזם, ולא שמה של המשרה, התפקיד או משלח היד שהאדם מבצע.⁹³

- 86 ראו Englard, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1904.
- 87 פרשת רינת, לעיל ה"ש 22, בעמ' 89–90 (השופט א' ריבלין). ראו גם פרשת הרציקוביץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 573; פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 25, פס' 14 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין; פרשת מור, לעיל ה"ש 25, פס' 17 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין; פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 25, פס' 75 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין. שם.
- 88 ראו פרשת Khumalo, לעיל ה"ש 69, פס' 27.
- 89 בכמה חוקות נקבע במפורש כי הזכות ל-Dignity משתרעת גם על Honor (ראו סעיף 17(1) לחוקה של גאורגיה וסעיף 95 לחוקה של טביה). בחוקות אחרות, המכירות בשם הטוב כזכות עצמאית, נקבע לעתים במפורש כי הזכות משתרעת גם על Honor (ראו סעיף 23 לחוקה של רוסיה וסעיף 17 לחוקה של אסטוניה).
- 90 ראו פרשת אונגרפלד, לעיל ה"ש 25, פס' ז לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
- 91 ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 51, בעמ' 80.
- 92 ראו פרשת אונגרפלד, לעיל ה"ש 25, פס' 13 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

פרק עשרים ושלושה

זכות לחיי משפחה

א. הזכות לחיי משפחה במשפט הדתי, בחקיקה ובהלכה הפסוקה

1. המקורות המשפטיים

דיני המשפחה מעוגנים בישראל במקורות משפטיים תת־חוקתיים מגוונים.¹ במרכזם עומד הדין הדתי. מהתקופה העות'מאנית קיבלנו בירושה – דרך התקופה המנדטורית – מציאות נורמטיבית המבוססת על כך כי "אין חוק כללי טריטוריאלי לענייני המעמד האישי".² דיני המשפחה – המונחים ביסוד ענייני המעמד האישי³ – מוסדרים בחלקם על ידי הדין האישי של בעלי הדין.⁴ דין זה הוא המשפט העברי לעניין יהודים, המשפט המוסלמי לעניין מוסלמים, ומשפט העדות הנוצריות לעניין הנוצרים. הוראות בעניין זה מצויות בדבר המלך במועצתו 1922 (בתקופת המנדט) ובחקיקה ישראלית. הם נדונים – מקצתם בסמכות ייחודית (ענייני נישואין וגירושין) ומקצתם בסמכות דומה (כגון החזקת ילדים, מזונות שלא אגב גירושין) בבתי הדין הדתיים ובבתי המשפט האזרחיים.⁵ היבטים מסוימים של דיני המשפחה, כגון אבהות, אימוץ וירושה, אינם נכללים ב"ענייני המעמד האישי".⁶ הדין החל בהם הוא חקיקתה של הכנסת והלכות המשפט המקובל. הם נדונים בבתי המשפט האזרחיים. גם במקום שדיני המשפחה החלים הם הדין הדתי, "לא הרי דיני ישראל הנדונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנדונים בבית הדין הדתי. שונה

- 1 ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל 29 (1995).
- 2 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 240 (1963) (השופט מ' זילברג). ראו גם שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 19.
- 3 להגדרת ענייני המעמד האישי, ראו סעיף 51 לדבר המלך במועצתו על פלשתינה (א"י), 1922. על המושגיות של "מעמד אישי" (personal status), ראו גד טדסקי "מעמד אישי" הפרקליט כב 164 (1966).
- 4 ראו סעיף 47 לדבר המלך במועצתו על פלשתינה (א"י), 1922–1947.
- 5 ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 137.
- 6 שם, בעמ' 29.

הגישה, שונות דרכי הדיון, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק"7. התוצאה היא שלעתים "הדין הוא 'פונקציה' של הדיין"8. הטעמים לשוני זה רבים ומגוונים, מהם בעלי היבט "חיצוני" (כגון שוני בסדרי הדין ובתחולת המשפט הבין־לאומי הפרטי), ומהם בעלי היבט "פנימי" (אופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי של הדיין מזה והשופט מזה)9. היבטים שונים של דיני המשפחה מוסדרים בחקיקה של הכנסת10. הם עוסקים בנושאים חשובים מתחום דיני המשפחה. הם קידמו את ההגנה על התא המשפחתי. עם זאת אין הם משנים את המבנה הנורמטיבי הבסיסי שלפיו על דיני נישואין וגירושין חל הדין הדתי, והשיפוט הדתי. מקור תוקפו של הדין הדתי הוא בחקיקה של הכנסת, אשר קבעה כי ענייני נישואין וגירושין יידונו על פי דין דתי ובבית דין זה. הוראה חשובה בהקשר זה אפשר למצוא בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א–1951,11. הקובע עקרונית כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית, וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה"12. עם זאת נקבע בו כי "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין"13. בדומה לזה נקבע בתיקון לחוק שיווי זכויות האשה (תיקון מס' 2), כי "לכל אשה זכות מלאה על גופה"14. עם זאת נקבע באותה הוראה כי "אין בהוראת סעיף זה כדי להתיר איסורים שנקבעו בדין".

- 7 ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4, 19 (1954) (השופט מ' זילברג).
- 8 פרשת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 240 (השופט מ' זילברג).
- 9 ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28.
- 10 ראו חוק גיל הנישואין, התשי"ב–1950, ס"ח 286; חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א–1951, ס"ח 248; חוק השמות, התשט"ז–1956, ס"ח 94; חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט–1959, ס"ח 72; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, ס"ח 120; חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה–1965, ס"ח 270; חוק הירושה, התשכ"ה–1965, ס"ח 63; חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין־לאומית), התשכ"ט–1969, ס"ח 248; חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973, ס"ח 267; חוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226; חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, ס"ח 128; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א–1981, ס"ח 293; חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א–1991, ס"ח 138; חוק משפחות חד־הוריות, התשנ"ב–1992, ס"ח 147; חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996, ס"ח 176; חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע–2010, ס"ח 428.
- 11 סעיף 1א לחוק שיווי זכויות האשה.
- 12 סעיף 1א(א) לחוק שיווי זכויות האשה.
- 13 סעיף 5 לחוק שיווי זכויות האשה.
- 14 סעיף 2 לחוק המתקן, הוא סעיף 6א לחוק המתוקן.

ההלכה השיפוטית פירשה את החקיקה (המנדטורית¹⁵ והישראלית¹⁶) בתחום דיני המשפחה. בצד תפקיד פרשני זה פותח המשפט המקובל הישראלי¹⁷ בתחום דיני המשפחה. פיתוח זה לא התבסס על כוחו של בית המשפט להשלמת חסר (לקונה)¹⁸ אלא על כוחו של בית משפט בשיטת משפט מעורבת כשלנו¹⁹ לפתח את המשפט המקובל נוסח ישראל. משפט מקובל זה יצר מערכת מקיפה של דיני משפחה אזרחיים.²⁰ מערכת זו לא נגדה את החקיקה ואת הדין הדתי. היא פעלה בתחומים שלא הוסדרו על ידיהם או "בין הסדקים" שבה.²¹ הדוגמאות הבולטות לכך הן הלכת שיתוף הנכסים²² והחלטה על בתי הדין הדתיים,²³ דיני הידועים בציבור,²⁴ דיני "אבהות אזרחית",²⁵ דיני מזונות "אזרחיים",²⁶ דיני משפחה הנגזרים מדין החוזה,²⁷ הכרה בנישואין וגירושין שנערכו מחוץ לישראל, הן לעניין

- 15 בעיקר סעיפים 47–53 לדבר המלך במועצתו על פלשתינה (א"י), 1922–1947.
- 16 בעיקר חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953, ס"ח 165; חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות); חוק יחסי ממון בין בני זוג; חוק הירושה; חוק מרשם האוכלוסין. על ההבחנה בין פרשנות החקיקה לבין פיתוח המשפט המקובל, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 533 (1992); אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה – פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267 (1990).
- 17 ראו סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם–1980, ס"ח 163.
- 18 ראו אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197 (1992).
- 19 לתיאור התפתחות זו, ראו אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול 191 (1990); אריאל רוזן-צבי "דיני המשפחה: סוף עידן ההבלגה" ספר השנה של המשפט בישראל 357 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1996); רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105 (2001); פנחס שיפמן "חדירת המשפט האזרחי לדיני המשפחה" ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו 235 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006); יחיאל קפלן "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת" דין ודברים ו 259 (2011); פנחס שיפמן שפה אחת ודברים אחרים: עיונים במשפט, הלכה וחרבה 237 (2012).
- 20 ראו לעיל בה"ש 17.
- 21 על הלכות שיתוף הנכסים, ראו אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (1982). יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 177 (1997); מנשה שאוה הדין האישי בישראל 170 (מהדורה רביעית ומורחבת, 2001).
- 22 ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בבלי, פ"ד מח(2) 241 (1994).
- 23 ראו שחר ליפשיץ הידועים בציבור: בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005); אמנון בן-דרור הידועה בציבור – נישואין ללא נישואין (מהדורה שנייה, 2000). ראו גם דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג 459 (1973); מנשה שאוה "הידועה בציבור כאשתי – הגדרת מעמדה וזכויותיה" עיוני משפט ג 126 (1973); חמן פ' שלח "בן הזוג הידוע בציבור" משפטים ו 119 (1975).
- 24 ראו ע"א 3077/90 פלוגית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995).
- 25 ראו ע"א 2421/93 כהנא נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד מז 550 (1993); ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון, פ"ד נא(2) 577 (1995).
- 26 ראו רע"א 8256/99 פלוגית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003).

בני זוג זרים²⁸ והן לעניין בני זוג ישראלים – בין ששניהם יהודים²⁹ ובין שרק אחד מהם יהודי.³⁰

דיני המשפחה האזרחיים התפתחו על רקע הבעייתיות של הסדר ענייני המעמד האישי על ידי המחוקק הישראלי. בעייתיות זו מקורה בשליטתו של הדין הדתי ובית הדין הדתי – בעיקר בתחום הנישואין והגירושין. שליטה זו נתפסת ככפייה דתית אצל רבים מבני הציבור בישראל.³¹ הדין המוחל נתפס אצלם כזר לחייהם, להשקפת עולמם ולתפיסתם את השוויון בין בני הזוג.³² במקום שדינים אלה אינם חלים העמיד בית המשפט דיני משפחה אזרחיים. אלה נתנו ביטוי – בתחום דיני המשפחה כמו גם בתחומי משפט אחרים – לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי. הם התבססו על ה"אני מאמין" של החברה הישראלית ועל תפיסותיה הבסיסיות. מאז כונן חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הושפעו דיני המשפחה האזרחיים – כמו שאר חלקי המשפט המקובל הישראלי³³ – גם מהערכים החוקתיים שמצאו ביטוי בחוק־היסוד, ובעיקר כבוד האדם והחירות. עם זאת דיני משפחה אזרחיים אלה לא נתפסו כאיזון ראוי בין זכויות חוקתיות מתנגשות או כאיזון ראוי בין זכות חוקתית לאינטרס הציבור. התפתחות זו תבוא בוודאי בעתיד, עם הגברת ההכרה במעמד החוקתי של זכויות האדם הקבועות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובפיתוח המשפט המקובל הישראלי כאיזון מידתי בין הזכויות הנמצאות בהתנגשות מתמדת.³⁴

כל המקורות המשפטיים שעיצבו את דיני המשפחה – הדין הדתי, הדין החקוק של הכנסת והמשפט המקובל – אינם בעלי מעמד חוקתי על־חוקי. הם חלק מהמשפט התת־חוקתי. הנורמה העליונה אותה עת הייתה החוק של הכנסת, ודבר לא עמד מעליו. חרף זאת אפשר למצוא התבטאויות שיפוטיות שלפיהן זכותו של הורה היא בעלת אופי חוקתי. למשל, בפרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית³⁵ ציין בית המשפט העליון כי להורים הטבעיים "זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – 'קול הדם' [...] שבין הורים לילדיהם".³⁶ דומה כי בכך ניתן ביטוי לחשיבותה הפנימית של זכות

- 28 מכוח הלכות המשפט הבין־לאומי הפרטי, ראו שם, בעמ' 223.
- 29 בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, תל־אביב־יפו, פ"ד סא (3) 496 (2003) ("נישואי קפריסין").
- 30 בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, פ"ד סא (3) 726 (2006) ("נישואי תערוכת").
- 31 ראו פנחס שיפמן מי מפחד מנישואין אזרחיים 7 (2000).
- 32 ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז (1) 749, 784 (1993).
- 33 ראו לעיל, בעמ' 120.
- 34 ראו לעיל בעמ' 315.
- 35 ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח (1) 461 (1984).
- 36 שם, בעמ' 467 (השופט א' ברק). ראו גם ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ (1) 1 (1986).

ההורים מפני התערבות שלטונית. לא היה בכך כדי לגרום כי לזכות זו של ההורים מעמד חוקתי על-חוקי, העומד מעל לחקיקה של הכנסת.

2. משפחה מהי?

(א) ה"משפחה" בחקיקה ובפסיקה

החקיקה הישראלית משתמשת לעתים קרובות בדיבור "משפחה".³⁷ אין בה הגדרה כללית של משפחה היפה לכל חוק, וכל חוק מגדיר משפחה מהי לצרכיו שלו.³⁸ ההגדרה היא אפוא "פונקציונלית ותלוית-הקשר".³⁹ גם במשפט המקובל הישראלי לא הוגדר הדיבור "משפחה".⁴⁰ לעתים משתמשים השופטים בדיבור "משפחה טבעית"⁴¹ הכולל גבר ואישה נשואים כדין וילדיהם הטבעיים, ורואים בו "תא ראשוני של החברה האנושית"⁴² ואת "התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם [...]"⁴³. תא משפחתי זה זוכה לאוטונומיה

- 37 ראו למשל סעיף 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה; סעיף 1 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 393.
- 38 ראו למשל הגדרת "בן משפחה" בסעיף 1 לחוק הביטוח הלאומי, התשנ"ה-1995, ס"ח 210. ראו גם סעיף 21(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38; סעיף 8(א)(2) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156; סעיף 1 לחוק נפגעי תאונות דרכים (סיוע לבני משפחה), התשס"ב-2002, ס"ח 130. על הגדרת המשפחה במשפט המשווה, ראו Kris Franklin, "A Family Like any Other Family": *Alternative Methods of Defining Family in Law*, 18 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 1027 (1990); Mary Patricia Treuhart, *Adopting a More Realistic Definition of "Family"*, 26 GONZ. L. REV. 91 (1990); JANET DOLGIN, *DEFINING THE FAMILY: NEW TECHNOLOGY AND PRODUCTION IN AN UNEASY AGE* (1992); Donald L. Beschle, *Defining the Scope of the Constitutional Right to Marry*, 70 NOTRE DAME L. REV. 39 (1994).
- 39 יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים): משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות, חברתיות תרבותיות בישראל 663, 673 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). ראו גם דפנה הקר סוגיות משפחתיות בעניינים משפטיים (2012); "סימפוזיון בנושא שינויים בהגדרת מוסד המשפחה בדין הישראלי" המשפט ז 195 (2002).
- 40 לעומת הדיבור "בן זוג" שנדרן מספר פעמים: ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1999).
- 41 ראו ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(3) 421, 434 (1978) (השופט מ' אלון); פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 467 (השופט א' ברק).
- 42 פרשת כהן ובוסליק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 53 (השופט ש"ז חשין).
- 43 פרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (ע"א 488/77), לעיל ה"ש 41, בעמ' 434 (השופט מ' אלון).

מפני התערבות המדינה.⁴⁴ גם הקשר בין ידועים בציבור נתפס כקשר היוצר "תא משפחתי" הראוי להגנה.⁴⁵ נקבע כי "התא המשפחתי שאינו מבוסס על מוסד הנישואין זכה להכרה חברתית ומשפטית בהיבטים שונים".⁴⁶ לעתים עוסק בית המשפט ב"משפחה חד־הורית",⁴⁷ משפחה "חד־מינית" או "משפחה מורחבת". כל המונחים האלה לא הוגדרו בפסיקה.⁴⁸ הנה כי כן, במשפט התת־חוקתי בישראל (החקיקה וההלכה הפסוקה), אף שעוסק הוא בדיני המשפחה, אין למושג "משפחה" הגדרה מקובלת וכללית. גם בספרות המשפטית העוסקת בדיני המשפחה אין למצוא הגדרה כוללת ואחידה למושגיות זו. גישה דומה קיימת גם במשפט המשווה.⁴⁹ למשל, אם המשפחה כוללת גם את הסבא והסבתא.⁵⁰

(ב) ה"משפחה" באמנות בין־לאומיות, בחוקות ובחוקי־היסוד בישראל

הדיבור Family מופיע במספר ניכר של אמנות.⁵¹ אפשר למצוא אותו הן באמנות העוסקות בזכויות אזרחיות והן באמנות העוסקות בזכויות חברתיות.⁵² כך למשל קובעת ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם:⁵³

"The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the state".

- 44 ראו ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995); רע"א 3009/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872 (2002); בע"מ 377/05 פלוני ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (2005).
- 45 ראו ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211, 231 (2006).
- 46 שם, בעמ' 236.
- 47 מונח המושפע מחוק משפחות חד־הוריות.
- 48 ראו מרין "הזכות לחיי משפחה", לעיל ה"ש 39, בעמ' 675.
- 49 ראו Treuhart, לעיל ה"ש 38, Franklin, לעיל ה"ש 38; William C. Duncan, "Don't Eever ; 38 Take a Fence Down": The "Functional" Definition of Family – Displacing Marriage in Family Law, 3 J. L. & FAM. STUD. 57 (2001).
- 50 ראו ישראל דורון וגליה לינצ'יץ "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם" משפחה במשפט ב 147 (2009).
- 51 ראו מרין "הזכות לחיי משפחה", לעיל ה"ש 39. ראו גם Irene Fahrenhorst, *Family Law as Shaped by Human Rights*, 12 TEL AVIV U. STUD. L. 33 (1994); AKILA BELEBAOGO, *THE FAMILY IN INTERNATIONAL AND REGIONAL HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS* (1999).
- 52 מרין "הזכות לחיי משפחה", לעיל ה"ש 39, בעמ' 676.
- 53 סעיף 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (The Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 21A (III), UN DOC A/ 810 AT 71 (1948) (להלן: ההכרזה האוניברסלית)). ראו גם סעיפים 12 ו-25 להכרזה. הוראה דומה מופיעה בסעיף 23(1) לאמנה הבין־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966), ובסעיף 10(1) לאמנה הבין־לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966).

האמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד קובעת:⁵⁴

“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”.

האמנות עצמן אינן מגדירות “משפחה” מהי. נראה כי תוכנו של המושג מתפרש במדינות החברות באמנה.⁵⁵ בחינתה של פרשנות זו לא העלתה תפיסה אחידה. תופעה דומה מתרחשת במשפט החוקתי המשווה. במספר ניכר של חוקות נקבעו הוראות מיוחדות לעניין המשפחה. חוק-היסוד הגרמני למשל קובע:⁵⁶

“Marriage and the family shall enjoy the special protection of the state”.

בחוקות של ספרד,⁵⁷ ברזיל,⁵⁸ פורטוגל,⁵⁹ לוקסמבורג,⁶⁰ הרפובליקה הדומיניקנית,⁶¹ איסלנד,⁶² יוון,⁶³ איטליה⁶⁴ ושווייץ⁶⁵ מצויות הוראות המגנות על המשפחה בלא שמושג זה מוגדר בהן. בחוקות אחרות, כגון זו של ארצות הברית,⁶⁶ ההיבטים החוקתיים של המשפחה מוגנים באמצעות הוראות חוקתיות שאינן מיוחדות למשפחה.⁶⁷

- 54 סעיף 18 (1) לאמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005 (Nov. 4, 1950)). ראו גם סעיפים 17, 23 ו-24 לאמנה זו. ראו גם CLARE MCGLYNN, FAMILIES AND THE EUROPEAN UNION: LAW, POLITICS AND PLURALISM (2006). הוראה דומה מופיעה בסעיף 7 ל- (2000 O.J (C 364/1) Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000 O.J (C 364/1)). ראו מרין “הזכות לחיי משפחה”, לעיל ה”ש 39, בעמ’ 671, BELEMBAGO ; לעיל ה”ש 51, בעמ’ 28.
- 55 סעיף 16 (1) לחוק-היסוד של גרמניה (1949).
- 56 ראו סעיפים 18, 39 לחוקה של ספרד (1978).
- 57 ראו סעיפים 226, 227, 230 לחוקה של ברזיל (1988).
- 58 ראו סעיף 136 (1) לחוקה של פורטוגל (1976).
- 59 ראו סעיף 11 לחוקה של לוקסמבורג (1868).
- 60 ראו סעיף 55 לחוקה של הרפובליקה הדומיניקנית (2010).
- 61 ראו סעיף 71 לחוקה של איסלנד (1944).
- 62 ראו סעיף 21 (1) לחוקה של יוון (1975).
- 63 ראו סעיף 29 לחוקה של איטליה (1947).
- 64 ראו סעיף 14 לחוקה של שווייץ (1999).
- 65 ראו Martha Minow, *Developments in the Law – The Constitution and the Family*, 93 HARV. L. REV. 1156 (1980); Cass R. Sunstein, *The Right to Marry*, 26 CARDOZO L. REV. 2081 (2005).
- 66 ראו Sunstein, שם; 90 ; Joseph A. Pull, *Questioning the Fundamental Right to Marry*, 21 MARQ. L. REV. 21 (2006).

בחוקי היסוד של ישראל – כמו גם בחוקה של דרום אפריקה⁶⁸ – הדיבור "משפחה" אינו מופיע. החקיקה הישראלית מכילה הוראות רבות העוסקות ב"משפחה".⁶⁹ חוקי־היסוד הישראליים אינם כוללים כל התייחסות מיוחדת לדיבור "משפחה".

3. חוקת המשפחה

מאות בשנים היו דיני המשפחה חלק מרכזי של המשפט הפרטי. הם חלק חשוב בקודיפיקציות האזרחיות.⁷⁰ במדינות המשפט המקובל הם היו בעיקר חלק מההלכות שפותחו על ידי השופטים. מהפכת זכויות האדם שהתרחשה לאחר מלחמת העולם השנייה, האמנות הבינ־לאומיות בנושאים אלה⁷¹ וכינון של חוקות ובהן מגילת זכויות חוקתיות⁷² הביאו לשינוי מהותי ביסודות דיני המשפחה. בראש הפירמידה של דיני המשפחה שוב אין עומדות הקודיפיקציות האזרחיות או ההלכות של המשפט המקובל. בראש דיני המשפחה – כמו בראש שאר ענפי המשפט הפרטי – מונחת החוקה בכלל ומגילת הזכויות החוקתיות בפרט.⁷³ ניתן אפוא לדבר על חוקת המשפחה.⁷⁴ זו כוללת את כל ההסדרים החוקתיים המעצבים את דיני המשפחה. קיימת חפיפה רבה בין היקפה של זכות־הבת לחיי משפחה לזכות־הבת לשוויון. הסדרים תת־חוקתיים רבים הפוגעים בזכות־הבת לחיי משפחה פוגעים גם בזכות־הבת לשוויון. למשל, חוקתיותו של חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע–2010

68 ראו Julia Sloth-Nielsen & Beldina Van Heerden, *The Constitutional Family: Developments in South African Family Law Jurisprudence Under the 1996 Constitution*, 17 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 121 (2003).

69 ראו למשל חוק למניעת אלימות במשפחה; חוק משפחות חד־הוריות; חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות). ראו גם לעיל ה"ש 37.

70 ראו הספר הראשון בקודיפיקציה האזרחית בצרפת ("קוד נפוליאון"); הפרק הרביעי ("דיני משפחה") בקודיפיקציה האזרחית בגרמניה (ה־B.G.B.); ספר ראשון בקודיפיקציה האזרחית בהולנד.

71 ראו לעיל בעמ' 73.

72 ראו לעיל בעמ' 89.

73 ראו Sloth-Nielsen & van Heerden, לעיל ה"ש 68. ראו גם June Sinclair, *Ebb and Flow: The Retreat of the Legislature and the Development of Constitutional Jurisprudence to Reshape Family Law*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 393 (2002); Marry Ann Glendon, *Introduction: Family Law in a Time of Turbulence*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW: PERSONS AND FAMILY 9 (Aleck Chloros, Max Rheinstein, & Mary Ann Glendon eds., 2007).

74 חוקה זו עומדת בצד ה"חוקה הכלכלית" (ראו אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" מבחר כתבים 485 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000)); החוקה הפלילית (ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי־היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996)); חוקת העבודה (ראו להלן בעמ' 819 ועוד).

צריכה להיבחן לא רק מזווית הראייה של זכות-הבת לחיי משפחה אלא גם מזווית הראייה של זכות-הבת לשוויון. חפיפה רבה קיימת גם בין זכות-הבת לחיי משפחה לזכות-הבת לחופש מצפון ודת.

אם כך, מה השפעה יש לחוקת המשפחה (הממוקמת במישור החוקתי) על דיני המשפחה (הממוקמים במישור התת-חוקתי)⁷⁵ אכן, דיני המשפחה עוסקים ביחסים המשפטיים שבין הפרטים, בינם לבין עצמם. אם חוקת המשפחה אין לה תחולה ביחסים אלה, מה השפעתה של חוקת המשפחה על דיני המשפחה? התשובה היא – ועל כך עמדנו במקום אחר בספר זה⁷⁶ – כי לחוקת המשפחה השפעה חשובה על דיני המשפחה. הטעם לכך הוא זה: כפי שראינו,⁷⁷ דיני המשפחה של המשפט הפרטי – הדינים הדתיים, החקיקה האזרחית והלכות המשפט המקובל – מעוגנים במשפט התת-חוקתי. משפט זה הוא פרי פעולתן של הרשויות השלטוניות הקובעות את תוכנו או המסמיכות את הדין הדתי לכך. משפט תת-חוקתי זה פוגע בזכותו החוקתית של פרט אחד (כלפי הרשויות השלטוניות) ומגן על זכות חוקתית של פרט אחר (כלפי הרשויות השלטוניות). משפט תת-חוקתי זה יהא אפוא חוקתי רק אם הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.⁷⁸

חוקת המשפחה פועלת ביחסים שבין הפרט לרשויות השלטון⁷⁹ (הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת, לרבות בתי הדין הדתיים). היא קובעת את הזכויות החוקתיות שיש לפרט כלפי רשויות השלטון. היא אינה פועלת ביחסים שבין הפרט לבין פרטים אחרים. היא אינה מעניקה זכויות חוקתיות לבן זוג אחד כלפי בן הזוג האחר, ובינם לבין ילדם. תחולתה של חוקת המשפחה היא אנכית. אין לה תחולה אופקית.

מהפכת זכויות האדם, שתחילתה עם סיום מלחמת העולם השנייה – ובישראל, המהפכה החוקתית שהתרחשה עם כינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – הביאה לקונסטיטוציונליזציה של המשפט.⁸⁰ כל נורמה של המשפט התת-חוקתי (בין נורמה חרוטה ובין נורמה הלכתית), ובגדריו כל דיני המשפחה, יהיו חוקתיים רק אם פגיעתם בזכויות הפרט (כלפי רשויות השלטון) תהיינה על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. אמת, אין לזכויות החוקתיות תחולה ישירה ביחסים שבין פרטים, אך יש לה תחולה עקיפה בעיצוב המשפט החל ביחסים בין הפרטים, כלומר במשפט הפרטי בכלל וביחסי המשפחה

75 ראו יחיאל קפלן "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני – איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות" קריית המשפט ח 145 (2009).

76 ראו לעיל בעמ' 120.

77 ראו לעיל בעמ' 629.

78 ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

79 ראו סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

80 על תופעת הקונסטיטוציונליזציה, ראו ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט", לעיל ה"ש 74.

בפרט.⁸¹ אכן, בדמוקרטיה חוקתיות רבות הביאה החוקה בכלל ומגילת הזכויות החוקתיות בפרט לשינויים מקיפים בדיני המשפחה. למשל, השינויים הרבים ביותר במשפט הגרמני שהוסבו על ידי חוק־היסוד הגרמני התרחשו בתחום דיני המשפט.⁸² הוא הדין בשינויים הרחבים שהתרחשו בדיני המשפחה של דרום־אפריקה בעקבות קבלת החוקה החדשה בה.⁸³

שינויים מקיפים אלה לא התבקשו בישראל. ההסבר לתופעה זו נעוץ בעיקרו בהוראה בדבר "שמירת דינים" הקבועה בחוק־יסוד כבוד האדם וחירותו. על פיה "אין בחוק־יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק־היסוד".⁸⁴ הוראה זו שומרת את תוקפם של דיני המשפחה כפי מצבם בעת כינונו של חוק־היסוד: כבוד האדם וחירותו, עד כמה שאין בהם כדי לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. היא משריינת הלכה למעשה את דיני המשפחה הללו בפני ביקורת שיפוטית באשר ליחסם עם חוק־היסוד. הסדר זה אינו מניח את הדעת. בגדריו של הסדר זה יש לציין כי חסינותו של הדין הישן בפני ביקורת שיפוטית אינה מחסנת אותו בפני שינויים והתאמות למציאות החברתית החדשה. עמדנו על כך לעניין הזכויות כולן.⁸⁵

ב. הזכות לחיי משפחה כזכות־בת של כבוד האדם

1. ההתפתחות השיפוטית עד לפרשת עדאלה

עם כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו עלתה בפסיקה התפיסה כי היבטים שונים של הזכות לחיי משפחה נגזרים מהזכות החוקתית לכבוד האדם. נראה כי פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון אשר קבע את הקשר בין היבט מסוים של דיני המשפחה לכבוד האדם הוא פסק דינו של הנשיא מ' שמגר בפרשת פלוני נ' אלמוני.⁸⁶ בפרשה זו נולד אלמוני לאמו כשהיא פנויה. פלוני רשם עם הלידה כי הוא אביו של אלמוני, אולם במסגרת ההליכים המשפטיים למזונות התכחש לאבהותו. בהליך בפני בית המשפט המחוזי ביקשה האם כי תיערך בדיקת רקמות. פלוני סירב לבקשה בציינו כי זכותו היא שלא לדעת אם אלמוני הוא בנו. בהסתמך על סירובו של פלוני לעבור בדיקת רקמות קבע בית המשפט המחוזי כי פלוני

81 על התחולה העקיפה, ראו לעיל בעמ' 388.

82 ראו Nina Dethloff & Kathrin Kroll, *The Constitutional Court as Driver on Reforms in German Family Law*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 217 (2006).

83 ראו Robbie Robinson, *Family and Child Law in South Africa: Common Law v. Constitutional Norms and Values*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 271 (2007).

84 סעיף 10 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

85 ראו לעיל בעמ' 391.

86 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837 (1994).

הוא אביו של אלמוני. על פסק דין זה ערער פלוני לבית המשפט העליון. בטיעונו הוא סמך עצמו על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפסק הדין ציין הנשיא מ' שמגר:⁸⁷

”ההגנה על כבוד האדם היא זכות יסוד. הזכות קיימת כחלק מהותי מתיסודות היסוד האנושיות והחברתיות שלנו, ועל כן נקבע לה מקום בהוראות החוקתיות של משפטנו, כביטוי לערכי מדינתנו וחברתנו.”

הנשיא מ' שמגר היה מוכן להכיר בזכותו של פלוני, הנגזרת מכבוד האדם שלו, שלא לדעת אם אלמוני הוא בנו. כנגד זכות זו העמיד הנשיא מ' שמגר את זכותו של אלמוני, הנגזרת מכבוד האדם שלו, ”לדעת את מוצאו כדי לשמור על זכויותיו הקנייניות המשפחתיות והאנושיות.”⁸⁸ נמצא אפוא ”כי לצד זכות היסוד של המערער קיימת זכות היסוד של הקטין לכבוד האדם.”⁸⁹ על בית המשפט לאזן בין זכויות מתנגשות אלה. הנשיא מ' שמגר ערך איזון זה. לדעתו ”הפגיעה היחסית בקטין – עקב שלילת זכותו לדעת את מוצאו – חמורה בהרבה מן הפגיעה בזכותו של המערער 'לא לדעת'”. לאחר שנערך האיזון האמור ציין הנשיא מ' שמגר:⁹⁰

”נתעלם מן המערער כי לקטין שמורה גם כן הזכות לכבוד האדם, וכי, בין היתר, רשאי הוא, לשם שמירת כבודו האישי והאנושי ולשם הבטחת זכויותיו על פי הדין האישי ועל פי דיני הקניין, שלא לרצות להיחשב לבן בלי-אב-ידוע, אלא לדרוש לדעת מי אביו. [...] השמירה הראויה על טובת הילד היא אחד מביטוייו של קיום כבוד האדם.”

פסק הדין השני שבו הוכר היבט של חיי המשפחה כחלק מזכות חוקתית הוא פרשת פלוני נ' פלוני.⁹¹ בפרשה זו ניטשה מחלוקת בין זכותם של ההורים לחנך את ילדיהם על ברכי דת הנראית לכל אחד מהם – וזכויות כאלה נוגדות זו את זו – לזכותו או טובתו של הילד. לענייננו חשוב להדגיש כי הנשיא מ' שמגר העמיד את הזכויות של כל אחד מההורים ואת זכותו של הקטין (ולא רק טובתו) על בסיס חוקתי. הוא הביא מפסיקה משווה שבחנה שאלות אלה ברמה החוקתית תוך שנפסלו חוקים שפגיעתם בזכויות הייתה בלתי חוקתית. כותב לעניין זה הנשיא מ' שמגר:⁹²

87 שם, בעמ' 841.

88 שם, בעמ' 843.

89 שם.

90 שם, בעמ' 844.

91 ראו פרשת פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 44.

92 שם, בעמ' 235 (ההדגשות במקור).

"זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאצאיהם. [...] במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים זכויות המוכרות על-ידי המשפט החוקתי והמוגנות על-ידו. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם [...] זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה; ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם – חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו".

בצד הזכויות החוקתיות של ההורים מעמיד הנשיא מ' שמגר את הזכות החוקתית של הקטין. בשאלה זו נתגלתה מחלוקת בין חברי המותב, ועמדתו של הנשיא מ' שמגר (ועמו הסכים השופט א' מצא) הייתה דעת מיעוט, ואילו הרוב (השופטים ת' אור, ט' שטרסברג־כהן ו' זמיר) סבר שאין מקום לדון בזכות הילד ודי לבחון את טובתו. אין לנו צורך, בהקשר שלפנינו, להיכנס לפרטי מחלוקת זו. מטרתנו אינה אלא להראות כי פסק הדין כולו טבול בחשיבה חוקתית על דבר זכויות חוקתיות. עם זאת יש לציין כי אין בפסק הדין כל אזכור לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וממילא אין כל התייחסות לזכות לכבוד האדם. חלף אך חודש, ושאלת הזכויות בחיי המשפחה ויחסן לכבוד האדם עלתה לבחינה בפרשת נחמני.⁹³ בפרשה זו הסכימו ביניהם שני בני הזוג לנסות להביא ילדים לעולם בהפריה חוץ־גופית של הביציות של גב' נחמני בזרעו של מר נחמני. בעודם מנהלים חיפוש למציאתה של אם פונדקאית נפרדו השניים. מר נחמני סירב לבקשתה של גב' נחמני לשחרר את הביציות שהיו מופקדות בבית חולים. גב' נחמני הגישה בקשה לקבלת הביציות. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשתה. ערעורו של מר נחמני התקבל ברוב דעות בהרכב של חמישה שופטים של בית המשפט העליון. בפסק דינה של השופטת ט' שטרסברג־כהן נקבע:⁹⁴

"הזכות להורות נגזרת מהזכות להגשמה עצמית לחירות ולכבוד... בעיקרון, האוטונומיה להקמת משפחה, לתכנון משפחה ולהולדת ילדים היא בתחום של צנעת הפרט. חירותו של אדם כוללת את חירות ההחלטה העצמאית בענייני נישואין, גירושין, הולדה, ובכל נושא אחר מתחום צנעת הפרט והאוטונומיה של הפרט [...] הזכות להיות הורה איננה מטילה כל חובה על מי מבני הזוג להיות הורה. [...] כנגד הזכות להיות הורה עומדת הזכות שלא

93 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995).

94 שם, בעמ' 489.

להיות הורה, ושתי אלה שלובות ואחוזות בטבורן של זכויות היסוד של האדם. הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה הן שני פנים של אותה מטבע, שתי זכויות חוקתיות הנגזרות מהזכות לחירות ולהגשמה עצמית".

שופט המיעוט צ' טל ציין אף הוא כי "אכן זו זכות מזכויות היסוד, הנוגעת להגנה על חירותו, כבודו, צנעת חייו והאוטונומיה שלו להחליט בתחום המשפחה וההורות. אבל זכות זו אינה מוחלטת, ויש שהיא נדחית מפני חירותם וכבודם וצנעת חייהם של אחרים והאוטונומיה שלהם".⁹⁵

בעוד הדיון הנוסף על פסק הדין תלוי ועומד נפסק הדין בפרשת פלונית נ' פלוני⁹⁶ ובפרשת סלומון.⁹⁷ בפרשת פלונית נ' פלוני תבעה המערערת בפני בית הדין השרעי את המשיב וביקשה כי יוצהר כי הוא אביה של בתה, וכי עליו לשאת במזונותיה. התביעה נדחתה. בית הדין השרעי פסק כי בהעדר קשר נישואין בין המערערת לבין המשיב אין הדין המוסלמי מכיר בקשר של אבהות ובחיוב מזונות. המערערת פנתה לבית המשפט המחוזי. תביעתה נדחתה, שכן הסמכות לדון בסכסוך בין הצדדים היא בידי בית הדין השרעי, ובית המשפט המחוזי נעדר סמכות לכך. הערעור לבית המשפט העליון התקבל פה אחד. בהתייחסו לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו כתב השופט מ' חשין:⁹⁸

"כבודו של אדם משמיע מעצמו חופש רצון ובחירה [...] ואדם כי יבקש לדעת מי אביו, מי אמו, מניין בה – 'מי אני' יזעק – כבודו יחייב אותנו, את כולנו, להושיט יד לעזרו. אכן, זכות יסוד כבוד האדם כולל את [...] רצונו של הקטין כילוד אנוש לדעת מוצאו [...] מצווה הוא אדם שיידע מנין בא – דע מאין באת – וציווי זה משמיע מעצמו זכותו של אדם: זכות שיידע מניין בא. זה כבודו של האדם באשר הוא אדם".

בפרשת סלומון⁹⁹ הגישה המערערת (יהודייה) תביעה לתשלום מזונות נגד בעלה המשיב (יווני-אורתודוקסי) שלו נישאה ברומניה. בית המשפט פסק כי זכותה של המערערת למזונות נקבעת על פי הדין האישי של המשיב ולא על פי הוראות החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959. מכיוון שהמערערת לא הוכיחה את חיובי המערער על פי דינו האישי, נדחתה תביעתה. צוין כי גם אם הוראות החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) היו חלות בעניינה של המערערת, היא לא הייתה זכאית על פיו לתשלום מזונות

95 שם, בעמ' 523.

96 פרשת פלונית נ' פלוני (ע"א 3077/90), לעיל ה"ש 25.

97 פרשת סלומון, לעיל ה"ש 26.

98 ראו פרשת פלונית נ' פלוני (ע"א 3077/90), לעיל ה"ש 25, בעמ' 593.

99 ראו לעיל ה"ש 26. לביקורת פסק הדין, ראו שאוה הדין האישי בישראל, לעיל ה"ש 24, בעמ'

804.

בשל השתכרותה. ערעורה לבית המשפט העליון נדחה. הנשיא מ' שמגר ציין, בהתחשב בכך שהמערערת משתכרת למחייתה, כי אין בעובדות כדי לתמוך בתביעה. עם זאת ציין הנשיא מ' שמגר כי כשאי אפשר להוכיח את הדין האישי, יש להחיל את הוראותיו של החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות). בנמקו השקפתו זו כתב הנשיא מ' שמגר:¹⁰⁰

“על פי פרשנותו המקובלת של החוק, מצטמצמת תחולתו במידה רבה. אולם כאשר נוצרות נסיבות שבהן עלולה להישלל זכותו של בן־הזוג האחר לזכות בתמיכה הכלכלית הראויה מצד בן־הזוג השני למרות נזקקותו המוכחת, מצדיק היישום של עקרונות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתוטל חובת המזונות על פי הקווים שהותוו בדין הנ”ל, גם אם אין בסעיף 2(ב) הוראה מפורשת כדוגמת זו שבסעיף 3(ב). הפקרת בן־זוג למחסור ורעב היא בגדר פגיעה בכבוד האדם. בית־המשפט אינו יכול להחשות ולהימנע מהחלת מערכת כללים חקוקה, כאשר זו נועדה מעיקרה לנסיבות שבהן אין אמת־מידה מוכחת אחרת.”

ההתפתחות הבאה באשר למקומם של חיי המשפחה במסגרת הזכות החוקתית לכבוד האדם התרחשה בדיון הנוסף בפרשת נחמני.¹⁰¹ העתירה התקבלה, ופסק דינו של בית המשפט העליון (בהרכב חמישה שופטים) בוטל. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו עלה בפסקי הדין של שני שופטים. השופט א' גולדברג ציין:¹⁰²

“הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה יונקות [...] שתייהן את חיותן מאותם ערכי יסוד של חירות וכבוד האדם, אשר מוגנים עתה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.”

בפסק דיני בחנתי את זכויותיהם של בני הזוג במשפט החוקתי ובמשפט הפרטי. לעניין המשפט הציבורי נכתב:¹⁰³

“מנקודת המבט החוקתית מוכרת כמובן החירות החוקתית להיות הורה או שלא להיות הורה. חירות זו נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לפרטיות.”

שאלת מקומה של הזכות לחיי משפחה בגדר הזכות לכבוד האדם עלתה בפרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה.¹⁰⁴ בפרשה זו נדונה הבעיה של אימוץ בגיר. בחינתה של

100 ראו פרשת סולומון, לעיל ה”ש 26, בעמ' 585.

101 דנ”א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ”ד נ(4) 661 (1996).

102 שם, בעמ' 724.

103 שם, בעמ' 790.

104 ע”א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד נא(1) 160 (1997).

שאלה זו חייבה פירוש הוראות שונות בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. בהקשר פרשני זה ציינה השופטת ד' ביניש:¹⁰⁵

"בעידן שבו 'כבוד האדם' הינה זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו [...] במקרים המיוחדים שבהם נסיבות חייו של אדם יצרו בינו לבין זולתו קשר שכמוהו כקשר הורי, והוא קשר אמיתי וכן – ראוי כי תישמר ותכבד חירותו למסד קשר כזה כחלק מכבוד האדם שלו הוא זכאי".

הפרשה הבאה עסקה בנסיבות שבהן אפשר להוציא קטין מרשות הוריו הטבעיים ולהעבירו לחסותה של רשות הסעד. בפסק דין המיעוט שלה בפרשת פלוני נ' פלוני¹⁰⁶ כתבה השופטת א' פרוקצ'יה כי "המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת ממד חוקתי".¹⁰⁷ בדיון הנוסף על פסק דין זה התקבלה דעת המיעוט של השופטת פרוקצ'יה.¹⁰⁸ בפסק דינה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה:¹⁰⁹

"הוצאת ילד ממשמורת הוריו והעברתו לרשות הסעד או למעון נוגעות מעצם טיבן, לסוגיה בעלת אופי חוקתי הנוגעת לערך ההגנה על האוטונומיה האישית והמשפחתית של ילד והורהו ולערך החברתי החשוב, שעניינו שמירה על קשר המשפחה הטבעי בין הורים לילדים ועל המארג הסבוך של זכויות וחובות הנובעות מקשר הורות זה. הן נוגעות בזכות הטבעית של ילד להיות נתון למשמורת הוריו, לגדול ולהתחנך על-ידיהם; הן נוגעות לזכויות היסודיות כבן אנוש לחיים, לכבוד, לשוויון, לביטוי ולפרטיות".

בפרשת משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים¹¹⁰ נדון חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996. חוק זה קבע בין השאר כי ההסדרים הקבועים בו בעניין פונדקאות לא יחולו על אישה שאין לה בן זוג. בית המשפט העליון בחן את חוקתיותו של החוק. נקבע בו כי ההבחנה שנעשתה בחוק בין אישה שאין לה בן זוג (שאינה יכולה לעשות הסכם פונדקאות) לבין אישה שיש לה בן זוג (הרשאית לכך) פוגעת בכבוד האדם של האישה. לעניין זה ציין השופט מ' חשין כי אפשר

105 שם, בעמ' 175-176.

106 ראו פרשת פלונית נ' פלוני (רע"א 3009/02), לעיל ה"ש 44.

107 שם, בעמ' 893.

108 דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246 (2004).

109 שם, בעמ' 274.

110 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור ההסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נו(1) 419 (2002).

לראות בחוק שהוא פוגע בזכותה של האישה שאין לה בן זוג להורות – זכות הנגזרת מכבוד האדם ("אם הפליה־לכאורה [...] החבוייה בחוק הפונדקאות סותרת אחת מזכויות היסוד הקבועות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – בראשן, כמובן, כבוד האדם").¹¹¹ כמו כן אפשר לראות בחוק שהוא פוגע בזכותה של האישה שאין לה בן זוג לשוויון הנגזרת מכבוד האדם ("אם הפלייתה לרעה של אשה יחידה [...] היא עצמה עומדת בניגוד להוראת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו בסותרת את עיקרון השוויון").¹¹² השופט מ' חשין לא הכריע בין שתי חלופות אלה, שכן על פי שתי האפשרויות גם יחד הפגיעה בכבוד האדם היא מידתית.¹¹³ בניתוח זכותה של האישה שאין לה בן זוג עמד השופט מ' חשין על זכותה להורות:¹¹⁴

"עיקר הוא במשאת־הנפש לילד, באותו צורך־נפש עמוק וקמאי להורות הבורע בנפשה של אישה ואיננו אֶל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם [...] פונדקאות כבקשתה של העותרת מבטאת באורח מוחשי אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט־בראשית של החי לקיום ולהשרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מטענו הגנטי. אותו צורך קמאי ממלא את הגוף וממלא את הנפש, והוא אף העומד ביסוד הזכות להורות [...]. עיקר הוא ביצר זה שבאדם – יצר הקיום וההשרדות – בשאיפתה של אשה, שאיפה עד־כלות, לילד פרי ביטנה, ילד בשר מבשרה. [...] הזכות להורות היא ביסוד־כל־היסודות, בתשתית־כל־התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אשה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה־רבה [...]."

השופט ט' שטרסברג־כהן עומדת בפסק דינה על הדעות השונות בעניין הפונדקאות. היא מביאה ומנתחת את עמדותיהם של המצדדים בפונדקאות ואת עמדותיהם של המתנגדים לה. היא מציינת כי "בישראל נתפסת הפונדקאות כדרך לגיטימית להגשמת הזכות להורות". עם זאת המחוקק הציב לפונדקאות גבולות. אחד מאותם גבולות הוא שלאישה יהא בן זוג, והזרע המשמש להפריה הוא של האב המיועד. לדעתה של השופטת ט' שטרסברג־כהן, בהעמדת דרישה זו מופלית האישה ללא בן זוג לרעה. עם זאת את תיקון ההפליה צריך לעשות המחוקק עצמו.

111 שם, בעמ' 459.

112 שם.

113 שם, בעמ' 461.

114 שם, בעמ' 445, 447.

פרשה נוספת עסקה בשיקולים שיש לשקלם שעה שדנים בבקשה לביטול הכרזה על קטין שהוא בר־אימוץ. בפסק דין המיעוט שלה בפרשת פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין ציינה השופטת א' פרוקצ'יה:¹¹⁵

"הזכות להורות היא אחד היסודות המרכזיים בקיום האנושי [...]. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט שבו אחד היסודות של כבוד האדם. החלטת אדם בעניין הורותו היא ביטוי מובהק למימוש חופש הבחירה הנתון לו, לזכותו לשלוט על גורלו ולחופש ההחלטה והפעולה הנתונים לו בחייו הפרטיים [...]. הזכות להורות מתממשת בתחום הפרט בתחומו האינטימי של האדם; כל התערבות חיצונית של הרשות הציבורית במימוש הזכות להורות כמוה כהתערבות באוטונומיה של הפרט [...]. תפיסה מושרשת היא כי המשפט אינו מתערב בהחלטתם של אנשים להביא ילד לעולם בהיעדר נימוקים כבדי משקל להתערבות כזו".

בפרשת אורן¹¹⁶ נידון עניינם של ידועים בציבור, האחד אזרח ישראל והאחר זר השוהה בארץ שלא כדין. מדיניות משרד הפנים היא כי הדיון בבקשה לאשרת כניסה לישראל בשביל הזר, שאותה הגיש בן הזוג הישראלי, תידון רק לאחר שבן הזוג הזר יצא מהארץ. נקבע כי מדיניות זו אינה מגנה הגנה מידתית על התא המשפחתי של הידועים בציבור. בפסק דינה עומדת השופטת ד' ביניש על "ההכרה כי גם תא משפחתי שאינו מבוסס על קשר פורמלי של נישואין ראוי להגנה ויש לאפשר לבני הזוג המרכיבים אותו לחיות יחדיו תוך המשך מגורים בארץ, ובלבד שמדובר בקשר אמיתי, כן ומבוסס".¹¹⁷ השופטת ד' ביניש עמדה על "מחויבותה של המדינה לזכות לחיי משפחה, הכוללת אחריותו של הפרט לבחור את בן זוגו ולהקים עימו משפחה".¹¹⁸

סקרנו רשימה של פסקי דין שבהם הכיר בית המשפט העליון, כחלק מכבוד האדם, בזכותו החוקתית של האדם לדעת אביו מיהו,¹¹⁹ בזכותם של הורים לקיים את קשר המשפחה הטבעי, להחזיק בילדיהם, לגדלם ולחנכם,¹²⁰ בזכותו של אדם להורות ולא-

115 פרשת פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין, לעיל ה"ש 44, בעמ' 186–187.

116 ראו פרשת אורן, לעיל ה"ש 45.

117 שם, בעמ' 231.

118 שם.

119 ראו פרשת פלוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 86; פרשת פלונית נ' פלוני (ע"א 3077/90), לעיל

ה"ש 25.

120 ראו פרשת פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 44.

הורות,¹²¹ בזכותו של בן זוג לתמיכה כלכלית מבן הזוג האחר כדי למנוע ממנו מחסור ורעב¹²² ובזכותו של בגיר להיכלל בדיני האימוץ.¹²³ האם כל ההיבטים האלה מצטרפים לכדי זכות־בת של כבוד האדם לחיי משפחה? שאלה זו עלתה והוכרעה בפרשת עדאלה,¹²⁴ שבה נקבע כי "המשפחה הינה 'יחידה חוקתית'. היא זוכה להגנה חוקתית".¹²⁵

2. פרשת עדאלה

בפרשת עדאלה¹²⁶ נבחנה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003.¹²⁷ חוק זה קבע כי שר הפנים לא יעניק לתושב של יהודה, שומרון או חבל עזה אזרחות, ולא ייתן לו רישיון לשיבת קבע בישראל. נטען בין השאר¹²⁸ כי חוק זה פוגע בכבוד האדם, שכן הוא פוגע בזכותו של בן זוג ושל ילד ישראלי לקיים חיי משפחה בישראל. לדעת העותרים, פגיעה זו אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. בפסק הדין בחן בית המשפט העליון את השאלה אם הזכות לחיי משפחה היא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. על תשובה זו נתנו כל השופטים שישבו בדין תשובה חיובית. בפסק דיני באותה פרשה ציינתי כי "הזכות לחיי משפחה היא חלק מהמשפט המקובל הישראלי".¹²⁹ אך האם "במסגרתה של הזכות לכבוד האדם נכלל גם ההיבט של כבוד האדם שעניינו חיי משפחה"?¹³⁰ על שאלה זו השבתי בזה הלשון:¹³¹

"התשובה על שאלה זו מורכבת היא. לא כל ההיבטים של חיי המשפחה נגזרים מכבוד האדם. עלינו למקד עצמנו באותם היבטים של חיי המשפחה החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם. נקודת המוצא הינה כי המשפחה הינה 'יחידה חוקתית'. [...] היא זוכה להגנה חוקתית. הגנה זו מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם. היא נשענת גם על הזכות לפרטיות. [...] הזכות

- 121 ראו פרשת נחמני (ע"א 5587/93), לעיל ה"ש 93; פרשת נחמני (דנ"א 2401/95), לעיל ה"ש 101; פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין, לעיל ה"ש 44.
- 122 ראו פרשת סולומון, לעיל ה"ש 26.
- 123 ראו פרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (ע"א 7155/96), לעיל ה"ש 104.
- 124 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).
- 125 שם, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק). על המשפחה כיחידה חוקתית, ראו שחר ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן, 2002).
- 126 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124.
- 127 ס"ח 190.
- 128 טענה חוקתית אחרת נגד החוק עסקה בפגיעתו בזכות החוקתית לשוויון. ראו להלן בעמ' 690.
- 129 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 292.
- 130 שם, בעמ' 293.
- 131 שם, בעמ' 296.

לחיות יחדיו כתא משפחתי היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד. [...] אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך כדי חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימוש העצמי של האדם. [...] קשריו המשפחתיים של האדם הם, במידה רבה, טעם חייו. [...] מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם והמשפיעות עליהם כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם [...]. הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-בת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כחידה אחת.”

גישה דומה הובעה על ידי המשנה לנשיא מ' חשין:¹³²

”כולנו נסכים – כיצד נוכל אחרת – כי אדם, כל אדם, קנה זכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה. הברית בין איש ואשה, חיי המשפחה, נוצרו לפני היות המדינה ולפני שזכויות וחובות באו לעולם [...] הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה, ובכלל אלה זכותו של קטין להיות עם הוריו, מהווה תשתית לקיומה של חברה. התא המשפחתי הוא תא היסוד של החברה האנושית, ועליו נבנית חברה ומדינה. [...] הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו ומפורשת בהם היסוד, נסכים כולנו – נסכים ונצהיר – כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם.”

השופט ד' ביניש נקטה אף היא גישה שלפיה “זכות היסוד של האדם לבחור בן זוגו ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו ומתמצית אישיותו של האדם.”¹³³ זו הייתה גישתו גם של השופט ס' ג'ובראן. הוא קבע כי “מטבעו של האדם, מטבע בריאתו ממש, לחפש לו את זוגו או את זוגתו, שעמם יחיה את חייו, שעמם יקים את משפחתו [...] בחיפוש אחר בן זוגו, בחייו המשותפים עימו, ביצירת משפחתם, מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם [...] מעטות הן בידינו הבחירות אשר בהן מגשים אדם את רצונו החופשי כמו בחירתו באדם שעמו יחלוק את חייו, שעמו יקים את משפחתו, שעמו יגדל את ילדיו. בבחירת בן זוגו, בקשירת קשר הנישואין עימו, מבטא האדם את אישיותו ומממש את אחד ממרכיביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו.

132 שם, בעמ' 399, 400.

133 שם, בעמ' 465.

בהקמת משפחתו מעצב האדם את הדרך שבה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי. לפיכך, בהגנה על הזכות לחיי משפחה, מן המשפט על חירותו הבסיסית ביותר של האזרח לחיות את חייו כאדם אוטונומי החופשי לבחור את בחירותיו.¹³⁴ על בסיס גישה זו קובע השופט ס' ג'ובראן:¹³⁵

”כל פגיעה בזכותו של אדם לחיי משפחה הינה פגיעה בחירותו ובכבודו כיצור אנושי, זכויות המוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. משמעם של דברים הוא שיש לראות בזכות לחיי משפחה ולנישואין זכות חוקתית המוגנת במלוא היקפה על ידי חוק היסוד.”

גישה דומה נקטה השופטת א' חיות:¹³⁶

”הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעומו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן בעיניי זכויות מן המעלה הראשונה. הן מגלמות את תמצית הווייתו וכבודו של האדם באשר הוא אדם ואת חירותו כפרט במובן העמוק ביותר.”

השופטת א' פרוקצ'יה קבעה אף היא כי ”בשיטת המשפט בישראל מוכרת זכותו של אדם לחיי משפחה כחלק מכבוד האדם.”¹³⁷ לעניין זכות האדם למשפחה היא קובעת כי זכות זו ”היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן. היא משלבת בתוכה את הזכות להורות ואת זכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים. יחדיו הן יוצרות את הזכות לאוטונומיה של המשפחה.”¹³⁸ השופטת א' פרוקצ'יה מציינת עוד:¹³⁹

”בצד זכות האדם להגנה על חייו ועל קרושת חייו, ניתנת הגנה חוקתית לזכות האדם לממש את משמעות החיים ואת טעם החיים. הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגדעת זכותו לאוטונומיה אישית ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוג ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם. בין זכויות האדם ניצבת זכותו של אדם למשפחה במדרג העליון. היא קודמת

134 שם, בעמ' 469–470, 474.

135 שם, בעמ' 478.

136 שם, בעמ' 496.

137 שם, בעמ' 492.

138 שם, בעמ' 496.

139 שם, בעמ' 497.

בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק ואף לפרטיות ולצנעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמתו העצמית".

השופט א' גרוניס הסכים עם חוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין. גם השופטת מ' נאור הסכימה לחוות דעת זו. היא מציינת בפסק דינה כי "הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד האדם".¹⁴⁰ השופט י' עדיאל ציין באשר לזכות לחיי משפחה, כי "לאור קירבתה של זכות זו לגרעין הזכות לכבוד האדם, מרכזיותה במימוש האוטונומיה של הפרט לעיצוב חייו [...] מקובל עלי שזכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל יחד עם בן זוגו הזר אכן נכללת בגדר הזכות לכבוד האדם כמשמעה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹⁴¹ השופט א' ריבלין מצטרף אף הוא להסכמה רחבה זו שבין השופטים. כותב השופט א' ריבלין:¹⁴²

"הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על פי רצונו ולהקים משפחה – ממילא פוגעת היא בחירות. פגיעה זו בחירות קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי [...] היא פוגעת בנושאים בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו. המשפט הישראלי מכיר בזכותו של האזרח הישראלי לחיי משפחה. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים תחת קורת גג אחת. הזכות לחיי משפחה אינה רק זכותם של ההורים. זוהי גם זכותם של הילד הנולד להוריו. הזכות לחיי משפחה מוגנת היום אפוא בהוראת חוק היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחירות וחלק מזכות היסוד לכבוד".

השופט א' לוי ציין בפסק דינו כי מהזכות לכבוד האדם נגזרת "זכותו של אדם לחיי משפחה, שבה גלומות שתי זכויות משנה, אשר דומה כי בלעדיהן אין בה ממש – זכותו היסודית של אדם להינשא לבחיר ליבו על פי רצונו והשקפתו, וזכותו כי יינתן לו ולבני משפחתו לקיים את חייהם בצוותא".¹⁴³

בצד ההסכמה המלאה באשר להכרה בזכות לחיי משפחה כזכות הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם נחלקו דעות השופטים בשאלת היקפה של זכות זו. המחלוקת התרכזה בשאלה אם זכות האדם לחיי משפחה כוללת בחובה – במקום שבן הזוג הישראלי נישא לבן זוג זר – את הזכות החוקתית של בן הזוג הישראלי לממש את חיי המשפחה עם בן הזוג הזר בישראל. ודוק: כל השופטים סברו כי הזכות של בן זוג ישראלי לחיי המשפחה

140 שם, בעמ' 523 (ההדגשות במקור).

141 שם, בעמ' 534.

142 שם, בעמ' 548.

143 שם, בעמ' 562.

כוללת בחובה את מימושה בישראל אם בן הזוג האחר אף הוא ישראלי. המחלוקת התמקדה בשאלה אם הזכות לחיי משפחה של בן הזוג הישראלי משתרעת גם על מימושה בישראל כשבן הזוג האחר הוא זר.

בפרשת עדאלה חוברו ההלכות השיפוטיות הקשורות לנישואין, הורות ומשפחה לידי גישה חוקתית כוללת. על פיה נגזרת מהזכות לכבוד האדם הזכות לחיי משפחה. על פי המינוח החוקתי, זוהי זכות־בת חוקתית. כיצד נתפסה זכות זו בפסיקה שלאחר פרשת עדאלה? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

3. ההתפתחות השיפוטית לאחר פרשת עדאלה

הפסיקה שלאחר פרשת עדאלה ביססה עצמה על תפיסות היסוד המוסכמות כפי שנקבעו בפרשת עדאלה, תוך שבחנה את תחולתן בהקשרים מיוחדים. בפרשת דוברין¹⁴⁴ נבחנה השאלה אם שירות בתי הסוהר פעל כדין שעה שאפשר לאסיר עולם שהורשע ברצח ראש הממשלה לממש את זכות ההולדה באמצעות העברת דגימת זרע לבת זוגו מחוץ לכלא. בית המשפט העליון השיב על כך בחיוב. לעניין הזכות החוקתית להורות ולמשפחה כתבה השופטת א' פרוקצ'יה:¹⁴⁵

"בתחומה של הזכות לכבוד האדם, ניצבת זכותו של האדם למשפחה ולהורות [...] הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות, ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה בגרעינו המהותי של מושג כבוד האדם. המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה [...] בתחומיה של זכות האדם לכבוד, מהווה הזכות למשפחה ולהורות זכות חוקתית המוגנת על פי חוק היסוד. במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית של הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים."

לעניין הזכות להורות ציינה השופטת א' פרוקצ'יה:¹⁴⁶

"הזכות להורות הינה זכות אדם המעוגנת בערך כבוד האדם. בערך זה טמונה זכותו של אדם לאוטונומיה אישית ולהגשמת עצמיותו במסגרת

144 בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006).

145 שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

146 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

הבאת ילדים לעולם. מעמד של הזכות להורות מטילה על הרשות השלטונית חובה לכבדה ולייחס לה משקל רב במסגרת שיקולים גם מקום שהמבקש לממשה הינו אסיר עולם בכלא. ההגבלה על הזכות להולדה באמצעות הזרעה מלאכותית של בת הזוג מחוץ לכלא אינה מתחייבת באורח מובנה מהגבלת חירותו של האסיר. עם זאת, כדרכן של זכויות אדם, גם זכות זו אינה מוחלטת, והיא עשויה במקרים מסוימים לסגת מפני אינטרסים כבדי משקל נוגדים. אולם בהינתן עוצמתה של הזכות, מתחייבים טעמים כבדי משקל במיוחד כדי לגבור עליה ולהצדיק פגיעה בה, ועל עקרונות האיזון להתיישב עם תנאי של פיסקת ההגבלה".

בפרשת פלוני נ' פלונית¹⁴⁷ נבחנה שאלת סמכותם של בתי הדין הרבניים לדון בתביעת הגירושין שאישה הגישה נגד בעלה. השאלה שהתעוררה הייתה אם קיימת זיקה הנדרשת לגיבושה של סמכות השיפוט, שכן בני הזוג לא היו אזרחים ישראלים. במסגרת פרשנות הוראות הסמכות ציינה השופטת ע' ארבל:¹⁴⁸

"תופעת סרבנות הגט היא קשה ומורכבת ולצערנו אינה חדשה לנו. היא כרוכה בפגיעה קשה וכואבת באשה הנותרת כבולה לנישואין שאין היא מעוניינת בהם עוד; חירותה נפגעת, כבודה ורגשותיה נפגעים וזכותה לחיי משפחה נפגעת גם היא – זכויות אלה הוכרו בשיטתנו כולן כזכויות הנהנות ממעמד חוקתי וראשון במעלה [...] בתוך כך נפגעת גם זכותה של האשה לאוטונומיה, זכותה של האשה להגשים עצמה כאדם חופשי, זכותה לבחור את גורלה, לכתוב את סיפור חייה – להחליט, היא ורק היא, האם ומתי יבוא על סיומו קשר נישואין שאין היא רוצה בו עוד והאם ומתי תבחר לקשור עצמה בקשר כזה בשנית".

בפרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה¹⁴⁹ נבחנה החקיקה אשר הסדירה את מוסד האימוץ הבין-ארצי. חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), התשנ"ו–1996 קבע כי אימוץ בין-ארצי ייעשה באמצעות עמותות שמטרתן הבלעדית היא פעילות בתחום אימוץ זה. החוק הסמיך את שר העבודה לקבוע כללים והנחיות מקצועיות שלפיהם תפעל עמותה מוכרת. שר העבודה אכן הוציא "כללים והנחיות מקצועיות לפעולת עמותה מוכרת". נקבע בכללים אלה, בין השאר, כי עמותה לא תאשר כשירותו של מבקש לאמץ ילד אם הפרש הגילים בינו לבין הילד עולה על 48 שנים. זהו "כלל הפרש הגיל המירבי". חוקתיותו וחוקיותו של הכלל

147 בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(4) 678 (2008).

148 שם, בעמ' 696–697. הסכים עמה השופט ס' ג'ובראן.

149 בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009).

עמדו ביסוד פסק הדין. פסק הדין בוחן שאלות מתחום המשפט החוקתי והמנהלי. בהיבט החוקתי נבחנה הזכות החוקתית למשפחה, אשר בעניינה הייתה הסכמה בין כל שופטי ההרכב. השופטת א' פרוקצ'יה ציינה בפסק דינה:¹⁵⁰

"מזכות האדם לכבוד נשאבת זכות האדם למשפחה, ולפיכך היא מהווה זכות חוקתית המוגנת על פי חוק היסוד [...] הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי [...] מהזכות למשפחה נגזרת הזכות להורות [...] וזכותו של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים. בגדר הזכות למשפחה, מוכרת זכותם הטבעית של הורים לגדל את ילדיהם וזכותו של ילד לגדול בחיק משפחתו. הזכות להורות וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים הן זכויות שלובות זו בזו, ויחדיו הן מקיימות את הזכות לאוטונומיה של המשפחה".

בהמשך פסק הדין כותבת השופטת א' פרוקצ'יה כי "הזכות למשפחה נגזרת מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט המצויה בגרעין המהותי של מושג כבוד האדם. [...] בכלל זכויות האדם החוקתיות ניצבת הזכות להורות ולמשפחה במידרג גבוה לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף".¹⁵¹ לדעתה של השופטת א' פרוקצ'יה, הזכות למשפחה ולהורות היא "זכות שאין כנגדה חובה של השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי לאפשרה וכדי לממשה [...] הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו ואת הווייתו האישית באמצעות הקמת משפחה והבאת ילדים לעולם".¹⁵² צוין עוד כי "הזכות למשפחה ולהורות כזכות חוקתית אינה זוכה בכל הנסיבות למלוא היקף פרישתה".¹⁵³ כמו זכויות חוקתיות אחרות גם הזכות למשפחה כחירות המוגנת בפני התערבות אינה מוחלטת. במצבים חריגים עשויים החוק והשלטון להתערב בה ולהצר את היקף ההגנה החוקתית עליה, כאשר מנגד עומד ערך נוגד חשוב אחר. הלגיטימיות של הפגיעה בזכות למשפחה ולהורות מותנית בעמידה במבחני פסקת ההגבלה.¹⁵⁴

בפסק דינה מעלה השופטת א' פרוקצ'יה את השאלה:¹⁵⁵

- 150 שם, פס' 17 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 151 שם.
 152 שם, בפס' 20 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה. על שאלת אופייה הנטיבי בלבד או אף הפוזיטיבי של הזכות להורות ולמשפחה נעמוד בהמשך, ראו להלן בעמ' 664.
 153 לדעתי, הזכות זוכה למלוא היקף פרישתה אך לא למלוא ההגנה על היקף פריסה זה, כאמור בהמשך הקטע המצוטט. ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 43 (2010).
 154 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, פס' 21 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 155 שם, פס' 22 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

"האם הזכות החוקתית למשפחה משתרעת גם על הזכות לאמץ ילד, שניתן להגבילה רק בכפוף לעקרונות פסקת ההגבלה [...] האם מהזכות החוקתית לחיי משפחה והורות, הנתונה לכל אדם באשר הוא, נגזרת גם הזכות לחייב את המדינה לנקוט פעולה כדי לאפשר מקום שאדם אינו מסוגל, או אינו רוצה להגשימה באופן טבעי, למשל בדרך של אימוץ, או באמצעות פונדקאות, או בהפרייה חוץ-גופית. האם היעדר פעולה מצד המדינה שקולה כ'פגיעה' שחוקיותה¹⁵⁶ נבחנת על-פי פסקת ההגבלה?".

נדון בשאלות אלה בהמשך שעה שנבחן את היקפה של הזכות לזוגיות ולהורות.¹⁵⁷
הנשיאה ד' ביניש עומדת בפסק דינה על מהותה החוקתית של הזכות לחיי משפחה ולהורות:¹⁵⁸

"פסיקתו של בית משפט זה הכירה בעבר בזכות לחיי משפחה ולהורות כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם וכן מהגשמת הזכות לאוטונומיה אישית ולמימוש עצמי [...] בליבת הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות מצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם, ובכך להגשים את היצר הקיומי להעמיד דור המשך הנושא את המטען הגנטי של הוריו. בגרעינה של הזכות לחיי משפחה ולהורות מצויה גם זכותו של ההורה הביולוגי להחזיק בילדיו ולגדלם, כמו גם זכותו של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים מכוח קשר הדם שביניהם".

אשר ל"היקפה הפנימי" של הזכות החוקתית לחיי משפחה, בהקשרים שאינם הולדה טבעית והורות ביולוגית, מציינת הנשיאה ד' ביניש כי זו "שאלה רגישה ומורכבת בעלת פנים רבים".¹⁵⁹ בעיקר כך באשר לתשובה לשאלה אם עומדת לאדם הזכות החוקתית להפוך להורה באמצעות מוסד האימוץ. היא מנתחת את השיקולים השונים בסוגיה זו – שיקולים שעליהם נעמוד בהמשך¹⁶⁰ – ומציינת כי "הסוגיה החוקתית אינה דורשת הכרעה".¹⁶¹
המשנה לנשיאה א' ריבלין בוחן את השאלה אם הזכות החוקתית למשפחה ולהורות כוללת בחובה זכות חוקתית לאימוץ.¹⁶² הוא מביע את עמדתו "שאינן לראות בהבדל בין

156 דומה שצריך להיות "חוקתיותה".

157 ראו להלן בעמ' 670.

158 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, פס' 2 ו-3 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

159 שם, פס' 2 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

160 ראו להלן בעמ' 677.

161 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, פס' 5 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

162 שם, פס' 3 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

הורות ביולוגית להורות בדרך של אימוץ פער בעל משמעות נורמטיבית ניכרת".¹⁶³ לדעתו, "הקושי בהגנה על הזכות להורות כאשר מדובר על אימוץ אינה נובעת מפער מהותי בין הורות ביולוגית להורות בדרך של אימוץ, אלא משני קשיים אחרים – הפער בין זכות בעלת אופי 'שלילי' לבין זכות בעלת אופי 'חיובי', ובעיקר, חשיבותו הרבה של טובת הילד המאומץ".¹⁶⁴ המשנה לנשיאה בוחן קשיים אלה, שעליהם נעמוד בעת הדיון בהיקפה של הזכות להורות.¹⁶⁵ הוא מסכם את דיונו בפרשה זו בקביעתו כי "העתירה שלפנינו אינה הזירה המתאימה להכריע בשאלות החוקתיות שהועלו בה".¹⁶⁶

בפרשת דקה¹⁶⁷ נדונה החלטתו של שר הפנים לבטל היתר איחוד המשפחות שניתן לבת זוג מהאזור – היתר העומד בתוקפו על פי הוראת מעבר בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003¹⁶⁸ – וזאת מטעמים של ביטחון המדינה שעניינם במעורבות בפעולות טרור של אבי האישה ואחיה. לעניין הזכות לחיי משפחה נפסק, מפי השופטת א' פרוקצ'יה, כי "שיטת המשפט בישראל מכירה בזכות לחיי משפחה כזכות יסוד של האדם; זכותו של כל בן זוג ישראלי לקיים תא משפחתי בישראל בתנאים של שוויון ביחס לבני זוג ישראליים אחרים מהווה חלק מכבוד האדם. הזכות לחיי משפחה בתנאים של שוויון, מהווה זכות חוקתית מוגנת על פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹⁶⁹ על חשיבותה של הזכות לחיי משפחה כתבה השופטת א' פרוקצ'יה:¹⁷⁰

"זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי; מימושה הוא תנאי למיצוי החיים וטעם החיים; היא תנאי להגשמה העצמית של האדם, וליכולתו לקשור את חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות מאור חייו. הזכות למשפחה ניצבת במדרג עליון של זכויות האדם. גריעה מזכות זו תיתכן רק מקום שכנגדה ניצב ערך נוגד בעל עוצמה וחשיבות מיוחדת. במתח הקיים בין ערך ביטחון החיים לבין זכויות אדם אחרות, ובהכללת הזכות למשפחה, גובר שיקול הביטחון רק מקום שיש הסתברות קרובה לוודאות, כי אם לא

163 שם, פס' 4 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

164 שם.

165 ראו להלן בעמ' 675.

166 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, פס' 6 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

167 בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.2.2010).

168 חוקתיותו של חוק זה נדונה בפרשת עראלה, לעיל ה"ש 124 ובבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).

169 פרשת דקה, לעיל ה"ש 167, פס' 11 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

170 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

יינקטו אמצעים מתאימים הכרוכים בגריעה מזכות האדם, כי אז עלול שלום הציבור להיפגע באופן ממשי".

בהמשך פסק דינה עומדת השופטת א' פרוקצ'יה על האיזון הנדרש ומגיעה למסקנה כי בנסיבות העניין לא היה מקום לבטל את ההיתר.

בפרשת יונס¹⁷¹ נדון סירובו של שירות בתי הסוהר לאפשר לאסירים ביטחוניים – כולם אזרחי ישראל שהורשעו בעברות על ביטחון המדינה ושנגזר עליהם עונש של מאסר עולם – לקבל ביקורים של ידידים ובני משפחה שאינם מדרגה ראשונה. באשר לזכות לחיי משפחה כתב השופט י' דנציגר:¹⁷²

"הזכות למשפחה הוכרה כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מכבוד האדם – זכות בת' [...] זכות זו שורדת את חומות בית הכלא... ואולם תכליות ואינטרסים נוגדים עלולים להגביל במידה רבה זכות זו [...] לשיטתי, לאסיר קיימת זכות לא רק להורות. [...] אלא זכות לשמר את התא המשפחתי שהקים או שהוא מהווה חלק ממנו. יחד עם זאת, אף זכות זו יכול שיוטלו עליה מגבלות [...] הזכות לשמר את התא המשפחתי, היא זכות שעוצמתה חזקה מן הזכות לתקשר וליצור אינטראקציה עם גורמים אחרים שאינם מהווים חלק מן התא המשפחתי של האסיר, וזאת בשל עוצמתה של הזכות למשפחה והיכולת לממש במידת מה את הזכות לחופש ביטוי במסגרת השמירה על הקשר עם בני המשפחה [...] הדרכים בהן יישמר הקשר של האסיר עם העולם שמחוץ לבית הכלא ובפרט עם משפחתו נוגעות למידתיות הפגיעה בזכויותיו".

הזכות לחיי משפחה נדונה בהרחבה בפרשת קו לעובד¹⁷³ בפרשה זו נבחנה חוקיותו של "נוהל העובדת הזרה". הנוהל דן בעובדת זרה השוהה בישראל כדין והיולדת את תינוקה. נקבע בנוהל כי עובדת זו רשאית לבקש רישיון עבודה, ובלבד שעליה לצאת מישראל עם ילדה, ותוכל לחזור ולהיכנס לישראל לצורך העבודה ללא הילד, וזאת לתקופה של עד שנתיים ממועד הלידה. השאלה שעמדה להכרעה הייתה אם נוהל זה הוא כדין. בית המשפט ביטל את הנוהל, בין השאר משום שהוא פוגע בזכות החוקתית להורות. בפתח פסק דינה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי "נוהל העובדת הזרה כרוך בפגיעה עמוקה בזכויותיה החוקתיות". בין זכויות אלה מונה השופטת את הזכות להורות של משפחה.¹⁷⁴ לעניין זכויות אלה כותבת השופטת א' פרוקצ'יה:¹⁷⁵

171 רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.10.2010).

172 שם, פס' 42–43 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

173 בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.4.2011).

174 שם, פס' 35 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

175 שם, פס' 38 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

“לכל אדם קנויה זכות להורות וזכות לגדל ילד ולחנכו. לכל ילד קנויה זכות לגדול בחיק הוריו, ולזכות בחום ולאהבת אמת בשנות גידולו והתפתחותו עד לבגרות. הזכות להורות וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים, הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה, זכויות אלה הן מיסודות הקיום האנושי, וקשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה להן בחשיבותן ובעוצמתן. המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת מימד חוקתי, שלה שני פנים. האחד – זכותו של כל ילד להיות נתון למשמורת הוריו הטבעיים ולגדול ולהתחנך על־ידיהם; והשני – זכותו של הורה, מכוח קשר דם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה.”

לעניין ההיבט החוקתי של היחס בין הורה לילדו כותבת השופטת א' פרוקצ'יה:¹⁷⁶

“כבוד האדם כזכות חוקתית על פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו משתרע על זכותו של כל אדם בישראל להולדה ולהורות. [...] במסגרת ההגנה על כבוד האדם, מוכרות זכויותיה החוקתיות של האם לממש את הורותה, ומוכרת זכותו של הילד לגדול בסביבתו הטבעית לצד אמו הביולוגית, אליה הוא קשור בקשר דם. [...] הזכות להורות הטבעית מוענקת לכל אדם השווה בישראל, כחלק מזכותו לכבוד על פי עקרונות חוק־היסוד. זכות זו טבועה הן באם והן בילד – זוהי זכותה המשולבת של האם והילד לחיות זה בצד זה ככל שתנאי החיים מאפשרים זאת [...]. זכות להורות היא, איפוא, זכות מוגנת במשפט החוקתי הישראלי.”

לדעת השופטת א' פרוקצ'יה, זכותה זו של העובדת הזרה להורות נפגעת מן הנוהל. פגיעה זו אינה מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה.

השופט ס' ג'ובראן הצטרף לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. לעניין הזכות למשפחה כותב השופט ס' ג'ובראן:¹⁷⁷

“מטבעו של האדם, מטבע בריאתו ממש, מחפש לו את זוגו או את זוגתו, עימם יחיה את חייו, עימם יקים את משפחתו, יביא ילדים לעולם, וימשיך את שרשרת משפחתו. שרשרת הדורות. כך מזה עידן ועידנים וכך גם בימינו אנו. חרף שינויים רבים אשר באו על דרכי האדם ועל משפחתו, עדיין ניכרים באדם יצר עז להקים משפחה ולהמשיך את שרשרת הדורות על ידי גידול ילדים. ביצירת משפחה מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט

176 שם, פס' 39 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (ההדגשה במקור).

177 שם, פס' 4 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

ומגן בפני העולם. [...] הזכות לחיי משפחה ולקשר בין הורים לילדיהם היא גם חלק ממארג הזכויות של המשפט הישראלי".

כמו השופטת א' פרוקצ'יה, גם השופט ס' ג'ובראן סבור כי פגיעתו של הנוהל בזכות החוקתית אינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.¹⁷⁸ השופט א' רובינשטיין הצטרף אף הוא לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. על הזכות החוקתית להורות הוא כתב כי היא "[...] שלובה לבלי הפרד בשאיפה האנושית הבסיסית (חוק היסוד: אנושיות) לפרי בטן ולהמשכיות".¹⁷⁹ זו גם גישתו של המשפט העברי, שעליו עומד השופט א' רובינשטיין בהרחבה.¹⁸⁰ על פסק דין זה הוגשה עתירה לדיון נוסף.¹⁸¹ העתירה נדחתה, שכן לא נתקיימו בה התנאים המצדיקים דיון נוסף. בפרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית¹⁸² נבחנה השאלה עד כמה אפשר להתחשב בשלב הערעור בשינוי במצבו של ההורה הטבעי לאחר שילדו הוכרז בר-אימוץ כלפיו. פסק הדין התקבל ברוב דעות, והעתירה נגד פסק הדין של ההרכב המקורי (מפי השופט נ' הנדל ובהסכמת המשנה לנשיא א' ריבלין והשופט ח' מלצר) בוטלה. נקבעו התנאים שבהם אפשר לקבל ראיות בבית המשפט שלעצור. בפסקי הדין של השופטים מצויות קביעות הנוגעות לזכות החוקתית לחיי משפחה. השופט ח' מלצר כתב:¹⁸³

"ראשית לכול, עומדים זכותו של הילד לגדול אצל ההורה הביולוגי שלו, הזכויות והחובות המקבילות של ההורה המוליד לגדל ולטפח את ילדו, ועקרון האוטונומיה המשפחתית. זכויות אלה לחיי משפחה נכללות בגדרה של הזכות לכבוד האדם המעוגנת ומוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".

השופט ס' ג'ובראן ציין כי עמדתו בשאלה הניצבת בפני בית המשפט "נובעת גם מעצם מעמדה החוקתי של הזכות להורות, אשר מקרינה על השאלה העומדת להכרעתנו בדיון נוסף זה".¹⁸⁴ השופט ס' ג'ובראן כתב כי "הזכות לחיי משפחה ולקשר בין הורים לילדיהם היא [...] חלק ממארג הזכויות של המשפט הישראלי".¹⁸⁵ בהקשר זה כתב השופט ס' ג'ובראן:¹⁸⁶

- 178 שם, פס' 5 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.
 179 שם, פס' ו' לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
 180 שם, פס' יא-יג לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
 181 דנג"ץ 3860/11 משרד הפנים נ' קו לעובד (פורסם בנבו, 8.12.2011) (הנשיאה ד' ביניש).
 182 דנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.5.2011).
 183 שם, פס' 29 לפסק הדין של השופט ח' מלצר.
 184 שם, פס' 4 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.
 185 שם.
 186 שם, פס' 6 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

“אל-לנו לשכוח את טיבו של הקשר בין הורה לילדו. קשר הדם. קשר החיים. קשר הטבע. קשר זה אנו יכולים לנתק באמצעותו של סעיף 13 לחוק האימוץ. אולם בבואנו לנתקו, בין אם באופן מוחלט ובין אם באופן יחסי, עלינו לנהוג בזהירות רבה, ובשים לב לזכות החוקתית של ההורה, אך מאידך גם לזכויות החוקתיות של הקטין, האינטרס הציבורי ולעתים האינטרס ואף הזכות של המשפחה המאמצת, במקרים מתאימים.”

המשנה לנשיאה א' ריבלין עמד על הזכות החוקתית להורות:¹⁸⁷

“הזכות להורות היא זכות חוקתית מן המעלה [...] זכותו של אדם, זכות שהיא גם חובה, לגדל את ילדו, לאמצו אל חיקו, להעניק לו אהבה, לזכותו באהבתו ולרוות ממנה נחת. זוהי זכותו של כל אדם אפילו שרך את דרכיו. זהו זכותו של כל הורה אפילו אין הוא ההורה האידיאלי – ובלבד שאינו פוגע בילדו – שאז מפקיע הוא זכות זו בעצמו. ולא פחות חשוב, זוהי גם זכותו של כל ילד – הזכות לגדול בחיק הוריו. גם הגשמתה של הזכות הזו – היא חלק מטובת הילד.”

השופטת ע' ארבל עמדה בפסק דינה על זכותו של ההורה הביולוגי:¹⁸⁸

“זכות זו שאין מרכזית ממנה למימוש זכותו החוקתית של כל אדם לחיי משפחה היא זכות טבעית, היא 'קול הדם', שאין מי שיכול לאטום אוזניו לו.”

השופט נ' הנדל, שהעתירה בדיון הנוסף לבטל את פסק דינו בבית המשפט העליון נדחתה, פתח את פסק דינו בדיון הנוסף, בזו הלשון:

“משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה. המפגש ביניהם מתרחש בעתות משבר של המשפחה, ולא ברגע הצלחתה. כל אחד אף מביט בזהירות כלפי השני. המשפחה שוחרת פרטיות והמשפט אינו מעוניין לשמש 'הורה על' ולהיכנס לעובי הקורה של מנעד הפרטים הדורש הכרעה בחיי היום-יום של הילד.”

בפרשת גלאון¹⁸⁹ נבחנה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003. תוקפו של חוק זה – שנבחן בפרשת עדאלה¹⁹⁰ – הוארך והוכנסו בו כמה

187 שם, פס' 4 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

188 שם.

189 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 168.

190 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124.

תיקונים. 191 בית המשפט העליון החליט, ברוב דעות, 192 כי החוק הוא חוקתי. לעניין הזכות לחיי משפחה חזרו השופטים שהיו חלק מהמותב בפרשת עדאלה על עמדתם בפרשה זו. השופטים האחרים קיבלו, בעיקרו של דבר, את התפיסה כי הזכות לחיי משפחה נגזרת מהזכות לכבוד האדם. השוני העיקרי בין שופטי המותב בפרשת גלאון נבע מהשוני בעמדות לעניין היקפה של הזכות לחיי משפחה (אם כוללת היא מימוש חיי המשפחה בישראל) ולעניין המידתיות של הפגיעה בה. בשאלות אלה נדון בנפרד. השופט א' לוי ציין בפסק דינו כי הזכות לחיי משפחה מצויה "בגרעינו של המושג כבוד האדם". 193 השופט ס' ג'ובראן חזר וקבע "שהזכות למימוש חיי משפחה היא זכות חוקתית המוגנת במלוא היקפה על ידי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו". 194 השופט א' רובינשטיין – שלא היה במותב בפרשת עדאלה – קבע בפסק דינו כי "אין ולא ייתכן חולק, כי בגדרי זכות האדם לכבוד באה גם זכותו לחיי משפחה". 195 השופטת ע' ארבל, שלא הייתה במותב של פרשת עדאלה, ציינה בפסק דינה: 196

"הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הערך החוקתי של כבוד האדם. זכותו של אדם ליצור לו קשר זוגי ולהקים משפחה עם בן או בת זוגו, כרוכה בעבותות בערך כבוד האדם, ומצויה בליבתו. היא מהמרכיבים היסודיים המגדירים את זהותו של האדם ואת יכולתו להגשים עצמו. זכותו של אדם לבחור עם מי יקשור את חייו היא הביטוי האולטימטיבי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. היא מבטאת את צרכיו הבסיסיים ביותר של האדם באהבה, בשייכות, בשיתוף ובהעמדת דור המשך. ככזו, היא נובעת מבסיס הקיום האנושי [...] הזכות לחיי משפחה אינה מוגבלת אך לחופש הבחירה בבן או בבת זוג אלא היא כוללת גם את היכולת לנהל חיי משפחה יחד".

השופטת מ' נאור ציינה אף היא כי "הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד". 197 לעניינה של הזכות לחיי משפחה כותבת השופטת מ' נאור: 198

- 191 ראו חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז–2007, ס"ח 182.
 192 בדעת הרוב של המשנה לנשיאה א' ריבלין, השופט א' גרוניס, השופטת מ' נאור, השופט א' רובינשטיין, השופט ח' מלצר והשופט נ' הנדל. בדעת המיעוט היו הנשיאה ד' ביניש, השופט א' לוי, השופטת ע' ארבל, השופט ס' ג'ובראן והשופטת א' חיות.
 193 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, פס' 8 לפסק הדין של השופט א' לוי.
 194 שם, פס' 3 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.
 195 שם, פס' 7 לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
 196 שם, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.
 197 שם, פס' 6 לפסק הדין של השופטת מ' נאור.
 198 שם, פס' 8 לפסק הדין של השופטת מ' נאור.

“הזכות לחיי משפחה היא עולם ומלואו. יש לזכות זו נגזרות רבות. כך למשל, ניתן לראות בפסיקה כי הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות להינשא [...] היא כוללת את הזכות להורות [...] היא מצדיקה מתן אפשרות לאסירים לקיים טיפולי הפריה מלאכותית [...] היא מאפשרת לאסירים לעמוד בקשר עם בני משפחתם [...] לזכות לחיי משפחה נגזרות רבות בתחומי המדינה”.

הנשיאה ד' ביניש והשופטים א' גרוניס וא' חיות חזרו על עמדותיהם בפרשת עדאלה. השופט נ' הנדל – אשר לא היה בין חברי המותב בפרשת עדאלה – כתב בפסק דינו: ¹⁹⁹

“הפסיקה בארץ ומחוצה לה הכירה בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית [...] הזכות בתור שכזו – שמורה לכל אדם. החברה רואה את חירות הנישואין כאחת הבחירות החשובות והמרכזיות בחייו של אדם והגדרתו העצמית [...] הזכות לחיי משפחה אינה כוללת כל היבט לחיי משפחה. לא כל היבט כזה עולה כדי פגיעה בכבוד האדם ובחירותו”.

את פסק הדין בפרשת גלאון חתם המשנה לנשיאה א' ריבלין. לעניין הזכות לחיי משפחה כתב המשנה לנשיאה: ²⁰⁰

“הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על-פי רצונו ולהקים משפחה – ממילא פוגעת היא בחירות. פגיעה זו בחירות קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי. היא פוגעת אנושות בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו. המשפט הישראלי מכיר בזכותו של האזרח הישראלי לחיי משפחה. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים תחת קורת גג אחת. הזכות לחיי־משפחה אינה רק זכותם של ההורים. זוהי גם זכותו של הילד הנולד להוריו. הזכות לחיי־משפחה מוגנת היום בהוראות חוק־היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחירות וחלק מזכות היסוד לכבוד”.

פסק הדין הבא הוא פרשת פלונית נ' משרד הבריאות. ²⁰¹ בפרשה זו תרם אלמוני תרומת זרע. מתרומה זו ילדה העותרת בת. היא ביקשה לעבור תהליך הזרעה נוסף מאותה תרומה, השמורה בבנק הזרע. לכך התנגד האלמוני. הוא ביקש לחזור בו מהסכמתו לתרומתו בשל

199 שם, פס' 2 לפסק הדין של השופט נ' הנדל.

200 שם, פס' 8 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

201 בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.2013).

שינויים שחלו בהשקפת עולמו. בית המשפט העליון קבע, פה אחד, כי יש לאפשר לו לחזור מהסכמתו המקורית. הפרשה היא ללא ספק תקדימית. יש בה, במובן מסוים, פיתוח נוסף של פרשת נחמני.²⁰² כותב השופט א' רובינשטיין:²⁰³

“כיום אין עוד מחלוקת בדבר מעמדה העקרוני של הזכות להורות... אחד הציוויים הראשונים במעלה הוא 'פרו ורבו ומלאו את הארץ' (בראשית א', כח). ושאיפה עמוקה היא זו, ולא מילתא זוטרתא. [...] ליבה של הזכות להורות הוא היכולת המעשית להביא ילדים לעולם. כשם שהמדינה אינה דורשת 'רישיון הורות', היא אינה רשאית לפגוע בזכותו של אדם להורות ללא טעמים ענייניים כבדי משקל [...]”

השופט א' רובינשטיין עומד בהרחבה על הזכות להורות ועל הזכות שלא להיות הורה. הוא מצייין כי “הזכות להורות היא לכאורה ערך עקרוני בפני עצמו, טבעי וקמאי, ובמדרג גבוה בסולם ערכי אנושי; לכך מצטרפת האוטונומיה המגולמת בבחירותיו של הפרט הנלוות לה. [...] הזכות שלא להיות הורה, מנגד איננה כוללת ערך־עצמאי מוגן אלא נועדה להגן על האוטונומיה האישית של האדם בבחירתו (שלא להיות הורה, או שלא להיות הורה בשיתוף עם פלונית או פלוני)”.²⁰⁴

השופט ד' ברק־ארז מציינת בפסק דינה כי העותרת טוענת לשתי זכויות: הזכות להורות והזכות לאוטונומיה.²⁰⁵

“הזכות להורות כבר הוכרה בפסיקתו של בית משפט זה, לרבות בהקשר שבפנינו, שעניינו החתירה למימוש הזכות באמצעות טכנולוגיות הפריה [...] הוא הדין בזכות לאוטונומיה של הרצון, שהוגדרה בפסיקה כאחד הביטויים של הזכות לכבוד האדם”.

לעומתה עמד התורם, הטוען לזכותו שלא להיות הורה:²⁰⁶

“זכות זו להימנע מהורות, [...] היא זכות הקשורה באופן גרעיני לכבוד האדם”.

השופט ד' ברק־ארז עומדת על ההתנגשות בין זכויות אלה. היא מציינת כי “חלק מן המורכבות שמעורר המקרה שבפנינו נובעת מכך שהצדדים לו מעלים טענות שעניינן פנים

- 202 פרשת נחמני (ע"א 5587/93, דנ"א 2401/95), לעיל ה"ש 93 ו-101.
 203 פרשת פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 201, פס' כו-כז לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
 204 שם, פס' לב לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (ההדגשות במקור).
 205 שם פס' 6 לפסק הדין של השופט ד' ברק־ארז.
 206 שם.

שונים של אותה זכות עצמה – הזכות לכבוד האדם, אשר בגדרה הוכרו במשפט החוקתי של ישראל הן הזכות לאוטונומיה והן הזכות להורות על פניה השונים (לרבות הזכות להימנע מהורות).“

השופט י' עמית מציין כי "אין לסווג את הפגיעה בעותרת כפגיעה באינטרס, אלא כפגיעה בזכות החיובית להורות, אשר מולה ניצבת הפגיעה בזכות השלילית לאוטונומיה של התורם [...] לפיכך נדרש איזון אופקי בין שתי הזכויות המתנגשות, כאשר המרחק מגרעין הזכות יבוא לידי ביטוי בתוצאות האיזון ולא בעצם הסיווג כאינטרס מול זכות".²⁰⁷

ג. מאפייניה של זכות־הבת לחיי משפחה

1. זכות־הבת לחיי משפחה וזכויות־הבת האחרות של כבוד האדם

זכות־הבת לחיי משפחה מאגדת בתוכה את כל ההיבטים של כבוד האדם הנוגעים לחיי המשפחה. נקודת המבט היא מתוך ההיבט ה"משפחתי" של כבוד האדם החוצה. זכות־הבת משתרעת על כל אותם עניינים שיש בהם כדי למנוע פגיעה או להגן על כבוד האדם בהקשר המשפחתי. כפי שראינו, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מכיר בזכות עצמאית לחיי משפחה. היא מוכרת כזכות חוקתית רק בהיותו חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. היא זכות־בת. קיים קשר הדוק בינה לבין זכויות־הבת האחרות הנגזרות מכבוד האדם, ובעיקר הזכויות לאישיות ולשוויון.²⁰⁸ כמו כן קיים קשר הדוק בינה לבין הזכות העצמאית לפרטיות ולקניין. קשר הדוק זה משמעו כי קיימת חפיפה (בין חפיפה משלימה ובין חפיפה נוגדת) בין זכות־הבת לחיי משפחה לבין זכויות־הבת האחרות של כבוד האדם, וכן בין זכות־הבת לחיי משפחה לבין הזכויות העצמאיות המוכרות בחוק היסוד. פתרונה של חפיפה זו אינו בקביעת גבולות חדשים בין הזכויות החופפות. חפיפה זו אינה משפיעה על היקפן של הזכויות החופפות. היקפן משקף את האידיאלים המונחים ביסודן, ובמקום שהאידיאלים חופפים גם הזכויות החוקתיות חופפות. אכן, תוצאותיה של החפיפה אינן במישור החוקתי כלל. תוצאותיה מונחות במישור התת־חוקתי, שם נערך האיזון בין הזכויות החוקתיות מצד אחד לבין הזכויות או האינטרסים המתנגשים עמם מצד אחר. איזון זה נערך במסגרתה של פסקת ההגבלה. בגדריו יש בכוחה של החפיפה המשלימה להגביר את עוצמתן של הזכויות החופפות, ובכך להשפיע על נקודת האיזון.

207 שם, פס' 23 לפסק הדין של השופט י' עמית (ההדגשות במקור).

208 על זכות־הבת לאישיות, ראו לעיל בעמ' 537; על זכות־הבת לשוויון ראו להלן בעמ' 688.

2. הזכות לחיי משפחה – זכות כלפי רשויות השלטון

הזכויות החוקתיות (העצמאיות) הקבועות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מכוונות נגד רשויות השלטון. תחולתן היא אנכית. אין להן תחולה אופקית.²⁰⁹ משמעות הדבר היא כי הן מכוונות כלפי רשויות השלטון בלבד. על אלה הוטל איסור חוקתי לפגוע בזכות לחיי משפחה של הפרט אלא אם כן הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. בדומה לזה, על רשויות השלטון הוטלה החובה להגן על הזכות לחיי משפחה של הפרט אלא אם הימנעות מהגנה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. הזכות החוקתית לחיי משפחה אינה מכוונת ליחסים בין הפרטים לבין עצמם.

מצב דברים זה מעורר תמיהה: מרבית פסקי הדין בעניין הזכות לחיי משפחה נפסקו ביחסים בין פרטים: כך לעניין היחסים בין ההורים הביולוגיים להורים המאמצים בדיני האימוץ; כך לעניין היחסים בין הורים לבין עצמם לעניין ילדיהם ולעניין היחסים בין הילדים לבין הוריהם. האם כל אלה אינם שייכים לזכות החוקתית לחיי המשפחה?

התשובה לשאלה זו – וזו התשובה הכללית החלה לעניין כל זכויות־הבת לכבוד האדם²¹⁰ – היא כי יש להבחין בין המישור החוקתי לבין המישור התת־חוקתי (חקיקה, משפט דתי, משפט מקובל). הזכות לחיי משפחה, כזכות־בת חוקתית, חלה אך ביחסים שבין הפרט לרשויות השלטון. היא מכוונת כלפי רשויות השלטון. רשויות השלטון מוצאות עצמן נתונות בחובות נוגדות כלפי פרטים שונים. כך למשל הדבר כאשר האם הביולוגית מבקשת מהמדינה להשאיר את בנה הטבעי כחלק ממשפחה, כזכות־בת חוקתית, חלה אך ביחסים שבין הפרט לרשויות השלטון. היא מכוונת כלפי פרט אחד מבקש כי המדינה תאפשר לו לחנך את ילדו בדרכו שלו, ואילו ההורה השני מבקש כי יותר לו לעשות זאת בדרכו שלו, והדרכים נוגדות זו את זו. בן זוג אחד טוען לזכותו לנישואין, ובן זוג אחר טוען כנגדו לזכותו לגירושין. על רשויות המדינה להכריע בין זכויות נוגדות אלה כלפיה. המדינה מצויה במצב של חובות מתנגשות, ועליה לקבוע כיצד להגשימן. היא עושה כן בראש ובראשונה באמצעות חקיקתה של הכנסת. זו קובעת מערכת של דינים המסדירה את היחסים בין הפרטים. הסדרה זו פוגעת בזכותו של פרט אחד כלפיה ומגנה על זכותו של פרט אחר כלפיה. הסדר זה יהא חוקתי אם הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

הנה כי כן, זכות־הבת לחיי משפחה פועלת בתחום החוקתי בלבד, ואילו תוצאת פעולתה של זכות־הבת – מצד פעולתן של זכויות חוקתיות אחרות ואינטרס הציבור – היא במשפט התת־חוקתי. דין משפט תת־חוקתי זה – דיני המשפחה בישראל – מעוצב על בסיס תוצאת ההתנגשות בין הזכות החוקתית לחיי משפחה לזכויות חוקתיות אחרות שיש לבני המשפחה כלפי המדינה או אינטרס הציבור.

209 ראו לעיל בעמ' 387.

210 ראו לעיל בעמ' 387.

לעתים אין בנמצא חקיקה של הכנסת אשר תהווה את האיזון הראוי בין הזכויות לאינטרסים המתנגשים. מה דינו של הפרט ביחסיו עם פרטים אחרים במצב דברים זה? התשובה היא כי דינו של הפרט צריך למצוא מקומו, כאמור, במשפט התת־חוקתי. תחת שתיקתה של החקיקה יבוא דברה של השפיטה.²¹¹ דוגמה יפה למצב דברים זה אפשר למצוא בפרשת נחמני²¹² ובפרשת פלוני נ' משרד הבריאות.²¹³ בשתי פרשות אלה עמדה זכותה החוקתית של אישה כלפי רשויות השלטון להורות כנגד זכותו החוקתית של איש כלפי רשויות השלטון שלא להיות הורה. לא היה בנמצא דבר חקיקה שעסק בנושא. הפתרון נמצא אפוא במשפט המקובל הישראלי, כלומר בפסיקתו של בית המשפט העליון. בית המשפט שקל את הזכות להורות ואת הזכות לאי־הורות וקבע את האיזון המידתי ביניהן. איזון זה, המצוי בהלכתו של בית המשפט העליון, נותן ביטוי לזכויות החוקתיות הנוגדות של הצדדים כלפי המדינה אם כי הוא עצמו מעוגן במשפט הפרטי וקובע יחסים בין פרטים.

3. הזכות לחיי משפחה – זכות שלילית וזכות חיובית

הזכות לחיי משפחה – כמו כל זכות־בת אחרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם – היא זכות שלילית וחיובית כאחת.²¹⁴ בהיבט השלילי שלה ("אין פוגעים [...] בכבודו של אדם באשר הוא אדם")²¹⁵ היא מגנה על הזכות לחיי משפחה מפני פגיעה בה על ידי הרשות השלטונית. בהיבט החיובי שלה ("כל אדם זכאי להגנה על [...] כבודו")²¹⁶ היא מבקשת לקדם את חיי המשפחה, כגון מימון טיפולי פוריות והבטחת אפשרות של אימוץ ופונדקאות. כן היא מבקשת להגן על חיי המשפחה מפני פגיעה בהם על ידי צד שלישי. בשני המקרים – הן לעניין ההיבט השלילי והן לעניין ההיבט החיובי – הזכות אינה מוחלטת.²¹⁷ ההיבט השלילי מתבטא בהגנה על חיי המשפחה מפני פעילות יתר של המדינה ובשל מעורבות שלטונית הפוגעת בזכות. ההיבט החיובי מתבטא במחדליה של המדינה בשמירה על חיי המשפחה ובקידומם ובהגנה עליהם מפני פגיעה על ידי צד שלישי. בהתייחסו להיבט החיובי כותב השופט מ' חשין:²¹⁸

- 211 ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק־אוסוסקין 363 (2012).
- 212 פרשת נחמני (ע"א 5587/93, דנ"א 2401/95), לעיל ה"ש 93 ו-101.
- 213 פרשת פלוני נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 201.
- 214 ראו לעיל בעמ' 348.
- 215 סעיף 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 216 סעיף 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 217 ראו לעיל בעמ' 368.
- 218 ראו פרשת פלוני נ' פלוני (ע"א 3077/90), לעיל ה"ש 25, בעמ' 593.

”בצידה של זכות זו קמה ומתייצבת חובתה של המדינה להיות לעזר לאדם לבוא אל שלו. הזכות השוכנת בחוק היסוד קורנת אל פנינו. מקרינה היא מעצמה סעד לבעל הכבוד, ומטילה היא מעצמה חובה על זולתו. כך ככלל, ולא כל שכן שחוק היסוד מורנו מפורשות – בסעיף 4 בו – כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו”.

בפרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה²¹⁹ נדונה השאלה אם מוטלת חובה על המדינה לאפשר לאדם לממש את הורותו בדרך של אימוץ או בדרכים אחרות. בפסק דין המיעוט שלה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי הזכות למשפחה ולהורות "נתפסת כחירות שאין לפגוע בה על ידי התערבות השלטון, או גורם אחר. זוהי זכות שאין כנגדה חובה של השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי לאפשרה וכדי לממשה [...] הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו ואת הווייתו האישית באמצעות הקמת משפחה והבאת ילדים לעולם"²²⁰. מוסיפה השופטת א' פרוקצ'יה: ²²¹

”על־פי התפיסה החוקתית הנוהגת כיום בשיטתנו, ההכרה בזכות החוקתית להורות ולמשפחה נשענת על ההנחה כי מדובר בזכות בעלת אופי הגנתי, שאינה מעמידה כנגד חובה של המדינה לפעול. עיקרה בהגנה מפני פגיעה של השלטון, להבדיל מקיומה של חובה על השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי להעמיד אמצעים שונים על מנת לאפשר את מימוש הזכות. הזכות להורות מתפתחת על פני האוטונומיה של הרצון הפרטי. היא אינה גולשת לתחום בו נדרשת התערבות המדינה לצורך מימושו. התערבות המדינה בתחומים השונים, כגון אימוץ, פונדקאות והפרייה חוץ־גופנית, המהווים אמצעים שונים למימוש ההורות, נעשית במסגרת פעולתה השלטונית, והיא כפופה לביקורת שיפוטית מינהלית, אולם אין היא בגדר מימוש חובה הניצבת כמגנה לזכות חוקתית של אדם למימוש הורות באמצעים חלופיים להולדה טבעית. אין להוציא מגדר האפשר כי שינוי העיתים, הדינמיקה החברתית, והצרכים האנושיים יביאו עימם עם הזמן שינויים בתפיסה החוקתית בדבר מקומה של המדינה במתן אמצעים למימוש זכות האדם למשפחה ולהורות. בעניין זה, אין בהכרח זהות בשיקולים בין האמצעים השונים, ואין דומה אימוץ ילד שהוא בעל ישות עצמאית ונושא לזכויות כאמצעים אחרים שנועדו לאפשר הבאת ילד לעולם, כגון פונדקאות והפרייה חוץ־גופנית. השאלה באיזו מידה חייבת המדינה לסייע לפרט

219 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149.

220 שם, בפס' 20 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

221 שם, בפס' 23 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (ההדגשה במקור).

בהעמדת אמצעים לצורך מתן עזרה לתהליכי הולדה באמצעות טכניקות הולדה מלאכותיות היא קשה ומורכבת. ככל שנדרשת התערבות גורמים חיצוניים בתהליכי הולדה, אנו מתרחקים מן הליבה הקשה של הזכות להורות המבוססת על האוטונומיה של הפרט וזכותו העצמאית לקבל החלטות הקובעות את גורלו בלא התערבות חיצונית".

על רקע גישתה זו קבעה השופטת א' פרוקצ'יה כי "הסדר האימוץ במדינה אינו מהווה חלק מזכותו החוקתית של מבקש האימוץ למשפחה ולהורות, והוא אינו מקים זכות חוקתית נגזרת בידי אדם לתבוע מן המדינה את מימוש הורותו באמצעות אימוץ".²²² על פי גישתה של השופטת א' פרוקצ'יה, "החלטת אדם על רצונו לממש את הורותו בדרך של אימוץ מצויה בתחום האוטונומיה של הפרט, המוגנת מפני התערבות חיצונית של השלטון. אולם מימושה של החלטה זו חורג מתחום האוטונומיה של הפרט וכפוף להסדר האימוץ שנקבע על ידי המדינה, אשר תכליתו המרכזית היא לקדם את טובת הילד, כאשר המבקשים לאמץ משתלבים אל תהליך האימוץ כדי לקדם את תכלית טובת הילד, הנמצא לעולם במרכזם של העניין והדאגה במוסד האימוץ".²²³ על פי גישתה של השופטת א' פרוקצ'יה, "טובת הילד על-פי מושג חוק האימוץ אינה מתיישבת עם קיומה של זכות משפטית מוכרת לאמץ במבקש זאת. ההנחה בדבר זכות כזו מרחיקה את טובת הילד ממוקד עניינו של מוסד האימוץ, ואינה עולה בקנה אחד עם הרעיון כי חובתה ההומניטרית של המדינה היא לדאוג לילדים נזקקים כמטרה בלתי מסויגת שאינה כפופה לזכותו של אחר. ההתחשבות בכמיהתם של המבקשים לאמץ כדי רמה של גיבוש זכות היה משלב שיקולים חיצוניים לטובת הילד, וגורע ממימושו של עקרון מרכזי זה".²²⁴

גישתה זו של השופטת א' פרוקצ'יה הייתה דעת מיעוט. הנשיאה ביניש ציינה כי כנגד גישתה של השופטת א' פרוקצ'יה אפשר להעמיד שיקולים נוגדים, התומכים בהכרה במעמדה החוקתי של הזכות להפוך להורה באמצעות מוסד האימוץ. כותבת הנשיאה ד' ביניש:²²⁵

"על פני הדברים, יש מקום לטענה כי הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו, בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית ורוצים לממש את כמיהתם לילד באמצעות מנגנון האימוץ. לפי גישה זו, ראוי לאפשר הגדרה רחבה יחסית להיקפה הפנימי של הזכות

222 שם, בפס' 25 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

223 שם.

224 שם, פס' 27 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (ההדגשה במקור).

225 שם, פס' 3 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

החוקתית לחיי משפחה ולהורות, תוך התאמת היקף ועוצמת ההגנה החוקתית שתינתן לזכות האמורה בהקשרים שונים, בהתנגש עם זכויות ואינטרסים נוגדים. בין היתר, תושפע מידת ההגנה על מימוש הזכות לחיי משפחה ולהורות, ממיקומו של המקרה בגרעינה של הזכות החוקתית או בשוליה".

הנשיאה ד' ביניש מציינת כי "הסוגיה העקרונית הנוגעת לשאלת ההכרה החוקתית בזכות להפוך להורה באמצעות מוסד האימוץ, היא קשה ורגישה. היא קשורה בטבורה להגדרת היקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות".²²⁶ בנסיבות המקרה שלפניה הסוגיה החוקתית אינה דורשת הכרעה, ועל כן יש "להותירה לימים שיבואו". המשנה לנשיאה א' ריבלין ציין בפסק דינו כי "פעמים רבות, כדרכו של עולם, הכמיהה לילד מצויה בעוצמה גדולה ביותר דווקא אצל אלה אשר אינם מסוגלים לממש אותה באופן פשוט".²²⁷ על כן "אין לראות בהבדל בין הורות ביולוגית להורות בדרך של אימוץ נוצר פער בעל משמעות נורמטיבית ניכרת".²²⁸ לעניין ההבחנה בין זכויות שליליות לזכויות חיוביות מצא המשנה לנשיאה א' ריבלין כי אף אם יקבל הבחנה זו, אין היא משקפת את מצב הדברים בענייננו. הטעם לכך הוא שחקיקה של הכנסת הגבילה את אפשרויות האימוץ לעומת ההסדר שקדם לה, וממילא היא פוגעת בהיבט השלילי של הזכות. ובאשר לשיקול בדבר טובת הילד קובע המשנה לנשיאה כי "אין מקום לבחון את שאלת טובת הילד בשלב עצם ההכרה בזכות החוקתית, אלא כאשר נפנים למלאכת האיזונים ובוחנו את עוצמת ההגנה על זכות זו".²²⁹

במחלוקת זו דעתי כדעת הנשיאה ד' ביניש והמשנה לנשיאה א' ריבלין. בקביעת היקפה של הזכות לחיי משפחה יש לתת ביטוי לאידאליים של כבוד האדם המונחים ביסודה. התחשבות בשיקולים נוגדים – מהם הקשורים בזכותם של אחרים (כגון זכות הילד או זכות המאמץ) ומהם הקשורים בטובת הציבור (כגון טובת הילד) – תיעשה במסגרת פסקת ההגבלה. אין לפרש את זכות־הבת לחיי משפחה כזכות בעלת אופי שלילי בלבד. ככל זכות־בת של כבוד האדם יש בה היבטים שליליים ויש בה היבטים חיוביים. האפיון האנליטי של הזכות כ"חירות" (במובנה ההופלדיאני) אינו מכריע בעניין זה, שכן ההגבלה על החירות (בענייננו הזכות לאימוץ) באה מהוראותיו של חוק האימוץ הקובע תנאים לאימוץ שאינם נותנים ביטוי לכל רצונותיו של המאמץ. כמוכן, הזכות החוקתית לאימוץ מכוונת כלפי המדינה. אין למבקש לאמץ זכות חוקתית לאימוץ כלפי פרט אחר.

226 שם, פס' 4 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

227 שם, פס' 3 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

228 שם, פס' 4 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

229 שם, פס' 6 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין. ראו גם פסקי הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין בפרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 549 ובפרשת גלאון, לעיל ה"ש 168, פס' 26.

4. חשיבותה של זכות־הבת לחיי משפחה

במגילת הזכויות החוקתיות שלנו ניתן לזכות־הבת לחיי משפחה מעמד בכורה. צוין כי הזכות לחיי משפחה "היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן [...] בין זכויות האדם ניצבת זכותו של אדם למשפחה במדרג העליון. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק ואף לפרטיות ולצנעת הפרט".²³⁰ ברוח דומה צוין כי הזכות לחיי משפחה היא זכות "ממעמד חוקתי ראשון במעלה",²³¹ "שאין מרכזית ממנה".²³² במסגרת הזכות לכבוד האדם נקבע כי הזכות למשפחה "מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם"²³³ והיא "בגרעינה".²³⁴

לא כל ההיבטים של הזכות לחיי משפחה מצויים בגרעינה של הזכות לכבוד האדם. חלקם מצויים בוודאי בפריפריה של כבוד האדם. לא הרי זכותה להורות של גב' נחמני²³⁵ (שבלא לממש את זכותה לביצית שהופרחה בזרעו של בעלה לא תוכל להיות לאם) המונחת בליבתה של הזכות לכבוד האדם, ובליבת הזכות להורות, כהרי זכותה של גב' פלונית²³⁶ (שבלא לממש את זכותה לזרעו של התורם האלמוני תוכל להיות אם מתורם אחר) המונחת בפריפריה של הזכות לכבוד האדם ובפריפריה של הזכות להורות.²³⁷ עם זאת הן הגרעין של הזכות לחיי משפחה והן הפריפריה שלה הם חלק מהזכות לכבוד האדם. ההבחנה בין גרעינה של הזכות לכבוד האדם לבין הפריפריה שלה רלוונטית היא לעניין פסקת ההגבלה בכלל ולעניין האיזון הנערך במסגרתה בפרט. לא הרי משקלו של השיקול בדבר הנזק השולי הנגרם בפגיעה בגרעינה של הזכות החוקתית לכבוד האדם כהרי משקלו של השיקול בדבר הנזק השולי הנגרם בפגיעה בשוליה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. חושש אני כי לעתים

230 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 496 (השופטת א' פרוקצ'יה). ראו גם פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, פס' 1 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת דקה, לעיל ה"ש 167, פס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 173, פס' 38 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

231 פרשת פלוני נ' פלונית (בג"ץ 2123/08), לעיל ה"ש 147, בעמ' 696–697 (השופטת ע' ארבל).

232 פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (דנ"א 1892/11), לעיל ה"ש 182, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

233 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק); פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, פס' 2 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

234 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק); פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, פס' 17 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה ופס' 2 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש; פרשת גלאון, לעיל ה"ש 168, פס' 8 לפסק הדין של השופט א' לוי; פרשת פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 201, פס' 6 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארוז.

235 פרשת נחמני (ע"א 5587/93, דנ"א 2401/95), לעיל ה"ש 93 ו-101.

236 פרשת פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 201.

237 שם, פס' 6 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארוז.

ההבחנה בין גרעינה של הזכות לכבוד האדם לשוליים שלה גולשת מהתחום של חוקתיות הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם לתחום של עצם קיום הפגיעה בזכות החוקתית.²³⁸ בגלישה זו נתפסים השוליים כמצויים מחוץ לתחומה של הזכות לכבוד האדם. על גישה זו יש להצטרף. כמובן, לעתים השוליים בה מרוחקים מהגרעין עד כי הם ניתקים לחלוטין מהזכות. במצב דברים זה אין לדבר עוד בשוליים של הזכות ובפריפריה שלה אלא בהעדרה של הזכות. אך כל עוד השוליים הם חלק מהזכות, האופי השולי של הפגיעה בזכות רלוונטי אך לשלב החוקתיות של הפגיעה. אין הוא רלוונטי לעצם קיומה של הפגיעה בזכות לכבוד האדם.

את המכלול החוקתי של חיי המשפחה ראוי לחלק לשלושה היבטים: הראשון – עניינו הזכות להקים את התא המשפחתי. היבט זה משתרע על הזכות החוקתית להכרה ביחסי זוגיות (הכוללת בין השאר נישואין, ברית זוגיות, ידועים בציבור) ועל הזכות החוקתית להכרה בהורות (על כל היבטיה, לרבות אימוץ); ההיבט השני עניינו הזכות החוקתית כאשר התא המשפחתי כבר קיים. היבט זה בוחן את הזכות החוקתית של ההורים (הביולוגים או המאמצים) כלפי המדינה באשר ליחסיהם ההדדיים וכן באשר ליחסיהם כלפי הילדים. כן נכללת בהיבט זה זכותו של הילד כלפי המדינה באשר ליחסיו עם הוריו. במסגרת היבט זה נבחנות הזכויות החוקתיות של הילד כלפי המדינה למזונות, למשמורת ולחינוך; ההיבט השלישי עניינו הזכות של הפרט במשפחה לצאת ממנה. הוא כולל את הזכויות החוקתיות לסיום הזוגיות (כגון גירושין) ואת סיום ההורות (כגון אימוץ). נפנה עתה לניתוח שלושה היבטים אלה.

שלושת ההיבטים של הזכות לחיי משפחה אינם מכסים את התחום כולו. החלוקה בין שלושת ההיבטים היא למטרות של הצגה ברורה של הדין החוקתי. אין כל חשיבות לשאלה אם היבט מסוים נתפס כזכות־נכדה או כזכות־נינה. כפי שנראה, קיימת חפיפה בין ההיבטים השונים. למשל, האימוץ מתחיל לעתים את היחס המשפחתי (מנקודת מבטו של המאמץ) ומסיים יחס זה (בנקודת מבטו של ההורים הטבעיים). קיימים בוודאי מצבים שונים שאינם נופלים במסגרת שלושת ההיבטים שעליהם עמדנו. החיים החברתיים נמצאים בתנועה מתמדת, ועמם נעה גם זכות־הבת לחיי המשפחה.

ד. הזכות ליצירת התא המשפחתי

1. הזכות ליצירת תא משפחתי

ההיבט הראשון של הזכות לחיי משפחה מתמקד ביצירתו של התא המשפחתי. רובינו קרוזו מצוי לבדו על אי בודד. הדרכים המשפטיות ליצירת התא המשפחתי אינה רלוונטית

238 ראו לעיל בעמ' 360.

לגביו. לא כן האדם בגדרי החברה. האדם זקוק לחיי משפחה. היטיב להביע זאת השופט ס' ג'ובראן בפרשת קו לעובד:²³⁹

"מטבעו של האדם, מטבע בריאתו ממש, לחפש לו את זוגו או את זוגתו, עימם יחיה את חייו, עימם יקים את משפחתו, יביא ילדים לעולם, וימשיך את שרשרת משפחתו. שרשרת הדורות. כך מזה עידן ועידנים וכך גם בימינו אנו, חרף שינויים רבים אשר באו על דרכי האדם ועל משפחתו, עדיין ניכר באדם יצר עז להקים משפחה ולהמשיך את שרשרת הדורות על ידי גידול ילדים. ביצירת משפחה מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם [...] המשפט נותן ביטוי לטבעו זה של האדם, ולזכותו להקים משפחה".

ברוח דומה כתבה השופטת ע' ארבל בפרשת גלאון:²⁴⁰

"זכותו של אדם ליצור לו קשר זוגי ולהקים משפחה עם בן או בת זוגו, כרוכה בעבותות בערך כבוד האדם, ומצויה בליבתו. היא מהמרכיבים היסודיים המגדירים את זהותו של האדם ואת יכולתו להגשים עצמו. זכותו של אדם לבחור עם מי יקשור את חייו היא הביטוי האולטימטיבי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. היא מבטאת את צרכיו הבסיסיים ביותר של אדם באהבה, בשייכות, בשיתוף ובהעמדת דור המשך. היא נובעת מבסיס הקיום האנושי".

זכות זו ליצירת התא המשפחתי נתונה לכל אדם, בין הטרוסקסואלי ובין הומוסקסואלי.²⁴¹ היא ניתנה לכל אחד – בין נשוי ובין שאינו נשוי. היא ניתנה לאם החד־הורית או לאב החד־הורי. היא מתחלקת לשתי זכויות־בת (זכויות־נכדה לזכות לכבוד האדם): הזכות לזוגיות והזכות להורות.²⁴² נעמוד על כל אחת מהן בנפרד.

2. הזכות להכרה ביחסי זוגיות

(א) הזכות ליצירת הקשר המשפחתי

החברה האנושית בנויה על הקשר המשפחתי. המאפיין קשר זה הוא קביעתו וביסוסו על אינטימיות בין בני המשפחה. המשפחה הגרעינית בהיסטוריה האנושית הייתה מבוססת על

239 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 173, פס' 4 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.

240 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 168, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

241 ראו יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד־מינית" המשפט ז 253 (2002).

242 ראו פרשת גלאון, לעיל ה"ש 168, פס' 8 לפסק הדין של השופטת מ' נאור.

גבר ואישה הנשואים זה לזה ועל ילדיהם. במשך השנים השתנתה ההבנה של הקשר המשפחתי, והוא משתרע על כל מה שנתפס בעיניה של חברה נתונה בזמן נתון כיחידה משפחתית. הזכות החוקתית לכבוד האדם היא זכותו לעצב את התא המשפחתי שלו: "אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו הפרטי".²⁴³

התא המשפחתי נוצר על ידי קשר של זוגיות. כבוד האדם משמיע לנו כי מוכרת זכותו של כל אדם ליצור את קשר הזוגיות שבו יחפוץ. הזכות לחיי משפחה כוללת אפוא "את זכותו של הפרט לבחור את בן-זוגו ולהקים עימו משפחה".²⁴⁴ "זכות היסוד של האדם לבחור בבן זוגו ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו".²⁴⁵ ביצירת משפחה "מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם".²⁴⁶ "זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי; מימושה הוא תנאי למיציאת החיים וטעם החיים; הוא תנאי להגשמה העצמית של האדם, וליכולתו לקשור את חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות תאווי חייו".²⁴⁷ "זכותו של אדם ליצור לו קשר זוגי ולהקים משפחה עם בן זוגו או בת זוגו, כרוכה בעבודות בערך כבוד האדם, ומצויה בליבתו. היא מהמרכיבים היסודיים המגדירים את זהותו של האדם, ואת יכולתו להגשים את עצמו. זכותו של אדם לבחור עם מי יקשור את חייו היא הביטוי האולטימטיבי לאוטונומיה של הרצון הפרטי".²⁴⁸ על כן דין המטיל חובה על אדם ליצור קשר של זוגיות בניגוד לרצונו הוא דין הפוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם.²⁴⁹ בדומה לזה, דין המונע מאדם ליצור קשר זוגיות עם מי שיחפוץ בו פוגע בזכותו החוקתית לכבוד האדם. למשל, דין המונע מבני זוג מאותו מין ליצור קשר זוגי פוגע בכבוד האדם של כל אחד מהם.²⁵⁰

(ב) הנישואין

זה אלפי שנים מוכר כי קשר הזוגיות יוצר את התא המשפחתי בדרך של נישואין. בכך נוצר סטטוס המכיר במערכת דינים מיוחדת החלה על תא משפחתי זה. במקום שהנישואין הם דרך המלך ליצירת התא המשפחתי דורש כבוד האדם כי דרך זו תעמוד לרשותו של

- 243 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק).
 244 פרשת אורן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 231 (השופטת ד' ביניש).
 245 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 465 (השופטת ד' ביניש).
 246 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 173, פס' 4 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן.
 247 פרשת דקה, לעיל ה"ש 167, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 248 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 168, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.
 249 השווה ע"א 501/81 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לה (4) 430 (1981).
 250 ראו National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs 2000 (2) SA 1 (CC) (S. Afr.).

הפרט על פי בחירתו. זוהי הזכות החוקתית של הפרט כלפי המדינה לנישואין.²⁵¹ מכאן ההכרה בזכות־בת לנישואין הנתונה לכל אדם.²⁵² כל אדם "קנה זכות לנישואין".²⁵³ מהזכות לכבוד האדם נגזרת "זכותו של אדם לחיי משפחה... בה [גלומה] זכותו היסודית של אדם להינשא לבחירת ליבו על פי רצונו והשקפותיו".²⁵⁴ "יש לראות בזכות לחיי משפחה ולנישואין, זכות חוקתית המוגנת במלוא היקפה על ידי חוק־היסוד".²⁵⁵ "החברה רואה את חירות הנישואין כאחת החירויות החשובות והמרכזיות בחייו של אדם והגדרתו העצמית".²⁵⁶ "הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות להינשא".²⁵⁷ על כן כל הגבלה על היכולת להינשא פוגעת בזכות החוקתית לנישואין. זכות זו אינה מוחלטת. זו זכות יחסית. על כן רבות מההגבלות המוטלות על חופש הנישואין – אם מטעמי גיל ואם מטעמים של גילוי עריות ואם מטעמים אחרים – הן חוקתיות, שכן הן מקיימות את הדרישות של פסקת ההגבלה. בצד הזכות להינשא עומדת הזכות שלא להינשא. כל דין הכופה על אדם נישואין שלא בהסכמתו פוגע בזכותו לכבוד האדם.²⁵⁸

דיני הנישואין בישראל נקבעים בעיקרם בדין הדתי ונידונים בפני בתי הדין הדתיים. יהודי בישראל יכול להינשא רק על פי דין תורה,²⁵⁹ וענייני הנישואין שלו (ככל שהוא אזרח או תושב בישראל) "היו בשיפוטם הייחודי של בתי הדין הרבניים".²⁶⁰ מוסלמי בישראל, דרוזים בישראל ונוצרים בישראל צריכים להינשא על פי הדין של העדה הדתית שאליה הם שייכים. דינים דתיים אלה מטילים מגבלות שונות על כוחו של אדם להינשא. מי שאינו יכול להינשא על פי הדין הדתי ומי שאינו רוצה להינשא על פי הדין הדתי מטעמיו שלו – אינו יכול להינשא בישראל. נישואין אזרחיים אינם מוכרים בישראל. מצב דברים זה פוגע בזכות החוקתית להינשא. ההכרזה האוניברסלית קובעת:²⁶¹

- 251 ראו יהודה צבי בלום "דיני הנישואין בישראל וזכויות אדם" הפרקליט כב(2) 214 (1966); אמנון רובינשטיין "הזכות לנישואין" עיוני משפט ג(2) 433 (1974); Fahrenhorst, לעיל ה"ש 51; Duncan, לעיל ה"ש 49. ראו גם Arthur G. LeFrancois, *The Constitution and the Right to Marry: A Jurisprudential Analysis*, 5 Ok. C. U. L. Rev. 507 (1980).
- 252 ראו כרמל שלו "חופש ההתקשרות לנישואין ולחיים משותפים" מעמד האשה בחברה ובמשפט 459 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).
- 253 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 399 (המשנה לנשיא מ' חשין).
- 254 שם, בעמ' 474 (השופט ס' ג'ובראן).
- 255 שם, בעמ' 476.
- 256 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 168, פס' 2 לפסק הדין של השופט נ' הנדל.
- 257 שם, פס' 8 לפסק הדין של השופטת מ' נאור.
- 258 ראו ליפשיץ הידועים בציבור, לעיל ה"ש 24.
- 259 ראו סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין).
- 260 ראו סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין).
- 261 סעיף 16 להכרזה האוניברסלית, לעיל ה"ש 53.

“Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family”.

הדין הקיים פוגע לא רק בזכות-הבת לחיי נישואין אלא לעתים גם בזכות-הבת לחופש המצפון וחופש מדת.²⁶² היבטים שונים שבו פוגעים גם בזכות-הבת לשוויון. השאלה אם פגיעות אלה הן חוקתיות – כלומר אם הן מקיימות את הוראותיה של פסקת ההגבלה – לא נדונה בהרחבה בישראל. הטעם לכך נעוץ בהוראה בדבר “שמירת דינים”.²⁶³ דנו בכך בנפרד.²⁶⁴ במשך השנים הוצעו הצעות שונות לתיקון המצב, כגון הנהגת נישואין אזרחיים.²⁶⁵ הצעות אלה נעות בין שני קצוות: הסדרה קפדנית על ידי המדינה המעוגנת בתפיסה כי נישואין הם “מוסד” חוקתי המחייב הסדרה או ניטרליות של המדינה ומתן תוקף לבחירות הצדדים.²⁶⁶

(ג) ברית הזוגיות

בכמה שיטות משפט שבהן הנישואין הם דרך המלך ליצירת התא המשפחתי מוכרת דרך נוספת, שעניינה הוא שותפות משפחתית²⁶⁷ או ברית זוגיות. דרך זו קיימת בעיקר לעניין בני זוג מאותו מין. בשיטות משפט רבות נישואין אפשריים רק בין גבר לאישה. אין הם פתוחים לבני אותו מין המבקשים להינשא. כדי לפתור את בעייתם נוצר המסלול של ברית זוגיות. על פיו ניתנות לבני זוג מאותו מין המבקשים ליצור תא משפחתי מרבית הזכויות הניתנות לנישואים. עם זאת בשל ייחודם של הנישואין בתרבותן של מדינות אלה אין השותפות

262 ראו Gidi Sapir & Daniel Statman, *Religious Marriage in a Liberal State*, 30 CARDOZO L. REV. 2855 (2009).

263 ראו סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

264 ראו לעיל בעמ' 391.

265 ראו שיפמן מי מפחד מנישואין אזרחיים, לעיל ה"ש 31; אבישלום וסטרייך ופנחס שיפמן מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל (נייר עמדה מציל"ה, רות גביון עורכת, 2012).

על הנישואין בין בני אותו מין, ראו EVAN GERSTMANN, SAME-SEX MARRIAGE AND THE CONSTITUTION (2nd ed., 2008); YUVAL MERIN, EQUALITY FOR SAME-SEX COUPLES: THE LEGAL RECOGNITION OF GAY PARTNERSHIPS IN EUROPE AND THE UNITED STATES (2002).

266 ראו Sherif Girgis, Robert P. George & Ryan T. Anderson, *What is Marriage?*, 34 HARV. J. OF L. & PUBLIC POLICY 245 (2011).

267 ראו Shahar Lifshitz, *Married Against Their Will? Towards a pluralist Regulation of Spousal Relationship*, 66 WASH. & LEE L. REV. 1565 (2009); Jama B. Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 WIS. L. REV. 1443 (1992).

המשפחתית מכונה "נישואין". הדבר עורר טענות של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון והפרת המחויבות החוקתית של נישואין לכול. כל שיטת משפט ופתרונותיה שלה.²⁶⁸ בישראל – שבה אין מוכרים נישואין אזרחיים – יכלה ברית הזוגיות לפתור את בעייתם של כל בני הזוג שאינם יכולים – או אינם רוצים – להינשא על פי הדין הדתי.²⁶⁹ חרף זאת לא הוכרה זכות כללית לברית זוגיות.²⁷⁰ בשל פסקת שמירת הדינים גם לא התקיים דיון ציבורי־משפטי בשאלה אם מחדל זה חוקתי. תחת זאת נחקק חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010.²⁷¹ על פי חוק זה, הוכר המסלול של ברית הזוגיות רק במקרה של "בני זוג חסרי דת".²⁷² "בני זוג" הוגדרו "כבני זוג שהם איש ואשה".²⁷³ חוק זה הוחק לאחר כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת "שמירת הדינים" לא חלה עליו. יש מקום אפוא לבחון אם החוק פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם. הטיעון האפשרי הוא כפול: ראשית, החוק פוגע בכבוד האדם של אלה שהוא חל עליהם שכן הוא לא מכיר בזכותם להינשא; שנית, ההכרה בברית זוגיות רק לבני זוג שהם גבר ואישה חסרי דת היא – הן מנקודת המבט של בני אותו מין חסרי הדת והן מנקודת המבט של כל מי שאינו חסר דת – הפליה הפוגעת בזכות־הבת החוקתית לשוויון. ואם אכן נפגעת זכות־בת (לחיי משפחה או לשוויון) – האם הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה?

(ד) ידועים בציבור

ברשימה ארוכה של חוקים הכיר המחוקק הישראלי בתופעה של "ידועים בציבור". רוב רובה של חקיקה זו עוסקת בנושאים סוציאליים.²⁷⁴ עם זאת בכמה חוקים הוענקו לידועים בציבור זכויות מסוימות הנתונות לבני זוג נשואים.²⁷⁵ הפסיקה פירשה הוראות אלה ופיתחה לצדן משפט מקובל ישראלי באשר לידועים בציבור. על פיה מרבית הזכויות הנתונות לבני

268 ראו פרשת השותפות האזרחית (גרמניה) (2002) 105, 313 BverfGE; Minister of Home Affairs v. Fourie, 2006 (1) SA 524 (CC) (S. Afr.); Same-Sex Marriage Reference, [2004] 35 S.C.R. 698 (Can.).

269 ראו שחר ליפשיץ "ברית הזוגיות" מחקרי מדיניות 68 – המכון הישראלי לדמוקרטיה (2006); שחר ליפשיץ "רישום זוגיות" ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו 361 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

270 על מעלותיה וחסרונותיה, ראו וסטרייך ושיפמן, לעיל ה"ש 265.

271 לעיל ה"ש 10.

272 סעיף 2 לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת.

273 סעיף 1 לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת.

274 ראו לעיל ה"ש 24.

275 ראו סעיף 6 לחוק השמות.

זוג נשואים נתונות גם לידועים בציבור. עם זאת – שלא כנישואין – היחסים של ידועים בציבור טרם הוכרו כיוצרי סטטוס משפטי.²⁷⁶ הבסיס לידועים בציבור הוא עדיין הסכמי.

3. הזכות להורות

(א) הולדה

פסק הדין הראשון שבו הוכרה הזכות להורות כזכות חוקתית הוא פרשת נחמני. השופטת ט' שטרסברג-כהן ציינה באותה פרשה כי "הזכות להורות נגזרת מהזכות להגשמה עצמית לחירות ולכבוד".²⁷⁷ על גישה זו חזר השופט א' גולדברג בדיון הנוסף בפרשת נחמני:²⁷⁸ "הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה יונקות [...] שתיהן את חיותן מאותם ערכי יסוד של חירות וכבוד האדם, אשר מוגנים עתה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו". ברוח דומה ציינתי באותה פרשה כי "מנקודת המבט החוקתית מוכרת כמובן החירות החוקתית להיות הורה או שלא להיות הורה. חירות זו נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לפרטיות".²⁷⁹ זכות זו להורות מבוססת על "אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט־בראשית של החי לקיום ולהישרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מטענו הגנטי".²⁸⁰ על רקע זה הוכרה זכותה החוקתית של אישה שאין לה בן זוג כנגד המדינה להחיל עליה את הסדרי הפונדקאות.²⁸¹ בדומה לזה הוכרה זכותו של אסיר לאפשר לו הזרעה מלאכותית בבת זוגו.²⁸² הזכות להורות נפגעת אם מחייבים עובדת זרה שילדה לצאת מהארץ ולשוב אליה בלא פרי בטנה.²⁸³ הזכות להורות מתקיימת אם מאפשרים שימוש בכל אמצעי ההפריה והלידה.²⁸⁴ הנה כי כן, "הזכות להורות [...] נגזרת מההגנה על כבוד האדם [...] החלטת אדם בעניין הורותו היא ביטוי מובהק למימוש חופש הבחירה הנתון לו".²⁸⁵ אכן, הזכות להורות היא זכותו של הפרט כנגד המדינה. זו "אינה רשאית לפגוע בזכותו של אדם להורות

- 276 ראו פרשת לינדורן, לעיל ה"ש 40, בעמ' 35; ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309, 315 (2003); פרשת אורן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 242.
- 277 ראו פרשת נחמני (ע"א 5587/93), לעיל ה"ש 93, בעמ' 499.
- 278 ראו פרשת נחמני (דנ"א 2401/95), לעיל ה"ש 101, בעמ' 724.
- 279 שם, בעמ' 790.
- 280 פרשת משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל ה"ש 110, בעמ' 461 (השופט מ' חשין).
- 281 שם.
- 282 ראו פרשת דוברין, לעיל ה"ש 144. ראו גם פרשת גלאון, לעיל ה"ש 168, פס' 8 פסק הדין של השופטת מ' נאור.
- 283 ראו פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 173.
- 284 ראו פרשת פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 201, פס' 6 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארז.
- 285 פרשת פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין, לעיל ה"ש 44, בעמ' 186 (השופטת א' פרוקצ'יה).

ללא טעמים ענייניים כבדי משקל".²⁸⁶ טעמים אלה מוצאים מקומם בפסקת ההגבלה. כמוכן, בצד זכותו של הפרט כנגד המדינה להיות הורה עומדת גם זכותו של הפרט כנגד המדינה שלא להיות הורה. למשל, חוק האוסר על הפלה פוגע בזכות שלא להיות הורה. פגיעה בזכות זו חוקתית רק אם היא מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. הזכות להורות היא מקיפה.²⁸⁷ היא משתרעת על כל "דרכי הפריה והלידה".²⁸⁸ אין לקבוע בעניין זה רשימה סגורה של דרכי הורות. התפתחות מדע הרפואה קודמת להתפתחות המשפט בתחום זה.²⁸⁹ היא אפשר בוודאי לכלול במסגרת זו דרכי הולדה שאינן מוכרות לנו כיום.²⁹⁰ כל הוראה המגבילה את הגישה לטכניקות הולדה מלאכותיות פוגעת בזכות החוקתית להורות. פגיעה זו תהא חוקתית אם היא מידתית. שאלה יפה היא אם מוטלת חובה (חיובית) על המדינה לממן את ההוצאות הכרוכות בטכניקות אלה. כן מתעוררות שאלות יפות באשר למועד ההכרה בהולדה כיוצרת יחסי הורות. האם הוראה הקובעת כי את הורות יש לקבוע בצו שיפוטי פוגעת בזכות להורות?

שאלה חשובה היא אם זכות הורות משליכה גם על זכותם של הסבים והסבתות.²⁹¹ בעניין זה טרם התגבשה הלכה פסוקה.²⁹² לדעתי, יש להכיר גם בזכותם של הסבים והסבתות כזכות חוקתית – הנגזרת מכבוד האדם – כנגד המדינה להכרה במעמדם.²⁹³ "קול הדם" הוא גם קולם. אם יש התנגשות בין זכות זו לבין זכותם של ההורים, הפתרון אינו בשלילת זכותם של הסבים והסבתות אלא בעריכת איזון – איזון אשר ימצא ביטוי במשפט התת־חוקתי – בין הזכויות המתנגשות. למשל, במסגרת איזון זה יהיה אפשר להכיר בזכות הביקור של הסבים והסבתות במקום שקיים קרע בין ההורים.

- 286 פרשת פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 201, פס' כו לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.
- 287 ראו כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 501 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995); הקר, לעיל ה"ש 39.
- 288 ראו Barbara Kritchevsky, *The Unmarried Woman's Right to Artificial Insemination: A Call for an Expanded Definition of Family*, 4 HARV. WOMEN'S L.J. 1 (1981); June Carbone, *The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity*, 65 LA. L. REV. 1295 (2005). ראו גם יוסי גרין הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה (1995); מאיר שמגר "סוגיות בנושא הפריה ולידה" הפרקליט לט 21 (1996).
- 289 ראו BIOMEDICINE, THE FAMILY AND HUMAN RIGHTS (Marie Thérèse Meulders-Klein, Ruth Deech & Paul Vlaardingerbroek eds., 2002).
- 290 עם התפתחות טכניקות ההולדה עשוי להיווצר מצב שבו בני זוג יוכלו לבחור במאפייני הילד. שאלה יפה היא אם תקום להם אז זכות חוקתית לכך.
- 291 ראו דורון ולינצ'יץ, לעיל ה"ש 50.
- 292 ראו ע"א 121/79 פלונית נ' פלונית, פ"ד לד(2) 253 (1979); ע"א 212/85 פלוני נ' פלונית, פ"ד לט(4) 309 (1985).
- 293 אפשר לראות בכך זכות־נכדה לסבאות הנגזרת מהזכות להורות.

(ב) אימוץ

האם עומדת לפרט זכות חוקתית להורות בדרך של אימוץ? מה חובתה של המדינה בעניין זה? השאלה נדונה אגב אורחה בפרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה.²⁹⁴ בפרשה זו נידונה החוקתיות והחוקיות של "כלל הפרש הגיל המרבי" בין מאמץ למאומץ במסגרת האימוץ הבין-ארצי. דרישה זו נקבעה בכללים על פי חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996.²⁹⁵ לעניין ההיבט החוקתי התעוררה השאלה אם כלל הפרש הגיל המרבי פוגע בזכות החוקתית להורות, הנגזרת מכבוד האדם. בעניין זה נחלקו דעות השופטים. בדעת מיעוט קבעה השופטת א' פרוקצ'יה כי "הסדר האימוץ במדינה אינו מהווה חלק מזכותו החוקתית של מבקש האימוץ למשפחה ולהורות".²⁹⁶ גישה זו התבססה על שני נימוקים: הראשון קשור באופייה של הזכות למשפחה ולהורות. לדעת השופטת א' פרוקצ'יה, הזכות למשפחה ולהורות היא "זכות בעלת אופי הגנתי, שאינה מעמידה כנגדה חובה על המדינה לפעול".²⁹⁷ על גישה זו עמדנו בהביענו את דעתנו כי הדין בעניין זה עם דעת הרוב של הנשיאה ד' ביניש והמשנה לנשיאה א' ריבלין.

הנימוק השני של השופטת א' פרוקצ'יה קשור ליחס שבין דיני האימוץ לטובת הילד. לדעתה, "טובת הילד על פי מושגי חוק האימוץ אינה מתיישבת עם קיומה של זכות משפטית מוכרת לאמץ במבקש זאת. ההנחה בדבר זכות כזו מרחיקה את טובת הילד ממוקד עניינו של מוסד האימוץ, ואינה עולה בקנה אחד עם הרעיון כי חובתה ההומניטרית של המדינה היא לדאוג לילדים נזקקים כמטרה בלתי מסויגת שאינה כפופה לזכותו של אחר. ההתחשבות בכמיהתם של המבקשים לאמץ כדי רמה של גיבוש זכות היה משלב שיקולים חיצוניים לטובת הילד, וגורע ממימושו של עקרון מרכזי זה".²⁹⁸ כנגד גישה זו אפשר לומר כי הזכות לאמץ – כמו כל זכות-בת של כבוד האדם – אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית. אפשר להגבילה. במסגרת הגבלות אלה יינתן ביטוי לזכותם של אחרים (זכות הילד וזכותם של ההורים הביולוגיים) ולאינטרס הציבור (בהגשמת טובת הילד). האופי החוקתי של הזכות לאימוץ אין פירושו כי כנגד הקשר בין הורים לילדם הטבעי עומדת זכותם של אחרים לאמצו. הסדר מוסדי של דיני האימוץ מבוסס על שני שלבים בהליך האימוץ: בשלב הראשון נידונה השאלה אם הילד הוא בר-אימוץ. בשלב זה לא נשמע קולם של ההורים המאמצים. רק בשלב השני, שבו הוכרז הילד בר-אימוץ, הם נכנסים לתמונה. הבחנה זו בין

294 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149.

295 ס"ח 20.

296 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, פס' 25 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

297 שם, פס' 20 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

298 שם, פס' 27 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

שני שלבים באימוץ מאפשרת הכרה באופי החוקתי הן של זכות ההורים הביולוגיים לילדם הטבעי והן של זכותם של מאמצים.

התשובה לשאלה אם הזכות לאימוץ נגזרת מכבוד האדם אינה פשוטה.²⁹⁹ השופטת א' פרוקצ'יה עצמה ציינה בפסק דינה כי "אין להוציא מגדר האפשר כי שינוי העיתים, הדינמיקה החברתית, והצרכים האנושיים יביאו עימם עם הזמן שינויים בתפיסה החוקתית בדבר מקומה של המדינה במתן אמצעים למימוש זכות האדם למשפחה ולהורות".³⁰⁰

הזכות החוקתית לאימוץ נתונה לכל פרט כלפי המדינה. על כן נכלל במסגרת זו אימוץ על ידי בני זוג מאותו מין.³⁰¹ חקיקה הקובעת כי אין לאמץ בגיר פוגעת בזכות החוקתית לאימוץ של הבגיר ושל מי שמבקש לאמצו.³⁰² להורים המיועדים לאמץ קטין שהוכרו בר-אימוץ הזכות החוקתית כלפי המדינה להכיר בזכותם לאמץ את הקטין.³⁰³

גם אם ייקבע כי לפרט זכות חוקתית לאימוץ, זכות זו אינה מכוונת כלפי פרט אחר כלשהו. ככל זכות חוקתית בגדר חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הזכות מכוונת כלפי המדינה, וכלפיה בלבד, ואין הזכות לאמץ מכוונת כלפי פרט כלשהו. חובתה של המדינה היא בין השאר לקבוע הסדר אשר יאפשר הגשמתה של זכות זו. למותר לציין כי זכות זו ניתנת להגבלה, ובלבד שההגבלה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

ה. הזכויות במסגרת התא המשפחתי

התא המשפחתי הוקם. מהי חובתה של המדינה כלפי הפרטים המהווים אותו? מהי חובתה של המדינה כלפי כל אחד מבני הזוג המהווים את התא המשפחתי? מהי חובתה של המדינה כלפי כל אחד מילדיהם של בני הזוג? במתן תשובות לשאלות אלה עוסק ההיבט השני של הזכות לחיי משפחה. התשובה הכוללת היא, כי על המדינה מוטלת חובה לשמור על התא המשפחתי, לאפשר את מימוש חיי המשפחה ולהבטיח "המשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת".³⁰⁴ מימושה של זכות האדם למשפחה "הוא תנאי למיצוי החיים וטעם החיים; הוא תנאי להגשמה העצמית של האדם, וליכולתו לקשור את חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית. היא [הזכות למשפחה] משקפת את תמצית חייו של האדם, ואת

299 בפרשת Fretté v. France, 38 Eur. Ct. H.R. 438 (2004) החליט בית המשפט האירופי לזכויות האדם כי האמנה האירופית לזכויות האדם אינה מכירה בזכות לאימוץ.

300 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, בפס' 23 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

301 ראו ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).

302 ראו פרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (ע"א 7155/96), לעיל ה"ש 104.

303 ראו פרשת פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין, לעיל ה"ש 44.

304 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק).

התגלמות מאוויי חייו.³⁰⁵ למשל, כאשר שני בני הזוג הם ישראלים, זכותם החוקתית כלפי המדינה היא כי הם יוכלו לממש את חיי המשפחה בצוותא בישראל.³⁰⁶ כאשר אחד מבני הזוג הוא זר, זכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי כלפי המדינה היא שחיי המשפחה ימומשו בישראל. הוראה הפוגעת בזכות זו הינה חוקתית רק אם היא מידתית.³⁰⁷ לאסיר ישראלי זכות חוקתית לקשר עם בני משפחתו שמחוץ לכלא.³⁰⁸ כמו כן לאסיר הזכות לקיים טיפולי הפריה מלאכותית.³⁰⁹ להורים זכות חוקתית כלפי המדינה לגדל את ילדיהם ולחנכם. "זכותו של הורה, מכוח קשר הדם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה".³¹⁰

הזכות בגדרי המשפחה אינה מוגבלת לזכויות ההורים כלפי המדינה. היא כוללת גם את זכויות הילדים כלפי המדינה.³¹¹ אכן, חובתה החוקתית של המדינה כלפי הילדים של בני הזוג היא לקיים את קשר ההורות ולשמור עליו: "הזכות לחיי משפחה אינה רק זכותם של ההורים. זו גם זכותו של הנולד להורות. הזכות לחיי משפחה מעוגנת היום בהוראת חוק היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחירות וחלק מזכות היסוד לכבוד".³¹² על המדינה מוטלת החובה להגן "על האוטונומיה האישית והמשפחה של ילד והורה".³¹³ עליה חובת "שמירה של קשר המשפחה הטבעי בין הורים לילדם ועל המארג הסבוך של זכויות וחובות הנובעות מקשר הורות זה. הן נוגעות בזכות הטבעית של ילד להיות נתון למשמורת הוריו, לגדול ולהתחנך על-ידיהם".³¹⁴ על כן כאשר רשויות הסעד מוציאות ילד מרשות הוריו הטבעיים, הן פוגעות בזכותו החוקתית של הילד להישאר עם הוריו.³¹⁵ אכן, "זכותו של

- 305 פרשת דקה, לעיל ה"ש 167, פס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 306 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124; פרשת גלאון, לעיל ה"ש 168. בעניין זה לא נחלקו הדעות בין השופטים בשתי פרשות אלה. המחלוקת התעוררה במקום שאחד מבני הזוג אינו ישראלי, ובן הזוג הישראלי מבקש כי יינתן לו לגור בישראל.
 307 בדעה זו היו שופטי הרוב הן בפרשת עדאלה והן בפרשת גלאון. השוני בין הפרשות הוא לעניין המידתיות של הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה בישראל.
 308 ראו פרשת יונס, לעיל ה"ש 171.
 309 ראו פרשת דוברין, לעיל ה"ש 144.
 310 פרשת דקה, לעיל ה"ש 167, פס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 311 ראו מאמרה החשוב של קרפ: Judith Karp, *Matching Human Dignity with the UN Convention on the Rights of the Child*, in *THE CASE OF THE CHILD: TOWARDS A NEW* John Eekelaar, ראו גם, AGENDA 89 (Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum eds., 2008).
The Emergence of Children's Rights, 6 O. J. L. S. 161 (1986).
 312 ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 548 (הנשיא א' ברק). ראו גם חוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002, ס"ח 386.
 313 פרשת פלונית נ' פלוני (רע"א 3009/02), לעיל ה"ש 44, בעמ' 893 (השופטת א' פרוקצ'יה).
 314 ש.ס.
 315 פרשת פלונית נ' פלוני (דנ"א 6041/02), לעיל ה"ש 108, בעמ' 274 (השופטת א' פרוקצ'יה).

הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים".³¹⁶ "לכל ילד קנויה זכות לגדול בחיק הוריו, ולזכות בחום ולאהבת אמת בשנות גידולו והתפתחותו עד לבגרות".³¹⁷ מכאן גם זכותו של הילד לדעת מי הם הוריו.³¹⁸

זכויותיהם של בני התא המשפחתי כלפי המדינה אינן זכויות מוחלטות. הן זכויות יחסיות. הן ניתנות להגבלה. ניתן אפוא לפגוע במימוש הקשר שבין חברי התא המשפחתי; ניתן להוציא קטין ממשמורת הוריו. פגיעות אלה הן חוקתיות אם הן מקיימות את התנאים של פסקת ההגבלה. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת משפחה חדשה:³¹⁹

"הזכות למשפחה ולהורות כזכות חוקתית אינה זוכה בכל הנסיבות למלוא היקף פרישתה. כמו זכויות חוקתיות אחרות, גם הזכות למשפחה כחירות המוגנת מפני התערבות אינה מוחלטת. במצבים חריגים עשויים החוק והשלטון להתערב בה, ולהצר את היקף ההגנה החוקתית עליה, כאשר כנגדה עומד ערך נוגד חשוב אחר. הלגיטימיות של הפגיעה בזכות למשפחה ולהורות מותנית בעמידה במבחני פסקת ההגבלה".

1. הזכות לצאת מהתא המשפחתי

ההיבט השלישי של חיי המשפחה עוסק בזכות להביא את התא המשפחתי לידי סיום. נפתח בגירושין. שאלת המפתח היא אם אפשר לגזור מהזכות לחיי משפחה לא רק את הזכות החוקתית לנישואין אלא גם את הזכות החוקתית לגירושין. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. המשפט המשווה בעניין זה אינו חד־משמעי. למשל, בית המשפט האירופי לזכויות האדם פסק כי ההוראה המפורשת בעניין הזכות לנישואין (marriage) אינה כוללת את הזכות לגירושין, וכי השמטה זו של גירושין היא מכוונת.³²⁰ לעומת זאת בית המשפט העליון של ארצות הברית הכיר בזכות לגירושין כזכות חוקתית הנגזרת מהתיקון

316 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, פס' 17 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

317 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 173, פס' 38 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

318 ראו פרשת פלוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 86; רות זפרן "סודות ושקרים" – על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים לה 519 (2005); רות זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התכונות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" משפחה במשפט א 225 (2007); Katherine O'donovan, *A Right to Know One's*; (2007) 27 (1988) *Parentage?*, 2 INT'L J. L. & FAM. זכות זו נגזרת גם מזכות־הבת לאישיות, ראו לעיל בעמ' 542.

319 פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 149, בפס' 21 לפסק הדין.

320 ראו *Johnson v. Ireland*, 9 Eur. Ct. H.R. 203 (1987).

הארבעה-עשר לחוקה.³²¹ הפסיקה בישראל בעניין זה מועטה. בפרשת פלוני נ' פלונית³²² עסקה השופטת ע' ארבל בסרבנות הגט של הבעל. וכך היא כתבה:³²³

”תופעת סרבנות הגט היא קשה ומורכבת ולצערנו אינה חדשה עמנו. היא כרוכה בפגיעה קשה וכואבת באישה הנותרת כבולה לנישואין שאין היא מעוניינת בהם עוד: חירותה נפגעת, כבודה ורגשותיה נפגעים וזכותה לחיי משפחה נפגעת גם היא – זכויות אלה הוכרו בשיטתנו כולן כזכויות הנהנות ממעמד חוקתי וראשון במעלה [...] בתוך כך נפגעת גם זכותה של האישה לאוטונומיה, זכותה של האישה להגשים עצמה כאדם חופשי, זכותה לבחור את גורלה, לכתוב את סיפור חייה – להחליט, היא ורק היא, האם ומתי יבוא על סיומו קשר נישואין שאין היא רוצה בו עוד והאם ומתי תבחר לקשור עצמה בקשר כזה שנית”.

דומה שאפשר להסיק מדברים אלה כי אכן מוכרת זכות חוקתית של פרט כנגד המדינה לגירושין. משמעותה של זכות זו היא כי כשם שעל המדינה להסדיר דיני נישואין, כך עליה להסדיר דיני גירושין. האחד כרוך בחברו. דינים אלה – הפוגעים בהיבטים שונים של חיי המשפחה – יהיו חוקתיים רק אם הם מקיימים את תנאיה של פסקת ההגבלה.³²⁴ תוכנם של הסדרים אלה ייקבע במשפט התת-חוקתי.³²⁵ יהא עליהם לאזן איזון מידתי בין הזכות החוקתית לנישואין של אחד מבני הזוג לבין הזכות החוקתית לגירושין של בן הזוג האחר, ובין שני אלה לאינטרס הציבור. כן יהא עליהם לקבוע את תוצאות הסירוב הלא מוצדק לגירושין.³²⁶

321 ראו *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). ראו גם R.N. Sexton, *A Constitutional Right to Divorce in the U.S.A.*, 5 *TRENT L.J.* 49 (1982); Cathy J. Jones, *The Rights to Marry and Divorce: A New Look at Some Unanswered Questions*, 62 *WASH. U. L.Q.* 577 (1985); Tom Bosworth, *The Federal Constitutional Right to Divorce*, 14 *J. CONTEMP. LEGAL ISSUES* 94 (2004).

322 פרשת פלוני נ' פלונית (בג"ץ 2123/08), לעיל ה"ש 147. שם, בעמ' 696–697.

324 שאלה יפה היא אם מוכרת הזכות החוקתית למסירת קטין לאימוץ, כלומר לסיום חיי תא משפחתי אחד ויצירתו של תא משפחתי חדש. דומה שהתשובה צריכה להיות בחיוב. שיטת משפט שאין בה הסדרי אימוץ פגומה היא, הן מנקודת מבטו של מי שמבקש לאמץ והן מנקודת מבטו של מי שמבקש כי ילדו יאומץ על ידי אחר.

325 ראו שחר ליפשיץ "שוויון בנישואים, הזכות להתגרש ואוטונומיה קהילתית – הרהורים בעקבות תמורות במעמד האשה במשפט העברי" עיוני משפט כו 139 (2003); שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרים האזרחיים של הגירושים" עיוני משפט כח 671 (2005).

326 ראו יחיאל קפלן ורון פרי "על אחריותם בנויקין של סרבני הגט" עיוני משפט כב 773 (2005).

כאשר התא המשפחתי מבוסס על ברית זוגיות או על קשר של ידועים בציבור, מוטלת על המדינה החובה לקבוע דינים באשר לכוחו של אחד מהצדדים לקשרים משפחתיים אלה לצאת ממנו. דוגמה לכך עשוי לשמש חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010. החוק קובע את הדרכים ליצירת ברית הזוגיות. כן קובע החוק דברים ליציאה מקשר זה, למשל נקבע כי אפשר לצאת מברית הזוגיות אם הצדדים הסכימו לכך.³²⁷ בהעדר הסכמה יש לפנות לבית המשפט לענייני משפחה, אשר מוסמך ליתן פסק דין המתיר את ברית הזוגיות.³²⁸ החוק קובע את התנאים לכך.³²⁹ תנאים אלה פוגעים בזכותו החוקתית של בן הזוג המסרב להתרת ברית הזוגיות. חרף זאת יהיו תנאים אלה חוקתיים אם הם מקיימים את התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.

דינים אלה לניתוק היחס הקושר את התא המשפחתי צריכים לחול גם על נישואין שנערכו מחוץ לישראל. בדרך כלל דיני הגירושין אינם דיניה של המדינה שבה נערכו הנישואין אלא דיניה של המדינה שבה מתגוררים בני הזוג.³³⁰ חובתה החוקתית של המדינה היא לקבוע דינים לסיום הקשר, בין שהקשר נוצר מנישואין או מטעם אחר.

ז. ההיבט החוקתי של חיי המשפחה

1. "משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה" – האומנם?

המעין בדיני המשפחה בישראל מוצא כי מרבית הספרות עוסקת ביחסים שבין הצדדים לתא המשפחתי בינם לבין עצמם. ספרות זו עוסקת בזכותו של פלוני להינשא או להתגרש מאלמוני, או בזכויות שבין ההורים לבין עצמם ובינם לבין ילדיהם. נוכחותה של המדינה היא שולית ופתולוגית. היטיב להביע זאת השופט נ' הנדל, בציינו:³³¹

"משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה. המפגש ביניהם מתרחש בעיתות משבר של המשפחה, ולא ברגעי הצלחתה. כל אחד אף מביט בזהירות כלפי השני. המשפחה שוחרת פרטיות והמשפט אינו מעוניין לשמש 'הורה-על' ולהיכנס לעובי הקורה של מנעד הפרטים הדרוש הכרעה בחיי היום-יום של הילד. החיכוך בין השניים נוצר במצבי חירום. בית

327 סעיף 10 לחוק בית הזוגיות לחסרי דת.

328 סעיף 11(א) לחוק בית הזוגיות לחסרי דת.

329 סעיף 11(ב) לחוק בית הזוגיות לחסרי דת.

330 ראו AVIGDOR V. LEVONTIN, CHOICE OF LAW AND CONFLICT OF LAWS 26 (1976);

LAWRENCE COLLINS, DICEY & MORRIS ON THE CONFLICTS OF LAWS 715 (13th ed., 2000).

ראו גם פנחס שיפמן "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" משפטים

טז 212, 224 (1986).

331 פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (דנ"א 1892/11), לעיל ה"ש 182.

המשפט אינו יכול לעמוד מנגד עת נפגע הפרט קשות בדלת אמותיו של בית המשפחה".

עם זאת אין לשכוח כי הפתולוגיה פועלת בגדרי הפיזיולוגיה. התא המשפחתי הוא "יחידה חוקתית"³³². הזכויות שיש לצדדים לתא זה בינם לבין עצמם, והתרופות שיש להם זה כנגד זה כאשר הזכויות מופרות, נגזרות כולן מהזכויות החוקתיות שיש לכל אחד מהצדדים כלפי המדינה. המשפחה מוגנת על ידי המשפט (הפרטי). תוכנה של הגנה זו נקבע על בסיס הזכויות החוקתיות שיש לבני התא המשפחתי כלפי המדינה. אכן, משפט חוקתי ומשפחה הם ידידים קרובים.

2. התא המשפחתי ושתי רמות נורמטיביות – חוקתית ותת־חוקתית

ניתוח חוקתי זה מבחין בין שתי רמות נורמטיביות במסגרת המכלול של דיני המשפחה. הרמה הנורמטיבית האחת היא הרמה החוקתית. היא נגזרת מכבוד האדם. היא קובעת את הזכויות החוקתיות להיבטים השונים של חיי המשפחה שיש לפרט כנגד המדינה. הרמה הנורמטיבית האחרת היא הרמה התת־חוקתית. היא משקפת את תוצאות ההתנגשות בין הזכויות החוקתיות לחיי משפחה בינן לבין עצמן ובינן לבין אינטרס הציבור. בחיי היום־יום איננו מבחינים בין רמות אלה. הן מתגלות רק כאשר מצב פתולוגי מחייב צילום רנטגן של חיי המשפחה. עמד על כך בית המשפט העליון באחת הפרשות:³³³

"יש להם להורים גם זכויות [...] מהותה של זכות זו היא, כי את החובות כלפי הילד הקטין רשאים למלא ההורים – הם ולא זולתם. זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו".

בספרות המקצועית כונתה זכותו זו של ההורה "זכות מועברת"³³⁴, שכן זו זכות הנושאת בחובה חובה. לדעתי, ההסבר לזכות מועברת זו – זכות ההורה לקיים חובתו כלפי ילדו – הוא זה: זכותו של ההורה היא זכות חוקתית כלפי המדינה. אכן, בית המשפט העליון ציין:³³⁵

"זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה".

332 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 124, בעמ' 296 (הנשיא א' ברק).
333 פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (ע"א 577/83), לעיל ה"ש 35, בעמ' 467 (השופט א' ברק).

334 ראו פרשת פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 44, בעמ' 237 (הנשיא מ' שמגר).
335 פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (ע"א 577/83), לעיל ה"ש 35, בעמ' 467 (השופט א' ברק). ראו גם פרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (ע"א 232/85), לעיל ה"ש 36, בעמ' 7 ("הדין מכיר בזכותם הקונסטיטוציונית של ההורים הטבעיים לקיים את חובתם כלפי ילדם") (השופט א' ברק).

לעומת זאת חובתו של ההורה היא חובתו כלפי הילד. זוהי חובה המצויה במשפט התת־חוקתי, בדיני המשפחה. כנגד זכותו החוקתית של ההורה עומדת חובתה החוקתית של המדינה לקבוע דינים תת־חוקתיים שיאפשרו להורה, ולא לזר, לשמור ולחנך את הילד. כנגד חובתו של ההורה עומדת זכותו התת־חוקתית של הילד שהוריו ישמרו עליו ויחנכו אותו.

פרק עשרים וארבעה

זכות-הבת לשוויון

א. הזכות לשוויון בחקיקה ובהלכה הפסוקה

כתב המנדט קבע הוראה כללית שלפיה:¹

“No discrimination of any kind shall be made between the inhabitants of Palestine on the ground of race, religion or language”.

על פי פסיקתו של בית המשפט העליון בישראל, ניתן לבסס בישראל זכות לשוויון מכוחה של הוראה זו.² עם קום המדינה ממשיכה הוראה זו לעמוד בתוקפה, ודינה כדין חוק של הכנסת. אין לה מעמד חוקתי.

החקיקה הישראלית אינה מכירה בזכות כללית לשוויון. עם זאת היא מכירה בזכות לשוויון בהקשרים מאחדים. כך למשל נקבע בחוק שיווי זכויות האישה, התש"א-1951³ כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה".⁴ עם זאת נקבע כי "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין".⁵ הוראה חשובה נוספת מצויה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988,⁶ ולפיה "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה [...]".⁷ כן יש להביא בחשבון את חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000,⁸ ולפיו "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת

- 1 סעיף 15 לכתב המנדט.
- 2 ראו ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1) 481, 486-487 (1951).
- 3 ס"ח 248.
- 4 שם, סעיף 1א(1) לחוק.
- 5 שם, סעיף 5.
- 6 ס"ח 38.
- 7 שם, סעיף 2(א) לחוק.
- 8 ס"ח 58.

המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי [...]”⁹

הפסיקה הישראלית הכירה בשוויון כזכות הלכתית.¹⁰ היא ביססה זאת בין השאר על ההכרזה להקמת המדינה, אשר קבעה כי מדינת ישראל “תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין”. כן מתבססת הכרה זו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹¹ הפסיקה קבעה כי השוויון “מונח ביסוד הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי”.¹² הוא נטוע “באבני היסוד של שיטת המשטר בישראל”.¹³ הוא “מלבנות היסוד של המשפט”.¹⁴ נפסק כי הזכות לשוויון היא “נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו”;¹⁵ כי השוויון הוא “עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן”.¹⁶ הוא

- 9 שם, סעיף 3(א) לחוק.
- 10 ראו בג”ץ 301/63 שטרייט נ’ הרב הראשי לישראל, פ”ד יח(1) 598, 612 (1964): “התוצאה מפירוש החוק, כי או היה בכך משום הפליה פסולה, העומדת בניגוד גמור להכרזת העצמאות של מדינת ישראל ולהצהרה האוניברסלית של האומות המאוחדות על זכויות האדם – ואם כי אין אלה מסמכים בני פועל תחיקתי המחייבים את בית־המשפט, הרי יעמיד בית־משפט זה את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על־ידי מעשי חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות” (השופט ח’ כהן). ראו גם בג”ץ 71/49 קוטינסקי נ’ הממונה על מחוז ירושלים, פ”ד ד 815, 828 (1950); ע”א 257/57 ברנט נ’ ברנט, פ”ד יב 565, 569 (1958); בג”ץ 51/69 רודניצקי נ’ בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ”ד כד(1) 712, 704 (1970); ע”א 245/73 פקיד השומה, ת”א נ’ תכנון המים לישראל בע”מ, פ”ד כט(1) 172, 181 (1974); ע”א 527/76 קופרברג נ’ פקיד השומה, חיפה, פ”ד לא(2) 138 (1977); בג”ץ 310/80 דרור הדרום חברה לפיתוח בע”מ נ’ עיריית תל־אביב־יפו, פ”ד לה(1) 261, 253 (1980); ע”א 507/79 ראונדנאף נ’ חכים, פ”ד לו(2) 794, 757 (1982); בג”ץ 153/87 שקדיאל נ’ השר לענייני דתות, פ”ד מב(2) 221 (1988); ע”ב 2/88 בן שלום נ’ וועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־12, פ”ד מג(4) 272, 221 (1989). השוויון הוכר בכמה חוקים. ראו חוק שוויון זכויות האישה; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. ראו גם יצחק זמיר ומשה סובל “השוויון בפני החוק” משפט וממשל ה 165, 205, 213 (2000).
- 11 ראו בג”ץ 6698/95 קעדאן נ’ מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד נד(1) 258 (2000).
- 12 בג”ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ עיריית תל־אביב־יפו, פ”ד נו(5) 393, 414 (2002) (הנשיא א’ ברק).
- 13 בג”ץ 6304/09 לה”ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פס’ 76 לפסק הדין של השופטת א’ פרוקצ’יה (פורסם בנבו, 2.9.2010).
- 14 עע”מ 4515/08 מדינת ישראל נ’ נאמן, פס’ 17 לפסק הדין של השופטת ע’ ארבל (פורסם בנבו, 6.10.2009).
- 15 בג”ץ 98/69 ברגמן נ’ שר האוצר, פ”ד כג(1) 698, 693 (1969) (השופט מ’ לנדוי).
- 16 בג”ץ 114/78 בורקאן נ’ שר האוצר, פ”ד לב(2) 806, 800 (1978) (השופט מ’ שמגר).

"הוטמע כעקרון־על בפסיקת בית המשפט העליון לאורך שנים".¹⁷ היפוכו של השוויון – ההפליה – הוא "הרע־מכל־רע".¹⁸ נקבע כי "עיקרון מן הראשונים במלכות – משכמו ומעלה גבוה מכל שאר העקרונות – הוא עקרון השוויון".¹⁹ נאמר עליו כי הוא "מהווה מרכיב מרכזי באמנה החברתית שעליה מושתתת חברה דמוקרטית".²⁰ על ההפליה נאמר כי "היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיבואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה".²¹ עמד על כך בית המשפט העליון באחת הפרשות:²²

"השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית [...]. הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידועו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם".

בצדק ציין השופט מ' חשין כי "הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני־אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת ההפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו".²³ "ההפליה היא רעה החודרת לבסיס המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את

- 17 בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פס' 17 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 31.8.2010).
- 18 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996) (השופט מ' חשין). ראו גם פרשת טבקה, לעיל ה"ש 17, פס' 18 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה ("הזכות לשוויון טומנת בחובה כ'תמונת ראי' את האיסור בהפליה").
- 19 בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650 (1998) (השופט מ' חשין).
- 20 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 774 (2006) (המשנה לנשיא מ' חשין).
- 21 בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760 (1990) (השופט ג' בך).
- 22 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988) (השופט א' ברק). ראו גם בג"ץ 507/81 אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 561, 585 (1981); בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(2) 191 (1991).
- 23 פרשת מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 503.

יסודותיו עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטותו ולחורבנו".²⁴ "השוויון הוא אבן יסוד ביחסים בין פרט לפרט בחברה".²⁵
 הזכות ההלכתית לשוויון הייתה נתונה לכל הגבלה שמקורה בחקיקה. הפסיקה הניחה כי דבר חקיקה לא נועד לפגוע בשוויון, ועל כן נדרש כי הפגיעה תיקבע באופן מפורש, ברור וחד־משמעי.²⁶

ב. השוויון כזכות־בת של כבוד האדם

הזכות לשוויון אינה זכות חוקתית "עצמאית" בגדרי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הדבר אינו נעוץ "בשגגת שיכחה".²⁷ הוא נובע מחוסר הסכמה פוליטית. דומה שהכול מסכימים כי אין להכיר בשוויון כזכות־אם העומדת על רגליה שלה. על רקע זה התעוררה השאלה אם אפשר לראות בהיבטים מסוימים של השוויון זכות־בת של כבוד האדם וחירותו.²⁸ שאלה זו התעוררה בפסיקתו של בית המשפט העליון בסמוך לאחר כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁹ באמרות־אגב ציינו כמה שופטים כי אפשר לעגן את השוויון בכבוד האדם.³⁰ שופטים אחרים ביקשו לצמצם תחולה זו אך למקרים שבהם הפגיעה בשוויון עולה כדי השפלה.³¹ כמה שופטים הזהירו מפני אמרות־אגב אלה וביקשו

- 24 בג"ץ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, 57 (2001) (השופט א' לוי).
- 25 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 790 (השופט א' פרוקצ'יה).
- 26 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 558 (1994). ראו גם פרשת שטרייט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 639.
- 27 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 689 (הנשיא א' ברק); יהודית קרפ "חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א Evadne Grant, *Dignity and Equality*, ראו (1993) 342, 323 Hum. Rts. L. Rev. 299 (2007).
- 28 לשאלה זו, ראו קרפ, לעיל ה"ש 27; חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9 (1993); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 423 (1994).
- 29 ראו לעיל בעמ' 139.
- 30 ראו בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 362 (1994) (השופט ת' אור); בג"ץ 721/94 אל־על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 760 (1994) (השופט א' ברק); בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 522 (1994) (השופט א' מצא); ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842 (1994) (הנשיא מ' שמגר).
- 31 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 146 (1995). ראו לעיל בעמ' 143. זו גם דעתו של דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 579 (2001).

להשאיר את ההכרעה בשאלת היחס בין כבוד האדם לשוויון למקרה שבו הדבר יחייב הכרעה שיפוטית.³²

בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל התעוררה שאלה זו והוכרעה. נקבע כי המודל הראוי להבנת כבוד האדם הוא מודל הביניים. על פיו כבוד האדם כזכות חוקתית כולל בחובו אותם היבטים של השוויון המגשימים את הערכים המונחים ביסוד כבוד האדם. היבטים אלה מעצבים את זכות־הבת לשוויון. זכות זו אינה מוגבלת אך לפגיעה בשוויון שיש בה השפלה וביזוי; זכות זו אינה משתרעת על מלוא היקפה של הזכות לשוויון אילו הוכרה כזכות עצמאית העומדת על רגליה שלה. זכות־הבת לשוויון נותנת ביטוי לאותם היבטים של השוויון הקשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על כן ייכללו בגדרי זכות־הבת לשוויון מעשים או מחדלים שיש בהם הפליה ושאינן עמם השפלה, ובלבד שהם קשורים "בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית".³³ היטיב להביע גישה זו ח' כהן, בציינו:³⁴

"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 ובגידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא־פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפלייה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה".

על רקע זה נפסק בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל כי חוק דחיית השירות שנדון באותה פרשה פגע בכבוד האדם, שכן הוא פגע בשוויון:³⁵

"על פי מודל הביניים, פגיעתו של חוק דחיית השירות בשוויון מקימה פגיעה בכבוד האדם. החוק פוגע באותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי. הוא פוגע באותו אגד של זכויות וערכים, ששמירתם נדרשת כדי לקיים את כבוד האדם של כל אחד מקבוצת

32 ראו פרשת שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 30. ראו לעיל בעמ' 139.

33 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 687 (הנשיא א' ברק).

34 כהן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 32.

35 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 689–690 (הנשיא א' ברק).

הרוב, המחויב בשירות צבאי. בעוד שמרבית בני החברה מחויבים בשירות צבאי מלא וממושך, תוך סיכון לעתים של היקר מכל, לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם ניתנת האפשרות להשתחרר משירות זה. מצב דברים זה פוגע בשוויון הבסיסי והאלמנטרי ביותר שבין בני החברה. הוא פוגע במעמדו של האדם המחויב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו. הוא מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות. הוא גורם להפליה ולקיפוח. [...] הטלת חובה זו על האחד ושחרור ממנה של האחר פוגעת קשות בזהותו העצמית של האדם; היא 'מכרסמת עד כלות ביחסים שבין בני־אנוש' [...]. אכן, הפרת השוויון לגבי חובת השירות הצבאי וביחס להיקף חופש הבחירה הנתון לכל אדם מביאה להפליה הפוגעת בכבוד האדם".

פסיקתו של בית המשפט העליון לאחר פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל המשכיכה בקו מחשבה זה.³⁶

36 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.12.2006); בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון, פס' 7 לפסק הדין של הנשיא (בדימ) א' ברק (פורסם בנבו, 13.12.2006); בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 296 (2006); בג"ץ 2911/05 אלהנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406 (2008); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 852 (2008); בג"ץ 9863/06 קר"ן – עמותת קטועי רגליים לוחמים נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק הדין של השופטת א' חיות (פורסם בנבו, 28.7.2008); פרשת נאמן, לעיל ה"ש 14, פס' 17 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פס' 40 לפסק הדין של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 3.3.2009); בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009); בג"ץ 7178/08 פורום ראשי המועצות הדרוזיות בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.11.2009); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009); בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז"ל נ' השר לעניני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010); פרשת טבקה, לעיל ה"ש 17; פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 13; עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.2010); בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות (פורסם בנבו, 12.1.2011); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011); בג"ץ 7871/07 רפאל נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 6.2.2011); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פס' 11 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 23.2.2012).

ג. היקפה של זכות־הבת לשוויון

1. השוויון כזכות חוקתית עצמאית

(א) מורכבותה של הזכות העצמאית לשוויון

השוויון הוא זכות מורכבת ורב־רבדים³⁷ בכל מגילה של זכויות אדם:³⁸ "פנים רבות יש לשוויון".³⁹ מורכבותו של השוויון נובעת משני טעמים: "ראשית, נקודת המוצא הינה כי בני־האדם שונים הם זה מזה. כל אדם הרי הוא עולם בפני עצמו. כל אדם חופשי לפתח את גופו ורוחו על־פי רצונו הוא. משטר דמוקרטי מבוסס על שונות זו ומכבד אותה. והנה, בין בני־אדם שונים אלה מבקש משטר דמוקרטי לקיים שוויון. זהו אפוא שוויון בין שונים. דרישה זו יוצרת, מטבע ברייתה, קושי: אם בני־האדם שונים הם, כיצד זה ניתן לקיים ביניהם שוויון? [...] שנית, תוכנו של השוויון שנוי במחלוקת. אין הסכמה באשר למטען הנורמטיבי הטמון בו. רבים מזהים את השוויון עם הגינות וצדק. [...] כשבאים להגדיר צדק מהו, עושים זאת לרוב במונחים של שוויון [...] בפנינו מעגל שוטה ללא מוצא. אחרים מרחיקים לכת וגורסים, כי השוויון אינו ערך לעצמו והרי הוא אך אמצעי להשגתם של ערכים אחרים – אשר במרכזם ההגינות והצדק – שאותם מבקשת חברה להגשים [...], אך אם השוויון הוא רק אמצעי, מדוע אנו רואים בו ערך כה מרכזי? האין לומר כי המטרה שהשוויון נועד להשיג

37 ראו פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 13, פס' 78 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 38 ראו פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241 (1994); פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג 145 (1995); כרמל שלו "על שוויון, שונות והפליית מין" ספר לנדוי 839 (כרך שני, תשנ"ה); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב' 271 (מהדורה חמישית, 1996); זמיר וסובל, לעיל ה"ש 10; אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקי ושוויון מינהלי" ספר שמגר חלק א 287 (2003); יצחק בנבגי "שוויון וכבוד כאידאלים מתחרים – השופטת דורנר בעניין אליס מילר" מחקרי משפט כב 445 (2006); אורית קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי" המשפט יד 263 (2008). ראו גם Bernard Williams, *The Idea of Equality, in* PHILOSOPHY, POLITICS AND SOCIETY 111 (Peter Laslett & W. G. Runciman eds., 1962); Susanne Baer, *Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court*, 5 COLUM. J. EUR. L. 249 (1998); Errol P. Mendes, *Taking Equality into the 21st Century: Establishing the Concept of Equal Human Dignity*, 12 NAT'L J. CONST. L. 3 (2000); Frances Raday, *On Equality – Judicial Profiles*, 35 ISR. L. REV. 380 (2001); Henk Botha, *Equality, Dignity and the Politics of Interpretation*, 19 S. AFR. PUB. L. 724 (2004); Jeremy Waldron, *Basic Equality* (N.Y.U. Public Law Research Paper 08-61, 2008); Susanne Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, 59 U. TOR. L.J. 417 (2009).

39 בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 340 (1997) (השופט י' זמיר); פרשת קר"ן, לעיל ה"ש 36, פס' 9 לפסק הדין של השופטת א' חיות.

היא העיקר [...] ? אחרים התייחסו ממתן תוכן מהותי לעקרונות השוויון, ורואים בו 'מושג פורמאלי'. [...] אכן תוכנו של השוויון [...] שנוי במחלוקת".⁴⁰

(ב) שוויון ושונות על פי הנוסחה האריסטוטלית

לפתרון הקושי אומצה הגישה – שמקורה בעיוניו של אריסטו⁴¹ – שלפיה שוויון משמעותו יחס שווה לשווה ויחס שונה לשונה במידת השוני ביניהם.⁴² "הפליה פסולה פירושה יחס שונה אל שווים; פירושה יחס בלתי שווה ובלתי הוגן למי שראויים לאותו יחס".⁴³ על פי גישה זו מוסבר השוויון על פי מושג הרלוונטיות. על פי מושג זה, "אין לאבחן בין אנשים או עניינים מטעמים לא ענייניים".⁴⁴ עמד על כך השופט ש' אגרנט:⁴⁵

"המושג 'שוויון' בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality of) והוא הדרוש, לענין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) כאלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזוק מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי־שוויון רלוונטי (relevant inequality) כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים במצב של אי־שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול".

נמצא כי השוויון – או "תמונת הראי" של איסור ההפליה⁴⁶ – אינו מחייב זהות. לא כל הבחנה היא הפליה. "שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש".⁴⁷ לעתים "לשם השגת שוויון יש לפעול מתוך שונות".⁴⁸ אכן, "עקרונות השוויון אינו שולל דינים

40 בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 230–231 (1998) (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 677.

41 ראו אריסטו אתיקה ספר ה, פרק ג (מהדורת ניקומאכוס, יג' ליבס מתרגם, תשל"ג). על הגישה האריסטוטלית, ראו Wolfgang Van Leyden, Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument (1985). ראו גם קמיר, לעיל ה"ש 38.

42 ראו פרשת רקנט, לעיל ה"ש 39, בעמ' 344. ראו גם פרשת קר"ן, לעיל ה"ש 36, פס' 9 לפסק הדין של השופטת א' חיות.

43 בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד יז(2) 501, 507 (1989) (השופטת אור); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, 624–625 (2008). (השופטת א' פרוקצ'יה).

44 פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 13, פס' 78 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

45 ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 35, 7 (1971).

46 פרשת אלהנתי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 449 (השופטת א' חיות).

47 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 299 (1989) (השופטת אור).

48 בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981) (השופט א' ברק).

שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין זה יוצדק על פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של טעמים עניינים המצדיקים שוני⁴⁹. "הפליה היא כידוע, הבחנה בין אנשים או בין עניינים מטעמים בלתי ענייניים"⁵⁰. "לא כל טיפול שונה הוא טיפול מפלה"⁵¹. "טענת הפליה תתעורר רק מקום בו ניתן יחס שונה ובלתי הוגן לשווים"⁵².

לשם הפעלתה של הנוסחה האריסטוטלית יש לעשות שתי בדיקות:⁵³ "ראשית, מהי קבוצת בני־האדם שכלפיה נדרש יחס שווה. בדיקה זו משיבה על השאלה: 'שוויון כלפי מי?' מכוחה של בדיקה זו נקבעה קבוצת בני־האדם אשר כלפיהם נדרשת התנהגות שוויונית ('קבוצת השוויון'). [...] שנית, מה הן דרישות השוויון במסגרת קבוצת השוויון. בדיקה זו משיבה על השאלה: '...כיצד יש לנהוג, על מנת לקיים שוויון בין הפרטים הנכללים בקבוצה שהנורמה חלה עליה?'"⁵⁴.

(ג) שוויון והעדפה מתקנת

הגישה האריסטוטלית מעוררת קשיים במקום "שבו קיים פער גדול בין קבוצה לקבוצה, עקב קיפוח ממוסד או אפליה ממושכת, על רקע חולשה של בני קבוצה מסוימת, על רקע דעה קדומה כלפי בני הקבוצה או על רקע היסטורי או אחר. במצב כזה יחס שוויוני אל

- 49 פרשת ק.א.ל., לעיל ה"ש 40, בעמ' 236 (הנשיא א' ברק).
 50 פרשת רקנט, לעיל ה"ש 39, בעמ' 312 (השופט מ' חשין).
 51 פרשת עדאלה נ' עיריית תל־אביב־יפו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 432 (המשנה לנשיא מ' חשין).
 52 פרשת יקותיאל, לעיל ה"ש 36, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש. ראו גם פס' 31 לפסק הדין של השופט א' לוי באותה פרשה; ראו גם פרשת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 36.
 53 ראו בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 259, 281 (1997); פרשת ק.א.ל., לעיל ה"ש 40, בעמ' 231, המבחינה בין שוויון חיצוני לבין שוויון פנימי. ראו גם בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540, 555 (2001); בג"ץ 3718/04 עיריית חולון נ' משרד הפנים, פס' 10 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 19.6.2007); פרשת לוי, לעיל ה"ש 36, פס' 41 לפסק הדין של השופטת מ' נאור ("האם סעיפי התחולה [...] פוגעים בזכות לשוויון? בחינתה של שאלה זו תעשה בשני שלבים. בשלב הראשון יש לקבוע מהי קבוצת השוויון, בשלב זה השאלה היא של 'שוויון חיצוני' במסגרתו נבחן האם נשמר השוויון בין מי שבתוך הקבוצה לבין מי שמחוץ לקבוצה. בשלב השני, לאחר שנקבעה קבוצת השוויון יש לבחון את חובת השוויון כלפי כל מי שנכלל בקבוצה זאת. שלב זה בוחן את 'שוויון הפנימי', קרי אם השוויון נשמר כלפי כל מי שנכלל בקבוצת השוויון"; פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 13, פס' 79 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 54 פרשת רקנט, לעיל ה"ש 39, בעמ' 345 (השופט י' זמיר) (ההדגשות במקור). ראו גם פרשת תיאטרון ארצי לנוער, לעיל ה"ש 53, שם; פרשת יקותיאל, לעיל ה"ש 36, פס' 36 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש; בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 513 (2000); פרשת קר"ן, לעיל ה"ש 36, פס' 10 לפסק הדין של השופטת א' חיות; פרשת נאמן, לעיל ה"ש 14, פס' 17 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

קבוצות שאינן שוות עשוי לקיים, ואף לחזק, את הפער בין הקבוצות. כדי ליצור שוויון בין הקבוצות – שוויון במצב או רק שוויון בהזדמנות – יש צורך, לפחות במשך זמן־מה, ביחס שאינו שוויוני, כלומר בהעדפה של הקבוצה החלשה. העדפה בעתיד עשויה להיחשב פיצוי על אפליה בעבר.⁵⁵ על רקע זה הוכרה "העדפה מתקנת"⁵⁶ שאינה אלא "הבחנה משווה"⁵⁷ שעל פיה "דוקא החתירה להחלת ערך השוויון המהותי מצדיקה התייחסות שונה ומאבחנת בין מגזרים שונים, תוך מתן העדפה לנזקק וגריעה מבעל היכולת [...]". לפרקים, מתחייבת העדפה מתקנת כדי לתקן פער וקיפוח עמוקים, פרי דורות רבים.⁵⁸ יש הסבורים כי את דיני ההעדפה המתקנת אין להסביר באמצעות הנוסחה האריסטוטלית. אחרים סבורים שהיא מתיישבת עמה יפה.⁵⁹

הזכות החוקתית לשוויון כזכות עצמאית משתרעת לרוב הן על השוויון האריסטוטלי (שלעמים רואים בו שוויון פורמלי) והן על השוויון המשווה (שלעמים מכונה שוויון מהותי).⁶⁰ גישה דר־ממדית זו לשוויון מבוססת על התפיסה כי "עקרון השוויון אינו פועל בחלל חברתי ריק. השאלה אם במקרה זה או אחר נוהגת הפליה בין שווים, או שמא מדובר ביחס שונה כלפי שונים, מוכרעת על סמך התפיסות החברתיות המקובלות".⁶¹ מכאן התפיסה כי "הפליה גנרית" – כגון הפלייתן של אישה באשר היא אישה, הפלייתו של אדם מחמת צבע עורו או מחמת גזעו – פוגעת בזכות לשוויון.⁶²

הפגיעה בשוויון אינה נבחנת אך על פי כוונתה של הנורמה הפוגעת.⁶³ זוהי גם "הפליה תוצאתית".⁶⁴ הפגיעה בשוויון נבחנת "גם בתוצאה (ה־impact) הלא־מכוונת המושגת על

55 זמיר וסובל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 200. ראו גם קמיר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 315; פרשת נוער כהלכה, לעיל ה"ש 36, פס' 3 לפסק הדין של השופט ח' מלצר; פרשת יקותיאל, לעיל ה"ש 36, פס' 3 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה.

56 ראו פרשת שדולת הנשים, לעיל ה"ש 30, בעמ' 521 (השופט א' מצא). ראו גם פרשת שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 19.

57 ראו רדאי "על העדפה מתקנת", לעיל ה"ש 38.

58 בג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך, פס' 12 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 24.1.2005).

59 לסוגיה זו, ראו פרשת אביטן, לעיל ה"ש 47; פרשת טבקה, לעיל ה"ש 17, פסק הדין של השופט ח' מלצר; רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 28 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 16.11.2011).

60 להבחנה זו, ראו פרשת אביטן, לעיל ה"ש 47, וכן Catherine Albertyn & Beth Goldblatt, *Equality, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 35–5 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).

61 פרשת דנילוביץ, לעיל ה"ש 30, בעמ' 779 (השופט ד' דורנר).

62 על הפליה גנרית, ראו להלן בעמ' 703.

63 ראו פרשת פורז, לעיל ה"ש 22, בעמ' 333. בג"ץ 1000/92 כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 241 (1994); פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 279; פרשת רקנט, לעיל ה"ש 39, בעמ' 348; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 32 (2006) (הנשיא א' ברק).

ידיה".⁶⁵ "הפליה היא פסולה גם כשאין ביסודה כוונה להפלות".⁶⁶ "עקרון השוויון צופה פני התוצאה: תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאה מפלה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה".⁶⁷

2. השוויון כזכות-בת

(א) זכות-האם לכבוד האדם וזכות-הבת לשוויון

אחת מזכויות-הבת החשובות הנגזרות מזכות-האם לכבוד האדם היא זכות-הבת לשוויון.⁶⁸ "בזכות החוקתית לכבוד האדם, נכללים, אפוא, אותם היבטים של השוויון, המבטיחים את ההגנה על כבוד האדם מפני פגיעה, והקשורים אליו קשר הדוק. כבוד האדם משתרע על אותם מצבים בהם הפגיעה בשוויון קשורה קשר בל יינתק לכבודו של האדם ולפגיעה בו".⁶⁹ נמצא כי "הזכות לשוויון משתלבת בכבוד האדם באותם תחומים שבהם היא נוגעת בכבוד האנושי".⁷⁰ השתלבות זו היא הן לעניין ההיבט השלילי (איסור על פגיעה בשוויון) והן לעניין ההיבט החיובי (הגנה על השוויון). "זכותו של אדם שלא להיות מופלה לרעה ושלא ינהגו בו משוא פנים מחייבת [...] לא פעם הקצאת משאבים נכבדת. לעיתים נושאת הזכות לשוויון אופי נגטיבי בלבד, אך פעמים רבות מטילה היא חובה פוזיטיבית לתקן עיוותים מפלים בחברה ולהנגיש מתקנים, שירותים ותפקידים ציבוריים שווה בשווה לכל האוכלוסיה".⁷¹ זכות-הבת לשוויון היא זכותו של הפרט כלפי רשויות השלטון. אין היא חלה ביחסים שבין הפרטים לבין עצמם.⁷²

64 פרשת גלאון, לעיל ה"ש 36, פס' 2 לפסק הדין של השופט נ' הנדל. ראו גם סעיף 1א(ב) לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951 ס"ח 248 (כפי שתוקן בתש"ס-2000), שלפיו לעניין האיסור על הפליית אישה באשר היא אישה "אין נפקא מינה אם ביסוד פעולה שתוצאתה היא הפליה הייתה כוונה להפלות, אם לאו".

65 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 36, בעמ' 310 (הנשיא א' ברק)..

66 פרשת שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 30, בעמ' 524 (השופט א' מצא).
67 פרשת שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 654 (השופט מ' חשין). ראו גם פרשת אביטן, לעיל ה"ש 47; בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 182 (2000) ("העדפה מתקנת של ציבור מסוים או קבוצה מסוימת, שלכאורה מפרה את השוויון, למעשה היא מקדמת את השוויון") (השופט י' זמיר).

68 ראו פרשת פולגת, לעיל ה"ש 36, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

69 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 875 (השופטת א' פרוקצ'יה).

70 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 17, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

71 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 28 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012).

72 ראו לעיל עמ' 387.

(ב) זכות־הבת לשוויון זכות עצמאית לשוויון

בכך מתבלט השוני שבין השוויון כזכות "עצמאית" העומדת על רגליה שלה לבין השוויון כזכות־בת. במקרה הראשון (זכות עצמאית) יש לקיים את אמות המידה המגדירות שוויון (בין לפי ההגדרה האריסטוטלית ובין לפי ההגדרה המתחשבת בהעדפה מתקנת). במקרה השני (זכות־בת) יש לבחון אם התחום המכוסה על פי אמות מידה אלה קשור לערכים המונחים ביסוד כבוד האדם בקשר ענייני הדוק. "הזכות לשוויון, ככזו, אינה נכללת כזכות עצמאית בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא משתלבת בזכות חוקתית מוגנת על־פי חוק־היסוד באותם היבטים שבהם היא כרוכה באופן הדוק בזכות לכבוד, המעוגנת כזכות חוקתית בחוק־היסוד. אכן, לא כל פגיעה בשוויון מהווה בהכרח פגיעה בכבוד. פגיעה בשוויון הנחשבת פגיעה בכבוד מתפרשת לא רק על פגיעות נפשיות, השפלה או השמצה הפוגעות בגרעין הקשה של כבוד האדם, אלא גם על גילויים של הפליה שאין עימה בהכרח השפלה, ובלבד שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק".⁷³ ובפרשה אחרת קבעה השופטת א' פרוקצ'יה:⁷⁴

"הזכות לשוויון ככזו אינה מנויה כזכות עצמאית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מהווה זכות חוקתית מוגנת מכח חוק היסוד רק באותם הקשרים שבהם היא כרוכה ואחווה באופן הדוק בזכות החוקתית לכבוד, הזוכה להגנה חוקתית בחוק היסוד. לא כל פגיעה בשוויון מהווה בהכרח פגיעה בכבוד האדם, ולכן לא כל פגיעה בשוויון מעלה שאלה בעלת אופי חוקתי. פגיעה בשוויון מוחזקת כפגיעה בזכות חוקתית ככל שהיא קשורה ואחווה בכבוד האדם בקשר ענייני הדוק. פגיעה כזו אינה מוגבלת לפגיעות נפשיות, השפלה או השמצה, המצויות בגרעין הקשה של כבוד האדם, אלא עשויה להשתרע גם על מצבים של הפליה שאין עימה בהכרח השפלה, וכן מצבים אחרים של פגיעה בשוויון, ובלבד שיהיה להם קשר ממשי לפגיעה בכבודו של האדם [...]"

ברוח דומה ציינה הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש:⁷⁵

"לא כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בכבוד האדם וייתכנו פגיעות בשוויון שאינן עולות כדי פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי ובחופש הבחירה של הפרט. התפתחות הזכות לשוויון כחלק מן הזכות לכבוד האדם במשפטנו

73 פרשת לה"ב, לעיל ה"ש 13, פס' 76 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

74 פרשת שליטנר, לעיל ה"ש 36, פס' 48 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

75 פרשת נסר נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 36, פס' 45 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש. ראו גם פרשת ניר, לעיל ה"ש 36, פס' 11 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

מחייבת בחינה בכל עניין ועניין האם לפנינו פגיעה בשוויון שהיא גם פגיעה בכבוד האדם. אמנם, יכול שייטען כי מבחינה רעיונית כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בכבוד האדם. לפי גישה זו, לא ניתן לדבר על 'כבוד האדם' מבלי שזה יכלול את הזכות לשוויון. כבוד – שאינו מבוסס על יחס שוויוני לשווים – איננו מכבד את האדם. גישה זו, שהיא הגישה הרחבה, לא התקבלה בפסיקתנו. [...] מקובל כיום במשפטנו לראות בכבוד האדם 'ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה שבה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיסית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים'."

עמדנו על הערכים המונחים ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית.⁷⁶ זכות־הבת לשוויון חייבת להגשים ערכים אלה (כולם או מקצתם, בגרעינים או בשוליהם). עד כמה שהשוויון כזכות עצמאית מגשים ערכים אחרים, אין היבט זה של השוויון כלול בגדרי זכות־הבת לשוויון. נמצא כי בכל מקרה שבו מועלית הטענה כי נורמה תת־חוקתית (חוק או הלכה פסוקה) פגעה בשוויון, ועל כן נפגעה הזכות החוקתית לכבוד האדם, יש לקיים – בגדרי השלב הראשון לבחינה החוקתית (השלב שבו נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעה)⁷⁷ – בדיקה כפולה: ראשית, אם נפגעה הזכות לשוויון אילו זו הוכרה כזכות עצמאית. אם עניין לנו בשוני רלוונטי (לפי המבחנים השונים לקביעתו של שוני זה) לא נפגע השוויון, וממילא אין מתעוררת השאלה אם נפגעת הזכות החוקתית לכבוד האדם. אם תוצאתה של בדיקה זו היא כי השוויון נפגע, יש לעבור לבדיקה השנייה. עניינה של זו הוא אם הפגיעה בשוויון – כלומר ההפליה – קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. אם התשובה היא בחיוב – קיים הקשר הענייני הנדרש – יש "לעבור" לשלב השני של הבחינה החוקתית (שעניינו קיומה של הצדקה לפגיעה). זה השלב שבו נבחנת מידתיותה של הפגיעה.⁷⁸ אם התשובה היא בשלילה – אין קשר ענייני הדוק – נסתיימה הבחינה החוקתית. ייתכן כמובן שיהא מקום לערוך בחינות נוספות, כגון בחינות בתחום המישור המנהלי,⁷⁹ אך שאלת החוקתיות של החוק שוב אינה מתעוררת.

76 ראו לעיל בעמ' 239.

77 על ההבחנה בין השלבים בבחינה החוקתית, ועל השלב הראשון בבחינה זו, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 51, 69 (2010).

78 לשלב זה, ראו שם, בעמ' 169, 52.

79 לבחינה על פי המשפט המנהלי, ראו דפנה ברק־ארז משפט מינהלי 678 (2010) ("הדיון בחובה המינהלית לנהוג בשוויון הוא רחב יותר ומתייחס גם למצבים שבהם ההפליה אינה

(ג) העקרונות שביסוד זכות־הבת לשוויון וביסוד הזכות העצמאית לשוויון

ביסוד זכות־הבת לשוויון מונחים העקרונות (כולם או מקצתם, בגרעין או בשוליים) המונחים ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם. אין לה לזכות־הבת לשוויון עקרונות שאינם באים להגשים את כבוד האדם. לא כן לעניין הזכות לשוויון כזכות עצמאית. הזכות העצמאית לשוויון נועדה להגשים כמה עקרונות. אחד המרכזיים שבהם הוא כמוכן כבוד האדם. עם זאת אין הוא העיקרון היחיד, שאילו היה העיקרון היחיד הייתה מתקיימת חפיפה מלאה, בין כבוד האדם (כזכות עצמאית) לשוויון (כזכות עצמאית).

אילו עקרונות – מלבד כבוד האדם – מונחים ביסוד הזכות החוקתית העצמאית לשוויון? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר.⁸⁰ עם זאת אפשר להצביע לפחות על שני עקרונות נוספים (מלבד כבוד האדם) המונחים ביסוד השוויון כזכות עצמאית: העיקרון האחד הוא בהגשמת הצדק, ההגינות ותום הלב.⁸¹ ספרות מקיפה בוחנת את היחס בין השוויון לבין הצדק. עיון בספרות זו חורג ממסגרת ספר זה; העיקרון השני הוא בהבטחת הלכידות החברתית ואמון הציבור ברשויות השלטון. עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש;⁸²

”צידו האחר של עקרון השוויון הוא האיסור לנהוג בהפליה. תחושת הפליה פוגמת במרקם החברתי ובנכונות של אזרחים לתרום למדינה ולהשתלב בחברה. הפליה פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית ומגבירה את התחושה שהשלטון מתנהל באופן שרירותי; היא רעה החודרת לבסיס

פוגעת בזכות החוקתית לשוויון“). ראו גם אריאל בנדור ”שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי“ ספר שמגר – חלק א 287 (2003).

80 ראו Martha Minow, *Equality and the Bill of Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 118 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992); Denise G. Réaume, *Discrimination and Dignity*, 63 LA. L. REV. 645 (2003); Joan Small & Evadne Grant, *Dignity, Discrimination and Context: New Directions in South African and Canadian Human Rights Law*, 6 HUM. RTS. REV. 25 (2005).

81 ראו בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבית דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 20 (1983) ("השוויון הינו אמצעי להשגת צדק, דרך לביצוע תפקידיה של הרשות ביושר, בהגינות, על מנת להגיע לתוצאה צודקת") (השופט ש' נתניהו); פרשת מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 502 ("שוויון מהותי אינו אלא אחת מנגזרות הצדק וההגינות") (השופט מ' חשין); בפרשת אלחנתי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 449, השופט א' חיות מציינת כי "החובה שלא להפלות – שאינה אלא תמונת הראי של זכות האדם לשוויון [...] נגזרת מעקרונות בסיסיים של הגינות ותום לב"; פרשת עיריית חולון, לעיל ה"ש 53, פס' 9 לפסק הדין של השופט ע' ארבל ("חשיבותו של השוויון ותרומתו לצדק ולהגינות ידועה וברורה").

על הקשר בין צדק לשוויון, ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971).
82 פרשת יקותיאל, לעיל ה"ש 36, פס' 35 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש. פסק הדין המצוטט הוא פרשת חברת פארות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 58 (השופט א' לוי).

המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את יסודותיו, עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטותו ולחורבנו".

בפרשה אחרת עמד השופט י' זמיר על הקשר ההדוק שבין השוויון לבין הדמוקרטיה:⁸³

"עקרון השוויון במוכן זה הוא נשמת הדמוקרטיה. הדמוקרטיה דורשת לא רק קול אחד לכל אחד בעת הבחירות, אלא גם שוויון לכל אחד בכל עת. המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב".

כאשר נורמה תת־חוקתית (חוק או משפט מקובל) פוגעת בעקרון השוויון, יש לבחון בישראל אם היא פוגעת בהיבט של השוויון הקשור בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם או שמא היא פוגעת בהיבט של השוויון הקשור בהגשמת הצדק, ההגינות ותום הלב מזה או הלכידות החברתית והדמוקרטיה מזה. במקרה הראשון לפנינו פגיעה בזכות־בת של כבוד האדם. במצב דברים זה יש להמשיך ולבחון אם פגיעה זו מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.⁸⁴ במקרה השני אין לפנינו פגיעה בזכות־בת לכבוד האדם. בהעדר זכות עצמאית לשוויון – ובהנחה שלא נפגעת זכות עצמאית אחרת המוכרת במגילת הזכויות הישראליות – לא נפגעת כל זכות חוקתית, ואין מקום להמשך הבחינה החוקתית.

3. "קשר ענייני הדוק"

(א) הפליה במישור המנהלי והפליה במישור החוקתי

כל פגיעה בזכות־בת לשוויון היא פגיעה גם בזכות עצמאית לשוויון, עד כמה שזכות כזו מוכרת במגילת הזכויות החוקתיות. הטעם לכך הוא שפגיעה בזכות־הבת לשוויון משמעותה פגיעה בכבוד האדם, והזכות העצמאית לשוויון נועדה בין השאר להגן על כבוד האדם. היפוכו של דבר אינו נכון. לא כל פגיעה בזכות העצמאית לשוויון (ככל שהיא מוכרת במסגרת השיטה) היא פגיעה גם בזכות־בת לשוויון. הטעם לכך הוא שהזכות העצמאית לשוויון עשויה להגן על העקרונות המונחים ביסודה – כגון צדק או לכידות חברתית ודמוקרטיה – שאינם קשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. נוכל להדגים זאת במספר דוגמאות מהפסיקה.

83 בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 27 (2001).

84 ראו פרשת ועדת המעקב העליונה, לעיל ה"ש 63, פס' 22 לפסק הדין של הנשיא א' ברק; פרשת לוי, לעיל ה"ש 36, פס' 45 לפסק הדין של השופטת מ' נאור ("מסקנה לפיה סעיפי התחולה פוגעים בזכות החוקתית לשוויון אינה בבחינת סוף פסוק, שכן הזכות לשוויון אינה זכות מוחלטת, היא בעלת אופי 'יחסי' המאפשר פגיעה בה כדין אם מתקיימים התנאים של פסקת ההגבלה").

חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 15), התשנ"ה–1995⁸⁵ קובע בין השאר כי אסור על חברי כנסת לעסוק בעיסוק נוסף על עיסוקם בכנסת. איסור זה משתרע גם על כהונה כראש רשות מקומית.⁸⁶ לעניין זה נקבעה הוראת מעבר⁸⁷ שממנה עולה כי ראשי רשויות מקומיות שאינם חברי הכנסת השלוש־עשרה, ואשר ייבחרו לכנסת הארבע־עשרה, תפקע משרתם בראשות הרשות המקומית ביום תחילת כהונתה של הכנסת. ואילו עמיתיהם, ראשי רשויות מקומיות המכהנים היום כחברי כנסת, יהיו רשאים להמשיך ולכהן במשרתם ברשות המקומית עד תום כהונתם במשרה זו אף אם ייבחרו לכנסת הארבע־עשרה. נטען כי בכך מופלים ראשי הרשויות המקומיות החדשים לעומת חברים שכבר מכהנים בכנסת הארבע־עשרה, וכי הפליה זו פוגעת בכבוד האדם. העתירה נדחתה ברוב דעות. השופט י' זמיר ציין כי סעיף 6 לחוק פוגע בשוויון אך אינו פוגע בכבוד האדם של ראשי העיר המופלים. כותב השופט י' זמיר:⁸⁸

"אפילו נאמר שפגיעה בשוויון עשויה להיות פגיעה בכבוד האדם, לא כל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד. [...] אם, למשל, חוק מטיל שיעורים שונים של ארנונה על בעלי דירות לפי מבחן פסול, ייתכן שיש בכך פגיעה בשוויון, אך האם פגיעה כזאת מגיעה כדי פגיעה בכבוד? אכן, אפשר לפרש את לשון החוק בהרחבה, אך אין לשלול מלשון החוק כל משמעות. כבוד, רחב ככל שיהיה, איננו כול־בו. יש לתת לכבוד פירוש שישמור על קשר עם המובן הלשוני, הוא המובן המקובל, של כבוד".

במקרה נוסף, העותרת נתנה שירותים לפינוי פסולת ברחבי הארץ. לטענתה היא זכאית לקבל תמריץ כספי מאוצר המדינה. מניעת התמריץ ממנה שעה שהוא ניתן לכלל המעסיקים במשק היא הפליה כלפיה. הפליה זו פוגעת בזכותה החוקתית לכבוד האדם. הטענה נדחתה. כותב השופט י' זמיר:⁸⁹

"גם מי שגורס כי הזכות לשוויון היא חלק מן הזכות לכבוד, אינו גורס בהכרח שכל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד. אפשר שפגיעה בשוויון על יסוד גזע או מין, שיש בה השפלה, תיחשב גם לפגיעה בכבוד. [...] אולם האם כך גם פגיעה בשוויון על יסוד היקף הפעילות העסקית? [...] גם אם

85 ס"ח 350.

86 סעיף 2 לחוק.

87 סעיף 6 לחוק.

88 פרשת מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 497. פסק הדין ניתן לפני פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל. ראו לעיל ה"ש 20.

89 בג"ץ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 204–205 (1998). פסק הדין ניתן לפני פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל (ראו לעיל ה"ש 20) ולדעתי הוא מתיישב עמה.

הפגיעה של צו בשוויון אין בה משום פגיעה בכבוד האדם, עדיין אפשר לפסול את הצו בשל הפגיעה בשוויון, שהוא עקרון מוכר ומקובל אף ללא קשר לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".

בעתירה נוספת טענו הורים של ילדים בעלי צרכים מיוחדים המשולבים במסגרות החינוך הרגילות כי ילדיהם מופלים לעומת ילדים בעלי צרכים מיוחדים המשולבים בחינוך המיוחד. נטען כי הפליה זו פוגעת בכבודם של הילדים, ועל כן פוגעת בזכותם לכבוד האדם. בבחנה טענה זו כתבה השופטת ד' דורנר:⁹⁰

"הפליה במימוש הזכות לחינוך עשויה, אם היא נעשית על רקע השתייכות קבוצתית, להיחשב כהשפלה הפוגעת בזכות לכבוד האדם. [...] לעומת זאת פגיעה בשוויון מטעמים פוליטיים, מינהליים או תקציביים אינה משפילה, ועל־כן אינה פוגעת בכבוד האדם. בענייננו ההפליה של הילדים בעלי הצרכים המיוחדים היא על רקע השתייכות קבוצתית, אך סיבותיה הן תקציביות. בנסיבות אלה לשאלה אם ההפליה פוגעת גם בכבוד האדם יש פנים לכאן ולכאן, ואיני רואה צורך להכריע בה. שכן, לא נטען בפנינו כי יש לפסול חוק עקב פגיעתו בזכות לכבוד האדם, אלא כי יש לפרש את החוק ולהפעילו לאור הזכות לחינוך. אכן, זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה, ללא קשר הכרחי לזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".

בפרשת פולגת נדונה החלטת הממשלה, מכוח סמכותה על פי חוק עובדים זרים, התשנ"א–1991⁹¹, שלפיה מעסיק ישראלי המבקש לקבל היתר להעסקת עובד זר חייב לחתום על התחייבות שלפיה הוא מתחייב לשלם לעובד הזה שכר מינימלי שלא יפחת מהשיעורים הקבועים בהחלטת הממשלה. לדעת המעסיקים התחייבות זו פסולה היא, בין השאר משום שהיא פוגעת בשוויון – הן שוויון בשכר בין עובד זר לעובד ישראלי והן שוויון בשכר בין העובדים הזרים לבין עצמם. לטענת המעסיקים פגיעה זו בשוויון פוגעת בזכותם לכבוד האדם. בית המשפט העליון דחה את הטענה. כותבת השופטת א' פרוקצ'יה:⁹²

"מעמדה החוקתי של הזכות לשוויון מותנה בשילובה כחלק מהזכות לכבוד האדם [...]. מעמד זה מותנה במהות הפגיעה בשוויון, ובמידת נגיעתה למושג כבוד האדם. [...] הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות

90 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד (נ) 5(834), 843 (2002). פסק הדין ניתן לפני פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל (ראו לעיל ה"ש 20) ולדעתי הוא מתיישב עמה.

91 ס"ח 1349.

92 פרשת פולגת, לעיל ה"ש 36, פס' 12 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

לשוויון ככל שזכות זו קשורה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם [...] טענת הזכות לשוויון כפי שעלתה בהליך זה איננה קשורה קשר הדוק לכבוד האדם, ולכן אין להגדירה כזכות חוקתית. טענות העותרים לפיהן הטלת הגבלות על מתן היתרים לעובדים זרים בתעשייה משמען פגיעה בזכות לשוויון ביחס לעוסקים בענפי משק אחרים אינה שקולה בגרעין, ואף בשוליה, לפגיעה בכבוד האדם. זו טענה שמשמעה, לכל היותר, טענת הפלייה במישור המעשה המינהלי של הרשות הציבורית, שעניינה השפעה על הפעילות הכלכלית-עסקית ועל התחרות והרווחיות של העוסקים. כפי שפורט לעיל, טענה זו דינה להידחות. לאור האמור, טענת הפגיעה בשוויון אינה מעלה שאלה בעלת היבט חוקתי".

אנו מניחים, בכל הדוגמאות הללו ובאחרות,⁹³ כי הרשות השלטונית הפלתה את העותרים. היא נהגה באחד אחרת משנהגה בשני אף על פי שלפי המבחן האריסטוטלי היה עליה לנהוג כלפיהם בשוויון. אילו עניין היה לנו בטענה כי הרשות הפעילה את סמכותה שלא כדין (על פי מבחני המשפט המנהלי), הנחתנו היא כי הדין היה עמה. אך העותרים טענו כי חוסר השוויון פגע בכבוד האדם. בכך הם נכשלו.⁹⁴

הנה כי כן, לא כל פגיעה בשוויון – בין כזכות הלכתית ובין כזכות חוקתית היפותטית "עצמאית" – היא פגיעה גם בזכות החוקתית לכבוד האדם. הנח כי ראובן ושמעון הם שני בעלי עסקים. המדינה מעניקה רישיון לראובן ומסרבת לתת רישיון לשמעון. אנו מניחים עתה כי פעולתה זו של הרשות השלטונית פגעה בזכותו של שמעון לשוויון. האם נפגעה זכותו החוקתית של שמעון לכבוד האדם? התשובה מותנית במהות ההפליה: אם ההפליה פגעה בכבוד האדם של שמעון, כי אז ההפליה כלפיו היא פגיעה גם בזכותו לכבוד האדם. לעומת זאת אם ההפליה לא פגעה בכבוד האדם של שמעון, תהיה ההפליה מעשה בלתי חוקי בתחומי המשפט המנהלי,⁹⁵ אך לתחום החוקתי של כבוד האדם היא לא תגיע.⁹⁶ עמד על כך השופט מ' חשין:⁹⁷

93 ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 875.

94 שם ("בנסיבות העניין, גם אם קיימת פגיעה בשוויון, אין מדובר בפגיעה הקשורה קשר הדוק לכבוד האדם ולפיכך אנו מצויים מחוץ למתחם החוקתי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו") (השופט א' פרוקצ'יה).

95 על השוויון במשפט המנהלי, ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 79, בעמ' 678; זמיר וסובל, לעיל ה"ש 10; ראו גם בג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, פס' 7 לפסק הדין של השופט א' חיות (פורסם בנבו, 25.3.2007) ("לא ניתן 'למתוח' את גבולותיה של הזכות החוקתית לשוויון הנגזרת מזכות האדם לכבוד, באופן המחיל אותה גם לגבי זכויות של הבנקים לתעריף תחרותי בקבלת שירותי דואר").

96 סעיף 33(1) לחוקה של דרום-אפריקה (1996) קובע: "Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair". פגיעה ב"שוויון

“ואולם עיקר הוא לא בהפליה בתורת שכזו אלא בסוג ההפליה ובעוצמתה של ההפליה, ולעניין זה קבע בית־המשפט כי לא הרי הפליה כהרי הפליה: לא הרי הפליה בהקצבת מענקים כהרי הפליה מחמת גזע, ולא הרי הפליה מחמת מין כהרי הפליה בהענקת רישיונות. הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין היא מן הקשות שבהפלות”.

שאלת המפתח היא אפוא אם קיים קשר ענייני הדוק בין הפגיעה בשוויון (ההפליה) לבין הפגיעה באחד היסודות המונחים בבסיס הזכות החוקתית לכבוד האדם. האם ההפליה פגעה באנושיותו של המופלה? האם היא פגעה בחופש הרצון שלו ובאוטונומיה של הרצון הפרטי? האם היה בה כדי להפכו לאמצעי בלבד להגשמת רצונו של אחר? אם התשובה לאחת השאלות הללו היא בחיוב כי אז הפגיעה בשוויון תהיה פגיעה גם בזכות־הבת לכבוד האדם, שכן קיים קשר ענייני הדוק בין הפגיעה בשוויון לבין הפגיעה בעקרונות שביסוד כבוד האדם. לעניין זה אין נפקא מינה אם הפליה הביאה להשפלה או לביזוי. גם בהעדר השפלה וביזוי עשויה ההפליה לפגוע בזכות־הבת לשוויון.

קיומו של קשר ענייני הדוק בין הפגיעה בשוויון לבין הפגיעה באחד היסודות המונחים ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם הוא תלוי־הקשר. הוא נגזר מכוונתו של המפלה (כלומר אם הייתה כוונה להפלות כדי לפגוע בכבוד האדם) או מתוצאות ההפליה (כלומר אם הלכה למעשה הביאה ההפליה לפגיעה בכבוד האדם). הקשר מקובל הוא במצבים של הפליה גנרית.

(ב) הפליה גנרית

בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון כי הפליה גנרית – כגון הפליה על בסיס מין, נטייה מינית, צבע עור, גזע – פוגעת בזכות החוקתית לכבוד האדם. כותב השופט מ' חשין:⁹⁸

“הפליה גנרית, כפי שכבר נאמר, הינה הפליה הפוצעת אנושות בכבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו (נקבה או זכר), על צבע עורו (שחור, צהוב או לבן), על שלמות גופו (נכה או שלם בגופו). האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח

המינהלי” עשויה אפוא להיות גם פגיעה בזכות החוקתית למנהל ראוי. עם זאת אין זו פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.

97 בג”ץ 6845/00 ניב נ’ בית הדין הארצי לעבודה, פ”ד נו(6), 663, 683 (2002).
98 פרשת שדולת הנשים בישראל נ’ שר העבודה והרווחה, לעיל ה”ש 19, בעמ’ 659–659. ראו גם פרשת עדאלה נ’ עיריית תל־אביב־יפו, לעיל ה”ש 12, בעמ’ 415; פרשת ועדת המעקב העליונה, לעיל ה”ש 63, בעמ’ 28.

לבריות וישר־דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי או אחר".

על "ההפליה הגנרית" כתב השופט י' עמית כי היא נמצאת:⁹⁹

"[...] ב'גרעין הקשה' של ההפליה בשל מאפיין בזהותו של אדם, כמו למשל, בין היתר, דתו, גזעו או מינו. על הפליה שכזו נאמר כי היא 'פוצעת אנושות בכבוד האדם' [...]. באותה רוח נאמר, כי '...הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה של קיפוח ותסכול, תחושת־קיפוח ותסכול מיסירים אל קנאה. ובכזו קנאה תאבד תבונה... נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו – השווה לנו – כמותנו ועימנו; אך נתקומם ולא נשלים במקום בו יקבל זולתנו – השווה לנו – את שאנו לא נקבל'".

המאפיין את "ההפליה הגנרית" הוא "שהיא הפליה של אדם בשל השתייכותו לקבוצה, הזקוקה להגנה". כותבת השופטת א' פרוקצ'יה:¹⁰⁰

"הזכות לשוויון טומנת בחובה כ'תמונת ראי' את האיסור בהפליה. [...] ההפליה משמעותה 'יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים'. בין מאפייניה החשובים של הזכות לשוויון במימושה עומד האיסור על הפליית אדם בשל השתייכותו לקבוצה – בין על רקע דת, גזע, מין, וכיוצא באלה. הפליה על רקע כזה פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם, יש בה מן ההשפלה והביזוי, והיא מהווה פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם הנבחנת על פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".

ובפרשה אחרת היא ציינה:¹⁰¹

"הפליה על רקע השתייכות קבוצתית שעניינה גזע, דת, מוצא, לאום, מין וכיוצא באלה פוגעת בגרעין הקשה של הכבוד האנושי, והיא מוחזקת כפגיעה בכבוד האדם הנוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

השופט י' זמיר אפיין את ההפליה הגנרית כהפליה המתייחסת "לרשימה מוגבלת של עילות מוגדרות שאפשר לקרוא להן עילות השוויון הקלאסיות, והשופט מ' חשין קורא להן

99 פרשת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 36, פס' 39 לפסק הדין של השופט י' עמית. הציטוט הראשון הוא מפרשת שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 19, עמ' 659; הציטוט השני הוא מפרשת ק.א.ל., לעיל ה"ש 40, בעמ' 204.

100 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 17, פס' 18 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

101 פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36, פס' 29 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

עילות שוויון גנריות".¹⁰² על רקע זה מתעוררת השאלה אם "קשר ענייני הדוק" קיים רק במקום שיש הפליה גנרית.

(ג) מעבר להפליה גנרית

האופי הגנרי של ההפליה מקדם אותנו בהבנת הקשר הנדרש בין הפגיעה בשוויון לבין זכות־הבת לשוויון כחלק מאגד הזכויות המהוות את זכות־האם לכבוד האדם. עם זאת האופי הגנרי אינו ממצה קשר זה, משלושה טעמים: ראשית, האופי הגנרי של הפגיעה בשוויון ובכבוד האדם קשור הדוק למודל המצומצם.¹⁰³ עם דחייתו של מודל זה ואימוץ מודל הביניים¹⁰⁴ אין זה ראוי עוד לצמצם את ההפליה הלא חוקתית אך לביזוי או השפלה; שנית, מוסכם על הכול כי הפליה על בסיס גזע, מין, צבע או דת היא הפליה גנרית. אלה הם מצבים של "שוויון במובן צר" או "עילות השוויון" הקלאסיות.¹⁰⁵ מצבים אלה – גזע, מין, צבע או דת – בוודאי אינם היחידים שבהם מוכרת הפליה. מהם המצבים הנוספים שבהם תוכר הפליה בין קבוצות אף שאין בהן היבט גנרי? התשובה היא כי אלה הם מצבים שיש בהם פגיעה בכבוד האדם. שלישית, הן השוויון והן כבוד האדם מגנים על האדם במגוון רחב של מצבים.¹⁰⁶ אין הם מוגבלים לקיומה של קבוצה. גם אם הקבוצה היא רלוונטית, לעתים היא מקרית בלבד או שלא סבלה מהפליה גנרית, כגון הפליה של נכי מלחמה לעומת נכים אחרים.¹⁰⁷ "השוויון במובן הצר" או "השוויון הקלאסי" אינו השוויון היחיד. לעתים אנו מכירים בהפליה הפוגעת ביחיד שאינו משתייך לכל קבוצה, ואשר כבודו כאשר נפגע. הפגיעה בשוויון והפגיעה בכבוד האדם גם יחד הן לעתים תלויות־מצב ולא תלויות־סוג. היא משקפת את חיי האדם כאדם ולא את חייה של הקבוצה כקבוצה.

102 פרשת האגודה לזכויות האזרח בישראל, לעיל ה"ש 83, בעמ' 27.

103 ראו לעיל בעמ' 150.

104 ראו לעיל בעמ' 149.

105 פרשת האגודה לזכויות האזרח בישראל, לעיל ה"ש 83, בעמ' 27 (השופט י' זמיר).

106 ראו National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, 1991 (1) SA 6 (CC) (S. Afr.) ("The violation of dignity under section 10 [...] contemplates a much wider range of situations. It offers protection to persons in their multiple identities and capacities. This could be to individuals being disrespectfully treated, such as somebody being stopped at a roadblock. It also could be to members of groups subject to systemic disadvantage, such as farm workers in certain areas, or prisoners in certain prisons, such groups not being identified because of closely held characteristics, but because of the situation they find themselves in. These would be cases of indignity of treatment leading to inequality, rather than of inequality relating to closely held group characteristics producing indignity") (Sachs J.)

107 ראו פרשת קר"ן, לעיל ה"ש 36.

פרק עשרים וחמישה

זכות-הבת לחופש הביטוי

א. הזכות ההלכתית לחופש הביטוי

משנותיה הראשונות של המדינה הוכרה הזכות ההלכתית לחופש הביטוי.¹ פסק הדין המרכזי הוא פסק דינו של השופט ש' אגרנט בפרשת חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים.² השופט ש' אגרנט ציין כי הוא מבקש "להדגיש את חשיבותה המכרעת של זכות עילאית זו, אשר [...] מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות".³ מאז פרשה זו ועד היום נתפס חופש ביטוי כזכות מרכזית, הניצבת בנדבך העליון של זכויות היסוד,⁴ אשר לה "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם"⁵ ו"מעמד-על משפטי".⁶ חופש הביטוי נתפס כ"ציפור נפשה" של הדמוקרטיה.⁷ נקבע כי "בלא דמוקרטיה אין חופש ביטוי ובלי חופש ביטוי אין דמוקרטיה".⁸ צוין כי "[...] חירות הדיבור והביטוי – על דרכיה השונות והמגוונות – היא הקשר בין אדם לאדם, היא היוצרת

- 1 ראו בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962), שבו ציין השופט מ' לנדוי כי חופש הביטוי הוא אחת מאותן "זכויות יסוד, שאינן כתובות על ספר" אלא הן נובעות במישרין מאופיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש". ראו גם בג"ץ 4804/94 סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 66 (1997). ראו גם פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים ז 375 (1977).
- 2 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). על פרשה זו, ראו חיים כהן המשפט 514 (1991).
- 3 שם, בעמ' 878. ראו גם בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 9 (1994).
- 4 ראו בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 215, 200 (2006) (הנשיא (בדימ') א' ברק). ראו גם פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9.
- 5 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 398, 393 (1984) (השופט א' ברק).
- 6 ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295 (1997) (השופט מ' שמגר).
- 7 ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן-משה, פ"ד מב(2) 427, 435 (1968) (הנשיא ש' אגרנט).
- 8 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987) (השופט א' ברק).

את החברה בה אנו חיים, ובלעדיה לא קמנו. זה מותר האדם מן הבהמה [...]”⁹ ונאמר כי חופש הביטוי “הוא חלק בלתי נפרד מהאתוס המשפטי שלנו”¹⁰. הוא נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹¹ בשל אופיו ההלכתי של חופש הביטוי אמנם היה בכוחו של חוק לצמצמו, אך נדרש שהדבר ייקבע בחוק באופן מפורש, ברור וחד־משמעי.¹²

ב. חופש הביטוי כזכות־בת של כבוד האדם

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל בחובו זכות עצמאית לחופש ביטוי. הצעת חוק־יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973),¹³ אשר שימשה בסיס לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כללה בחובה – בצד ההוראה בדבר כבוד האדם – גם הוראה עצמאית בעניין חופש הביטוי.¹⁴ במסגרת ההסכמה הפוליטית אף הוכנה הצעת חוק־יסוד: חופש הביטוי, שעל פיה “לכל אדם חופש הביטוי וכן החופש לפרסם דעות ומידע ברבים, בכל דרך”.¹⁵ הצעה זו לא עברה את תהליכי החקיקה. על רקע זה מקובל על הכול כי חופש הביטוי אינו זכות חוקתית עצמאית בישראל. אך האם אפשר לגזור אותו – כולו או חלקו – מהזכות החוקתית העצמאית לכבוד האדם?¹⁶

שאלה זו התעוררה בפסיקה בסמוך לאחר כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁷ כמה שופטים הביעו באמרות־אגב את ההשקפה כי “עיגון חלקי קיבלו עקרונות היסוד בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. מקור חשוב שזור בין עקרונות אלה לחופש הביטוי”.¹⁸ כן נקבע כי “ניתן להסיק את חופש הביטוי בהגנה הניתנת לכבוד האדם וחירותו בחוק־יסוד:

- 9 פרשת קידום יזמות ומו”לות, לעיל ה”ש 3, בעמ’ 25 (השופט מ’ חשין).
- 10 ע”א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע”מ נ’ עיריית נצרת עילית, פ”ד מז(5) 189, 201 (1993) (השופט א’ ברק).
- 11 ראו בג”ץ 6126/94 סנש נ’ רשות השידור, פ”ד נג(3) 817, 828 (1999); בג”ץ 6218/93 כהן נ’ לשכת עורכי הדין, פ”ד מט(2) 529, 539 (1995).
- 12 ראו פרשת הוצאת עיתון “הארץ” נ’ חברת החשמל לישראל, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 295; ד”נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע”מ נ’ הוצאת עיתון “הארץ” בע”מ, פ”ד לב(3) 337, 359 (1978); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 5 (1993).
- 13 ה”ח התשל”ג 1085.
- 14 ראו שם, בסעיף 7.
- 15 סעיף 1 להצעת חוק־יסוד: חופש הביטוי, ה”ח התשנ”א 1741.
- 16 כן מתעוררת השאלה אם ניתן לגזור את חופש הביטוי מהזכות החוקתית לחירות אישית (סעיף 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו). להצעה ברוח זו, ראו Guy E. Carmi, “Dignitizing Free Speech in Israel: The Impact of the Constitutional Revolution on Free Speech Protection”, 57 McGill L. J. 791 (2012). לקשיים שגישה זו מעוררת, ראו לעיל בעמ’ 388.
- 17 ראו לעיל עמ’ 140.
- 18 רע”א 2687/92 גבע נ’ וולט דיסני, פ”ד מח(1) 251, 265 (1993) (השופט י’ מלץ).

כבוד האדם וחירותו".¹⁹ הודגש כי "אף ללא הוראה מפורשת כלול חופש הביטוי בכבוד האדם [...] שכן, מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?"²⁰ ברבים מפסקי הדין הושווה מעמדו של חופש הביטוי למעמדו של השם הטוב וצוין כי "שתי זכויות יסוד אלה – חופש הביטוי והזכות לשם הטוב – שתייהן ענפים מעץ אחד – כבוד האדם".²¹

השופטת ד' דורנר הביעה גישה שונה. היא ציינה כי היא אינה סבורה כי בישראל אפשר לראות בחופש הביטוי כמובלע בזכות לכבוד.²² עם זאת – ובעקבות עמדתה בפרשת מילר²³ – "כאשר שלילת חופש הביטוי משפילה את האדם ופוגעת בכבודו באשר הוא אדם, אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד הקבועה בחוק היסוד כך שהשפלה זו לא תיחשב כפוגעת בה".²⁴

היו שופטים שביקשו להשאיר שאלה זו פתוחה ולא להחליט בה כל עוד ההכרעה אינה מתחייבת.²⁵ לעניין הזכות לחופש הביטוי צוין כי "השאלה אינה ניתנת לפתרון קל, והתשובה אינה מזמנת עצמה לפנינו כמו מעצמה [...] בעניינינו שלנו לא נפרסה היריעה לפנינו [...] ואזהיר עצמי מפני החלטת פתע ואימרות אגב בנושאים כה חשובים ומרחיקי לכת בנושא פירושו של המושג 'כבוד האדם'".²⁶

המפנה חל עם פסק הדין בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל.²⁷ בפרשה זו נקבע כי נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר בחוקות אחרות הם זכויות

19 פרשת ראם מהנדסים, לעיל ה"ש 10, בעמ' 201 (השופט א' ברק). ראו גם בג"ץ 2481/93 דייך נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 468, 456 (1994); פרשת סטיישן פילם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 675; רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 518, 510 (2001); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 564, 558 (2004); רע"פ 8295/02 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 578, 554 (2005).

20 עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 157, 136 (1996) (השופט א' מצא). ראו גם בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 458, 449 (1997).

21 ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 89–90 (2002) (השופט א' ריבלין). ראו גם פרשת רשת שוקן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 573; פרשת ביטון, לעיל ה"ש 19, בעמ' 619; ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד ס(4) 26, 13 (2005).

22 ראו פרשת גולן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 190.

23 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 131, 94 (1995).

24 פרשת גולן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 191 (השופטת ד' דורנר). בבג"ץ 5432/03 ש.י.ן. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 83 (2004) השאירה השופטת ד' דורנר את שאלת היחס בין כבוד האדם לחופש הביטוי פתוחה.

25 ראו בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 536 (1994) (השופט י' זמיר).

26 פרשת גולן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 187 (השופט מ' חשין). ראו גם פרשת סנש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 856, בה השאיר השופט מ' חשין את השאלה פתוחה.

27 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

עצמאיות, ובלבד שהיבטים אלה קשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. פרשה זו עסקה בזכות לשוויון, אך תוצאות הפסק לא הוגבלו אך לפגיעה בשוויון. אכן, עם מתן פסק דין זה גברו אמרות־האגב שגרסו כי כבוד האדם משתרע גם על היבטים של חופש הביטוי.²⁸ מעמדה החוקתי של הזכות לחופש הביטוי נדון בהרחבה בפרשת המפקד הלאומי.²⁹ כל שופטי המותב המורחב פסקו כי חופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. השופטת מ' נאור, אשר כתבה את פסק הדין המרכזי, הפנתה לפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל³⁰ וקבעה כי אמת המידה שנקבעה בפרשה זו לעניין הזכות לשוויון חלה גם לעניין הזכות לחופש הביטוי. השופטת מ' נאור ציינה כי "הזכות נשוא ענייננו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה – על פי תפיסתנו המשפטית – 'בקשר ענייני הדוק' לכבוד האדם".³¹ הפסיקה שלאחר פרשה זו המשיכה בגישה זו לעניין היבטים שונים של חופש הביטוי.³²

הזכות לחופש הביטוי הוכרה בפסיקה כאחת מזכויות היסוד ההלכתיות החשובות ביותר.³³ בגישה זו המשיך בית המשפט העליון שעה שראה בחופש הביטוי חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. בפרשת המפקד הלאומי³⁴ קבעה השופטת מ' נאור כי חופש הביטוי הוא "זכות מסד ותנאי מוקדם להבטחת הקיום והשמירה הנאמנה על זכויות האחרות".³⁵ השופטת א' פרוקצ'יה ציינה כי חופש הביטוי הוא "סם החיים של הדמוקרטיה".³⁶ הודגש

28 ראו פרשת מורדוב, לעיל ה"ש 21, בעמ' 26; רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, בפס' 10 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם נבו, 12.11.2006); עע"מ 6013/04 מדינת ישראל נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60, 75 (2006); ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, פס' 9 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם נבו, 12.12.2006); פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 211; בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, פס' 9 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם נבו, 27.12.2006).

29 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).

30 לעיל ה"ש 27.

31 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 763.

32 ראו רע"א 2572/04 פריג' נ' "כל הזמן", פס' 20 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם נבו, 16.6.2008); רע"ב 5493/06 פלד נ' שירות בתי הסוהר, פס' 10 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם נבו, 12.10.2010); ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פס' 19, 23 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם נבו, 20.7.2011); רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין, פס' 5 לפסק הדין של השופט נ' הנדל (פורסם נבו, 26.12.2011); דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 2 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם נבו, 11.7.2011); ע"א 751/10 פלוני נ' דייץ-אורבך, פס' 66 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם נבו, 8.2.2012).

33 ראו לעיל בעמ' 707.

34 לעיל ה"ש 29.

35 שם, בעמ' 760.

36 שם, בעמ' 853.

כי חופש הביטוי הוא "זכות עילאית"³⁷ וכי הוא "מן הזכויות הנעלות"³⁸, והוא ניצב "בנדבך העליון של זכויות היסוד"³⁹. השופט א' ריבלין ציין כי "חירות הביטוי היא אם החירויות. היא גם השברירה שבהן. היא הראשונה להיפגע אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה. עמה יחד נופלות החירויות כולן. נפילתה מסמלת את קץ קיומו של כבוד האדם"⁴⁰.

הנה כי כן, לפנינו שרשרת ארוכה ואיתנה⁴¹ של הלכה שיפוטית – בין זו ההלכתית ובין זו המפרשת את הזכות לכבוד האדם בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – המבססת את המסורת של חופש הביטוי בישראל.⁴² היטיב להביע זאת השופט י' עמית:⁴³

"הפסיקה חזרה וקבעה כי חופש הביטוי מהווה חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד, באשר חירות הביטוי חיונית להגשמתו העצמית של האדם ומיצוי אישיותו. אוחזים אנו במסורת משפטית רבת שנים, הרואה בחופש הביטוי חירות חוקתית הנגזרת מערכיה היסודיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בין חירות הביטוי לבין הדמוקרטיה יש יחסי גומלין – הדמוקרטיה היא תנאי הכרחי לחופש הביטוי וחופש הביטוי מעניק תוכן לדמוקרטיה".

למעלה משישים שנה חלפו מאז נפסקה פרשת קול העם.⁴⁴ נראה לי כי על רקע הלכה זו ובנותיה ניתן לדבר כיום בישראל במונחים של מסורת חופש הביטוי ועל תרבות חברתית של חופש ביטוי.⁴⁵ לא עוד דינים ספורדיים בדבר חופש הביטוי, המשקפים פרשנות שיפוטית מקרית של דברי חקיקה שונים ובלתי קשורים זה בזה. נראה לי כי אפשר לדבר

37 פרשת אונגרפלד, לעיל ה"ש 32, בפס' ג' לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין. ראו גם רע"פ 10462/03 הראר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 90, 70 (2005).

38 ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פס' 13 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 4.8.2008).

39 פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 32, בפס' 66 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

40 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 28, בפס' 10 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

41 ראו פרשת בן חורין, לעיל ה"ש 32, בפס' 5 לפסק הדין של השופט נ' הנדל ("מעמדו האיתן של חופש הביטוי מימים ימימה").

42 ראו אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223 (1996).

43 פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 32, בפס' 4 לפסק הדין של השופט י' עמית.

44 לעיל ה"ש 2. על פרשה זו ראו להב, לעיל ה"ש 1; אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול-העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129 (1986).

45 ראו ברק "המסורת של חופש הביטוי", לעיל ה"ש 42, בעמ' 229. לביקורת גישה זו, ראו עלי ולצברגר ופניה עוז-זלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" שקט, מדברים! 27 (2006).

בישראל על "סטטוס" משפטי של חופש ביטוי ועל "מוסד" חברתי של חירות הביטוי.⁴⁶ מהם הטעמים המונחים ביסוד מסורת זו? ומהו היקפה? לשאלות אלה נפנה עתה.

ג. הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי

1. הטעמים לחופש הביטוי כזכות עצמאית

(א) בסיס אידאולוגי רחב

פרשת קול העם⁴⁷ והפסיקה שלאחריה ניתחו בהרחבה את הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי ואת הביקורת עליהם.⁴⁸ היו אלה הטעמים המצדיקים את ההלכה השיפוטית של חופש הביטוי. עיון במשפט המשווה מלמד כי טעמים אלה מונחים גם בבסיס זכות חוקתית עצמאית לחופש ביטוי.⁴⁹ אעמוד על טעמים אלה. יהא עלינו לבחון עד כמה טעמים אלה מונחים גם בבסיס הזכות החוקתית לחופש הביטוי בישראל, וזאת על רקע ייחודה של זכות חוקתית זו, שאינה זכות עצמאית אלא זכות־בת הנגזרת מהזכות החוקתית העצמאית לכבוד האדם.

בית המשפט העליון קבע כי "הצידוק לחופש הביטוי הוא מורכב ומשולב",⁵⁰ ויש להעמידו "על בסיס אידאולוגי רחב".⁵¹ "הרציונלים לחירות זו, שורשיה רבים ומגוונים".⁵² "הטעמים ביסוד ההגנה על חופש הביטוי רבים הם".⁵³ "חופש הביטוי מבוסס על מספר

46 ראו ברק "המסורת של חופש הביטוי", לעיל ה"ש 42, בעמ' 228.

47 לעיל ה"ש 2.

48 לסקירתם של טעמים אלה, ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב 999 (מהדורה חמישית מורחבת, 1996); אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377 (1997); זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 45; גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 895 (2001); ראו שגב חופש הביטוי: הצדקות וסייגים (2008) (בהדרכת מ' קרמניצר).

49 ראו THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION (1970); FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY (1982); LEE C. BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY (1988); KENT GREENAWALT, SPEECH, CRIME AND THE USES OF LANGUAGE (1989); EDWARD J. EBERLE, DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES (2002); ETERNALLY VIGILANT: FREE SPEECH IN THE MODERN ERA (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2002); ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH (2nd ed., 2005); STEVEN HEYMAN, FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY (2008).

50 בג"ץ 399/85 כהנא נ' רשות השידור, פ"ד מא(3) 272, 255 (1987) (השופט א' ברק).

51 פרשת לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 398 (השופט א' ברק).

52 פרשת קורן, לעיל ה"ש 28, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

53 פרשת בן נתן, לעיל ה"ש 32, בפס' 24 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

הגיונות".⁵⁴ בצדק ציין המשנה לנשיאה א' ריבלין כי "אין בנמצא תיאוריה אחת, הנוגעת לחופש הביטוי, ואשר זוכה להכרה אוניברסלית. תחתיה מצויות תפישות עולם שונות המתייחסות לשאלה מדוע יש לראות בחופש הביטוי זכות יסוד. לתיאוריה חשיבות של ממש. בחירה באחת מן התיאוריות הנפרדות עשויה לקבוע את מידת ההגנה המוענקת לחופש הביטוי ואת היקפה".⁵⁵

קיימים אפוא כמה הסברים לחופש הביטוי. בבסיס מונחים שלושה הסברים עיקריים, ואלה הם: הצורך לחשוף את האמת, הבטחת המשטר הדמוקרטי והגשמתו העצמית של האדם. לעתים קרובות מובאות שלוש הצדקות אלה, זו בצד זו, לביסוסו של חופש הביטוי.⁵⁶ הדבר נעשה כדי לחזק את חופש הביטוי. עם זאת לעתים שלוש ההצדקות מתנגשות זו בזו. למשל, הגשמתו העצמית של הדובר עשויה להתנגש עם הבטחת המשטר הדמוקרטי. פתרון ההתנגשות איננו בהרחקתו של השיקול שידו על התחלונה. הפתרון איננו בצמצום היקפו של חופש הביטוי. הפתרון הוא באיזון בין הטעמים המתנגשים.⁵⁷ איזון זה אינו מוצא את ביטויו בקביעת היקפה של הזכות לחופש הביטוי. איזון זה מוצא את ביטויו במידת ההגנה הניתנת לחופש הביטוי. אכן, כשם שהתנגשות בין זכות־הבת לחופש הביטוי לבין זכות־הבת לשם הטוב אינה משנה את היקפה של זכות־האם לכבוד האדם, כך ההתנגשות בין העקרונות המונחים ביסוד זכות־הבת לחופש הביטוי אינה מצמצמת את היקפה של זכות זו. מגילת זכויות עשויה כמובן לגרוס כי סוגים מסוימים של ביטוי אינם ראויים להיכלל בגדרי חופש הביטוי. הדרך הראויה להשגתה של מטרה זו היא בקביעת הוראה מפורשת בעניין זה. כך נוהגת למשל חוקתה של דרום־אפריקה. בצד הוראה כללית באשר לחופש הביטוי⁵⁸ מצויה הוראה מיוחדת, שלפיה:⁵⁹

"The right in subsection (1) does not extend to

- a. propaganda for war;
- b. incitement of imminent violence; or

54 פרשת כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 550 (הנשיא מ' שמגר).

55 פרשת דיין־אורבך, לעיל ה"ש 32, בפס' 61 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

56 ראו פרשת סטיישן פילם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 675; פרשת לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 398; פרשת ראם מהנדסים, לעיל ה"ש 10, בעמ' 201; פרשת ש.י.ן., לעיל ה"ש 24, בעמ' 82; פרשת הראר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 90; פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 780 (השופטת מ' נאור), בעמ' 808 (הנשיאה ד' ביניש) ובעמ' 853 (השופטת א' פרוקצ'יה); פרשת נודלמן, לעיל ה"ש 38, בפס' 12–13 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל. ראו גם אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" מבחר כתבים כרך א 509 (2000).

57 השוו פרשת סנש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 828.

58 ראו סעיף 16(1) לחוקה של דרום־אפריקה (1996).

59 סעיף 16(2) לחוקה של דרום־אפריקה. ראו גם Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority, 2002 (4) SA 294 (CC) (S. Afr.).

- c. advocacy of hatred that is based on race, ethnicity, gender or religion, and that constitutes incitement to cause harm”.

עמדנו על שלושה טעמים המצדיקים את חופש הביטוי. נעמוד על כל אחד מהם בקצרה.

(ב) חשיפת האמת

הטעם הראשון המונח ביסוד חופש הביטוי הוא הצורך לחשוף את האמת. על טעם זה עמד השופט ש' אגרנט בפרשת קול העם:⁶⁰

”ביסודו של דבר, כל התהליך הנזכר אינו אלא תהליך של בירור האמת, למען תשכיל המדינה לשים לפניה את המטרה הנכונה ביותר ותדע לבחור את קו הפעולה העשוי להביא להגשמת מטרה זו בדרך היעילה ביותר. והנה, לשם בירור אמת זו משמש העקרון של הזכות לחופש הביטוי אמצעי ומכשיר, הואיל ורק בדרך של ליבון 'כלי' ההשקפות והחלפה חפשית של 'כלי' הדעות עשויה אותה 'אמת' להתבהר.”

ביסוד טעם זה מונחת הגישה כי “יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. תחרות זו – ולא הכתבה 'מגבוה' – היא שתביא בסופו של דבר, לחשיפת האמת.”⁶¹ [...] מבחנה של האמת אינו בכוח השלטוני הניצב לצדה אלא בכוחה הפנימי לשכנע.”⁶² “אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המנורה הוא השוטר היעיל ביותר.”⁶³ “חופש הביטוי [...] נועד להביא לזרימה מלאה ושלמה של מידע ואינפורמציה, שהיא חיונית לגיבוש דעה ועמדה במשטר דמוקרטי, ולאפשר התמודדות עם אמת ושקר.”⁶⁴ “בחברה חופשית – אחדות הדעות היא נטל. כפייתה של השקפה אחת יחידה – שומטת את בסיס החופש מתחת רגליה של חברה. האחדות אינה אחידות, השקט אינו חופש והדומיה אינה הרמוניה. האחדה כפויה של הדעות השונות 'כמוה כדומיית בית הקברות'.”⁶⁵ “כאשר הכל גלוי והכל חשוף, האמת תנצח את

60 לעיל ה"ש 2, בעמ' 877 (ההדגשות במקור). לניתוח טעם זה ולביקורת טעם זה ראו פסח, לעיל ה"ש 48, עמ' 897.

61 בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד מג(2) 22, 33 (1989) (השופט א' ברק).

62 פרשת בג"ץ 399/85 כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 272 (השופט א' ברק).

63 LOUIS D. BRANDEIS, OTHER PEOPLE'S MONEY AND HOW THE BANKERS USE IT 92-109 (1914).

64 המצוטט בבג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 364 (1990).

65 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, עמ' 853 (השופט א' פרוקצ'יה). ראו גם פרשת

אונגרפלד, לעיל ה"ש 32, פס' 28 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה.

65 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 28, פס' 16 לפסק הדין של השופט א' ריבלין.

השקר".⁶⁶ "רק במסגרת של 'שוק פתוח' של ביטויים, נבחנות תפישות, דעות וטענות שונות, האחת מול רעותה. לאחר שישקע אבק הקרבות בין התפיסות והדעות המנוגדות, תשרוד הטובה מביניהן. כך גם ביחס לטענות עובדתיות סותרות – בשיח ציבורי פתוח וחופשי, קיים סיכוי טוב שהאמת היא שתגבר בסופו של יום".⁶⁷

(ג) הבטחת המשטר הדמוקרטי

הטעם השני המונח ביסוד חופש הביטוי מתבסס על המשטר הדמוקרטי. עמד על כך השופט ש' אגרנט בפרשת קול העם בציינו כי "העקרון של חופש הביטוי הוא עקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי".⁶⁸ הביע זאת הנשיא מ' שמגר, בציינו:⁶⁹

"חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. השמעת הדעות החופשית והחלפת הדעות הבלתי מוגבלת בין איש לרעהו הן בגדר תנאי־שאינן־בלעדיו לקיומו של המשטר המדיני והחברתי, בו יכול האזרח לשקול, תוך לימוד הנתונים וללא מורא, מה דרוש, לפי מיטב הבנתו, למען טובתם ורווחתם של הכלל ושל הפרט, ואך יובטח קיומם של המשטר הדמוקרטי ושל המסגרת המדינית אשר בתוכה הוא פועל. [...] התהליך הדמוקרטי מותנה כאמור, באפשרות לקיים ליבון גלוי של הבעיות, העומדות על סדר יומה של המדינה, ולהחליף דעות עליהן בצורה חופשית. [...] התהליך של השמעת דעות והחלפת דעות מקוים, בין היתר, כדי לעצב דמותם של מוסדות השלטון ולהתוות דרכיהם, ואחת לתקופה מוגדרת הוא מקדם את בחירת חבריהם ומסייע בהכרעה לגביהם".

ידועים דבריו של השופט מ' לנדוי שלפיהם "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה".⁷⁰ אכן, "אם טיעון האמת בא לגלות את האמת, הרי הטיעון הדמוקרטי בא לשתף את כל בני הציבור באמת זו, כדי שיוכלו לכוון את עתידה של החברה [...] החלפה חופשית ולא מוכתבת מהשלטון של מידע, דעות והשקפות, תוך ניסיון לשכנוע הדדי, היא תנאי חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי, המבוסס על שלטונו

66 פרשת בן נתן, לעיל ה"ש 32, פס' 24 לפסק הדין של השופט י' דנציגר. ראו גם פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 272.

67 פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 32, בפס' 17 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

68 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 876. לניתוח טעם זה ולביקורת עליו ראו פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 32, בעמ' 381; פסח, לעיל ה"ש 48, בעמ' 901.

69 בג"ץ 372/84 קלופר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה (3) 233, 238 (1984). ראו גם פרשת דיין-אורבך, לעיל ה"ש 32, בפס' 62 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

70 פרשת אולפני הסרטה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2416.

של העם, על־ידי העם למען העם. [...] בלא חופש הביטוי, הדמוקרטיה מאבדת את נשמתה".⁷¹ "אין חופש ביטוי ללא דמוקרטיה ואין דמוקרטיה ללא חופש ביטוי".⁷² אכן, "חופש הביטוי מהווה אבן יסוד בהליכי המשטר הדמוקרטי, הבנויים על זרימה חופשית של דעות, רעיונות ואמונות. חירות הביטוי היא 'סם החיים' של הדמוקרטיה. בלעדיה, משטר של שלטון חופשי, המבוסס על בחירה חופשית לא ייכון".⁷³ "רק כאשר יתקיים שיח חופשי ופתוח, יכול הציבור לגבש את עמדותיו וליצוק באופן מושכל תוכן למונח 'רצון העם'".⁷⁴ "התפיסה היא כי באמצעות החלפת דעות ומידע באופן חופשי – ובפרט מידע אודות רשויות השלטון ופעולותיו – יוכל הציבור לגבש עמדות בנושאים העומדים על סדר היום ולהפעיל ביקורת ופיקוח אפקטיביים על רשויות השלטון. התפיסה היא כי רק באמצעות שמירה על זכות הציבור לדעת ולהחליף דעות באופן חופשי ישמר שלטון העם".⁷⁵

חופש הביטוי תורם ליציבות החברתית ומכאן גם למשטר הדמוקרטי. "בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטויו במשא ולא במעש. הקיטור החברתי מוצא ביטויו במסלול השקט של הביטוי, ולא במסלול האלים של המעשים. החברה שלעתים שוקטת היא על השמרים ואינה צופה את פני הרעה המתפרצת מהמסתור מכינה עצמה לקראת הבאות, בהיותה מודעת לסכנות שחופש הביטוי חושפן בגלוי".⁷⁶ חופש הביטוי הוא "התחליף הטוב ביותר לנקיטה בצעדים אלימים ובלתי־דמוקרטיים ששיטתנו שוללת מכל־וכל. הביטוי הוא שסתום רב־עוצמה העוצר בעד האלימות הפיזית מלהתפרץ. מטעם זה, אף מגשים חופש הביטוי את האינטרס בשמירה על יציבות החברה והמשטר".⁷⁷ חופש הביטוי קשור בקשר הדוק לקיומן של בחירות, המאפשרות לכל אדם להכריע בין הדעות השונות. קשה לתאר הליך בחירות דמוקרטי בלא הבטחת חופש ביטוי.

הטיעון בדבר הדמוקרטיה חושף את הקשר בין חופש הביטוי לבין הסובלנות החברתית. משטר דמוקרטי מבוסס על סובלנות.⁷⁸ "זו סובלנות למעשי הזולת ולדעותיו. זו סובלנות גם כלפי חסר הסובלנות. בחברה פלוראליסטית כשלנו הסובלנות היא הכוח המאחד אותנו

71 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 274. ראו גם בג"ץ 869/92 זוילי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש־עשרה, פ"ד מ(4) 706, 692 (1992); פרשת סטיישן פילם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 675.

72 פרשת כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 550 (הנשיא מ' שמגר).

73 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 853 (השופט א' פרוקצ'יה). ראו גם דנ"פ אונגרפלד, לעיל ה"ש 32, בפס' 18 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה.

74 פרשת דייץ־אורבך, לעיל ה"ש 32, בפס' 17 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

75 פרשת בן נתן, לעיל ה"ש 32, בפס' 24 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

76 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 276.

77 פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 28, בפס' 17 לפסק הדין של השופט א' ריבלין. ראו גם פרשת בן נתן, לעיל ה"ש 32, בפס' 24 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

78 על הסובלנות, ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטיה 156 (2004).

והמאפשר לנו חיים משותפים. [...] חופש הביטוי מגביר את הסובלנות ומחזק את הדמוקרטיה".⁷⁹

(ד) הגשמתו העצמית של האדם

הטעם השלישי המונח ביסוד חופש הביטוי קשור להגשמתו העצמית של האדם – הדובר והשומע גם יחד.⁸⁰ השופט ש' אגרנט עמד על טעם זה בפסק דינו בפרשת קול העם:⁸¹

"חשיבותו של העקרון נעוץ גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לעניינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות; לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו. בקיצור – להגיד את אשר בליבו, כדי שהחיים יראו כדאיים בעינו [...]. למעשה, מבחינת המגמה של קיום אינטרס מיוחד זה משמשת הזכות לחופש הביטוי לא רק אמצעי ומכשיר כי אם גם מטרה בפני עצמה, באשר הצורך הפנימי שמרגיש כל אחד לתת ביטוי גלוי להרהוריו הוא, הוא מתכונותיו היסודיות של אדם".

בפרשת כהנא עמד בית המשפט העליון על טיעון זה:⁸²

"רק בהבטחתו 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. צורך זה אינו רק הצורך של הדובר. זהו גם צורך של השומע, ועל כן גם של הציבור. הרחב".

בית המשפט העליון ציין בפרשת כהנא כי "טיעון זה מקשר את חופש הביטוי אל כבוד האדם ואל חירויות אחרות – כגון חירות המצפון והדת – אך הוא גם מעמיד את חופש הביטוי על רגליו שלו. מטבעו של האדם, שהוא מגשים את עצמו על ידי מתן ביטוי

79 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 277. ראו גם פרשת דייך-אורבך, לעיל ה"ש 32, בפס' 62 לפסק הדין של המשנה לנשיא א' ריבלין. ראו גם Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society* (1986), Barendt; לעיל ה"ש 49.

80 ראו פסח, לעיל ה"ש 48, בעמ' 910.

81 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 878 (השופט ש' אגרנט).

82 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 273 (השופט א' ברק).

לעצמו".⁸³ הגשמה זו היא הן הגשמתו של היוצר והן הגשמתו של השומע והצופה. בפרשת גולן שאל השופט א' מצא "מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?"⁸⁴ בפרשת קראוס עמד השופט מ' חשין על הצורך הפנימי של כל אדם "להתבטא, לְבַר הֵינו חֶזֶק-מְכַל-חֶזֶק, ואם ינסו לסכור פיו של אדם, בכל-זאת ימצא את דרכו להתבטא. קרא לכך הגשמה עצמית, קרא לכך אוטונומיה של היחיד, קרא לכך חופש הפרט, קרא אשר תקרא; הצרכים הנפשי והפיזיולוגי הם אבות הצורך להתבטא, הם אבות חופש הביטוי. צורך נפש זה, הצורך של כל אדם לבטא עצמו, החברה מצאה לנכון – ובצדק – לעטוף אותו בזכות משפטית. המשפט הולך בעקבות טבע האדם".⁸⁵ בפרשת בן גביר השופטת א' פרוקצ'יה ציינה כי "במישור הפרטי נתפסת זכות האדם לחופש ביטוי כחלק מכבוד האדם. ההגנה החוקתית הניתנת לו מבטיחה את חירותו האישית של הפרט לפתח את אישיותו, ולהביע את השקפת עולמו ואת תפיסתו הרעיונית. קיומה חיוני להגשמתו העצמית של האדם ומיצוי אישיותו".⁸⁶ הנשיאה ד' ביניש ציינה בפרשת משי זהב כי חופש הביטוי והזכות להפגין "הם חלק מההכרה בערכו של האדם באוטונומיית־הרצון שלו ובזכותו לפתח ולהביע את אישיותו ואת השקפותיו".⁸⁷ בפרשת המפקד הלאומי קבעה השופטת מ' נאור כי הכללים של הרשות השנייה באשר לפרסומים "[...] פוגעים באותם זכויות וערכים העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי בחופש הבחירה ובחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי".⁸⁸ באותה פרשה ציינה הנשיאה ד' ביניש כי "חופש הביטוי הפוליטי קשור קשר ענייני הדוק לכבוד האדם שבבסיסו מונחים אוטונומיית הרצון וחופש הבחירה של הפרט".⁸⁹ השופטת א' פרוקצ'יה כתבה באותה פרשה כי "חופש הביטוי נועד לאפשר לאדם לבטא את רוחו ולפתח את אישיותו ועצמיותו בחברה פתוחה וחופשית".⁹⁰ בדיון הנוסף בפרשת אונגרפלד ציין המשנה לנשיא א' ריבלין כי לחופש הביטוי "נודעת לו חשיבות עצומה גם עבור הפרט, שכן ביטוי עצמי הוא בלתי נפרד מן ההגשמה העצמית של האדם, וצורך אנושי משמעותי".⁹¹ באותה פרשה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי הזכות לחופש הביטוי "נועדה להבטיח את זכות הפרט לבטא בחופשיות את

83 ש.ם.

84 פרשת גולן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 157.

85 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 77 (1998).

86 ש.ם, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

87 פרשת משי זהב, לעיל ה"ש 28, בפס' 9 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

88 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 764.

89 ש.ם, בעמ' 808.

90 ש.ם, בעמ' 853.

91 פרשת אונגרפלד, לעיל ה"ש 32, בפס' 7 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

דעותיו, רגשותיו, וביקורתו על מהלכי השלטון, כחלק מהאוטונומיה האישית הנתונה לו".⁹² בפרשת דיין־אורבך ציין השופט ע' פוגלמן כי אחת מהצדקות להגנה החוקתית על חופש הביטוי רואה בחופש הביטוי "חלק מכבוד האדם וזכותו לאוטונומיה. חופש הביטוי מאפשר לפרט להגשים את עצמו, להביע את דעותיו, להביא לידי ביטוי את תכונותיו האישיות, לחדד את רעיונותיו ולפתח את אישיותו. הדגש הוא על הביטוי כתכלית בפני עצמו".⁹³ באותה פרשה ציין השופט י' עמית כי "חופש הביטוי מהווה חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם, באשר חירות הביטוי חיונית להגשמתו העצמית של האדם ומיצוי אישיותו".⁹⁴

2. הטעמים המונחים ביסוד זכות־הבת לחופש הביטוי

(א) זכות־הבת לחופש הביטוי והגשמה עצמית של האדם

הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי מניחים זכות עצמאית – הלכתית, חקיקתית או חוקתית – לחופש ביטוי. כפי שראינו,⁹⁵ במישור החוקתי חופש הביטוי אינו זכות עצמאית. הוא זכות־בת של כבוד האדם. על רקע זה מתעוררת השאלה אם הטעמים המונחים ביסוד זכות עצמאית לחופש ביטוי זהים לטעמים המונחים ביסוד זכות־הבת לחופש הביטוי.⁹⁶ אם קיים שוני ביניהם – מהו?

דומה שלא תהא מחלוקת כי הטעם השלישי המונח ביסוד חופש הביטוי כזכות עצמאית – הגשמתו העצמית של האדם – מונח גם ביסוד זכות־הבת לחופש הביטוי. ההסבר לכך נעוץ בהיותו של טעם שלישי זה מבטא את העיקרון של כבוד האדם.⁹⁷ אכן, כבר בפרשת כהנא, שנפסקה לפני כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ציין בית המשפט העליון כי הצדקת חופש הביטוי בטעמים של הגשמה עצמית של האדם "הינו טיעון אשר מקשר את חופש הביטוי אל כבוד האדם".⁹⁸

כפי שראינו, פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל⁹⁹ קבעה כי "נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם, אשר מוצאים בחוקת שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד

92 שם, בפס' 18 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

93 פרשת דיין־אורבך, לעיל ה"ש 32, בפס' 17 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

94 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט י' עמית.

95 ראו לעיל בעמ' 712.

96 ראו אלעד פלד "האם 'ציפור נפשה של הדמוקרטיה' היא ציפור נפשו של האדם? מבט ביקורתי על עיגונו החוקתי של חופש הביטוי בפסיקה" מחקרי משפט כו 283 (2010). על הקשר בין חופש הביטוי לכבוד האדם, ראו HEYMAN, לעיל ה"ש 49.

97 לתוכנו של עיקרון זה, ראו לעיל בעמ' 245.

98 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 273 (השופט א' ברק). על מודל הביניים, ראו לעיל בעמ' 149.

99 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 27.

האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו)¹⁰⁰. אכן, הקשר הענייני ההדוק צריך להתקיים הן לעניין גרעינו של כבוד האדם (כגון הדיבור הפוליטי) והן לעניין שוליו של כבוד האדם (כגון הדיבור המסחרי). אופיו השולי של הדיבור אינו מנתק את הקשר שלו עם כבוד האדם. מכאן שאותם היבטים של חופש הביטוי כזכות עצמאית, הקשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם, נכללים בגדר זכות־הבת לחופש הביטוי. בדומה לזה, אותם היבטים של חופש הביטוי כזכות עצמאית, שאין להם "קשר ענייני הדוק" עם כבוד האדם, אינם נכללים בגדרי זכות־הבת לשם הטוב.¹⁰¹ עמד על גישה זו בית המשפט העליון בפרשת מטה הרוב:¹⁰²

"לא כל היבטיה של הזכות לחופש ביטוי נתפסים תחת הזכות החוקתית לכבוד האדם, כי אם אותם היבטים שלה הנגזרים מכבוד האדם ואשר מקיימים קשר הדוק עם 'אותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי' [...] או אותם היבטים 'החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם' [...] קביעת היקפה של הזכות לחופש ביטוי כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם צריכה להיעשות בהתאמה למוכן אותו יש ליתן למושג כבוד האדם [...] הפגנה על רקע פוליטי או חברתי היא ביטוי לאותה אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה, הנכללים במסגרת כבוד האדם כזכות חוקתית".

שאלה זו התעוררה בפרשת המפקד הלאומי.¹⁰³ השופטת מ' נאור שאלה "אם הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי מהווה פגיעה בכבוד האדם".¹⁰⁴ לאחר בחינת הפסיקה בעניין זה ציינה השופטת מ' נאור כי המסקנה העולה ממנה היא "שחופש הביטוי הפוליטי נכלל בזכות החוקתית לכבוד האדם".¹⁰⁵ השופטת מ' נאור התייחסה לפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל,¹⁰⁶ אשר עסקה ביחס שבין הזכות העצמאית לשוויון לבין כבוד האדם. היא מצטטת את אמת המידה שגובשה בפרשה זו לעניין הצורך בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו)¹⁰⁷ וקובעת:¹⁰⁸

- 100 שם, בעמ' 687.
 101 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29.
 102 פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 217 (הנשיא (בדימ') א' ברק).
 103 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29.
 104 שם, בעמ' 761.
 105 שם, בעמ' 762.
 106 לעיל ה"ש 27.
 107 ראו לעיל בעמ' 360.
 108 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 763. הציטוט הוא מפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 27, בפס' 35 לפסק דיני. לביקורת גישה זו, ולתפיסה כי חופש הביטוי נגזר מהזכות לחירות אישית ראו Carmi, לעיל ה"ש 16. ראו גם Gerald L. Neuman,

“אמת מידה זו הולמת, לדעתי, גם את היחס בין כבוד האדם זכות חוקתית לבין חופש הביטוי הפוליטי. דעתי היא כי הזכות נשוא ענייננו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה על פי תפיסתנו המשפטית ‘בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם’ שהרי: ‘מהו כבוד האדם על פי גישתו של בית המשפט העליון? [...] ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים’ [...] מתפישה זו של כבוד האדם מתבקשת המסקנה, כי חופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. [...] אכן, חופש הביטוי הפוליטי הוא מרכיב חיוני של כבוד האדם. וכאמור, נאמר כבר כי חופש הביטוי הפוליטי הוא ב‘גרעין’ הזכות לחופש הביטוי. [...] אשר לחופש הביטוי המסחרי – עניין זה כאמור לא מתעורר לשיטתי בפנינו ואשאר אותו בצריך עיון. המסקנה היא, שפגיעתם של הכללים בחופש הביטוי הפוליטי מקימה פגיעה בכבוד האדם. הכללים פוגעים באותם זכויות וערכים העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש הבחירה ובחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי [...]”

הנשיאה ד’ ביניש מצטרפת לגישה זו: 109

“חלקי עם הסבורים כי חופש הביטוי הפוליטי קשור קשר ענייני הדוק לכבוד האדם שבבסיסו מונחים אוטונומית הרצון וחופש הבחירה של הפרט. בהתאם לכך, אף אני סבורה כי חופש הביטוי הפוליטי נכלל בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם.”

השופטת א’ פרוקצ'יה הפעילה אף היא אמות מידה אלה. 110

(ב) זכות־הבת לחופש הביטוי מלבד ההגשמה העצמית של האדם

מה דין שני הטעמים האחרים המונחים ביסוד הזכות העצמאית לחופש הביטוי? האם ביטוי שנועד לחשוף את האמת ואת הבטחת המשטר הדמוקרטי מונח ביסוד זכות־הבת

Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance, 55 STAN. L. REV. 1863 (2003); Guy E. Carmi, *Dignity Versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech*, 26 B. U. INT'L L.J. 277 (2008).

109 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 808.

110 שם, עמ' 875.

לחופש הביטוי? התשובה היא כי ככל שיש בביטוי זה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם, הוא נכלל בגדר זכות־הבת לחופש הביטוי. כבוד האדם משמעותו אנושיותו של האדם כיצור חופשי המגשים את האוטונומיה של רצונו בגדרי החברה שבה הוא חי, וזאת בלא שייחפך לאמצעי בלבד להגשמת רצונו של אחר.¹¹¹ על כן נדרש כי ביסוד הטעמים האחרים של חופש הביטוי יעמוד קשר ענייני הדוק לכבוד האדם כאנושיותו של האדם. קיים, למשל, קשר ענייני ישיר בין הבטחת המשטר הדמוקרטי לבין כבוד האדם. רק במשטר דמוקרטי יכול הפרט לבטא את אישיותו כאדם. מכאן הקשר ההדוק שבין חופש הביטוי כחלק מכבוד האדם לבין הליך הבחירות, שבו ניתנת לכל פרט היכולת לקבל החלטה מושכלת על בסיס מידע המוצג לפניו. עם זאת עשויים להיות היבטים של הבטחת המשטר הדמוקרטי שלא יקיימו את הדרישה של קשר ענייני הדוק בין הטעמים המונחים ביסוד הביטוי לבין כבוד האדם. זהו הדין למשל כאשר יש לבחור בשיטת הצבעה רובית או יחסית. נראה כי הקשר בין בחירה זו לבין כבוד האדם אינו קשר ענייני ישיר לכבוד האדם.

ד. האופי היחסי של זכות־הבת לחופש הביטוי

חשיבות רבה מייחס המשפט החוקתי הישראלי – ההלכתי והחרוט – לחופש הביטוי. כפי שנראה,¹¹² היקפו של חופש הביטוי הוא נרחב. עם זאת הזכות לחופש הביטוי – ככל זכות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו¹¹³ וככל זכות־בת לכבוד האדם – אינה זכות מוחלטת.¹¹⁴ היא זכות יחסית. אפשר להגבילה¹¹⁵ והוראות פסקת ההגבלה חלות בה. אכן, רוחבה של הזכות לחופש הביטוי, המשתרע על "כל פעילות המבקשת להעביר מסר או מובן",¹¹⁶ מביא לידי כך שלעניין חופש הביטוי הבחינה החוקתית המרכזית מתמקדת בחוקתיות ההגבלה על חופש הביטוי. חוק המגביל צורות ביטוי מסוימות עובר לרוב את שלב הבחינה החוקתית הראשון ("האם נפגעה זכות חוקתית"), והדיון נערך בשלב השני של הבחינה החוקתית ("האם הפגיעה מוצדקת").¹¹⁷

- 111 ראו אהרן ברק "כבוד האדם: ניתוח חוקתי־השוואתי" ספר לבונטין 37 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים, 2013).
- 112 ראו להלן בעמ' 735.
- 113 ראו לעיל בעמ' 368.
- 114 על ההבחנה בין זכות חוקתית מוחלטת לזכות חוקתית יחסית, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט 53 (2010). על חופש הביטוי כזכות יחסית ראו ע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, 777 (2004); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פס' 11 לפסק הדין של הנשיא א' ברק (פורסם בנבו, 20.6.2006).
- 115 ראו לעיל בעמ' 369.
- 116 פרשת סטיישן פילם, לעיל ה"ש 1, עמ' 676 (הנשיא א' ברק). ראו גם להלן בעמ' 735.
- 117 על שלבי הבחינה החוקתית, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 114, בעמ' 51.

לא פעם נמצא שופטים החלוקים בדעותיהם באשר ליחס הראוי לחופש הביטוי.¹¹⁸ ברוב רובם של המקרים¹¹⁹ המחלוקת אינה בשאלת ההיקף של חופש הביטוי. המחלוקת מתמקדת בשאלת הצידוק להגבלתו של חופש הביטוי. המחלוקת עוסקת במשקל שיש ליתן לחופש הביטוי ביחס לזכויות האחרות או לאינטרס הציבורי שעמם הוא מתנגש.

ה. חופש הביטוי – זכות כנגד המדינה

זכות־הבת לחופש הביטוי חלה ביחסים שבין הפרט לבין רשויות השלטון. היא חלה ביחס האנכי בלבד. אין לה תחולה ביחסים שבין פרט לפרט. היא אינה חלה ביחס האופקי. מצב דברים זה מאפיין את כל הזכויות העצמאיות המעוגנות בחוק־היסוד.¹²⁰ ממילא מאפיין מצב דברים זה את הזכות לכבוד האדם ואת כל זכויות־הבת הנגזרות ממנה. זכות־הבת לחופש הביטוי אינה חריג לכך.

אין מתבקשת מכאן המסקנה כי ביחסים בין פרטים אין לפרט אחד זכות לחופש ביטוי כלפי פרט אחר. זכות כזו קיימת. היא מעוגנת במשפט התת־חוקתי (החוק או ההלכה הפסוקה). במשפט תת־חוקתי זה מאזנות רשויות השלטון – בין הרשות המחוקקת (בחקיקתה), בין הרשות המבצעת (בחקיקת המשנה שלה) ובין הרשות השופטת (במשפט המקובל נוסח ישראל) – את זכותו של הפרט כלפי רשויות השלטון לחופש ביטוי כנגד זכותם של פרטים אחרים כנגד רשויות השלטון לשם טוב, לפרטיות וכיוצא בהן זכויות־אם וזכויות־בת חוקתיות. איזון זה הוא חוקתי אם הוא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.¹²¹ עולה מהאמור כי היקף זכותו של הפרט לחופש ביטוי כנגד המדינה מקיף מזכותו של הפרט לחופש ביטוי כנגד פרט אחר.¹²²

118 ראו חילוקי הדעות באשר ליחס שבין חופש הביטוי לשם הטוב: פרשת קראוס, לעיל, ה"ש 85; פרשת סגש, לעיל ה"ש 11; פרשת רשת שוקן, לעיל ה"ש 19; פרשת ביטון, לעיל ה"ש 19. חופש הביטוי ופורנוגרפיה: פרשת סטיישן פילם, לעיל ה"ש 1; פרשת ש.י.ן., לעיל ה"ש 24. חופש הביטוי המסחרי: פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3.

119 חריגה היא המחלוקת באשר להסתה לגזענות: ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996), ובאשר להיקפו של הביטוי הפוליטי בפרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29. לדעת השופטת א' פרוקציה, הכללים שנדונו באותה פרשה האוסרים על פרסומת פוליטית אינם פוגעים בחופש הדיבור; שם, בעמ' 856.

120 ראו לעיל בעמ' 387.

121 ראו לעיל בעמ' 368.

122 ראו לעיל בעמ' 387.

ו. חופש הביטוי – זכות שלילית וזכות חיובית**1. ההבחנה בין הזכות החיובית לזכות השלילית**

בגדריו של אגד הזכויות המהווה את משפחת חופש הביטוי מסתודדות זכויות שליליות וחיוביות כאחת.¹²³ חופש הביטוי משתרע הן על חובתן של רשויות השלטון לא לפגוע בו (ההיבט השלילי) והן על חובתן לעשות פעולות להגשמתו (ההיבט החיובי). עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת מטה הרוב:¹²⁴

”חובתה של המדינה להגן על הזכות החוקתית לחופש ביטוי ולהפגנה היא בעלת שני פנים. ראשית, מוטלת על המדינה החובה שלא לפגוע בזכותו של אדם לחופש ביטוי ולהפגנה, כגון על-ידי הטלת איסור על יכולתו לממש את זכותו. זהו ההיבט ה'שלילי' (ה- status negativus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ('אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם'). שנית, מוטלת על המדינה החובה להגן על הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה. זהו ההיבט ה'חיובי' (ה- status positivus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ('כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו'). בענייננו, משמעותה של החובה החיובית מתבטאת בחובתה של המדינה להקצות, בגבולות הסביר ובהתחשב באמצעים העומדים לרשותה ובסדרי העדיפויות שייקבעו על-ידה, את המשאבים הנדרשים על מנת לאפשר את מימושה של הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה.”

ברוח דומה ציינה הנשיאה ד' ביניש בפרשת חסן:¹²⁵

”[...] כך גם באשר לזכויות אזרחיות־פוליטיות קלאסיות אחרות, כמו הזכות לחופש ביטוי. לשם מימושה של הזכות נדרשת המדינה להגן על כל מי שנושא דברים שאינם לרוחו של הציבור, ועשוי להיות מותקף או מאוים בשל דבריו. לפיכך נדרשת המשטרה להקצות משאבים ציבוריים לצורך אבטחת הפגנות ומצעדים ולצורך הגנה על חופש הביטוי של אישי ציבור ודמויות פוליטיות, כדבר שבשגרה. זאת, גם כשהמדינה עצמה לא הטילה איסור על הבעת הדעה, אף לא התערבה או חיבלה בביטויה.”

123 להבחנה זו, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 114, בעמ' 513. ראו גם לעיל בעמ' 351.

124 פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 218 (הנשיא (בדימ') א' ברק).

125 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 28 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012).

על כן מוטלת החובה על רשויות השלטון (המשטרה בהקשר שלפנינו) "לאפשר את מימושה של זכות ההפגנה על ידי אבטחתה ושמירת הסדר הציבורי במהלכה".¹²⁶ אכן, חופש הביטוי אינו רק הדרישה שלפני רשויות השלטון שלא להפריע ולא להתערב; חופש הביטוי הוא גם הדרישה כלפי רשויות השלטון לסייע, לעזור, לפתח ולהגשים את חופש הביטוי. "בתחום חופש הביטוי עשויים להיות מצבים שבהם נדרשת מהמדינה גם פעולה אקטיבית כדי לאפשר מימוש של חופש זה על ידי האזרחים. תחום אמצע התקשורת המודרניים עשוי לשמש כדוגמא טובה לכך".¹²⁷ "לשם מימושה של הזכות [לחופש הביטוי – א"ב] נדרשת המדינה להגן על מי שנושא דברים שאינם לרוחו של הציבור, ועשוי להיות מותקף או מאוים בשל דבריו. לפיכך, נדרשת המשטרה להקצות משאבים ציבוריים לצורך אבטחת הפגנות ומצעדים ולצורך הגנה על חופש הביטוי של אישי ציבור ודמויות פוליטיות, כדבר שבשגרה. זאת, גם כשהמדינה עצמה לא הטילה איסור על הבעת דעה, אף לא התערבה או חיבלה בביטוייה".¹²⁸ המדינה אינה רק "אויב" שיש להבטיח כי לא יפגע בחופש הביטוי. המדינה היא גם "ידיד" שיש להבטיח כי יגן על חופש הביטוי.¹²⁹ אם המדינה אינה מגשימה את חובתה החיובית, היא פוגעת בכך בחופש הביטוי. פגיעה זו יכולה להיות חוקתית אם היא ממלאת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.¹³⁰

2. ההיבט השלילי של חופש הביטוי

ההיבט השלילי של חופש הביטוי מוצא ביטוי בחירות הכללית של כל אדם להביע דעתו.¹³¹ חירות זו נפגעת אם החקיקה דורשת רישיון לקיים הפגנה או תהלוכה או רישיון להוציא עיתון. כאשר שר הפנים סוגר עיתון, אם זמנית ואם בדרך קבע, הוא פוגע בחופש הביטוי.¹³² כאשר לא ניתן רישיון לקיום הפגנה,¹³³ תהלוכה,¹³⁴ הוצאת עיתון, הצגת סרט,¹³⁵

- 126 פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 219 (הנשיא (בדימ') א' ברק).
- 127 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 856 (השופטת א' פרוקצ'יה).
- 128 פרשת חסן, לעיל ה"ש 125, בפס' 28 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.
- 129 Owen M. Fiss, *Why the State?*, 100 HARV. L. REV. 781 (1987); OWEN M. FISS, *THE IRONY OF FREE SPEECH* 19 (1996).
- 130 לתחולתה של פסקת ההגבלה לעניין הזכויות החיוביות, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 114, בעמ' 513, 522.
- 131 על חירות כללית זו, ראו לעיל בעמ' 338.
- 132 ראו פרשת קול העם, לעיל ה"ש 2.
- 133 ראו פרשת דיין, לעיל ה"ש 19.
- 134 ראו פרשת לוי, לעיל ה"ש 5.
- 135 ראו פרשת אולפני הסרטה, לעיל ה"ש 1; פרשת *Universal City*, לעיל ה"ש 61; פרשת לאור, לעיל ה"ש 8; פרשת סטיישן פילם, לעיל ה"ש 1.

הצגת מידע¹³⁶ או תצוגה¹³⁷ וכיוצא באלה פעולות המממשות את חופש הביטוי, נפגע חופש הביטוי. כאשר ניתן צו איסור פרסום,¹³⁸ או צו לסגירת דלתות בית המשפט¹³⁹ באופן שהעיתונות אינה יכולה לדווח על המתרחש בבית המשפט, נפגע חופש הביטוי. כאשר נדרש כי ביטוי מסוים ייעשה בשפה פלונית ולא באלמונית, נפגע חופש הביטוי.¹⁴⁰

3. ההיבט החיובי של חופש הביטוי

בהיבט היסטורי, ביסוד חופש הביטוי הונחה החירות של הפרט – ה־liberty שלו במינוחו של הוהפלד¹⁴¹ – להתבטא אם לאו. זוהי ביסודה זכות שלילית. בצד זכות שלילית זו מוכרת במשפט המשווה גם זכות חיובית לחופש ביטוי.¹⁴² כנגדה עומדת חובתה של המדינה להגן על חופש הביטוי. עמדנו על כך שחופש הביטוי – כזכות־בת של כבוד האדם – היא לא רק זכות שלילית אלא גם זכות חיובית.¹⁴³ פרשת מטה הרוב¹⁴⁴ היא דוגמה לכך. אכן, זכות ההפגנה – כזכות־נכדה של כבוד האדם וכזכות־בת של זכות־הבת לחופש הביטוי¹⁴⁵ – היא דוגמה לזכות חיובית. על המדינה לאפשר שימוש ברחובות לשם הפגנה,

- 136 ראו בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157 (2003).
- 137 ראו בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683 (1991).
- 138 ראו בש"פ 2794/00 אלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 363 (2000); ע"א 4963/07 ידיעות אחרונות בע"מ נ' פלוני, פס' 7 לפסק הדין של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.2.2008).
- 139 ראו 3007/02 יצחק נ' מוזס, פ"ד נו(6) 592, 598 (2002); ע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, 111 (2004); ע"פ 11793/05 חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 5.4.2006); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012); ע"פ 10994/08 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פס' 46 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (14.5.2009); בש"פ 9773/09 ידיעות אחרונות בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 27.1.2010).
- 140 ראו פרשת ראם מהנדסים, לעיל ה"ש 10; בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 303 (2002). ראו גם Barendt, לעיל ה"ש 49, בעמ' 38.
- 141 ראו Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913).
- 142 ראו Barendt, לעיל ה"ש 49, בעמ' 100.
- 143 ראו לעיל בעמ' 724.
- 144 פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 4.
- 145 אנו רואים בזכות ההפגנה נגזרת מהזכות לחופש הביטוי: ראו בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, 171 (1979). ראו גם פרשת לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 398; בג"ץ 407/80 כהן נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(4) 477, 480 (1980); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1083. ראו גם David Kretzmer, *Demonstrations and the Law*, 19 ISR. L. REV. 47, 50 (1984); דוד קרצ'מר "הזכות להפגין" עיונים בזכויות האזרח בישראל 5 (מ' ברגר עורך, התשמ"ד). כן רואים אנו בזכות ההפגנה זכות־נכדה לזכות־הבת לחופש הביטוי: ראו פרשת לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 398; פרשת דיין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 468;

ועליה לסייע לקיום ההפגנה.¹⁴⁶ דוגמה אחרת היא זכות הגישה של הציבור למידע שבידי המדינה. זוהי "זכות הציבור לדעת".¹⁴⁷ זו זכות חיובית שכנגדה עומדת החובה החוקתית של המדינה לספק מידע המצוי בידה. לעתים היא נקבעת במפורש בחוקה כחלק מהזכות העצמאית לחופש הביטוי.¹⁴⁸ בהעדר הוראה מפורשת – ובישראל, בהעדר זכות עצמאית לחופש ביטוי – אפשר להסיק כחלק מזכות־הבת לחופש הביטוי בהיבטה החיובי.¹⁴⁹ "אחת מן הזכויות המרכזיות הנגזרות מחופש הביטוי היא הזכות לדעת ולהיחשף למידע. אין לכם חופש ביטוי בלא זכות לדעת, ואין לכם זכות לדעת בלא חופש מידע".¹⁵⁰ כנגד זכותו של היחיד לקבל מידע עומדת חובתו של השלטון לספק מידע [...] מכאן חובתם של נושאי תפקידים ציבוריים ליתן מידע לבני הציבור. אכן, חובת הגילוי, הנגזרת מחופש הביטוי, אינה קשורה רק למהותו של המשטר הדמוקרטי, אלא גם – כמו עצם חופש הביטוי

פרשת טויטו, לעיל ה"ש 114, פס' 11 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה. ניתן גם לראות בזכות ההפגנה זכות־בת, הנפרדת מחופש הביטוי, וזאת לאור התכונות המיוחדות המאפיינות את הזכות לתהלוכה; ראו Orsolya Salát, *From the Mass Mind to Content Neutrality: Freedom of Assembly in Comparative Perspective* (Ph.D. Dissertation, Central European University 2012).

- 146 למשפט משווה, ראו BARENDT, לעיל ה"ש 49, עמ' 273.
- 147 דומה כי לראשונה נעשה שימוש בפסיקה בביטוי זה בפסק הדין של השופטת מ' כן-פורת בבג"ץ 259/84 מ.י.ל.ן. בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(2) 673, 684 (1984). ראו חיים פאל "זכות הציבור לא לדעת" הפרקליט לט 533, 535 (1989). ראו גם פרשת שליט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 365 ("חופש הביטוי הוא ערך מורכב [...] לשם הגשמתה של חיקות זו מעניק הדין לבעל החירות זכויות נוספות הנגזרות מהחירות [...] בין הזכויות הנוספות הללו מצויה גם 'הזכות לקבל מידע' [...] כנגד זכותו של היחיד לקבל מידע עומדת חובתו של השלטון לספק מידע") (השופט א' ברק).
- 148 ראו סעיף 1(5) לחוק־היסוד הגרמני (1949).
- 149 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1046; בג"ץ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661, 673 (1993); עע"מ 8282/02 הוצאת עיתון "הארץ" נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 465, 470 (2003). על התפתחות הפסיקה בסוגיה זו עד לחקיקתו של חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ס"ח 226, ראו ז' סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע 41 (2000). פסקי הדין העיקריים הם פרשת אולפני הסרטה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2415; בג"ץ 236/82 איגוד עיתונאי החוץ בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(2) 637 (1982); בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לו(1) 757 (1983); פרשת מ.י.ל.ן., לעיל ה"ש 147; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989); פרשת שליט, לעיל ה"ש 63; בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193 (1997); פרשת סנש, לעיל ה"ש 11.
- 150 פרשת מדינת ישראל נ' חברת החדשות, לעיל ה"ש 28, בעמ' 73 (השופט א' ריבלין); עע"מ 7024/03 גבע נ' גרמן, פס' 12 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 6.9.2006); גלאון, לעיל ה"ש 139, בעמ' 664; עע"מ 10845/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פס' 65 לפסק הדין של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 11.11.2008); עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל, פס' 47 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 23.9.2008).

עצמו – לזכותו של היחיד בחברה, כי האמת תיחשף וכי תינתן לו האפשרות להגשמה עצמית. הזכות לדעת היא לא רק זכותו של הציבור. היא גם זכותו של היחיד.¹⁵¹ גבולותיהן של הזכויות החיוביות נקבעים על פי הפירוש של זכות־הבת לכבוד האדם. למשל, בנסיבות מתאימות אפשר להסיק מחופש הביטוי זכות חיובית כנגד המדינה לסיוע כספי שיש בו כדי להגן על חופש הביטוי.¹⁵² בדומה לזה, בית המשפט הסיק מהזכות לחופש הביטוי של העיתונאי קיומה של חסינות יחסית בפני גילוי מקורות מידע.¹⁵³ גם דוקטרינת ההגינות בשידורי הרדיו והטלוויזיה¹⁵⁴ ניתנת, בתנאים מסוימים, להסקה כזכות חיובית הנגזרת מחופש הביטוי.

ז. המימוש של חופש הביטוי

בפרשת המפקד הלאומי העלתה השופטת א' פרוקצ'יה הבחנה חשובה בין היקף חופש הביטוי לבין מימושו של חופש זה. היא ציינה כי במצבים מסוימים מימושו של חופש הביטוי אינו חלק מחופש הביטוי עצמו.¹⁵⁵ באותה פרשה סירבה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו לאפשר לעותרת לפרסם תשדיר פרסומת בתשלום בעל אופי פוליטי בשידורי הרדיו. דעת הרוב באותה פרשה הייתה כי בכך נפגעה זכותה של העותרת לחופש הביטוי הפוליטי, שהיא חלק מכבוד האדם.¹⁵⁶ דעת המיעוט של השופטת א' פרוקצ'יה הייתה כי מהזכות לחופש ביטוי פוליטי אין מתבקשת הזכות לממש חופש זה באמצעות תשדירי פרסומת בתשלום בגוף תקשורת ציבורי. להבחנה העקרונית בין קיומה של הזכות החוקתית לבין דרכי מימושה כותבת השופטת א' פרוקצ'יה:¹⁵⁷

”קיומה של זכות חוקתית אין פירושה בהכרח כי כל אמצעי אפשרי למימושה נכלל בהכרח בגדרה של הזכות. כאשר מימוש הזכות בידי הפרט

151 פרשת שליט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 365 (השופט א' ברק).

152 Haig v. Canada, [1993] 2 S.C.R. 995 (Can.).

153 ראו פרשת ציטרין, לעיל ה"ש 149. ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1047.

154 על דוקטרינת ההגינות, ראו Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969).

155 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29.

156 השופטת מ' נאור סברה כי פגיעה זו בחופש הביטוי מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה, ועל כן דין העתירה להידחות. עמה הסכימו השופטים א' גרוניס וס' ג'ובראן. הנשיאה ד' ביניש סברה כי תנאיה של פסקת ההגבלה אינם מתקיימים, שכן ההגבלה על חופש הביטוי נעשתה בכללים של הרשות השנייה. אלה חקיקת משנה, אשר חוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית מחייבת שהפגיעה תהיה מפורשת. תנאי זה לא התקיים. השופטת א' חיות סברה כי חופש הביטוי הפוליטי של העותרת נפגע, וכי חוקתיותה של פגיעה זו צריכה להיקבע במסגרת פסגת ההגבלה. השופטת א' חיות הצטרפה לדעתה של הנשיאה ד' ביניש, כי דרישת ההסכמה המפורשת לא התקיימה.

157 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 856.

אינו תלוי בשיתוף הפעולה של הרשות, עולה השאלה אם כל אמצעי מימוש אפשרי של הזכות בידי הפרט נמצא בגידרה של הזכות החוקתית. שאלה זו נבחנת על ידי פרשנות תכליתית, המתחקה אחר התכלית והמטרות העומדות ביסוד הזכות ודרכי מימושה. כאשר אמצעי המימוש של הזכות תלוי בשיתוף פעולה אקטיבי של הרשות הציבורית, השאלה נעשית מורכבת יותר; נדרשת בחינה אם דרך המימוש המבוקשת של הזכות מטילה חובה חוקתית על הרשות לאפשר לפרט להגשימה, או אף מטילה עליה, במצבים מסוימים, חובה לעשות מעשה בקשר לכך. בנסיבות מתאימות, הפרשנות התכליתית עשויה להביא לתוצאה שהאמצעי למימוש חופש הביטוי שהפרט מבקש להשתמש בו, המחייב שיתוף פעולה ועשייה מצד הרשות, אינו נכלל בגבולות היקפה של הזכות החוקתית וניצב מחוצה לה.”

השופטת א' פרוקצ'יה אינה גורסת כי תוכנו של הביטוי הפוליטי הוא חלק מהיקפה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי, ואילו מימושו של חופש הביטוי מצוי מחוץ להיקפה של הזכות לחופש הביטוי. לדעתה, היבטים רבים של מימוש הזכות לחופש הביטוי הם חלק מהיקפה של הזכות עצמה. במסגרת מימוש הזכות לחופש הביטוי, הכלול בגדריה, מונה השופטת א' פרוקצ'יה את זכות הגישה לאמצעי התקשורת ואת דוקטרינת ההגיונות. שני אלה משתלבים לעיקרון אחד – הוא עקרון אפקטיביות הביטוי. חובת המדינה להבטיח את אפקטיביות הביטוי היא חלק מחובתה להגן על חופש הביטוי.¹⁵⁸

”כנגזר מחובתה של המדינה להגן על הזכויות המנויות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוטלת עליה החובה להבטיח את האפקטיביות של חופש הביטוי באמצעות איזון ראוי בהצגת הביטוי על כל גווניו.”

על רקע זה מעמידה השופטת א' פרוקצ'יה את השאלה המיוחדת ”אם, בגדר הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי, נכללת גם זכות לביטוי פוליטי במסגרת תשדירי פרסומת בתשלום. האם דרך מימוש מיוחדת זו של הביטוי הפוליטי מהווה היא חלק מהזכות החוקתית לחופש הביטוי באמצעי התקשורת הציבוריים, ונימנית עם האמצעים החוקתיים למימושה?”¹⁵⁹

תשובתה של השופטת א' פרוקצ'יה היא כי תשדירי פרסומת בתשלום אינה דרך מימוש של חופש הביטוי הפוליטי המצויה בגדרה של הזכות החוקתית לחופש ביטוי. על כן סירוב לאפשר פרסום זה אינו פוגע כלל בחופש הביטוי. הטעמים לגישתה זו הם ארבעה: ראשית, חופש הביטוי על כל גווניו, לרבות הביטוי הפוליטי, מובטח באופן רחב ומלא בחקיקה אשר

158 שם, בעמ' 855.

159 שם.

במסגרתה פועלת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו;¹⁶⁰ שנית, תשדירי פרסומת בתשלום לא באו כדי להבטיח את חופש הביטוי אלא הם גורם מימוני לצורך השלמת החסר בתקציב. בלא הסמכה בעניין זה היה אסור לרשות לקיים תשדירי פרסומת בתשלום, ועומדת לה תמיד האפשרות לבטלם. יש בכך כדי להעיד שתשדירים אלה אינם דרך מימוש של זכות ביטוי שהיא חלק מהזכות החוקתית;¹⁶¹ שלישית, רשויות התקשורת רשאיות להסדיר בשידורים את מגוון תוכני הביטוי. אין זכות קנויה לדרוש כי רשות התקשורת תקצה כמה לביטוי פוליטי בערוץ שנועד לתכלית אחת;¹⁶² רביעית, מניעת ביטוי פוליטי בתשלום שומרת על שוק הרעיונות והרוח באופן שזה אינו מתעוות בשל ממונו של בעל הדעת.¹⁶³ שיקולים אלה, עם כל חשיבותם, אין בהם לדעתי כדי להוציא את דרך המימוש של תשדירי הפרסומת בשכר מתחום חופש הביטוי. עם זאת יש בהם כדי להיות שיקולים כבדי משקל בבחינת הצידוק להגבלת חופש הביטוי בגדרי פסקת ההגבלה. אכן, במסגרת המידתיות היא מקום, בין השאר, לבחון אם השיקול הציבורי אשר "[מחייב] מתן בימת ביטוי לדעות השונות הרווחות בחברה בלא תלות וקשר לממון וליכולת כלכלית של בעלי הדעת"¹⁶⁴ אינו בעל חשיבות חברתית גדולה¹⁶⁵ מהשיקול של מניעת הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי בדרך מסחרית.¹⁶⁶

ח. חופש הביטוי – גרעין ומעטפת

בזכות החוקתית לכבוד האדם – ובכל אחת מזכויות־הבת שלה – אפשר להבחין בין גרעינה של הזכות לבין המעטפת שלה.¹⁶⁷ כשם שאנו מבחינים בין הגרעין של זכות־האם לכבוד האדם לבין המעטפת שלה, כן נבחין בין הגרעין של זכות־הבת לחופש הביטוי לבין המעטפת שלה. בשל חשיבותו של חופש הביטוי מה שמצוי בגרעינה של זכות־הבת לחופש הביטוי מצוי גם בגרעינה של זכות־האם לכבוד האדם. מה שמצוי בשוליה של זכות־הבת לחופש הביטוי מצוי גם בשוליה של זכות האדם לכבוד האדם. על כן אפשר להבחין, לעניין

160 שם, בעמ' 862.

161 שם.

162 שם, בעמ' 863.

163 שם.

164 שם, בעמ' 868.

165 על תוכנו של מבחן החשיבות החברתית בגדרי המידתיות, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 114, בעמ' 430.

166 שאלה זו נבחנה בבג"ץ 10182/03 ת.ל. חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד נט(3) 417, 409 (2004). היא נדונה בפסק הדין של השופטת א' חיות בפרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 842. ראו גם בג"ץ 7012/93 חבר הכנסת שמאי נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מח(3) 25 (1994).

167 ראו לעיל בעמ' 360. עקרונית, ייתכן שזכות־בת פלונית תהא כולה בגרעינה של זכות־האם לכבוד האדם או כולה במעטפת שלה.

זכות־הבת של חופש הביטוי, בין אותם הביטויים שלה המצוים בלבה (או גרעינה) של זכות־הבת לחופש הביטוי ((ולרוב גם בלבה של זכות־האם לכבוד האדם) ואותם היבטים המצויים במעטפת שלה (או שוליה) וגם בשולי זכות־האם לכבוד האדם. 168 אכן, לא כל היבטיו של חופש הביטוי הם בעלי אותה חשיבות. דומה שהכול יסכימו כי חופש הביטוי הפוליטי¹⁶⁹ או האמנותי¹⁷⁰ מצוי בגרעינה של הזכות לחופש הביטוי. לא כן חופש הביטוי הפורנוגרפי¹⁷¹ או המסחרי¹⁷². אמת, היבטים אלה – הביטוי הפוליטי והאמנותי מזה והביטוי הפורנוגרפי והמסחרי מזה – הם חלק מחופש הביטוי. כולם מבטאים, בעצמות שונות, עקרונות המונחים ביסוד כבוד האדם. עם זאת חשיבותם אינה זהה. שוני זה בחשיבות אינו מתבטא לעניין היקפה של הזכות לחופש הביטוי – כל סוגי הביטוי כלולים בגדרי זכות־הבת לחופש הביטוי.¹⁷³ השוני מתבטא בהגבלות על חופש הביטוי.¹⁷⁴ כפי שראינו, הזכות לכבוד האדם כזכות־אם – וממילא כל זכויות־הבת שלה – אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית. ניתן להגבילה, ובלבד שההגבלה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. הגבלה מידתית של חופש הביטוי היא חוקתית. במסגרת זו קל להצדיק חקיקה הפוגעת בביטוי שיש בו פורנוגרפיה¹⁷⁵ או בביטוי המסחרי¹⁷⁶ יותר משקל להצדיק חקיקה הפוגעת בביטוי הפוליטי¹⁷⁷ או האמנותי.¹⁷⁸ עמד על כך המשנה לנשיא מ' חשין:¹⁷⁹

“ניתן יהיה לייחס משקל שונה לזכויות שונות המצויות בפדרציה של זכויות חופש הביטוי, זכות זכות כמשקלה”.

- 168 לדעתי לא ייתכן מצב שבו היבט מסוים יהא מצוי בשוליה של זכות־הבת לחופש הביטוי ובגרעין של זכות־האם לכבוד האדם. לעומת זאת ייתכן מצב שבו גרעינה של זכות־בת פלונית יהא מצוי בשוליה של זכות־האם.
- 169 ראו פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50; פרשת זכרוני, לעיל ה"ש 149; פרשת בן חורין, לעיל ה"ש 32.
- 170 ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989); פרשת לאור, לעיל ה"ש 8.
- 171 לסוגיה זו, ראו ERWIN CHERMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 1017 (3rd ed., 2000).
- 172 ראו פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 25.
- 173 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 549 (2006) ("אפילו מדובר בהיבט 'פרפריאלי' של הזכות [...] אין בכך כדי להשפיע על הגדרת הזכות") (השופט א' ריבלין).
- 174 שם. ראו גם בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' 24 לפסק הדין של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 5.2.2013).
- 175 ראו פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 13; פרשת ש.י.ן., לעיל ה"ש 24, בעמ' 82; פרשת פלד, לעיל ה"ש 32.
- 176 ראו בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 182, 178 (2000).
- 177 ראו שם.
- 178 ראו שם. ראו גם פרשת ביטון, לעיל ה"ש 19.
- 179 שם, בעמ' 566.

על כן במקום שחוק פוגע בחופש הביטוי, יש לבחון באיזה היבט של אגד הזכויות המהווה את חופש הביטוי פגע החוק. רק מתוך בחינה זו יהיה אפשר לקבוע את משקלה של כף הפגיעה בחופש הביטוי ולהשוותה למשקלה של הכף העומדת מולה. ובלשונו של השופט מ' חשין:¹⁸⁰

"חופש הביטוי, כפי שראינו, מקורו הוא אחד – הצורך הנפשי והצורך הפיזיולוגי השוכנים באדם לבטא את מחשבותיו ואת צרכיו – ואולם כיום מהווה מושג חופש הביטוי תווית כללית למעין פדרציה (או קונפדרציה) של זכויות ואינטרסים. חופש הביטוי אינו מעשה־מיקשה. מהווה הוא מיצרף של ערכים ואינטרסים שונים. בידענו אפוא, כי 'חופש הביטוי' הינו משפחה של זכויות ואינטרסים, לא נוכל להכריע – ולא יהא זה ראוי כי נכריע – במקרה פלוני הכורך נושא של חופש הביטוי, על דרך העמדתו של 'חופש הביטוי' – כמושג־על – למלחמה נגד זכויות ואינטרסים הנוגדים אותו. שומה עלינו, בראש ובראשונה, לבודד – מבין האגד הכולל הקרוי 'חופש הביטוי' – אותה זכות או אותו אינטרס שלעניין, לבירור משקלו ועוצמתו. רק לאחר התרת אותו גיד מבין גידי 'חופש הביטוי', נהא רשאים להמשיך בדרכנו ולבחון מאבק בין אותו גיד לבין הזכות שהוא אמור להילחם בה".

וברוח דומה ציינה השופטת ד' ביניש:¹⁸¹

"[...] חופש הביטוי אמנם משתרע על כל ביטוי. עם זאת היקף ההגנה על הביטוי משתנה ממקרה למקרה, וההגנה שתינתן לביטוי כלשהו תיקבע בהתחשב בטיבו של הביטוי ובערכים העומדים מנגד, על פי ערכי היסוד של השיטה ובהתאם לנסיבות המקרה".

ט. היקפה של זכות־הבת לחופש הביטוי

1. חופש הביטוי – אגד של זכויות

זכות־הבת לחופש הביטוי משתרעת על כל ביטוי שהגנה עליו מגשימה אחד מהעקרונות המונחים ביסוד כבוד האדם.¹⁸² לפנינו אפוא תחום נרחב של פעולות (מעשים ומחדלים)

180 פרשת קראוס, לעיל ה"ש 85, בעמ' 78. ראו גם פרשת ש.י.ן., לעיל ה"ש 24, בעמ' 82 (השופטת ד' דורנר), ובעמ' 96 (השופט א' ריבלין).
181 רע"פ 2038/04 לם נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 96, 106 (2006).
182 ראו פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 218; פרשת מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 114, בפס' 2 לפסק הדין של השופט א' ריבלין; פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 850.

שהגנה עליהן מהווה את מכלול חופש הביטוי. הדיבור "ביטוי" – כמו הדיבור "כבוד האדם" שממנו הוא נגזר – הוא הכללה. הוא כולל בחובו נושאים שונים הקשורים לביטוי כמגשימים את ערכי כבוד האדם. הוא נועד להגן על חופש הביטוי מפני מעשים או מחדלים שאינם מאפשרים לפרט להגשים את זכותו. הזכות לחופש הביטוי היא אפוא זכות מסגרת.¹⁸³ היא אמנם זכות־בת של כבוד האדם, אך היא עצמה זכות־אם ולה זכויות־בת – זכויות־נכדה לזכות העצמאית של כבוד האדם – המשקפות את מכלול הפעולות שכבוד האדם מגן עליהן.¹⁸⁴ נמצא כי הזכות לחופש הביטוי היא אגד של זכויות¹⁸⁵ או "פדרציה של זכויות".¹⁸⁶ בבסיסו של אגד זה מונח החופש להתבטא או לשתוק.¹⁸⁷ חופש הביטוי הוא זכות מסוג של חירות (ההפלדיאנית).¹⁸⁸ "לשם הגשמתה של חירות זו מעניק הדין לבעליה זכויות נוספות, הנגזרות מהחירות".¹⁸⁹ "הזכויות הנוספות באות לממש את העיקרון היסוד של חופש הביטוי"¹⁹⁰ "בלעדיהן הופך חופש הביטוי לאות מתה".¹⁹¹ נמצא

- 183 לזכות המסגרת, ראו לעיל בעמ' 303.
- 184 ראו פרשת מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 114, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיא א' ברק ("חופש הביטוי הוא מושג מורכב. הוא זכות מסוג 'חירות' [...] נגזרות ממנו זכויות־בת כגון חופש התהלכה וההפגנה"). ראו פרשת שליט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 365.
- 185 ראו לעיל בעמ' 306.
- 186 פרשת ביטון, לעיל ה"ש 19, בעמ' 599 (המשנה לנשיא מ' חשין); פרשת מדינת ישראל נ' חברת החדשות, לעיל ה"ש 28, בעמ' 75 (השופט א' ריבלין).
- 187 במינוח ההוהפלדיאני אלה זכויות מסוג חירות (liberty): ראו Hohfeld, לעיל ה"ש 141, בעמ' 36; ראו גם בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 425, 440 (1980); פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 267; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 676 (1996); בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 781 (1996); פרשת עדאלה נ' עיריית תל־אביב־יפו, לעיל ה"ש 140, בעמ' 433; ע"א 8438/09 רוחאב חברה לנכסים בע"מ נ' אחים דניץ בע"מ, פס' 23 לפסק הדין של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 19.4.2012).
- 188 ראו פרשת חברת החשמל לישראל נ' הוצאת עיתון "הארץ", לעיל ה"ש 12, בעמ' 343 (הנשיא מ' לנדוי). ראו גם פרשת כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 540; פרשת מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 114, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיא א' ברק.
- 189 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 267 (השופט א' ברק). ראו גם ע"פ 95/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 341, 355 (1952); בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 662, 657 (1977); פרשת שליט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 365.
- 190 פרשת כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 540 (הנשיא מ' שמגר) (ההדגשות במקור).
- 191 פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9 (השופט ד' דורנר). ראו פרשת סער, לעיל ה"ש 145; פרשת לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 398; פרשת דיין, לעיל ה"ש 19; פרשת מטה הרוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 215; בג"ץ 5317/08 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, פס' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 21.7.2008).

כי הזכות לחופש הביטוי כוללת בחובה "חירויות, זכויות, חסינויות וכוחות גם יחד",¹⁹² אשר "מטרתן קידום האינטרסים המוגנים במסגרת אותו עקרון".¹⁹³ על מבנה מורכב זה של חופש הביטוי עמד בית המשפט העליון בפרשת כהנא:¹⁹⁴

"חופש הביטוי" – במובנו הרחב הוא אגד של זכויות, אשר במרכזו החירות של המשמיע ושל השומע, ולצדה של חירות זו, זכויות נוספות, הבאות להגשים את החופש האמור ולהגן עליו. [...] חירות הביטוי והזכויות הנגזרות ממנה יוצרות מערך מקיף ומורכב של הסדרים, השלובים זה בזה, היונקים זה מזה והמגבשים – בהפעלתם הלכה למעשה – את המסורת של חופש הביטוי באותה שיטת משפט. מסורת זו משתלבת במבנה הקונסטיטוציוני הכללי, והיא מהווה אבן פינה למהותו הדמוקרטית של המשטר".

בפרשת מפלגת שינוי הוסיף וציין:¹⁹⁵

"היקפו של חופש הביטוי משתרע על כל דרכי הביטוי, ועל כל צורות הביטוי, ועל כל תכני הביטוי. על כן משתרע חופש הביטוי על דעות מקובלות ועל דעות חריגות; על דעות שאוהבים לשמוע ועל דעות מרגיזות וסוטות. 'חופש הביטוי אינו חל רק על ביטויים שבקונסנסוס המקובל על הכל. חשיבותו היא בתחולתו על דעות מרגיזות ואף פוגעות' [...]. חופש הביטוי הוא החופש להביע דעה 'ללא מעצורים, ללא איסתניסיות ופתוח לרווחה' [...]. על כן, נכלל בגדרי חופש הביטוי גם ביטוי שיש בו 'ממרח מגונה של ארוטיקה, פוליטיקה וסטיות מכל סוג' [...]. בדומה, ביטוי שיש בו חומר תועבה נופל לגדרו של חופש הביטוי. הוא הדין בביטוי גזעני [...]. או בכל דבר שקר אחר".

- 192 פרשת אבנרי, לעיל ה"ש 170, בעמ' 861 (השופט א' ברק). להבחנה בין חירויות, זכויות, חסינויות וכוחות, ראו Hohfeld, לעיל ה"ש 141.
- 193 פרשת כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 540 (הנשיא מ' שמגר). ראו גם פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 267, 268; פרשת מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 114, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיא א' ברק.
- 194 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 267–267 (השופט א' ברק).
- 195 פרשת מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 114, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיא א' ברק.

2. מובנו של חופש הביטוי

(א) כל ביטוי

חופש הביטוי בישראל משתרע על כל ביטוי. עמד על כך השופט ש' אגרנט בפרשת קול העם:¹⁹⁶

"[...] לשם בירור אמת זו משמש העקרון של הזכות לחופש הביטוי אמצעי ומכשיר, הואיל ורק בדרך של ליבון 'כל' ההשקפות והחלפה חופשית של 'כל' הדעות, עשויה אותה 'אמת' להתבהר".

ועל אותה גישה חזר הנשיא מ' שמגר:¹⁹⁷

"חילופי הדעות, הליבון של ההשקפות, הוויכוח הציבורי, הרצון לדעת וללמוד ולשכנע, כל אלה הם כלים חיוניים העומדים לרשות כל דעה, כל השקפה, וכל אמונה בחברה חופשית".

חופש הביטוי מתייחס הן לחופש של הדובר והן לחופש של השומע. הוא משתרע הן על רעיונות והן על עובדות. הוא אינו מוגבל אך לעיתונות (הכתובה והאלקטרונית). הוא משתרע על כל ביטוי, תהא צורתו ודרך¹⁹⁸ ביטויו אשר תהא. על כן הוא כולל דיבורים (בכתב ובעל פה), התנהגות (כגון הצגת מידע)¹⁹⁹ או מיצג (כובה)²⁰⁰ או שרפת דגל.²⁰¹ צורת הלבשה היא בגדר ביטוי. חופש הביטוי חל "[...] בשטחי חיים שונים ובהם העברת חדשות ומידע [...] בנושאי חברה, מדיניות ופוליטיקה [...] בספרות ובשירה [...] בפארודיה ובביקורת חברתית. במחזות, בסאטירה ובביקורת השלטון [...] ואין אלו אלא דוגמאות בודדות".²⁰²

196 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 877 (ההדגשה במקור).

197 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 278 (1985).

198 כגון כיתוב בערבית בשלטי חוצות: ראו פרשת ראם מהנדסים, לעיל ה"ש 10; או כיתוב בערבית בשלטי רחובות או דרכים: ראו פרשת עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, לעיל ה"ש 140.

199 ראו פרשת ראם מהנדסים, לעיל ה"ש 10; פרשת אינדור, לעיל ה"ש 136.

200 ראו פרשת אינדור, לעיל ה"ש 137.

201 ראו Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) (U.S.).

202 פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 25 (השופט מ' חשין). ראו גם פרשת ש.י.ן., לעיל ה"ש 24, בעמ' 81.

גישה רחבה זו, העולה מפסיקתו העקיבה של בית המשפט העליון,²⁰³ מבוססת על החשיבות הרבה המוענקת לחופש הביטוי בישראל. היא נגזרת מהטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי. היא פרי התפיסה כי זכויות חוקתיות יש לפרש "מתוך מבט רחב".²⁰⁴ "הטוטאליות של חופש הביטוי מתחייבת מאופיו וממהותו".²⁰⁵

(ב) שקר ואמת

האם חופש הביטוי משתרע על ביטוי שאינו משקף את האמת? האם ביטוי שקרי שיש בו לשון הרע הוא חלק מחופש הביטוי כזכות־בת חוקתית לכבוד האדם? האם חופש הביטוי כולל את הביטוי הגזעני אשר בשקר יסודו?²⁰⁶ התשובה שניתנה לשאלות אלה בפסיקה היא בחיוב.²⁰⁷ "אין בודקים אם הביטוי הוא אמת או שקר".²⁰⁸ לעניין הביטוי שיש בו שקר נקבע:²⁰⁹

"דבר שאינו אמת הוא חלק מחופש הביטוי ומחופש היצירה. דבר שאינו אמת המהווה לשון הרע נכלל בגדריו של חופש הביטוי [...]; דבר תועבה המבוסס על אי־אמת נכלל בגדריו של חופש הביטוי [...]; יצירה אמנותית שיסודה באי־אמת נכללת בגדריה של חופש הביטוי וחופש היצירה".

דברים אלה נכתבו לעניין חופש הביטוי כזכות עצמאית בגדרי ההלכה השיפוטית. נראה לי כי הם חלים גם לעניין זכות־הבת לחופש הביטוי המונח ביסוד זכות־האם של כבוד האדם. הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי ההלכתי־עצמאי אינם שונים בעיקרם מהטעמים המונחים ביסוד זכות־הבת החוקתית. טעמים אלה הם כפולים: ראשית, "יש לנקוט גישה מרחיבה בפרשנות היקף ההשתרעות של הזכות החוקתית לחופש הביטוי, שלא תחייב בחינה, תכנית ושיפוט ערכי של הביטוי הספציפי";²¹⁰ שנית, "מבחינה של האמת אינו בכוח

203 ראו פרשת אינדור, לעיל ה"ש 136, בעמ' 167; בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 260 (2003); פרשת ש.י.נ., לעיל ה"ש 24; בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005); פרשת מורדוב, לעיל ה"ש 21; פרשת קורן, לעיל ה"ש 28, בפס' 10 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; פרשת בן חורין, לעיל ה"ש 32; פרשת דיין־אורבך, לעיל ה"ש 32, בפס' 8 לפסק הדין של המשנה לנשיא א' ריבלין; פרשת פריג', לעיל ה"ש 32.

204 ראו לעיל בעמ' 205.

205 פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11 (השופטת ד' דורנר).

206 ראו Meital Pinto, *What Are Offences to Feelings Really about? A New Regulative Principle for the Multicultural Era*, 30 O. J. L. S. 695 (2010).

207 ראו פרשת קול העם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 877.

208 פרשת חברת סטיישן פילם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 81 (השופט א' ברק).

209 פרשת סנש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 830 (הנשיא א' ברק).

210 פרשת ש.י.נ., לעיל ה"ש 24, בעמ' 81 (השופטת ד' דורנר).

השלטוני הניצב לצדה אלא בכוחה הפנימי לשכנע. הדרך להתמודד עם השקר אינה בהשתקתו אלא בהסברה ובחינוך. כישלוננו של השקר הוא בחשיפתו ולא בדיכוי. התרופה אינה הגבלת הביטוי אלא הגברתו. לשם כך חיוני הוא להבטיח את חופש הביטוי, שכן ללא ביטוי אין שכנוע ובלא שכנוע אין התמודדות, ובאין התמודדות קיים חשש שהאמת לא תצא לאור.²¹¹

לעניין הביטוי הגזעני נקט בית המשפט העליון גישה דומה.²¹² הטעם המונח ביסוד גישה זו הוא כי "הגזענות בשקר יסודה, אך אמת זו תוצא לאור רק באותה התמודדות חופשית של רעיונות ודעות. מתוך התמודדות עם השקר שבגזענות על הבחירה החופשית של דעות ורעיונות תוקע הגזענות בכל כיעורה, ושוויון האדם וכבודו יוגברו ויחוזקו. לא האמת גזענות תומכת בחופש לבטאה, אלא ההתמודדות החופשית של דעות והשקפות שתוקיע את השקר שבה."²¹³

כמובן, האופי הגזעני של הביטוי ימצא את ביטויו בבחינת חוקתיותן של הגבלות המוטלות על חופש הביטוי. אמת, הביטוי הגזעני נכלל בגדרי חופש הביטוי, אך ההגנה הניתנת לו – חלשה.

(ג) ביטוי שהוא עברה פלילית

האם נכלל בגדריו של חופש הביטוי כזכות־בת של כבוד האדם גם ביטוי שהוא עברה פלילית? התשובה היא בחיוב. לא הפליליות של הביטוי היא הקובעת את חוקתיותו של הביטוי אלא חוקתיותו של הביטוי היא הקובעת את חוקתיות האיסור הפלילי. חוקים המעניקים אופי פלילי להתבטאות כל שהיא – כגון לשון הרע,²¹⁴ הסתה לגזענות,²¹⁵

211 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 272 (השופט א' ברק).

212 ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 584 (1998) ("חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא, דיבור ממריד, או דיבור גזעני, הוא דיבור שחופש הביטוי משתרע עליו") (הנשיא א' ברק). ראו דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נ(5) 162, 145 (2000).

213 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 281 (השופט א' ברק). אך ראו פרשת אלבה, לעיל ה"ש 119, בעמ' 266 (השופט א' מצא). ראו גם פרשת ע"פ 6696/96 כהנא, לעיל ה"ש 212, בעמ' 573 ("הסתה לגזענות, בהיותה זרה לרצון הדמוקרטי, אינה יכולה לחסות בצילו של 'חופש הביטוי'" (השופט א' מצא)).

214 ראו סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. לשון הרע היא חלק מחופש הביטוי; ראו פרשת בג"ץ 6226/01 אינדור, לעיל ה"ש 136, בעמ' 167; פרשת בכרי, לעיל ה"ש 203, בעמ' 261; פרשת רשת שוקן, לעיל ה"ש 19; פרשת ביטון, לעיל ה"ש 19; פרשת מורדוב, לעיל ה"ש 21; פרשת בן גביר, לעיל ה"ש 28.

215 ראו סעיף 144ב לחוק העונשין.

המרדה, 216 שידול לזנות, 217 פרסומי תועבה 218 – פוגעים בחופש הביטוי. חוקתיותם תיקבע על פי דרישותיה של פסקת ההגבלה. מכאן הגישה כי "חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא או לשמוע דברים המקובלים על הכל. חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן". 219 השופט מ' שמגר הביא בהסכמה 220 את דבריו של השופט האמריקני ברנן (Brennan J.), 221 שלפיהם הוויכוח בעניינים ציבוריים מותר לו להיות "ללא מעצורים, ללא איסתנסיות ופתוח לרווחה". גישה זו התקבלה גם בפסיקה מאוחרת יותר. 222

פליליות ההגבלה אינה מוציאה את צורת הביטוי מתחום חופש הביטוי. עם זאת הטעמים המונחים ביסוד האיסור הפלילי עשויים להיות בעלי משקל כבד באופן שהם יצדיקו הגבלה על מימושה של הזכות החוקתית. אכן, היבט פלילי – כגון זה המטיל בעושהו דופי מוסרי וקלון – מעניק משקל כבד לאינטרס הציבור ולהגבלתו ועשוי להכריע את הכף בגדרי האיזון שבמידתיות. בדומה לזה הביטוי הפורנוגרפי נכלל בגדרי חופש הביטוי, גם אם הוא בבחינת דברי תועבה. עם זאת האיסור הפלילי על פרסום דברי תועבה עשוי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. 223

(ד) חופש הביטוי ופגיעה ברגשות

חופש ביטוי "ללא מעצורים, ללא איסתנסיות ופתוח לרווחה" כביטוי של השופט ברנן 224 עשוי לפגוע ברגשותיהם של רבים. מצעד של ניאור־נאצים בשכונה שמתגוררים בה ניצולי שואה, 225 חלוקת כרוזים שמצוירת עליהם דמות חזיר בשכונה מוסלמית, 226 הצגת

216 ראו סעיף 134 לחוק העונשין. ראו גם מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות הסתה להמרדה והסתה לאלימות בעקבות פרשת כהנא" משפט וממשל ז' 305 (2004); א' דורפמן "האיסורים הפליליים המוטלים על חופש הביטוי בראי המודל הכלכלי של אי־ודאות" משפט וממשל ח 313 (2005).

217 ראו סעיפים 205ב ו-205ג לחוק העונשין.

218 ראו סעיף 214 לחוק העונשין.

219 פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 279 (השופט א' ברק).

220 פרשת הוצאת עיתון "הארץ" נ' חברת החשמל לישראל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 296.

221 בפרשת *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964) (U.S.), כפי שהובא בפרשת חברת החשמל לישראל נ' הוצאת עיתון "הארץ", לעיל ה"ש 12, בעמ' 351 בתרגומו של מ"מ הנשיא לנדוי.

222 ראו דבריו של מ"מ הנשיא מ' לנדוי, שם, בעמ' 351; פרשת כהנא, לעיל ה"ש 50, בעמ' 280 (השופט א' ברק); פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9; פרשת הראר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 90.

223 ראו פרשת ש.י.ן., לעיל ה"ש 24, בעמ' 82.

224 בפרשת *New York Times*, לעיל ה"ש 221, בעמ' 270.

225 ראו *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977) (U.S.).

226 ראו ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289 (1998).

תאטרון המרמזות על הקשר שבין חיילי צה"ל לחיילים נאצים, ²²⁷ שידורי טלוויזיה שיש בהם פורנוגרפיה ²²⁸ – כל אלה הם ביטויים הפוגעים ברגשות. האם חופש הביטוי כולל גם פגיעה ברגשות? ²²⁹

גישתו של בית המשפט העליון היא כי חופש הביטוי כולל בחובו גם החופש לבטא דעות הפוגעות ברגשותיהם של השומעים. ²³⁰ עם זאת כאשר הפגיעה ברגשות עוברת את

227 ראו פרשת לאור, לעיל ה"ש 8.

228 ראו פרשת ש.י.ן., לעיל ה"ש 24, בעמ' 84. ראו גם דין וחשבון של הועדה לעניין פרסומים פורנוגרפיים (1968).

229 לשאלה זו ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 114, בעמ' 340; אסא כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" משפט וממשל ב 289 (1994); דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית 133 (1998); רפאל כהן-אלמגור "טיעון הפגיעה ברגשות להגבלת חירות הביטוי – תיאוריה ויישום" ספר שמגר – מאמרים א 505 (2003); מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי: הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים (נייר עמדה מס' 38, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003); דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004); אביעד הכהן "חופש הביטוי ופגיעה ברשות דתיים" פרשת השבוע 284 (2007). ראו גם H.L.A. HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY (1963); KENT GREENWALT, INDIVIDUALS, COMMUNITIES AND LIBERTIES OF SPEECH (1995); Ilan Saban, *Offensiveness Analyzed: Lessons for Comparative Analysis of Free Speech Doctrines*, 2 J. INT'L & COMP. L. CHICAGO KENT 60 (2002); John C. Knechtle, *Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union*, 36 FLA. ST. U. L. REV. 41 (2009); Mary G. Leary, *Mulieris Dignitatem: Pornography and the Dignity of the Soul – An Exploration of Dignity in a Protected Speech Paradigm*, 8 AVE MARIA L. REV. 247 (2009); Alexander Tsesis, *Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy*, 44 WAKE FOREST L. REV. 497 (2009); Peter G. Danchin, *Defaming Muhammad: Dignity, Harm Incitement to Religious Hatred*, 2 DUKE J.L. & SOC. CHANGE 5 (2010); JEREMY WALDRON, THE HARM IN HATE SPEECH (2012); MICHAEL HERZ & PETER MOLNAR, THE CONTENT AND CONTEXT OF HATE SPEECH: RETHINKING REGULATION AND RESPONSES (2012).

230 ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 45 (1997); פרשת סנש, לעיל ה"ש 11, בעמ' 836, 839: "רק פגיעות חמורות ברגשות מצדיקות הגבלה על חופש הביטוי וחופש היצירה. אכן, במשטר דמוקרטי יש להכיר בכך כי קיימת 'רמת סבולת' של פגיעה ברגשות, אשר בהם מחוייבים בניה של חברה דמוקרטית, והמתבקשת מעקרונות הסובלנות עצמם. רק באם הפגיעה ברגשות, עוברת על 'רמת סבולת' זו, ניתן להצדיק, במשטר דמוקרטי, הגבלה על חופש הביטוי וחופש היצירה. [...] נדרשת אפוא פגיעה ברגשות המזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית" (הנשיא ברק); פרשת *Universal City*, לעיל ה"ש 61; פרשת בג"ץ 953/89 אינדור, לעיל ה"ש 137; פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3; פרשת סטיישן פילם, לעיל ה"ש 1; בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509 (1997); פרשת סוסצקין, לעיל ה"ש 226; ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999); בג"ץ 1514/01 גור אירה נ' הרשות השניה

”רמת הֶבֶלֶת” הנתפסת כראויה בחברה, עשוי להתקיים צידוק להגבלתו של הביטוי.²³¹ נמצא כי חלה בענייננו ההבחנה שעליה עמדנו בין היקפה של הזכות לחופש הביטוי²³² לבין הצידוק להגבלתה. בהיקפו של חופש הביטוי נכללים גם ביטויים הפוגעים ברגשות. עם זאת לעתים יש צידוק להגבלתו של ביטוי הפוגע ברגשות. צידוק כזה עשוי להתקיים אם הפגיעה ”מזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית”.²³³ פגיעה כזו עשויה להתרחש כאשר היא ”נוגעת לתשתית הערכית העמוקה ביותר של הוויית הפרט והחברה, וכאשר יש בה כדי לערער על מושכלות יסוד בדרך העלולה לפגוע בחוסן החברתי והלאומי, ומקום שלא ניתן, או קיים קושי, להגיב לה בתגובת נגד”.²³⁴

נראה לי כי אפשר לראות בפגיעה ברגשות לא רק פגיעה באינטרס הציבור (כפי שהדבר נבחן בפסיקתו של בית המשפט העליון) אלא גם פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם: ”ההגנה על רגשות הציבור עשויה להתחייב גם מההגנה על ערך כבוד האדם”.²³⁵ על פי תפיסה זו, הגנה על כבוד האדם משתרעת גם על הגנה על רגשותיו של האדם. חופש ביטוי הפוגע ברגשות מעמיד התנגשות בין שתי זכויות־בת של כבוד האדם: זכות־הבת לחופש הביטוי וזכות־הבת לאישיות.²³⁶ פתרון ההתנגשות ייעשה במשפט התת־חוקתי, על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. בפסיקתו של בית המשפט העליון לעניין ”אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית” אפשר לראות את האיזון הראוי במסגרת דיני המידתיות.²³⁷

- לטלויזיה ולרדיו, פ”ד נה(4) 267 (2001); בג”ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ’ יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ”ד נו(1) 750, 763 (2003); פרשת ש.י.י., לעיל ה”ש 24; בג”ץ 953/01 סולודקין נ’ עיריית בית־שמש, פ”ד נח(5) 595 (2004); פרשת מפלגת שינוי, לעיל ה”ש 114; פרשת משי זהב, לעיל ה”ש 28, פס’ 12–14 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; בג”ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע”מ נ’ חברת חשמל לישראל, פס’ 19 לפסק הדין של השופט ע’ פוגלמן (פורסם בנבו, 29.10.2007); בג”ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא”י בע”מ נ’ Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פס’ 174 לפסק הדין של השופטת א’ פרוקצ’יה (פורסם בנבו, 29.10.2008).
- 231 דוגמה לביטוי המזעזע את אמות הסיפים הוא הביטוי שנדון בפרשת מפלגת שינוי, לעיל ה”ש 114.
- 232 ראו לעיל בעמ’ 732.
- 233 פרשת סנש, לעיל ה”ש 11, בעמ’ 839 (הנשיא א’ ברק).
- 234 פרשת בכרי, לעיל ה”ש 203, בעמ’ 278 (השופטת א’ פרוקצ’יה).
- 235 פרשת מפלגת שינוי, לעיל ה”ש 114, בפס’ 13 לפסק הדין של הנשיא א’ ברק.
- 236 ראו לעיל בעמ’ 537.
- 237 אם תתקבל הגישה הרואה בפגיעה ברגשות משום פגיעה באישיותו של הפרט, ועל כן פגיעה בזכות לכבוד האדם, יתעוררו בעיות נוספות הדורשות הכרעה. בחינתן של בעיות אלה חורגת ממסגרת רשימה זו.

3. הפגנה, אספה, משמרת צמודה

(א) הפגנה, אספה ומשמרת צמודה כזכויות הלכתיות

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל זכות עצמאית להפגנה (תהלוכה), לאספה ולמשמרת צמודה. יש חוקות הכוללות זכויות אלה כזכויות עצמאיות.²³⁸ בישראל הוכרו זכויות אלה כזכויות הלכתיות. בפרשת סער נפסק:²³⁹

“מזן המפורסמות הוא, כי משפטה של מדינת ישראל מכיר בחירויות היסוד של האדם, כפי שהן מקובלות במדינות נאורות. בין חירויות אלה נמנות אף חירות האסיפה (assembly) והתהלוכה (procession). בין אם נראה בחירויות אלה כחירויות העומדות בפני עצמן, ובין אם נראה בהן ביטוי לחופש הביטוי – ואין לנו צורך להכריע בשאלה זו – חשיבות רבה נודעת להן בעיצוב דמותו של משטרנו החוקתי. קיומה של אסיפה ותהלוכה הוא אחד האמצעים העומדים לרשות בני הציבור כדי להביע את השקפותיהם בענייניה של המדינה, אמצעי שהוא לעתים יעיל יותר וממשי יותר מאמצעי הביטוי האחרים.”

בפרשת לוי צוין בעניין זה:²⁴⁰

“זכות ההפגנה והתהלוכה היא מזכויות היסוד של האדם בישראל [...] היא מוכרת, בצד חופש הביטוי או מכוחו, כשייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי. יש הגורסים, כי הבסיס הרעיוני לחירות זו הוא הרצון להבטיח את חופש הביטוי, אשר מצדו תורם לגילוי האמת. אחרים סבורים, כי ביסוד הזכות עומדים קיומו ותיפקודו של המשטר הדמוקרטי, המבוסס מצדו על חופש המידע וחופש המחאה. לעומתו טוענים אחרים כי חופש ההפגנה והתהלוכה הם מרכיבים חיוניים בחופש הכללי של האדם לביטוי עצמי ולאוטונומיה מחשבתית [...]”

238 ראו סעיף 11(1) לאמנה האירופית לזכויות האדם ולחירויות היסוד (1950); סעיף 8 לחוק־היסוד הגרמני; סעיף 17 לחוקה של דרום-אפריקה (1996).

239 פרשת סער, לעיל ה"ש 145, בעמ' 171 (השופט א' ברק). ראו גם פרשת לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 398; פרשת כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 480; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1083. ראו גם D. Kretzmer, *Demonstrations and the Law*, 19 Isr. L. Rev. 47, 50 (1984).

דוד קרצ'מר "הזכות להפגין" עיונים בזכויות האזרח בישראל 5 (מ' ברגר עורך, 1984).
240 פרשת לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 398 (השופט א' ברק).

(ב) הפגנה, אספה ומשמרת צמודה כזכויות־בת של כבוד האדם

בהעדר קביעה כי זכויות אלה להפגנה, לאספה ולמשמרת צמודה הן זכויות חוקתיות עצמאיות, מתעוררת השאלה אם אפשר לראות בהן זכויות־בת של הזכות העצמאית לכבוד האדם. לדעתי התשובה היא בחיוב.²⁴¹ עוד לפני פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל²⁴² ציין בית המשפט העליון כי "דומה כי חופש ההפגנה והאסיפה עומד על בסיס אידיאולוגי רחב, אשר במרכזו ההכרה בערכו של האדם, בכבודו, בחופש הניתן לו לפיתוח אישיותו, וברצון לקיים צורת משטר דמוקרטית".²⁴³ בפרשה אחרת נפסק כי "קיום אסיפה, תהלוכה או משמרת צמודה (picketing) היא מזכויות היסוד של האדם בישראל [...] בעבר הוכרה זכות זו בהלכתו של בית המשפט [...] נראה כי כיום ניתן לגזור זכות זו מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעמיד על בסיס חוקתי חקוק את זכותו של אדם לכבוד ולחירות. החופש להתבטא – במלים בלבד או במעשים מבטאים – הוא ביטוי מובהק לכבוד האדם ולחירותו".²⁴⁴ עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה:²⁴⁵ "זכות ההפגנה והמחאה אכן נגזרת מהזכות לחופש הביטוי, והיא אחד הביטויים הנעלים לרעיון כבוד האדם וחירותו". אפשר להכיר בזכויות ההפגנה והמחאה כזכויות־בת נפרדות.²⁴⁶ לעת הזו די כי אציין כי הן חלק מזכות־הבת לחופש הביטוי. הן כמובן זכויות יחסיות, והגבלות עליהן צריכות לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.²⁴⁷ הן זכויות המכוונות כלפי רשויות השלטון ואינן חלות ביחסים שבין פרטים.²⁴⁸

4. החופש האקדמי

יש חוקות המכירות בחופש האקדמי²⁴⁹ כזכות חוקתית עצמאית.²⁵⁰ בחוקות אחרות נקבע במפורש כי החופש האקדמי הוא חלק מהזכות החוקתית לחופש הביטוי.²⁵¹ בישראל הוכר החופש האקדמי כזכות הלכתית. עמד על כך השופט י' טירקל:²⁵²

- 241 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1094. ראו גם ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 461. ראו גם פרשת לוי, לעיל ה"ש 5, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 242 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 27.
- 243 פרשת לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 398 (השופט א' ברק).
- 244 פרשת דיין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 468 (הנשיא א' ברק).
- 245 פרשת טויטו, לעיל ה"ש 114, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 246 ראו Salát, לעיל ה"ש 145.
- 247 פרשת טויטו, לעיל ה"ש 114, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 248 ראו לעיל בעמ' 387.
- 249 על החופש האקדמי, ראו חיים גנו "חופש אקדמי" עיוני משפט יב 415 (1980); רענן הר־זהב וברק מדינה דיני השכלה גבוהה 355 (1999); זלצברגר ועוז־זלצברגר, לעיל ה"ש 45; פלד, לעיל ה"ש 96; אמנון רובינשטיין "חופש הביטוי האקדמי" משפט ועסקים יג 11 (2010); אמנון רובינשטיין חופש הביטוי האקדמי (עתיד להתפרסם, 2014); MATTHEW W. FINKIN

”חופש זה ראוי, לדעתי, להגנה אף יותר מחופש הביטוי. החופש האקדמי כולל בחובו את חופש היצירה, חופש המחקר וחופש ההוראה על נגזרותיהם. [...] לדעתי אין לראות את החופש האקדמי כאילו הוא נגזר מחופש הביטוי, ויש לראות בו חירות העומדת בפני עצמה. אף שהשניים שוכנים זה בצד זה ואף חופפים בחלקם, אין הם זהים זה לזה. ביטוי שחופש הביטוי אינו מגן עליו, עשוי לחסות, תחת כנפיו של החופש האקדמי.”

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל זכות עצמאית לחופש אקדמי. במצב דברים זה נראה לי כי אפשר לראות בו זכות־בת של כבוד האדם. אכן, ביסוד החופש האקדמי מונחים חופש המחקר וחופש ההוראה. הרציונל המונח ביסוד חופשים אלה דומה לרציונל המונח ביסוד חופש הביטוי. על רקע זה יש חוקות הרואות בחופש האקדמי חלק מחופש הביטוי.²⁵³ גישה זו אפשר, לעת הזו, לנקוט גם בישראל, והחופש האקדמי יוכר כזכות־בת של חופש הביטוי.²⁵⁴

5. ביטוי מסחרי

(א) הביטוי המסחרי כזכות הלכתית

המשפט המקובל הישראלי הכיר בביטוי המסחרי כחלק מחופש הביטוי.²⁵⁵ לאחר כמה אמרות־אגב²⁵⁶ באה ההכרעה בפרשת קידום יזמות.²⁵⁷ הפרשה עסקה בתשדיר פרסומת של

AND ROBERT C. POST, FOR THE COMMON GOOD: PRINCIPLES OF AMERICAN ACADEMIC FREEDOM (2009); ERIC BARENDT, ACADEMIC FREEDOM AND THE LAW: A COMPARATIVE STUDY (2010); ROBERT C. POST, DEMOCRACY, EXPERTISE, ACADEMIC FREEDOM: A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE (2012).

- 250 ראו סעיף 5(3) לחוק־היסוד של גרמניה.
- 251 ראו סעיף 16(1)(b) לחוקה של דרום־אפריקה.
- 252 פרשת אלבה, לעיל ה"ש 119, בעמ' 326.
- 253 ראו סעיף 16(2)(d) לחוקה של דרום־אפריקה, הקובע מפורשות כי החופש האקדמי נכלל בגדר חופש הביטוי.
- 254 ראו בג"ץ 5335/04 אבו רמאדן נ' נשיא בית הדין השרעי לערעורים, פס" 8 לפסק הדין של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 20.6.2006); דב"ע (ארצי) מב/63-3 רחום נ' האוניברסיטה העברית בירושלים, פד"ע יג 412, 418 (פורסם בנבו, 2.1.2008).
- 255 לספרות המשפטית בישראל, ראו יפה זילברשץ "על חופש הביטוי המסחרי" משפט וממשל ג 509 (1996); יובל קרניאל דיני התקשורת המסחרית (2003).
- 256 ראו בג"ץ 421/71 יפ־אורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה(2) 741 (1971); בג"ץ 245/87 בראטר נ' רשות השידור (פורסם בנבו, 13.6.1988); על"ע 13/86 חטר ישי נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל־אביב, פ"ד מא(4) 840, 838 (1988); בג"ץ 896/87 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מג(1) 703, 701 (1989); פרשת ראם מהנדסים, לעיל ה"ש 10, בעמ' 213.

העותרת אשר נפסל לפרסום, שכן הוא אינו עומד באמת המידה של "טעם טוב". חוקתיותה של פסילה זו עמדה לביקורת. כל השופטים הסכימו כי הביטוי המסחרי הוא חלק מחופש הביטוי הכללי. השופטת ד' דורנר ציינה: 258

"הביטוי המסחרי (Commercial Speech) אינו בן חורג לחופש הביטוי, אלא הוא איבר מאיבריו [...] הטוטאליות של חופש הביטוי מתחייבת מאופיו וממהותו. ההבחנה בין סוגי הביטויים אינה חדה, ולביטויים בתחומי יצירה רבים גם היבטים מסחריים (קולנוע, פזמונים). הסרת ההגנה מן הביטוי המסחרי עלולה לכרסם בעקרון חופש הביטוי".

השופט מ' חשין העמיד את השאלה "האם פורש חופש הדיבור והביטוי חופתו גם על הפרסומת המסחרית?" 259 ותשובתו היא זו:

"על דרך החיוב. תשובה זו מייסדת עצמה על טעם עקרוני והוא רצוננו ושאיפתנו להגן בכל עוז ובכל תוקף על רוח האדם ועל יכולתו להעביר לזולתו את פרי רוחו; באוויר, בצליל, בדפוס ובכל דרך קומוניקציה מקובלת אחרת. זה מותר האדם מן הבהמה, והמותר יגן על המותר של האדם, בני חורין נולדנו, וכבני חורין נוכל ונהיה זכאים לדבר ולזמר לפרסם כאוות נפשו". 260

השופט ג' בך ציין כי "מוסכם למעשה על ידי שני חבריי, שהעיקרון של חופש הדיבור וההתבטאות חל גם על המישור המסחרי. זוהי גם דעתי". 261

אכן, הצדק עם השופט ג' בך. כל שופטי ההרכב סברו כי חופש הביטוי הוא חלק מהזכות לחופש הביטוי. המחלוקת ביניהם הייתה באשר למגבלות החלות על חופש הביטוי המסחרי. אף לעניין זה הוסכם על שלושת השופטים כי המגבלות שאפשר להטיל על הביטוי המסחרי עשויות להיות כבדות מאלו המוטלות על ביטוי שאינו מסחרי, כגון פוליטי. על היקפן של הגבלות אלה, לעניין הביטוי המסחרי, נחלקו הדעות. בחינתה של מחלוקת זו חורגת מעניינינו עתה.

שאלת הביטוי המסחרי עלתה שוב בפרשת מאיו סימון. 262 אף כאן נבחן תשדיר פרסומת אשר נפסל לשידור בערוץ השני של הטלוויזיה משום שהוא פוגע בטעם הטוב.

257 פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3.

258 שם, בעמ' 10.

259 שם, בעמ' 27.

260 שם, בעמ' 28.

261 שם, בעמ' 37.

262 בג"ץ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751 (1996).

השופט א' מצא חזר וקבע כי חופש הביטוי המסחרי נכלל בגדריו של חופש הביטוי הכללי. עוד הוא קבע כי הכול מסכימים כי ההגבלות על חופש הביטוי הכללי מצומצמות מאלה החלות על חופש הביטוי המסחרי.²⁶³ פרשה נוספת שבה נדונה פרסומת מסחרית היא פרשת יפאורה תבורי.²⁶⁴ אף כאן נדון תשדיר פרסומת אשר נפסל לשידור על ידי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו משום שיש בו פגיעה בטעם הטוב. לעניין מיקומו של הביטוי המסחרי בגדרי חופש הביטוי ציינה השופטת ד' דורנר כי "החלטתה של הרשות פוגעת בחופש הביטוי של העותרת – זכות המשתרעת גם על ביטויים מסחריים".²⁶⁵ על רקע קביעה זו עבר בית המשפט לבחון את שאלת הצידוק להגבלה על חופש הביטוי המסחרי.

(ב) הביטוי המסחרי כזכות חוקתית

(1) הביטוי המסחרי כחלק מחופש העיסוק

האם יש לחופש הביטוי המסחרי עיגון חוקתי בישראל? נפתח בשאלה אם חופש העיסוק – שהוא זכות חוקתית על פי חוק־יסוד : חופש העיסוק – משתרע גם על הביטוי המסחרי. חוק־היסוד קובע:²⁶⁶

"כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד".

זכות זו היא בעלת אופי יחסי. היא ניתנת להגבלה על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק היסוד.²⁶⁷ לחופש העיסוק שני פנים: הפן האחד הוא החופש להיכנס לעיסוק, למקצוע או למשלח יד; הפן השני הוא "החופש לפעול בגדריהם של עיסוק, של מקצוע או של משלח יד, בלא איסורים או הגבלות. אקט שלטוני המטיל הגבלות על דרך הגשמתם של עיסוק, של מקצוע או של משלח יד פוגע בהיבט זה של חופש העיסוק".²⁶⁸ האין לומר כי ביטוי מסחרי הוא פעולה בגדריו של עיסוק, מקצוע או משלח יד? על פי גישה זו, פרסום של מקצוע הוא פעולה בגדריו של אותו מקצוע. חוקתיות הגבלתו תיקבע על פי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק־יסוד : חופש העיסוק. בדומה לזה, פרסום שירות או מוצר

263 ראו בג"ץ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 397, 416 (1996).

264 פרשת יפאורה תבורי, לעיל ה"ש 176.

265 שם, בעמ' 181.

266 סעיף 3 לחוק־יסוד : חופש העיסוק.

267 סעיף 4 לחוק־יסוד : חופש העיסוק. ניסוחו של סעיף זה זהה לניסוחה של פסקת ההגבלה בחוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו (סעיף 8).

268 בג"ץ 4330/93 גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 233 (1996) (הנשיא א' ברק).

הוא פעולה בגדריו של עיסוק, מקצוע או משלח יד. הגבלתו תהא חוקתית אם היא תואמת את פסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: חופש העיסוק. אכן, ברשימה של פסקי דין ציין בית המשפט כי הגבלות על פרסומת מסחרית פוגעות בחופש הביטוי ובחופש העיסוק גם יחד.²⁶⁹ לדעתי, גישה זו ראויה היא. אכן, חופש הביטוי המסחרי קשור לחופש הביטוי, אך הוא קשור גם לחופש העיסוק. לעתים הקשר הדומיננטי הוא עם חופש העיסוק. עמד על כך השופט מ' חשין בפרשת קידום יזמות:²⁷⁰

“עניינו של תשדיר הפרסומת – ביתר דיוק: האיסור על תשדיר הפרסומת – ממקם עצמו אי שם בין נושא חופש העיסוק לבין נושא חופש הדיבור. מקורו של התשדיר הוא בעיסוק, נועד הוא לקדם את עסקו של המפרסם, והרי נגזר הוא מחופש העיסוק: העיסוק מותר; העיסוק מזכה את בעליו בקידומו ובפירסומו; ומכאן תשדיר הפרסומת שהורתו ולידתו בעיסוק. בה בעת, תשדיר הפרסומת, על פי עצם טיבו, מעמיד עצמו במעגל חופש הדיבור והביטוי, והרי העותרת מבקשת לפרסם עצמה – באומר ובצליל – כעוסקת בתחומה. לטעמי נמשך נושא תשדיר הפרסומת אל מרכז הכבידה של חופש העיסוק דווקא, ויש להבינו ולסווגו כלוויין של חופש העיסוק. יחד עם זאת, אין להתעלם מקרבתו המשפחתית של התשדיר אל חופש הדיבור.”

אכן, במשפט החוקתי הגרמני נדונות הגבלות על פרסומים מסחריים במסגרת הזכות לחופש העיסוק.²⁷¹

גישה זו, המכירה בחופש העיסוק ובחופש הביטוי כשני מקורות משלימים לביטוי המסחרי, היא בעלת חשיבות רבה בישראל. הטעם לכך הוא זה: חופש העיסוק מוכר

269 ראו בג"ץ 4520/95 טמפו תעשיות בירה בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פס' 7 (פורסם בנבו, 19.9.1995); רע"א 1367/95 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 28, 38 ("איסור הפרסום [...] מגביל את חופש הביטוי ואת חופש העיסוק של הרופא") (השופט י' זמיר) (1995); ע"פ 3426/94 רוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 837, 841 ("חופש הפירסום יש בו אספקט של חופש העיסוק והתחרות") (השופט צ' טל) (1995); פרשת תרמוקיר חורשים, לעיל ה"ש 263, בעמ' 413; פרשת גאנס, לעיל ה"ש 268; בג"ץ 7833/96 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נב(3) 586, 596 ("פרסומת סמויה נכללת אמנם בחופש הביטוי ובחופש העיסוק") (השופט י' זמיר) (1998); בג"ץ 9596/02 פיצוי נמרץ, המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים נ' שר המשפטים, פ"ד נח(5) 792, 799 ("כלל 11 ב פוגע בזכויות יסוד. הכלל פוגע בראש ובראשונה בחופש העיסוק, שהוא מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית והוא מעוגן כיום גם בחוק־יסוד: חופש העיסוק") (2004).

270 פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23.

271 ראו F. Ossenbuhl, *Economic and Occupational Rights, in GERMANY AND ITS BASIC LAW: PAST, PRESENT AND FUTURE – A GERMAN-AMERICAN SYMPOSIUM*, 251, 266 (P. Kirchhof & D. Kommers eds, 1993).

בישראל כזכות חוקתית עצמאית. זו זכות מסגרת וזכות־אדם. לזכות זו כמה זכויות־בת. אחת מאותן זכויות־בת היא הזכות לביטוי מסחרי. זכות־בת זו צריכה כמובן לקיים את הטעמים המונחים ביסוד חופש העיסוק כזכות חוקתית. לעומת זאת חופש הביטוי אינו מוכר בישראל כזכות חוקתית עצמאית. הוא אך זכות־בת לכבוד האדם. עד כמה שהביטוי המסחרי הוא חלק מזכות־הבת לחופש הביטוי, הוא זכות־נכדה של כבוד האדם. הוא צריך לקיים את הטעמים המונחים ביסוד כבוד האדם. עשויים להיות היבטים של הביטוי המסחרי – בעיקר הביטוי המסחרי הטהור²⁷² – שאינם נופלים במסגרת הטעמים המונחים ביסוד כבוד האדם. במצב דברים זה אפשר שתינתן הגנה חוקתית להיבטים אלה בגדרי חופש העיסוק. לשם כך יש כמובן לקיים את התנאים הנדרשים בחוק יסוד: חופש העיסוק. למשל, כבוד האדם הוא זכותו "של אדם באשר הוא אדם"²⁷³, והזכות לחופש העיסוק היא זכותו של "כל אזרח או תושב"²⁷⁴.

(2) הביטוי המסחרי כזכות־בת של כבוד האדם

I. ביטוי פוליטי על ידי גוף פוליטי במסגרת מסחרית

הכרה בביטוי המסחרי כחלק מחופש העיסוק אינה משחררת אותנו מהצורך לבחון אם הביטוי המסחרי הוא גם חלק מכבוד האדם. התופעה של חפיפה בין זכויות חוקתיות ידועה ומקובלת.²⁷⁵ נורמה תת־חוקתית יכולה לפגוע בעת ובעונה אחת הן בביטוי המסחרי כחלק מחופש העיסוק והן בביטוי המסחרי כחלק מכבוד האדם. הנורמה הפוגעת תהא חוקתית רק אם היא מקיימת את דרישותיה של כל אחת מפסקאות ההגבלה הקבועות בשני חוקי היסוד. תנאיהן של שתי פסקאות הגבלה אלה זהים, אך משקלן של כל אחת מהזכויות הנפגעות עשוי להיות שונה מזה של חברתה בעת עריכת האיזון בגדרי פסקת ההגבלה. האם מוכרת בישראל זכות־בת של כבוד האדם לביטוי המסחרי? בפרשת המפקד הלאומי²⁷⁶ נדונה "הצהרת עקרונית" בעלת אופי פוליטי שאותה ביקשה העותרת לפרסם כתשדיר פרסומת ברדיו. הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו סירבה לבקשה, שכן מדובר בנושא פוליטי השנוי במחלוקת ציבורית. חוקתיותה של החלטה זו נבחנה בעתירה. השופטת מ' נאור קבעה כי "תוכנו של הביטוי שנמנע בענייננו הוא פוליטי, וכי הוא מובא במסגרת מסחרית"²⁷⁷. היא הוסיפה כי "המרכיבים הדומיננטיים [...] לסיווג הביטוי הם תוכנו של הביטוי (פוליטי או מסחרי), אופיו של המתבטא (גוף פוליטי או מסחרי) ומטרותיו

272 לביטוי זה, ראו להלן בעמ' 748.

273 סעיף 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

274 סעיף 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

275 ראו ברק "כבוד האדם: ניתוח חוקתי־שוואתי", לעיל ה"ש 111.

276 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29.

277 שם, בעמ' 760.

של הביטוי (פוליטיות או מסחריות)”.²⁷⁸ נקבע כי “מרכיב חשוב פחות בעיני הוא האמצעי הטכני הנושא את הביטוי או המסגרת החיצונית שבה הוא מובא”.²⁷⁹ על בסיס שיקולים אלה קבעה השופטת מ’ נאור שיש לסווג את הצהרת העקרונות כביטוי פוליטי ולא כביטוי מסחרי.²⁸⁰ נקבע כי “חופש הביטוי הפוליטי נכלל בזכות החוקתית לכבוד האדם”,²⁸¹ שכן “הזכות נושא ענייננו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה – על פי תפישתנו המשפטית – בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם”.²⁸² השופטת מסיימת חלק זה מפסק דינה בציינה:²⁸³

“חופש הביטוי הפוליטי הוא מרכיב חיוני של כבוד האדם. [...] נאמר כבר כי חופש הביטוי הפוליטי הוא ב'גרעין' הזכות לחופש הביטוי [...]. אשר לחופש הביטוי המסחרי – עניינה זה כאמור אינו מתעורר, לשיטתי, לפנינו ואשאיר אותו בצריך עיון”.

על רקע זה מתעוררת השאלה מה דינו של ביטוי בעל תוכן מסחרי על ידי גוף מסחרי אשר מטרתו הן מסחריות.

II. ביטוי מסחרי על ידי גוף מסחרי במסגרת מסחרית (ביטוי מסחרי טהור)

1. טעמים שבחופש הביטוי וטעמים שבכבוד האדם

ביטוי פוליטי על ידי גוף פוליטי הוא חלק מזכות־הבת לכבוד האדם גם אם הוא מובא במסגרת מסחרית. מה דינו של ביטוי מסחרי טהור, כלומר ביטוי בעל תוכן מסחרי של גוף מסחרי המובא במסגרת מסחרית? טול תשדיר פרסומת (מסגרת מסחרית) מטעם גוף מסחרי (יצרן או מפיץ) המבקש להמריץ קנייתו של מוצר תצרוכת (תוכן מסחרי). לענייננו נוכל להגדיר דיבור בעל תוכן מסחרי – דיבור שמטרתו הדומיננטית היא קידום עסקה מסחרית.²⁸⁴ האם ביטוי מסחרי טהור הוא חלק מזכות־הבת של חופש הביטוי? כדי להשיב על שאלה זו יש לקיים שתי מערכות של בדיקות: האחת, עניינה השאלה אם הביטוי המסחרי הטהור נכנס לגדרי הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי כזכות חוקתית עצמאית. אם

278 ש.ם.

279 ש.ם.

280 ראו לעיל בעמ' 720.

281 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 762.

282 ש.ם, בעמ' 763.

283 ש.ם, בעמ' 763.

284 ראו פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, עמ' 807. הנשיאה ד' ביניש מציינת כי מהותו ותכליתו של הביטוי המסחרי הן “קידום עסקה מסחרית למכירת מוצרים”. הגדרתו של הביטוי המסחרי (הטהור) שנויה במחלוקת. ראו Barendt, לעיל ה"ש 49, בעמ' 395. לקשיי ההגדרה של הביטוי המסחרי, ראו זילברשץ, לעיל ה"ש 255, בעמ' 511.

התשובה על שאלה זו היא בחיוב, יש לערוך בחינה שנייה העוסקת בשאלה אם הביטוי המסחרי הטהור נכנס לגדרי הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי בזכות־בת לכבוד האדם.

2. המבחן הראשון: הביטוי המסחרי הטהור והעקרונות של חופש הביטוי

ביסוד חופש הביטוי מונחים שלושה טעמים עיקריים: הצורך בחשיפת האמת, הבטחת המשטר הדמוקרטי והגשמתו העצמית של האדם.²⁸⁵ האם טעמים אלה מונחים גם ביסוד הביטוי המסחרי? שאלה זו התעוררה בכמה פסקי דין. בפרשת קידום יזמות ציינה השופטת ד' דורנר:²⁸⁶

“על הביטוי המסחרי חלים הראציונלים העומדים בבסיסו של חופש הביטוי. הוא מספק אינפורמציה לציבור, ובכך מגשים את זכות הציבור לקבלת מידע מסחרי. הוא מבטיח התמודדות בין המפרסמים, המאפשר לציבור לגבש דעתו בדבר המוצר או השירות העדיפים. הביטוי המסחרי הוא חלק מן היצירה האנושית בתקופה המודרנית, וחירות הביטוי בתחום זה, כבכל תחומי היצירה האחרים, מאפשרת הגשמה עצמית הן של הפרט המפרסם והן של הציבור שאליו מופנית הפרסומת. הביטוי המסחרי הוא ממרכיבי המסחר החופשי המאפיין משטר דמוקרטי”.

עם זאת ציינה השופטת ד' דורנר שלא כל הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי חלים ביסוד הביטוי המסחרי:²⁸⁷

“לא כל הראציונלים של חופש הביטוי חלים על ביטוי מסחרי. כך, למשל, הראציונל בדבר השמירה על ההליך הדמוקרטי אינו חל לעניין ביטוי מסחרי, או, על כל פנים, תחולתו לעניין זה מוגבלת. על כן, אין מניעה עקרונית להגביל ביטוי מסחרי הפוגע ברגשות הציבור. ואולם הגבלה זו צריכה לעמוד במבחנים שנקבעו להגבלת חופש הביטוי, ובעניין זה אין להבחין בין ביטויים מסוגים אחרים לבין הביטוי המסחרי”.

השופט מ' חשין סבר אף הוא שהביטוי המסחרי נכלל בגדרי חופש הביטוי. עם זאת הוא עומד על ההבדלים שבין סוגי הדיבור השונים, “בין הנפילים לבני קטני ארץ, בין אינטרסים ראשונים במעלה לבין אינטרסים נחותים מהם; וההגנה על חופש הדיבור והביטוי תהיה,

285 ראו לעיל בעמ' 712.

286 פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11. ראו גם פרשת יפאורה תבורי, לעיל ה"ש 176, בעמ' 182.

287 פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 13. ראו גם פרשת מאיו סימון, לעיל ה"ש 262, בעמ' 755.

לדעתי, בתואם לאינטרס העומד לפניה²⁸⁸. על כן מבחני הפסילה החלים לעניין ביקורת השלטון והממסד (ובמרכזם מבחן הקרבה לוודאות) לא יחולו לעניין הפרסומת המסחרית, "ונספק עצמנו במבחני פסילה צנועים יותר"²⁸⁹. על גישה זו עמד בית המשפט העליון בפרשת נטו:²⁹⁰

"משפטנו כבר הכיר בביטוי המסחרי כביטוי הנכלל בזכות החוקתית המוגנת לחופש ביטוי. [...] רבים מהרציונלים המצדיקים הגנה על חופש הביטוי הפוליטי או האמנותי חלים אף בתחום הביטוי המסחרי. זהו ביטוי המספק מידע חיוני לציבור הצרכנים. הוא מקדם את התחרות הפתוחה והחופשית בשוק המודרני, וככזה אף מבטיח את חופש העיסוק של המשווק. כן יש בו לממש את האני־היצירתם של הפרט המתבטא. לא אחת הוא אף מהווה את עיסוקו ומקור הכנסתו של המפרסם. עם זאת מוסכם שהביטוי המסחרי אינו נמצא בלב מעגלי ההגנה החוקתית על חופש הביטוי. [...] לכן למשל בנסיבות של פגיעה חמורה ומשמעותית ברגשות ניתן להתיר הגבלה על הביטוי המסחרי מקום שלא הייתה מותרת הגבלת ביטוי פוליטי".

ברוח דומה כתבה הנשיאה ד' ביניש בפרשת המפקד הלאומי:²⁹¹

"גם הביטוי המסחרי זוכה להגנה במסגרת הזכות לחופש הביטוי. הביטוי המסחרי מגשים את זכות הציבור לקבל מידע ומבטיח תחרות עסקית בין המפרסמים בשוק המוצרים והשירותים. הביטוי המסחרי אף מאפשר הגשמה עצמית של הפרט המפרסם ושל הציבור שאליו מופנית הפרסומת, והוא מהווה חלק מחופש העיסוק. עם זאת, נראה כי הביטוי המסחרי אינו מגשים בעוצמה את מכלול הרציונלים האפשריים לחופש הביטוי. כך, למשל, הביטוי המסחרי אינו תורם באופן ישיר לשמירה על ההליך הדמוקרטי בהקשרו הפוליטי. כאשר מדובר בביטוי המסחרי, שמהותו ותכליתו הם קידום עסקה מסחרית למכירת מוצרים, אין בו כדי לתרום ישירות לשיח הציבורי בנושאים העומדים על סדר היום הלאומי. בהתחשב בכל אלה, נפסק כי היקף ההגנה ועוצמתה הניתנים לחופש הביטוי המסחרי הם מצומצמים ביחס להגנה על חופש הביטוי בתחום הפוליטי, הספרותי או האמנותי".

288 שם, בעמ' 28.

289 שם.

290 בג"ץ 226/04 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נט(1) 515, 526 (2004) (הנשיא א' ברק).

291 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, עמ' 807.

גישה דומה ניתן למצוא במשפט המשווה. המשפט החוקתי האמריקני רואה בביטוי המסחרי חלק מחופש הביטוי. עם זאת ההגנה עליו חלשה מההגנה הניתנת לביטוי הפוליטי.²⁹² הוא הדין במשפט החוקתי של קנדה²⁹³ ודרום־אפריקה.²⁹⁴ בגדרי האמנה האירופית לזכויות האדם נתפס הביטוי המסחרי כחלק מחופש הביטוי הכללי.²⁹⁵ ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי גם אם לא כל הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי מתקיימים בביטוי המסחרי הטהור, הרי מקצת טעמים אלה מתקיימים גם בביטוי זה.²⁹⁶ יש בהם כדי להעניק לאדם מידע המסייע לו בהגשמת חופש הבחירה הנתון לו. שוק חופשי של רעיונות כולל גם שוק חופשי של אפשרויות כלכליות וצרכניות. המידע המתקבל מהדיבור המסחרי הוא מרכיב חשוב בהגשמה העצמית ובאוטונומיה של הפרט.²⁹⁷ יש בו גם הגשמה של חופש היצירה של יוצר הביטוי המסחרי הטהור.

3. המבחן השני: הביטוי המסחרי הטהור והעקרונות של כבוד האדם

זכות־הבת של חופש הביטוי חייבת לקיים את העקרונות המונחים ביסוד כבוד האדם. האם הביטוי המסחרי הטהור עומד בדרישה זו? ראינו²⁹⁸ כי ביסוד כבוד האדם מונחת אנושיותו של האדם כיצור חופשי, המגשים את האוטונומיה של רצונו בגדרי החברה שבה הוא חי, וזאת בלא שייחפך לאמצעי בלבד להגשמת רצונו של אחר. האם עקרונות אלה מתקיימים בביטוי המסחרי הטהור? דומה שהתשובה היא חיובית. כפי שראינו, בבסיס הביטוי המסחרי הטהור מונח חופש הרצון והאוטונומיה של היוצר והמפרסם ושל מי שקולט מידע זה. המידע המתקבל מסייע בהגשמתן של בחירות ראויות בשוק האפשרויות הכלכליות. זאת ועוד: הביטוי המסחרי "יש

- 292 ראו Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976) (U.S.)
- 293 ראו Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; Irwin Toy v. Qubec, [1989] S.C.R. 927 (vol. 285 of PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA, II, 5th ed., 2007).
- 294 ראו D. Milo, G. Penfold & A. Stein, *Freedom of Expression*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 42–161 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).
- 295 ראו ROBIN C.A. WHITE & CLAIRE OVEY, JACOBS, WHITE & OVEY, THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS 447 (5th ed., 2006); DAVID J. HARRIS, MICHAEL O'BOYLE, COLIN WARBRICK & ED BATES, LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION IN HUMAN RIGHTS 461 (2nd ed., 2009).
- 296 ראו BARENDT, לעיל ה"ש 49, בעמ' 401.
- 297 ראו פרשת Ford, לעיל ה"ש 293, בעמ' 720.
- 298 ראו לעיל בעמ' 245.

בו לממש את האני־היצירתי של הפרט המתבטא".²⁹⁹ הוא "מאפשר הגשמה עצמית של הפרט המפרסם ושל הציבור אליו מופנית הפרסומת".³⁰⁰ עמד על כך הנשיא דיקסון (Dickson C.J) בפרשת פורד:³⁰¹

"[C]ommercial expression which [...] protects listeners as well as speakers, plays a significant role in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of self-fulfillment and personal authority".

דברים ברוח דומה כתבה השופטת ד' דורנר בפרשת קידום יזמות:³⁰²

"הביטוי המסחרי הוא חלק מן היצירה האנושית בתקופה המודרנית, וחירות הביטוי בתחום זה, כבכל תחומי היצירה האחרים, מאפשרת הגשמה עצמית הן של הפרט המפרסם והן של הציבור שאליו מופנית הפרסומת".

המסקנה המתבקשת היא כי הביטוי המסחרי הטהור, אם הוא מקיים את הטעמים המונחים ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם, יש לו "קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם,³⁰³ והוא חלק מזכות־הבת לחופש הביטוי. עם זאת במסגרתה של זכות זו חופש הביטוי המסחרי הטהור אינו מצוי בגרעינה אלא בשוליה.³⁰⁴ התוצאה היא בין השאר כי מידת ההגנה הניתנת לביטוי המסחרי הטהור פחותה מההגנה הניתנת לביטוי הפוליטי, לרבות הביטוי הפוליטי הנעשה במסגרת מסחרית.³⁰⁵ הכללים החלים על מידת ההגנה הניתנת לביטוי זה מצויים בפסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. אותם היבטים של הביטוי המסחרי הטהור שאין להם "קשר ענייני הדוק" לטעמים המונחים ביסוד כבוד האדם, אף אם היה אפשר לראות בהם חלק מהזכות לחופש הביטוי אילו הוכרה כזכות עצמאית, אין לראות בהם חלק מזכות־הבת לחופש הביטוי המתבססת על זכות־האם לכבוד האדם. כמובן, יש לבחון אם יהיה אפשר לראות בביטוי מסחרי טהור זה חלק מהזכות החוקתית לחופש העיסוק.³⁰⁶

- 299 פרשת נטו, לעיל ה"ש 290, בעמ' 526 (הנשיא א' ברק).
 300 פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 807 (הנשיא ד' ביניש).
 301 פרשת Ford, לעיל ה"ש 293, בעמ' 767.
 302 פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.
 303 לעניין זה, ראו לעיל בעמ' 327.
 304 על ההבחנה בין הגרעין לשוליים, ראו לעיל בעמ' 360.
 305 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 230, בעמ' 49; פרשת קידום יזמות ומו"לות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24.
 306 ראו לעיל בעמ' 745.

ככל שהביטוי המסחרי הוא חלק מהזכות לכבוד האדם, הרי חלות עליו ההוראות הכלליות החלות על כבוד האדם. בהקשר זה יצוינו שני אלה: ראשית, הזכות לחופש הביטוי המסחרי היא זכות חיובית ושלילית כאחד;³⁰⁷ שנית, הזכות לחופש הביטוי המסחרי נתונה לפרט כנגד רשויות השלטון. היא אינה נתונה לפרט אחד כנגד פרט אחר.³⁰⁸

307 ראו לעיל בעמ' 351.

308 ראו לעיל בעמ' 387.

פרק עשרים ושישה

זכות-הבת לחופש המצפון והדת

א. הזכות לחופש המצפון והדת בחקיקה ובהלכה הפסוקה

חופש המצפון והפולחן הדתי¹ הוכרו כזכויות של כל אדם בארץ ישראל כבר בדבר המלך במועצתו, 1922:²

“כל האנשים בארץ-ישראל ייהנו מחופש מצפון מוחלט, ויוכלו לקיים את צורות פולחנם באין מפריע ובלבד שהסדר הציבורי והמוסר יהיו נשמרים”.

בכך ניתן ביטוי בשיטת המשפט המנדטורית למנדט הבריטי על ארץ ישראל.³ הוראה זו עמדה בתוקפה עם הקמת המדינה,⁴ ותוקפה כתוקפו של חוק. היא לא שונתה על ידי הכנסת

1 ראו שמעון שטרית “חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות דתית והטלת הגבלות מטעמי דת” משפטים ג 467 (1972); צבי ברנזון “חופש הדת והמצפון במדינת ישראל” עיוני משפט ג 405 (1974). ראו גם חמץ פ' שלח “על חירות המצפון וחירות הלב: חירות המצפון והדת בישראל וההגבלות על חופש הנישואין” זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבודו של חיים ה' כהן (רות גביון עורכת, 1982); חירות המצפון והדת – אסופת מאמרים לזכרו של חמץ פ' שלח (רות גביון עורכת, 1990); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 175 (מהדורה חמישית, 1996); מיכאל קורנאלדי “חופש הדת בישראל – במה נשתנה 'הסטטוס-קוו'?” שערי משפט ג 287 (2003); גילה שטופלר “הקונפליקט בין חופש הדת וחופש ההתאגדות לבין שוויון ההזדמנויות בעבודה – מבט השוואתי” עבודה, חברה ומשפט יא 323 (2006); דניאל סטמן וגדעון ספיר “הדתות הלא-יהודיות בישראל” מחקרי משפט כח 185 (2013). ראו גם Amnon Rubinstein, *Law and Religion in Israel*, 2 *ISR. L. REV.* 380 (1967); Izhak Englard, *Law and Religion in Israel*, 35 *AM. J. COMP. L.* 185 (1987).

2 סימן 18 לדבר המלך במועצתו על פלשתינה (א”י), 1922. התרגום של השופט יצחק זמיר בבג”ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ”ד נא(2) 509, 522. הנוסח המקורי באנגלית קובע: “All persons in Palestine shall enjoy full liberty of conscience, and the free exercise of their forms of worship subject only to the maintenance of public order and morals”.

3 ראו סעיף 15 לכתב המנדט קבע: “The Mandatory shall see that complete freedom of conscience and the free exercise of all forms of worship, subject only to the maintenance of public order and morals, are ensured to all”.

4 ראו סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש”ח-1948.

עד עצם היום הזה. בכמה פסקי דין הפנה בית המשפט העליון להוראותיה בציון כי היא בסיס סטטוטורי לחופש המצפון והפולחן הדתי במדינת ישראל.⁵ ההכרזה על הקמת מדינת ישראל כוללת בחובה הוראה באשר לחופש הדת והמצפון:⁶

”מדינת ישראל [...] תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות.”

על פי הגישה הפרשנית המקובלת, ההכרזה אינה מעניקה להוראותיה מעמד חוקתי על-חוקי. עם זאת היא ”מהווה נורמה משפטית, המבטאת את מגילת ערכיה של האומה”.⁷ בכך היא מסייעת לפרשנות הנורמות המשפטיות ופיתוחן. כפי שראינו,⁸ בגישה זו לא חל שינוי עד עצם היום הזה.⁹ אכן, ברשימה ארוכה של פסקי דין פנה בית המשפט העליון להכרזה על הקמת המדינה כדי לפרש את הדין הקיים וכדי להיות בסיס לפיתוחו.¹⁰ בצד שני מקורות משפטיים אלה פיתח בית המשפט העליון את המשפט המקובל הישראלי בכל הנוגע לחופש הדת והמצפון. בגדריו של זה הוכרו חופש המצפון והדת כזכויות אדם הלכתיות.¹¹ כבר בפרשת יוסיפוף¹² קבע השופט מ’ לנדוי כי ”חופש המצפון

- 5 ראו ע”פ 112/50 יוסיפוף נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד ה(1) 481 (1951); ע”א 450/70 רוגוזינסקי נ’ מדינת ישראל, פ”ד כו(1) 131, 129 (1971); בג”ץ 866/78 מורד נ’ ממשלת ישראל, פ”ד לד(2) 657 (1980); בג”ץ 292/83 נאמני הר הבית נ’ מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ”ד לח(2) 450 (1984).
- 6 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע”ר התש”ח 1.
- 7 בג”ץ 953/87 פורז נ’ ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ”ד מב(2) 330, 309 (1988) (השופט א’ ברק).
- 8 ראו לעיל בעמ’ 264.
- 9 ראו לעיל ה”ש 265.
- 10 ראו בג”ץ 262/62 פרץ נ’ כפר שמריהו, פ”ד טז 2106, 2116 (1962); בג”ץ 130/66 שגב נ’ בית הדין הרבני האזורי, צפת, פ”ד כא(2) 505 (1967); בג”ץ 222/68 חוגים לאומיים נ’ שר המשטרה, פ”ד כד(2) 141, 213 (1970); פרשת רוגוזינסקי, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 135; פרשת מורד, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 661; פרשת תנועת נאמני הר הבית נ’ מפקד משטרת מרחב ירושלים, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 454; בג”ץ 3261/93 מנינג נ’ שר המשפטים, פ”ד מז(3) 282, 286 (1993); בג”ץ 257/89 הופמן נ’ הממונה על הכותל המערבי, פ”ד מח(2) 265, 354 (1994); ע”א 2266/93 פלוני נ’ פלוני, פ”ד מט(1) 221, 233 (1995); פרשת נאמני הר הבית נ’ ממשלת ישראל, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 522; בג”ץ 7622/02 זונשיין נ’ הפרקליט הצבאי הראשי, פ”ד נו(1) 734, 726 (2002); בג”ץ 2383/04 מילוא נ’ שר הביטחון, פ”ד נט(1) 166, 174 (2004); בג”ץ 10356/02 הס נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פ”ד נח(3) 443, 462 (2004); בג”ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ’ מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ”ד נט(4) 750, 736 (2005); בג”ץ 4661/06 הוועד לפיתוח חברון נ’ מדינת ישראל, פס’ 8 לפסק הדין של השופטת ע’ ארבל (פורסם בנבו, 27.6.2006).
- 11 ראו ברנזון, לעיל ה”ש 1. ראו גם Ruth Lapidoth, *Freedom of Religion and of Conscience in Israel*, 47 CATH. U. L. REV. 441 (1997).
- 12 לעיל ה”ש 5, בעמ’ 486.

והפולחן הוא אחת מחירויות הפרט המובטחות בכל משטר דמוקרטי נאור". על תפיסת יסוד זו חזר בית המשפט העליון בפסיקה ענפה. נקבע כי "במדינה חופשית ודמוקרטית אין המחוקק החילוני מתיימר להכריע בחילוקי האמונות והדעות: זכאי כל אדם לכלכל צעדיו ואורח חייו בהתאם למצפונו שלו, כל עוד אינו עובד עבירה על החוק".¹³ נקבע כי חופש זה מבטיח "מדינת חוק דמוקרטית כמו ישראל".¹⁴ "במדינת ישראל, כל אדם רשאי לחיות בה באמונתו ולעבוד את אלוהיו על־פי דרכו ועל־פי הכרתו, ורשויות המדינה שבה שוקדות על כך כי איש לא ירדף בשל אמונתו הדתית או בשל היעדרה".¹⁵ "כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן. חופש זה מובטח לכל אדם בכל משטר דמוקרטי נאור, והרי הוא מובטח על כן לכל אדם בישראל בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהן".¹⁶ "חופש הדת והפולחן הוא מחירויות היסוד המוכרות של שיטתנו המשפטית ומהווה חלק ממנה".¹⁷ "עקרון חופש הדת והמצפון כלל יסוד הוא במערכת משפטנו".¹⁸ "עקרון־על הוא בישראל – מקורו בשלטון החוק (במובנו המהותי) ובהלכה שיצאה מלפני בתי המשפט – שלאזרח ולתושב בה שמורים גם חופש הדת וגם החופש מדת".¹⁹ "חופש המצפון זכה גם להכרה של בית־המשפט כאחת מזכויות היסוד".²⁰ "חופש הפולחן כביטוי של חופש הדת נמנה עם זכויות היסוד של האדם".²¹ "חופש הדת והפולחן הוכר בפסיקתו של בית משפט זה מכבר הימים".²² "כבר משחר קום המדינה הוכר חופש הדת, המצפון והאמונה כזכות יסוד הלכתית".²³ הלכות אלה יחולו אלא אם יידחו על ידי

- 13 בג"ץ 353/70 אייזיק (שי"ק) נ' משרד הפנים, פ"ד כה (1) 550, 544 (1971) (השופט ח' כהן).
 14 בג"ץ 103/67 "דה אמריקן ארופיין בית־אל מישן" נ' שר הסעד, פ"ד כא (2) 325, 332 (1967) (השופט ח' כהן).
 15 בג"ץ 563/77 דורפלינגר נ' שר הפנים, פ"ד לג (2) 102, 97 (1984) (השופט מ' שמגר). ראו גם בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט (4) 686, 661 (1995).
 16 פרשת נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 454 (השופט א' ברק). ראו גם בג"ץ 4298/93 ג'בארי נ' שר החינוך, פ"ד מח (5) 199, 203 (1995); בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה (4) 277, 267 (2001).
 17 בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (3) 381, 377 (1988) (הנשיא מ' שמגר). ראו גם ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט (1) 233, 221 (1995).
 18 בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מז (2) 661, 692 (1989) (השופט מ' אלון). ראו גם פרשת הופמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 340.
 19 בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז (5) 485, 506 (1993) (השופט מ' חשין). ראו גם בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4), 1, 136 (1997); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראש"ל"צ, פ"ד נג (3) 600, 631 (1999).
 20 פרשת תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 522 (השופט י' זמיר).
 21 פרשת הס, לעיל ה"ש 10, בעמ' 461 (השופט א' פרוקצ'יה).
 22 פרשת עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 750 (השופט ד' ביניש).
 23 בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פס' 71 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, ניתן 1.8.2010).

דבר חקיקה. ברשימה ארוכה של פסקי דין נקבע כי חוק יתפרש כפוגע בזכויות האדם ההלכתיות רק אם הדבר נקבע בלשון מפורשת, ברורה וחד־משמעית.²⁴

ב. חופש המצפון והדת כזכות־בת של כבוד האדם

1. ניתוח הפסיקה

שלושת המקורות – הכרזת העצמאות, דבר המלך והמשפט המקובל – הם בעלי מעמד תת־חוקתי בישראל. האם ניתן להכיר בחופש המצפון והדת כזכות חוקתית בישראל? הצעות חוק־יסוד אשר הוכנו במשך השנים כללו בחובן זכות לחופש המצפון והדת.²⁵ הצעות אלה, כפי שראינו,²⁶ לא עברו את הליך החקיקה. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל בחובו זכות עצמאית למצפון ולדת. האם ניתן להכיר בחופש המצפון והדת כזכות־בת של כבוד האדם?

השאלה עלתה לראשונה כאמרת־אגב בפרשת מנינג.²⁷ באותה פרשה צוין כי השמירה על חופש האמונה, הפולחן והדת "מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו".²⁸ בפרשת הופמן²⁹ ציין הנשיא מ' שמגר כי "בניה ובנותיה של חברה חופשית, שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה, נקראים לכבד את התחושות האישיות־רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה כי הדגשים הרגשיים־אישיים ואורחות הביטוי שלהם שונים מאדם לאדם". בפרשת חורב³⁰ – שעניינה הגבלות על חופש התנועה מטעמים של פגיעה ברגשות הדת – כתב בית המשפט העליון:³¹

"כפייה דתית נוגדת את הזכות לחופש הדת ואת כבוד האדם. התחשבות בצורכי הדת תואמת את חופש הדת ואת כבוד האדם".

- 24 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 558 (1993).
- 25 ראו למשל בנימין אקצין הצעת חוקה למדינת ישראל סעיף 23 (1965); הצעת חוק־יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 448, סעיף 14; הצעת חוק־יסוד: זכויות האדם, החלטה 370 של הממשלה ה-22 "הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם", סעיף 7 (9.4.1989); ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה נוסח מבואר של הצעות לחוקה סעיפים 24–25 (2006).
- 26 ראו לעיל בעמ' 113.
- 27 לעיל ה"ש 10 (פסק הדין ניתן ביום 30.6.1993).
- 28 שם, בעמ' 286. ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 430 (1994): "נראה לי כי כיום יש לגזור חופש זה [חופש הדת, המצפון והאמונה – א"ב] מכבוד האדם".
- 29 לעיל ה"ש 10, בעמ' 354 (השופט א' ברק).
- 30 לעיל ה"ש 19.
- 31 שם, בעמ' 34 (הנשיא א' ברק).

השאלה עלתה שוב בפרשת האגודה ההומניסטית החילונית.³² נטען באותה פרשה כי סמכות השיפוט הייחודית של בתי הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין פוגעת בחופש המצפון של חברי האגודה. בהתייחסו לטענה זו כתב השופט ת' אור:³³

“אפילו תאמר שהוראת סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), יש עימה פגיעה בחופש הדת והמצפון, וכי פגיעה כזו כמוה כפגיעה בזכותו של האדם לכבוד [...]”³⁴ – מבלי שיש צורך שאכריע בכך – סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משמר את הדין כפי שהיה קודם חקיקת חוק היסוד.”

המעמד החוקתי של חופש הדת עלה בפרשת שביט.³⁵ כאן נידונה השאלה אם אפשר למנוע חריטת תאריכי לידה ופטירה בספרות על קבר, וזאת בשל עמדתו של רב העיר. ברוב דעות נפסק כי אין למנוע רישום זה. בפסק הדין צוין בין השאר כי פתרון השאלה טמון באיזון שבין הערכים הרלוונטיים הבאים לידי התנגשות:³⁶

“מחד גיסא מונח הערך (או החירות) בדבר חופש הדת כהיבט של כבוד האדם; מאידך גיסא מונח הערך (או החירות) בדבר חופש מדת שאף הוא היבט של כבוד האדם.”

על האיזון הנדרש כתב בית המשפט:³⁷

“אין [...] לומר כי בהתנגשות בין חופש הדת לבין החופש מדת, ידו של אחד מהם תמיד על העליונה. לו היינו אומרים כך, היינו שוללים מאחת משתי החירויות האלה את מעמדה החוקתי. הדרך הראויה היא זו של איזון בין הערכים והעקרונות המתנגשים בגדריה של חירות אחת.”

בפרשת זונשיין³⁸ התעוררה השאלה של פטור משירות צבאי מטעמים של מצפון. בית המשפט העליון ציין כי ההכרעה בשאלת הפטור מחייבת איזון בין שיקולים מתחרים: מצד אחד עומד חופש המצפון, הנגזר בין השאר “ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו [...]”. התחשבות במצפוננו של הסרבן מתבקשת, גם מהכבוד לאישיותו של האדם

32 בג"ץ 6168/92 האגודה ההומניסטית החילונית בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(4) 289 (1997).

33 שם, בעמ' 303.

34 פסק הדין מפנה לברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 28, בעמ' 430.

35 לעיל ה"ש 19, בעמ' 625.

36 שם, בעמ' 651 (הנשיא א' ברק).

37 שם.

38 לעיל ה"ש 10.

ומהצורך לאפשר לו לפתח אותה"³⁹; מצד אחר עומד השיקול כי אין זה ראוי לפטור חלק מהציבור מחובה כללית המוטלת על הכול. חופש המצפון, על פי גישה זו, נגזר מכבוד האדם. על גישה זו חזר בית המשפט העליון בפרשת מילוא,⁴⁰ שאף בה נידונה שאלת הפטור משירות צבאי מטעמי מצפון. בפסק הדין צוין כי חופש המצפון הוא "ערך חוקתי המוכר במשפט הישראלי. ערך זה נובע מהכרזת העצמאות, הוא נגזר מכבוד האדם וחירותו"⁴¹.

התפתחות נוספת בשאלת היחס שבין חופש המצפון והדת לכבוד האדם התרחשה בשעה שבכמה פסקי דין צוין הקשר ההדוק בין חופש הפולחן לבין חופש הביטוי.⁴² נקבע כי "חופש הפולחן הוא היבט, או שלוחה, של חופש הביטוי. אדם מבטא את עצמו, בתחום האמונה הדתית, באמצעות הפולחן הדתי"⁴³. "חופש הדת מוגן כענף של חופש הביטוי בתחום האמונה הדתית"⁴⁴. כשם שחופש הביטוי נתפס אותה עת על ידי מספר שופטים כנגזר מכבוד האדם,⁴⁵ כך אפשר גם לראות בחופש הדת חלק מכבוד האדם.

מעמדו החוקתי של חופש המצפון והדת עלה בפרשת עיריית בית לחם,⁴⁶ שבה נבחנו חוקיותו של צו שהוצא על ידי המושל הצבאי שעניינו תפיסת מקרקעין לשם סלילת כביש בשביל מתפללים יהודים בקבר רחל. בפסק הדין צוין כי חופש הדת והפולחן הוא אחת מזכויות האדם. נקבע כי "חופש הפולחן הוכר כביטוי לחופש הדת וכשלוחה של חופש הביטוי [...] ויש אף הרואים בו היבט של כבוד האדם"⁴⁷. ברוח דומה נקבע בפרשת הוועד לפיתוח חברון,⁴⁸ שעניינה מיגון פתחי חלונות מסורגים המשקיפים על "ציון קבר אברהם אבינו" במערת המכפלה. נטען כי המיגון פוגע בחופש הפולחן של העותרים. בפסק הדין צוין בין השאר כי ההגנה על חופש הפולחן נובעת בין השאר "מראייתה של חירות זו כענף של חופש הביטוי [...] ואף מראייתה כמסתופפת תחת קורת הגג הרחב של ערך כבוד האדם"⁴⁹.

- 39 שם, בעמ' 734 (הנשיא א' ברק).
 40 לעיל ה"ש 10.
 41 שם, בעמ' 174 (השופטת א' פרוקצ'יה).
 42 ראו פרשת תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 2.
 43 שם, בעמ' 522 (השופט י' זמיר).
 44 פרשת הס, לעיל ה"ש 10, בעמ' 462 (השופטת א' פרוקצ'יה).
 45 ראו לעיל בעמ' 142. אין זהות בין השופטים הסבורים כי חופש דת נגזר מכבוד האדם, לבין השופטים שסברו אותה עת כי חופש הביטוי נגזר מכבוד האדם.
 46 לעיל ה"ש 10.
 47 שם, בעמ' 750 (השופטת ד' ביניש).
 48 לעיל ה"ש 10.
 49 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

שאלת מעמדה החוקתית של הזכות לחופש דת עלתה בפרשת עמותת "נוער כהלכה"⁵⁰. בפרשה זו נידונה הטענה של הפליה על רקע עדתי במוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים. אחת מהטענות של המשיבים הייתה כי ההפרדה בין בנות מזרחיות לבין בנות אשכנזיות אינה על רקע עדתי אלא על רקע דתי. אשר לטענה זו ציין השופט ח' מלצר כי "אצלנו הזכות לחופש דת טרם זכתה למעמד של זכות חוקתית על חוקית"⁵¹. הוא המשיך וציין כי "הכתיבה המודרנית בתחום זה גורסת כי יש להכפיף פרקטיקות תרבותיות לאמת המידה של כבוד במובן של Dignity"⁵².

פרשת ראיין⁵³ עסקה בשאלה עד כמה יש לספק לחם בחג הפסח לאסירים ערבים בבתי סוהר באגפים פליליים מעורבים. בפסק דין המיעוט ציין המשנה לנשיא א' ריבלין:⁵⁴

"חופש הדת אינו מעוגן אצלנו בצורה מפורשת במסמכים החוקתיים שאומצו על ידי הכנסת. עם זאת, לא יכולה, לדעתי, להיות מחלוקת כי הזכות לחרות ולכבוד האדם כוללת, על פי כל פרוש מסתבר, גם את ההגנה על חופש הדת והמצפון. חופש הדת שתי פנים לו: חופש הפולחן הדתי ממנו נהנה המאמין בן אותה הדת, והחופש מדת, ממנו נהנים בני דתות אחרים או בלתי מאמינים. כבוד האדם וחרות האדם שזכו למעמד חוקתי בשיטתנו, מגלמים כשלעצמם שני עקרונות יסוד מתוכם נובעות זכויות אדם נוספות, ובהן חופש הביטוי, האוטונומיה של הפרט, השוויון וחופש הדת. כך מתבקש בשל שמדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית, ובמיוחד כך מתבקש, בשל היותה מדינה יהודית המכבדת את הגר החי בתוכה ואת זכותו לחופש הפולחן ולחופש מדת. עם זאת מאליו יובן כי זכותו של אדם אחד אינה צריכה לפגוע בזכותם של אחרים לקיים את מצוות דתם".

שאלת המעמד החוקתי של חופש הפולחן והדת עלתה בפרשת סולודוך.⁵⁵ הפרשה עסקה בהקצאת מגרש על ידי עיריית רחובות לצורך הקמת בית מדרש תורני. העותרים התנגדו לכך, בין השאר משום שלטענתם הגופים השלטוניים שטיפלו בעניין לא נתנו משקל ראוי לזכות התושבים לחופש מדת. בפסק דינה עמדה השופטת א' פרוקצ'יה על המעמד המשפטי של חופש הפולחן והדת. היא ציינה כי מאז קום המדינה חופשים אלה הם כזכויות יסוד הלכתיות,⁵⁶ והוסיפה:⁵⁷

- 50 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009).
 51 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט ח' מלצר.
 52 שם (ההדגשה במקור).
 53 רע"ב 4201/09 ראיין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 24.3.2010).
 54 שם, בפס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיא א' ריבלין.
 55 פרשת סולודוך, לעיל ה"ש 23.
 56 שם, בפס' 71 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 57 שם, בפס' 72 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

“עם חקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפך חופש הדת והפולחן לזכות יסוד, חקוקה עלי ספר, כחלק מכבוד האדם [...] כבוד האדם כערך חוקתי טומן בחובו את תפיסת היסוד בדבר זכותו של אדם לחופש, הן בגופו והן ברוחו, לעצב את אישיותו ולחיות על פי תפיסת עולמו באין מפריע [...] הקשר בין כבוד האדם לאוטונומיה של הרצון הפרטי מוליד את ההכרה כי חופש האמונה הדתית הינו חלק מכבוד האדם, בהיות חופש זה קשור קשר הדוק לאישיותו של האדם, לתפיסת עולמו, לצו מצפוננו, ולייחודו כפרט. ההכרה בחופש הדת, הפולחן, המצפון והאמונה כחלק מכבוד האדם מעגנת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית”.

במסגרת זו כלולה גם הזכות לחופש מדת. שעה שהזכות לחופש דת והזכות לחופש מדת מתנגשות, “נדרש איזון ראוי בין שתי זכויות יסוד אלה, הנובעות מאותו מקור עצמו – כבוד האדם”.⁵⁸ אמות המידה ועריכתו של איזון זה “נשאבות מעקרונות פיסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו”.⁵⁹

2. הזכות לחופש המצפון והדת כנגזרת מכבוד האדם

(א) הקשר בין חופש המצפון והדת וכבוד האדם

הפסיקה המקיפה באשר למעמדה של הזכות לחופש המצפון והדת עסקה רובה ככולה⁶⁰ בחוקיותן של פעולות תת־חוקתיות. לא היה עליה להתמודד עם חוקתיות חקיקתה של הכנסת, הפוגעת, לפי הטענה, בזכות לחופש המצפון והדת. דברי השופטים הם אפוא אמרות־אגב בכל הנוגע לגזירת הזכות לחופש המצפון והדת מכבוד האדם. הפסיקה עסקה בפרשנות חקיקה ראשית ובחוקיותה של חקיקת משנה והוראות מנהל, ולא בשאלה אם הוראות חקוקות אלה אינן חוקתיות, שכן הן פוגעות בכבוד האדם פגיעה לא מידתית. עם זאת נראה לי כי המסקנה העולה מפסקי דין אחדים, שלפיהם הזכות לחופש המצפון והדת נגזרת מכבוד האדם, היא מבוססת.⁶¹ הטעמים לכך הם אלה: ראשית, הודגש בפסיקה כי פגיעה בחופש המצפון והדת פוגעת בחופש הרצון ובאוטונומיה של הרצון.⁶² שמירה על

58 שם, בפס' 74 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

59 שם, בפס' 76 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

60 החרג הוא פרשת האגודה ההומניסטית החילונית בישראל, לעיל ה"ש 32, שבו נבחנה השאלה אם חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953, ס"ח 165, פוגע בחופש המצפון. חוק זה נופל לגדר ההוראה בעניין שמירת הדינים.

61 ראו אביעד הכהן “התחייבה העצמות האלה?” – חופש המדע, חופש הדת וכבוד האדם – עיונים בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית” מאזני משפט ד 219 (2005).

62 ראו פרשת שביט, לעיל ה"ש 19, בעמ' 653; בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999).

חופש המצפון והדת מאפשרת לפרט לממש את זהותו העצמאית⁶³ ואת האני שלו,⁶⁴ את חופש הבחירה הנתון לו⁶⁵ ואת רצונו לפתח את עצמו.⁶⁶ כל אלה משקפים את ההיבטים השונים של אנושיות האדם המונחת ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם. אכן, "הקשר בין כבוד האדם לאוטונומיה של הרצון הפרטי מוליד את ההכרה כי חופש האמונה הדתית הינו חלק מכבוד האדם, בהיות חופש זה קשור קשר הדוק לאישיותו של אדם, לתפיסת עולמו, לצו מצפונו, ולייחודו כפרט".⁶⁷

שנית, ההכרזה על הקמת מדינת ישראל קובעת בין השאר כי מדינת ישראל "תבטיח חופש דת, מצפון".⁶⁸ הפסיקה בדבר "עקרונות יסוד" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי זכויות האדם "יכובדו ברוח העקרונות על הקמת מדינת ישראל".⁶⁹ עקרונות אלה כוללים בין השאר את חופש המצפון והדת. כפי שראינו, להוראה זו השפעה פרשנית.⁷⁰ על כן אחת התכליות הכלליות המונחות ביסוד הזכות לכבוד האדם – כמו גם הזכויות החוקתיות האחרות שבחוק היסוד – היא התכלית של הבטחת חופש המצפון והדת.⁷¹ בדומה לזה, "פסקת המטרה" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי מטרתו של חוק היסוד היא להגן על כבוד האדם וחירותו "כדי לעגן בו את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁷² "ההכרה בחופש הדת והפולחן, המצפון והאמונה כחלק מכבוד האדם מעגנת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁷³ "כך מתבקש בשל היותה מדינה יהודית המכבדת את הגר החי בתוכה, ואת זכותו לחופש הפולחן ולחופש הדת".⁷⁴

שלישית, שופטים של בית המשפט העליון עמדו על הקשר שבין חופש הדת והמצפון לבין חופש הביטוי.⁷⁵ עם ההכרה בחופש הביטוי כזכות-בת של כבוד האדם⁷⁶ ממילא מתבקש גם להכיר בחופש המצפון והדת כזכות-בת של כבוד האדם.

- 63 ראו פרשת הס, לעיל ה"ש 10, בעמ' 461; פרשת הוועד לפיתוח חברון, לעיל ה"ש 10, בפס' 8 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.
- 64 ראו פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 277.
- 65 ראו פרשת התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 62.
- 66 ראו פרשת זונשיין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 734.
- 67 פרשת סולודוך, לעיל ה"ש 23, בפס' 72 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 68 ראו לעיל בעמ' 756.
- 69 סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 70 ראו לעיל בעמ' 261.
- 71 ראו פרשת זונשיין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 734; פרשת מילוא, לעיל ה"ש 10, בעמ' 174.
- 72 סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 73 פרשת סולודוך, לעיל ה"ש 23, בפס' 72 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה. ראו גם פרשת זונשיין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 734; פרשת מילוא, לעיל ה"ש 10, בעמ' 178.
- 74 פרשת ראיק, לעיל ה"ש 53, בפס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.
- 75 ראו לעיל בעמ' 760.
- 76 ראו לעיל בעמ' 708.

(ב) חופש המצפון והדת והדרישה ל"קשר ענייני הדוק"

לחופש המצפון והדת טעמים שונים. ברשימה חשובה⁷⁷ ציינו ד' סטטמן וג' ספיר כי אפשר לחשוב על ארבעה צידוקים להגנה על חופש הדת:⁷⁸

"לפי הראשון, פגיעה בחופש הדת מניבה תוצאות שליליות, בעיקר מוסריות, לחברה בכללה; לפי השני, פגיעה בחופש הדת פוגעת באושרם של היחידים הדתיים, ובאחד המשאבים המרכזיים של המדינה להגדלת האושר של חבריה; לפי השלישי, פגיעה בחופש הדת מהווה פגיעה חמורה במצפון או ביושר (integrity) של היחיד הדתי; לפי הרביעי והאחרון, היא מחלישה את התרבות הדתית".

ארבעת הצידוקים האלה מונחים ביסוד ההכרה בזכות חוקתית עצמאית לחופש המצפון והדת. זכות עצמאית כזו אינה מוכרת בישראל. חופש המצפון והדת מוכר בישראל אך כזכות־בת הנגזרת מזכות־האם של כבוד האדם. מה נובע מכאן לעניין היקפה של זכות־הבת לחופש המצפון והדת?

שאלה זו אינה מיוחדת לחופש המצפון והדת. זו שאלה כללית המשתרעת על כל אותן זכויות עצמאיות המוכרות בחוקות מודרניות ושאינן מוכרות בישראל. כפי שראינו,⁷⁹ נכללים בגדרי כבוד האדם רק אותם היבטים שהם חלק מהזכות העצמאית (החסרה אצלנו) אשר להם "קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם כזכות־אם. על כן רק אותם היבטים של חופש המצפון והדת, המוכרים כזכויות עצמאיות בחוקות השונות, ואשר להם קשר ענייני הדוק לכבוד האדם, יוכרו כחלק מזכות־הבת לחופש המצפון והדת. לעניין זה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת סולודוך:⁸⁰

"הקשר בין כבוד האדם לאוטונומיה של הרצון הפרטי מוליד את ההכרה כי חופש האמונה הדתית הינו חלק מכבוד האדם, בהיות חופש זה קשור קשר הדוק לאישיותו של האדם, לתפיסת עולמו, לצו מצפוני, ולייחודו כפרט".

קשר ענייני הדוק זה צריך להתקיים בכל אחד מהצידוקים המונחים ביסוד חופש המצפון והדת, כזכות־בת לכבוד האדם. למשל, אפשר להטיל ספק אם שני הטעמים הראשונים שמביאים סטטמן וספיר לצידוק חופש הדת מקיימים את הדרישה לקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. לדעתי, ממגוון הטעמים המונחים ביסוד הזכות העצמאית לחופש הדת קשר ענייני

77 דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת, והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004).

78 שם, בעמ' 8.

79 ראו לעיל בעמ' 327.

80 לעיל ה"ש 23, פס' 72 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

הדוק קיים לעניין הטעם המבוסס על הקשר שבין חופש הדת לבין ההגנה על המצפון. לבחינתו של קשר זה נעבור עתה.

ג. חופש המצפון

1. מהותו של חופש המצפון

בחוקת מספר וכן במסמכים בין-לאומיים מוכרת זכות עצמאית לחופש המצפון. ההכרזה האוניברסלית למשל קובעת:⁸¹

“Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion”.

בדומה לזה קובעת החוקה של דרום-אפריקה:⁸²

“Everyone has the right to freedom of conscience, religion, thought, belief and opinion”.

מהו חופש המצפון בהשרים אלה? על שאלה זו אין תשובה מקובלת. המושג “מצפון” קשה להגדרה.⁸³ חיים כהן כותב כי “ה'מצפון' הוא מעין מצפן המכוון הליכות אדם והמשמש לו מבחן להבחין בין טוב לרע, בין המוסרי ובין הלא-מוסרי”.⁸⁴ כהן סומך עצמו בעניין זה על מיל, אשר כותב כי בגדרי החירות האנושית יש לכלול את תחומה הפנימי של

- 81 סעיף 18 ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (The Universal Declaration of Human Rights, GA RES. 21A (III), UN DOC A/ 810 AT 71 (1948); סעיף 18 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966); סעיף 9 לאמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005 (Nov. 4, 1950)). ראו גם LEONARD HAMMER, THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHT TO FREEDOM OF CONSCIENCE: SOME SUGGESTIONS FOR ITS DEVELOPMENT AND APPLICATION (2001).
- 82 סעיף 18 לחוקה של דרום-אפריקה (1996). ראו גם סעיף 2(a) לצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות (1982); סעיף 1(4) לחוק-היסוד של גרמניה (1949).
- 83 ראו CAROLYN EVANS, FREEDOM OF RELIGION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 52 (2001) HUMAN RIGHTS. ראו גם RUTLEDGE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY 579 (2001) (Edward Craig ed., 1998); BECKER ENCYCLOPEDIA OF ETHICS 205 (Lawrence C. Becker & Charlotte B. Becker eds., 2001).
- 84 חיים כהן המשפט 531 (1992).

התודעה. האדם "תובע את חירות המצפון במובנה הרחב ביותר".⁸⁵ הגדרה שונה לחופש המצפון אפשר למצוא אצל סטטמן וספיר. על פיה:⁸⁶

"במושג מצפון הכוונה היא לאמונותיו הנורמטיביות העמוקות של האדם, אלה שמכוננות את זהותו האישית".

המחברים מציינים כי "הכוונה [...] לאמונות נורמטיביות שתוכנן עשוי להשתנות מאדם לאדם. [...] למושג 'מצפון' יש איפוא אופי אינדיבידואלי וסובייקטיבי מובהק".⁸⁷ הצידוק הליברלי־חילוני לכיבוד המצפון הוא "שכפיית אדם לפעול נגד אמונותיו הנורמטיביות העמוקות מסיבה איום חמור על היושר (integrity) שלו ויוצרת אצלו תחושות קשות של ניכור עצמי ואבדן זהות, ולפיכך יש להימנע ממנה במידת האפשר".⁸⁸ גישה שונה נוקטת מרתה נוסבאום. על פיה המצפון הוא התכונה המייחדת את האדם בחיפושיו אחר המשמעות הסופית של החיים (life's ultimate meaning). יש להגן על חופש המצפון של הפרטים כדי שהם יוכלו להגשים את חיפושיהם למשמעות החיים.⁸⁹

הגדרת המושג "מצפון" עלתה בפני בית המשפט החוקתי הגרמני לעניין הוראת סעיף (1)4 לחוק־היסוד הגרמני, שעל פיה מוגן חופש המצפון (Die Freiheit des Gewissens). כותב בית המשפט החוקתי:⁹⁰

"'Conscience' [...] must be understood as a mental phenomenon, that (regardless of its foundation) can be experienced in reality, the demands, admonitions and warnings of which constitute immediately evident commandment of what absolutely must do [...]. A decision based on conscience is – as follow from its nature – always made in light of a specific situation in which it is psychologically inevitable to make a

85 ראו ג'ון סטיוארט מיל על החירות 57 (עופר קובר מתרגם, 2006).

86 ראו סטטמן וספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 11. הגדרתם סומכת על ROUTLEDGE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, לעיל ה"ש 83, בעמ' 579: "[S]omeone's conscience may be considered to comprise those fundamental moral convictions by keeping to which they retain a sense of their moral integrity and decency as people. In this sense some-thing is a 'matter of conscience' or raises 'questions of conscience' if it touches on such central personal principles"

87 ש.ם.

88 ש.ם.

89 ראו MARTHA C. NUSSBAUM, LIBERTY OF CONSCIENCE: IN DEFENSE OF AMERICA'S TRADITION OF RELIGIOUS EQUALITY 19 (2008).

90 בפרשת הסרבנות המצפונית BVerfGE 12, 45 (1960). התרגום הוא מתוך SABINE MICHALONSKI & LORNA WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES 196 (1999).

decision; the call of one's conscience is audible for the individual as a moral and absolutely binding decision with regard to imperative behavior [...]. Every serious more decision that is orientated to the categories of 'good' and 'bad' and that the individual psychologically experiences in a given situation as so binding and absolutely imperative that he could not contravene it without coming into a serious moral dilemma, is therefore a decision of conscience".

ברוח גישה זו נפסק בפרשת זונשיין כי ביסוד טעמים שבמצפון "מונחת החלטה מוסרית רצינית [...] באשר לטוב ולרע מנקודת מבטו של הפרט, הרואה עצמו מחויב לפעול על-פיה באופן שפעולה בניגוד לה תיפגע פגיעה קשה במצפונו".⁹¹

2. חופש המצפון כזכות-בת של כבוד האדם

חופש המצפון אינו מוכר בישראל כזכות חוקתית עצמאית. הוא חדר למשפט החוקתי כזכות-בת של כבוד האדם. על כן רק אותם היבטים של חופש המצפון כזכות חוקתית עצמאית הקשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם נכללים בגדריו ומוכרים כזכות-בת חוקתית.⁹² אלה הם ההיבטים הקשורים לאוטונומיה של הרצון ולחופש הרצון, כלומר לאנושיותו של האדם. חופש המצפון נועד להגן על אנושיות זו. הוא מעניק לאדם את החופש לפעול על פי צוים פנימיים הנתפסים על ידיו כמחייבים, ואשר פגיעה בהם תפגע עמוקות בזהותו כאדם. לעניין זה אין נפקא מינה אם ההתנהגות שנראית סובייקטיבית לפרט, בצו פנימי שאין להתפשר עמו, היא אכן כזו בעיני הסובבים אותו. "חופש המצפון פירושו החופש לנהוג בהתאם להוראות המצפון גם אם הוא טועה".⁹³ על כן אדם יפעל על פי מצפונו אם להשקפתו פעולתו היא מוסרית. זאת גם אם בעיני הסובבים אותו והחברה בכללותה פעולתו אינה מוסרית כלל ועיקר. זאת ועוד: "ההתנהגות נשוא חופש המצפון יכולה להתבטא במחשבות או בפעולות. אדם הנהנה מחופש המצפון אין למנוע ממנו את הזכות להגשים את צויו מצפונו בדרך של פעולות".⁹⁴

מתפיסה זו של חופש המצפון נובע כי אפשר להצדיק את חופש הדת כזכות-בת של חופש המצפון (וזכות-נכדה של כבוד האדם). אכן, לא פעם נפסק כי "חופש המצפון כולל גם את חופש הדת".⁹⁵ "הואיל והאמונות הדתיות שייכות באופן מובהק לקטגוריה של אמונות נורמטיביות עמוקות המכוננות את הזהות האישית, הרי שכפיית אדם לפעול בניגוד

91 פרשת זונשיין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 733.

92 ראו לעיל בעמ' 327.

93 חיים גנו ציות וסירוב: אנרכיזם פוליטי וסרבנות פוליטית 133 (1996).

94 פרשת יוסיפוה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 494 (השופט מ' לנדוי) ובעמ' 496 (השופט מ' זילברג).

95 שם, בעמ' 496 (השופט מ' זילברג). ראו גם פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 497.

לאמונתו הדתית היא כפייתו לפעול בניגוד למצפונו, ובניגוד לערכים המכוננים חלק מרכזי בעולמו".⁹⁶ עם זאת חופש המצפון אינו מוגבל אך לחופש הדת. "יש 'מצפון' גם למי שאין לו אמונה דתית".⁹⁷ "חופש המצפון הוא מושג יותר רחב מחופש הדת. הוא נעוץ במידה רבה בהכרתו האישית של כל אדם והיסוד הסובייקטיבי הוא עיקר".⁹⁸ "חופש המצפון כערך חוקתי כללי עשוי להתפרס על כל מגוון הדעות, הרעיונות והאמונות של האדם בכל תחומי החיים. אולם תוכנו והיקפו המוגדר עשויים להשתנות בהתאם להקשר הדברים".⁹⁹ על כן אפשר להצדיק את שלילת הכפייה הדתית בחופש המצפון של הנכפה. אכן, "חיובו של כופר בדת להיזקק לשיפוטו של בית־דין דתי ולעבור טכס בעל אופי דתי מסורתי, הנוגד את הכרתו ומצפונו – מהווה פגיעה בחופש המצפון שלו".¹⁰⁰

חופש המצפון הוא זכות "שלילית" ו"חיובית" גם יחד. בהיותו חלק מכבוד האדם מוטלת על המדינה החובה שלא לפגוע בחופש המצפון והחובה להגן על חופש המצפון – אם בפעולותיה החיוביות ואם בדרך של מניעת צדדים שלישיים מלפגוע בחופש המצפון של הפרט.¹⁰¹ חופש המצפון הוא זכותו החוקתית של הפרט נגד רשויות השלטון. אין הוא זכותו החוקתית של פרט נגד פרט אחר.¹⁰²

חופש המצפון משתרע על התנהגות שבמסגרתו של הפרט היא מוחלטת, ושהגשמתה קשורה במישרין לזהותו העצמית כאדם. מנקודת מבטה של שיטת המשפט הישראלית הזכות לחופש המצפון היא יחסית.¹⁰³ "זכותו של אדם לחופש המצפון, כולל החופש מדת, אינה זכות מוחלטת. יש והיא נסוגה מפני שיקולים אחרים".¹⁰⁴ אפשר אפוא להצדיק חוק המגביל את חופש המצפון על כל היבטיו אם אותו חוק מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

3. חופש המצפון ופטור מהשירות הצבאי

מקרה מיוחד של חופש מצפון הוא זה שבו אדם מבקש שלא לשרת בצבא – אם בכלל ואם באופן סלקטיבי – מטעמים שבמצפון (conscientious objection). בחוקות מסוימות יש

- 96 סטטמן וספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 13.
 97 כהן, לעיל ה"ש 84, בעמ' 530.
 98 פרשת רוגוזינסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 134 (השופט צ' ברנזון).
 99 פרשת מילוא, לעיל ה"ש 10, בעמ' 178 (השופט א' פרוקצ'יה).
 100 פרשת רוגוזינסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 134 (השופט צ' ברנזון). ראו גם פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 500; בג"ץ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מט(5) 94, 105 (1995). ראו גם שטרית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 467.
 101 ראו לעיל בעמ' 347.
 102 ראו לעיל בעמ' 387.
 103 ראו גנז, לעיל ה"ש 93, בעמ' 134.
 104 פרשת הוועד לשומרי מסורת, לעיל ה"ש 100, בעמ' 105 (השופט ת' אור).

בעניין זה הוראות מיוחדות.¹⁰⁵ ברובן נדון עניין זה בהקשר של חופש מצפון שלא מטעמי דת.¹⁰⁶ בישראל "טעמים שבמצפון יכול שישמשו כאחד הנימוקים, המאפשרים לגורמים המוסמכים להתחשב בהם, לפי שיקול דעתם, לפטור מחובת השירות הצבאי".¹⁰⁷ פטור זה ניתן בישראל על ידי שר הביטחון במקום שסרבנות המצפון היא "מלאה", כלומר הפרט מסרב לשאת נשק ולהילחם בכל מלחמה, תהא עילתה אשר תהא. לא ניתן פטור לסרבנות מצפון "סלקטיבית", כלומר הפרט מוכן לשאת נשק ולהילחם במלחמה פלונית ולא במלחמה אלמונית.¹⁰⁸ נראה לי כי גם סרבנות לשירות צבאי סלקטיבית נגזרת מזכות-הבת לכבוד האדם. עם זאת פגיעה בזכות זו היא מידתית בשל אופייה הסלקטיבי.

ד. חופש הדת

1. חופש הדת כזכות-בת של כבוד האדם

במרבית החוקות ובכמה מסמכים בין-לאומיים¹⁰⁹ מוכרת זכות עצמאית לחופש הדת.¹¹⁰ ההכרזה האוניברסלית כורכת בהוראה אחת את ההגנה על חופש המצפון והדת.¹¹¹ הוא הדין בחוקה של דרום-אפריקה¹¹² ובאמנה האירופית לזכויות האדם.¹¹³ אכן, התפיסה המקובלת היא כי הרצינול העיקרי – גם אם לא היחיד – להכרה בחופש הדת הוא כי בכך מוגן חופש המצפון. על פי גישה זו, חופש הדת הוא חלק מחופש המצפון.¹¹⁴ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מכיר בחופש הדת כזכות חוקתית עצמאית. חופש הדת מוכר בישראל כזכות חוקתית רק אם אפשר לראות בו זכות-בת של כבוד האדם. רק אותם היבטים של חופש הדת הנובעים מאנושיותו של האדם – מחופש הרצון שלו,

- 105 ראו למשל סעיפים (3) 4-12a לחוק-היסוד של גרמניה; סעיף 10 לאמנה האירופית לזכויות האדם ולחירויות היסוד (1950); Stefano Rodota, *Conscientious Objection to Military Service*, in FREEDOM OF CONSCIENCE 94 (1993).
- 106 ראו Evans, לעיל ה"ש 83, בעמ' 170.
- 107 בג"ץ 734/83 שיינ נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 393, 402 (1984) (השופט מ' אלון). ראו גם בג"ץ 1380/02 בן ארצי נ' שר הביטחון, פ"ד נו(4) 476 (2002).
- 108 ראו פרשת זונשיין, לעיל ה"ש 10; פרשת מילוא, לעיל ה"ש 10.
- 109 ראו: ANAT SCOLNICOV, *THE RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM IN INTERNATIONAL LAW: BETWEEN GROUP RIGHTS AND INDIVIDUAL RIGHTS* (2011).
- 110 ראו Steven D. Smith, *The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse*, 140 U. PA. L. REV. 149 (1991).
- 111 סעיף 18 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם.
- 112 סעיף 15(1) לחוקה של דרום-אפריקה.
- 113 סעיף 9 לאמנה האירופית לזכויות האדם. ראו Evans, לעיל ה"ש 83.
- 114 לגישה כי חופש הדת מגן על הזכות לתרבות ונגזר ממנה, ראו Gidon Sapir, *Religion and State: A Fresh Theoretical Start*, 75 NOTRE DAME L. REV. 579 (1999).

מהאוטונומיה שלו ומכוחו לכתוב את סיפור חייו בגדריה של החברה – הם בעלי מעמד חוקתי בישראל.¹¹⁵ היבטים אלה הם נרחבים. אכן, בין חופש הדת לבין כבוד האדם כאנושיותו של האדם קיים קשר הדוק. החופש להאמין באל הוא אחד הביטויים החשובים ביותר של החופש של אדם מאמין לבטא את אישיותו ואת זהותו כאדם. האל מרכזי בסיפור חייו של האדם המאמין. עמד על כך השופט זקס (Sachs J.) בבית המשפט החוקתי של דרום־אפריקה:¹¹⁶

“The right to believe or not to believe, and to act or not to act according to his or her beliefs or non-belief, is one of the key ingredients of any person’s dignity. Yet freedom of religion goes beyond protecting the inviolability of the individual conscience. For many believers, their relationship with God or creation is central to all their activities. It concerns their capacity to relate in an intensely meaningful fashion to their sense of themselves, their community and their universe. For millions in all walks of life, religion provides support and nature and a framework for individual and social stability and growth. Religious belief has that capacity to awake, concepts of self-worth and human dignity which form the cornerstone of human rights”.

מכאן חשיבותה של זכות־הבת לחופש הדת במרקם זכויות־הבת של כבוד האדם. היא הוכרה כמצויה “ברמה הגבוהה ביותר במדרג הזכויות [...] כשוות משקל לחופש הביטוי”.¹¹⁷

בחוקות שונות מקובלים הסדרים בדבר הפרדת הדת מהמדינה,¹¹⁸ מעמדן של הכנסיות הדתיות וארגון הפנימי. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו עוסק בשאלות אלה במישרין. הטיפול בשאלות אלה עקיף, והוא רלוונטי לענייננו רק מקום שהוא נגזר מכבוד האדם בזכות חוקתית. עם זאת ייאמר מיד כי “ישראל איננה מדינה תיאוקרטית, כי לא הדת מסדירה

115 ראו לעיל בעמ' 244.

116 פרשת Christian Education SA v. Minister of Education, 2000 (4) S.A. 757 (CC).

117 פרשת עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 756 (השופטת ד' ביניש). ראו גם פרשת הס, לעיל ה"ש 10, בעמ' 466.

118 ראו רות גביון “דת ומדינה: הפרדה והפרטה” משפט וממשל ב 55 (1994); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167. על דת ומדינה במשפט המשווה, ראו RAN HIRSCHL, CONSTITUTIONAL THEOCRACY (2010). על הפרדת הדת מהמדינה בגרמניה ובארצות הברית, ראו CLAUDIA E. HAUPT, RELIGION-STATE RELATIONS IN THE UNITED STATES AND GERMANY: THE QUEST FOR NEUTRALITY (2012).

בה חיי האזרח אלא החוק".¹¹⁹ עקרון חופש הדת בישראל "מקורו בשלטון החוק (במובנו המהותי) ובהלכה שיצאה מלפני בתי המשפט [...]. מצוות הדת – או עקרונות השאובים מן הדת – אינן חוק לישראל".¹²⁰ "עקרון-על הוא במשפטנו, שמצוות הדת אינן חוק לישראל אלא אם באו אל-תוכו של חוק. משבאו אל חוק, מחייבות המצוות לא מכוחן שלהן אלא מכוחו של החוק".¹²¹

על כן אין לנו צורך, לעניין חופש הדת, לבחון מקרוב "דת" מהי. פעילות פרשנית זו חשובה היא במקום שהחוקה מגדירה זכות עצמאית לחופש דת. לא כן בגדרי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שאינו נזקק לביטוי "דת" כלל ועיקר. חופש הדת הוא חופש האמונה, תהא הגדרתה של דת אשר תהא. ואף אם ייאמר שבעניין פלוני על פני הדברים ברור שאין לנו עניין כלל בדת, עדיין יכול שיהיה לנו עניין במצפון, והרי חופש המצפון גם הוא מוכר כזכות-בת של כבוד האדם.

לעתים מפלה המדינה בין פרטים על רקע דתי.¹²² בכך היא פוגעת לא רק בזכותו של הפרט הנפגע לחופש דת אלא גם בזכותו לשוויון.¹²³ הן חופש הדת והן הזכות לשוויון הן זכויות-בת חוקתיות של כבוד האדם. חוקתיותה של הפגיעה צריכה להיבחן בגדריהן של כל אחת מהזכויות הללו.

2. תוכנו של חופש הדת כזכות-בת חוקתית

חופש הדת – וחופש הפולחן הדתי הנגזר ממנו – הוא החופש של כל אדם בישראל להאמין באל ולנקוט את כל הפעולות שאמונתו מחייבת, להימנע מכל הפעולות שאמונתו אוסרת, והכול כדי להגשים הלכה למעשה את אמונתו.¹²⁴ "חופש הדת והמצפון אינו כולל

119 בג"ץ 72/62 רופאיון נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428, 2439 (1962) (השופט מ' זילברג).

120 פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 506 (השופט מ' חשין).

121 פרשת חורב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 136 (השופט מ' חשין). ראו גם פרשת שביט, לעיל ה"ש 19, בעמ' 631.

122 ראו בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו גוש, קרית ענבים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821 (1971); פרשת התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 381 ("נובע מקיומה של החירות האמורה [חופש הדת והפולחן – א"ב], שינהגו במאמינים במידה של שוויון, וכי רשויות השלטון ירחיקו עצמן מכל מעשה או מחדל כלפי המאמינים על זרמיהם, לרבות ארגוניהם ומוסדותיהם, שטעם של הפליה פסולה מתלווה אליו") (הנשיא מ' שמגר). על יחסה של ישראל לבני הדתות הלא-יהודיות, ראו סטטמן וספיר "הדתות הלא יהודיות בישראל", לעיל ה"ש 1.

123 ראו פרשת התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 62, בעמ' 374 ("חופש הדת מטיל איסור על כל רשות מינהלית [...] איסור להפלות אדם [...] בשל תפיסה דתית שבחר לעצמו") (השופט י' זמיר). ראו גם בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 508.

124 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 176. ראו גם Dieter Grimm, *Conflicts between General Laws and Religious Norms*, 30 CARDOZO L. REV. 2369 (2009).

רק את חופש האמונה שבלב, אלא הוא כולל גם את החופש לפעול ולנהוג על פי אותה אמונה.¹²⁵ "חופש הדת [...] כולל בחובו, בין השאר, את החופש לקיים את מצוות הדת ודרישותיה".¹²⁶ "חופש הדת [...] משתרע על חירותו של הפרט להאמין, וחירותו לפעול על פי אמונתו תוך מימוש כלליה ומנהגיה ('חופש הפולחן')".¹²⁷ חופש הפולחן כולל את החופש "להתפלל במקום הקדוש לו".¹²⁸ "במדינת ישראל [...] כל אדם רשאי לחיות בה באמונתו ולעבוד את אלוהים על פי דרכו ועל פי הכרתו, ורשויות המדינה שבה שוקדות על כך כי איש לא יירדף בשל אמונתו הדתית או בשל היעדרה".¹²⁹

חופש הדת כולל את הזכות להמיר את הדת¹³⁰ ואת הזכות להטיף לדת ולהפיצה ברבים.¹³¹ ואת הזכות שלא להשתייך לכל דת.¹³² "חופש הפולחן [...] הינו חירות יסוד הנתונה ליחיד לבטא את רגשותיו הדתיים ולהגשים את אמונתו, ובכך הוא חיוני לגיבוש זהותו האינדיבידואלית של הפרט".¹³³ על כן כולל חופש הדת את חופש הפולחן הדתי¹³⁴ ובגדריו את החופש להתפלל על פי מצוות הדת.¹³⁵ להורים הזכות לקבוע את דתם של ילדיהם.¹³⁶ "מניעת הורה מהקניית אמונתו ומחינוך ילדיו על ברכי דתו פוגעת בחופש הדת שלו".¹³⁷

חובתה של המדינה לעניין חופש הדת היא כפולה: מחד גיסא אל לה למדינה לפגוע בחופש הדת של האדם (ההיבט השלילי) ומאידך גיסא על המדינה להגן על חופש הדת מפני

- 125 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 17, בעמ' 233 (הנשיא מ' שמגר). ראו גם פרשת יוסיפו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 494; פרשת כפר שמריהו, לעיל ה"ש 10, בעמ' 2105; פרשת מנינג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 286; פרשת הופמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 340; פרשת הס, לעיל ה"ש 10, בעמ' 461.
- 126 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 528 (1998) (הנשיא א' ברק).
- 127 פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 277 (הנשיא א' ברק); פרשת עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 752.
- 128 שס, בעמ' 750 (השופט ד' ביניש). ראו גם פרשת הוועד לפיתוח חברון, לעיל ה"ש 10, פס' 8 לפסק הדין של השופט ע' ארבל.
- 129 פרשת דורפלינגר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 102 (השופט מ' שמגר).
- 130 ראו פרשת פלוני, לעיל ה"ש 17, בעמ' 234.
- 131 ראו פרשת "דה אמריקן ארופיין בית-אל מיישן", לעיל ה"ש 14, בעמ' 333.
- 132 ראו פרשת שגב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 551; פרשת רוגוזינסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 133; ע"א 448/72 ש"ק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כז(2) 3, 8 (1973).
- 133 פרשת הוועד לפיתוח חברון, לעיל ה"ש 10, פס' 8 לפסק הדין של השופט ע' ארבל.
- 134 ראו בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, 197 (1970).
- 135 ראו בג"ץ 537/81 שטנגר נ' ממשלת ישראל, פ"ד לה(4) 673 (1981); פרשת נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 454.
- 136 ראו פרשת "דה אמריקן ארופיין בית-אל מיישן", לעיל ה"ש 14, בעמ' 329.
- 137 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 17, בעמ' 233 (הנשיא מ' שמגר).

צדדים שלישיים המבקשים לפגוע בה.¹³⁸ אכן, "שומרי מצוות זכאים וראויים הם להגנה במקומם ככל קבוצה אחרת בישוב, והרי חופש הדת משמיע מעצמו צורך בהגנה זו".¹³⁹ המדינה פוגעת בחופש הדת שעה שהיא אוסרת על האדם את שאמונתו מצווה עליו לעשות.¹⁴⁰ חופש הדת הוא "החופש למלא את אשר הדת מצווה".¹⁴¹ חופש הדת כולל "את זכותו של אדם שלא יכפו עליו לפעול בניגוד לדתו. כן כולל חופש הדת את זכותו של אדם לבטא עצמו על ידי לבוש מתאים לצינוי דתו".¹⁴² האם חופש הדת נפגע כאשר המדינה אוסרת על האדם את שהדת אינה מצווה עליו אך מתירה לו? גישתה של הפסיקה היא שאיסור זה אין בו פגיעה בחופש הדת. על כן איסור על ריבוי נשים אינו פוגע בחופש הדת של הגבר המוסלמי.¹⁴³ זאת ועוד: חופש הדת של פלוני לא נפגע במקום שאלמוני פועל בניגוד למצוות הדת, ואין בפעולתו זו כדי להביא את פלוני לפעול בניגוד למצוות הדת. על כן נקבע כי קיום שידורי טלוויזיה בשבת אינו פגיעה בחופש הדת של הפרט שאינו צופה בטלוויזיה בשבת.¹⁴⁴ בדומה לזה, ייבוא בשר לא כשר ואכילתו על ידי יהודים אין בהם פגיעה בחופש הדת של היהודים המאמינים.¹⁴⁵ ברוח זו התרת נסיעה בשבת בשכונה דתית אינה פוגעת בחופש הדת של בני השכונה הדתיים.¹⁴⁶ על רקע זה נפסק כי שידור סרט טלוויזיה בשבת אינו פוגע בחופש הדת של המשתתפים בסרט אשר ביקשו שלא לשדרו בשבת. אין לראות בפעולתם של המשדרים משום פגיעה בחופש הדת של המשתתפים.¹⁴⁷ "כשם שלא יעלה על הדעת כי חופש הדת של יהודי שומר תורה ומצוות נפגע אם ספר שהוא כתב בימי חול נקרא בשבת תוך חילול שבת, כן לא יעלה על הדעת כי חופש הדת של יהודי שומר תורה ומצוות נפגע אם ריאיון שהוא נותן ביום חול משודר בשבת. אכן, הרחבה בלתי מבוקרת של חופש הדת סופה זילות של חופש הדת וריקונו מתוכן".¹⁴⁸

הזכות לחופש הדת, כנגזרת מכבוד האדם, היא זכות חוקתית יחסית.¹⁴⁹ אין היא זכות מוחלטת. על כן המשפט התת-חוקתי עשוי לפגוע בזכות זו. פגיעה זו תהא חוקתית אם היא תקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. אכן, בשורה ארוכה של פסקי דין נבחנו הוראות חוק

- 138 ראו פרשת התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 62.
 139 פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 507 (השופט מ' חשין).
 140 ראו פרשת יוסיפוץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 494.
 141 בג"ץ 49/54 מלחם נ' השופט השרעי, עכו והמחוזי, פ"ד ח 950, 913 (1954) (השופט מ' זילברג).
 142 פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 277 (הנשיא א' ברק).
 143 ראו פרשת יוסיפוץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 494; פרשת מלחם, לעיל ה"ש 141.
 144 ראו בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד (1) 337, 363 (1970).
 145 ראו פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 500.
 146 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 58.
 147 ראו פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 16.
 148 שם, בעמ' 278 (הנשיא א' ברק).
 149 ראו פרשת פלוני, לעיל ה"ש 17, בעמ' 233. ראו גם לעיל בעמ' 366.

אשר פוגעות בחופש הדת, ובית המשפט עמד על מידתיותה של הפגיעה.¹⁵⁰ פגיעה זו יכול שתבוא כדי להגשים אינטרס ציבורי (כגון ביטחון המדינה¹⁵¹ או שלום הציבור)¹⁵² או כדי להגן על זכות חוקתית אחרת, לרבות זכות־בת אחרת של כבוד האדם.¹⁵³ לעתים ההתנגשות תהא בין זכות־הבת לחופש הדת לבין חופש המצפון או החופש מדת.¹⁵⁴ לעתים ההתנגשות תהא בגדרי הזכות לחופש הדת עצמה: זכותי שלי להתפלל במקום פלוני עשויה להתנגש בזכותך שלך להתפלל באותו מקום.¹⁵⁵ בכל המקרים הללו תיבחן חוקתיותה של הפגיעה על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. כפי שראינו, פגיעה מידתית בחופש הדת אין בה כדי לצמצם את היקפה של זכות־הבת החוקתית לחופש הדת, אם כי יש בכך כדי למנוע את הגשמתה המלאה.¹⁵⁶

הזכות לחופש הדת היא זכות חוקתית חיובית ושליילית גם יחד.¹⁵⁷ היא זכות חוקתית החלה ביחסים שבין הפרט לבין רשויות השלטון. היא אינה חלה ביחסים בין פרטים. יחסים אלה מוסדרים במשפט התת־חוקתי (החקוק או ההלכתי).¹⁵⁸

ה. חופש מדת

מזכות־האדם של כבוד האדם נגזרת זכותו של כל אדם שלא להיות בעל אמונה דתית, שלא להשתייך לדת כלשהי,¹⁵⁹ וודאי שלא להיות נתון לכפייה דתית. כבוד האדם של הפרט הוא גם החופש שלו להיות אפיקורוס, אגנוסטי או אתאיסט. זהו "החופש מדת, ממנו נהנים

- 150 ראו פרשת נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 455; פרשת מנינג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 288; פרשת הופמן, לעיל ה"ש 10; פרשת ג'בארי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 203; פרשת שביט, לעיל ה"ש 19; פרשת הס, לעיל ה"ש 10; פרשת עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 10; פרשת סולודוך, לעיל ה"ש 23.
- 151 ראו פרשת תנועת נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 455; ע"א 664/82 סולומון נ' סולומון, פ"ד נח(4) 365 (1984).
- 152 ראו פרשת הס, לעיל ה"ש 10, בעמ' 466; בג"ץ 2189/10 המטה למען ארץ ישראל נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 23.3.2010).
- 153 כגון ההתנגשות בין הזכות לחופש דת והזכות למשפחה: ראו פרשת פלוני, לעיל ה"ש 17, בעמ' 234.
- 154 ראו פרשת הופמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 341; פרשת שביט, לעיל ה"ש 19, בעמ' 651.
- 155 ראו פרשת הופמן, לעיל ה"ש 10; פרשת סולומון, לעיל ה"ש 151, בעמ' 366.
- 156 ראו לעיל בעמ' 317.
- 157 ראו לעיל בעמ' 351.
- 158 ראו לעיל בעמ' 387.
- 159 ראו פרשת שגב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 515 ("אין לך חופש דת, אם אין האזרח חופשי שלא להשתייך לכל דת" (השופט י' זוסמן); פרשת רוגוזינסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 134; פרשת שייק נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 132, בעמ' 8 ("שמורה לכל אדם הזכות שלא להשתייך לשום דת") (השופט צ' ברנזון).

בני דתות אחרים או בלתי מאמינים".¹⁶⁰ "זכותו של האדם החילוני ל'חופש מדת' הינה חלק מזכותו לכבוד אנושי, ולחופש מפני כפייה דתית".¹⁶¹ אכן, כשם שהגנה על מצפוננו של אדם מגנה על חופש הדת שלו, כן הגנה על מצפוננו של אדם מגנה על החופש שלו מדת.¹⁶² האוטונומיה של הפרט, חופש הרצון שלו וכוחו לכתוב את סיפור חייו – כלומר, אנושיותו של האדם – נפגעים אם חופש הפעולה שלו מוגבל בטעמים דתיים שאינם חלק מאמונתו הדתית. "שמורה לו ליחיד זכותו כי לא יכפו עליו מצוות שלא לרצונו".¹⁶³ למשל, מי שאינו שומר את מצוות הדת מצפוננו נפגע אם הוא חייב לערוך את נישואיו בישראל אך על פי דין תורה.¹⁶⁴ הוא הדין במצפוננו של מי שאינו רשאי להשתמש ברחובות העיר בשבת.¹⁶⁵ או מצפוננו של קרוב לנפטר במקום שמחייבים מטעמים שבדת כיתוב בעברית בלבד.¹⁶⁶ בדומה לזה, החופש מדת נפגע אם מוטל על הפרט איסור שמקורו בדת לרכוש בשר לא כשר.¹⁶⁷ כשם שיש להבטיח שאיש דתי יוכל לחיות על פי אמונתו, כן יש להבטיח כי על האיש שאינו דתי לא תיכפה אמונה שאינו אמונתו. הכלל הוא זה: "איש באמונתו יחיה".¹⁶⁸ "אין כופים מצוות דת על מי שאינם שומרי מצוות ועל מי שאינם רוצים בקיום מצוות דת; אין כופים – לא במישרין ולא בעקיפין".¹⁶⁹

- 160 פרשת ראיק, לעיל ה"ש 53, בפס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.
 161 פרשת סולודוך, לעיל ה"ש 23, בפס' 73 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 162 ראו בג"ץ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נב(5) 660, 650 (1998) ("תקנות דיון שנקבע, כעניין של סדרי דין, חובה שעיקר טעמה הוא קיום מצווה דתית כתנאי להופעה בבית דין רבני, תיפגע בחופש המצפון, הכולל חופש מדת של המתדיינים") (השופטת ד' דורנר). ראו גם שטרית, לעיל ה"ש 1.
 163 פרשת חורב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 136 (השופט מ' חשין). ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 191.
 164 ראו בג"ץ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2069 (1963); בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים ושר הפנים, פ"ד כד(1) 704, 712 (1970); פרשת רוגוזינסקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 134 ("לו היו ההוראות הנדונות בדבר חופש המצפון בגדר חוק עילאי שחוקי המדינה כפופים לו, אפשר היה אולי לטעון שחיובו של כופר בדת להיזקק לשיפוט של בית-דין דתי לעבור טכס בעל אופי דתי-מסורתי הנוגדת את הכרתו ומצפוננו – מהווה פגיעה בחופש המצפון שלו") (השופט צ' ברנזון). נקבע כי בחובת עורך-דין לחבוש כיסוי-ראש בבית הדין הרבני, אין כפייה דתית: ראו פרשת ריש, לעיל ה"ש 162. ראו גם שלח, לעיל ה"ש 1.
 165 ראו בג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב, פ"ד לב(2) 160, 166 (1978); פרשת חורב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 94.
 166 ראו פרשת שביט, לעיל ה"ש 19, בעמ' 653 ("איסור על כיתוב לועזי מטעמים שבדת [...] מהווה כפייה דתית. הוא פוגע בחופש הרצון של הנפטר וקרוביו. הוא פוגע באוטונומיה של הרצון שלהם באחת מנקודותיו הרגישות ביותר – היחס לקרוב יקר ביותר") (הנשיא א' ברק).
 167 ראו בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 610 (2004).
 168 פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 497 (השופט ת' אור).
 169 שם, בעמ' 507 (השופט מ' חשין).

זכותו של אדם שלא להיות נתון לכפייה דתית, כזכות־בת של כבוד האדם, היא כמובן זכות יחסית. אפשר לפגוע בה אם לשם הגנה על אינטרס הציבור ואם לשם הגנה על חופש הדת. פתרון ההתנגשות ייעשה על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה:¹⁷⁰

"יש, וזכויות לחופש דת מכאן, וזכויות לחופש מדת מנגד, מתנגשות התנגשות חזיתית במערכת נסיבות מסוימת. בהתרחש התנגשות כזו, האופיינית לחברה פלורליסטית בה חיים בצוותא בני אדם בעלי תפיסות ואמונות שונות, נדרש איזון ראוי בין שתי זכויות יסוד אלה, הנובעות מאותו מקור עצמו – כבוד האדם. מערך כבוד האדם נובעת זכותו של כל אדם לעצב את אמונותיו ואורח חייו על פי בחירתו החופשית. זכות זו שמורה לאדם הדתי ולאדם החילוני באותה מידה. כאשר מציאות חברתית מולידה ניגוד אפשרי בין אורח חיים דתי לחילוני, נדרשת פעולת איזון, כדי לפשר ולמצוא את נקודת שיווי המשקל שתאפשר חיים משותפים של בעלי אורחות חיים ואמונות שונות, תוך כבוד הדדי. [...] הצורך באיזון כאמור נובע מן התפיסה כי זכות יסוד של הפרט, ובכלל זה הזכות לחופש דת והזכות לחופש מדת, אינה בעלת אופי מוחלט".

זכות זו חלה ביחסים שבין הפרט לבין רשויות השלטון. כזכות־בת חוקתית אין היא חלה ביחסים שבין פרטים. אלה נקבעים במשפט התת־חוקתי.¹⁷¹

1. הגנה על רגשות דתיים

פסיקה ענפה של בית המשפט העליון עוסקת בהגנתם של רגשות.¹⁷² ספרות משפטית עוסקת בה.¹⁷³ השאלה מתעוררת לרוב בהקשר של הגבלות על חופש הביטוי לשם הגנה על

170 פרשת סולודוך, לעיל ה"ש 23, פס' 74 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

171 ראו לעיל בעמ' 387.

172 ראו בג"ץ *Universal City Studios, Inc 806/88*. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33 (1989); פרשת חורב, לעיל ה"ש 19; בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי נ' יושבת־ראש ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו, 28.6.2006); פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 16.

173 ראו דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזכרון לאריאל רוזן־צבי ז"ל 133 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998); אסא כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" משפט וממשל ב 289 (1995); מיטל פינטו "פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית" המשפט טו 647 (2010). ראו גם, Jean-Francois Renucci, *Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion*, 88 COUNCIL OF EUR. (2005).

רגשות של מי שנפגעים מהגשמתו של חופש הביטוי.¹⁷⁴ בין הרגשות המוגנים במשפט הישראלי נכללים גם רגשות דתיים.¹⁷⁵ לעתים ההגנה על רגשות נתפסת כחלק מהזכות לחופש הדת. לעתים היא נתפסת כחלק מהאינטרס הציבורי.¹⁷⁶ יש הסבורים שיש להכיר בהם כחלק מהזכות לתרבות.¹⁷⁷ לדעתי, ההגנה על רגשותיו של האדם בכלל ובהם רגשות הדת שלו, עשויה להיות חלק מהגנה על כבוד האדם. עמד על כך הנשיא מ' שמגר:¹⁷⁸

”בניה ובנותיה של חברה חופשית, שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה, נקראים לכבד את התחושות האישיות־רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה כי הדגשים רגשיים־אישיים ואורחות הביטוי שלהם שונים מאדם לאדם.”

רגשותיו של אדם הם חלק מזהותו כאדם; הם חלק מהאני שלו. הם חלק מזכות־הבת לאישיות. הגנה על רגשות אלה עשויה גם להיות חלק מזכות־הבת לחופש הדת. “חובת הפולחן כביטוי של חופש הדת הינו חירות יסוד הנתונה ליחיד לבטא את רגשותיו הדתיים ולהגשים את אמונותיו וככזו הוא חיוני לגיבוש זהותו האינדיבידואלית של הפרט.”¹⁷⁹ הגנה על זכות־בת זו עשויה להתנגש עם ההגנה על זכויות “עצמאיות” אחרות, כגון חופש העיסוק. לעתים הגנה על זכות־בת זו תתנגש עם ההגנה על זכות־בת אחרת של כבוד האדם, כגון זכות־הבת לחופש הביטוי, לחופש התנועה או לחופש מדת. התנגשות זו לא נפתרה ברמה החוקתית. פתרונה יבוא ברמה התת־חוקתית, באמצעותה של פסקת ההגבלה. נורמה תת־חוקתית הפוגעת בחופש הביטוי כדי להגן על זכות־בת חוקתית שבגדרה נכללת ההגנה על רגשות (כגון חופש המצפון, חופש הדת, חופש מדת והגנת האישיות) היא חוקתית אם היא מידתית.

174 ראו לעיל בעמ' 738.

175 ראו פרשת הופמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 354; פרשת תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 521; פרשת חורב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 38; ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289 (1998); פרשת שביט, לעיל ה"ש 19, בעמ' 650; פרשת גור אריה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 274; פרשת סולודקין, לעיל ה"ש 167, בעמ' 608; פרשת הוועד לפיתוח חברון, לעיל ה"ש 10, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל, פס' 19 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 29.10.2007).

176 ראו פרשת חברת אלאקסא אלמובארק, לעיל ה"ש 175, פס' 19 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (“הגנה על רגשות הדת הינה בבחינת אינטרס ציבורי”).

177 ראו פינטו, לעיל ה"ש 173, בעמ' 652–655.

178 פרשת הופמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 354.

179 פרשת הוועד לפיתוח חברון, לעיל ה"ש 10, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל.

הגנה על רגשותיו של אדם עשויה להיות לעתים לא רק חלק מזכותו החוקתית לכבוד האדם אלא אף חלק מאינטרס ציבורי: "רגשות הם אינטרס ציבורי שיש להתחשב בו".¹⁸⁰ הערך של כבוד האדם מצדיק הכרה בפגיעה ברגשות האדם כאינטרס ציבורי הראוי להגנה: "הגנה על רגשות הציבור עשויה להתחייב גם מהגנה על ערך כבוד האדם".¹⁸¹ במסגרת זו "התחשבות ברגשות הדת ובאורח החיים הדתי היא חלק מאינטרס הציבור והיא חלק מהסדר הציבורי".¹⁸² אינטרס זה מוגן בחלקו במשפט הפלילי.¹⁸³ בעיקרו הוא מוגן במשפט הציבורי, שעל פיו אפשר להגביל זכות חוקתית כדי להגן על רגשות דתיים. למשל, בית המשפט העליון הכיר עקרונית בכוחו של אינטרס הציבור בהגנה על רגשות דתיים להצדיק הגבלות על חופש הביטוי,¹⁸⁴ חופש התנועה,¹⁸⁵ וחופש העיסוק.¹⁸⁶ לעתים יצריך האינטרס הציבורי של הגנה על רגשות דתיים פגיעה בזכות־הבת לחופש מדת¹⁸⁷ ולהגנה על האישיות של האדם (ה"אני" שלו).

מניתוח זה נובע כי ההגנה על רגשותיו של הפרט מוגנת לעתים הן כחלק מהאינטרס הציבורי (בצד הביטחון ושלומו הציבור למשל) והן כחלק מזכות־בת חוקתית לכבוד האדם (זכות־בת לחופש המצפון, לחופש הדת, לחופש מדת או להגנת האישיות). על מעמד כפול זה של רגשות האדם – כאינטרס ציבורי וכזכות־בת חוקתית – עמד בית המשפט העליון בפרשת גור אריה:¹⁸⁸

"יש להבחין בין הפגיעה ברגשות דתיים לבין פגיעה בחופש הדת. הפגיעה הראשונה (ברגשות הדת) היא פגיעה באינטרס ציבורי. האיזון הנדרש בין הפגיעה באינטרס זה לבין הפגיעה בחופש הביטוי הוא איזון אנכי [...]. הפגיעה השנייה (בחופש הדת) היא בחירותו של הפרט. עניין לנו באיזון הנדרש בין פגיעה בשתי החירויות (או יותר) [...]. האיזון הוא אופקי".

- 180 פרשת חורב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 38 (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת חברת אלאקסא, לעיל ה"ש 175.
- 181 פרשת מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 172, פס' 13 לפסק הדין של הנשיא א' ברק.
- 182 שם, בעמ' 61 (הנשיא א' ברק).
- 183 ראו סעיף 173 לחוק העונשין ("העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שנה אחת: 'מפרסם פרסום שיש בו לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים'"). ראו גם פרשת סוסצקי, לעיל ה"ש 175. לביקורת האיסור הפלילי על פגיעה ברגשות דתיים, ראו מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי – הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים (נייר עמדה מס' 38, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).
- 184 ראו פרשת Universal City, לעיל ה"ש 172; פרשת בכרי, לעיל ה"ש 172.
- 185 ראו פרשת ברוך, לעיל ה"ש 165; פרשת חורב, לעיל ה"ש 19.
- 186 ראו פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 19.
- 187 ראו פרשת הופמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 356; פרשת שביט, לעיל ה"ש 19, בעמ' 651.
- 188 לעיל ה"ש 16, בעמ' 276–277 (הנשיא א' ברק).

ודוק: לא כל פעולה הפוגעת ברגשות הדת כחלק מאינטרס הציבור פוגעת גם ברגשות הדת כחלק מזכות־הבת החוקתית לכבוד האדם. אף שבתחום נרחב קיימת חפיפה חלקית בין האינטרס הציבורי למניעת פגיעה ברגשות הציבור לבין הזכות החוקתית לכך, מוכרים תחומים שבהם החפיפה אינה קיימת. אלה הם המקרים שבהם רגשות הדת (חלק מאינטרס הציבורי) נפגעים מפעולות של צד שלישי שאינן פוגעות בחופש של הפרט לפעול על פי מצוות דתו. "יש להבחין בין פגיעה ישירה באורח החיים של הפרט (המהווה פגיעה בחופש הדת שלו) לבין פגיעה ברגשות של הפרט עקב מעשיו של אחר, שאינה פגיעה בחופש הדת. [...] אכן, מקום שבו אדם נפגע ממעשיו של אחר שהם בניגוד לדת, הטענה אינה של פגיעה בחופש הדת אלא ברגשותיו ובתודעתו".¹⁸⁹ למשל, פרסום קריקטורה של הנביא מוחמד בעיתון בדנמרק פוגע בוודאי ברגשות חלק ניכר מבני הציבור המוסלמי ועשוי להצדיק, כחלק מאינטרס הציבור, הטלת מגבלות על חופש הביטוי או חופש העיסוק. אין בו כדי לפגוע בחופש הדת של כל אחד מבני הציבור המוסלמי. עמדו על כך סטמן וספיר:¹⁹⁰

"ההבדל הבולט בין טענה של פגיעה בחופש הדת לבין טענה של פגיעה ברגשות דתיים הוא שהראשונה אינה כוללת כל התייחסות לכאב רגשי ואינה מצפה לסעד רק משום שליחיד כלשהו, או לקבוצה כלשהי, יש רגשות וכאבים. אחת ההשלכות של הבדל זה היא שטענות על פגיעה בחופש הדת אינן מסתככות בצורך להשוות את הכאב הרגשי של הדתיים לזה של החילוניים המעורבים בעניין. מי שמבקש שיכבדו את חופש הדת שלו מבקש שיאפשרו לו לקיים את חייו הדתיים באופן שלם ובלא הפרעה. מי שמבקש שלא יפגעו ברגשותיו מבקש שלא ייסבו לו כאב רגשי. אלה איפוא טענות בעלות מיקוד שונה".

הן האינטרס הציבורי והן הזכות החוקתית אינם בעלי אופי מוחלט. ההגנה על רגשות הפרט כחלק מאינטרס הציבור עשויה להתנגש בזכות חוקתית. ההגנה על רגשות הפרט כחלק מזכות־בת של כבוד האדם, כגון הזכות לחופש הדת, עשויה להתנגש בזכות חוקתית נוגדת. שני סוגי ההתנגשות אינם נפתרים ברמה החוקתית. פתרון הוא ברמה התת־חוקתית, באמצעות הוראותיה של פסקת ההגבלה. זו חלה הן לעניין פגיעה ברגשות הדת כחלק מאינטרס הציבור והן לעניין פגיעה ברגשות הדת כחלק מזכות־הבת לכבוד האדם (שעניינה חופש הדת, חופש מדת, חופש המצפון או הגנת האישיות).¹⁹¹

189 שם, בעמ' 278 (הנשיא א' ברק). ראו גם כשר, לעיל ה"ש 173.

190 סטמן וספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים", לעיל ה"ש 77, בעמ' 53.

191 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט 647 (2010). ראו גם Robert Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, in RIGHTS 168 (Carlos Nimo ed., 1989).

פרק עשרים ושבעה

זכות-הבת לחופש התנועה

א. הזכות ההלכתית לחופש התנועה

חופש התנועה של כל אדם בתוך המדינה הוכר בזכות הלכתית בישראל. כבר בפרשת אל-כורי¹ נפסק כי ההלכה של המשפט המקובל האנגלי, המכירה בחופש התנועה של כל אדם בתוך תחום המדינה, חלה גם בישראל.² בפרשה אחרת נפסק כי "חופש האדם לצאת ולבוא בתחום המדינה כאוות נפשו"³ הוא "אחד מיסודות החיים הקונסטיטוציוניים".⁴ חופש זה חל הן על התנועה בתוך המדינה⁵ והן על זכותו של כל אדם לצאת מישראל.⁶ פסקי הדין ביססו את גישתם זו על חירותו של האדם – חירות המובטחת בהכרזת העצמאות עצמה.⁷ כן נסמכו השופטים על אופייה הדמוקרטי של המדינה,⁸ על "זכות טבעית, מוכרה, כדבר מובן מאליה, בכל מדינה בעלת משטר דימוקרטי – וארצנו היא אחת מהן".⁹ בפרשת לב ציין בית המשפט העליון כי הזכות של כל אדם לצאת מישראל:¹⁰

- 1 בג"ץ 83/49 אל-כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד ד 34 (1950).
- 2 ראו שם, בעמ' 37.
- 3 בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1486, 1480 (1951) (השופט ב' שרשבסקי).
- 4 שם.
- 5 ראו ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343 (1968); בג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקד על התעבורה, פ"ד לב(2) 160 (1978); בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169 (1979); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984); בג"ץ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708 (1989).
- 6 ראו בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534 (1953); בג"ץ 658/80 טאהא נ' שר הפנים, פ"ד לה(1) 249 (1980); ר"ע 451/85 עדין חברה לשיווק בע"מ נ' פלאטו שרון, פ"ד לט(3) 303 (1985); בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701 (1986); ב"ש 1064/86 הארכיהגמון אג'מיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 83 (1986); בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994).
- 7 ראו פרשת אל-כורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37.
- 8 ראו פרשת אסלאן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1481.
- 9 פרשת קאופמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 536 (השופט מ' זילברג).
- 10 פרשת לב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 506 (המשנה לנשיא א' ברק).

”הוכרה כאחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. [...] היא נגזרת מהיותו של אדם בן חורין ומאופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית, ומהיותנו חלק מהקהילייה הבינלאומית, אשר במסגרתה זכות התנועה מוכרת כזכות אדם מנהגית”.

ב. חופש התנועה בתוך ישראל כזכות־בת של כבוד האדם

1. הרקע ההיסטורי

עם כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו התעוררה השאלה אם חופש התנועה הוא זכות חוקתית המצויה בגדרי חוק היסוד. הוראה מפורשת בעניין זה מצויה בסעיף 6 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו:

”יציאה מישראל וכניסה אליה

(א) כל אדם חופשי לצאת מישראל

(ב) כל אזרח ישראלי הנמצא מחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל”.

הוראה זו קבעה אפוא כי הדין ההלכתי שלפיו לכל אדם הזכות לצאת מישראל הוא עתה גם דין חוקתי.¹¹ מה הדין לעניין חופש התנועה בתוך ישראל?¹² הוראה בעניין זה נקבעה בהצעות השונות לחוקה או למגילת זכויות אדם בישראל. למשל, בהצעה שהכין פרופ' י' קלינגהופר,¹³ בהצעת הוועדה בראשות ח"כ ב' הלוי¹⁴ ובהצעתו של שר המשפטים ד' מרדור¹⁵ היו הוראות בעניין חופש התנועה בתוך ישראל. חרף זאת לא נכללו הוראות אלה בגדרי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הטעם העיקרי לכך היה התנגדותן של המפלגות

11 ראו יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" משפטים כג 69 (1994); יפה זילברשץ "עיכוב יציאה מהארץ על פי צו בית משפט" מחקרי משפט 71 (1995). ראו גם בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290 (1993); פרשת לב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 506; רע"א 7208/93 וייסגלס נ' וייסגלס, פ"ד מח(5) 529 (1994); רע"א 4990/98 סדרס נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 588 (2000); בג"ץ 9293/01 ח"כ ברקה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509 (2002); בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695 (2002). על זכות הכניסה והיציאה במשפט הבין-לאומי ראו Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice* (1987).

12 ראו יפה זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינתית" משפט וממשל ד 793 (1998).

13 ראו הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, התשכ"ד-1963, ד"כ 38, 784.

14 ראו סעיף 5 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 448.

15 ראו סעיף 6 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם, החלטה 370 של הממשלה ה-22 "הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם" (9.4.1989).

הדתיות, אשר חששו שהדבר יפגע בסטטוס קוו שלפיו נסגרו כמה רחובות בערי הארץ לתנועה בשבת.¹⁶

חופש התנועה בתוך ישראל אינו אפוא זכות חוקתית עצמאית בישראל. האם ניתן לגזור אותו כזכות־בת של החירות האישית או כבוד האדם? שאלה זו מעוררת שתי שאלות משנה: האחת, אם ניתן להסיק מהסדר החיובי של סעיף 6 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לעניין זכות התנועה מישראל (ס"ק (א)) ואליה (ס"ק (ב)) הסדר שלילי לעניין זכות התנועה בתוך ישראל. אם התשובה על שאלה זו היא כי אין להסיק מהוראותיו של סעיף 6 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הסדר שלילי לעניין התנועה בתוך ישראל, כי אז מתעוררת שאלה שנייה. השאלה היא אם מצויה זכות חוקתית אשר בגדרה ניתן להכיר במעמד חוקתי לחופש התנועה בתוך ישראל. נדון בכל אחת משתי שאלות משנה אלה בנפרד.

2. האם סעיף 6 לחוק היסוד קובע הסדר שלילי לעניין זכות התנועה בישראל?

סעיף 6 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מסדיר את התנועה מישראל ואליה. אין בו הסדר של התנועה בתוך ישראל. כפי שראינו,¹⁷ מחדל זה אינו מקרי. האם נובע מכאן הסדר שלילי¹⁸ לעניין התנועה בתוך ישראל? האין לומר כי יש לפרש את סעיף 6 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן שהוא שולל הכרה ומתן מעמד חוקתי לחופש התנועה בתוך ישראל?¹⁹ פרשנות כזו אינה מתבקשת ואינה ראויה. היא אינה מתבקשת, שכן הרקע ההיסטורי מלמד שלא הייתה כוונה להכיר בחופש התנועה בישראל כזכות חוקתית "עצמאית", העומדת על רגליה שלה. לא הייתה כל כוונה למנוע את האפשרות להכיר

16 ראו ד"כ התשנ"א 3304; ד"כ התשנ"ב 1232, 1236; ד"כ התשנ"ב 3783. ראו גם זילברשץ "על חופש התנועה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 803; יהודית קרפ "חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א' 323, 340–341 (1993). קרפ מציינת כי ההוראות בהצעת החוק שהתייחסו לתנועה בתוך ישראל ולדיור בכל מקום בישראל ("א) כל אדם הנמצא בישראל כדין חופשי לנוע בארץ כרצונו; (ב) לכל אזרח ישראלי ולכל תושב ישראלי החופש לבחור את מקום המגורים בישראל") הושטמו מתוך ויתור למפלגות הדתיות. ראו שם, בה"ש 66 ("ויתורים אלה נעשו כדי להבהיר מעבר לכול חשש אפשרי שאין בכונת המציעים לפגוע בסטטוס קוו הדתי [...] שאלת הנסיעה בשבת בשכונות דתיות ובאיזור בית-כנסת הועלתה בידי נציגי המפלגות הדתיות כנגד הסעיף הדין בחופש התנועה. המציע אף התחייב כלפי המפלגות הדתיות להצהיר כי חופש התנועה אין פירושו חופש כניסה ברכב לשכונות דתיות, מקום שהדבר אסור בגלל אופי המקום וצביון התושבים [...] החופש לבחור מקום מגורים העלה גם את השאלה של האפשרות לשמור על ייחודן הדתי של שכונות. נראה שסעיף חופש הקניין, שלא נכלל באופן מקורי בהצעתו של ח"כ א' רובינשטיין, הוסף כדי להפיס את הדעת אף בעניין זה").

17 ראו לעיל בעמ' 782.

18 על ההסדר השלילי, ראו לעיל בעמ' 287. ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 465 (1992).

19 לשאלה זו, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 428 (1994).

בחופש התנועה – ובחופשים אחרים, כגון השוויון, חופש הביטוי או חופש הדת – כחלק מזכות חוקתית אחרת. שלילתה של אפשרות כזו אף אינה ראויה. גישה פרשנית מתוך "מבט רחב" משמעותה²⁰ בין השאר כי הוראות החוקה בעניין זכויות האדם קובעת את הזכויות השונות. בקביעתה של זכות פלונית אין משום שלילתה של זכות אלמונית – לא זכות הלכתית ולא זכות חוקתית.²¹ למשל, חוק־היסוד הגרמני כולל הוראה באשר לזכות התנועה ברחבי גרמניה,²² אך אינה כוללת הוראה באשר ליציאה מגרמניה. האם מוכרת הזכות החוקתית לצאת מגרמניה? בית המשפט החוקתי קבע כי הפתרון לשאלה זו מוצא תשובה חיובית במסגרת הזכות הכללית לפיתוח האישיות.²³ גישה דומה יש לנקוט בישראל. עמד על כך השופט ע' פוגלמן בפרשת מנאע:²⁴

"הגם שבשונה מן הזכות לצאת מישראל ולהיכנס אליה, אין בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הוראה מפורשת באשר לחופש התנועה בתוך גבולות המדינה, אין לראות בכך הסדר שלילי".

כפי שראינו, העדרה של זכות עצמאית לשוויון²⁵ או לחופש ביטוי²⁶ אינו מתפרש כהסדר שלילי לעניין זה. על כן אין לפרש כהסדר שלילי העדר כל התייחסות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לזכות התנועה. אכן, בית המשפט העליון של אמריקה לא ראה כל קושי להכיר בזכות חוקתית לחופש התנועה חרף העדר זכות עצמאית לתנועה במגילת הזכויות האמריקנית.²⁷ אם כך, לעניין העדר כל הסדר בעניין חופש התנועה קשה להצדיק תוצאה שונה במקום שחוק היסוד מסדיר היבטים מסוימים של חופש התנועה – החופש להיכנס למדינה ולצאת ממנה – אך אינו מסדיר את החופש לנוע בה. נניח כי חוק היסוד היה מסדיר אך תנועה בתוך ישראל. האם היינו מסיקים הסדר שלילי לעניין הכניסה אליה והיציאה ממנה? אכן חופש התנועה הוא זכות שהיא "אחד היסודות של החיים הקונסטטוטציוניים"²⁸

- 20 על פרשנות מתוך מבט רחב, ראו לעיל בעמ' 205.
- 21 בחוקות מסוימות יש הוראה מפורשת בעניין זה. ראו התיקון התשיעי לחוקה האמריקנית (1789); סעיף 39 לחוקה של דרום־אפריקה (1996). ראו גם לעיל בעמ' 135.
- 22 סעיף 11(1) לחוק־היסוד הגרמני (1949).
- 23 ראו פרשת אלף (Elfes Case) (BVerfGE 6, 32 (1957)).
- 24 בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פס' 40 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010).
- 25 ראו לעיל בעמ' 688.
- 26 ראו לעיל בעמ' 708.
- 27 ראו ERWIN CHERMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 857 (3rd ed., 2006).
- 28 פרשת אסלאן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1481 (השופט ב' שרשבסקי).

שהוכרה כאחת מהזכויות הבסיסיות ביותר של האדם.²⁹ אין לשלול את אופייה החוקתי בטיעון ש"מלשון ההן משתמע הלאו". כדי לשלול מעמד חוקתי מזכות – שעל פי אופייה היא תנאי לזכויות חוקתיות אחרות³⁰ – יש צורך בלשון חזקה שאינה מצויה בסעיף 6 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. תהא זו פרשנות טכנית ופרנטית להניח כי ההסדר של הכניסה והיציאה מישראל שולל כל זכות – גם אם אפשר לגזור אותה מזכות חוקתית אחרת – לתנועה בתוך ישראל.

לאור תשובה זו לשאלת המשנה הראשונה קמה ועומדת שאלת המשנה השנייה: האם אפשר לאתר זכות חוקתית בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אשר במסגרתה אפשר למצוא הסדר, ולו חלקי, לזכות התנועה בתוך ישראל? באות בחשבון שתי זכויות: הזכות לחירות אישית³¹ והזכות לכבוד האדם. על מהותה והיקפה של הזכות לחירות אישית עמדתי בנפרד.³² אפנה עתה לבחינת השאלה אם אפשר להכיר בחופש התנועה בתוך ישראל כזכות־בת של כבוד האדם.

3. חופש התנועה בתוך המדינה והזכות לכבוד האדם

עם כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו התעוררה השאלה אם אפשר לגזור את חופש התנועה בתוך ישראל מהזכות לכבוד האדם. בפרשת דייך³³ נדונה הזכות לאספה ולתהלוכה. פסק הדין בוחן את הערכים שיש להתחשב בהם שעה שמתקבלת החלטה בעניין רישיון לקיום אספה, תהלוכה או משמרת. בהקשר זה צוין:³⁴

"הזכות לקיים אספה, תהלוכה או משמרת עשויה להתנגש בזכותו של הפרט לנוע בדרכים וברחובות. [...] כשם שלפלוני נתונה הזכות החוקתית לקיים תהלוכה ברחובה של עיר, כן נתונה לאלמוני הזכות החוקתית להלך ברחובה

29 ראו בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא (1) 860, 844 (2006) (השופט ד' ביניש); בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 22.10.2009). ראו גם Kent v. Dulles, 357 U.S. 116, 126 (1958) (U.S.) שבו ציין השופט דאגלס (Douglas J.) כי חופש התנועה הוא "close to the heart of the individual as the choice of what he eats, or wears, or reads. Freedom of movement is basic in our scheme of values"

30 ראו Aptheker v. Secretary of State, 378 U.S. 500, 520 (1964) (U.S.) ("Like the rights of assembly and the right of association, it [freedom of movement] often makes all other rights meaningful – knowing, studying, arguing, exploring, conversing, observing and even thinking") (Douglas J.)

31 סעיף 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

32 ראו לעיל בעמ' 338.

33 בג"ץ 2481/93 דייך נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994).

34 שם, בעמ' 472 (המשנה לנשיא א' ברק).

של עיר. זכות חוקתית זו עומדת על רגליה היא, וניתן אף לגזור אותה מכבוד האדם וחירותו".

השאלה התעוררה בשנית בפרשת חורב.³⁵ בפרשה זו נבחנה חוקיותו של צו שהוציא שר התחבורה, אשר הורה על סגירת רחוב בראילון בירושלים לתנועת כלי רכב בשבתות ובמועדי ישראל בשעות התפילה. במסגרת הבחינה המשפטית נבחנה גם הזכות לחופש התנועה בתוך המדינה. לעניין זכות זו נקבע:³⁶

"חופש (זכות) התנועה הוא זכות יסוד של כל אדם בישראל [...] הוא מוגן בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא נגזר מכבוד האדם המוגן בחוקה שלנו [...] אכן, זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה להם, היא ביטוי מובהק לאוטונומיה של הרצון הפרטי. העיקרון החוקתי – הנגזר מכבוד האדם – בדבר פיתוח אישיותו של כל פרט כולל בחובו את חופש התנועה. אכן, ההגנה החוקתית על חופש התנועה היא ביטוי להגנה החוקתית הניתנת בישראל לחירות. [...] לכל אדם בישראל נתונה זכות חוקתית, על־חוקתית, לתנועה חופשית. [...] חופש התנועה משמעותו החופש לנוע באופן חופשי ברחובות ובכבישים [...] זהו 'החופש לבוא ולצאת' ('la liberte d'aller et de Venir')."

גישה דומה נקט השופט ת' אור:³⁷

"לאדם בישראל שמורה הזכות לחופש תנועה. זכות זו היא זכות יסוד [...] היא כוללת את הזכות של כל אדם לצאת מן המדינה [...] היא כוללת גם את חירותו של כל אדם להתנועע בחופשיות בכל מקום בתוככי המדינה [...] בתוך כך, כלולה בזכות זו גם החירות של כל אדם לנוע '... ללא הפרעה במקום שנועד מעיקרו ובאופן בלעדי לתנועה ולמעבר'. [...] זכות זו חיונית היא למימוש העצמי של האדם. חיוניות זו אינה מאבדת מעוצמתה גם בעידן המודרני שבו אנו עדים לפיתוח המואץ של אמצעי תקשורת אלקטרוניים ה'מקצרים' את המרחקים בין מקומות, ומאפשרים לבני החברה לעסוק בביטחם בפעילויות חיוניות, אשר באופן מסורתי חייבו אותם לנוע – ובכלל זה, כך התבשרנו לאחרונה, גם עבודה ולימודים אקדמיים."

35 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נ(4) 1 (1997).

36 שם, בעמ' 59 (הנשיא א' ברק).

37 שם, בעמ' 95. על גישתו זו חזר השופט ת' אור בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 572, 526 (1999).

על גישה זו חלק השופט צ' טל: 38

"חופש התנועה נחשב אמנם לזכות יסוד, אבל אין הוא נגזר, לדעתי, מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש זכויות חשובות שלא נמנו בחוק היסוד, ולא בכדי. לדעתי יש לנהוג זהירות רבה ולא לקרוא לתוך חוק היסוד מה שאין בו. בית־המשפט העליון של מדינת ישראל הגן על זכויות יסוד גם לפני שבאו חוקי היסוד לעולם, וחזקה עליו שיעשה כן גם אחריהם. חופש התנועה הוא אכן מן החירויות החשובות ביותר, גם אם אין הוא נגזר מכבוד האדם".

בפרשת עיריית בית לחם ציינה השופטת ד' ביניש: 39

"חופש התנועה הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר במשפטנו הן כזכות יסוד העומדת על רגליה היא [...] והן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות. [...] כמו כן יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם".

עמדה הרואה בחופש התנועה בתוך ישראל היבט של כבוד האדם הובעה בפרשת ואנונו: 40

"אף שזכותו של הפרט לחופש התנועה בתוך גבולות המדינה לא מצאה את ביטוי הסטטוטורי בחוק היסוד, בשונה מחופש היציאה והכניסה לישראל, היא מוכרת בהלכה הפסוקה כזכות חוקתית מכח ההכרה הכללית בחירות האישית של האדם, וכנגזר מכבודו כאדם. במדרג זכויות היסוד של האדם, לזכות התנועה של הפרט עוצמה חוקתית גבוהה עד מאד".

גישה דומה נקט בית המשפט העליון בפרשת מנאע. 41 בפרשה זו נדונה סמכותה של רשות המסים לגבות חובות מס וביטוח לאומי באמצעות עיכוב החייבים במחסומי דרכים. בנייתוח הסמכות של הרשות נבחנו התכליות המונחות ביסודה. בין השאר נבחנה גם התכלית

38 פרשת חורב, לעיל ה"ש 35, בעמ' 181.

39 בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 754 (2005). על גישתה זו חזרה השופטת ביניש בפרשת ראש מועצת הכפר יאנון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 863. ראו גם בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 503, 464 (2005) (השופט א' לוי ציין כי חופש התנועה הוא גורם הכרחי בהבטחתה של יכולת התפקוד החברתית של האדם, והוא משמש "בהגשמתה של זכותו לכבוד").

40 ראו בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 10 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.1.2006).

41 פרשת מנאע, לעיל ה"ש 24.

הכללית של מניעת פגיעה בזכות התנועה. השופט ע' פוגלמן מציין כי חופש התנועה הוא זכות יסוד במשפט הישראלי, והוא מוסיף:⁴²

“כפי שנפסק בעניין חורב, העיקרון החוקתי – הנגזר מכבוד האדם – בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי ופיתוח אישיותו של כל פרט, טומן בחובו גם את חירותו של הפרט לנוע למחוז חפצו בלא הפרעה [...] זכות זו עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם ובמקום גבוה במדרג הזכויות”.

על פי גישה זו, ביסוד הזכות החוקתית של כבוד האדם מונחת האוטונומיה של הרצון הפרטי ופיתוח אישיותו של כל פרט.⁴³ מעקרונות אלה מתבקשת המסקנה כי חופש התנועה בישראל – המבוסס אף הוא על עקרונות אלה – הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. גישה זו ראויה היא. ביסוד הזכות לחופש התנועה בתוך המדינה מונחים שני עקרונות בסיסיים: החירות של הפרט והאוטונומיה של הרצון הפרטי.⁴⁴ לעניין ההיבט הראשון (חירות הפרט) כתב השופט מ' חשין בפרשת חורב:⁴⁵

“חירות התנועה הינה בתה של החירות, והחירות – ידענו כולנו – היא מן היושבות ראשונה במלכות”.

לעניין ההיבט השני (אוטונומיה של הרצון הפרטי) נפסק בפרשת חורב:⁴⁶

“זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה להם, היא ביטוי מובהק לאוטונומיה של הרצון הפרטי. העיקרון החוקתי – הנגזר מכבוד האדם – בדברו בפיתוח אישיותו של כל פרט כולל בחובו את חופש התנועה”.

גישה דומה נקט בפרשת חורב השופט ת' אור בקבעו כי הזכות לחופש התנועה “חיונית היא למימוש העצמי של האדם”.⁴⁷ גישה זו מקובלת גם במשפט המשווה. נפסק כי חופש התנועה של אדם בתוך המדינה מבטיח את כבוד האדם שלו.⁴⁸

42 שם, בפס' 40 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן. הסכימו עמו הנשיאה ד' ביניש והשופט ח' מלצר.

43 ראו לעיל בעמ' 244.

44 ראו זילברשץ “על חופש התנועה”, לעיל ה"ש 12, בעמ' 809.

45 פרשת חורב, לעיל ה"ש 35, בעמ' 147. ראו גם שם, בעמ' 59 (“ההגנה החוקתית של חופש התנועה היא ביטוי להגנה החוקתית הניתנת בישראל לחירות”) (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת לב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 506 (המשנה לנשיא א' ברק).

46 פרשת חורב, לעיל ה"ש 35, בעמ' 59 (הנשיא א' ברק). ראו גם General Comment no. 27 Adopted by the Human Rights Committee Under Article 40 §4 Of The International Covenant On Civil And Political Rights, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (Nov. 2, 1999) (“Liberty of movement is an indispensable condition for the free development of a person”).

47 פרשת חורב, לעיל ה"ש 35, בעמ' 95.

48 ראו Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson, [1998] 3 S.C.R 157 (Can.).

המסקנה המתבקשת היא זו: אותם היבטים של חופש התנועה (כזכות עצמאית) אשר מתבססים על העקרונות המונחים בבסיס כבוד האדם – ובמרכזם אנושיותו של האדם כיצור חופשי⁴⁹ וכיצור אוטונומי⁵⁰ – הם זכות־בת של כבוד האדם. אכן, חופש התנועה הוא "מזכויותיו הבסיסיות ביותר של האדם".⁵¹ באמצעותו אפשר לממש גם זכויות אחרות, כגון חופש הדת,⁵² חופש הביטוי⁵³ ומרבית הזכויות החברתיות. מכאן ההכרה בזכות חוקתית לחופש תנועה בתוך המדינה ברבות מהחוקות⁵⁴ ומהאמנות הבינ־לאומיות.⁵⁵ מכאן גם ההכרה בזכות זו בגדרי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו זכות־בת של כבוד האדם. כמו לעניין זכויות־בת אחרות גם זכות־הבת לחופש התנועה תחול רק לעניין הגשמתם של העקרונות המונחים ביסוד זכות־האדם של כבוד האדם. רק אז מתקיים הקשר הענייני ההדוק הנדרש להכרה בקיומה של זכות־בת לכבוד האדם.

ג. היקפה של זכות־הבת לחופש התנועה בתוך ישראל

חופש התנועה בתוך ישראל – כזכות־בת של כבוד האדם – משתרע על כל תנועה בישראל. חופש זה חל על רשות הרבים.⁵⁶ זוהי "חירותו של היחיד לשוטט בארץ לאורכה ולרוחבה בלא שתחול עליו הגבלה כלשהי ברשות הרבים".⁵⁷ "רשות הרבים היא לרבים. לא יחיד ולא הכלל מותרים לפגוע בזכותם של הרבים – או בזכותו של יחיד מן הרבים – ברשות הרבים. ומה היא זכותם של הרבים ושל היחיד ברשות הרבים? זכותם היא להלך

- 49 ראו לעיל בעמ' 245.
 50 ראו לעיל בעמ' 250.
 51 פרשת ראש מועצת הכפר יאנון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 863 (השופט ד' ביניש).
 52 ראו בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 461, 443 (2004).
 53 ראו פרשת סלאח, לעיל ה"ש 11, בעמ' 703.
 54 ראו סעיף 11(1) לחוק־היסוד הגרמני; סעיף 6(2) לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים (1982); סעיף 21 לחוקה של דרום אפריקה; סעיף 19(d) לחוקה של הודו (1950).
 55 ראו סעיף 13 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (The Universal Declaration Of Human Rights, GA RES. 21A (III), UN DOC A/ 810 AT 71 (1948) (להלן: ההכרזה האוניברסלית); סעיף 12 לאמנה הבינ־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (להלן: ICCPR); סעיף 2 לפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם וחירויות היסוד (Nov. 4, 1950) (CETS No. 005) (להלן: ECHR). ראו יפה זילברשץ "חופש התנועה: כניסה למדינה, שהות בה והיציאה ממנה" משפט בינלאומי 221 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, 2010).
 56 ראו פרשת חורב, לעיל ה"ש 35, בעמ' 147.
 57 שם (המשנה לנשיא מ' חשין).

ברשות הרבים, לנסוע במקום שיועד לנסיעה, לנוע בדרכים ובשדות. על דרך הכלל קרויה זכות זו: חירות התנועה או חופש התנועה⁵⁸.

האם חירות התנועה משתרעת על רשות הפרט? השופט מ' חשין הביע את הדעה כי חופש התנועה אינו חל לעניין רשות הפרט: "רשות היחיד היא ליחיד. לא יחיד ולא הכלל מותרים לפגוע בזכותו של היחיד ברשותו – שלו"⁵⁹. על פי גישה זו, יש להבחין לעניין היקפה של הזכות לחופש התנועה בין רשות הרבים לבין רשות היחיד. ההבחנה בין רשות הרבים לרשות הפרט אינה הבחנה של המשפט הפרטי אלא של המשפט הציבורי, ועל כן תחול זכות התנועה על מקום שהציבור נוהג לנוע בו, גם אם על פי דיני הקניין הוא רשות הפרט⁶⁰.

כנגד דעה זו אפשר לטעון כי הזכות החוקתית משתרעת על כל מקום – הן רשות הציבור והן רשות היחיד. ההבחנה בין שני אלה תיעשה, לעניין ההגבלות על חופש התנועה, במישור התת־חוקתי. לעניין מידתיות הפגיעה לא הרי פגיעה בחופש התנועה ברשות הציבור כהרי פגיעה בחופש התנועה ברשות היחיד. דעה שנייה זו נראית לי נכונה. אינני סבור כי לעניין היקפה של הזכות החוקתית לחופש התנועה יש להבחין בין רשות היחיד לרשות הרבים. הבחנה בו רלוונטית היא אך לעניין דיני המידתיות.

הגבלה על חופש התנועה ברשות הרבים פוגעת בזכות החוקתית. ההגבלה יכולה להיות מועטה (כגון תמרור עצירה) או רבה (כגון איסור השימוש בדרך מסוימת לנסיעה לתקופה ארוכה). ההגבלה יכולה להתבטא באיסור כולל על שימוש בדרך או איסור חלקי על שימוש בה. למשל, הזכות לחופש התנועה נפגעת במקום שנקבע, מטעמים של חיסכון, כי אין להשתמש ברכב לנסיעה בימים מסוימים בשבוע. כן נפגעת הזכות אם נדרש היתר מהמשטרה כדי למחות. חופש התנועה נפגע אם הפרט חייב להודיע לרשת שלטונית (המשטרה) על תנועותיו או אם מתקיים פיקוח אחר על תנועותיו⁶¹. דומה כי בילוש או התחקות של המשטרה אחר אדם בתנועותיו ברחבי המדינה פוגעים בחופש התנועה שלו⁶². מעצר או מאסר פוגע בחופש התנועה; "חלופת מעצר" גם היא פוגעת בחופש התנועה. הוא הדין בהגבלת נוכחות בעיר פלונית. דרישת רישיון לשם מימוש זכות התנועה פוגעת

58 שם (המשנה לנשיא מ' חשין). ראו גם שם, בעמ' 59 ("חופש התנועה משמעותו החופש לנוע באופן חופשי ברחובות ובכבישים") (הנשיא א' ברק); פרשת אג'מיאן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84 ("לנוע באופן חופשי ברחבי המדינה") (השופט א' ברק).

59 פרשת חורב, לעיל ה"ש 35 (המשנה לנשיא מ' חשין).
60 ראו Waterfront v. Police Commissioner of Western Cape, 2004 (4) SA 444 (CC) (S. Afr.).

61 ראו פרשת ואנונו, לעיל ה"ש 40, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
62 ראו Denizci v. Cyprus, (2001) ECHR 2001-V; Raimondo v. Italy, (1994) 18 EHRR 237; Labita v. Italy, 46 EHRR 1228; Singh v. State of U. P., AIR 1963 1 SC 1295 (Ind.) (Subha Rao J.).

בה. הזכות נתונה לכל אדם. אין היא מוגבלת לאזרח המדינה או לתושביה. דומה שלעניין זכות זו אין נפקא מינה אם האדם מצוי במדינה כדין או שלא כדין.⁶³ כמו כן אין רלוונטיות למטרת מימוש של חופש התנועה. לכל אדם עומדת הזכות לחופש התנועה, יהא המניע שלו אשר יהא.⁶⁴ חופש התנועה – בהיותו זכות־בת לכבוד האדם – הוא הן זכות שלילית (המטילה על המדינה את החובה שלא לפגוע בה) והן זכות חיובית (המטילה על המדינה את החובה להגן עליה מפני צדדים שלישיים).⁶⁵ הזכות מכוונת כלפי רשויות המדינה בלבד. אין היא מכוונת כלפי פרט אחר.⁶⁶

יש חוקות ואמנות בין־לאומיות הכורכות את חופש התנועה ברחבי המדינה עם הזכות לבחור מקום מגורים כפי רצונו ברחבי המדינה.⁶⁷ על קשר זה עומדת זילברשץ בציינה:⁶⁸

”זכות המגורים היא למעשה נגזרת של זכות התנועה ברחבי המדינה. זכות זו קובעת שכפי שמוחר לאדם לנוע ברחבי המדינה יש לו זכות מקבילה לא לנוע ולהתיישב במקום קבוע בו הוא בוחר לבסס את חייו. הזכות למגורים מאפשרת לאדם לקבוע את מקום מגוריו בכל אזור ובכל חלק של המדינה בו הוא בוחר להשתקע.”

נראה לי כי קשר זה הדוק הוא דיו כדי להכיר בזכות למגורים כחלק מזכות־הבת לחופש התנועה.⁶⁹ אפשר כמובן להכיר בו כזכות־בת נבדלת של כבוד האדם שעניינה הזכות לקבוע את מקום המגורים.

בגדר היקפה של הזכות לחופש התנועה אפשר להבחין בין עניינים המצויים בגרעינה של הזכות לבין עניינים המצויים בשוליה.⁷⁰ אלה כאלה הם חלק מהזכות. חשיבות ההבחנה אינה לעניין היקפה של הזכות אלא לעניין הצידוק להגבלתה.⁷¹

63 ראו (S. Afr.) 2004 (4) SA 125 (CC) (S. Afr.) *Lawyers for Human Rights v. Minister of Home Affairs*, בכמה אמנות בין־לאומיות הדרישה היא לנוכחות “כדין” במדינה. ראו סעיף 12(1) לאמנה הבין־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

64 ראו ALEX CONTE & RICHARD BURCHILL, *DEFINING CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: THE JURISPRUDENCE OF THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE* 66 (2009).

65 ראו לעיל בעמ' 351.

66 ראו לעיל בעמ' 387.

67 ראו סעיף 21(3) לחוקה של דרום־אפריקה. ראו גם סעיף 13(1) להכרזה האוניברסלית; סעיף 12(1) ל־ICCPR; סעיף 2(1) לפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופית לזכויות האדם. ראו גם זילברשץ “חופש התנועה: כניסה למדינה, שהות בה והיציאה ממנה”, לעיל ה”ש 55, בעמ' 242; ROBIN C.A. WHITE & CLAIRE OVEY, *JACOBS, WHITE & OVEY: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 534 (5th ed., 2010); *Matatiele Municipality v. President of the Republic of South Africa*, 2005 (5) SA 47 (CC) (S. Afr.).

68 זילברשץ “חופש התנועה: כניסה למדינה, שהות בה והיציאה ממנה”, לעיל ה”ש 55, בעמ' 243.

69 על דרישת הקשר הענייני ההדוק, ראו לעיל בעמ' 327.

הזכות לחופש התנועה, ככל זכות המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינה זכות מוחלטת. זוהי זכות יחסית.⁷² המשמעות היא כי אפשר להגבילה, ובלבד שההגבלה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. לעניין זה מקובל להשוות את חופש התנועה לחופש הביטוי.⁷³ לעניין הצידוק להגבלה⁷⁴ יהא מקום לבחון את הטעמים המונחים ביסוד הרצון להגשים את חופש התנועה מזה (כגון מימוש חופש הדת והפולחן)⁷⁵ והגבלתו מזה (כגון מטעמי ביטחון המדינה);⁷⁶ כן יהיה מקום לבחון את "היקפה הגאוגרפי" של ההגבלה⁷⁷ ואת משך הזמן של ההגבלה⁷⁸ ושאר נתונים באשר לאינטנסיביות ההגבלה. עמד על כך השופט ע' פוגלמן בפרשת אבו צפיה:⁷⁹

"בפסיקה הותוו מספר מבחני משנה לשם בחינת עוצמת הפגיעה בחופש התנועה של הפרט, ובכלל זה היקף השטח שבתוכו מוטלת המגבלה; רמת האינטנסיביות שלה; פרק הזמן שלאורכו נמשכת ההגבלה; וטיב האינטרסים שלצורך הגשמתם נדרשת התנועה".

כל אלה חשובים הם במסגרת פסקת ההגבלה בכלל והמידתיות במובן הצר (האיזון) בפרט. לעניין האיזון יש להתחשב מחד גיסא בתועלת החברתית השולית המתקבלת מהפגיעה בזכות החוקתית, ומאידך גיסא בתועלת החברתית השולית המתקבלת במניעת הפגיעה באותה זכות חוקתית. במסגרת קביעתה של החשיבות החברתית השולית יש מקום להבחין בין הטעמים השונים להגבלת חופש התנועה.

- 70 ראו CONTE & BURCHILL, לעיל ה"ש 64, בעמ' 67. להבחנה בין גרעינה של הזכות לבין שוליה, ראו לעיל בעמ' 360.
- 71 ראו לעיל בעמ' 360.
- 72 ראו פרשת סלאח, לעיל ה"ש 11, בעמ' 703; פרשת ואנונו, לעיל ה"ש 40, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. ראו גם לעיל בעמ' 366.
- 73 ראו פרשת דאהר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708 ("כרגיל אלה זכויות שוות ערך במשקלן") (השופטת מ' בן-פורת).
- 74 ראו פרשת סלאח, לעיל ה"ש 11, בעמ' 704.
- 75 ראו פרשת הס, לעיל ה"ש 52, בעמ' 461; בג"ץ 4776/06 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פס' 2 לפסק הדין של השופטת ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.6.2006).
- 76 ראו פרשת ראש מועצת הכפר יאנון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 866; פרשת ואנונו, לעיל ה"ש 40, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
- 77 ראו פרשת סלאח, לעיל ה"ש 11, בעמ' 704.
- 78 ראו שם.
- 79 בג"ץ 2150/07 אבו צפיה, ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון פס' 33 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2009).

פרק עשרים ושמונה

זכות-הבת לחינוך

א. הזכות ההלכתית לחינוך

הכרזת העצמאות קובעת בין השאר כי "מדינת ישראל [...] תבטיח חופש [...] חינוך ותרבות".¹ חקיקה מקיפה של הכנסת הכירה בזכות חקיקתית לחינוך.² נוסף על אלה הכיר בית המשפט העליון בזכות לחינוך כזכות הלכתית. תחילתה של פסיקה זו בפרשת עמותת שוחרי גיל"ת.³ השופט ת' אור ציין כי "החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו. מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה".⁴ משמעותם של דברים אלה היא כי הזכות לחינוך הינה זכות הלכתית.⁵ היא "אחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם",⁶ והיא "הוכרה כזכות יסוד על-ידי הפסיקה",⁷ אשר הכירה בה "כזכות אדם"⁸ ואשר ראתה בה "זכות יסוד".⁹ בפרשת טבקה¹⁰ ציינה

- 1 הכרזה על הקמת מדינת ישראל (ע"ר תש"ח 1).
- 2 ראו חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, ס"ח 287; חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ס"ח 137; חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988, ס"ח 114; חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, ס"ח 42; חוק חינוך חינם לילדים חולים, התשס"א-2001, ס"ח 128.
- 3 בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2 (1996).
- 4 שם, בעמ' 24.
- 5 ראו בג"ץ 4363/00 ועד פוריה נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, 214 (2002). השופטת א' פרוקצ'יה מצינת כי זכות החינוך של ילד ונער עוגנה בחקיקה, "וחשיבותה של זכות זו מצאה את ביטוייה גם בהלכה הפסוקה".
- 6 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 841 (2002) (השופטת ד' דורנר).
- 7 שם, בעמ' 842. ראו גם בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פס' 12 לפסק הדין של השופט א' לוי (פורסם בנבו, 6.8.2009).
- 8 בג"ץ 5108/04 אבו גודה נ' שרת החינוך, פ"ד נט(2) 241, 244 (2004) (הנשיא א' ברק).
- 9 בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך התרבות והספורט, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ד' ביניש (פורסם בנבו, 18.7.2005). ראו גם בג"ץ 11163/03 ועדת

השופטת א' פרוקצ'יה כי "מעמדה החשוב של הזכות לחינוך כזכות יסוד של האדם הוכר בהלכה הפסוקה בישראל לאורך שנים רבות. ההלכה הפסוקה עמדה לאורך שנים על חשיבותה המכרעת של זכות זו הן בהיבט של הפרט, והן בהיבט של החברה, ככלל".¹¹

ב. הזכות לחינוך כזכות־בת של כבוד האדם

1. שלילת המודל הרחב: פרשת עמותת שוחרי גיל"ת

הזכות לחינוך אינה זכות "עצמאית" בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהצעות השונות לחוקה או למגילת זכויות אדם בישראל נכללה הוראה בעניין הזכות לחינוך.¹² עם זאת בגיבושו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הוראות אלה לא נכללו. על רקע זה התעוררה השאלה אם אפשר להכיר בזכות לחינוך כחלק מהזכות לכבוד האדם.¹³ הבעיה התעוררה בפרשת עמותת שוחרי גיל"ת.¹⁴ נפסק כי "זכות יסוד חוקתית טעונה עיגון חוקתי. [...] המסמך החוקתי היחיד אשר עשוי להיות רלוואנטי לטיעון זה הוא חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה אינו מעגן במפורש את הזכות לחינוך".¹⁵ השופט ת' אור העלה את השאלה "האם ניתן לטעון, כי במסגרת זכותו של כל אדם לכבוד, המעוגנת בחוק זה, כלולה גם הזכות לחינוך?"¹⁶ בהשיבו על שאלה זו בשלילה ציין השופט ת' אור כי הכללתה של הזכות לחינוך בגדרי כבוד האדם "מניחה 'מודל רחב' בפרשנות הזכות לכבוד. מודל זה מעורר קושי ניכר".¹⁷ בהקשר זה הביא השופט ת' אור מדברים שכתבתי, ועל פיהם:¹⁸

- המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 29 (2006) (הנשיא א' ברק); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה המתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, 613 (2008) (השופטת א' פרוקצ'יה).
- 10 בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010).
- 11 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה. ראו גם יורם רבין הזכות לחינוך 389 (2002); יורם רבין וקרן מיידר "בית המשפט תוקע יתד: על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד" המשפט ח 541 (2003); יורם רבין "הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 567, 589 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 12 להיסטוריה החוקתית, ראו רבין הזכות לחינוך, לעיל ה"ש 11, בעמ' 354.
- 13 לעניין גזירת הזכות לחינוך מהזכות לחירות אישית, ראו לעיל בעמ' 338.
- 14 פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23.
- 15 שם.
- 16 שם.
- 17 שם.
- 18 אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 423 (1994).

"אכן, אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, נפגע בכבודו האדם שבו, הוא הופך לאובייקט. מכאן אין לעבור לקיצוניות – המאפיינת את המודל הרחב – לפיו יש לו לפרט זכות כנגד המדינה לחיים טובים יותר. על כן ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית. יחד עם זאת, ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום האנושי".

על רקע זה ציין השופט ת' אור כי "ברוח דברים אלה, הנני סבור שאין לגזור מזכותו של אדם לכבוד את קיומה של זכות יסוד חוקתית לחינוך".¹⁹

בפרשת עמותת שוחרי גיל"ת ראה השופט ת' אור קושי ניכר באימוץ המודל הרחב.²⁰ אכן, בהעדר זכות עצמאית לחינוך אין לגזור מהזכות לכבוד האדם זכות לחינוך שאינה קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. לכך כווננו גם הדברים שכתבתי ושאותם ציטט השופט ת' אור. עם דחייתו של המודל הרחב מתעוררת השאלה מה דין הזכות לחינוך כזכות־בת של זכות־האם לכבוד האדם. שאלה זו לא נדונה בפרשת עמותת שוחרי גיל"ת. דבריו של השופט ת' אור, שלפיהם "אין לגזור מזכותו של אדם לכבוד את קיומה של זכות יסוד חוקתית לחינוך",²¹ לא כווננו לשלילת המודל המצומצם²² או מודל הביניים²³ אלא לשלילתו של המודל הרחב.²⁴ יש לזכור כי פרשת עמותת שוחרי גיל"ת נפסקה ביולי 1996, עשר שנים לפני שנפסקה פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל.²⁵ השופט צ' טל ציין בפסק דינו בפרשת עמותת שוחרי גיל"ת כי "את סוגיית הזכות החוקתית לחינוך הייתי משאיר לעת מצוא".²⁶ השופט ד' דורנר ציינה כי "איני רואה לנכון לנקוט עמדה בסוגיית

- 19 פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24. גישה זו זכתה לביקורת קשה. ראו אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (1997); רות בן ישראל "השלכות חוק היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27 (תשנ"ד); עלי זלצברגר ואלכסנדר קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489 (1997); גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש – מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות אדם" ספר ברנזון – בני סברה 183 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
- 20 למודל זה, ראו לעיל בעמ' 150.
- 21 פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24. לפרשנות אחרת של פסק הדין, ראו גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני ההתפתחות שלאחר המהפיכה החוקתית" עיוני משפט כב 129, 132 (2000).
- 22 על המודל המצומצם, ראו לעיל בעמ' 150.
- 23 על מודל הביניים, ראו לעיל בעמ' 150.
- 24 ראו לעיל בעמ' 794.
- 25 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).
- 26 פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32.

הזכות החוקתית לחינוך".²⁷ בקשה לדיון נוסף נדחתה על ידיי.²⁸ ההנמקה לכך הייתה כי בפרשת עמותת שוחרי גיל"ת "לא נקבעה כל הלכה [...] וממילא לא הייתה זו הלכה חדשנית או חשובה. [...] זאת, לפי שהשופטים ד' דורנר וצ' א' טל השאירו סוגיה זו בצריך עיון [...]. ההכרעה בפסק הדין [...] לא נפלה [...] על יסוד העמדה שהביע השופט אור בדבר קיומה או היעדרה של זכות חוקתית לחינוך".²⁹

2. הכרה בזכות לחינוך במסגרת המודל המצומצם: פרשת יתד

מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך כנכללת בגרדי הזכות לכבוד האדם עלתה בשנית בפרשת יתד.³⁰ בפרשה זו נבחנה השאלה אם ילדים בעלי צרכים מיוחדים זכאים לחינוך מיוחד חנם במוסד או בכיתה לחינוך מיוחד בלבד, או שמא המדינה חייבת להעניק חינוך מיוחד חנם גם לילדים בעלי צרכים מיוחדים שישולבו במסגרת החינוך הרגיל. לעניין מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך ציינה השופטת ד' דורנר כי "השאלה אם הזכות לחינוך כלולה בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בסעיפים 2 ו-4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, טרם הוכרעה".³¹ השופטת ד' דורנר חזרה על עמדתה בפרשת מילר,³² שעל פיה "הפליה במימוש הזכות לחינוך עשויה, אם היא נעשית על רקע השתייכות קבוצתית, להיחשב כהשפלה הפוגעת בזכות לכבוד האדם. [...] לעומת זאת פגיעה בשוויון מטעמים פוליטיים, מינהליים או תקציביים, אינה משפילה, ועל כן אינה פוגעת בכבוד האדם".³³

הנה כי כן, השופטת ד' דורנר – הדוגלת במודל המצומצם, שעל פיו כבוד האדם מגן על האדם מפני השפלה – קבעה כי ייכללו בגדר כבוד האדם אותן פגיעות בזכות לחינוך המשפילות את הזכאי לחינוך. פרשת יתד העמידה בפני השופטת ד' דורנר בעיה קשה, שכן "ההפליה של הילדים בעלי הצרכים המיוחדים היא על רקע השתייכות קבוצתית, אך סיבותיה הן תקציביות. בנסיבות אלה לשאלה אם ההפליה פוגעת גם בכבוד האדם יש פנים לכאן ולכאן". על רקע זה נמנעה השופטת ד' דורנר מלהכריע בשאלת ההפליה וממילא גם בשאלת מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך. השופטת ד' דורנר ציינה, לעניין זה, כי "זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה, ללא קשר הכרחי לזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".³⁴ השופטת

27 ש.ם.

28 ראו דנג"ץ 5456/96 יצחק נ' שר החינוך (פורסם בנוב, 27.11.1996).

29 ש.ם. לביקורת החלטה זו ראו רבין הזכות לחינוך, לעיל ה"ש 11, בעמ' 384.

30 פרשת יתד, לעיל ה"ש 6.

31 ש.ם, בעמ' 843.

32 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 131 (1995).

33 פרשת יתד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 843.

34 ש.ם, בעמ' 843. ראו גם פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7, פס' 12 לפסק הדין של השופט א' לוי.

פנתה אפוא לפרשנותו של חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988 והגיעה למסקנה כי המדינה אינה מקיימת את חובתה על פי החוק למתן חינוך מיוחד חינוך לילדים שהושמו במוסדות החינוך הרגילים. השופטים א' לוי ות' אור הסכימו לפסק דינה של השופטת ד' דורנר. בפרשת יתד העלתה השופטת ד' דורנר את גישתה שלפיה הפליה של תלמיד על בסיס קבוצתי יש בה השפלה הפוגעת בזכותו של התלמיד לכבוד האדם. זהו המודל המצומצם לכבוד האדם אשר השופטת ד' דורנר דגלה בו בכמה פסקי דין.³⁵ השופטת ד' דורנר לא פיתחה מודל זה בפרשת יתד בשל הקשיים בסיווג ההפליה בפרשה זו.³⁶

3. הכרה בזכות לחינוך במסגרת מודל הביניים

(א) התפתחות הפסיקה

שאלת מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך התעוררה ברשימה של פסקי דין שניתנו לאחר פרשת עמותת שוחרי גיל"ת³⁷ ופרשת יתד.³⁸ מקצת פסקי דין אלה ניתנו לפני פסק הדין בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל³⁹ ומקצתם העיקרית ניתנה לאחר פרשה זו. פרשת ועד הורים עירוני⁴⁰ קדמה לפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל. הפרשה עסקה בשאלה אם רשויות השלטון רשאיות לגבות מתלמידי בתי הספר התיכוניים תשלומים בגין המבחנים בבחינות הבגרות. בפסק דינה עמדה השופטת ד' ביניש על חיוניותה של הזכות לחינוך.⁴¹ אשר לשאלה אם הזכות לחינוך היא זכות חוקתית, מציינת השופטת ד' ביניש כי "שאלה נכבדה זו – האם הזכות לחינוך כלולה בזכות לכבוד האדם כמשמעותה בסעיפים 2 ו-4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו טרם הוכרעה בפסיקתנו".⁴² השופטת ד' ביניש השאירה את השאלה בצריך עיון, והצטרפה למי שרואים ב"זכות היסוד לחינוך" עומדת על רגליה שלה, ללא קשר הכרחי לזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".⁴³

פרשת ארגון הורים ארצי⁴⁴ נפסקה לאחר פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל. היא עסקה בחוקיות גבייתו של "תשלום הורים" על ידי בתי ספר. בית המשפט הגיע

- 35 ראו לעיל בעמ' 143.
- 36 ראו בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פס' 6 לפסק הדין של השופט י' דניצ'ור (פורסם בנבו, 6.2.2011).
- 37 פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3.
- 38 פרשת יתד, לעיל ה"ש 6.
- 39 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 25.
- 40 פרשת ועד הורים עירוני, לעיל ה"ש 9.
- 41 שם, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ד' ביניש.
- 42 שם.
- 43 שם. הציטוט הוא מדברי השופטת ד' דורנר בפרשת יתד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 843.
- 44 בג"ץ 6914/06 ארגון הורים ארצי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.8.2007).

למסקנה כי החשלוּם חוקי. השופטת א' פרוקצ'יה ציינה בפסק דינה כי בית המשפט העליון "הכיר בחשיבותו העליונה של החינוך ובחשיבות מימושה של הזכות לחינוך, הן לפיתוח אישיותו של הפרט והן לגיבושה של חברה דמוקרטית נאורה".⁴⁵ היא ציינה כי "לבד מחשיבותו של החינוך כערך המקדם את האוטונומיה של הפרט, ונותן בידי כלים להגשמה עצמית מלאה של אישיותו, נושא הוא חשיבות גדולה גם מנקודת ראותה של החברה בכללותה. החינוך מעצב את פני החברה וקובע את דמותה, לא רק מבחינת הישגי הידע והמומחיות הנרכשים, אלא גם בעיצוב התשתית הערכית והמוסרית המאפיינת אותה".⁴⁶ בפרשת ג'רבי⁴⁷ נדונה השאלה אם סטודנטים הלומדים במוסדות להשכלה גבוהה ושאנם מתוקצבים על ידי מדינת ישראל זכאים לקבל "מענק מאזן" כדי ששכר הלימוד שלהם ישווה לזה שמשלמים סטודנטים במוסדות להשכלה גבוהה אשר המדינה משתתפת בתקצובם. העתירה נדחתה. השופטת ד' ברלינר ציינה כי אין מוטלת על המדינה החובה לדאוג להשכלתם הגבוהה של אזרחיה.⁴⁸ לעניין זה ציינה השופטת ד' ברלינר כי אין ללמוד על קיומה של חובה זו מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופטת הבחינה בין חינוך חובה לבין השכלה אקדמית: "חינוך – מסוג זה שניתן בכל מוסד חינוכי במסגרת חינוך חובה הוכר כמכשיר בלעדיו אין לצורך הקיום האנושי. אין להעלות על הדעת יכולת השתלבות מינימלית בחברה, כגון היכולת להשתכר, היכולת להשתתף ולהשפיע בהליך הדמוקרטי, היכולת לבטא התנגדות למדיניות שלטונית וכיוצא באלה, ללא ידיעות בסיסיות כגון קרוא וכתוב, חשבון, היסטוריה בסיסית, מסורת ומורשת תרבותית של מדינתך וכיוצא באלה תכנים המועברים במסגרת החינוך הממלכתי כתכני חובה".⁴⁹ חרף כל זאת לא הוכרה הזכות לחינוך כזכות חוקתית בגדרי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. על אחת כמה וכמה שאין להכיר בזכות להשכלה גבוהה כזכות חוקתית. "ההשכלה הגבוהה טרם תפסה מעמד בכורה כזכות המטילה על המדינה חובה פוזיטיבית לאפשר לפרט להשיגה מבלי שהשיקול התקציבי יוכל להיחשב כשיקול מכריע בסוגיה".⁵⁰

פרשת המרכז לפלורליזם יהודי⁵¹ עסקה בחובתם של מוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים לקיים "תכנית ליבה". לעניין הזכות לחינוך נקבע, מפי השופטת א' פרוקצ'יה, כי זו זכות יסוד המוקנית לכל אדם.⁵² השופטת ציינה כי "חשיבותה המכרעת של הזכות לחינוך נובעת מחיוניות החינוך למימוש זכויות האדם כפרט ולמיצוי האוטונומיה האישית שלו,

45 שם, פס' 18 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

46 שם, פס' 19 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

47 בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 5.12.2007).

48 ראו שם, פס' 25 לפסק הדין של השופטת ד' ברלינר.

49 שם.

50 שם.

51 לעיל ה"ש 9.

52 ראו שם, פס' 51 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

כגורם המפתח את אישיותו ואת יכולותיו, ונותן בידי כוחות התמודדות ואפשרות לממש שוויון הזדמנויות בחברה בה הוא חי בנערותו ובבגרותו. הזכות לחינוך מקרינה על זכויות יסוד אחרות של האדם, כגון חופש הביטוי וחופש העיסוק; מימוש הזכות לחינוך נועד להשיג תכליות חברתיות. החינוך מהווה חוליה מקשרת בין מגזרי החברה השונים והמגוונים ואמצעי גישור חיוני לבניית מירקם חברתי הרמוני. החינוך הוא אמצעי חשוב לקידום ערכים דמוקרטיים חופשיים. הוא תנאי חיוני למימוש העצמי של הפרט, ולקיום חיי חברה תקינים.⁵³

מעמדה המשפטי של הזכות לחינוך עלתה בפרשת עמותת "נוער כהלכה".⁵⁴ העתירה עסקה בהפליית תלמידות ספרדיות בבית ספר יסודי לבנות המשתייך לחינוך המוכר שאינו רשמי לחינוך תורני. השופט א' לוי עמד על הזכות לחינוך ועל שמוסדות החינוך אשר צריכים "לאזן בין הצורך להקנות כלים ומיומנויות, איתם יוכל תלמיד לצאת אל העולם ולממש את יכולותיו, לבין הצורך התרבותי, הערכי והלאומי לגבש את אופיו של התלמיד ולחנכו לאור זהותו הלאומית ומורשת אבותיו".⁵⁵ השופט א' לוי ציין כי המדינה הכירה "בצורך של מגזרים שונים לחנך את ילדיהם ברוח צבינום התרבותי הייחודי, אמונתם הדתית ושיוכם הקהילתי".⁵⁶ במסגרת הזכות לחינוך "הוכרה גם זכותם של תלמידים לשוויון בחינוך [...]. אין בזכותה של קהילה לחינוך מגזרי כדי להפחית מחובותיה של המדינה להתוות מדיניות שוויונית, לפקח על ביצועה ולקבוע תכני ליבה".⁵⁷ השופט א' לוי מציין כי בפרשה שבפניו מתנגשת הזכות לחינוך מגזרי עם הזכות לשוויון.⁵⁸ פתרונה של התנגשות זו הוא בהכרה כי "מוסד חינוכי רשאי לקיים מגמה ייחודית במסגרתה יילמדו אורחות הדת ותפיסת העולם של קהילה פלונית. [...] על המוסד לאפשר לכל תלמיד העומד בתנאי הסף הרלוונטיים, והמבקש לאמץ את אורח החיים הנלווה לכך, ללמוד במגמה בה הוא חפץ. [...] אין בשיוכו העדתי של תלמיד כדי להוות תנאי רלוונטי לקבלתו למגמה פלונית".⁵⁹ השופט ח' מלצר הפנה לפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל,⁶⁰ שעל פיה "הזכות לשוויון [...] כלולה בזכות לכבוד האדם עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק",⁶¹ והוסיף:⁶²

- 53 ש.ם.
 54 פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7.
 55 ש.ם, פס' 13 לפסק הדין של השופט א' לוי.
 56 ש.ם, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' לוי.
 57 ש.ם.
 58 ראו ש.ם.
 59 ש.ם, פס' 24 לפסק הדין של השופט א' לוי (ההדגשה במקור).
 60 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 683.
 61 פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7, פס' 2 לפסק הדין של השופט ח' מלצר.
 62 ש.ם (ההדגשות במקור).

"לי נראה שהמקרה שלפנינו נופל במסגרת זו ואולם ניתן גם לומר שבצד הפגיעה בזכות לחינוך ובזכות לשוויון ככאלה יש כאן גריעה בלתי אמצעית מזכות חוקתית מפורשת, המעוגנת במישרין בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא הזכות לכבוד".

השופט ח' מלצר מציין כי "חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, המושתת, בין היתר, על ההכרה בערך האדם ובהיותו בן חורין, מגן, בין שאר דברים, על כבודו של אדם באשר הוא אדם. בגדר האמור, השפלה היא פגיעה בוטה בכבוד. [...] ההשפלה נובעת מכך שהסיווג למגמות־לימוד נעשה למעשה על רקע מוצא עדתי".⁶³

פרשת טבקה⁶⁴ עסקה בסירובם של מוסדות חינוך פרטיים בפתח תקווה לקלוט למסגרותיהם תלמידים עולים יוצאי אתיופיה. השופטת א' פרוקצ'יה ציינה בפתח פסק דינה כי "הסוגיה שבפנינו מביאה לכלל ביטוי ערכים שונים במשולב: הזכות לחינוך, הזכות לשוויון, וכבוד הילד כחלק מכבוד האדם. כל אחד מערכים אלה נושא עוצמה מיוחדת משלו. בשילובם יחדיו, הם נושאים עוצמת־יתר. [...] בלא חינוך ובלא שוויון אמיתי בחינוך לא ניתן להגשים באופן מלא את עצמיותו של הפרט; בלעדיו, יקשה לקיים חברה בעלת איכויות תרבותיות, מקצועיות, ואנושיות".

לעניין הזכות לחינוך ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי "חשיבותה המיוחדת של הזכות לחינוך נובעת ממקומו של החינוך כערך חיוני למימוש זכויות האדם כפרט, ולמיצוי אישיותו, יכולותיו וכשרונותיו במסגרת האוטונומיה האישית הנתונה לו; החינוך נותן בידי הפרט כוחות התמודדות במאבקי החיים והקיום, ומקנה לו שוויון הזדמנויות בהכשרתו לעתיד. מימוש הזכות לחינוך נועד להשיג גם תכליות חברתיות. הוא מהווה החוליה המקשרת בין מגזרי החברה השונים, ויוצר גשר חיוני לקיום הרמוניה חברתית, שבלעדיה לא ייתכנו קיומם של עם וחברה; החינוך הוא אמצעי חשוב לקידום ערכים דמוקרטיים חופשיים, ולקיום חיי חברה תקינים".⁶⁵

השופטת א' פרוקצ'יה מציינת כי "הזכות לחינוך כזכות יסוד של האדם הוכרה בהלכה הפסוקה בישראל לאורך שנים רבות".⁶⁶ לזכות יסוד זו "מעמד עצמאי משלה גם בלא קשר הכרחי לכבוד האדם".⁶⁷ לעניין כבוד האדם כותבת השופטת א' פרוקצ'יה:⁶⁸

"מקומה העצמאי של הזכות לחינוך, כעומדת על רגליה היא, אינו שולל את השתלבותה בגרעין הזכות החוקתית לכבוד האדם. אין זכות לחינוך

63 שם, פס' 3 לפסק הדין של השופט ח' מלצר.

64 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10, פס' 14 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

65 שם.

66 שם, פס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

67 שם, פס' 16 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

68 שם.

האחוזה ונעוצה בערך כבוד האדם בקשר שאינו ניתן לניתוק. לא ניתן לנתק ולהפריד בין כבוד האדם לבין זכותו הבסיסית של אדם לקנות דעת, תרבות, ערכים ומיומנויות שבהשתלבותם מהווים תנאי לקיום ולחיים בכבוד אנושי. בלא מימוש מלא של הזכות לחינוך נפגע כבודו של האדם, ונפגע קיומו האנושי בכבוד. בלא חינוך, נפגעת יכולתו של האדם לממש את הווייתו האנושית במלואה; פגיעה זו כמדה כפגיעה בזכותו לכבוד אנושי".

על רקע זה קובעת השופטת א' פרוקצ'יה כי "הזכות לחינוך מהווה, כשלעצמה, חלק מזכותו של אדם לכבוד אנושי בהקשר החוקתי".⁶⁹ השופטת ממשיכה וקובעת כי "יהא אשר יהא מעמדה של הזכות לחינוך כחלק מהזכות החוקתית לכבוד, הפגיעה בזכות לחינוך כשהיא משתלבת בפגיעה בשוויון, והופכת לפגיעה בשוויון בחינוך עשויה להוות פגיעה בזכות לכבוד".⁷⁰ המשך פסק הדין בוחן את הזכות החוקתית לשוויון בחינוך ואת יחסה לזכות בקיום ייחודיות מגזרים בחינוך. נקבע כי בהתנגשות בין השניים, יד הזכות לשוויון בחינוך על העליונה. השופט ח' מלצר מצטרף בהסכמה לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה בהפנתו לעיקרי שיטתו כפי שפורטו בפרשת עמותת "נוער כהלכה".⁷¹ השופט א' רובינשטיין הצטרף לחוות דעתם של חבריו להרכב.

פרשת אבו לבדה⁷² עסקה בזכותם של תלמידים, תושבי מזרח־ירושלים, לחינוך חובה חינוך במוסדות חינוך רשמיים. נטען בעתירה כי המדינה אינה מקיימת את זכותם לחינוך חובה חינוך במוסדות רשמיים, ולפיכך הם נאלצים ללמוד במוסדות לא רשמיים, והוריהם נושאים בנטל תשלומים כבד. לעניין הזכות לחינוך – ובשאלה זו אנו מתמקדים – מציינת השופטת א' פרוקצ'יה כי "היא עוסקת בעיקרה בזכותו של הפרט, אך מקרינה ומשליכה על דמותה של החברה ככלל. בלא חינוך, לא ניתן לאדם סיכוי לממש את הווייתו העצמית, לפתח את כשרונותיו ויכולותיו, ולעצב את תפיסתו הערכית והמוסרית, שבלעדיהם נפגעת יכולתו להשתלב בחברה בת־תרבות; בלא חינוך, נפגעת דמותה של החברה, והחתיירה לעצב בישראל חברה דמוקרטית, סובלנית, השומרת על חירויות יסוד ומפתחת תרבות כללית וייחודית עלולה להיכשל [...]. הזכות לחינוך משמשת יסוד למימושן של זכויות יסודיות נוספות, כגון חופש הביטוי והיכולת לקלוט מידע, חופש ההצבעה והבחירה, חופש ההתאגדות וחופש העיסוק, אשר בלעדיה, עלולות גם הן להיפגע".⁷³

לעניין מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך כותבת השופטת א' פרוקצ'יה:⁷⁴

69 ש.ם.

70 ש.ם.

71 פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7.

72 פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36.

73 ש.ם, פס' 24 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

74 ש.ם, פס' 26 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

"חשיבותו המכרעת של החינוך בחיי הפרט ובעיצוב הווייתו האנושית, מרכזיותו של החינוך בקביעת אורח חייו ואיכות חייו של האדם, וגורליותו של גורם זה במימוש כבודו האנושי, משלבים, לכאורה, את הזכות לחינוך במשמעותה הגרעינית בערך כבוד האדם אשר הוכר בישראל כזכות חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נראה, כי הזכות לחינוך נמנית על אותו 'גרעין קשה' של כבוד האדם, שבלעדיו ערך הכבוד האישי נפגם פגיעה מהותית וקשה".

השופטת מוסיפה וקובעת כי "בענייננו, משתלבת הזכות לחינוך בזכות לשוויון לכדי זכות לשוויון בחינוך. שילוב זה של שתי הזכויות בהתמקדותן בזכות אדם לחינוך רשמי חנם מוביל עניין זה לתחום החוקתי העוסק בזכויות אדם".⁷⁵ המשך פסק הדין עוסק בזכות לשוויון בחינוך. לעניין זה קובעת השופטת א' פרוקצ'יה כי "הזכות לשוויון בחינוך משיקה במישורין לזכות החוקתית לכבוד האדם. ההפליה ככלל, ובהשתקפותה בחינוך בפרט, יוצרת תחושת קיפוח ונחיתות, הפוגעת בכבוד הילד כאדם. הפגיעה בשוויון בחינוך כמוה כפגיעה בזכות חוקתית לכבוד האדם".⁷⁶

השופט י' דנציגר הסכים לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. לעניין הזכות לחינוך הוא ציין כי "החינוך חיוני לקיומה של החברה ולקיומו של משטר דמוקרטי, חי ומתפקד. החינוך מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם, החיוני להצלחתו ולשגשוגו. [...] הזכות לחינוך חנם מגשימה את עקרון השוויון באפשרה לכל ילדה וילד לממש את היכולת ואת הפוטנציאל הטמונים בהם, להשתלב בחברה ולהתקדם בה".⁷⁷ עם זאת סבר השופט י' דנציגר כי "במקרה הנוכחי אין צורך להכריע בשאלת מעמדה של הזכות לחינוך, זכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם שכן בענייננו ברורה הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון בחינוך עליה עמדה חברתי. עם זאת, מסכים אני עם חברתי השופטת א' פרוקצ'יה כי ככלל, חשיבותו המכרעת של החינוך בחייו של כל אדם – ובפרט בקביעת אורח ואיכות חייו ובמימוש כבודו האישי – מצדיקה לכאורה את שילובה של הזכות לחינוך במשמעותה הגרעינית בערך כבוד האדם שהוכר בישראל כזכות חוקתית מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו [...], ואולם הכרעה בסוגיה זו אינה נדרשת כאמור במקרה דנן".⁷⁸ לעניין הזכות לשוויון בחינוך ציין השופט י' דנציגר כי זו "זכות הקשורה קשר בל ינתק לכבוד האדם ומשכך [הפגיעה בילדים] מהווה לטעמי הפרה של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. האיסור על הפליה בחינוך – המעגן את זכות השוויון בחינוך – משוך באופן ישיר לזכות החוקתית לכבוד האדם [...]. הפגיעה בזכות לשוויון בחינוך מהווה מעצם טבעה וטיבה פגיעה בכבודו

75 שם (ההדגשות במקור).

76 שם, פס' 33 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

77 שם, פס' 5 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

78 שם.

של הילד, ומשכך עולה היא כדי פגיעה בכבוד האדם במובנו בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷⁹

הנשיאה ד' ביניש הצטרפה לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. היא מציינת כי "לא ניתן להפריז בחשיבותה של הזכות לחינוך [...]". גם לא ניתן להפריז בחשיבות הזכות לשוויון בחינוך, שהיא חלק מן הזכות החוקתית הכללית לשוויון.⁸⁰

(ב) הזכות לחינוך כזכות־בת של כבוד האדם

(1) הזכות לשוויון בחינוך

העדרה של זכות "עצמאית" לחינוך העלה את השאלה אם אפשר להכיר בזכות לחינוך כחלק מכבוד האדם.⁸¹ כפי שראינו,⁸² הפסיקה בחנה שלושה מודלים אפשריים לפתרון שאלה זו. על פי המודל הרחב,⁸³ הזכות לכבוד האדם היא מקור לכל הזכויות ה"עצמאיות" המוכרות בחוקות השונות ושלא נכללו בגדרי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. מודל זה נדחה על ידי השופטת א' אור בפרשת עמותת שוחרי גיל"ת.⁸⁴ עשר שנים לאחר מכן נדחה מודל זה בבית המשפט העליון בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל.⁸⁵ המודל המצומצם גרס כי הזכות לכבוד האדם מגנה על האדם אך בפני השפלה, עינויים או פגיעות פיזיות קשות אחרות. על פי גישה זו, הפליה על רקע השתייכות לקבוצה הזקוקה להגנה משפילה את האדם, ומפני השפלה זו מגנה הזכות לכבוד האדם. מודל זה פותח על ידי השופטת ד' דורנר בפרשת מילר.⁸⁶ היא אימצה גישה זו בפרשת יתד⁸⁷ לעניין הפליה בחינוך.

דומה שהכול מסכימים כי הפליה בחינוך על רקע השתייכות לקבוצה הזקוקה להגנה (הפליה גנרית)⁸⁸ נכללת בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם. אכן, השופטת א' אור, שישב בדיון בפרשת יתד, הסכים עם גישתה של השופטת ד' דורנר. גם בפסיקה מאוחרת יותר קבע בית המשפט העליון כי הפליה בחינוך היא פגיעה בשוויון שיש בה פגיעה בכבוד האדם.⁸⁹

79 שם, פס' 5 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

80 שם, פס' 6 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.

81 ראו פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3.

82 ראו לעיל בעמ' 149.

83 על המודל הרחב, ראו לעיל בעמ' 150.

84 פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3.

85 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 25.

86 פרשת מילר, לעיל ה"ש 32.

87 פרשת יתד, לעיל ה"ש 6.

88 להפליה גנרית, ראו לעיל בעמ' 703.

89 ראו פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7; פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10; פרשת אבו

לבדה, לעיל ה"ש 36.

בכך השתלב הדיון בזכות לחינוך עם הדיון בזכות לשוויון. משנקבע כי הפליה⁹⁰ – ובעיקר הפליה גנרית – פוגעת בכבוד האדם, התקבלה ההשקפה כי הפליה בחינוך – בעיקר כשהקבוצה המופלית היא גנרית (כגון בנות ספרדיות בחינוך התורני האשכנזי,⁹¹ תלמידים עולים יוצאי אתיופיה במוסדות חינוך פרטיים⁹² או תלמידים תושבי מזרח ירושלים במוסדות החינוך הרשמיים)⁹³ – היא פגיעה בזכות־הבת של כבוד האדם לשוויון. מה דינה של זכות־הבת לחינוך? הכרה בשוויון בחינוך כחלק מכבוד האדם מתבססת על השוויון בזכות־בת חוקתית ועל החינוך כמגדיר את קבוצת השוויון.⁹⁴ אך האם הזכות לחינוך היא עצמה זכות־בת חוקתית? האם פגיעה בזכות לחינוך בלא שתכרוך עמה הפליה גנרית היא פגיעה בזכות חוקתית לחינוך? הפסיקה קבעה כי הזכות ההלכתית לחינוך "עומדת על רגליה היא, ללא קשר הכרחי לזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".⁹⁵ על רקע זה מתעוררת השאלה אם הזכות החוקתית לחינוך עומדת על רגליה שלה כזכות־בת של כבוד האדם ללא קשר הכרחי לזכות לשוויון.

(2) הזכות לחינוך כזכות־בת "העומדת על רגליה שלה"

I. הקשר בין הזכות לחינוך לזכות לכבוד האדם

בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל⁹⁶ נקבע כי המודל הרחב הוא רחב מדי, והמודל המצומצם – מצומצם מדי. בית המשפט אימץ את מודל הביניים. על פיו "ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה שבה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים".⁹⁷ האם מתבקשת מתפיסה זו של כבוד האדם הכרה בזכות לחינוך כזכות־בת של כבוד האדם? האם מודל הביניים להבנת כבוד האדם,⁹⁸ אשר אומץ בפסיקה הישראלית,⁹⁹

90 ראו לעיל בעמ' 688.

91 ראו פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7.

92 ראו פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10.

93 ראו פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36.

94 על קבוצת השוויון, ראו לעיל בעמ' 693.

95 פרשת יתד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 843; פרשת ועד הורים עירוני, לעיל ה"ש 9, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ד' ביניש; פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

96 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 25.

97 שם, בעמ' 685.

98 ראו שם, בעמ' 687.

99 ראו לעיל בעמ' 149.

משתרע גם על הזכות לחינוך? האם פגיעה בחינוכו של אדם שאין בה השפלה וביזוי עשויה להיות פגיעה בכבודו כאדם? טול את הילדים בעלי הצרכים מיוחדים. שאלת זכאותם לחינוך חינם במסגרת החינוך הרגיל נדונה בפרשת יתד.¹⁰⁰ נפסק באותה פרשה כי הפליית הילדים בעלי הצרכים המיוחדים לא הביאה להשפלתם. אך האם זכותם לחינוך כחלק מכבוד האדם לא נפגעה?

כבר בפרשת עמותת שוחרי גיל¹⁰¹ עמד השופט ת' אור על כך כי החינוך "מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של האדם".¹⁰² בפרשת ועד הורים עירוני¹⁰³ ציינה השופטת ד' ביניש כי "הזכות לחינוך חיונית לפיתוח אישיותם של כל ילד, ילדה, נער ונערה, למימושם העצמי ולמיצוי כשרונותיהם ויכולתם; הזכות לחינוך מאפשרת להם להכיר מגוון של השקפות, החינוכיות לתהליך גיבוש זהותם, דעותיהם ובחירותיהם [...] מימוש הזכות לחינוך היא הגישה שלהם אל ההשתלבות בחברה כאנשים אוטונומיים, היכולים לבחור את דרכיהם מבין האפשרויות השונות הפתוחות בפניהם".¹⁰⁴ בפרשת ארגון הורים ארצי¹⁰⁵ עמדה השופטת א' פרוקצ'יה על חשיבותו של החינוך "כערך המקדם את האוטונומיה של הפרט, ונותן לו כלים להגשמה עצמית מלאה של אישיותו".¹⁰⁶ בפרשת המרכז לפלורליזם יהודי¹⁰⁷ ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי החינוך חיוני "למימוש זכויות האדם כפרט ולמיצוי האוטונומיה האישית שלו, כגורם המפתח את אישיותו ואת יכולתו".¹⁰⁸ בפרשת עמותת "נוער כהלכה"¹⁰⁹ עמד השופט א' לוי על הזכות לחינוך אשר צריכה "להקנות כלים ומיומנות, איתם יוכל תלמיד לצאת אל העולם ולממש את יכולתו".¹¹⁰ בפרשת טבקה¹¹¹ הדגישה השופטת א' פרוקצ'יה כי "החינוך נותן בידי הפרט כוחות התמודדות במאבקי החיים והקיום, והמקנה לו שוויון הזדמנויות בהכשרתו לעתיד".¹¹² בפרשת אבו לבדה¹¹³ מציינת השופטת א' פרוקצ'יה כי "בלא חינוך לא ניתן לאדם סיכוי לממש את הווייתו העצמית, לפתח את כשרונותיו ויכולתו, ולעצב את תפיסתו הערכית והמוסרית, שבלעדיהם

- 100 פרשת יתד, לעיל ה"ש 6.
 101 פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3.
 102 שם, בעמ' 24.
 103 פרשת ועד הורים עירוני, לעיל ה"ש 9.
 104 שם, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ד' ביניש.
 105 פרשת ארגון הורים ארצי, לעיל ה"ש 44.
 106 שם, פס' 19 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 107 פרשת המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 9.
 108 שם, פס' 51 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 109 פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7.
 110 שם, פס' 13 לפסק הדין של השופט א' לוי.
 111 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10.
 112 שם, פס' 14 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 113 פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36.

נפגעת יכולתו להשתלב בחברה בת־תרבות".¹¹⁴ באותה פרשה ציין השופט י' דנציגר כי "החינוך מהווה יסוד הכרחי למימוש העצמי של כל אדם, החיוני להצלחתו ולשגשוגו".¹¹⁵ האין להגיע למסקנה כי תפיסה זו של הזכות לחינוך – העוברת כחוט השני בפסקי הדין של בית המשפט העליון – מובילה למסקנה כי הזכות לחינוך – בצד היותה זכות הלכתית "העומדת על רגליה שלה" – היא גם זכות חוקתית "העומדת על רגליה שלה" – לא זכות עצמאית אלא זכות־בת לכבוד האדם?

II. פרשת עמותת "נוער כהלכה"

שאלת מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך הושארה פתוחה בכמה פסקי דין. במקצת המקרים נפתרה הבעיה המשפטית מתוך הסתפקות בזכות ההלכתית או החוקתית לחינוך;¹¹⁶ במקצתם האחרת סמך בית המשפט על הזכות החוקתית ל"שוויון בחינוך", שהיא חלק מהזכות לשוויון שמצדה היא חלק מכבוד האדם. עם זאת בכמה פסקי דין הובעה עמדה בשאלה אם אפשר להכיר בזכות לחינוך "כשלעצמה" כחלק מהזכות לכבוד האדם.

פסק הדין הראשון שהכיר בזכות לחינוך כזכות חוקתית שהיא חלק מכבוד האדם הוא פסק דינו של השופט ח' מלצר בפרשת עמותת "נוער כהלכה".¹¹⁷ השופט ח' מלצר מציין כי עיגונה של הזכות לחינוך כזכות חוקתית איננו ברור.¹¹⁸ הוא מפנה לכך כי "יש מי שגורס כי ניתן לגזור את הזכות לחינוך מהוראת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואולם אף אלה הסבורים כך אוחזים בדעה שההכרה בה כזכות חוקתית־על־חוקית איננה ישירה".¹¹⁹ השופט ח' מלצר ממשיך ומציין כי "הזכות לשוויון הוכרה, כידוע, מאז [...] התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת [...] ככלולה בזכות לכבוד האדם עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק".¹²⁰ לאחר קביעות אלה מציין השופט ח' מלצר:¹²¹

"לי נראה שהמקרה שלפנינו נופל במסגרת זו".

- 114 שם, פס' 24 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 115 שם, פס' 5 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.
 116 ראו פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3; פרשת יתד, לעיל ה"ש 6; פרשת ועד הורים עירוני, לעיל ה"ש 9; פרשת ארגון הורים ארצי, לעיל ה"ש 44; פרשת המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 9; פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7; פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10; פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36.
 117 פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7.
 118 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 25.
 119 פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7, פס' 2 לפסק הדין של השופט מלצר.
 120 שם.
 121 שם.

כלומר, שהוא נופל במסגרת כבוד האדם אם בדרך בלתי ישירה של זכות חוקתית לחינוך ואם כזכות חוקתית לשוויון, עד כמה שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק. עם זאת השופט ח' מלצר מוסיף מיד:¹²²

“אולם ניתן גם לומר שבצד הפגיעה בזכות לחינוך ובזכות לשוויון ככאלה יש כאן גריעה בלתי אמצעית מזכות חוקתית מפורשת המעוגנת במישרין בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא הזכות לכבוד”.

מהי אותה פגיעה בזכות לכבוד? על כך משיב השופט ח' מלצר:¹²³

“חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, המושתת, בין היתר, על ההכרה בערך האדם ובהיותו בן חורין, מגן, בין שאר דברים, על כבודו של אדם באשר הוא אדם. בגדר האמור, השפלה היא פגיעה בוטה בכבוד. [...] ההשפלה נובעת מכך שהסיווג למגמות־לימוד נעשה למעשה על רקע מוצא עדתי”.

על פי גישתו של השופט ח' מלצר, אפשר לבחון את הפרשה שלפניו – שעניינה הפליה של תלמידות ספרדיות – משלוש נקודות מבט: האחת, פגיעה בזכות חוקתית לחינוך; השנייה, פגיעה בזכות החוקתית לשוויון; השלישית, פגיעה בכבוד האדם הנובעת מהשפלתן של התלמידות. שתי נקודות המבט הראשונות אינן ישירות, ואילו נקודת המבט השלישית היא שיש בפרשה זו גריעה “בלתי אמצעית, מזכות חוקתית מפורשת, [...] היא הזכות לכבוד”.¹²⁴

גישתו זו של השופט ח' מלצר חשובה היא. יש בה, לראשונה, הכרה בזכות לחינוך כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם. השופט ח' מלצר מאפיין מסלול הכרה זה בזכות לחינוך של התלמידות כ“בלתי ישיר” לעומת המסלול ה“בלתי אמצעי” של פגיעה בכבוד האדם של התלמידות בשל השפלתן. על הבחנה זו בין פגיעה אמצעית בזכות לכבוד האדם לבין פגיעה בלתי אמצעית בו עמדתי במקום אחר.¹²⁵ על פי השקפתי, אפשר לאפיין את כל הפגיעות בכבוד האדם כ“בלתי אמצעיות”, שכן הן פוגעות בזכות־בת של כבוד האדם. באותה מידה אפשר לאפיין את כל הפגיעות בכבוד האדם כ“אמצעיות”, שכן זכויות־הבת הן אגד הזכויות הקרוי כבוד האדם.

122 ש.ם.

123 ש.ם, פס' 3 לפסק הדין של השופט ח' מלצר.

124 ש.ם, פס' 2 לפסק הדין של השופט ח' מלצר.

125 ראו לעיל בעמ' 310.

III. פרשת טבקה

פסק הדין השני שבו הוכרה הזכות לחינוך כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם הוא פרשת טבקה,¹²⁶ אשר בחנה את סירובם של מוסדות חינוך פרטיים לקלוט למסגרותיהם תלמידים עולים יוצאי אתיופיה. השופטת א' פרוקצ'יה ציינה בפסק דינה את חשיבותה המיוחדת של הזכות לחינוך¹²⁷ ואת ההכרה בה כזכות הלכתית.¹²⁸ היא קובעת כי ההכרה בזכות לחינוך כזכות הלכתית עצמאית העומדת על רגליה שלה "אינו שולל את השתלבותה בגרעין הזכות החוקתית לכבוד האדם".¹²⁹ לעניין השתלבות זו קובעת השופטת א' פרוקצ'יה:¹³⁰

"הזכות לחינוך מהווה, כשלעצמה, חלק מזכותו של אדם לכבוד אנושי בהקשר החוקתי".

את הטעם לגישתה זו מבססת השופטת א' פרוקצ'יה "בקשר שאינו ניתן לניתוק [...] בין כבוד האדם לבין זכותו הבסיסית של אדם לקנות דעת, תרבות, ערכים ומיומנות שבהשתלבותם מהווים תנאים לקיום החיים בכבוד אנושי".¹³¹

גישתה זו של השופטת א' פרוקצ'יה תואמת את ההשקפה שהביע השופט ח' מלצר בפרשת עמותת "נוער כהלכה".¹³² אכן, השופט מלצר שישב בדין בפרשת טבקה ציין כי הוא "מצטרף בהסכמה" לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.¹³³ הוא הוסיף כי "הנני פטור מהרחבה, שכן את עיקרי שיטתי בעניינים אלה פירטתי במסגרת עמותת נוער כהלכה".¹³⁴ השופט א' רובינשטיין הצטרף לפסקי הדין של שני חבריו.¹³⁵

בפרשת טבקה¹³⁶ נפלה ההכרעה באשר למעמדה החוקתי של הזכות לכבוד האדם. השופטים א' פרוקצ'יה, ח' מלצר וא' רובינשטיין, כל אחד מזווית הראייה שלו, הכיר בזכות לחינוך כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם. בפסק דינה עמדה השופטת א' פרוקצ'יה על הערכים המונחים ביסוד הזכות לחינוך – ערכים היוצרים קשר ענייני הדוק בין הערכים המונחים ביסוד הזכות לחינוך לבין הערכים המונחים ביסוד הזכות לכבוד האדם. על פי

126 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10.

127 שם, פס' 14 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

128 שם, פס' 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

129 שם, פס' 16 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

130 שם.

131 שם.

132 פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7.

133 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10, פס' 1 לפסק הדין של השופט מלצר.

134 שם.

135 שם, פס' א לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין.

136 שם.

מודל הביניים שהתקבל בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל¹³⁷ אפשר לומר אפוא כי בפרשת טבקה¹³⁸ הוכרה הזכות לחינוך כזכות־בת של כבוד האדם. זכות זו אינה בעלת מעמד הלכתי בלבד אלא משתלבת היא "בגרעין הזכות לכבוד האדם".¹³⁹ זכות זו אינה אך ביטוי של "השוויון בחינוך" אלא היא ביטוי לכך כי "הזכות לחינוך מהווה, כשלעצמה, חלק מזכותו של אדם לכבוד אנושי".¹⁴⁰ זכות זו אינה מתבססת על השפלתו של האדם אלא על "זכותו הבסיסית של אדם לקנות דעת, תרבות, ערכים ומיומנויות שבהשתלבותם מהווים תנאי לקיום ולחיים בכבוד אנושי".¹⁴¹

IV. פרשת אבו לבדה

פרשה זו¹⁴² בחנה את זכותם של תלמידים, תושבי מזרח־ירושלים, לחינוך חינוך במוסדות חינוך רשמיים. השופטת א' פרוקצ'יה ציינה את חשיבותה של הזכות לחינוך ליחיד ולחברה. לעניין מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך קבעה השופטת א' פרוקצ'יה כי הזכות לחינוך משתלבת "במשמעותה הגרעינית בערך כבוד האדם אשר הוכר בישראל כזכות חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹⁴³ בפרשה זו – כמו בפרשת טבקה¹⁴⁴ – הבסיס למעמדה החוקתי של הזכות לחינוך אינו בהשפלתו של האדם, או בהפלייתו, אלא בקשר הקרוב שבין החינוך לבין כבוד האדם, שכן בלעדי החינוך "ערך הכבוד האישי נפגם פגיעה מהותית וקשה".¹⁴⁵

גישה דומה נקט השופט י' דנציגר. הוא הדגיש בין השאר כי "החינוך מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם, החיוני להצלחתו ולשגשוגו".¹⁴⁶ עם זאת השופט י' דנציגר מציין כי אין צורך להכריע בשאלת מעמדה של הזכות לחינוך כנגזרת מכבוד האדם, שכן נפגעה הזכות לשוויון בחינוך. השופט י' דנציגר חוזר ומדגיש "כי ככלל, חשיבותו המכרעת של החינוך בחייו של כל אדם – ובפרט בקביעת אורח ואיכות חייו ובמימוש כבודו האישי – מצדיקה לכאורה את שילובה של הזכות לחינוך במשמעותה הגרעינית בערך כבוד האדם שהוכר בישראל כזכות חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] אולם הכרעה בסוגיה זו אינה נדרשת כאמור במקרה דנן".¹⁴⁷

- 137 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 25.
 138 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10.
 139 שם, פס' 16 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 140 שם.
 141 שם.
 142 פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36.
 143 שם, פס' 26 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 144 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10.
 145 פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36, פס' 26 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.
 146 שם, פס' 5 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.
 147 שם, פס' 7 לפסק הדין של השופט י' דנציגר.

הנשיאה ד' ביניש הצטרפה לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה, בציינה כי "לא ניתן להפריז בחשיבותה של הזכות לחינוך".¹⁴⁸ עם זאת היא מוסיפה כי "גם לא ניתן להפריז בחשיבות הזכות לשוויון בחינוך, שהיא חלק מן הזכות החוקתית הכללית לשוויון".¹⁴⁹

4. הזכות לחינוך כחלק ממודל הביניים: מבט לאחור

דרך ארוכה עברה הזכות לחינוך מפרשת עמותת שוחרי גיל¹⁵⁰ ת"פ 150 לפרשת טבקה¹⁵¹ ופרשת אבו לבדה.¹⁵² דרך זו משקפת את התפתחות הבנתו של בית המשפט העליון את הזכות לכבוד האדם. פרשת עמותת שוחרי גיל¹⁵³ ת"פ 153 נפסקה ב־1996, בסמוך לאחר כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסק הדין של השופט ת' אור הכיר בחשיבותה הרבה של הזכות לחינוך. הוא ציין כי החינוך "מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של האדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט".¹⁵⁴ עם זאת הוא ציין כי הכללתה של הזכות לחינוך בגדרי כבוד האדם "מניחה 'מודל רחב' בפרשנות הזכות לכבוד האדם. מודל כזה מעורר קושי ניכר".¹⁵⁵ הנה כי כן, משמעותו של פסק הדין בפרשת עמותת שוחרי גיל¹⁵⁶ – כמו גם משמעותם של דברים שכתבתי ושאותם ציטט השופט ת' אור¹⁵⁶ – היא שלילת הזכות לחינוך כחלק מכבוד האדם אם הדבר מחייב הכרה במודל הרחב. על פיו "יש לפרט זכות כנגד המדינה לחיים טובים יותר". גישה זו נדחתה על ידי וצינתי כי "יחד עם זאת, ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום האנושי".¹⁵⁷ אין להסיק מפסק הדין שלילת ההכרה בזכות לחינוך – ולעניין זה, בזכויות חברתיות בכלל – בתור שכזו כחלק מכבוד האדם. השופט ת' אור כתב את פסק דינו על רקע השאלה מהו המודל הראוי להבנת כבוד האדם – המודל המצומצם (המתבסס על השפלה וביזוי), המודל הרחב (הרואה בכבוד האדם בסיס לכל זכויות האדם) או מודל הביניים (על פיו כבוד האדם משתרע על כל אותן זכויות הקשורות לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק).¹⁵⁸ הוא דחה בפסק דינו את הזכות לחינוך כחלק מהמודל הרחב. הוא עשה כן בלשון כללית מדי וגורפת מדי. האשמה בכך היא גם בי, שכך גם אני דחיתי את הזכות לחינוך כחלק מהמודל הרחב בלשון

שם, פס' 6 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש.	148
שם.	149
פרשת עמותת שוחרי גיל ¹⁵⁰ ת"פ, לעיל ה"ש 3.	150
פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10.	151
פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36.	152
פרשת עמותת שוחרי גיל ¹⁵³ ת"פ, לעיל ה"ש 3.	153
שם, בעמ' 24.	154
שם, בעמ' 25.	155
ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 18, בעמ' 423.	156
שם.	157
ראו שם, בעמ' 411.	158

כלית מדי וגורפת מדי. מבחינה זו הביקורת שנמתחה על פסק הדין ועל גישתי ראוייה היא.¹⁵⁹ עם זאת אין לפרש את פסק הדין בפרשת עמותת שוחרי גיל"ת כשלילת מעמד חוקתי לזכות לחינוך על פי מודל הביניים.

פרשת יתד¹⁶⁰ נפסקה ב־2002. דחייתו של המודל הרחב השאירה בעינה את המחלוקת בין המודל הצר למודל הביניים. בפרשת יתד נתנה השופטת ד' דורנר ביטוי למודל הצר. פסק הדין לא הכריע בדבר, שכן השופטת דורנר עצמה סברה כי ספק אם יש בהפליה שנדונה באותה פרשה משום השפלה המבססת פגיעה בכבוד האדם.

פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל¹⁶¹ הכריעה באשר למודל המונח ביסוד הזכות לכבוד האדם. אומץ מודל הביניים. נקבע בין השאר כי כבוד האדם מכיר באדם כיצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו לפי רצונו. נפסק כי ביסוד כבוד האדם מונחת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי.¹⁶² פסקי הדין שבהם נדונה חוקתיותה של הזכות לחינוך השתמשו בעקרונות אלה המאפיינים את כבוד האדם לפי מודל הביניים. הודגש כי הזכות לחינוך מסייעת לפיתוח האישי של האדם והיא מקדמת את האוטונומיה של הפרט. צוין כי "החינוך מעניק לפרט כלים להגשמה עצמית".¹⁶³ הקשר בין כבוד האדם לזכות לחינוך בלט לעין. השופט ח' מלצר נתן לזה ביטוי בפרשת עמותת "נוער כהלכה", והשופטת א' פרוקצ'יה יצרה קשר זה במישרין בפרשת טבקה ובפרשת אבו לבדה. השופט י' דנציגר נתן לכך ביטוי בפסק דינו בפרשת אבו לבדה.¹⁶⁴

בכמה פסקי דין העדיפו השופטים לבסס את פסק דינם על זכות־הבת החוקתית לשוויון בחינוך ולא על זכות־הבת החוקתית לחינוך,¹⁶⁵ אף שהיו מוכנים להכיר בה. העדפה זו נובעת כנראה מתוך כך שהזכות לשוויון כזכות־בת לכבוד האדם עמדה במרכז המחלוקת בעניין המודל הראוי, והיא הוכרעה בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל. משנפתח מסלול חשיבה זה, הקל הדבר על שופטים אחדים ומנע מהם את הצורך לבחון

159 ראו רות בן-ישראל "דיני עבודה" ספר השנה של המשפט הישראלי 433, 441 (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"ד); זלצברגר וקדר, לעיל ה"ש 19; יוסף אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון – בני סברה 45, 87 (אהרן ברק וחיים ברנזון, עורכים, 2000); רבין הזכות לחינוך, לעיל ה"ש 11, בעמ' 365; רבין "הזכות לקבל חינוך", לעיל ה"ש 11, בעמ' 606.

160 פרשת יתד, לעיל ה"ש 6.

161 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 25.

162 ראו שם, בעמ' 685.

163 פרשת ארגון הורים ארצי, לעיל ה"ש 44, פס' 19 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 9, פס' 13 לפסק הדין של השופט א' לוי, ופס' 51 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

164 ראו לעיל בעמ' 806, 808, 809.

165 ראו פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7, בפס' 2 לפסק הדין של השופט ח' מלצר; פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10, פס' 16 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36, פס' 33 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

מחדש את מעמדה החוקתי של זכות־הבת לחינוך כעומדת על רגליה שלה. זאת ועוד: הזכות לחינוך כזכות חברתית שייכת לדור השני של הזכויות החוקתיות.¹⁶⁶ לא הכול מקבלים את מעמדן החוקתי של זכויות כגון זכות החינוך, הזכות לדיור, הזכות לבריאות, הזכות לאיכות חיים וכיוצא בהן זכויות. יש הטוענים כי זכויות אלה מטילות נטל כספי על המדינה, ואין זה ראוי להעניק להן מעמד חוקתי ולאפשר ביקורת שיפוטית בגינן.¹⁶⁷ עמדתי על השקפות אלה במקום אחר.¹⁶⁸ כשלעצמי, איני רואה כל "פגם גנטי" בזכויות החברתיות, ודינן כדין כל זכות חוקתית אחרת. זאת אף זאת: בית המשפט העליון הכיר בשורה ארוכה של פסקי דין בזכות לקיום בכבוד כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם.¹⁶⁹ זכויות אלה הן זכויות חברתיות, ובשל ההכרה הרחבה בהן אין מקום לספק בעניין הזכות לחינוך, שאינה אלא אחת הזכויות החברתיות. היא עניין זה כאשר יהא, חשוב הוא שהזכות לחינוך הוכרה כבעלת מעמד חוקתי לא רק במסלול של זכות־הבת לשוויון אלא גם במסלול של זכות־בת העומדת על רגליה שלה – זכות־הבת לחינוך. משהוכרה זכות־בת זו יש לבחון את היקפה. לשאלה זו נפנה עתה.

ג. היקפה של זכות־הבת לחינוך

1. העקרונות המונחים ביסוד זכות־הבת לחינוך

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מכיר בזכות לחינוך כזכות עצמאית. הצעת חוק־יסוד באשר לזכויות חברתיות, ובהן הזכות לחינוך, לא עברה את התהליך החוקתי.¹⁷⁰ שתיקה זו של חוקי היסוד באשר לזכות העצמאית לחינוך אינה מתפרשת כהסדר שלילי. פירוש כזה אינו מתיישב עם הפרשנות החוקתית התכליתית ועם הגישה מתוך "מבט רחב" לזכויות החוקתיות.¹⁷¹ מכאן הגישה כי אין מניעה להכיר בזכות לחינוך כזכות חוקתית, ובלבד שיימצא לה בסיס חוקתי. בצדק ציין השופט ת' אור בפרשת עמותת שוחרי גיל"ת:¹⁷²

"זכות יסוד חוקתית טעונה עיגון חוקתי. טיעונים של העותרים מחייב איתור של מקור חוקתי, ממנו נגזרת זכות היסוד החוקתית לחינוך".

- 166 על החלוקה הבין־דורית של זכויות האדם, ראו לעיל בעמ' 354.
 167 לטיעונים בעד ונגד ההכרה החוקתית בזכויות החברתיות, ראו לעיל בעמ' 355.
 168 ראו אהרן ברק "הקדמה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרכותיות בישראל 5 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
 169 לזכות־הבת לקיום בכבוד, ראו לעיל בעמ' 564.
 170 להיסטוריה החוקתית, ראו רבין הזכות לחינוך, לעיל ה"ש 11, בעמ' 354.
 171 ראו לעיל בעמ' 205.
 172 פרשת עמותת שוחרי גיל"ת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 25.

המקור החוקתי שאותר על ידי הפסיקה של בית המשפט העליון מעוגן בזכות לכבוד האדם. העיגון החוקתי לזכות לחינוך במסגרת כבוד האדם מוביל למסקנה כי בגדרי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו יוכרו אותם היבטים של הזכות לחינוך הנגזרים מהעקרונות המונחים ביסוד כבוד האדם. עקרונות אלה קשורים לאנושיותו של האדם; ¹⁷³ אל תפיסתו כיצור חופשי; ¹⁷⁴ אל האוטונומיה של רצונו של האדם ¹⁷⁵ ואל שלילת תפיסתו כאמצעי בלבד להשגת רווחתם של אחרים. ¹⁷⁶ בצד אלה מונחת ביסוד כבוד האדם התפיסה כי אנושיותו של האדם היא אנושיות בחברה שבה הוא חי. היבטים אלה מונחים ביסוד הזכות לחינוך. בית המשפט העליון הדגיש כי "הזכות לחינוך חיונית לפיתוח אישיותם של כל ילד, ילדה, ילדה, נער ונערה, למימוש העצמי ולמיצוי כשרונותיהם ויכולתם [...]. מימוש זכות החינוך היא הגישה שלהם אל ההשתלבות בחברה כאנשים אוטונומיים, היכולים לבחור את דרכיהם מבין אפשרויות שונות הפתוחות בפניהם". ¹⁷⁷ הפסיקה עמדה על "חשיבותו העליונה של החינוך ובחשיבות מימוש הזכות לחינוך [...]. לפיתוח אישיותו של הפרט". ¹⁷⁸ הודגשה "חשיבותו של החינוך כערך המקדם את האוטונומיה של הפרט, ונותן בידי כלים להגשמה עצמית מלאה של אישיותו". ¹⁷⁹ הודגשה חיוניותו של החינוך "למיצוי האוטונומיה האישית שלו, כגורם המפתח את אישיותו ואת יכולתו". ¹⁸⁰ צוין כי "החינוך הוא ערך חיוני למיצוי אישיותו, יכולותיו וכשרונותיו במסגרת האוטונומיה האישית הנתונה לו". ¹⁸¹

בפרשת המרכז לפלורליזם יהודי-¹⁸² ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי "מימוש הזכות לחינוך נועד להשיג תכליות חברתיות. החינוך מהווה חוליה מקשרת בין מגזרי החברה השונים ואמצעי גישור חיוני לבניית מירקם חברתי, הרמוני". ¹⁸³ בפרשה אחרת היא הוסיפה כי "החינוך הוא אמצעי חשוב לקידום ערכים דמוקרטיים חופשיים, ולקיום חיי חברה תקינים". ¹⁸⁴ בפרשת אבו לבדה ¹⁸⁵ הדגישה השופטת א' פרוקצ'יה כי "בלא חינוך, נפגעת

173 ראו לעיל בעמ' 245.

174 ראו לעיל בעמ' 245.

175 ראו לעיל בעמ' 250.

176 ראו לעיל בעמ' 254.

177 פרשת ועד הורים עירוני, לעיל ה"ש 9, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ד' ביניש.

178 פרשת ארגון הורים ארצי, לעיל ה"ש 44, פס' 18 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

179 שם, פס' 19 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

180 פרשת המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 9, פס' 51 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

181 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10, פס' 14 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

182 פרשת המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 9.

183 שם, פס' 51 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

184 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10, פס' 14 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

185 פרשת אבו לבדה, לעיל ה"ש 36.

דמותה של החברה, והחתימה לעצב בישראל חברה דמוקרטית, סובלנית, השומרת על חירויות היסוד והמפתחת תרבות כללית וייחודית, עלולה להיכשל".¹⁸⁶

עקרונות חשובים אלה מונחים בוודאי ביסוד זכות עצמאית לחינוך. האם עקרונות אלה מונחים גם ביסוד הזכות לכבוד האדם? האם הם נגזרים מהתפיסה כי אנושיותו של האדם היא אנושיותו בגדרי החברה, ולשם כך נדרש לפתח את יסודותיה הדמוקרטיים? אם התשובה היא בחיוב אפשר לתת להם ביטוי בגדרי זכות־הבת לחינוך. אם הם אינם חלק מהערכים המעצבים את כבוד האדם, הם גם אינם חלק מהערכים המעצבים את זכויות־הבת של כבוד האדם, ובהן הזכות לחינוך. עלינו לזכור תמיד כי הזכות לחינוך אינה זכות עצמאית בגדרי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אלא אך זכות־בת לכבוד האדם. הבסיס לזכות לחינוך הוא במודל הביניים ולא במודל הרחב. כדי שנורמה תת־חוקתית (חוק או משפט) תפגע בזכות־הבת של החינוך, צריך להתקיים קשר ענייני הדוק בין זכות־הבת לחינוך לבין זכות־האם של כבוד האדם. על קשר זה עמדה השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת טבקה:¹⁸⁷

"אין כזכות לחינוך האחוזה ונעוצה בערך כבוד האדם בקשר שאינו ניתן לניתוק. לא ניתן לנתק ולהפריד בין כבוד האדם לבין זכותו הבסיסית של אדם לקנות דעת, תרבות, ערכים ומיומנויות שבהשתלבותם מהווים תנאי לקיום ולחיים בכבוד אנושי. בלא מימוש מלא של הזכות לחינוך נפגע כבודו של האדם, ונפגע קיומו האנושי בכבוד. בלא חינוך, נפגעת יכולתו של האדם לממש את הווייתו האנושית במלואה; פגיעה זו כמוה כפגיעה בזכותו לכבוד אנושי".

2. המשפט התת־חוקתי המגן על הזכות לחינוך

המשפט התת־חוקתי בישראל מכיר בזכות לחינוך. עמדנו על ההלכה הפסוקה,¹⁸⁸ שהכירה בזכות לחינוך "כאחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם".¹⁸⁹ חקיקה נרחבת של הכנסת עיצבה זכות חוקתית לחינוך וקבעה את תוכנה.¹⁹⁰ אם נורמות תת־חוקתיות אלה

186 שם, פס' 24 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

187 פרשת טבקה, לעיל ה"ש 10, פס' 16 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

188 ראו לעיל בעמ' 793.

189 פרשת יתד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 841 (השופטת ד' דורנר).

190 ראו לעיל בעמ' 793.

אינן סותרות את זכות־הבת לחינוך הן ממשיכות לעמוד בעינן.¹⁹¹ משפט תת־חוקתי זה צריך להתפרש ברוח הוראותיו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁹² עד כמה משפיע המשפט התת־חוקתי על פירושה של זכות־הבת לחינוך? ודאי שאין במשפט תת־חוקתי כדי להכריע בהבנתו של המשפט החוקתי. עם זאת אפשר לפנות למשפט התת־חוקתי כחלק מההיסטוריה החוקתית שלאורה עוצבה הזכות החוקתית.

3. תוכנה של זכות־הבת לחינוך ואופייה היחסי

הזכות העצמאית לחינוך היא זכות מורכבת.¹⁹³ היא אגד של זכויות. עמד על כך י' רבין.¹⁹⁴

”קריאה זהירה של סעיפי החינוך בחוקות ובאמנות מובילה למסקנה כי הזכות לחינוך כוללת בחובה כמה זכויות הבאות להגן על אינטרסים שונים בשדה החינוך. זכויות אלה פעמים משלימות האחת את השנייה ופעמים עומדות האחת כנגד רעותה. המסקנה [הינה] כי הזכות לחינוך אינה זכות אחת אלא אגד של זכויות.”

על רקע זה מציין י' רבין כי אפשר להבחין בין שלוש זכויות מרכזיות בחינוך: הזכות לקבל חינוך, הזכות להשפיע על תוכני החינוך (כגון בחינוך המגזרי¹⁹⁵) והזכות לשוויון בחינוך. היקפה של זכות־בת זו מטבע הדברים צר מהיקפה של הזכות לחינוך כזכות חוקתית עצמאית לחינוך. למשל, הזכות לקבל חינוך כזכות־בת של כבוד האדם תהא מטבעה מוגבלת לחינוך בסיסי חינוכי.¹⁹⁶ הזכות אינה משתרעת על ההשכלה הגבוהה (האוניברסיטאות).¹⁹⁷ הזכות לחינוך נתונה לכל אדם. אין היא מוגבלת לאזרחים או לתושבים בלבד. אין היא מותנית בשהות כדין במדינה. היא נתונה לבגיר ולקטין גם יחד. היא נתונה לקטין המבקש

191 ראו לעיל בעמ' 133. חקיקה שקדמה לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנית מ"שמירת דינים": ראו סעיף 10 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם לעיל בעמ' 391.

192 ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995).

193 ראו פרשת המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 9, פס' 52 לפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה.

194 רבין הזכות לחינוך, לעיל ה"ש 11, בעמ' 62.

195 לחינוך המגזרי, ראו פרשת ועד פוריה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 221; פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' לוי.

196 השוו סעיף 29(1) של החוקה של דרום־אפריקה: "(1) Everyone has the right – (a) to have a basic education, including adult basic education; and (b) to further education, which the state, through reasonable measures, must make progressively available and accessible”

197 ראו פרשת גרבי, לעיל ה"ש 47, פס' 25 לפסק הדין של השופט ד' ברלינר.

לקבל חינוך, והיא נתונה להוריו המתקשים לחנכו לפי "השקפת עולמם ואמונתם".¹⁹⁸ היא זכות שלילית וחיובית גם יחד.¹⁹⁹ היבטים מסוימים של הזכות לחינוך מצויים בגרעינה של זכות־הבת לחינוך. היבטים אחרים מצויים בשוליה. אלה כאלה הם חלק מזכות־הבת. הזכות לחינוך כזכות־בת של כבוד האדם היא זכותו של האדם כנגד רשויות השלטון. אין היא זכות חוקית של פרט כנגד פרט.²⁰⁰ זכות־הבת החוקתית לחינוך חלה ביחס האנכי בלבד. ביחס האופקי תחול זכות תת־חוקתית לחינוך אשר תוכנה שונה מהזכות החוקתית לחינוך.

זכות־הבת לחינוך אינה מותנית ביכולתה הכלכלית של המדינה וביכולתה התקציבית. היקפה אינו מותנה בעקרון המימוש ההדרגתי.²⁰¹ התנאה כזו מצויה בחוקות ובאמנות בין־לאומיות לעניין הזכויות החברתיות בכלל²⁰² ולעניין הזכות לחינוך בפרט. לא כן בישראל. הטעם לכך הוא שהזכות לחינוך אינה זכות עצמאית בישראל. היא זכות־בת של כבוד האדם. הזכות לכבוד האדם אינה מותנית ביכולתה הכלכלית והתקציבית של המדינה, היא אינה מסתפקת במימוש הדרגתי. ממילא גם זכות־הבת לחינוך אינה מותנית בכך. מבחינה זו היקפה של הזכות החוקתית לחינוך בישראל רחב מזה של הזכות החוקתית המקבילה בכמה חוקות ואמנות. עם זאת הזכות לחינוך בישראל צרה מחברותיה במשפט המשווה, שכן היא מתחמת בדרישה לקיום אנושי בכבוד הנגזרת מתוך כך שהזכות לחינוך בישראל היא זכות־בת של כבוד האדם.

זכות־הבת לחינוך – ככל זכות־בת של כבוד האדם – אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית. היא עשויה להתנגש עם זכויות עצמאיות המוכרות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כגון עם זכות הקניין או הפרטיות. זכות־הבת לחינוך יכולה להתנגש עם זכות־בת אחרת של כבוד האדם. למשל, זכות־הבת לחינוך עשויה להתנגש עם זכות־הבת לשוויון.²⁰³ אך למעלה מזאת, הזכות לחינוך היא אגד של זכויות. היא כוללת בחובה הן זכות־נכדה לקבלת חינוך והן זכות־נכדה להשפיע על תוכני החינוך. שתי זכויות־הנכדה עשויות

198 פרשת המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 9, פס' 53 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה. ראו גם בג"ץ 421/77 ניר נ' המועצה המקומית באר־יעקב, פ"ד לב(2) 265, 253 (1978); ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 235, 221 (1995) ("זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאצאיהם") (הנשיא מ' שמגר).

199 ראו פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7, פס' 12 לפסק הדין של השופט א' לוי. ראו גם בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 478, 464 (2005).

200 ראו לעיל בעמ' 387.

201 על דרישות "פנימיות" אלה, ראו לעיל בעמ' 554.

202 ראו לעיל בעמ' 554.

203 ראו פרשת עמותת "נוער כהלכה", לעיל ה"ש 7, פס' 15 ו-21 לפסק הדין של השופט א' לוי.

להתנגש זו בזו. לבסוף, הזכות לחינוך על כל היבטיה עשויה להתנגש באינטרס הציבור, כגון באינטרס הציבור להקנות "ערכי השכלה בסיסיים לכל ילד בישראל בכל מגזר אוכלוסייה שהוא [...]. תוך הכרה בסמכות המדינה, ולעתים אף בחובתה, להתערב ביצירת מכנה משותף של ערכי חינוך בסיסיים, המאחדים את כל בני החברה".²⁰⁴ היא ניתנת להגבלה. חוקתיות ההגבלה תיקבע על פי פסקת ההגבלה הכללית המצויה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

204 פרשת המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 9, פס' 55 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

פרק עשרים ותשעה

זכות-הבת לעבודה

א. זכויות מתחום העבודה בחקיקה ובהלכה הפסוקה

זכויות מתחום העבודה הן זכויות של עובדים, מעבידים ושל ארגוניהם שנדרשים להן בקשר לעבודתם של בני אדם אצל אחרים.¹ זכויות אלה הוכרו עוד בתקופה העותמאנית (בעיקר במג'לה).² בתקופת המנדט הייתה פעילות חקיקתית מועטה בתחום דיני העבודה.³ עם קום המדינה רבתה החקיקה שהגנה על זכויות העובדים כלפי מעבידיהם.⁴ חלקה של חקיקה זו קבע הוראות קוגנטיות⁵ ("חקיקת מגן") שאי אפשר היה לסטות מהן בהסכם שבין עובד למעביד.

רובן של הזכויות מתחום העבודה עוסקות בזכויות שבין העובד לבין מעבידו. מיעוטן של הזכויות מתחום העבודה עוסק בזכויות של העובד ושל המעביד כלפי המדינה. ענייננו שלנו הוא בזכויות מתחום העבודה הנגזרות מהזכות החוקתית לכבוד האדם. עניין לנו אפוא בזכויות של העובד ושל המעביד כלפי המדינה, ובהן בלבד.⁶ השאלה המעסיקה אותנו היא אילו זכויות של העובד או המעביד כלפי המדינה אפשר לגזור מהזכות לכבוד האדם. לא נדון אפוא בזכויות מתחום העבודה המבטאות איזון בין זכויות חוקתיות לבין עצמן, או בינן לבין אינטרס הציבור. מקומן של אלה הוא במישור התת-חוקתי (הסטטוטורי או ההלכתי).

- 1 ראו גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות לכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 533, 537 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005).
- 2 ראו סעיפים 404–495 למג'לה או מג'לת אחכאם אל עדליה (קבץ-דיני-הצדק) (גד פרומקין מתרגם, 1928). ניסיון להשתחרר מהוראות אלה בתחום יחסי העבודה נעשה בהצעת חוק חוזה עבודה, התשכ"ח–1968, ה"ח 384, ובהצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה–1985, ה"ח 129. הצעות אלה לא קודמו בהליכי החקיקה. הוראות המג'לה בוטלו בחוק יסודות המשפט, התש"ם–1980, ס"ח 163 ובחוק לביטול המג'לה, התשמ"ד–1984, ס"ח 156.
- 3 ראו זלמן רון התפתחויות בחקיקת העבודה ותנאיה בתקופת המנדט, מדריך לעובד (1971); רות בן-ישראל דיני עבודה כרך א 89 (2002).
- 4 ראו יצחק אליאסוף "מדיניות חקיקת העבודה בישראל" ספר בר-ניב: לקט מאמרים בדיני עבודה 55 (א' ברק, מ' גולדברג, י' זמיר וי' אליאסוף עורכים, 1987).
- 5 ראו למשל חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א–1951, ס"ח 204; חוק שכר מינימום, התשמ"ז–1987, ס"ח 68.
- 6 ראו לעיל בעמ' 387.

למשל, נעסוק בזכותו של המעביד כלפי המדינה לנהל את עסקו, הנגזרת מחופש העיסוק שלו או מזכות הקניין שלו. כמו כן נעסוק בזכות העובד כלפי המדינה להתפרנס בכבוד ובתנאי עבודה הוגנים. ההתנגשות בין זכויות אלה נפתרת במשפט התת־חוקתי, שעל פיו מוכר כוחו הניהולי (הפרווגטיבה הניהולית של המעביד) ונקבעים גבולותיו. משפט תת־חוקתי זה פוגע בזכויותיהם החוקתיות של העובד ושל המעביד גם יחד כלפי המדינה. הוא חוקתי, ועם זאת אם הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. במשפט תת־חוקתי זה לא נעסוק.

ההלכה הפסוקה הכירה בכמה זכויות־יסוד בתחום העבודה. למשל, בית המשפט העליון⁷ – ובית הדין הארצי לעבודה עם הקמתו⁸ – הכירו בזכות השביתה כזכות הלכתית "שאינה כתובה עלי ספר".⁹ בדומה לזה הכיר בית הדין הארצי לעבודה בפרווגטיבה הניהולית של המעביד כזכות הנגזרת מזכות היסוד לקניין של המעביד.¹⁰ כן הוכרה זכותם של עובדים¹¹ ומעבידים¹² להתארגן באיגודים מקצועיים.¹³

- 7 ראו בג"ץ 234/51 קואס נ' שר התחבורה, פ"ד ו 1192, 1197 (1952); ה"מ 207/57 ארנסברג נ' מקבל הנכסים הרשמי, פ"ד יב 121, 125 (1958); ע"א 573/68 שביט נ' חנון, פ"ד כג(1) 516, 522 (1969); ע"א 25/71 פינשטיין נ' ארגון מורי בתי־הספר העל־יסודיים, פ"ד כה(1) 129 (1981); ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל, פ"ד מא(3) 169, 190 (1987) ("חרף היעדרה של הוראה פוזיטיבית בחקיקה לעניין 'זכות' השביתה, הכירו בקיומה הן בתי הדין לעבודה והן בתי המשפט הרגילים") (השופט ש' לויין).
- 8 ראו דב"ע לא/4-4 ועד פועלי החברה לכבלים ולחוטי השמל בישראל, פד"ע ד 122 (1972); ע"ע לב/6-4 ועד עובדי תחזוקה ישירה באל-על – אל-על בע"מ, פד"ע ג 393 (1972); לז/4-3 ועד עובדי קצא"א – חברת קצא"א בע"מ, פד"ע ח 421 (1977); דב"ע לז/4-13 מועצת פועלי רמת־גן וגבעתיים – "אלקו" בע"מ, פד"ע ט 113 (1977).
- 9 ראו מנחם גולדברג "זכות השביתה במדינת ישראל" עיוני משפט ג 606 (1973); ראו גם מנחם גולדברג "השביתה בחוק, בהסכם הקיבוצי ובפסיקה" הפרקליט גליון לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 51 (1962–1987); רות בן-ישראל השביתה (1987).
- 10 ראו נב/4-2 חברת תרכובות ברום בע"מ – ההסתדרות הכללית – מועצת פועלי באר־שבע, פד"ע כז 456 (1991).
- 11 ראו בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(3) 480 (1979); דב"ע שם/4-18 ההסתדרות הכללית של העובדים – עיריית תל-אביב, פד"ע יב 52 (1980); דב"ע מה/2-5 שקט – ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, פד"ע יז 140 (1985); בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63, 94 (1997) ("הזכות להתאגד [...] מעוגנת עמוק ומוגנת היטב בהלכה") (השופט י' זמיר).
- 12 ראו מג/3-64 המועצה המקומית טירת הכרמל – וידר, פד"ע טז 291 (1985).
- 13 על זכות ההתאגדות הכללית, ראו ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209 (1962); בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (1964). על הזכות הסטטוטורית להתאגד, ראו סעיף 33 לחוק הסכמים קיבוציים, התשכ"ז–1957.

ב. זכויות מתחום העבודה במשפט המשווה

1. משפט בין־לאומי

ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם והאזרח (1948)¹⁴ כוללת בחובה זכויות מתחום העבודה: הזכות לעבודה, הזכות לבחירה חופשית של עבודה, הזכות לתנאי עבודה צודקים ומתאימים ולתשלום שוויוני וראוי.¹⁵ כן נקבע כי לכל אחד הזכות ליצור ולהצטרף לאיגוד מקצועי.¹⁶ לכל אדם הזכות למנוחה ולשעות עבודה סבירות.¹⁷ האמנה הבין־לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESCR) כוללת זכויות מתחום העבודה:¹⁸ הזכות לעבודה,¹⁹ הזכות לתנאי עבודה צודקים ומתאימים,²⁰ הזכות ליצור ולהצטרף לאיגוד מקצועי²¹ והזכות לשבות.²² במסגרת ארגון העבודה הבין־לאומי (ILO) נחתמו כמה אמנות מתחום העבודה, ובהן האמנה לחופש ההתארגנות (מס' 87);²³ האמנה בדבר הזכות להתארגן ולנהל משא ומתן קיבוצי (מס' 98)²⁴ וההצהרה על עקרונות זכויות בעבודה.²⁵ במסגרת האיחוד האירופי יש לציין את הצ'רטר החברתי האירופי (ה־ European Social Charter),²⁶ הכולל רשימת זכויות מתחום העבודה, ובהן הזכות לתנאי עבודה הוגנים, בטוחים ובריאים;²⁷ הזכות לשכר הוגן המספיק לרמת חיים נאותה;²⁸ הזכות

- Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. 14
A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948). (להלן: ההכרזה האוניברסלית).
- שם, סעיפים 1)23–(3)23. 15
- שם, סעיף 23)4). 16
- שם, סעיף 24. 17
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200A 18
(16 Dec. 1966) (XXI), U.N. Doc. A/RES/21/2200. (להלן: ICESCR).
- שם, סעיף 6)1). 19
- שם, סעיף 7. 20
- שם, סעיף 8)1). 21
- שם, סעיף 8)1) d). 22
- ILO Convention 87 Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to 23
Organise 1948.
- ILO Convention 98 Concerning Right to Organise and Collective Bargaining, 1949 24
- The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998 25
ראו גם Sarah Joseph, *UN Covenants and Labour Rights, in HUMAN RIGHTS AT WORK: PERSPECTIVES ON LAW AND REGULATION* 331 (Colin Fenwick & Tonia Novitz eds., 2010).
- European Social Charter (Revised) 1996. ראו גם Lammy Betten, *European Social* 26
Charter, 6 NETH. Q. HUM. RTS. 69 (1988).
- שם, חלק ראשון, סעיף 2, סעיף 3. 27
- שם, סעיף 4. 28

להתאגר; ²⁹ הזכות למשא ומתן קולקטיבי, שוויון בהזדמנויות בעבודה; ³⁰ הזכות לקבלת מידע ולהיוועצות בענייני המפעל; ³¹ הזכות להגנה במקרה של סיום העבודה; ³² הזכות לכבוד בעבודה (dignity at work). ³³ כן יש להפנות להסדרים מיוחדים באמנות אזוריות, ³⁴ כגון ארגון המדינות האמריקניות ומועצת אירופה.

2. משפט חוקתי משווה

בעבר היה אפשר להצביע על מגמה שלא לכלול במסגרת חוקתית זכויות של עובדים ומעבידים. ארגוני העובדים ביכרו את המאבק הפוליטי בגררי הרשות המחוקקת והמבצעת על פני המאבק המשפטי בפני בית המשפט. ³⁵ במשך השנים חל שינוי בגישה זו. התרבו

29 שם, סעיף 5.

30 שם, סעיף 20.

31 שם, סעיף 21.

32 שם, סעיף 24.

33 שם, סעיף 26.

ראו Tonia Novitz, *Protection of Workers under Regional Human Rights Systems: A Assessment of Evolving and Divergent Practices*, in HUMAN RIGHTS AT WORK: PERSPECTIVES ON LAW AND REGULATION 409 (Colin Fenwick & Tonia Novitz eds., 2010); CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE EMPLOYMENT RELATIONS (Filip Dorssemont, Klaus Lörcher & Isabelle Schömann eds., 2013).

ראו Archibald Cox, *Strikes, Picketing and the Constitution*, 4 VAND. L. REV. 574 (1950); James Gray Pope, *Labor and the Constitution: From Abolition to Deindustrialization*, 65 TEX. L. REV. 1071 (1987); David M. Beatty, *Labouring Outside the Charter*, 19 OSGOODE HALL L.J. 839 (1991); David M. Beatty, *Constitutional Labour Rights: Pros and Cons*, 14 INDUS. L. J. 1 (1993); Peter B. Ajalat, *The Decline of the American Labor Movement: A Proposal for the Constitution as a Source of Worker's Rights*, 6 SETON HALL CONST. L.J. 683 (1996); James Gray Pope, *The First Amendment, the Thirteenth Amendment and the Right to Organize in the Twenty-First Century*, 51 RUTGERS L. REV. 941 (1999); Frank Michelman, *The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE 21 (Daphne Barak-Erez & Aeyal Gross eds., 2007); Ruth Dukes, *Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn Freund and the Role of Labour Law*, 35 J. L. & SOC. 341 (2008); Alan Hyde, *Exclusion is Forever: How Keeping Labour Rights Separate from Constitutional Rights has Proven to be a Bad Deal for American Trade Unions and Constitutional Law*, 15 CAN. LAB. & EMP. L. J. 251 (2009); Florian Rodl, *Re-thinking Employment Relations in Constitutional Terms*, 19 SOC. & L. STUD. 241 (2010); Ruth Dukes, *Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law*, in THE IDEA OF LABOUR LAW 57 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011); Judy Fudge, *Constitutionalizing Labour Rights in Europe*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SKEPTICAL ESSAYS 244 (Tom Campbell, Keith Ewing & Adam Tompkins eds., 2011).

החוקות שבהן מוכרות במפורש זכויות מתחום העבודה, וגברה הפנייה לבתי המשפט באשר לזכויות החוקתיות – בין העצמאיות ובין הנגזרות. תרמה לכך המודעות ההולכת וגוברת לזכויות חברתיות וכלכליות וכן ההכרה כי זכויות העובדים והמעבידים הן זכויות אדם,³⁶ וכי ראוי הוא לתת להן מעמד חוקתי ולהתדיין בעניינן בבתי המשפט.³⁷ יש חוקות שבהן לא נכללו זכויות עצמאיות מתחום העבודה.³⁸ דוגמה בולטת לכך היא מגילת הזכויות האמריקנית. מרבית החוקות בעולם – בעיקר אלה שכווננו לאחר מהפכת זכויות האדם – כוללות זכויות עצמאיות מתחום העבודה. זכויות טיפוסיות הן הזכות להתאגד בארגון עובדים,³⁹ הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי,⁴⁰ הזכות לשביתה,⁴¹ הזכות לתנאי עבודה הוגנים,⁴² הזכות לעבודה,⁴³ הזכות לשכר מינימום⁴⁴ והזכות שלא להיות

- 36 ראו Cynthia L. Estlund, *Free Speech and Due Process in the Workplace*, 71 IND. L.J. 101 (1996); William P. Quigley, *The Right to Work and Earn a Living Wage: A Proposed Constitutional Amendment*, 2 N. Y. CITY L. REV. 139 (1998); Roger Blanpain, *The Changing World of Work*, in 6 COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN INDUSTRIALIZED MARKET ECONOMICS 23 (Roger Blanpain & Chris Engels eds., 1998); LABOUR RIGHTS AS HUMAN RIGHTS (Philip Alston ed., 2005); WORKERS' RIGHTS AS HUMAN RIGHTS (James A. Gross ed., 2006); JAMES A. GROSS AND LANCE COMPA, *HUMAN RIGHTS IN LABOR AND EMPLOYMENT RELATIONS* (2009); Judy Fudge, *The New Discourse of Labor Rights: From Social to Fundamental Rights*, 29 COMP. LAB. & POL'Y J. 29 (2007); Kevin Kolben, *Labor Rights as Human Rights?*, 50 VA. J. INT'L L. 449 (2009); RICHARD D. KAHLBERG & MOSHE Z. MARVIT, *WHY LABOR ORGANIZING SHOULD BE A CIVIL RIGHT* (2012).
- 37 David Ziskind, *Labor Law in Latin American Constitutions*, 6 COMP. LAB. L. 1 (1984); David Ziskind, *Labor Provisions in Asian Constitutions*, 6 COMP. LAB. L. 117 (1984); David Ziskind, *Labor Provisions in Constitutions of Europe*, 6 COMP. LAB. L. 311 (1984).
- 38 ראו חני אופק-גנדלר גלובליזציה של העבודה: הזכות לשכר מינימום 203 (חיבור לשם קבלת דוקטור למשפטים, 2004), Fudge, *Constitutionalizing Labour Rights*, לעיל ה"ש 35.
- 39 ראו סעיף 9(3) בחוק-היסוד הגרמני (1949); סעיף 23(2)(a) ו-1(b) בחוקה של דרום-אפריקה (1996); סעיף 19(1)(c) בחוקה של הודו (1950); סעיף 39 בחוקה של איטליה (1947); סעיף 59(1) בחוקה של פולניה (1997); סעיף 55 בחוקה של פורטוגל (1976); סעיף 28(1) בחוקה של ספרד (1978).
- 40 ראו סעיף 23(5) לחוקה של דרום-אפריקה; סעיף 59(2) לחוקה של פולניה; סעיף 56 לחוקה של פורטוגל.
- 41 ראו סעיף 23(2)(c) לחוקה של דרום-אפריקה; סעיף 27(4) לחוקה של צ'כיה (1993); סעיף 40 לחוקה של איטליה; סעיף 59(3) לחוקה של פולניה; סעיף 57 לחוקה של פורטוגל; סעיף 28(2) לחוקה של ספרד (1978).
- 42 ראו סעיף 23(1) לחוקה של דרום-אפריקה; סעיף 28 לחוקה של צ'כיה; סעיף 66 לחוקה של פולניה, סעיף 59(1) לחוקה של פורטוגל.
- 43 ראו סעיף 41 לחוקה של הודו; סעיף 4 לחוקה של איטליה; סעיף 45(2)(1) לחוקה של אירלנד.

מפוטר פיטורין שרירותיים.⁴⁵ היקף ההגנה של כל אחד מהיבטים אלה משתנה מחוקה לחוקה.⁴⁶ לעתים הזכות היא שלילית בלבד.⁴⁷ לעתים היא שלילית וחיוכית גם יחד.⁴⁸ גם בהעדר הוראות עצמאיות בדבר זכויות חוקתיות מתחום העבודה הלכה והתגברה המגמה להכיר בהן כזכויות הנגזרות מהזכויות העצמאיות. למשל, במקום שהוכרה זכות עצמאית להתאגדות הוסקה ממנה זכות הארגון לנהל משא ומתן קיבוצי.⁴⁹ הנה כי כן, אפשר לדבר כיום על חוקת העבודה. חלומו של פרופ' סינזהיימר (Sinzheimer) להכיר באופיין החוקתי של הזכויות מתחום העבודה התגשם בחלקו.⁵⁰ האם אפשר לדבר בישראל על חוקת העבודה?⁵¹ לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

3. חוקת העבודה

חוקי היסוד הדנים בזכויות אדם אינם כוללים זכויות עצמאיות מתחום העבודה. הוא הדין בחוקי היסוד האחרים. הצעות שונות להכיר בזכויות עצמאיות ליחסי עבודה כחלק מחוקה⁵² או כחלק ממגילת זכויות⁵³ לא התקבלו. כן לא התקבלה ההצעה לכוונן חוק־יסוד: זכויות חברתיות.⁵⁴ חוקת העבודה בישראל יכולה אפוא למצוא את מקומה רק כזכות־בת של אחת הזכויות העצמאיות המוכרות בחוק־היסוד.

- 44 ראו אופק־גנדלר גלובליזציה של העבודה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 204, שלפיה ארבעים ותשע מדינות מעניקות הגנה חוקתית מפורשת לזכות לשכר מינימום.
- 45 ראו שם.
- 46 חני אופק "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" משפטים לז 63, 82 (2007).
- 47 ראו שם.
- 48 ראו שם.
- 49 ראו גיא דוידוב "החובה לנהל משא ומתן קיבוצי" הרצאה בכינוס האגודה למשפט העבודה (מרס 2009); [2007] SCC 27 (Can.); Health Services and Support v. British Columbia.
- 50 ראו *Dukes, Hugo Sinzheimer*, לעיל ה"ש 35; *Dukes, Constitutionalizing Employment*; *Relations*, לעיל ה"ש 35.
- 51 נוהגים לכנות את תקנון ההסתדרות חוקת העבודה. מובן שלא לעניינה של חוקה זו מכוונת שאלתנו.
- 52 ראו למשל סעיפים 21–24 להצעת החוק של יהודה פנחס כהן חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר (1948).
- 53 ראו סעיפים 36–37 ו־49–52 להצעת חוק־יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, התשכ"ד–1963, ד"כ 38, ה"ח 784 (הצעת ח"כ י" קלינגהופר); הצעת חוק־יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 448 (הצעת ב' הלוי).
- 54 להיסטוריה זו, ראו לעיל עמ' 549.

מקור חשוב לזכויות־בת חוקתיות מתחום העבודה אפשר למצוא בחופש העיסוק.⁵⁵
סעיף 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק קובע:

”כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד”.

זכות זו מטילה על המדינה את החובה (השלילית) שלא לפגוע בחופש העיסוק ואת החובה (החיובית) להבטיח חופש עיסוק ולהגן עליו. על כן מוטלת עליה החובה להבטיח “שוק עבודה”. מנקודת מבטו של העובד אפשר לגזור מזכות זו את הזכות לעבודה,⁵⁶ כלומר הזכות להשתתף בשוק העבודה. כמובן, הזכות לחופש העיסוק אינה מבטיחה עבודה פלונית למי שחפץ לעבוד. מנקודת מבטו של המעביד חופש העיסוק מבטיח לו כי יוכל לפעול בשוק העבודה מתוך חופש וללא כפייה. זכויות־הבת של חופש העיסוק – כמו זכות האם עצמה – הן יחסיות. ניתן לפגוע בהן, ובלבד שהפגיעה היא מידתית. דרישה זו עומדת הן לעניין חקיקה פוגעת שנחקקה לפני כניסתו של חוק־היסוד לתוקף, והן לעניין חקיקה חדשה. חוק־יסוד: חופש העיסוק אינו כולל פסקת שמירת הדינים.

מקור חשוב אחר לזכויות חוקתיות מתחום העבודה היא הזכות לקניין. סעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

”אין פוגעים בקניינו של אדם”.

זכות זו מטילה על המדינה את החובה שלא לפגוע בקניין. מהותו של ה”קניין” בחוק היסוד נדונה אך מעט בפסיקתו של בית המשפט העליון. בפרשת בנק המזרחי המאוחד עמד בית המשפט העליון על זכות הקניין בחוק־היסוד:⁵⁷

”[...] במישור החוקתי מונחת ביסוד הזכות ההגנה על הרכוש. קניין הוא כל אינטרס, אשר יש לו ערך כלכלי. [...] הקניין מבטיח לפרט חירות כלכלית. הוא מאפשר שיתוף בין בני אדם. הוא מאפשר להם להפעיל את האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם”.

55 ראו ע”ע 300019/98 אורן – דניה סיבס חברה לבניה בע”מ, פס’ 16 לפסק הדין של סגנית הנשיא, א’ ברק (פורסם בנבו, 7.7.2004) (“על הזכות לעבוד אנו למדים מהזכות לחופש העיסוק”); דב”ע נד/1-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בא”י – התעשייה האווירית לישראל בע”מ, פד”ע כט 601, 636 (1996); דב”ע נה/3-264 קייסי – אופיר ש. ארנוזה בע”מ (פורסם בנבו, 9.1.1996); ע”ע 1828-10-11 זפרן – האקדמיה לאמנות ולעיצוב “בצלצאל”, פס’ 28 לפסק הדין של הנשיאה נ’ ארד (פורסם בנבו, 28.11.2012).

56 ראו פרשת אורן, לעיל ה”ש 55, בפס’ 16 לפסק הדין של סגנית הנשיא א’ ברק.

57 ע”א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי, פ”ד מט(4) 221, 431 (1995) (הנשיא א’ ברק).

על פי תפיסה זו של קניין, למעביד זכות קניינית כלפי המדינה בעסקו. מזכות זו אפשר לגזור למשל את זכותו לנהל את המפעל כראות עיניו⁵⁸ או את זכותו להשבית את המפעל.⁵⁹ בפסיקה הובעה הדעה שגם לעובד זכות קניינית או מעין־קניינית בעבודתו.⁶⁰ ביסוד גישה זו עמד הצורך להעמיד מול זכותו החוקתית של המעביד לקניין זכות חוקתית מקבילה

58 ראו בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 541 (2004) ("אשר למעביד, מוקנית לו זכות קניינית בעסקו [...]). פרוגטיבית הניהול של המעביד, הנובעת מזכות יסוד זו, מקנה לו חופש פעולה בניהול עסקו ובביצוע פעולות שונות הנוגעות לו") (המשנה לנשיא ת' אור); רב"ע נג/223-3 פלסטיין פוסט בע"מ – גיאנה, פד"ע כז(1) 436, 450 (1994) ("זיקתו של מעביד למפעלו, בין אם היא מכוח בעלות ובין אם היא על פי זכות החזקה והניהול, היא זיקה קניינית, המוכרת כזכות יסוד") (הנשיא מ' גולדברג); פרשת התעשייה האווירית, לעיל ה"ש 55, בעמ' 633 ("בעליו של מפעל הוא בעל הקניין בו. כבעל הקניין יש לו הכוח להיפטר מקניינו ולהעבירו לאחר") (השופטת א' ברק) (על כך שדעת המיעוט נכתבה על ידי השופטת א' ברק אני למד מפסק הדין של השופטת מ' נאור בבית המשפט העליון באותה פרשה, ראו פרשת התעשייה האווירית, שם, בעמ' 600); עס"ק 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני ים – צים חברת השייט הישראלית בע"מ, פד"ע לו 97, 124 (2000) ("כוחו של המעסיק לנהל את עסקו כרצונו נובע מזיקתו הקניינית למפעלו, זיקה שהוכרה כזכות יסוד בסעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. מן הזיקה הקניינית הנ"ל נגזרת גם הפררוגטיבה של המעסיק לבחור למפעל את העובדים המתאימים הנחוצים לו") (הנשיא ס' אדלר); עס"ק 1003/01 הסתדרות העובדים הכללית – אי.סי.איי. טלקום בע"מ, פד"ע לו 289, 303 (2001) ("זכותו של המעביד על קניינו פירושה שיש לו פרוגטיבה לנהל את מפעלו כראות עיניו") (סגנית הנשיא א' ברק); ע"ע 359/99 לויין – רשות השידור, פד"ע לו 400, 408 (2001) ("למעביד זכות קניינית. זוהי זכות חוקתית המוזכרת במפורש בחוקה [...] מזכותו הקניינית של המעביד נובעת הפררוגטיבה שלו לנהל את עסקו כראות עיניו") (סגנית הנשיא א' ברק). ראו גם מיכאל בירנהק "מעקב בעבודה: טיילור, בנת'האם והזכות לפרטיות" משפט העבודה יב 9, 34 (2010); גיא מונדלק "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – ברירת מחדל חוזית להסדרה קונגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב 819, 829 (1999); גיא דוידוב "הפררוגטיבה של המעביד ודיני החוזים: בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן" משפטים לח 417, 424 (2008); R.E. Howard & J. Donnelly, *Human Dignity, Human Rights, and Political Regimes*, 80 AM. POL. SCI. REV. 801 (1986).

59 ראו להלן בעמ' 861.

60 פרשת התעשייה האווירית, לעיל ה"ש 55, בעמ' 633 ("לכל היותו ניתן לראות בכוח העבודה של העובד קניינו של העובד אותו הוא משכיר למעביד" (השופטת א' ברק)); עס"ק 400005/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות עובדי המדינה – הוועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בכתי החולים הממשלתיים – מדינת ישראל, פד"ע לה 103, 122 (2000) ("גם לעובדים ישנן זכויות קנייניות במקום העבודה") (הנשיא ס' אדלר); פרשת טלקום בע"מ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 304 ("לעובדים זכות מעין־קניינית על עבודתם") (סגנית הנשיא א' ברק); פרשת לויין, לעיל ה"ש 58, בעמ' 408 ("לעובד זכות מעין־קניינית לעבודה") (סגנית הנשיא א' ברק). ראו גם רות בן־ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27, 30 (1994); אלישבע ברק "ייחודם של דיני המכרזים לקבלה לעבודה" שנתון משפט העבודה ז 165, 170 (1996).

לקניין של העובד. כשלעצמי נראה לי מלאכותי לתאר את זכותו של העובד מול המדינה כזכות קניינית או מעין־קניינית.⁶¹

חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו מכיר בזכות העצמאית לפרטיות.⁶² אפשר לגזור מזכותו זו זכויות־בת של המעביד והעובד לפרטיותם במקום העבודה. על רקע זכויות עצמאיות אלה קמה ועומדת השאלה אם אפשר לגזור זכויות־בת של עובד ומעביד מהזכות החוקתית לכבוד האדם. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

ג. הזכות לעבודה כזכות־בת של כבוד האדם

1. צעדים ראשונים

שאלת המפתח אשר התעוררה בסמוך לאחר כינונו של חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו הייתה אם בצד ההכרה בקיומן של זכויות הלכתיות של העובד והמעביד בישראל ניתן לגזור היבטים מסוימים מתחום העבודה מהזכות החוקתית לכבוד האדם.⁶³ תשובה חיובית לכך נתן השופט ד' לוין באמרת־אגב בפרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה:⁶⁴

”בעידן שבו מודרכים אנו הן בחקיקה והן בפסיקה, על פי חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו – ערכיו ועקרונותיו החוקתיים – דומה כי אותה 'שביתה', אשר החזקנוה תמיד כנמנית עם חירויות היסוד שאינן כתובות עלי ספר [...], תחסה מעתה תחת כנפיו של ערך 'כבוד האדם' המעוגן בחוק יסוד זה.”

השופט מ' חשין ביקש להשאיר שאלה זו בצריך עיון, בציינו:⁶⁵

”לא יחלוק איש על כך שחירות השביתה הינה מנכסי צאן ברזל של המשפט בישראל. עוד אסכים, כי חירות השביתה ומעמדה הם נעלים, והרי הם במעלתו של חוק. יחד עם זאת, ומתוך שאין אנו נצרכים להכרעה בענייננו,

61 ראו גיא דוידוב "הפררוגטיבה של המעביד ודיני החוזים : בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן" משפטים לח 417 (2008).

62 ראו ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר – מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים, פס' 11 לפסק הדין של הנשיאה נ' ארד (פורסם בנבו, 8.2.2011).

63 על צעדים דומים לעניין זכויות־בת חוקתיות אחרות, ראו לעיל בעמ' 794, לענין הזכות לחינוך; ראו לעיל בעמ' 708, לעניין הזכות לחופש ביטוי; ראו לעיל בעמ' 758, לענין חופש המצפון והדת.

64 בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485, 497 (1995). השופט ד' לוין סמך עצמו על דברים שכתבתי בפרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (1994), וברשימתי "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 279 (1994).

65 פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, לעיל ה"ש 64, בעמ' 507.

לא אומר כדבר המובן מאליו כי חירות השביתה נגזרת היא – כמו מעצמה – מ'כבוד האדם' שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי מעלתה כיום היא מעלת זכות חוקתית".

השופט השלישי, השופט צ' טל, ציין כי "את השאלה אם זכות השביתה מעוגנת כיום בחוק יסוד הייתי משאיר בצריך עיון".⁶⁶ מחלוקת דומה התעוררה בבית הדין הארצי לעבודה בפרשת "עמית".⁶⁷ כאן נדונה זכות ההתאגדות של עובדים. בפסק דינו כתב הנשיא מ' גולדברג:⁶⁸

"חופש ההתאגדות אינו נמנה על הזכויות הפרטיקולריות שעוגנו בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. פרופ' ברק העלה את הדעה, כי חופש זה נגזר כיום מזכות פרטיקולרית ללא שם מכבוד האדם [...]. חלק מחברי המותב תומך בגישה האמורה. החלק האחר של המותב בדעה כי גם אם גישה זו לא תתקבל – הרי גם אז ישאר חופש ההתארגנות זכות יסוד הלכתית, אותה יהיה צורך לאזן, במקרים מתאימים, עם זכויות יסוד אחרות".

בעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק נמנע בית המשפט העליון להביע כל עמדה בשאלה זו.⁶⁹ כל השופטים הצטרפו לעמדתו של השופט י' זמיר שלפיה הזכות להתאגד "מעוגנת עמוק ומוגנת היטב בהלכה".

תחולתה של הזכות לכבוד האדם בתחום העבודה התעוררה בפני בית הדין הארצי לעבודה בפרשת ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י – התעשייה האווירית לישראל בע"מ (פרשת רמת"א).⁷⁰ כאן נדונה השאלה עד כמה זכאי המעביד על דעת עצמו ובלא להיוועץ בנציגות העובדים להעביר חלק מעובדיו למעביד אחר. פסק דינו של הרוב השיב על שאלה זו בלא כל היזקקות לחוק היסוד. לעומתו ציינה שופטת המיעוט, השופטת א' ברק, כי שינוי חד־צדדי של המעביד (המעביר) פוגע "באוטונומיה של הרצון הפרטי של העובדים או ארגון העובדים ובזכותם להיות צד שווה למשא ולמתן". על פי דעתה:⁷¹

"שינוי כזה יש בו פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי של העובד וכן בכבוד האדם של העובד. שינוי כזה יש בו פגיעה בזכותו של העובד לחופש

66 ש.ם.

67 חב"ע נה/4-30 "עמית" – הסתדרות עובדי מכבי – ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע כט 61 (1995).

68 ש.ם, בעמ' 76.

69 ראו פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, לעיל ה"ש 64, לעיל ה"ש 64.

70 לעיל ה"ש 55.

71 ש.ם, בעמ' 636.

העיסוק. הוא הדין במשפט העבודה הקיבוצי. שינוי כזה פוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי של ארגון העובדים שהוא צד להסכם הקיבוצי".

על פסק דינו של בית הדין הארצי הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. בעוד העתירה תלויה ועומדת נפסק הדין בפרשת שדות.⁷² כאן התעוררה השאלה אם אסיר העובד במסגרת בית הסוהר על פי הוראת חוק הקובעת זאת נחשב עובד, ואם הוא זכאי לשכר מינימום. בפסק דינו בחן השופט מ' חשין את תכליתו של חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987.⁷³ הוא ציין כי ביסוד החוק מונחות שתי תכליות משנה הנארגות לתכלית אחת כוללת:⁷⁴

"אחת, להבטיח כי ימצא לו לאדם מקור פרנסה שיאפשר לו תנאי מחייה מינימליים: שתיים, להעמיד לו לאדם זכות כי יתקיים מפרי עמלו – לא מתמיכת סעד – וכי יישמר לו כבודו כעובד וכאדם".

השופט מ' חשין ציין כי תכלית המשנה הראשונה אין עניינה באסיר. לא כן תכלית המשנה השנייה המתקיימת באסיר במלואה:⁷⁵

"תכלית השמירה על כבוד האדם, כבודו של האדם העובד כי יראה ברכה בעמלו, כי יזכה בגמול לעבודתו המניבה רווח. במובן זה אין האסיר שונה מן האדם החופשי".

השופט ד' ביניש ציינה כי "שכר עבודה נמוך עשוי בתנאים ובהקשרים מסוימים המבטאים השפלת האדם להגיע לכדי פגיעה בכבוד".⁷⁶

חלפו שנתיים מאז נפסק הדין בפרשת שדות, ובית המשפט הגבוה לצדק נתן את פסק דינו בעתירה נגד בית הדין הארצי לעבודה בעניין רמת"א.⁷⁷ העתירה התקבלה ברוב דעות. המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור הקדיש חלק מפסק דינו להיבט החוקתי. הוא עמד על זכותו הקניינית של המעביד, כאמור בסעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעת המשנה לנשיא, הפררוגטיבה הניהולית של המעביד מעוגנת בסעיף 3 לחוק־היסוד, והיא מקנה למעביד חופש פעולה בניהול עסקו.⁷⁸ לעניין זכותו של העובד ציין המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור:⁷⁹

72 בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001).

73 ס"ח 68.

74 פרשת שדות, לעיל ה"ש 72, בעמ' 860.

75 שם.

76 שם, בעמ' 864.

77 לעיל ה"ש 58.

78 שם, בעמ' 541.

79 שם, בעמ' 542.

"לעובדים הזכות לבחור את זהות המתקשר, שהוא הצד לחוזה עמם. זכות זו היא זכות יסוד חוקתית. היא מעוגנת כיום בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות יסוד זו כוללת בחובה את חירות העובד לבחור את מעסיקו".

צוין עוד כי הזכות של העובד לבחור את מעבידו מעוגנת גם בחוק־יסוד: חופש העיסוק.⁸⁰ השופט א' ריבלין הצטרף לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור. לעניין הפררוגטיבה הניהולית כתב השופט א' ריבלין:⁸¹

"פררוגטיבה זו, ככל שתהא חשובה, נסוגה מפני החירות – הלוא היא הפררוגטיבה של העובד. חירותו של העובד לבחור את המעביד הורתה אינה בחופש העיסוק במובן המצומצם שלו. הורתה בחופש של האדם ובכבודו. [...] חירותו של העובד לבור לו את מעבידו נגזרת מן הזכות לחירות המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ומן הערך של כבוד האדם, המונח ביסוד חוק היסוד האמור. [...] חירות זו של העובד נגזרת באופן ישיר מתפיסת האדם כמטרה ולא כאמצעי. היא מהווה בסיס לחופש הבחירה של העובד, לאוטונומיית הרצון שלו ולחירותו לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו".

השופט מ' חשין התייחס ל"גישתו החוקתית" של השופט א' ריבלין, בצינו:⁸²

"חברי השופט ריבלין מיסד משנתו כולה על כבוד האדם, על רוחו החופשית של האדם, על חירותו של האדם. [...] אמירות מגביהות־עוף אלו, איש לא יחלוק עליהן. הן היו עמנו עוד לפני היות חוק היסוד. יתר על כן, הצופן הגנטי של כל עיקרי־היסוד במשפט – הם ועמהם הדוקטרינות והכללים הפרטיקולריים – ימצאו בו כבוד האדם, רוחו החופשית של האדם, חירותו של האדם".

לדעתו של השופט מ' חשין, "ראוי לו כי נזעיק את המערך הגנטי לעזרנו רק ככלות כל הקיצין, בהיעדר כל פתרון סביר וראוי אשר בעיקרי היסוד, בדוקטרינות ובכללים המשרתים אותנו נאמנה בחיי היומיום של המשפט".⁸³ לדעתו, זה אינו המקרה שלפנינו. השופט א' גרוניס ציין בפסק דינו כי "מוכן אני לקבל כי זכותו של העובד לבחור את מעבידו ולא

80 שם (המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור).

81 שם, בעמ' 595, 596.

82 שם, בעמ' 588.

83 שם, בעמ' 589.

להמשיך ולעבוד אצל מעביד חדשה הינה נגזרת של כבוד האדם. אולם אין בכך כדי ליתן תשובה לשאלה מה הנפקות של אי־הסכמתו של העובד לחילופי מעבידיו.⁸⁴

2. ההתפתחויות בבית הדין הארצי לעבודה

כבוד האדם כזכות חוקתית החל את צעדיו הראשונים בהיסוס רב. פסקי הדין של בית המשפט העליון כללו אמרות־אגב לכאן ולכאן. חוסר הוודאות היה ניכר.⁸⁵ עמדתו של השופט ד' לויין בפרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה⁸⁶ לעניין הזכות לשבות הייתה דעת יחיד שלא יישובה את המחלוקת השיפוטית. מחלוקת דומה התגלתה גם בפסקתו של בית הדין הארצי לעבודה לעניין תחום העבודה.⁸⁷ התמונה ההלכתית החלה להתבהר בבית המשפט העליון בפרשת עמותת מחויבות (2005)⁸⁸ (לעניין הזכות לקיום אנושי בסיסי בכבוד) ובפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל (2006) (לעניין השוויון).⁸⁹ דומה שבית הדין הארצי לעבודה לא היה יכול להמתין זמן כה רב. נראה לי כי הטעם העיקרי לכך היה בחוסר האיזון שנוצר לעניין תחום העבודה. לא הייתה כל מחלוקת כי בתחום העבודה מוענקת למעביד זכות חוקתית שמקורה בקניין⁹⁰ ובחופש העיסוק,⁹¹ אך לא הייתה הסכמה על זכויות חוקתיות של העובד. הועלתה ההשקפה כי חוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו פגע באיזון ההלכתי שבין עובד למעביד בהעדיפו את המעביד על פני העובד.⁹² הועלה גם החשש כי בשל חוסר איזון זה עשויה להתעורר שאלה רצינית באשר לחוקתיותם של חוקי המגן. באחת מרשימותיה העלתה פרופ' ר' בן־ישראל את הטענה כי⁹³ –

”עלולה השפעת חוקי היסוד על מערכת זו לגרום בעתיד לכרסום בזכויות המוגנות של העובדים, ואולי אף לזעזע את מודל יחסי העבודה המאורגנים”.

בית הדין הארצי לעבודה ציין לא פעם כי ”מטרתו של משפט העבודה היא להביא לשוויון בכוח המיקוח של העובדים למעבידיהם. כוחו של המעביד לעשות בקניינו כרצונו חייב

- 84 שם, בעמ' 606.
 85 ראו לעיל בעמ' 139.
 86 פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, לעיל ה"ש 64.
 87 ראו לעיל בעמ' 828.
 88 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).
 89 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).
 90 ראו סעיף 3 לחוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו.
 91 ראו סעיף 3 לחוק־יסוד : חופש העיסוק.
 92 ראו בן־ישראל דיני עבודה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 143.
 93 ראו בן־ישראל "השלכות חוקי היסוד", לעיל ה"ש 60, בעמ' 29.

למצוא איזון על ידי־כך שמאפשרים לעובדים להיאבק כנגד מעבידיהם.⁹⁴ חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק העלו את החשש כי מטרה זו של דיני העבודה לא תוכל להתממש. בית הדין הארצי לעבודה הניח שלא היה רצון לשבש את האיזון שמצא ביטוי בדיני העבודה ועל כן ביקש לתקן את חוסר האיזון שנוצר. עמדה על כך השופטת א' ברק באחת הפרשות:⁹⁵

”מנגד לזכות הקניין של המעביד עומדות זכויותיהם של העובדים. במדינת ישראל טרם חוקק חוק־יסוד: זכויות חברתיות, אשר־על־כן הזכות לעבוד, הזכות לקיום מינימלי, הזכות לביטחון סוציאלי, הזכות לשירותי בריאות בסיסיים, זכות ההתאגדות וזכות השביתה – כל אלו טרם עוגנו בחוקה. זכויות אלו נובעות כיום מן הפסיקה. בכך נוצר אי־שוויון בין זכויות האדם של שני הצדדים. דווקא משום כך תפקידנו הוא לאזן כראוי בין הזכויות של שני הצדדים.”

צעד ראשון להפגת החשש למעמדם החוקתי של חוקי המגן ולקביעת איזון ראוי בין זכויות המעביד לזכויות העובד נעשה בפרשת קייסי.⁹⁶ באותה פרשה פוטר עובד בשל מחאה בת יום שארגן במפעל. פיצויי הפיטורין שניתנו לו הופחתו בשל התנהגותו. בית הדין הארצי לעבודה קבע כי אין להפחית פיצויים אלה. לענייננו נקבע בפסק הדין כי בפיטורין נפגע כבוד האדם של העובד וזכותו לחופש עיסוק. כנגד האוטונומיה של הרצון הפרטי של המעביד המבקש לפטר את העובד יש להעמיד את זכותו של העובד לעבוד. זכות זו של העובד ”נובעת מכבוד האדם שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ומזכותו של אדם לחופש העיסוק.”⁹⁷

בפרשת ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע”מ⁹⁸ קיימו המערערים משמרות מחאה בשערי מפעל המשיבה. הם ביקשו לשכנע עובדי קבלן שלא להיכנס לאתר. בפסק הדין נבחנה שאלת זכות השביתה ומשמרות המחאה. השופטת א' ברק קבעה כי זכות זו מעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו:⁹⁹

- 94 דב”ע נו/41-27 ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע”מ, פד”ע ל 449, 460 (1997) (השופטת א' ברק).
 95 פרשת לוין, לעיל ה”ש 58, בעמ' 408.
 96 לעיל ה”ש 55.
 97 שם, בעמ' 3 (השופטת א' ברק).
 98 לעיל ה”ש 94.
 99 שם, בעמ' 468.

”עם חקייתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ראתה הפסיקה את זכויות הפרט כחלק מכבוד האדם. במדינה דמוקרטית אין כבוד לאדם ללא האפשרות להביע את דעותיו באופן חופשי”.

בפרשת ההסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני הים – צים חברת השייט הישראלית בע”מ¹⁰⁰ התעוררה מחלוקת בין קבוצה אחת של עובדים לבין המעבידה, אשר סירבה לאפשר לעובדי הקבוצה הזו להשתתף במכרזים של המעבידה לעניין עובדי קבוצה אחרת במפעלה. הנשיא ס’ אדלר ראה בהתנהגות המעבידה משום פגיעה בחופש העיסוק של העובדים המשתייכים לקבוצה האחת.¹⁰¹ זאת ועוד: נקבע כי לעובד זכות ליחס הוגן וענייני מצד המעסיק. על מקורה של זכות זו כותב הנשיא ס’ אדלר:¹⁰²

”זכותו של העובד ליחס הוגן וענייני מצד המעסיק מתקשרת אף לזכות הקניין של העובד במקום עבודתו – זכות הנובעת מהיחסים המתמשכים בין העובד למקום העבודה ומכך שהעובד משקיע בו את הונו האנושי. [...] זכויותיו הקנייניות של העובד במקום עבודתו אינן כשל בעל מניות, והן אף לא מוחלטות אלא יחסיות; יש לאזן בינן לבין זכויות המעסיק בקניינו”.

בהתייחסו לזכותו החוקתית של המעביד הוא מציין כי ”כוחו של המעסיק לנהל את עסקו כרצונו נובע מזיקתו הקניינית למפעלו, זיקה שהוכרה כזכות יסוד בסעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. מן הזיקה הקניינית הנ”ל נגזרת גם הפרוגטיבה של המעסיק [...]. פרוגטיבה זו אינה מוחלטת. היא כפופה לעקרון שוויון ההזדמנויות, תום־לב, עקרונות המשפט הציבורי ואף לזכויות הקנייניות של העובדים במקום עבודתם”.¹⁰³ בניסונו לאזן בין זכויותיו החוקתיות של המעביד בתחום יחסי העבודה לבין זכויותיו החוקתיות של העובד נעשה, כפי שראינו,¹⁰⁴ שימוש עיקרי בזכות הקניין ובזכות לחופש העיסוק. זכויות אלה – כך נקבע – עומדות הן למעביד והן לעובד. אך מה דינה של הזכות לכבוד האדם? לבד ממספר קטן של אמרות־אגב,¹⁰⁵ אשר רובן עסקו בזכות לקיום מינימלי

100 פרשת האיגוד הארצי לקציני הים – צים חברת השייט הישראלית בע”מ, לעיל ה”ש 58.

101 שם, בעמ’ 117.

102 שם, בעמ’ 118.

103 שם, בעמ’ 124. על הזכות המעין־קניינית של העובדים על עבודתם, ראו פרשת לזין, לעיל ה”ש 58, בעמ’ 409 (“לעובד זכות מעין־קניינית לעבודה”) (סגנית הנשיא א’ ברק); פרשת טלקום בע”מ, לעיל ה”ש 58, בעמ’ 304 (“לעובדים זכות מעין־קניינית על עבודתם”) (סגנית הנשיא א’ ברק).

104 ראו לעיל בעמ’ 832.

105 ראו פרשת קייסי, לעיל ה”ש 55; פרשת ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע”מ, לעיל ה”ש 94; פרשת ההסתדרות הכללית של העובדים בא”י – התעשייה האווירית לישראל בע”מ, לעיל ה”ש 58.

בכבוד, ¹⁰⁶ לא נעשה שימוש בזכות עצמאית זו בתחום העבודה. אמרות־האגב של השופטים ד' לויץ, ¹⁰⁷ מ' חשין, ¹⁰⁸ ת' אור¹⁰⁹ וא' ריבלין¹¹⁰ לא פותחו. ¹¹¹ הזכות לחופש ההתארגנות לא נתפסה כנגזרת מכבוד האדם, ובית הדין הארצי לעבודה סבר באותה תקופה כי "זכות ההתארגנות טרם זכתה בשיטתנו המשפטית למעמד של זכות יסוד חוקתית הכתובה עלי ספר". ¹¹² הזכות לעבוד נגזרה ברוב פסקי הדין¹¹³ מהזכות לחופש העיסוק ולא מהזכות לכבוד האדם. ¹¹⁴ הזכות לעבודה מעוגנת בפסיקה בלבד. ¹¹⁵ ר' בן־ישראל ציינה (ב־2002) כי "במצב המשפטי דהיום נתמכות הזכויות החברתיות של העובדים באמצעות חוקי המגן", ¹¹⁶ כלומר באמצעות נורמות תת־חוקתיות ולא חוקתיות. דומה אפוא כי הכרה בזכות לכבוד האדם כבסיס העיקרי לזכויות בתחום העבודה הייתה צריכה להמתין עד שבית המשפט העליון יגבש את עמדתו שלו בעניין זה. עד אז רבו הדעות ואמרות־האגב הן בבית המשפט העליון והן בבית הדין הארצי לעבודה, מבלי שאפשר להצביע על מגמה ברורה. עם חלוף הזמן פחת החשש כי האיזון בין זכויות המעביד (החוקתיות) לזכויות העובד (ההלכתיות או הסטטוטוריות) התערער, וכי חקיקת המגן נתונה לסכנה. ¹¹⁷ נראה כי הדחיפות שבקביעת עמדה ברורה פחתה. ההתפתחות העיקרית התרחשה עם מתן פסקי הדין בפרשת עמותת מחויבות (ב־2005)¹¹⁸ ובפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל (2006).¹¹⁹ בשני פסקי דין אלה –

- 106 ראו דב"ע נו/3-28 ח'אטר – סלטקס טקסטיל, פד"ע לא 322 (1998); דב"ע נן/4-265 חסיד נ' המוסד לביטוח לאומי, (פורסם בנבו, 29.7.1997); עב"ל 94/03 עמוס נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 8.6.2004); ע"ע 1242/04 עיריית לוד – דהן (פורסם בנבו, 28.7.2005).
- 107 בפרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, לעיל ה"ש 64.
- 108 בפרשת שדות, לעיל ה"ש 72.
- 109 בפרשת הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, לעיל ה"ש 58.
- 110 ש.ם.
- 111 אם כי הן צוטטו. ראו למשל סק"כ 722-09-11 מדינת ישראל – משרד הבריאות ומשרד האוצר – ההסתדרות הרפואית בישראל, פס' 18 לפסק הדין של הנשיאה נ' ארד (פורסם בנבו, 4.11.2011).
- 112 עס"ק 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145, 157 (2000) (הנשיא ס' אדלר).
- 113 חריג הוא פרשת קייסי, לעיל ה"ש 55.
- 114 ראו פרשת אורן, לעיל ה"ש 55 ("על הזכות לעבוד אנו לומדים מהזכות לחופש העיסוק") (סגנית הנשיא א' ברק).
- 115 פרשת לויץ, לעיל ה"ש 58 (סגנית הנשיא א' ברק).
- 116 בן־ישראל דיני עבודה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 250.
- 117 ראו דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 539 ("בחלוף עשור למן אותה 'מהפיכה', דומה כי אין מקום לבהלה").
- 118 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 88.
- 119 פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 89.

ובעיקר בשני – נקבעו אמות המידה לקביעת היקפה של זכות־האם החוקתית לכבוד האדם ולדרך גזירתן של זכויות־הבת ממנה. על בסיס קביעות אלה הפכה הזכות לכבוד האדם לזכות החוקתית המרכזית בתחום העבודה. להתפתחות זו נעבור עתה.

3. ההתפתחות בפרשות עמותת מחויבות והתנועה למען איכות השלטון בישראל ואחריהן

בפרשת עמותת מחויבות¹²⁰ ובפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל¹²¹ נקבע כי אין לצמצם את כבוד האדם כמגן אך מפני השפלה, עינויים וביזויים. כן נקבע כי אין להרחיב את כבוד האדם כבסיס לכל הזכויות החוקתיות. נקבע כי כבוד האדם הוא ההכרה באדם כיצור חופשי המפתח רוחו וגופו על פי רצונו¹²² ותוך הגשמת האוטונומיה האישית שלו, ובלא שהאדם יהיה אמצעי אך להגשמת רצונו של האחר.¹²³ כבוד האדם הוא החופש של האדם לטוות את סיפור חייו.¹²⁴ אפשר לתאר הבנה זו בתפיסה כי כבוד האדם הוא אנושיותו של האדם.¹²⁵ אנושיות זו פועלת בגדריה של החברה.¹²⁶ בפרשת עמותת מחויבות נפסק כי מוכרת הזכות לקיום מינימלי בכבוד כחלק מכבוד האדם.¹²⁷ בפרשת התנועה למען איכות השלטון נפסק כי הזכות לשוויון נגזרת מכבוד האדם.¹²⁸

בפרשת עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל¹²⁹ נדון "הסדר הכבילה". על פיו התנה שר הפנים את רישיונות השיבה לעובדים זרים בתנאי כי העובד המגיע לישראל יועסק בידי המעסיק שהזמינו. נקבע כי הסדר הכבילה אינו חוקתי, שכן הוא פוגע בין השאר בכבודו של העובד הזר. כתב השופט א' לוי:¹³⁰

"הזכויות לאוטונומיה, לחופש הפעולה ולחופש ההתקשרות הן, איפוא, היבטים מרכזיים של זכות האדם לכבוד. מימושן מותנה ביכולת הנתונה לו, לאדם, לקבל החלטות בנוגע לחייו ולדרכו, ובאפשרויות העומדות לפניו

120	ראו לעיל ה"ש 88.
121	ראו לעיל ה"ש 89.
122	ראו לעיל בעמ' 244.
123	ראו לעיל בעמ' 254.
124	ראו לעיל בעמ' 254.
125	ראו לעיל בעמ' 245.
126	ראו לעיל בעמ' 256.
127	ראו גם בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012).
128	ראו גם בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).
129	בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006).
130	שם, בעמ' 379.

לפעול על פיהן. הסדר הכבילה למעסיק פוגע – פוגע אנושות – בזכויות אלה”.

בפרשת לשכת עורכי הדין בישראל¹³¹ התעוררה השאלה אם ההוראה שלפיה כל חבר בלשכת עורכי הדין הופך מניה וביה גם לחבר בארגון המשפטנים היהודי היא כדין. בית המשפט העליון השיב על שאלה זו בשלילה. כותבת השופטת ד' ברלינר:¹³²

”הסדר הקובע 'חברות אוטומטית שלא מדעת', אינו שואל לדעתו של האדם. הוא פוגע ביכולתו לקבוע בעצמו ועבור עצמו עם מי להתקשר ועם מי לא. ההתקשרות האוטומטית שאינה מדעתו של אדם, על דרך 'זליגה' מארגון לארגון [...], פוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי וממילא בכבוד האדם וחירותו. ההכרה בערך האדם, ובעובדת היותו בן חורין כולל אף את התובנה, כי אין ליצור מצב בו אדם חבר בארגון, על כל המשתמע מכך, מבלי לשאול את מוצא פיו תחילה. כל אדם זכאי לנהל את ענייניו, ולהחליט מהם מטרותיו באופן עצמאי וחופשי. לכל אדם חופש בחירה וחופש פעולה לכלכל את צעדיו כרצונו”.

בפרשת אוניברסיטת בר-אילן¹³³ נדונה השאלה אם ארגון עובדים שגמלאי מקום העבודה נמנים עם חבריו, רשאי להכריז על שביתה נגד המעסיק שנושאה הוא זכויות הגמלאים, וזאת אף על פי שבין הגמלאים למעסיק אין שוררים עוד יחסי מעביד-עובד. לעניין זכות השביתה כתבה השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:¹³⁴

”זכות העובד לשבות כחלק ממאבקו על תנאי עבודתו, שכרו, רמת חייו ותנאי הפרישה להם הוא זכאי, נוגעת בליבת הזכות לכבוד אנושי ואינה מצויה רק בשוליו של כבוד האדם. בלא אמצעי השביתה, מאבדים העובדים וארגון העובדים המייצג אותם חלק ניכר מכוחם לשאת ולתת עם המעסיק על תנאי העבודה והפרישה שלהם. זכות השביתה היא כה מרכזית וכה חיונית במאבק על תנאי הקיום והחיים של האדם הגמלאי עד כי ניתן לטעון שהיא מהווה חלק מכבוד האדם”.

- 131 ע"א 11771/04 לשכת עורכי הדין בישראל נ' הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים (פורסם בנבו, 22.1.2007).
- 132 שם, פס' 26 לפסק הדין של השופטת ד' ברלינר.
- 133 בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 28.4.2011).
- 134 שם, פס' 40 ו-51 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

על בסיס פרשות אלה הוכר מספר ניכר של זכויות חברתיות זכויות־בת של כבוד האדם, ובהן הזכות לבריאות,¹³⁵ הזכות לביטחון סוציאלי¹³⁶ והזכות למים.¹³⁷ במסגרת זו הוכרו גם כמה זכויות־בת חוקתיות מתחום העבודה. בפרשת מדינת ישראל – ההסתדרות הרפואית בישראל¹³⁸ נדונה בין השאר זכותו של עובד להתפטר. לעניין זה כתבה הנשיאה נ' ארד:¹³⁹

”זכותו של אדם בישראל לעבוד וכחלק מהותי הימנה קמה אף זכותו להתפטר. אלה הן זכויות יסוד חברתיות ובסיסיות הנגזרות מהזכות החוקתית לאוטונומיה אישית של העובד ומן הזכות לכבוד המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק־יסוד: חופש העיסוק.”

בפרשת דיזנגוף קלאב¹⁴⁰ נבחנה זכות הישיבה של עובד בעת העבודה. לעניין ההיבט החוקתי כתבה הנשיאה נ' ארד:¹⁴¹

”המשפט הפרטי ומשפט העבודה ויחסי העבודה בכלל זה, מכירים בערכים החוקתיים לכבוד, לאוטונומיה אישית ולשמירה על חייו וגופו של אדם באשר הוא אדם. מערכים חוקתיים אלה נובעת זכותו הראשונית־הכללית של העובד לצרכיו, לסביבת עבודה בטוחה, וממנה נגזרות הזכויות החוקתיות כפי שנקבעו בחוק הזכות לעבודה בישיבה. זאת לאור ההכרה בזכויות החברתיות לבריאות ולרווחה כנגזרות מן הערכים החוקתיים של כבוד האדם ושמירה על חייו וגופו, ולאור המודעות החברתית, ההולכת

135 ראו בג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, פ"ד סב(2) 856 (2007); בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2008); בג"ץ 434/09 דוידוב נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 3.5.2009); בג"ץ 488/11 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 19.6.2011); בג"ץ 11044/04 סלומוטין נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 27.6.2011); בג"ץ 8335/09 קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 16.2.2012).

136 ראו בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.2010).

137 ראו ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים (פורסם בנבו, 5.6.2011); בג"ץ 10541/09 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.2012).

138 פרשת מדינת ישראל – משרד הבריאות ומשרד האוצר – ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 111.

139 שם, פס' 25 לפסק הדין של הנשיאה נ' ארד. על גישה זו חזרה הנשיאה נ' ארד שם, בפס' 20 לפסק הדין: ”הזכות להתפטר הינה זכות יסוד חברתית [...] זכות זו מבטאת ערכים חוקתיים של זכות העובד לכבוד, לאוטונומיה אישית, לחופש העיסוק ולחופש החוזים.”

140 ע"ע (ארצי) 33680-08-10 דיזנגוף קלאב בע"מ – זואלי (פורסם בנבו, 16.11.2011).

141 שם, פס' 15 לפסק הדין של הנשיאה נ' ארד.

וגוברת, לצרכי העובד בכלל הענפים במשק, ולא רק בסקטור התעשייתי של עבודת כפיים. נוכח כל אלה, קמה החובה שבחוק לעצב את מקום העבודה וסביבת העבודה של העובד, באופן שתהלוּם את כבוד האדם של העובד, ותתאים לצרכי הרווחה המינימאליים שלו בישיבה בעבודה וישיבה בהפסקה מעבודה".

בפרשת הסתדרות המעו"ף¹⁴² נדונה הוצאתם לגמלה של רבני שכונות ופרישתם המאולצת מעבודתם. לעניין הזכות לעבוד כתב השופט ש' צור:¹⁴³

"הזכות לעבוד אינה מוטלת בספק. זכות זו היא פועל יוצא מחופש העיסוק המעוגן בחוק־יסוד: חופש העיסוק. זכות זו נגזרת גם מזכותו של אדם לכבודו ולחירותו האישיים המעוגנים בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו".

בפרשת פלאפון תקשורת¹⁴⁴ נדונה השאלה מהי מידת המעורבות המותרת למעביד בנסיבות של התארגנות ראשונית. לעניין זכות ההתארגנות כתבה הנשיאה נ' ארד:¹⁴⁵

"הזכות להתארגן בארגון עובדים מוכרת במשפטנו כ'עקרון על' הנמנה על 'חירויות האדם', ומעמדה הוכר כזכות יסוד חוקתית 'השומרת על כבוד העובד במקום העבודה', והנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד האדם, ה'כולל בחובו את זכותם של עובדים ומעבידים', 'להתארגן', כלומר להקים ארגון עובדים ומעבידים".

4. זכויות מתחום העבודה והזכות לכבוד האדם

עם ההכרה ההולכת וגוברת בתחולתה של הזכות לכבוד האדם על תחום העבודה יש לבחון אילו היבטים של תחום העבודה נכללים בגדרי הזכות לכבוד האדם כזכות־בת וזכויות־נכדה, ואילו היבטים הם בעלי מעמד תת־חוקתי (חקיקתי או הלכתי). לעניין זה ראוי להדגיש כי אין ענייננו כאן בזכותו של עובד כלפי מעביד או בזכותו של מעביד כלפי עובד.¹⁴⁶ ענייננו בזכותו של העובד ושל המעביד כלפי המדינה. כפי שראינו,¹⁴⁷ הזכות לכבוד האדם – כמו שאר הזכויות החוקתיות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – מכוונת

142 ס"ק (ארצי) 56/09 הסתדרות המעו"ף – ההסתדרות הכללית החדשה – חברי המועצות הדתיות (פורסם בנבו, 4.4.2012).

143 שם, פס' 27 לפסק הדין של השופט ש' צור.

144 עס"ק 25476-09-12 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – האגף להתאגדות עובדים – פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 2.1.2013).

145 שם, פס' 54 לפסק הדין של הנשיאה נ' ארד.

146 ראו לעיל בעמ' 387.

147 ראו לעיל בעמ' 387.

(אנכית) כלפי רשויות השלטון בלבד. אין היא חלה (אופקית) ביחסים שבין פרטים. היחסים בין פרטים מעוגנים, במישור הנורמטיבי, במשפט התת־חוקתי. אלה הם דיני העבודה המעניקים זכויות והמטילים חובות ביחסים שבין מעביד לעובד. משפט תת־חוקתי זה הוא תוצאת ההתנגשות בין זכותו של העובד כלפי המדינה לבין זכותו של המעביד כלפי המדינה. זכויות אלה – הפועלות מול רשויות השלטון – נמצאות בהתנגשות מתמדת. פתרונה של התנגשות זו אינו ברמה החוקתית. אין כרסום בהיקפה של הזכות החוקתית של העובד ושל המעביד. פתרונה של התנגשות זו הוא ברמה התת־חוקתית. תוצאתה של התנגשות זו היא בנורמות תת־חוקתיות הפוגעות בזכות החוקתית האחת והמגנות על הזכות החוקתית האחרת. פגיעות והתניות אלה הן חוקתיות רק אם הן מידתיות. הן משתקפות בדיני העבודה של יום־יום – בין אלה המעוגנים בחקיקה (כגון חקיקת המגן) לבין אלה המעוגנים בהלכה הפסוקה. למשל, הפררוגטיבה הניהולית של המעביד היא בוודאי חלק מהזכויות בתחום העבודה. עם זאת אין זו זכותו החוקתית של המעביד כלפי הרשויות השלטוניות. הפררוגטיבה הניהולית משקפת משפט תת־חוקתי, פרי ההתנגשות בין זכויותיו החוקתיות של המעביד כלפי הרשות השלטונית (בעיקר לחופש עיסוק ולקניין) לבין זכויותיו החוקתיות של העובד כלפי הרשויות השלטוניות (בעיקר כבוד האדם). בדומה לזה הזכות לעבוד היא זכותו האישית של העובד כלפי המעביד. היא חלק מהמשפט התת־חוקתי. היא פרי התנגשות בין הזכות החוקתית של העובד לעבודה לבין הזכות החוקתית של המעביד לחופש העיסוק.

מהם אפוא ההיבטים החוקתיים של זכויותיהם של העובד והמעביד כלפי המדינה אשר אפשר לגזור אותם מהזכות לכבוד האדם? כדי להשיב על שאלה זו יש להתרכז כמובן בהיבטים הדיגניטריים של תחום העבודה. היבטים אלה, ורק הם, רלוונטיים לכבוד האדם. כמובן, היבטים אחרים עשויים להיגזר מזכויות חוקתיות אחרות, כגון חופש העיסוק, הקניין והפרטיות. על גזירת זכויות־בת מתחום העבודה מהזכות החוקתית לחירות אישית עמדנו בנפרד.¹⁴⁸

בבחינת ההיבטים הדיגניטריים אפשר לנקוט אחת משתי הדרכים האלה: האחת, בבחינת דיני העבודה התת־חוקתיים (החקוקים וההלכתיים) בניסיון לבחון אילו חלקים מדינים אלה נגזרים מהזכות החוקתית לכבוד האדם. הדרך השנייה היא לבחון את כבוד האדם ולראות אילו היבטים שלו רלוונטיים לדיני העבודה התת־חוקתיים. לדעתי, יש לנקוט את שתי הדרכים גם יחד. האחת משלימה את האחרת, ואינה מייתרת אותה.

בבחינת ההיבטים הדיגניטריים של יחסי העבודה – כלומר בבחינת קיומו של קשר ענייני הדוק בין הזכות הנטענת לבין כבוד האדם – מתרכזת בעיקרה בזכותו של העובד. עם זאת אין היא מוגבלת לו. גם המעביד עשוי להיות אדם שלו הזכות לכבוד האדם (להבדיל

148 ראו לעיל בעמ' 388.

מתאגיד). ככל שהמעביד הוא אדם, גם לו עומדת הזכות החוקתית כי ההיבטים הדיגיטריים של יחסי העבודה שלו יהיו זכות־בת חוקתית. למשל: היבטים נרחבים של חופש העיסוק של המעביד מתבססים על כבוד האדם של המעביד. במקום אחר עמדתי על כך כי "במהותו, נגזר חופש העיסוק מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, ומכאן הקשר ההדוק בין חופש העיסוק לבין כבוד האדם וחירותו. אכן, חופש העיסוק הוא ביטוי מיוחד לעיקרון הכללי של כבוד האדם, וחירות המחשבה והפעולה".¹⁴⁹ למשל, בכוחו של המעביד לפטר את עובדיו – כוח הנתון לו מכוח חופש העיסוק שלו – יש היבט דיגיטרי חשוב. הוא מבטא את חופש הרצון והאוטונומיה של המעביד. הוא משקף את כוחו של המעביד לטוות את סיפור חייו.

תוצאתו של ניתוח זה היא כי במקרים רבים כנגד זכות־הבת של העובד מתחום העבודה שמקורה בכבוד האדם של עומדת זכות־הבת של המעביד מתחום העבודה שמקורה הוא בכבוד האדם שלו. כנגד זכותו של העובד לאי־פיטוריו מהעבודה – זכות הנגזרת מהזכות לכבוד האדם¹⁵⁰ – עומדת זכותו של המעביד לפטר את עובדיו – שאף היא נגזרת בין השאר מזכותו לכבוד האדם. כיצד נפתרת התנגשות "פנימית" זו?

התשובה היא כי התנגשות זו – כמו ההתנגשות בין כבוד האדם לזכות חוקתית עצמאית (כגון הקניין של המעביד או חופש העיסוק שלו) – אינה מוצאת את פתרונה ברמה החוקתית. אין יחס חוקתי בין המעביד לעובד. הזכויות החוקתיות של העובד כלפי המדינה ושל המעביד כלפי המדינה נשארות בעינן ואינן מושפעות מקיומה של ההתנגשות. פתרונה של זו הוא במשפט התת־חוקתי. במסגרתו של זה נעשה האיזון בין הזכויות החוקתיות של המעביד והעובד כלפי המדינה. אם פתרון זה הוא מידתי הוא חוקתי. טול למשל את זכותו של המעביד כלפי המדינה לפטר את עובדיו כראות עיניו. זכות זו היא חלק מכבוד האדם של המעביד (אם הוא בן־אדם ולא תאגיד). כנגדו עומדת זכותו של העובד שלא להיות מפוטר. אף היא חלק מכבוד האדם שלו. האיזון בין שני היבטים אלה של כבוד האדם נעשה ברמה התת־חוקתית. החקיקה וההלכה הפסוקה יקבעו באלו נסיבות רשאי המעביד לפטר את עובדיו. הם יאזנו בין כבוד האדם של המעביד העשוי להצדיק פיטורין בכל עת לבין כבוד האדם של העובד המצדיקים מניעת פיטורין. הפתרון עשוי להיות פיטורין רק לאחר שימוע ועל בסיס סיבה מספקת. בכך תפגענה הן הזכות החוקתית של המעביד (שאינו רשאי לפטר על־אתר וללא סיבה), והן הזכות החוקתית של העובד (החשוף לפיטורין ללא הודעה מוקדמת ומתוך טעמים ראויים). אם פתרון זה הוא מידתי – הוא חוקתי.¹⁵¹ אכן, האיזון בין זכות המעביד (לפטר) לזכות העובד (שלא להיות מפוטר) מוצא את פתרונה במסגרת פסקת ההגבלה. השאלה היא אם הפגיעה בזכות המעביד (מנקודת המבט שלו) והפגיעה בזכות

149 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 582.

150 ראו להלן בעמ' 849.

151 ראו סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010).

העובד (מנקודת המבט שלו) מקיימות את תנאיה של פסקת ההגבלה. על רקע זה נעבור עתה לבחינת כמה זכויות חוקתיות של עובדים ומעבידים כלפי המדינה. אנו עומדים בנפרד על הזכות לביטחון סוציאלי,¹⁵² שכן אין היא מיוחדת לעובדים. אשר לשוויון בעבודה ולחופש הביטוי במסגרת העבודה אנו דנים בסוגיות אלה בהקשרה של זכות־הבת לשוויון¹⁵³ וזכות־הבת לחופש ביטוי.¹⁵⁴ נפתח בזכות לעבודה.

ד. הזכות לעבודה

1. תוכנה של הזכות לעבודה כזכות עצמאית: משפט משווה

הזכות לעבודה (right to work) היא ביטוי רב־משמעי.¹⁵⁵ נכללות בו הן הזכות החוקתית מול המדינה¹⁵⁶ והן הזכות התת־חוקתית של העובד מול המעביד או מול עובדים אחרים ואיגוד העובדים. על הזכות לעבודה מול המדינה עמד ג' דוידוב בציינו:¹⁵⁷

”ביחסים מול המדינה, הזכות לעבוד פירושה חובה של המדינה לפעול על־מנת שתהיה עבודה לכל תושב שרוצה בכך. [...] מוטלת על המדינה חובה כללית לנקוט בצעדים להגברת התעסוקה (באמצעות מדיניות כלכלית שתביא לידי יצירת מקומות עבודה, השקעה בהכשרת עובדים והפעלת שירות תעסוקה).”

זכות זו לעבודה מוכרת באמנות בין־לאומיות¹⁵⁸ ובמספר ניכר של חוקות.¹⁵⁹ היא בעלת

- 152 ראו לעיל בעמ' 604.
- 153 ראו לעיל בעמ' 688. ראו גם Rosa Ehrenreich Brook, *Dignity and Discrimination: Toward A Pluralistic Understanding of Workplace Harassment*, 88 GEO. L.J. 1 (1999).
- 154 ראו לעיל בעמ' 708. ראו גם Estlund, לעיל ה"ש 36.
- 155 ראו Bob Hepple, *A Right to Work*, 10 INDUS. L.J. 65, 68 (1981) (The "rights to work" is a value-laden phrase).
- 156 ראו שם, בעמ' 68.
- 157 דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 546. ראו גם General Comments, Adopted by the Human Rights Committee, General Comment No. 18: "The Right to Work". E/C.12/GC/18 (2005).
- 158 ראו סעיף 23(1) להכרזה האוניברסלית; סעיף 6 ל-ICESCR; סעיף 15 לצ'רטר החברתי האירופי ((Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01) (להלן הצ'רטר החברתי האירופי)). ראו גם "The Right to Work", General Comment No. 18, לעיל ה"ש 157.
- 159 ראו דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 541, ה"ש 34, 35 ו-36. החוקה האמריקנית אינה כוללת זכות לעבודה. הוצע תיקון חוקתי שיכיר בזכות זו. הצ'רטר הקנדי לא מכיר בזכות עצמאית לעבודה. Estlund, לעיל ה"ש 36; RANDY HODSON, *DIGNITY AT WORK* (2001).

תוכן שלילי וחיובי גם יחד.¹⁶⁰ הספרות בעניינה מקיפה.¹⁶¹ בהיבט השלילי היא מטילה חובה של המדינה שלא למנוע ממי שמבקש עבודה לחפשה.¹⁶² ואוסרת על עבודת כפייה. מכאן ההכרה בזכות העובד להתפטר. הזכות לעבודה אינה שקולה כנגד הזכות להיות מועסק. היא אינה מטילה על המדינה את החובה להעסיק כל מי שמוכן לעבוד.¹⁶³ בהיבטה החיובי היא מחייבת את המדינה ליצור מערכת המעניקה הזדמנות להשתתף בשוק העבודה.

2. הזכות לעבודה כזכות־בת חוקתית

הזכות לעבודה לא הוכרה בישראל כזכות־חוקתית עצמאית. היא אינה נזכרת כזכות עצמאית בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. אפשר להכיר בה רק כזכות נגזרת מזכות עצמאית המוכרת בחוק יסוד. בפסקי דין אחדים צוין כי הזכות לעבוד נגזרת מהזכות העצמאית לחופש העיסוק.¹⁶⁴ השאלה הניצבת לפנינו בספר זה היא אם אפשר להכיר בזכות לעבודה כזכות־בת של כבוד האדם. כדי להשיב על שאלה זו אפשר לבחון את הטעמים המונחים ביסוד הזכות לעבודה במקום שזו מוכרת כזכות עצמאית. על טעמים אלה עמד ג' דוידוב;¹⁶⁵

”יש להבין את הזכות לעבוד על רקע ההיבט האישי־חברתי של העבודה, דהיינו חשיבות העבודה לפרט מבחינה אישית, חברתית ופסיכולוגית.

- 160 ראו Richard T. De George, *The Right to Work: Law and Ideology*, 19 VALPARAISO U. L. REV. 15, 18 (1984).
- 161 ראו Hepple, לעיל ה"ש 155; דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית", לעיל ה"ש 1; De George, לעיל ה"ש 160; רות בן־ישראל "צדק חברתי בעידן בתר־העבודה: צדק חלוקתי בחלוקת העבודה במאה העשרים ואחת" צדק חלוקתי בישראל 309, 327 (מנחם מאוטנר עורך, 2000); Jean Mayer, *The Concept of the Right to Work in International Standards and the Legislation of ILO Member States*, 124 INT'L LAB. REV. 225 (1985); Guy Mundlak, *Beyond Equality: Forcing Substantive Employment Standards By Means of a "Procedural" Right to Work* (Paper prepared for the conference "The Scope of Labor Law", 2005); Mathias Risse, *A Right to work? A Right to Leisure? Labor Rights as Human Rights*, 3 L. & ETHICS HUM. RTS. (2009); Jeremy Sarkin & Mark Koenig, *Developing the Right to Work*, 33 HUM. RTS. Q. 1 (2011).
- 162 ראו פרשת קייסי, לעיל ה"ש 55.
- 163 ראו פרשת לויץ, לעיל ה"ש 58.
- 164 ראו פרשת אורן, לעיל ה"ש 55, פס' 16 לפסק הדין של השופטת א' ברק; פרשת מדינת ישראל – משרד הבריאות ומשרד האוצר – ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 111, פס' 18 לפסק הדין של הנשיאה נ' ארד; ראו פרשת הסתדרות המעו"ף, לעיל ה"ש 142, פס' 27 לפסק הדין של השופט ש' צור ("הזכות לעבוד אינה מוטלת בספק. זכות זו היא פועל יוצא מחופש העיסוק המעוגן בחוק־יסוד: חופש העיסוק").
- 165 דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 543.

במובנים לא־כלכליים¹⁶⁶ אלה בא לידי ביטוי ההבדל התהומי בין האדם המתקיים מדמי אבטלה או מהבטחת הכנסה לבין אדם עובד.

בנתחו את ההיבט האישי־חברתי מציינ ג' דוידוב כי לעבודה שלושה תפקידים חשובים מבחינת הפרט:¹⁶⁷

"ראשית, העבודה היא מקור חשוב למימוש עצמי והגשמה עצמית. לעבודה חלק חשוב במתן משמעות לחיינו. היא יוצרת הזדמנויות להתפתחות אינטלקטואלית, לסיפוק ולקידום אישי. היא מהווה חלק חשוב בזוהתנו העצמית ומקור חשוב ליכולתנו לתרום לחברה ולבטא את עצמנו. היא אמצעי לכבוד עצמי ולביטחון עצמי. [...] היבט שני [...] נוגע במסגרת החברתית שהעבודה מספקת לנו. [...] לעבודה יש חלק חשוב ביותר בחיינו החברתיים. [...] היא עוזרת לנו להרגיש חלק מהקהילה. [...] התפקיד השלישי [...] נוגע במיצב (סטטוס) החברתי. הדרך שבה החברה רואה אותנו והדרך שבה אנו תופסים את עצמנו קשורות במידה רבה לעבודתנו."

היבט אישי־חברתי זה קשור בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. התפקיד הראשון עניינו מימוש עצמי והגשמה עצמית המביאים לכבוד עצמי ולביטחון עצמי. היבט זה הוא ביטוי לכבוד האדם של העובד. התפקיד השני עניינו חשיבות העבודה בחיים החברתיים. היבט זה הוא ביטוי לתפיסתנו כי כבוד האדם הוא כבודו של אדם בחברה. זוהי אנושיותו של האדם ביחסו ההדדי עם זולתו. התפקיד השלישי עניינו הסטטוס החברתי. גם היבט זה מביע את אופיו של כבוד האדם כדיאלוג בינו לבין החברה שבה הוא חי ופועל. אכן, העבודה מעניקה לעובד כבוד בחברה שבה הוא פועל.¹⁶⁸

נראה לי אפוא כי אפשר לראות בהיבטים הדיגיטריים של הזכות לעבוד נגזרים מכבוד האדם. אכן, זו הייתה גישתו של בית המשפט העליון:¹⁶⁹

"זכותו של אדם לעבוד – להחל לעבוד ולהמשיך ולעבוד – זכות־של־שתית היא. שקולה היא לזכות טבעית. אכן, הכתוב לימדנו שעונש הוא שהשית אלוהים על האדם באומרו לו כי 'בְּיַעַת אֶפְיֶךָ תֵּאָכַל לֶחֶם' [...] ואולם, כולנו ידענו כי בימינו – כך היה גם בימים שקדמו לימינו – העבודה

166 דוידוב דוחה את הטעון הכלכלי שלפיו הזכות לעבודה נועדה להעניק פרנסה כדי להתקיים. שם, בעמ' 542.

167 שם, בעמ' 543, 544, 545.

168 ראו Sarkin & Koenig, לעיל ה"ש 161, בעמ' 8.

169 דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 380, 330 (2000) (השופט מ' חשין).

סם־חיים היא לאדם. אדם שעבודתו ניטלה ממנו – זכות ניטלה ממנו, מקצת כבודו ניטל ממנו.”

גישה דומה נקט בית הדין הארצי לעבודה. בפרשת חסן קייסי פוטר העובד. בנתחה פיטורין אלה ציינה השופטת א' ברק:¹⁷⁰

”בכך נפגעה זכות יסוד שלו, החירות לעבוד. הזכות לעבוד היא זכות אדם יסודית. זוהי הזכות להתקיים בכבוד אנושי. [...] זו נובעת מכבוד האדם שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.”

בפרשה אחרת ציינה סגנית הנשיא א' ברק כי את הזכות לעבוד לומדים ”מהזכות לחופש העיסוק ומהזכות לכבוד האדם.”¹⁷¹ בפרשת מדינת ישראל – ההסתדרות הרפואית בישראל¹⁷² ציינה הנשיאה נ' ארד:¹⁷³

”זכותו של אדם בישראל לעבוד וכחלק מהותי הימנה קמה אף זכותו להתפטר. אלה הן זכויות יסוד חברתיות ובסיסיות הנגזרות מהזכות החוקתית לאוטונומיה אישית של העובד ומן הזכות לכבוד והמעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק.”

3. היקפה של הזכות לעבודה כזכות־בת חוקתית

(א) היבטים שונים של זכות־הבת לעבודה

ביסוד זכות־הבת החוקתית לעבודה מונחת, כפי שראינו,¹⁷⁴ זכותו של האדם כי המדינה תבטיח לכל פרט את האפשרות להשתתף בשוק העבודה. מהמשפט המשווה אנו למדים כי הזכות העצמאית לעבודה כוללת בחובה כמה היבטים המטילים על המדינה את החובה לקבוע מסגרת נורמטיבית אשר תבטיח תנאים אלה: ראשית, העובד יוכל להתפרנס מעבודתו בכבוד;¹⁷⁵ שנית, תנאי העבודה יהיו הוגנים;¹⁷⁶ שלישית, הזכות למניעת פיטורין,¹⁷⁷ כלומר הזכות שלא להיות מפוטר מטעמים שרירותיים.¹⁷⁸

170 פרשת קייסי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 2.

171 פרשת אורן, לעיל ה"ש 55, פס' 16 לפסק הדין של השופטת א' ברק.

172 לעיל ה"ש 111.

173 שם, פס' 25 לפסק הדין של הנשיאה נ' ארד.

174 ראו לעיל בעמ' 841.

175 ראו להלן בעמ' 845.

176 ראו להלן בעמ' 846.

177 ראו להלן בעמ' 849.

178 ראו להלן בעמ' 849.

השאלה הניצבת בפנינו היא אם אפשר להכיר בהיבטים אלה במסגרת זכות־הבת לעבודה. האם אפשר לאפיין היבטים אלה כזכויות־נכדה¹⁷⁹ של זכות־הבת לעבודה? כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון כל אחד מהיבטים אלה בנפרד תוך בחינת השאלה אם מתקיים בהם קשר ענייני הדוק לזכות־האם של כבוד האדם. אפשר לטעון כי שלושת ההיבטים שעליהם עמדתי אין עניינם זכותו של האדם כלפי המדינה אלא זכותו של העובד כלפי המעביד. על פי טיעון זה, עניינם של טיעונים אלה אינו במשפט החוקתי אלא במשפט התת־חוקתי. הם תוצאתו של איוון בין זכות־הבת לעבודה של העובד לבין זכותו החוקתית של המעביד לחופש העיסוק ולקניין. איני מקבל טיעון זה. שלושת ההיבטים – פרנסה בכבוד, תנאי עבודה הוגנים ושליטת פיטורין שרירותיים – הם חלק מזכותו של העובד מול המדינה. על המדינה להבטיח אותם במשפט התת־חוקתי. אם היבטים אלה לא יוגשמו במלואם (בין בחקיקה ובין בהלכה הפסוקה), יהא על המדינה להוכיח כי ההסדר התת־חוקתי החלקי הוא מידתי. שלושת היבטים אלה הם בעלי אופי חיובי ושלילי גם יחד. זהו דין כל זכויות־הבת של כבוד האדם,¹⁸⁰ וזהו דינה גם של זכות־הבת לעבודה. היבטים אלה הם בעלי אופי יחסי. ניתן להגבילים ובלבד שההגבלה היא מידתית. מקצתם של היבטים אלה נוגעת לגרעינה של הזכות לכבוד האדם. מקצתם האחרת נוגעת לשוליה. אלה כאלה הם חלק מזכות־האם לכבוד האדם. נבחן עתה היבטים אלה.

(ב) הזכות להתפרנס בכבוד

המשפט המשווה¹⁸¹ (הבין־לאומי והחוקתי)¹⁸² מכיר בזכותו של העובד כלפי המדינה להתפרנס בכבוד. בכמה פסקי דין של בית הדין הארצי לעבודה אוזכרה הזכות להתפרנס (ולהשתכר) בכבוד.¹⁸³ בית המשפט עמד על כך שאין לזהות את הזכות להתפרנס בכבוד עם הזכות לקיום מינימלי בכבוד. שתי הזכויות נגזרות מזכות־האם לכבוד האדם. הזכות לקיום מינימלי בכבוד היא זכותו של כל אדם, ולא דווקא עובד. היא באה על פתרונה אם מובטח

179 על זכות־הנכדה, ראו לעיל בעמ' 305.

180 ראו לעיל בעמ' 351.

181 ראו סעיף 23(3) להכרזה האוניברסלית ("Everyone who works has the right to just and favorable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of (human dignity) ; ICESCR, חלק (part) שני, סעיף 4(1)) "to recognize the right of workers") .(to a remuneration such as will give them and their families a decent standard of living"

ראו גם MANISULI SSENIONJO, ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW 283 (2009).

182 ראו סעיף 36 לחוקה האיטלקית. ראו גם אופק־גנדלר גלובליזציה של העבודה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 204.

183 ראו פרשת טלקום בע"מ, לעיל ה"ש 58; פרשת לוי, לעיל ה"ש 58.

קיום בסיסי בכבוד. הזכות להתפרנס בכבוד היא זכותו של העובד. היא נועדה להבטיח גמול ראוי לעבודה. זכות זו קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם של העובד.¹⁸⁴ ביטוי לכך נתנה ח' אופק־גנדלר:¹⁸⁵

“העבודה משקפת אישיותו של האדם, ועל כן לא ראוי מבחינה מוסרית כי מלאכת קביעת השכר תהיה מלאכת תמחור רגילה, המבוססת על שיקולים כלכליים בלבד, תוך התנכרות לצרכיו הבסיסיים של העובד ומשפחתו. המימד האנושי, המובנה בתפוקת העובד, חייב לבוא לידי ביטוי גם בתגמול העובד. [...] תגמול העובד צריך לתת ביטוי לכך שהעבודה – על מכלול תנאיה – מעצבת את זהות העובד. [...] תשלום מתחת לרף מסוים עבור עבודתו של אדם מהווה התעלמות מהמימד האנושי שבעבודה [...] עובד המקבל שכר נמוך מאוד [...] עבודה בתנאים כאלה משפיעה על עיצוב זהותו ודימויו העצמי כדמות שוליים חברתית.”

הנמקה זו מצביעה על הקשר ההדוק שבין הזכות להתפרנס בכבוד לאנושיותו של האדם. מכבודו של העובד כאדם בגדרי החברה מתבקשת המסקנה כי הוא זכאי להתפרנס בכבוד. על המדינה להבטיח תוצאה זו. אפשר לפגוע בזכות זו או לא להגשימה במלואה, ובלבד שהפגיעה או ההימנעות מהגנה מלאה הן מידתיות.

(ג) הזכות לתנאי עבודה הוגנים

המשפט הבין־לאומי¹⁸⁶ והמשפט החוקתי של כמה מדינות¹⁸⁷ מכירים בזכות חוקתית של העובד כלפי המדינה לתנאי עבודה הוגנים. על המדינה מוטלת חובה חוקתית להבטיח כי המשפט התת־חוקתי (החוקתי או ההלכתי) יגשים את חובתה זו. זכות זו קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. בית הדין הארצי לעבודה הכיר בזכות זו. בפרשת קייסי¹⁸⁸ ציינה

184 ראו פרשת שדות, לעיל ה"ש 72, בעמ' 860 ("תכלית השמירה על כבוד האדם, כבודו של האדם העובד כי יראה ברכה בעמלו, כי יזכה בגמול לעבודתו המניבה רווח") (השופט מ' חשין).

185 אופק־גנדלר גלובליזציה של העבודה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 52.

186 ראו סעיף 23(1) להכרזה האוניברסלית, חלק 2 (part), סעיף 7 ל-ICESCR.

187 ראו סעיף 23(1) לחוקה של דרום־אפריקה ("Everyone has the right to fair labour practices"); סעיף 28 לחוקה של צ'כיה; סעיף 66 לחוקה של פולניה; סעיף 159(1) לחוקה של פורטוגל. ראו גם Carole Cooper, *Labour Relations, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 53-1 (Stuart Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012); Craig Bosch, *Bent out of Shape? Critically Assessing the Application of the Right to Fair Labour Practices in Developing South African Labour Law*, 19 *STELLENBOSCH L. REV.* 374 (2008).

188 לעיל ה"ש 55.

השופטת א' ברק כי "הזכות לעבוד היא זכות אדם יסודית. זוהי הזכות להתקיים בכבוד אנושי המגלמת את הזכות לתעסוקה ולתנאי עבודה הוגנים".¹⁸⁹ בפרשה אחרת עמד בית הדין הארצי לעבודה על "זכותו של העובד ליחס הוגן וענייני מצד המעסיק, לשוויון הזדמנות באפשרות להתקדם, ולהתפתח מקצועית וכן לקבלת החלטות מתוך שיקולים ענייניים".¹⁹⁰ בפרשת אורן ציינה סגנית הנשיא א' ברק:¹⁹¹

"זכותו של העובד לעבוד היא לא רק הזכות להתפרנס בכבוד. היא גם הזכות ליהנות מהעבודה, להפיק ממנה סיפוק תוך ניצול המיומנות של העובד".

בפרשת צ'פקוב ציינה השופטת א' ברק:¹⁹²

"הזכות לעבוד אינה רק הזכות למינימום פרנסה. הזכות לעבוד היא גם הזכות לפרנסה בכבוד בהתאם ליכולות של העובד. באופן זה לעובד יהיה סיפוק, הוא יהיה מוערך על ידי משפחתו והאנשים הסובבים אותו. הזכות לעבוד כוללת גם את הזכות לעסוק הלכה למעשה במה שאדם מיומן לו. הזכות אינה רק לקבל את השכר בצירוף של התוספות. זוהי גם זכות לעסוק במיומנות, להתקדם בה תוך סיפוק מהעיסוק. הזכות לעבוד היא גם הזכות לעבור השתלמויות בשטח בו עוסק העובד. [...] הזכות לעבוד היא הזכות [...] שהאווירה במקום העבודה תהא אווירת עבודה נוחה ונעימה".

כן ציין בית הדין הארצי לעבודה כי "הזכות לעבוד [...] נגזרת גם מזכותו של אדם לכבודו ולחירותו האישיים [...] הזכות לעבוד נועדה לממש את יכולותיו האישיות של האדם, את תבונת כפיו ואת הידע המקצועי שרכש. זו מאפשרת לאדם העובד להביא לידי ביטוי את כישוריו, את יכולותיו ליצור, לתרום לזולת ולחברה ולהגשים את עצמו".¹⁹³ זכותו זו של העובד כלפי המדינה מתנגשת עם זכותו של המעביד כלפי המדינה לנהל את עסקו כרצונו. ההתנגשות בין זכויות חוקתיות אלה מתבטאת במסגרת המשפט התת-חוקתי. במסגרתו של זה מוכרת זכותו החוקתית של העובד כי המסגרת הנורמטיבית התת-חוקתית תבטיח לו, בין היתר, סביבת עבודה נאותה,¹⁹⁴ שעות עבודה סבירות¹⁹⁵ וחופשה

189 שם, בעמ' 2.

190 פרשת האיגוד הארצי לקציני ים – צים חברת השייט הישראלית בע"מ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 118 (הנשיא ס' אדלר).

191 פרשת אורן, לעיל ה"ש 55, בפס' 19 לפסק הדין של סגנית הנשיא א' ברק.

192 ע"ע 326/03 מדינת ישראל – צ'פקוב, פס' ב' לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.2.2006).

193 הסתדרות המעו"ף, לעיל ה"ש 142, פס' 27 לפסק הדין של השופט ש' צור.

194 ראו פרשת דיזנגוף קלאב, לעיל ה"ש 140.

195 ראו דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 538, וכן Hodson, לעיל ה"ש 159; Deirdre McCann, *Decent Hours as a Human Right: Intersections in*

שנתית.¹⁹⁶ לעובד זכות ליחס אנושי, מתוך הכרה בכבודו כאדם, וזכות חוקתית זו עשויה להיתרגם – במישור התת־חוקתי – לחיובו של המעסיק ביחס הוגן וענייני כלפי עובדו בעת קבלת החלטות ניהוליות שעשויות להשליך על חייו. עובדים (ובני אדם בכלל) בדרך כלל אינם אוהבים להיות במעקב.¹⁹⁷ היבטים אלה כולם משקפים שיקולים דיגניטריים. מימוש יכולותיו של העובד, עבודה במקצוע והתקדמות בו, יכולתו לשרת את החברה שבה הוא חי – כל אלה קשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. במובן מסוים הם מצויים בליבתו. הנורמות התת־חוקתיות (החקיקה וההלכה הפסוקה) אמורות להביא את זכותו החוקתית של העובד לתנאי עבודה הוגנים, על פניה השונים, לידי ביטוי במערכת היחסים שבינו לבין מעבידו, וזאת לאחר איזון בינה לבין זכויותיו החוקתיות של המעביד.

במסגרת הזכות לתנאי עבודה הוגנים יש להכיר בזכותו החוקתית של העובד ושל המעביד כלפי המדינה כי ייקבעו הסדרים נורמטיביים המונעים הטרדה (מינית או אחרת).¹⁹⁸ הסדרים אלה, שהמדינה חייבת בקביעתם, נגזרים בישראל מכבוד האדם. אכן, כבוד האדם (בין של עובד ובין של מעביד) נפגע אם הוא מוטred בעבודה. תפיסה זו היא המונחת ביסוד חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1988:¹⁹⁹

”חוק זה מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של האדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים.”²⁰⁰

Regulation of Working Time, in HUMAN RIGHTS AT WORK: PERSPECTIVES ON LAW AND REGULATION 509 (Colin Fenwick & Tonia Novitz eds., 2010).

196 ראו פרשת הסתדרות המעו"ף, לעיל ה"ש 142, פס' 27 לפסק הדין של השופט ש' צור. ראו גם עס"ק 68-09 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אלביט מערכות אלקטרו־אופטיקה בע"מ, פס"מ 2 לפסק הדין של סגן הנשיאה י' פליטמן (פורסם בנבו, 29.11.2011); Risse; לעיל ה"ש 161.

197 ראו בירנהק, לעיל ה"ש 58, בעמ' 34. ראו גם Matthew A. Chivvis, *Consent to Monitoring of Electronic Communications of Employees as an Aspect of Liberty and Dignity: Looking to Europe*, 19 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 799 (2009).

198 ראו CATHARINE A. MACKINNON, *WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS* 109 (2007) ס"ח 166.

200 שם, סעיף 1. ראו אורית קמיר כבוד אדם וחווה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי 283 (2007). ראו גם אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט 317 (1998); שרון רבין מרגליות "מי מוטred מהטרדה מינית בעבודה" שנתון משפט העבודה ז 153 (1999); נויה רימלט "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה הפמיניסטית והמצאיאת המשפטית" משפטים לה 601, 618 (2005); שולמית אלמוג "התנכלות תעסוקתית" שנתון משפט העבודה יא 223 (2006); Susanne Bear, *Dignity or Equality?*, in DIRECTIONS IN; לעיל ה"ש 153; Ehrenreich Brook. *SEXUAL HARASSMENT LAW* (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., 2004).

בדברי ההסבר לחוק נכתב: 201

"הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם, בחירותו, בפרטיותו ובזכותו לשוויון. היא פוגעת בכבוד העצמי ובכבודו החברתי של המוטרד. היא משפילה ומבזה את אנושיותו, בין השאר בהתייחסות אליו כאל אובייקט מיני לשימוש של המטריד. הטרדה מינית שוללת את האוטונומיה של המוטרד ואת שליטתו בגופו ובמיניותו, פוגעת בזכותו להגנה עצמית ופולשת לפרטיותו, וכן מפלה אותו לרעה לעומת אנשים אחרים. הטרדה מינית כלפי נשים גורמת להשפלתן ביחס למינן או למיניותן ומקשה עליהן להשתלב בתוך חברות שוות בעולם העבודה וביתר תחומי החיים, ובכך היא פוגעת בשוויון".

הנה כי כן, הטרדה מינית – וסוגים אחרים של הטרדות – פוגעת בכבוד האדם של המוטרד. 202

הזכות לתנאי עבודה הוגנים – כזכות הנגזרת מכבוד האדם – היא זכות־בת חיובית ושליילית גם יחד. היא אינה זכות מוחלטת. אפשר להגבילה, ובלבד שהגבלה מידתית.

(ד) הזכות למניעת פיטורין

במשפט המשווה אפשר למצוא הוראות הקובעות כי העובד זכאי לא להיות מפוטר מטעמים שאינם ענייניים. 203 האם אפשר לגזור זכות זו מהזכות החוקתית לכבוד האדם? לדעתי התשובה היא בחיוב. 204 לעבודה תפקיד חשוב בחייו של האדם. היא "מקור למימוש עצמי, הגדרת הזהות האישית, יצירת ביטחון עצמי, מקור לסטטוס חברתי וליחסים

201 הצעת חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ז–1997, ה"ח 484.
 202 ראו ע"פ 2695/93 שירי נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק הדין של השופט ד' לוי (פורסם בנבו, 28.7.1993); עש"מ 1928/00 מדינת ישראל נ' ברוכין, פ"ד נג(3) 694, 707 (2000); ע"פ 2717/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 34 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן (פורסם בנבו, 15.4.2010). ראו גם דב"ע נו/293-3 פלונית – חברה אלמונית בע"מ, פד"ע לא 209, 223 (1997); ע"ע (ארצי) 1504/04 ד"ר אבין – מכבי שירותי בריאות, פס' 23 לפסק הדין של השופטת נ' ארד (פורסם בנבו, 8.3.2005); ע"ע (ארצי) 230/07 נסימי – מוטי, פס' 8 לפסק הדין של השופטת נ' ארד (פורסם בנבו, 27.8.2007); ע"ע (ארצי) 274/06 פלונית – פלוני, פס' 9 לפסק הדין של הנשיא ס' אדלר (פורסם בנבו, 26.3.2008); ע"ע (ארצי) 40496-05-10 פלונית – פלוני, פס' 22 לפסק הדין של השופטת ס' דוידוב-מוטולה (פורסם בנבו, 2.1.2012).
 203 ראו סעיף 24 לצ'רטר החברתי האירופי; סעיף 7(1) לחוקה של ברזיל (1988); סעיף 94 לחוקה של פרגוואי (1992).
 204 ראו פרשת קייסי, לעיל ה"ש 55.

חברתיים²⁰⁵. כל אלה נפגעים בפיטורין של העובד. הם ביטוי לכבוד האדם של העובד, והם נפגעים בפיטוריו. "הפגיעה אינה רק כלכלית, אלא גם נפשית. מדובר בפגיעה בכבודו של אדם"²⁰⁶. על רקע זה נפסק כי "חלפו עברו הימים שבהם הייתה העסקתו של העובד על דרך של employment at will, ועמם חלפה הפררוגטיבה של המעביד לפטר את עובדיו בכל עת שיראה לנכון לעשות כן"²⁰⁷. אכן, בשל הפגיעה הכלכלית והנפשית הקשה הנובעת מפיטורין באשר הם, נגזרת מזכותו החוקתית של העובד לכבוד האדם זכות־הבת כלפי המדינה להבטיח מערכת נורמטיבית שתגן עליו מפני פיטורין. זכות חוקתית זו מתנגשת עם זכותו החוקתית של המעביד כלפי המדינה כי יובטח כוחו לנהל את עסקו כראות עיניו. פתרונה של התנגשות זו הוא בגזרי המשפט התת־חוקתי. דיני העבודה התת־חוקתיים עשויים אפוא להבטיח כי העובד יפוט מוטעמים שרירותיים, שלא יפוט על אתר, ושלא יפוט בטרם ניתנה לו זכות טיעון²⁰⁸. הזכות למניעת הפיטורין היא זכות חיובית ושלילית. היא אינה זכות מוחלטת. אפשר להגבילה, ובלבד שההגבלה מידתית.

ה. הזכות להתארגנות

1. זכות ההתאגדות וזכות ההתארגנות

זכות ההתארגנות של עובדים (באיגוד עובדים) ושל המעבידים (בארגוני מעבידים) מוכרת במשפט המשווה (הבין־לאומי²⁰⁹ והחוקתי²¹⁰). לעתים החוקה דנה בזכות

205 גיא דוידוב ועידו עשת "ביטחון תעסוקתי במקום העבודה: לקראת הסדרי ביניים מאוזנים" משפטים מג 143, 152 (2012).

206 שם, בעמ' 178.

207 ע"ע 355/99 לינדר – ארגון נכי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל (עמותה), פד"ע לז 846, 851 (2002) (השופט נ' ארד).

208 ראו יצחק לובוצקי ודוד א' פרנקל "בנפתולי הזכות הניהולית לפטר בעידן 'המהפכה החוקתית'" משפט ועסקים ג 161 (2005); מיכל הורוביץ "לצאת ידי שימוע – עיקרון השימוע במבט אנליטי" משפט ועסקים ט 311 (2008); רעות שמר בגס "צדק פרוצדוראלי וכבוד העובד – עיונים בהלכת השימוע" עבודה, חברה ומשפט יג 175 (2012); חיים ברנזון "היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה" ספר אליקה ברק־אוסוסקין 327 (2012). ראו גם בג"ץ 4485/08 אלישע נ' אוניברסיטת תל־אביב, פס" 23 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 5.10.2009).

209 ראו סעיף 23(4) להכרזה האוניברסלית; סעיף 8(1) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; סעיף 5 לצ'רטר החברתי האירופי. האמנה של ארגון העבודה הבין־לאומי (ה־ILO) בעניין חופש ההתאגדות וההגנה על זכות ההתארגנות (No. 87); ההכרזה על עקרונות יסוד וזכויות בעבודה (No. 86). ראו גם INTERNATIONAL LABOUR STANDARTS 5 (International Labour Office, 2005).

ההתארגנות, ולעתים הקביעה החוקתית היא באשר לזכות ההתאגדות (association) והיא מתפרשת כמשתרעת גם על זכות ההתארגנות. זכות ההתאגדות הוכרה כזכות הלכתית במשפט הישראלי.²¹¹ נקבע כי זכות ההתאגדות היא "אחת מזכות היסוד במדינה חופשית",²¹² המכירה בחופש "להתאגד ושלא להתאגד".²¹³ עמד על כך השופט א' ויתקין:²¹⁴

"חופש ההתאגדות הוא מעיקרי המשטר הדמוקרטי ואחת מזכויות היסוד של האזרח".

ובפרשת רשמת העמותות ציין הנשיא מ' שמגר:²¹⁵

"זכות ההתאגדות היא זכות יסוד, הן מבחינת זכויותו האישי של אזרח במדינה דמוקרטית, הן מבחינת העיקרים החברתיים המנחים אותה והן מבחינת אופייה כמדינת חוק. חופש ההתאגדות הוא זכות היחיד והכלל, והוא תנאי שאין בלעדיו לקיומה של דמוקרטיה".

זכות ההתאגדות היא זכות כללית. נכללים בגדרה הזכות להתאגד בחברה, באגודה שיתופית, בשותפות ובעמותה. אחד מביטוייה הוא זכות ההתארגנות בתחום העבודה.²¹⁶ בתחום העבודה אנו מתעניינים בזכות ההתארגנות של העובד והמעביד. זכות ההתארגנות הוכרה בפסיקתו של בית המשפט העליון²¹⁷ ושל בית הדין הארצי לעבודה²¹⁸ כזכות יסוד הלכתית. בתקופה הראשונה לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד

- 210 סעיף 23(א) לחוקה של דרום-אפריקה; סעיף 39 לחוקה של איטליה; סעיף 8 לחוקה של ברזיל.
- 211 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב 1116 (מהדורה חמישית, 1996).
- 212 פרשת אופק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 486 (השופט א' ויתקין).
- 213 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).
- 214 בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673, 679 (1964).
- 215 ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 100, 106 (1993).
- 216 ראו פרשת אוניברסיטת בר-אילן, לעיל ה"ש 133, פס" 40 לפסק הדין של השופט ד' ברלינר; היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, לעיל ה"ש 64, בעמ' 69 ("הזכות להתאגד היא זכות כללית, ואילו הזכות להקים ארגון עובדים היא זכות ספציפית במסגרת הזכות הכללית") (השופט א' גולדברג); דב"ע 4-10/98 "דלק" חברת הדלק הישראלית – הסתדרות העובדים הכללית – אגף לאיגוד מקצועי, פד"ע לג 338, 361 (1998) ("זכות ההתאגדות הינה זכות יסוד הכוללת את החופש להתארגן בארגון עובדים") (הנשיא ס' אדלר).
- 217 ראו פרשת אופק, לעיל ה"ש 11, עמ' 486. פרשת אוניברסיטת בר-אילן, לעיל ה"ש 133; פרשת "עמית", לעיל ה"ש 67, בעמ' 94 ("הזכות להתאגד היא אחת מחירויות האדם" [...]) היא מעוגנת עמוק ומוגנת היטב בהלכה [...] כך בדרך כלל, וכך גם הזכות להתאגד בארגון עובדים") (הנשיא מ' גולדברג).

האדם וחירותו המשיך בית הדין הארצי לעבודה להחזיק בתפיסה כי זכות ההתארגנות היא זכות הלכתית בלבד.²¹⁹ אכן, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לא הכיר בזכות עצמאית להתאגדות או להתארגנות. הצעת חוק־יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות²²⁰ לא הגיעה לשלבי חקיקה. על רקע זה קמה השאלה – שבה עסקנו גם לעניין הזכות לעבודה²²¹ – אם אפשר לגזור את זכות ההתארגנות מזכות עצמאית שהוכרה בחוק היסוד.

2. זכות ההתארגנות כזכות־בת חוקתית

האם אפשר להכיר בזכות ההתארגנות כזכות־בת חוקתית? לדעתי אפשר לראות בזכות ההתארגנות – עד כמה שהדבר קשור בקשר ענייני הדוק לחופש העיסוק – זכות־בת של חופש העיסוק. לענייננו השאלה היא אם אפשר להכיר בזכות ההתארגנות כזכות־בת של כבוד האדם. כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון את הטעם המונח ביסוד הזכות להתארגנות. על פיו ביסוד חופש ההתארגנות מונחת הגשמת הרצון הפרטי והאוטונומיה של האדם על דרך הגשמתם המשותפת עם אחרים. חופש ההתארגנות מאפשר לזה שקולו כיחיד חלש לחזקו בהתאגדותו עם אחרים.²²² אכן, איסור על התארגנות פוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי.²²³ על רקע טעמים אלה אפשר לומר כי ההיבטים הדיגיטריים של חופש ההתארגנות הם חלק מהזכות לכבוד האדם של העובד ושל המעביד כלפי המדינה.²²⁴ אמת, זכות ההתארגנות לא זכתה למעמד של זכות חוקתית עצמאית, אך היא זכתה למעמד של זכות־בת של הזכות העצמאית לכבוד האדם. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת אוניברסיטת בר־אילן:²²⁵

- 218 ראו פרשת "עמית", לעיל ה"ש 67, עמ' 76 ("חופש ההתאגדות הוכר בשיטתנו המשפטית כזכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר") (הנשיא מ' גולדברג).
- 219 ראו פרשת הורן את ליבוביץ, לעיל ה"ש 112, בעמ' 157. ראו גם סב"א 50718-07-10 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית בישראל, פס' 19 לפסק הדין של השופטת ס' דוידוב־מוטולה (פורסם בנבו, 17.11.2010).
- 220 סעיף 6 להצעת חוק־יסוד: חופש הביטוי וההתארגנות, התשס"ט–1997, פ/1499/18 ("לכל אזרח או תושב של המדינה הזכות להתאגד").
- 221 ראו לעיל בעמ' 841.
- 222 ראו ע"ע 56/10 חביב – ק.א.ל. – קווי אוויר למטען בע"מ, פס' 24 לפסק הדין של הנשיא ס' אדלר (פורסם בנבו, 24.3.2010). ראו גם בן־ישראל דיני עבודה, לעיל ה"ש 3, כרך ג, בעמ' 827.
- 223 ראו חני אופק־גנדלר "התארגנות חיילים – האם בשלה העת לתמורה בישראל" משפט וצבא יט 117, 165 (2007).
- 224 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 431.
- 225 פרשת אוניברסיטת בר־אילן, לעיל ה"ש 133, פס' 37 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

“חופש ההתארגנות במסגרת ארגון עובדים, מלבד היותו זכות יסוד עוצמאית, מגשים את זכות האדם לכבוד”.

עמד על כך בית הדין הארצי לעבודה בפרשת הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית בישראל.²²⁶ בית הדין ציין כי זכות ההתאגדות:²²⁷

“מגיעה אף לכדי זכות חוקתית במסגרת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו”.

ברוח דומה ציין השופט י' פליטמן בפרשת הסתדרות העובדים הכללית החדשה האגף להתאגדות עובדים – כוח לעובדים:²²⁸

“לכל עובד החופש להתארגן במקום העבודה כנובע מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו”.

על גישה זו חזר בית הדין הארצי לעבודה בפרשת ועד עובדי הרכבת.²²⁹ השקפה דומה הובעה גם בספרות המשפטית.²³⁰ אמת, זכות ההתארגנות היא זכותו של הפרט (בין כעובד ובין כמעביד) לפעול במסגרת הכלל. אין בכך כדי למנוע ממנה להיות חלק מכבוד האדם של הפרט. ההיבט הדיגיטרי הוא בפעולת ההתארגנות של הפרט ולא בפעולה הקולקטיבית של הארגון. הוא הדין בזכותו של הפרט לפעול באופן אישי ולא במסגרת הארגון. אכן, בצד זכות־הבת להתארגן (כחלק מכבוד האדם) עומדת זכות־הבת שלא להיות שייכת לארגון (כחלק מכבוד האדם).²³¹

226 פרשת הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית בישראל, לעיל ה"ש 219.

227 שם, פס' 19 לפסק הדין של השופטת ס' דוידוב-מוטולה. בפרשת “עמית”, לעיל ה"ש 67, פס' 17, ציין הנשיא מ' גולדברג כי “חופש ההתאגדות אינו נמנה על הזכויות הפרטיקולריות שעוגנו בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. פרופ' ברק העלה את הדעה כי חופש זה נגזר כיום כזכות פרטיקולרית, ללא שם מכבוד האדם [...] חלק מחברי המותב תמך בגישה האמורה”.

228 סבא (ארצי) 10-10-32690 הסתדרות העובדים הכללית החדשה האגף להתאגדות עובדים נ' כוח לעובדים ארגון דמוקרטי, פס' 2 לפס' הדין של השופט י' פליטמן (פורסם בנבו, 20.1.2011).

229 סב"א 152-07-9685 ועד עובדי רכבת ישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פס' 32 לפסק הדין של הנשיאה נ' ארד (פורסם בנבו, 15.7.2012) “הזכות להתאגד בארגון עובדים הינה זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד האדם”.

230 ראו אלישבע ברק-אוסוסקין “הזכות לשביתה והזכות לקיום משא ומתן כזכויות יסוד” עורך הדין 10 (2011) (“הזכות האישית של כל אחד להצטרף לארגון צומחת מהזכות לכבוד האדם”). ראו גם דוידוב “החובה לנהל משא ומתן קיבוצי”, לעיל ה"ש 49; אופק-גנדלר “התארגנות חיילים”, לעיל ה"ש 223, בעמ' 117.

231 ראו פרשת “עמית”, לעיל ה"ש 67, בעמ' 78.

הזכות להתארגנות כחלק מכבוד האדם היא זכות בעלת היבטים חיובי ושליילי.²³² היא מכוונת כלפי המדינה בלבד.²³³ אין לה תחולה, זכות חוקתית, ביחסים שבין העובד למעביד. היא זכות יחסית.²³⁴ היא ניתנת להגבלה, ובלבד שההגבלה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

3. היקפה של זכות ההתארגנות כזכות־בת חוקתית

(א) זכות ההתארגנות כזכות משולשת: התארגנות, משא ומתן קיבוצי ושבתה

ביסוד זכות ההתארגנות כזכות־בת חוקתית מונחת זכותו של כל אדם להתארגן עם אחרים וליצור ארגון אשר יגשים את חופש הרצון של העובד או המעביד, את האוטונומיה של כל אחד מהם ואת אנושיותם בגדרי החברה הישראלית. פסיקתו של בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה ציינה כי הזכות להתארגן כוללת בחובה "שלוש זכויות משלימות".²³⁵ כותבת השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת אוניברסיטת בר־אילן:²³⁶

"במישור הבינלאומי נתפסת הזכות להתארגנות כזכות מסגרת המורכבת משלוש זכויות משלימות: הזכות להתארגן, הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי, והזכות לשבות".

ברוח דומה פסק בית הדין הארצי לעבודה:²³⁷

"זכות ההתאגדות ביחסי העבודה מורכבת מאלה: הזכות להתארגן, הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי וחופש השביתה".

נעמוד על כל אחת משלוש זכויות זה.

(ב) הזכות להתארגן

בגרעינה של זכות ההתארגנות מונחת זכותו של העובד והמעביד כלפי המדינה להקים ארגון עובדים או מעבידים או להצטרף לארגון קיים. בכך מגשימים העובד והמעביד את רצונם החופשי, את האוטונומיה שלהם ואת אנושיותם בגדריה של החברה בישראל. זהו

232 ראו לעיל בעמ' 351.

233 ראו לעיל בעמ' 387.

234 ראו לעיל בעמ' 368.

235 רות בן־ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי: השביתה, השביתה הפוליטית וזכויות האדם" ספר ברנזון כרך ג 111, 112 (2007).

236 פרשת אוניברסיטת בר־אילן, לעיל ה"ש 133, פס' 40 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

237 עס"ק 57/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל – משרד התחבורה, פס' 10 לפסק הדין של הנשיא ס' אדלר (פורסם בנבו, 3.3.2005).

ההיבט הדיגיטרי של זכות ההתארגנות שהיא זכות־בת לכבוד האדם.²³⁸ מכוחו נובע כי על המדינה חל איסור למנוע מעובדים להתארגן בארגון עובדים²³⁹ או לאלץ אותם להצטרף לארגון קיים או להתנכל לעובד מחמת התארגנותו או מעורבותו בה.²⁴⁰ הגישה המקובלת היא כי הזכות להתארגן כוללת בחובה גם את הזכות שלא להתארגן.²⁴¹ שאלה יפה היא אם שוטרים וחיילים זכאים להתארגן בארגוני עובדים להגנה על זכויותיהם.²⁴² לדעתי התשובה במישור החוקתי ברורה: הזכות להתארגן כחלק מכבוד האדם נתונה לכל אדם, יהא משלח ידו אשר יהא. על כן עומדת לשוטרים ולחיילים הזכות כלפי המדינה להתארגן. עם זאת זכות זו אינה מוחלטת. אפשר להגבילה, ובלבד שההגבלה מידתית. ההגבלות עצמן ייקבעו במשפט התת־חוקתי. במישור זה ייערך האיזון בין הזכות החוקתית להתאגדות לבין שיקולי המדיניות, שלפיהם הכרה בכוחם של כוחות הביטחון להתאגד תפגע ביכולתם להגשים את ייעודם, תפגע בלכידות הארגונית ותביא לפוליטיזציה של הארגון.

- 238 ראו לעיל בעמ' 244.
- 239 ראו פרשת "דלק", לעיל ה"ש 216, בעמ' 360.
- 240 ראו פרשת הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית בישראל, לעיל ה"ש 219, בפס' 29 לפסק הדין של השופטת ס' דוידוב־מוטולה.
- 241 ראו פרשת לשכת מנהלי השקעות בישראל, לעיל ה"ש 213, בעמ' 391; פרשת לשכת עורכי הדין, לעיל ה"ש 131, בפס' 28 לפסק הדין של השופטת ד' ברלינר; פרשת עמית, לעיל ה"ש 67, בעמ' 21; פרשת ההסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית בישראל, לעיל ה"ש 219, בפס' 20 לפסק הדין.
- 242 ראו פרשת אופק, לעיל ה"ש 11; בג"ץ 6337/06 אדלר נ' הרמטכ"ל, פס' ה לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.10.2006); אופק־גנדלר "התארגנות חיילים", לעיל ה"ש 223. ראו גם הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל – משרד התחבורה, לעיל ה"ש 237, בעמ' 492. הספרות ההשוואתית היא רבה. איסור מוחלט על התארגנות חיילים מקובל בקנדה, איטליה, צרפת וארצות הברית, ראו Deanne Siemer, Stephen Hut & Gurden Drake, *Prohibition on Military Unionization: A Constitutional Appraisal*, 78 *MILITARY L. REV.* 1 (1978); Kelly Farley, Rick Walker, Harry Bondy & Dan Mendoza, *Freedom of Association and the Canadian Forces: Current Status and Future Trends*, in *MILITARY MISSIONS AND THEIR IMPLICATIONS RECONSIDERED: THE AFTERMATH OF SEPTEMBER 11*th (Giuseppe Caforio & Gerhard Kuemmel eds., 2005); Evaldo Olivetta, *The Italian Armed Forces: Towards a New Need for Representation*, in *MILITARY UNIONISM IN THE POST-COLD WAR ERA: A FUTURE REALITY?* 35 (Richard Bartle & Lindy Heinecken eds., 2006); Michel Louis Martin, *The French Military and Union Rights: At the Margin of Full Citizenship?*, in *MILITARY UNIONISM IN THE POST-COLD WAR ERA: A FUTURE REALITY?* 35 (Richard Bartle & Lindy Heinecken eds., 2006); Jennifer Mittelstadt, "The Army is a Service, Not a Job": *Unionization, Employment, and the Meaning of Military Service in the Late-Twentieth Century United States*, 80 *INT'L LAB. & WORKING-CLASS HIS.* 29 (2011)

צורות ההתארגנות הן רבות. יש שההתארגנות היא על בסיס תעשייתי, ויש שהיא על בסיס מקצועי;²⁴³ הבחירה בין אפשרויות אלה קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם, ויש לראות בה חלק מזכות־הבת לכבוד האדם. לעומת זאת הדינים הספציפיים החלים על צורות ההתארגנות עשויים בשלב מסוים שלא להיות קשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולא להיכלל אפוא בגדריה של הזכות לכבוד האדם.

(ג) הזכות למשא ומתן קיבוצי

מקובל להניח כי זכות ההתארגנות כוללת בחובה את הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי.²⁴⁴ הנחה זו מוצאת ביטוי במשפט המשווה, הקובע בצד הזכות להתארגן גם את הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי. לעתים הקביעה מפורשת²⁴⁵ ולעתים היא משתמעת מעצם זכות ההתארגנות.²⁴⁶ גישה זו התקבלה לעניין הזכות ההלכתית של ההתארגנות. בשורה של פסקי דין הכירו בית המשפט העליון²⁴⁷ ובית הדין הארצי לעבודה²⁴⁸ בזכות למשא ומתן קיבוצי כזכות הנגזרת מהזכות להתארגנות.²⁴⁹

ראינו כי ההיבטים הדיגיטריים של הזכות להתארגן הם חלק מזכות־האם לכבוד האדם. בדומה לזה, ההיבטים הדיגיטריים של הזכות למשא ולמתן קיבוצי אף הם חלק מזכות־האם לכבוד האדם. השאלה הנשאלת היא אם יש לזכות לנהל משא ומתן קיבוצי היבט דיגיטרי. היש לה קשר ענייני הדוק עם כבוד האדם? כל קושי אינו מתעורר לעניין המעביד, מקום שהוא צד למשא ולמתן לכריתת הסכם קיבוצי מיוחד.²⁵⁰ אך מה דין זכותו של העובד

243 בן-ישראל דיני עבודה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 846.

244 ראו Bernard Gernigon, Alberto Odero & Horacio Guido, *Collective Bargaining, in* FUNDAMENTAL RIGHTS AT WORK AND INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS 21 (International Labour Office, 2005).

245 ראו סעיף 6 לצ'רטר החברתי האירופי; סעיף 23(5) לחוקה של דרום־אפריקה ("Every trade union, employers' organisation and employer has the right to engage in collective bargaining"). ראו גם בן-ישראל דיני עבודה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1071.

246 זהו המצב בקנדה. ראו Health Services and Support v. British Columbia, [2007] 2 S.C.R. 391.

247 ראו פרשת אוניברסיטת בר־אילן, לעיל ה"ש 133, פס' 40 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה ("זכות ההתארגנות [נתפסת] כזכות מסגרת המורכבת משלוש זכויות משלימות: הזכות להתארגן, הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי, והזכות לשבות").

248 ראו פרשת הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל – משרד התחבורה, לעיל ה"ש 237, פס' 10 לפסק הדין של הנשיא ס' אדלר (פורסם בנבו, 3.3.2005); פרשת הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית בישראל, לעיל ה"ש 219, פס' 20 לפסק הדין של השופטת ס' דוידוב־מוטולה.

249 ראו דוידוב "החובה לנהל משא ומתן קיבוצי", לעיל ה"ש 49; בן-ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי", לעיל ה"ש 235, בעמ' 112; ברק־אוסוסקין, לעיל ה"ש 230.

250 ראו סעיף 2(1) לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957.

בניהול משא ומתן לכריתת הסכם קיבוצי מיוחד? הצד המנהל משא ומתן זה הוא ארגון העובדים ולא העובד הבודד. האם אפשר לגזור את הזכות לנהל משא ומתן זה מכבוד האדם? מה דין ניהולו של משא ומתן קיבוצי לכריתת הסכם קיבוצי כללי?²⁵¹ הצדדים המנהלים משא ומתן זה הם ארגון העובדים וארגון המעבידים. העובד האינדיווידואלי והמעביד האינדיווידואלי אינם צד למשא ומתן זה. האם בנסיבות אלה אפשר לגזור את הזכות למשא ומתן קיבוצי זה מכבוד האדם?

כדי להשיב על שאלתנו יש לחזור למושגות הבסיסיים המונחים ביסוד המשא והמתן הקיבוצי. לעניין זה יש לציין שני אלה: ראשית, ללא משא ומתן קיבוצי מאבדת זכות ההתארגנות מכוחה. המטרה של זכות ההתארגנות היא לגשר על פערי הכוחות שבין העובד למעבידו. זכות ההתארגנות היא "השמעת קולם של העובדים והגדלת השתתפותם, ולו במידת מה, בניהול המפעל";²⁵² שנית, נושאי המשא והמתן משפיעים על זכותם של העובדים. ההוראות האישיות בהסכם הקיבוצי מחייבות ומזכות את המעביד והעובד.²⁵³ נתוני בסיס אלה יוצרים לדעתי את הקשר הענייני ההדוק שבין ניהול המשא והמתן הקיבוצי לבין כבוד האדם של המעביד והעובד. הזכות למשא ומתן קיבוצי היא זכות־בת כלפי המדינה. היא זכות יחסית.²⁵⁴ אפשר להגבילה בהתקיים הדרישות שבפסקת ההגבלה.

(ד) הזכות לשבות ולהשבית

(1) הזכות לשבות

I. זכות השביתה כזכות נגזרת

הזכות לשבות הוכרה כזכות הלכתית בישראל שנים רבות בטרם כונן חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבר בפרשת קואס²⁵⁵ הכיר בית המשפט העליון בזכות השביתה. באחת הפרשות ציין השופט א' ויתקון כי אי־הכרה בכוחם של עובדים לשבות למען שמירת האינטרסים של חבריהם נראה דבר "מוזר".²⁵⁶ השופט צ' ברנזון ציין כי "אחיזה בנשק השביתה כדי להשיג דברים כאלה הוא אמצעי לגיטימי מקובל שאין לראות בו כל דבר

251 ראו שם, סעיף 2(2).

252 פרשת חביב, לעיל ה"ש 222, פס' 24 לפסק הדין של הנשיא ס' אדלר.

253 ראו סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, 63. ראו גם ע"ע 1406/02 עיריית גבעתיים – ברקוביץ (פורסם בנבו, 4.10.2006).

254 ראו 3 S.C.R. [2011] 2 Ontario (Attorney General) v. Fraser, [2011] 2 S.C.R. 3. להערכת פסק הדין ראו Alan Bogg & Keith Ewing, *A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada*, 33 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 379 (2012).

255 לעיל ה"ש 7.

256 ע"א 167/62 בית הספר ליאו באך בע"מ נ' ארגון מורי בתי־ספר התיכונים, פ"ד טז 2205, 2219 (1962).

פסול".²⁵⁷ היטיב להביע זאת השופט ש' לויין בציניו כי "זכות" השביתה קנתה לה שביתה איתנה בחקיקה ובפסיקה בישראל".²⁵⁸ ברוח דומה פסק בית הדין הארצי לעבודה.²⁵⁹ גישה דומה נקט בית המשפט העליון לעניין המשמרת הצמודה (picketing).²⁶⁰ עם כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו עלתה השאלה אם אפשר להכיר בזכות השביתה כזכות חוקתית בישראל. ודאי שאין להכיר בה כזכות חוקתית עצמאית, שכן אין היא נזכרת ככזו בחוק היסוד. אך האם אפשר לגזור את זכות השביתה כזכות־בת מאחת הזכויות החוקתיות העצמאיות בחוקי היסוד? בפרשת אוניברסיטת בר־אילן²⁶¹ ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי "ניתן להשקיף על זכות השביתה גם כנגזרת מהזכות לחופש עיסוק המוגנת על פי חוק־יסוד: חופש העיסוק, ומזכות הקניין המוגנת על פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו...". האם אפשר לגזור את זכות השביתה מהזכות החוקתית לכבוד האדם?²⁶² בפרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה²⁶³ ציין השופט ד' לויין בדעת יחיד כי עם חקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו "השביתה" [...] תחסה מעתה תחת כנפיו של הערך 'כבוד האדם' המעוגן בחוק יסוד זה".²⁶⁴ חבריו למותב ביקשו להשאיר שאלה זו פתוחה.²⁶⁵ גישה דומה נקט גם בית הדין הארצי לעבודה.²⁶⁶ עם חלוף

- 257 ע"א 573/68 שביט נ' חנוך, פ"ד ג(1) 516, 524 (1969).
- 258 פרשת מפעלי רכב אשדוד בע"מ, לעיל ה"ש 7, בעמ' 190. השופט ש' לויין ציין כי השביתה היא "חירות" הוהפלדיאנית ולא "זכות"; שם, בעמ' 191.
- 259 ראו פרשת מועצת פועלי רמת־גן, לעיל ה"ש 8; פרשת ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, לעיל ה"ש 94, בעמ' 468; פרשת הוועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בכתתי חולים ממשלתיים, לעיל ה"ש 60, בעמ' 129.
- 260 ראו בג"ץ 2481/93 דיין נ' ניצב וילק, פ"ד מח(2) 468, 456 (1994); בג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מח(4) 793 (1994); בג"ץ 2080/05 עמותת בצדק מרכז אמריקני ישראלי לקידום נ' המפקח הכללי של המשטרה (פורסם בנבו, 14.1.2007); פרשת ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, לעיל ה"ש 94; עס"ק 1017/04 שירותי בריאות כללית נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 16.5.2005).
- 261 פרשת אוניברסיטת בר־אילן, לעיל ה"ש 133. על זכות השביתה כנגזרת מזכות הקניין, ראו סטיב אדלר "חופש השביתה בראי הפסיקה" ספר ברנזון 475 (אהרן ברק וחיים כהן עורכים, 2000).
- 262 לתשובה חיובית, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 431. אך ראו Sheldon Leader, *Can You Derive a Right to Strike from the Right to Freedom of Association*, 15 CAN. LAB. & EMP. L.J. 271 (2009); Brian Etherington, *Does Freedom of Association under the Charter Include the Right to Strike after B.C Health? Prognosis, Problems and Concerns*, 15 CANADIAN LAB. & EMP. L.J. 315 (2009).
- 263 פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, לעיל ה"ש 64.
- 264 שם, בעמ' 497.
- 265 שם, בעמ' 507. מצוטט לעיל בעמ' 827.
- 266 ראו פרשת "עמית", לעיל בעמ' 67.

הזמן גברה ההכרה כי יש להכיר בזכות השביתה כזכות הנגזרת מכבוד האדם²⁶⁷ וכאחד מהיבטים של זכות ההתארגנות.²⁶⁸ הספרות המשפטית תומכת בעיקרה בגישה זו.²⁶⁹

II. הבעיה של גזירת זכות השביתה מכבוד האדם והתשובה לה

זכות השביתה היא זכותו של ארגון העובדים. לארגון בתור שכזה אין עומדת הזכות לכבוד האדם. על רקע זה מתעוררת השאלה אם אפשר לראות בזכות השביתה זכות הנגזרת מכבוד האדם. אמת, זכות השביתה קשורה קשר הדוק לזכות ההתארגנות. אין מוכרת זכות שביתה לעובד הבודד מחוץ למסגרת הארגונית. על רקע קשר זה בין התארגנות לשביתה קם הטיעון כי זכות השביתה אינה זכות אישית של העובד אלא זכותו של ארגון העובדים. בהעדר זכות אישית אין מקום לדבר על כבוד האדם. על פי גישה זו, זכות ההתארגנות היא בעלת ממד כפול: היא כוללת את הממד האישי של העובד להתארגן ואת הממד הקיבוצי של יצירת ארגון עובדים, המנהל משא ומתן קיבוצי ומאבק ארגוני, לרבות שביתה.²⁷⁰ את הממד האישי אפשר לגזור מכבוד האדם. לא כן את הממד הקיבוצי. מקובל להניח בישראל כי בעל הזכות לשביתה הוא הארגון ולא העובד.²⁷¹ אם כך הם הדברים, אם הדוקטרינה המקובלת היא ה"אורגנית" ולא ה"אישית", האם אין נובע מכאן כי אין אפשרות לגזור את זכות השביתה מכבוד האדם? במקום אחר הצגתי קושי זה,²⁷² והשבתי עליו כך:²⁷³

- 267 ראו לעיל בעמ' 832.
- 268 ראו פרשת ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, לעיל ה"ש 94, בעמ' 468; פרשת הוועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים, לעיל ה"ש 60, בעמ' 129; ע"ע 742/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות החשמל, המתכת והאלקטרוניקה – תדיראן מערכות בע"מ, פס' 5 לפסק הדין של הנשיא ס' אדלר (פורסם בנבו, 13.12.2005) ("זהו כורח בל יגונה שיש בו כדי להגשים את זכות ההתאגדות"); סק"כ 8375-11-11 לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 2.2.2012). ראו גם Leader, לעיל ה"ש 262. בקנדה הוכרה הזכות להתארגנות וטרם הוכרה הזכות לשביתה. לדעות שונות בעניין זה, ראו Etherington, לעיל ה"ש 262; Jamie Cameron, *The Labour Trilogy's Last Rites: B.C Health and a Constitutional Right to Strike*, 15 CANADIAN LAB. & EMP. L.J 297 (2009–2010).
- 269 ראו ברק-אוסוסקיין, לעיל ה"ש 230.
- 270 על שני הממדים של זכות ההתארגנות, ראו פרשת הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית בישראל, לעיל ה"ש 219, פס' 20 לפסק הדין של השופטת ס' דוידוב-מוטולה.
- 271 ראו בן-ישראל דיני עבודה, לעיל ה"ש 3, 1406.
- 272 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 431.
- 273 שם.

“אמת, זכות השביתה היא זכות ‘קולקטיבית’ – כלומר, זכותו של העובד כחלק מארגון עובדים – אך במסגרת הקולקטיב ניתן להכיר בה כזכות אישית.”

אותו רעיון אפשר להביע כך: שביתה היא פעולה מורכבת של החלטת הארגון וביצוע על ידי העובדים. היא מיזוג של הדוקטרינה האורגנית והאישית. ההיבט האישי (אך לא הארגוני) של השביתה נגזר מכבוד האדם, שכן הוא קשור עמו קשר ענייני הדוק. זאת ועוד: ההתחייבות של הארגון באשר לשביתה היא גם חובה אישית של העובד והמעביד. די בכל אלה כדי להכיר בזכות השביתה כזכות הנגזרת מכבוד האדם.

III. היקפה של זכות השביתה

ספרות ענפה קיימת באשר להיקפה של זכות השביתה ותוצאותיה.²⁷⁴ הפסיקה הבחינה בין שביתה כלכלית, לשביתה פוליטית ולשביתה מעין־פוליטית.²⁷⁵ מקומו של דיון זה הוא במשפט התת־חוקתי. לדעתי, הזכות החוקתית לשביתה – כנגזרת מכבוד האדם – אינה מוגבלת לסוג זה או אחר של השביתה. כל פעולת שביתה הנופלת בגדר סמכותו של ארגון העובדים נופלת בגדרה של שביתה במובנה החוקתי. ההבחנה בין סוגים של שביתות מעוגנת במשפט התת־חוקתי, והיא של איזון בין זכות השביתה מזה לבין זכויות (חוקתיות ותת־חוקתיות) – כגון חופש העיסוק, זכות התנועה,²⁷⁶ זכות־הבת לאישיות (הזכות לכרות

274 ראו גולדברג, לעיל ה"ש 9; רות בן־ישראל "מעמדה והשלכותיה של השביתה הפראית" הפרקליט לז 150 (1986); רות בן־ישראל "אחריות בשל נזקים שנגרמו עקב שביתה" עיוני משפט יד 149 (1989); פרנסס רדאי "שביתות פוליטיות ושינוי יסודי במבנה הכלכלי של מקום העבודה" המשפט ב 159 (1995); פרנסס רדאי "חרות השביתה, תביעות צד ג' ובוררות חובה" שנתון משפט העבודה ה 143 (1995); אדלר, לעיל ה"ש 261; חיים ברנזון ואסף ברנזון "שביתת אהדה – מעמדה ומידתיותה" ספר ברנזון – בני סברה 763 (אהרן ברק וחיים כהן עורכים, 2000); מיכל הורוביץ "בחנינת מעמדה הנורמטיבי של זכות העובדים לביטחון תעסוקתי" עבודה, חברה ומשפט ח 127 (2001); גיא מונדלק "שביתה מעין־פוליטית, הוראה מעין־פוליטית: הרהורים על הבחנות משפטיות והוראתן" עיוני משפט כה 343 (2001); עידו עשת "על המידה הטובה של השביתה הוירטואלית" עבודה חברה ומשפט יא 29 (2005); בן־ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי" לעיל ה"ש 235; ברק־אוסוסקין, לעיל ה"ש 230; מיכל הורוביץ "חירות השביתה – מידתיות וכבוד הדדי ביני עבודה, חברה ומשפט יג 115 (2012); חיים ברנזון "התפטרות מאורגנת אינה שביתה – בין כיכר תל השומר לכיכר המדינה ולכיכר תחריר" (טרם פורסם, 2012).

275 ראו בן־ישראל דיני עבודה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1446; ראו בעיקר דב"ע נג/4-4 ההסתדרות הכללית – בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פד"ע כה(1) 367 (1995); פרשת היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, לעיל ה"ש 64.

276 ראו עס"ק 1013/04 בנק דיסקונט בע"מ נ' ההסתדרות הכללית החדשה – ההסתדרות המעו"ף, פד"ע מ 337, 354 (2005) ("שביתה [...] עלולה לפגוע בזכויות חוקתיות, כגון חופש

חווה ולקבוע את תוכנו) – לאינטרס הציבור מזה. בצדק צוין כי "מטבעה של שביתה שהיא גורמת נזק כלכלי למעסיק, כמו גם לצדדים שלישיים הקשורים עימו קשרים עסקיים ולעתים אף לציבור הרחב. זהו כורח בל יגונה שיש בו כדי להגשים את זכות ההתאגדות".²⁷⁷ אכן, זכות השביתה – הן כזכות־בת של כבוד האדם והן כזכות־בת של זכות עצמאית אחרת (קניין, חופש עיסוק) – אינה מוחלטת.²⁷⁸ היא זכות נגד המדינה בלבד.²⁷⁹ היא זכות יחסית. אפשר להגבילה. ההגבלה חוקתית אם היא מידתית.²⁸⁰

(2) הזכות להשבית

הפסיקה הישראלית מכירה בזכותו של המעביד להשבית את מפעלו.²⁸¹ הגישה המקובלת בישראל היא כי זו השבתת מגן, כלומר תגובה לשביתה של ארגון העובדים.²⁸² האם זכות זו היא גם זכות חוקתית? זכות חוקתית עצמאית אינה מוכרת בישראל. גדר הספקות הוא אם אפשר להכיר בזכות־בת להשביתה כנגזרת מאחת הזכויות העצמאיות. לדעתי, התשובה היא בחיוב. אפשר לגזור את זכות־הבת מחופש העיסוק ומכבוד האדם. ענייננו שלנו כאן הוא בכבוד האדם.

נראה לי כי התפיסה של כבוד האדם בפסיקה הישראלית משתרעת גם על זכותו של המעביד כפרט – להבדיל מתאגיד – להשבית את מפעלו. זהו חופש הרצון שלו, האוטונומיה הפרטית שלו, וזכותו לטווח את ספר חייו. ההכרה בה כזכות־בת אינה מעוררת את הקשיים הקיימים לעניין זכות השביתה. ברור כי ההשביתה היא זכות אישית של המעביד ואפשר לגזרה מכבוד האדם. דומה שלעניין זכות־בת זו אין מקום להבחין בין סוגים שונים של השבתות. אין אפוא מקום לערוך במישור החוקתי הבחנה בין השבתה

תנועה ויציאה מהארץ, בזכויות אזרחיות שאינן חוקתיות, בזכות מתחום העבודה, כגון הזכות להגיע לעבודה" (סגנית הנשיא א' ברק-אוסוסקין).

277 פרשת תדיראן, לעיל ה"ש 268, פס' 5 לפסק הדין של הנשיא ס' אדלר.

278 ראו תב"ע נב/9-4 מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פד"ע כה(1) 171 (1992); פרשת אוניברסיטת בר-אילן, לעיל ה"ש 133, פס' 56 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; בש"א 954/11 הוליס תעשיות בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק הדין של השופט ס' גיבוראן (פורסם בנבו, 14.3.2011); פרשת תדיראן, לעיל ה"ש 268, בפס' 5 לפסק הדין של הנשיא ס' אדלר ראו גם ברק-אוסוסקין, לעיל ה"ש 230; עס"ק (ארצי) 64/09 כח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי נ' עמותת סינמטק ירושלים – ארכיון ישראלי לסרטים (פורסם בנבו, 2.7.2009).

279 ראו לעיל בעמ' 387.

280 ראו גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדניי העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008).

281 ראו דב"ע מא/18-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, מועצת פועלי באר-שבע – מפעלי ים המלח בע"מ, פד"ע יד 225 (1983). ראו גם בן-ישראל דיני עבודה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1469.

282 ראו פרשת מועצת פועלי רמת-גן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 130.

התקפית לבין השבתת מגן. הבחנה זו היא תוצאה של איזון בין הזכות החוקתית של המעביד כלפי המדינה להשבתה לבין הזכות החוקתית של העובד כלפי המדינה והאינטרס הציבורי. איזון זה נירך במשפט התת־חוקתי. אכן, זכות ההשבתה אינה זכות מוחלטת ויש לאזנה עם זכויות של ארגון העובדים ושל העובדים וכן עם אינטרס הציבור. במסגרת איזונים אלה ניתן לערוך הבחנות בין צורות השבתה שונות, כגון הבחנה בין השבתה התקפית להשבתת מגן, ובלבד שהבחנות אלה עומדות במבחני המידתיות. כמו הזכות לשבות גם הזכות להשבתת אינה זכות מוחלטת. אפשר להגבילה, ובלבד שההגבלה מידתית. כמו הזכות לשבות, זו אינה זכות המעביד נגד העובד אלא זכות המעביד נגד רשויות השלטון בלבד.²⁸³ היא זכות חיובית ושלילית גם יחד.

283 ראו לעיל בעמ' 387.

פרק שלושים

זכות-הבת להליך הוגן

א. הליך הוגן מהו?

המושג "הליך הוגן" הוא מורכב. אף שעיקר פעולתו היא בגדרי ההליך הפלילי, אין הוא מוגבל להליך זה בלבד. תחולתו היא כללית. הוא חל אפוא הן על ההליך האזרחי והן על ההליך המנהלי. אכן, בכל מקרה שבו מבקשת הרשות השלטונית לפגוע בזכויותיו של הפרט, עליה לקיים הליך הוגן שבגדרו תתברר ההצדקה לפגיעה האמורה.¹ הזכות הנפגעת יכול שתהא זכות חוקתית ויכול שתהא זכות תת-חוקתית (חקיקתית או הלכתית).² על מאפייניה של זכות זו עמדה השופטת ד' ביניש בפרשת יששכרוב:³

"בלי למצות את הסוגיה, נציין כי בשיטות משפט זרות הקרובות לשיטתנו ואף באמנות בינלאומיות, כוללת הזכות להליך פלילי הוגן את זכותו של נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם, הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על ידי ערכאה בלתי תלויה ונייטרלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות. כן כוללת הזכות האמורה את חזקת החפות, את עקרון החוקיות ואת האיסור להעמדת הנאשם בפני סיכון כפול להרשעה בגין אותו מעשה. במדינות רבות בעלות מסורת משפטית דומה לשלנו, וכן בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, נקבע כי הזכות להליך פלילי הוגן כוללת גם את זכות

- 1 ראו בדיון הפלילי חיה זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד 33 (2001). בדיון המנהלי ראו ברוך ברכה משפט מינהלי 201 (1986); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 495 (2010); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 519, 503 (2004).
- 2 ראו בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93, 154 (2006). ראו גם דן ביי "כללי החקירה המשטרית – היש מקום לקודיפיקציה של 'חוקי הציד'?" עיוני משפט יב 129 (1987).
- 3 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 560 (2006).

ההיוועצות בעורך דין ואף את זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית בשלב החקירה [...]”.

ברוח דומה ציין השופט א' לוי כי ההליך ההוגן מתאפיין בזה:⁴

”סמכותה של המדינה להעמיד אדם לדין אוצרת בתוכה כוח רב. משמעותה של הזכות להליך הוגן היא, בתמצית, כי מקום שבו מבקשת המדינה לעשות שימוש בכוח זה, עליה לעשות זאת בהליך נאות, שבגדרו תיבחן ההצדקה לפגיעה בחירויות היסוד של הנאשם [...] כדי שהליך ייחשב להוגן, הוא נדרש לעמוד בקריטריונים שונים שעומים אנו מונים את הדרישה לנייטרליות ולהיעדר משוא פנים מצד אלה היושבים בדין; שקיפותו ופומביותו של ההליך המשפטי; ניהולו של ההליך בתוך פרק זמן סביר; הגנה על חזקת החפות ועל הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית; הגנה על זכותו של הנאשם להציג ראיות לחפותו, להשיג את ראיותיה של התביעה ולחקור את עדיה בחקירה נגדית; לזכותו של חשוד או נאשם לדעת על קיומם של הליכי חקירה ומשפט המתנהלים נגדו, ועוד”.

ב. הזכות להליך הוגן בחקיקה ובהלכה הפסוקה

בחקיקה הישראלית מעוגנות הוראות המסדירות היבטים שונים של הזכות להליך הוגן. רובן ככולן עוסקות בהליך הפלילי. במרכזן של הוראות אלה מונח חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ”ב–1982.⁵ כן מצויות הוראות בחקיקה שעניינן סדר דין פלילי בהיבט מיוחד.⁶ עם זאת אין הוראה כללית הקובעת את זכותו של אדם להליך הוגן. כן מצויות חלק מההוראות בחקיקה העוסקות במשפט הפלילי המהותי, כגון חוק העונשין על תיקוניו.⁷

- 4 פרשת בית המשפט המחוזי בבאר־שבע, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 153–154. ראו גם Richard B. Saphire, *Specifying Due Process Values, Toward a More Responsive Approach to Procedural Protection*, 127 U. PA. L. REV. 111 (1978).
- 5 ס”ח 43. ראו למשל סעיפים 134, 145 ו-196 לחוק זה.
- 6 ראו למשל חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ”ו–1996, ס”ח 338. ראו גם סעיפים 47 ו-54 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל”א–1971, נ”ח 421; סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927, חא”י 439.
- 7 ראו למשל, לעניין חזקת החפות, סעיף 34כב(א) וסעיף 34כב לחוק העונשין (תיקון מספר 39), התשנ”ד–1994, ס”ח 115.

בדומה לחקיקה, גם פסיקתו של בית המשפט העליון הכירה בהיבטים שונים של הזכות להליך הוגן.⁸ תחילה נקלטו הלכות אלה מהמשפט המקובל האנגלי.⁹ במשך השנים הן הוכרו ופותחו באופן עצמאי בבתי המשפט. כך למשל הכיר המשפט המקובל הישראלי בזכותו של עצור להיפגש עם עורך דין,¹⁰ בזכותו של נאשם לחקירה נגדית,¹¹ בזכותו להיות נוכח במשפטו,¹² בזכותו לייצוג,¹³ בזכותו שייצוג זה יהא הולם,¹⁴ בזכותו שלא להפלייל עצמו,¹⁵ בזכותו לעיין בחומר החקירה שמשמש בסיס לאישומו¹⁶ ובזכותו שבית המשפט לא ידון באישום נגדו שכן עומדת לו "הגנה מן הצדק".¹⁷ כל אלה וזכויות אחרות הן "זכויות יסוד" שאינן כתובות עלי ספר' אלא הן נובעות במישרין מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש".¹⁸

- 8 ראו ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק הדין של השופט א' לוי (פורסם בנבו, 1.8.2011) ("בית משפט זה הכיר בחשיבותה של הזכות להליך הוגן עוד קודם לחקיקתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו").
- 9 ראו למשל, לעניין הזכות נגד הפללה עצמית, ע"פ 242/63 קרייתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 497, 483, 477 (1964).
- 10 ראו ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1541 (1963); בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד מז(2) 843 (1997); ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 276 (2002); ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.9.2009); ע"פ 9808/06 סנקר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.7.2010); ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.11.2010).
- 11 ראו בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626 (1990); דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661 (1993).
- 12 ראו בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769 (1996).
- 13 ראו פרשת סנקר, לעיל ה"ש 10, בפס' 31 לפסק הדין של השופט א' לוי.
- 14 ראו ע"פ 2130/95 בשיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 456 (1999); בג"ץ 4495/99 הסניגורית הציבורית המחוזית נ' ועדת הערר, פ"ד נג(5) 625 (1999); קנת מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" עיוני משפט יג (1988).
- 15 ראו בג"ץ 6319/95 חכמי נ' בית משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750 (1997); ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529 (2002); ע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 865 (2002); רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748 (2003).
- 16 ראו בש"פ 3703/94 רייש נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק הדין של השופטת ט' שטרסברג-כהן (פורסם בנבו, 3.7.1994).
- 17 ראו ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996); בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 94, 67 (1997).
- 18 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2415, 2407 (1962) (השופט מ' לנדוי). לציטוט זה, ראו לעיל בעמ' 133.

ג. הזכות להליך הוגן במשפט הבין־לאומי ובמשפט המשווה

ההיבטים השונים של הזכות להליך הוגן (הן פלילי והן אחר) מעוגנים במשפט הבין־לאומי ובמשפט החוקתי המשווה.¹⁹ ההכרזה האוניברסלית למשל קובעת זכות להליך הוגן.²⁰ בדומה לזה האמנה הבין־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות²¹ קובעת בסעיף 14 הסדר מקיף באשר לזכות להליך הוגן. גם האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד²² קובעת הסדר מלא בדבר הזכות להליך הוגן בסעיף 6 לאמנה. בחוקותיהן של מדינות דמוקרטיות רבות יש הכרה בזכות החוקתית למשפט הוגן. כך הדבר בחוק־היסוד הגרמני,²³ בצ'רטר הקנדי²⁴ ובחוקה של דרום־אפריקה.²⁵ תוכנה של הזכות והיקפה משתנים מחוקה לחוקה.²⁶

ד. הזכות להליך הוגן בהצעות לחוקה או למגילת זכויות אדם בישראל

בהצעות השונות לחוקה ולמגילת זכויות אדם בישראל נכללו הוראות בעניין הליך הוגן. כך הדבר בהצעתו של פרופ' י' קלינגהופר.²⁷ גם בהצעת חוק־יסוד: זכויות האדם והאזרח, אשר פורסמה ב־1973 על ידי ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, בראשותו של ח"כ

- 19 ראו M. Cherif Bassiouni, *Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions*, 3 DUKE J. COMP. & INT'L L. 235 (1993).
- 20 סעיף 10 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (The Universal Declaration of Human Rights), GA RES. 21A (III), UN DOC A/810 AT 71 (1948).
- 21 סעיף 14 האמנה הבין־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב־1966). על הוראות אלה ראו STEFAN TREDNSEL, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2005).
- 22 סעיף 6 לאמנה האירופית (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005 (Nov. 4, 1950)). לפירושה של הוראה זו, ראו DAVID J. HARRIS, MICHAEL O'BOYLE, EDWARD BATES & CARLA M. BUCKLEY, *LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* (2nd ed., 2009); ROBIN C.A. WHITE & CLARE OVEY, JACOBS, WHITE & OVEY, *THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* (5th ed., 2010) 242.
- 23 סעיף 103 לחוק־היסוד הגרמני.
- 24 סעיפים 7–11 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחופשים.
- 25 סעיף 35 לחוקה של דרום־אפריקה. ראו Frank Snyckers & Jolandi le Roux, *Criminal Procedure: Rights of Arrested, Detained and Accused Persons*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 51 (Stuart Woolman, Michael Bishop & Jason Brikhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012).
- 26 ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 559.
- 27 ראו סעיפים 11, 12 ו־13 להצעת חוק־יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, תשכ"ד–1963, ד"כ 38, 784 (התשכ"ד). ראו גם לעיל בעמ' 114.

ב' הלוי, היו סעיפים אשר עוסקים בכמה היבטים של הליך הוגן.²⁸ ב-1984 פרסם שר המשפטים ח"כ ד' מרידור את הצעת חוק־יסוד: זכויות היסוד של האדם.²⁹ ההצעה כללה כמה סעיפים העוסקים בהיבטים שונים של ההליך הראוי.³⁰ ההצעה לא קודמה מטעמים קואליציוניים.³¹ בהצעת חוקה למדינת ישראל שפרסמו (ב-1986) כמה פרופסורים, בראשותו של פרופ' א' רייכמן, נכללו היבטים שונים של ההליך ההוגן.³² הצעה זו לא קודמה בהליכי החקיקה. כפי שראינו,³³ ח"כ א' רובינשטיין אימץ בהצעת חוק פרטית את הצעתו של ד' מרידור. הצעה זו חולקה לכמה הצעות חוק־יסוד: שתיים מהן עברו את הליכי החקיקה, וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו כונן ב-1992. החוק אינו כולל הוראות עצמאיות על ההליך ההוגן. בחלקים שלא עברו את הליכי החקיקה נכללה הצעת חוק־יסוד: זכויות במשפט.³⁴ ההצעה כללה הוראה מיוחדת בעניין משפט הוגן³⁵ והוראות נוספות הכוללות בחובן היבטים שונים של ההליך ההוגן.³⁶ ההצעה לא קודמה בהליכי החקיקה. המכון לדמוקרטיה הכין הצעת חוקה בהסכמה.³⁷ ההצעה כוללת הוראה באשר לזכויות במשפט.³⁸ ההצעה לא קודמה בהליכי החקיקה. ועדת החוקה, חוק ומשפט, בראשותו של ח"כ מ' איתן, הכינה הצעת חוקה בהסכמה רחבה.³⁹ הצעה מקיפה זו כללה זכות מיוחדת להליך הוגן⁴⁰ וזכויות אחרות העוסקות בהיבטים שונים של זכות זו.⁴¹ ההצעה לא קודמה בהליכי החקיקה.

- 28 ראו סעיפים 15, 16 ו-17 להצעת חוק־יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 448. ראו גם לעיל בעמ' 114.
- 29 הצעת חוק־יסוד: זכויות האדם, החלטה 370 של הממשלה ה-22 "הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם" (9.4.1989).
- 30 ראו שם, בסעיפים 16, 17 ו-18.
- 31 ראו לעיל בעמ' 115.
- 32 ראו סעיפים 11-18 להצעה: אוריאל רייכמן, ברוך ברכה, אריאל רוזן-צבי ועמוס שפירא הצעת חוקה למדינת ישראל (1986). על הצעת החוקה, ראו לעיל בעמ' 115.
- 33 ראו לעיל בעמ' 116.
- 34 הצעת חוק־יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 335.
- 35 ראו שם, בסעיף 8(א).
- 36 ראו שם, בסעיפים 5, 6 ו-7.
- 37 חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר (2005).
- 38 ראו שם, בסעיפים 26 ו-27.
- 39 דו"ח ועדת החוקה, חוק ומשפט בעניין הצעות לחוקת מדינת ישראל חוקה בהסכמה רחבה (2005).
- 40 ראו שם, בסעיף 30.
- 41 ראו שם, בסעיפים 32 ו-33 להצעה.

ה. הזכות להליך הוגן כזכות־בת של כבוד האדם

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל הוראות עצמאיות העוסקות בהליך הוגן. האפשר לגזור זכות־בת להליך הוגן מאחת הזכויות החוקתיות העצמאיות? שתי הזכויות העיקריות הבאות בחשבון הן כבוד האדם והזכות לחירות אישית. דומה כי בכל הנוגע לזכויות להליך הוגן בהליך הפלילי הזכות העיקרית היא הזכות לחירות אישית. עמדנו על הקשיים הפרשניים שזכות זו מעוררת.⁴² קשיים אלה אינם חלים לעניין השאלה אם הזכות לחירות אישית משתרעת על ההליך ההוגן של סדר הדין הפלילי. הליך הוגן זה נופל בד' אמותיה של הזכות לחירות אישית.⁴³ עם זאת אין בכך כדי לפתור אותנו מהצורך לבחון אם אין תחולה מקבילה לזכות לכבוד האדם. בוודאי כך לעניין הזכות להליך הוגן שאינה קשורה להליך הפלילי כלל, כגון הליך אזרחי, משמעתי או מנהלי.⁴⁴ שאלת תחולתן של הזכות לכבוד האדם או הזכות לחירות אישית על היבטים שונים של ההליך ההוגן התעוררה בכמה פסקי דין. בסמוך לאחר כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו רבו אמרות־האגב שציינו כי היבט זה או אחר של הזכות להליך הוגן נגזרת מהזכות לכבוד האדם.⁴⁵ במשך הזמן התגבשה ההכרה כי אכן אפשר לגזור את הזכות להליך הוגן מהזכות לכבוד האדם. עמד על כך השופט י' טירקל, שכתב:⁴⁶

"חוק היסוד ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן. זאת, מכוח סעיף 5 לחוק היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם, שזכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק ממנה".

על עמדה זו עמדה גם השופטת ד' דורנר, בציינה:⁴⁷

"חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] שנתקבל בשנת 1992, הקנה מעמד של זכות יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן, בעיקר מכוח סעיף 5 לחוק היסוד הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו־4 לחוק היסוד הקובעים זכות לכבוד האדם".

42 ראו לעיל בעמ' 338.

43 ראו פרשת סופיאן, לעיל ה"ש 10; פרשת חג' יחיא, לעיל ה"ש 11; מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 375, 354 (2002); פרשת בית המשפט המחוזי בבאר־שבע, לעיל ה"ש 2, בעמ' 156; ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק הדין של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 23.11.2011).

44 ראו ברק־ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 495. ראו גם בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 790, 771 (1995).

45 ראו פרשת סמירק, לעיל ה"ש 15; פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 3.

46 ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 767, 750 (1999).

47 פרשת ברנס, לעיל ה"ש 43, בעמ' 375.

ברוח דומה ציין השופט א' לוי בפרשה אחרת:⁴⁸

"המחוקק הישראלי לא העניק לזכות להליך הוגן ביטוי מפורש בדבר חקיקה, ומספר ניסיונות לעגנה בחוק חרות – אף הם לא צלחו (ראו חוק יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2219 תשנ"ד, 99). חרף זאת, מאז ומתמיד נהנתה הזכות ממעמד רם, ועם חקיקתם של חוקי־היסוד הוכרה הזכות חוקתית הנגזרת, לשיטתם של אחדים, מן הזכות לכבוד [...] ולשיטתם של אחרים מן הזכות לחירות".

על עמדה זו חזר השופט א' רובינשטיין:⁴⁹

"ההליך ההוגן הוא יסוד מוסד במדינת חוק, והוא מצוי לטעמי במעמד חוקתי נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי אדם שזכויותיו להליך הוגן נפגעו – נפגע כבודו כאדם".

גישה זו התקבלה בשורה ארוכה של פסקי דין.⁵⁰ היא מקובלת על הספרות המשפטית.⁵¹

48 פרשת בית המשפט המחוזי בבאר־שבע, לעיל ה"ש 2, בעמ' 156. ראו גם ע"פ 1903/99 חסין נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק הדין של השופט א' לוי (פורסם בנבו, 7.4.2008) ("אחד מהשינויים החשובים שחוללה חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במשפט הפלילי, המהותי והדיוני כאחד, הוא הצבתה של זכות הגישה לבתי־המשפט ושל הזכות להליך הוגן, שזכות הערעור נמנית עם מרכיביהן, כזכות יסוד ואף כזכות חוקתית").

49 ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פס' ט לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.11.2009).

50 ראו מ"ח 8483/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 253, 263 (2003) ("נקודת האיזון בין האינטרסים השונים חייבת לשקף את מעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן ואת זכותו של אדם לכבוד וחירות – הכל כאמור בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו") (הנשיא א' ברק); ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק הדין של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 20.7.2009) ("דוקטרינה זו היא עצמאית ומתבססת על מעמדה החוקתי הנכבד של הזכות להליך הוגן, הנגזרת מהזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בעיקר מכוח הסעיפים המבססים את הזכות לכבוד האדם ולחירות אישית)"; בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 11.2.2010) ("הזכות להליך הוגן, במרכיביה הגרעיניים הקשורים להגנה על החירות ועל הכבוד, היא זכות חוקתית מוגנת"); פרשת פרחי, לעיל ה"ש 8, פס' 9 לפסק הדין של השופט א' לוי ("בית־משפט זה הכיר בחשיבותה של הזכות להליך הוגן עוד קודם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [...] נראה כי אין עוד חולק שלפחות בנסיבות מסוימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד־האדם"); פרשת אל עוקה, לעיל ה"ש 43, פס' 10 לפסק הדין של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 23.11.2011) ("כלל נקוט הוא מלפנינו כי זכותו של הנאשם להליך הוגן הינה זכות יסוד חוקתית הנובעת מזכותו לחירות ולכבוד").

51 ראו יורם שחר "סדר־דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל: תשנ"ב–תשנ"ג 402 (אריאל רוזן־צבי עורך, 1994); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 221

ו. זכות־הבת להליך הוגן והזכות העצמאית להליך הוגן

1. הליך הוגן ו"קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם

הזכות להליך הוגן היא זכות מקיפה, המשתרעת על היבטים שונים של פגיעות בזכות לכבוד האדם הנובעות מהליכים שרשויות השלטון מנהלות נגדו. בצדק ציין המשנה לנשיאה א' ריבלין כי "הזכות להליך הוגן היא זכות רחבה הכוללת זכויות נגזרות"⁵². היא זכות מסגרת, וממנה יש לגזור מספר זכויות־נכדה. עמדה על כך השופטת ד' ביניש בפרשת יששכרוב:⁵³

"הזכות להליך פלילי הוגן מהווה זכות מסגרת, שעשויה לשמש בסיס לגזירתן של זכויות דיוניות רבות של הנחקר, החשוד והנאשם בפלילים".

הקו המנחה בפעולת "גזירה" זו הוא כי על זכויות־הבת לשקף אך את ההיבט של כבוד האדם שבהליך ההוגן. עליו לקיים קשר ענייני הדוק לכבוד האדם.⁵⁴ על קשר זה עמדה השופטת ד' ביניש בפרשת יששכרוב:⁵⁵

"פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן [...] עלולה [...] לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים, עד כדי פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד".

(1994); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64 (1995); בועז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265 (1996); אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפט בעקבות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 139 (1996); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155 (1996); דן ביין "חוקי־היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יג 251 (1996); יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד" מחקרי משפט יג 275 (1996); דליה דורנר "השפעת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל ד 13 (1997); איתי מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד 243 (1999); דן ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" עיוני משפט כב 11 (1999); אמנון סטרשנוב "שפיטת נאשם בהיעדרו" המשפט ה 201 (2001); דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קרית המשפט ד 169 (2004); רינת קיטאי סנג'רו "תנאי כליאתם של עצורים – בין חזקת החפות לכבוד האדם" ספר אורי קיטאי 293 (2008).

פרשת פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 50, בפס' 17 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 560. 53

על קשר ענייני הדוק, ראו לעיל בעמ' 327. 54

פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 560. 55

מכאן שכל עיון בזכות־הבת של כבוד האדם להליך הוגן ובנותיה חייב להיעשות מתוך נקודת המבט של כבוד האדם. שאלה זו עלתה בפרשת פלוני,⁵⁶ שבה נבחנה חוקתיותו של סעיף 5(2) לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות בטחון) (הוראת שעה), התשס"ו–2006.⁵⁷ הוראה זו קבעה כי בית משפט רשאי להורות כי בקשה לעיון חוזר או ערר על החלטת מעצר תהא – לעניין עצור בעברת ביטחון – שלא בנוכחות העציר. זאת, אם הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה. בית המשפט העליון החליט כי מניעת נוכחות הנאשם אינה חוקתית, שכן היא פוגעת פגיעה לא מידתית בזכות החוקתית למשפט הוגן. זכות זו נגזרת מהזכות לחירות ומהזכות לכבוד האדם. לעניין כבוד האדם נבדקה השאלה אם מניעת הנוכחות קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. על כך ניתנה תשובה חיובית. המשנה לנשיאה א' ריבלין הדגיש בפסק דינו כי "הזכות להליך הוגן קשורה בקשר הדוק בזכות לכבוד".⁵⁸ ברוח דומה ציינה השופטת מ' נאור כי "סעיף 5... פוגע בזכות להליך פלילי הוגן, זכות הקשורה בקשר הדוק לזכות החוקתית לכבוד האדם".⁵⁹

2. הטעמים המונחים ביסוד הזכות להליך הוגן

ביסוד הזכות להליך הוגן מונחים "שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין".⁶⁰ שיקולים אלה נועדו להבטיח מחד גיסא את האינטרס של הפרט שהמדינה פגעה בזכותו, ומאידך גיסא את האינטרס של הציבור "לעשיית צדק ולחשיפת אמת".⁶¹ על מטרותיה של הזכות להליך הוגן בהקשר של הדין הפלילי עמדה השופטת ד' ביניש בפרשת יששכרוב:⁶²

"מטרתה של הזכות הנדונה הינה להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגינותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם. ההגינות הפרוצדורלית היא, איפוא, הניצבת במרכז של הזכות האמורה [...] ההגנה על הזכות להליך פלילי הוגן אינה מתמצית בבחינת השפעתה הפוטנציאלית של פגמים דיוניים על תוצאות המשפט דווקא, אלא נדרשת בהקשר זה ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין".

56 פרשת פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 50.

57 ס"ח 364.

58 פרשת פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 50, פס' 16 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

59 שם, פס' 1 לפסק הדין של השופטת מ' נאור.

60 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 559 (השופטת ד' ביניש).

61 פרשת בית המשפט המחוזי בבאר־שבע, לעיל ה"ש 2, בעמ' 154 (השופט א' לוי). ראו גם אלכס שטיין "הזכות להליך הוגן" זכויות האדם והאזרח בישראל: מקראה כרך ג 355 (טלי בן־גל, דנה אלכסנדר, אריאל בנדור ושרון רבין עורכים, 1992).

62 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 559.

ז. היקפה של זכות־הבת להליך הוגן

1. זכות־הבת להליך הוגן ב"טוהרתה"

הזכות להליך הוגן היא זכות מסגרת.⁶³ היא עצמה אגד של זכויות־בת, שהן גם זכויות־נכדה לכבוד האדם. היבטים מסוימים של ההליך ההוגן חלים על כל הליך – בין פלילי, בין אזרחי ובין מנהלי. היבטים אחרים מיוחדים להליך זה או אחר. רבים מהם מתרכזים בהליך הפלילי.⁶⁴ בכל המקרים האלה עניין לנו מחד גיסא בזכות להליך הוגן, ומאידך גיסא בזכויות אחרות או באינטרס הציבורי המתנגשים עם הזכות להליך הוגן. התנגשות זו אינה משפיעה על היקפה של הזכות להליך הוגן.⁶⁵ התנגשות זו נפתרת ברמה התת־חוקתית על פי כללי המידתיות. פתרונות אלה חורגים ממסגרת ספר זה. ענייננו שלנו הוא אך בזכות להליך הוגן ב"טוהרתה", בלא להתחשב ביחסים עם זכויות אחרות או עם אינטרס הציבור. השאלה הניצבת לפנינו היא מה נכלל בגדריה של הזכות להליך ההוגן ומה מצוי מחוצה לה. לעניין זה המבט שלנו אינו על הזכות להליך הוגן כזכות חוקתית עצמאית. ענייננו שלנו הוא בזכות להליך הוגן כזכות־בת של כבוד האדם. היקפה של זכות־הבת להליך הוגן כהיקף השיקולים הדיגיטריים שביסודה. נפתח בהיבטים של הזכות להליך הוגן החלים לעניין כל הליך שיש בו פגיעה בזכויותיו של האדם. נעבור לאחר מכן להיבטים המיוחדים את ההליך הפלילי.

2. היבטים של הליך הוגן החלים בכל סוגי ההליכים

שני היבטים של הזכות להליך הוגן חלים בכל סוגי ההליכים: ההיבט האחד קשור לבית המשפט; ההיבט האחר קשור לזכות הייצוג. נפתח בבית המשפט: נקודת המוצא היא כי השופטים המכריעים בסכסוך יהיו עצמאיים (אישית ומוסרית)⁶⁶ ובלתי תלויים. על בית המשפט לפעול באובייקטיביות⁶⁷ וללא משוא פנים.⁶⁸ לכל אדם הזכות לשוויון בפני בית המשפט.⁶⁹ ההליך צריך לאפשר בירור הולם והוגן של התובענה. עליו לתת הזדמנות נאותה

63 ראו לעיל בעמ' 303.

64 ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 ("עיקר ההשפעה – כך מלמד המשפט המשווה – יש לזכויות אדם חוקתיות על ההליך הפלילי") (המשנה לנשיא א' ברק).

65 ראו לעיל בעמ' 317.

66 על העצמאות השיפוטית, ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 122 (2004).

67 על האובייקטיביות השיפוטית, ראו שם, בעמ' 41.

68 ראו סעיף 2 לחוק־יסוד: השפיטה. ראו גם פרשת בית המשפט המחוזי בבאר־שבע, לעיל ה"ש 2.

69 ראו Jason Brickhill & Adrian Friedman, *Access to Court, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 59, 73 (Stuart Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd edn., 4th rev. 4, 2012).

להשתמש בזכויות הדיוניות.⁷⁰ עליו לקיים את כללי הצדק הטבעי. לכל צד צריך שיהיה לו יומו בבית המשפט.⁷¹ ההליך צריך להיות פומבי. פסק הדין צריך להיות מנומק,⁷² להינתן בזמן סביר ולהתפרסם.

לכל אדם הזכות להופיע בבית המשפט – אם בגופו ואם על ידי שלוחו. מכאן שהזכות להליך הוגן מחייבת לאפשר לכל אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין.

3. הליך פלילי הוגן

ביטוי של הזכות להליך הוגן נמצא בהליך הפלילי.⁷³ בצדק צוין כי "הזכות החוקתית לכבוד ולחירות הינה בעלת תוכן ערכי מגוון, ודומה כי זיקתה לזכויות החשוד, העצור והנאשם בפלילים אמיצה".⁷⁴ הזכות חלה בכל שלבי ההליך הפלילי⁷⁵ (לרבות הליכי הסגרה).⁷⁶ היא כוללת בחובה⁷⁷ בין השאר את הזכות לדעת את פרטי האישום, את הזכות שעומדת לרשות הנאשם זמן מספיק ואמצעים מספיקים להכנת ההגנה, את הזכות להיות

70 ראו משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה כרך ב 1371 (מהדורה חמש-עשרה, 2007). צוטט בהסכמה בכג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 36 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2.10.2008); רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 21 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.7.2011).

71 ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים, מגמות 106 (2007).

72 על חובת ההנמקה, ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 46 (1987).

73 ראו Julia Davis, *Doing Justice to Dignity in the Criminal Law*, in PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION 169 (Jeff E. Malpas & Norelle Lickiss eds., 2007); DON STUART, CHARTER JUSTICE IN CANADIAN CRIMINAL LAW (5th ed., 2010); MICHAEL PERLIN, A PRESCRIPTION FOR DIGNITY: RETHINKING CRIMINAL JUSTICE AND MORAL DISABILITY LAW (2013).

74 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 503 (השופטת ד' ביניש).

75 ראו פרשת פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 50, פס' 19 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין ("ככלל, הזכות להליך פלילי הוגן מתפרסת על כל שלביו של ההליך הפלילי"). על היקף השפעת הזכות לכבוד האדם על דיני המעצר, ראו דורנר, לעיל ה"ש 51.

76 ראו ע"פ 8801/09 מאיו נ' מדינת ישראל, פס' 25 לפסק הדין של השופט ס' ג'ובראן (פורסם בנבו, 21.9.2010) ("פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן כמוה כפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם [...] ואין חולק על כך שהזכות להליך פלילי הוגן חלה גם בהליכי הסגרה").

77 ראו Eliahu Harnon, *The Impact of the Basic Law: Human Dignity and Liberty on the Law of Criminal Procedure and Evidence*, 33 ISR. L. REV. 678 (1999); Thomas Weigend & Khalid Ghanayim, *Human Dignity in Criminal Procedure: A Comparative Overview of Israeli and German Law*, 44 ISR. L. REV. 199 (2011).

נוכח בדיון⁷⁸ ולייצוג על ידי עורך דין.⁷⁹ מהזכות להליך פלילי הוגן מתבקשת הזכות למתורגמן.⁸⁰

- 78 ראו פרשת פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 50, פס' 17 ו-19 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין; סטרשנוב, לעיל ה"ש 51.
- 79 ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 495. ראו גם ע"פ 7335/05 הסניגוריה הציבורית נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 346, 359 (2006) ("זכות הייצוג הוכרה בפסיקה כזכות יסוד [...] עוד בשכר הימים כתב השופט ח' כהן כי 'בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צריכה היא להיות, שיהא מיוצג ע"י מי שיודע רזי התורה ומדבר לשון הסתר" ("השופט ד' ביניש); ע"פ 1301/06 אלזם נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 22.6.2009) ("תפקידו של הייצוג המשפטי בהליך הפלילי הוא למנוע פגיעה בהליך הוגן מחמת העדר הבנה מצד החשוד של רזי ההליך עצמו ומזכות זו נגזרת זכות ההיוועצות. בית משפט זה, הן בשבתו כבית משפט גבוה לצדק והן בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים, עמד לא אחת על חשיבותה הגדולה של זכות ההיוועצות, שהיא, זכות יסוד בסיסית וראשונה במעלה של כל אדם הנחשד בפלילים"); פרשת ולס, לעיל ה"ש 10, פס' 28 לפסק הדין של השופט א' לוי ("זכות היוועצות הוכרה, עוד בראשית פסיקתו של בית משפט זה, כזכות יסוד, ובפסיקה מסתמנת גישה המכירה בה כזכות חוקתית"); פרשת שי, לעיל ה"ש 49, פס' 14 לפסק הדין של הנשיאה ד' ביניש ("זכות ההיוועצות היא בעלת מעמד רם בשיטתנו המשפטית והיא מהווה נדבך חשוב בזכות להליך פלילי הוגן") ופס' ט לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין; פרשת סנקר, לעיל ה"ש 10, פס' 31 לפסק הדין של השופט א' לוי ("הזכות של עצור להיות מיוצג ולהיוועץ בעורך דין המעוגנת כיום בסעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996, הוכרה עוד בראשית פסיקתו של בית משפט זה כזכות יסוד בשיטתנו המשפטית, ובית-משפט זה שב והדגיש את מעמדה הרם"); פרשת אל עוקה, לעיל ה"ש 43, פס' 10 לפסק הדין של השופט נ' הנדל ("כלל נקוט הוא מלפנינו כי זכותו של הנאשם להליך הוגן הינה זכות יסוד חוקתית הנובעת מזכותו לחירות ולכבוד. [...] בית המשפט העליון ציין לא אחת כי יש מקום להכיר בגישה הרואה בזכות ההיוועצות כזכות חוקתית, וכי אף אם אין היא מצויה ברדיוס המצומצם של הזכות החוקתית לכבוד, הרי שמעמדה של זכות זו התחזק בהשראתם של חוקי היסוד, גם בהיותה חלק מהזכות להליך פלילי הוגן"); ע"א 8077/08 אוניברסיטת חיפה נ' בן הרוש, פס' ל לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 30.12.2012) ("מחובה זו להענקת הליך הוגן ניתן לגזור חובה לאפשר לסטודנט ייצוג משפטי: נאשם חסר השכלה משפטית, בהליך שהוא מעין פלילי, עשוי להתקשות להגן על עניינו, הוא אינו בקי בסדרי הדין ואינו מסוגל להעריך את משמעות בחירותיו, אין בידיו כלים לנהל חקירה נגדית עניינית של עדים ומעורבותו הרגשית עלולה להקשות עליו"); ראו גם מגן, לעיל ה"ש 51. לעניין זכות של נאשם שימונה לו סנגור, ראו רינת קיטאי סנג'ר "חובת המדינה למנות סניגור ציבורי לכל נאשם בפלילים" מחקרי משפט כג 195 (2008). ראו גם David Luban, Legal Ethics and Human Dignity 68 (2007).
- 80 ראו פרשת לין, לעיל ה"ש 10, פס' 3-4 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 3.11.2010) ("בשבתנו לדין אנו נתקלים מעת לעת במקרים בהם אין הנאשמים מבינים בצורה מלאה את שנטען ונאמר במהלך הדיון וזאת לא בשל ליקוי קוגניטיבי או רפואי ממנו הם סובלים, אלא בשל תרגום שאינו מתאים או בשל העדרו של תרגום. במצב דברים זה כמעט שאין כל נפקות ממשית להתייצבותו של הנאשם לדיון, ומדובר לטעמי בפגיעה בזכויותיהם של נאשמים שאין להשלים עמה. [...] מצב דברים זה הינו בלתי ראוי בעליל ומנוגד הוא

מהזכות להליך הוגן בתחום הפלילי נגזרות זכות השתיקה⁸¹ וחזקת החפות.⁸² כן נגזרת ממנה הגישה שאין להרשיע אדם בפלילים אלא אם אשמתו מוכחת מעבר לכל ספק סביר. כן מתבקש מכך כי הודאה שנתקבלה שלא מתוך רצון חופשי אינה קבילה.⁸³ אף ההגנה מהצדק מעוגנת בזכות להליך פלילי הוגן.⁸⁴

מן הראוי לחזור ולהדגיש כי כל הזכויות הללו בגדר ההליך הפלילי אינן זכויות מוחלטות. ניתן להגבילן, ובלבד שההגבלה היא מידתית. כך למשל בפרשת יששכרוב אומצה הדוקטרינה של הבטלות היחסית של ראייה שנגבתה תוך פגיעה בזכות חוקתית. דוקטרינה זו אינה מגדירה את הזכות להליך פלילי הוגן ברמה החוקתית. היא פרי האיזון, ברמה התת־חוקתית, בין הזכות להליך הוגן לשיקולים נוגדים.

לתקינות ההליך כמו גם לכללי הצדק הטבעי אשר מורים כי על אדם העומד בלב הליך משפטי, ובמיוחד כאשר עסקינן בפלילים, להבין במה הוא מואשם, לאן וכיצד מתקדמים ההליכים בעניינו ובפני מה עליו להתגונן. לכל אדם עומדת זכות הטיעון אם מכוח עקרונות הצדק הטבעי ואם מכוח זכותו לכבוד ואף לחירות בהתאם לזכויות היסוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חשודים ונאשמים יוכלו למצות זכויות יסוד אלה רק אם יבינו את השאלות המופנות אליהם ואת הטענות המועלות כנגדם).

81 ראו פרשת סמירק, לעיל ה"ש 15. ראו גם דוד ליבאי "חקירת חשוד והחיסיון מפני הפללה עצמית" הפרקליט כט 92 (1974); רינת קיטאי סנג'רו "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית המשפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה" משפט וצבא 31 18 (2006); חיה זנדברג "זכות השתיקה וזכותו של נאשם שלא להיחקר על עברו הפלילי: אגב פסק דין מילשטיין" משפטים 399 (2010). ראו גם Kent Greenawalt, *The Right to Silence and Human Dignity, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES* 192 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992).

82 ראו רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי, פ"ד סב(1) 402, 378 (2006) ("חזקת החפות וזכות השתיקה הן מהאדנים עליהם שעונים דיני העונשין שלנו. הן אף מהוות חלק בלתי נפרד מזכותו של נאשם להליך הוגן [...] הן קשורות במישרין לעקרונות של הוגנות צדק וחירות [...] הן מבטאות את ההכרה בפער הכוחות האדיר שבין המדינה – בכובעה כתובעת – לבין הנאשם העומד לדין. הן מטילות על המדינה את הנטל להצדיק את הפגיעה בזכויות־היסוד הנגרמת כתוצאה מהרשעתם וענישתם של נאשמים. הן מקטינות את הסיכון לטעות שבהרשעת אדם חף. משכך, אף יש הרואים בהן זכויות חוקתיות הנגזרות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו") (השופט א' לוי); פרשת תורק, לעיל ה"ש 50, פס' 40 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן, ופס' 6 לפסק הדין של השופט ח' מלצר ("דוקטרינה זו היא עצמאית ומתבססת על מעמדה החוקתי הנכבד של הזכות להליך הוגן, הנגזרת מהזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בעיקר מכוח הסעיפים המבססים את הזכות לכבוד האדם ולחירות אישית [...]))"; פרשת ולס, לעיל ה"ש 10, פס' 19 לפסק הדין של השופט א' לוי. ראו גם גרוס, לעיל ה"ש 51, בעמ' 170; ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות", לעיל ה"ש 51.

83 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 519. לסוגיה בכללותה, ראו הרנון, לעיל ה"ש 51.

84 ראו אוקון ושחם, לעיל ה"ש 51, בעמ' 267.

4. הליך מנהלי הוגן

ביטוי חשוב להוגנות ההליך מצוי בהליך המנהלי.⁸⁵ היבטים שונים של דרישה זו מוכרים בגדרי המשפט המקובל הישראלי. כך למשל מוכרת הדרישה כי כללי הצדק הטבעי – המהווים ביטוי בולט להוגנות ההליך – חלים בהחלטות מנהליות.⁸⁶ על כן חייבת הרשות המנהלית לשמוע את הנפגע בטרם תקבל החלטה.⁸⁷ כן חייבת הרשות המנהלית לפעול שלא מתוך משוא פנים.⁸⁸ דרישות אלה נגזרות מהתפיסה כי על הרשות המנהלית לפעול בהגינות.⁸⁹ "אבן פינה היא בדיני המינהל הציבורי שהרשות המינהלית, בהיותה נאמן של הציבור, חייבת לנהוג בהגינות".⁹⁰

עם כינונו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הכיר בית המשפט בהיותו של ההליך המנהלי ההוגן חלק מהזכות לכבוד האדם.⁹¹ באחת הפרשות כתב השופט א' גולדברג:⁹²

"הערך המוגן של כבוד האדם, בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף הוא מחייב את המסקנה כי גם פגיעה בכבוד האדם לתכלית ראויה, לא ראוי לה שתיעשה קודם שמיצה, מי שכבודו עלול להיפגע, את זכות הטיעון, במובן של קבלת חומר הראיות בשלמותו והזדמנות להגיב עליו, זכות שהיא 'חגורת ביטחון' כנגד פגיעה 'העולה על הנדרש'".

בפרשה אחרת נכתב:⁹³

"מוכן אני להניח, בלא לפסוק בדבר, כי ניתן לכלול את הזכות להליך נאות – וזכות הטיעון במסגרתו – בזכות לכבוד האדם".

נמצא כי כל אותם היבטים של ההליך המנהלי ההוגן הבאים להגן על כבוד האדם או למנוע פגיעה בו הם חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם, וזאת בגדרי זכות־הבת להליך הוגן.⁹⁴

85 ראו ברק־ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 495.

86 ראו שם, בעמ' 461.

87 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1147 (מהדורה 1, 1996).

88 ראו שם, כרך א, בעמ' 576.

89 ראו שם, כרך ב, בעמ' 997; ברק־ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 276.

90 בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 319 (1998) (השופט י' זמיר). ראו גם בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 749 (1980).

91 ראו לעיל בעמ' 868.

92 פרשת טרנר, לעיל ה"ש 44, בעמ' 790.

93 פרשת אדם טבע ודין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 519 (הנשיא א' ברק).

94 ראו ברק־ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 495. ברק־ארז מצביעה על אפשרות נוספת, ולפיה ההליך המנהלי ההוגן הוא שיקול במסגרת דיני המידתיות; שם, בעמ' 496. ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 861, 715 (2008).

אכן, בין הגינות ההליך המנהלי לבין כבוד האדם קיים קשר ענייני הדוק. עמד על כך י' זמיר:⁹⁵

”עובד ציבור צריך להיות מודע לכך שבהיותו נאמן הציבור הוא חייב, במילוי תפקידו, לשרת את הציבור; שהציבור מורכב מבני אדם ולכן עובד ציבור חייב לשרת את האדם; שלכל אדם מוקנית מטבע ברייתו, וגם על פי חוק, זכות לכבוד; ומכאן שעובד ציבור חייב, במילוי התפקיד הציבורי, בכבוד האדם. ההכרה בכבוד האדם היא, לדעתי, המפתח להגינות מנהלית. היא אומרת שעובד ציבור חייב להפעיל את סמכותו כפי שנקבע בחוק, כשהוא שומר על כבוד האדם.”

על כן פגיעה בזכות הטיעון או פעולה מתוך ניגוד עניינים יש בה כדי לפגוע בכבוד האדם. למותר לציין כי זכות־הבת להליך מנהלי הוגן – הנגזרת מהזכות לכבוד האדם – אינה זכות מוחלטת. זו זכות יחסית.⁹⁶ ניתן להגבילה, ובלבד שההגבלה היא מידתית. במסגרת זו היא ניתנת להתחשב בשיקולים של אינטרס הציבור, שיש בהם, בנסיבות העניין, להצדיק הגבלה של הזכות להליך מנהלי הוגן. ודוק: הזכות להליך הוגן, על פי תוכנה, אינה מצמצמת בשל שיקולים של טובת הציבור.⁹⁷ עם זאת שיקולים אלה יש בהם, בגדרי פסקת ההגבלה, כדי להצדיק הגבלה של הזכות להליך מנהלי הוגן. נטל ההוכחה מוטל על כתפי הטוען לקיומו של אינטרס ציבורי מידתי.⁹⁸

הכרה בהליך המנהלי ההוגן כחלק מהזכות לכבוד האדם היא בעלת חשיבות רבה. המשפט המקובל הישראלי התייחס בעיקרו של דבר אל דרישת ההגינות בכלל ואל כללי הצדק הטבעי הנגזרים ממנה בפרט כאל הגבלות המוטלות על היקף שיקול הדעת המנהלי. נקודת המוצא הייתה הסמכות השלטונית. דרישת ההגינות (המשקפת אינטרס ציבורי) נתפסה כהגבלה על היקפה של סמכות זו.⁹⁹ חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מתייחס אל דרישת ההגינות כאל זכות חוקתית של הפרט כנגד המדינה.¹⁰⁰ נקודת המוצא היא הזכות החוקתית, אשר דרישת ההגינות היא אחד מהיבטיה (בגדרי זכות־הבת להליך (מנהלי) הוגן). האינטרס הציבורי עשוי להצדיק הגבלה של זכות זו, אם ההגבלה היא מידתית.

95 זמיר, לעיל ה"ש 87, ברך ב בעמ' 999.

96 ראו לעיל בעמ' 366.

97 ראו לעיל בעמ' 294.

98 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 529 (2010).

99 ראו זמיר, לעיל ה"ש 87, בעמ' 230.

100 להתפתחות דומה במשפט המשווה ראו סעיף 33(1) לחוקה של דרום־אפריקה (Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair”); סעיף 41 ל־Charter of Fundamental Rights of the European Union.

מקווה אני כי הכרה זו בזכות החוקתית למנהל הוגן תשפיע על מעמדה הכללי של הזכות המנהלית.¹⁰¹ בפרשת אסולין¹⁰² עמדתי על חולשתה של זכות הפרט כלפי רשויות השלטון. לחולשה זו אין צידוק ענייני.¹⁰³ ציינתי באותה פרשה כי "צריך לקחת את הזכות המינהלית 'ברצינות' [...]". זו יצאה כבר מתקופת 'הילדות', והריהי זכאית למעמד שווה ערך כמו כל זכות משפטית אחרת.¹⁰⁴ ככל שהדבר נוגע לזכות להליך מנהלי הוגן, היא זכאית למעמד שווה ערך ככל זכות־בת אחרת של כבוד האדם.

5. תכונותיה של הזכות להליך הוגן

זכות־הבת להליך הוגן נושאת עמה את טביעת האצבע הגנטית של זכות־האם לכבוד האדם. מתבקשות אפוא כמה תכונות המתקיימות בה והמשותפות לה ולכל זכויות הבת האחרות: ראשית, הזכות להליך הוגן היא זכות שלילית (איסור הפגיעה בה) וחיובית (ההגנה עליה) גם יחד;¹⁰⁵ שנית, אפשר להבחין, בגדריה של הזכות להליך הוגן, בין גרעינה של הזכות לבין שוליה.¹⁰⁶ הן הגרעין והן השוליים הם חלק מזכות־הבת החוקתית. השוני בין הגרעין לשוליים מוצא את מקומו לעניין מידתיות הפגיעה;¹⁰⁷ שלישי, בעל הזכות הוא כל אדם.¹⁰⁸ הזכות אינה עומדת לתאגיד.¹⁰⁹ החייבים על פי הזכות הן הרשויות השלטוניות, כלומר הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת. אין הזכות חלה ביחסים שבין הפרטים לבין עצמם;¹¹⁰ רביעית, הזכות להליך הוגן אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית.¹¹¹ היא עשויה

101 על הזכות המנהלית ראו אלפרד ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5 (1983).

102 בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, זאב בוים, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988).

103 ראו ברק־ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 828.

104 פרשת אסולין, לעיל ה"ש 102, בעמ' 692 (השופט א' ברק).

105 ראו לעיל בעמ' 351.

106 ראו לעיל בעמ' 360.

107 ראו לעיל בעמ' 363.

108 ראו לעיל בעמ' 379.

109 ראו לעיל בעמ' 385.

110 ראו לעיל בעמ' 387.

111 ראו פרשת בית המשפט המחוזי בבאר־שבע, לעיל ה"ש 2, פס' 158 לפסק הדין של השופט א' לוי ("עם זאת, הזכות להליך הוגן, ככל זכות יסוד, אינה זכות מוחלטת. היא מוצאת את מקומה לצדם של זכויות ושל אינטרסים נוגדים. כאלה הם האינטרס בדבר יעילותו של ההליך הפלילי, היכולת למצות את הדין עם מי שחטא בכיצוען של עבירות, החתירה לגילוי האמת, ניצולם הנכון של משאבי המערכת המשפטית, ניהולם המושכל של ההליכים, והרצון לעשות צדק עם מי שעל כורחם היו לקורבנות של מעשי עבירה. בגדרו של ההליך הפלילי מתחייבת מציאתו של איזון ראוי בין מכלול הזכויות והאינטרסים המעורבים"); פרשת פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 50, פס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' ריבלין ("אכן, הזכות להליך הוגן, ובכלל זה זכותו של חשוד להיות נוכח בהליכי המעצר, אינה זכות מוחלטת. [...] במסגרת

להתנגש עם זכויות אחרות או עם אינטרס הציבור. אין בהתנגשות זו כדי להשפיע על היקפה של הזכות להליך הוגן במישור החוקתי. עם זאת היא קובעת את היקפה של הזכות להליך הוגן במישור התת־חוקתי. למשל, מהיקפה של הזכות להליך הוגן במישור החוקתי נובע כי ראיה שנתקבלה תוך הפרת זכות חוקתית אינה קבילה. במישור התת־חוקתי עשויה זכות זו להיות מוגבלת על ידי שיקולים של טובת הציבור, שסופם באימוץ דוקטרינה יחסית שאינה פוסלת את כל הראיות שנתקבלו שלא כדין. בדומה לזה, במישור החוקתי עומדת לנאשם חזקת החפות וזכות השתיקה. שיקולים של טובת הציבור עשויים להגביל זכות זו, ובלבד שהגבלה זו – הנעשית במסגרת המשפט התת־חוקתי – היא מידתית. כמוכן הזכות להליך הוגן מטילה על רשויות הציבור חובת הגינות. במישור התת־חוקתי ניתן להגביל זכות זו משיקולים של טובת הציבור, ובלבד שאלו עומדים בדרישות המידתיות.

הבחינה החוקתית, ניתן לפגוע בזכותו של אדם להיות נוכח בהליכי משפטו מכוח חוק המקיים את מבחני פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק־היסוד". ראו גם לעיל בעמ' 368.

מפתחות

מפתח חקיקה

(ההפניה היא לעמוד ולהערות שוליים (בסוגריים))

הכרות העצמאות
,185 ,138 ,135 ,125 ,(91)122 ,120 ,109
(1)547 ,547 ,(168)264 ,264
(1)793 ,793 ,(6)756 ,756 ,(2)547

חוקי יסוד

[חוק-יסוד:] חופש העיסוק
,185 ,138 ,135 ,125 ,(91)122 ,120 ,109
,329 ,325 ,278 ,(184)267 ,267 ,265 ,264 ,261 ,(19)212
,637 ,564 ,402 ,393 ,391 ,369 ,368 ,(89)346 ,333
858 ,832 ,830 ,825 ,747-745
(147)261 1
(91)831 ,825 ,(266)745 ,(453)614 ,(137)368 ,(25)334 ,(149)134 ,(147)134 3
(267)745 ,(393)605 4
351 5
(54)391 6
(98)122 7
(96)122 ,(95)122 8
(67)393 ,(146)205 10
(146)261 11

[חוק-יסוד:] ירושלים בירת ישראל
(130)131

[חוק-יסוד:] כבוד האדם וחירותו
,(91)122 ,122 ,120 ,117 ,114 ,113 ,111 ,109 ,108
,(146)205 ,190 ,188 ,185 ,184 ,153 ,148 ,144 ,139 ,138 ,135 ,126 ,(105)124
,308 ,283 ,278 ,270 ,267 ,265 ,264 ,261 ,259 ,239 ,223 ,213 ,(19)212 ,212
,373 ,372 ,369 ,368 ,352 ,351 ,345 ,344 ,343 ,340 ,333 ,329-327 ,325 ,322
,549 ,539 ,403 ,402 ,399-397 ,393 ,392 ,(54)391 ,391-389 ,387 ,384 ,379
,663 ,662 ,642-637 ,632 ,624 ,623 ,618-615 ,610 ,609 ,589 ,567 ,566 ,564
,782 ,771-769 ,763 ,758 ,752 ,743-741 ,722 ,719 ,711 ,708 ,688 ,678 ,674
,831 ,827 ,816 ,(191)815 ,815 ,814-812 ,810 ,803 ,798 ,794 ,792 ,789 ,785 ,784
877 ,876 ,868 ,867 ,858 ,857 ,852 ,851 ,842 ,838 ,832
(72)763 ,(69)763 ,(86)398 ,(81)397 ,(183)267 ,(146)261 ,261 ,(22)213 ,212 1
(87)398 ,(81)397 ,(183)267 ,261 ,(93)193 ,(92)122 א1
,(20)333 -(18)333 ,283 ,(246)278 ,270 ,(2)239 ,(91)222 ,107 ,(115)104 ,(13)91 2
,(126)565 ,(124)565 ,(123)565 ,(32)387 ,386 ,(39)352 ,(3)347
797 ,(214)664 ,(451)614 ,(450)614 ,(241)581
833 ,(90)831 ,829 ,825 ,(23)385 ,(3)347 ,(21)333 ,(253)278 ,(249)278 3

,(84)324 ,(246)278 ,270 ,(3)239 ,(91)222 ,107 ,(115)104 ,(13)91 ,(124)565 ,(123)565 ,399 ,(64)393 ,386 ,(20)333 —(18)333 797 ,(216)664 ,(451)614 ,(450)614 ,(241)581 ,(126)565 ,(5)347 ,(4)347 ,344 ,340—338 ,(22)333 ,(250)278 ,270	4 5
(31)785 ,(16)708 ,(9)616 ,(452)614 ,(132)565 ,(125)565 ,(25)385 785 ,783 ,782 ,(23)333 ,(251)278	6
783 ,(74)322 ,(2)303	(א)6
783	(ב)6
(24)334 ,(252)278	7
(12)348	(א)7
(3)347	(ד)7
(151)840 ,(267)745 ,(78)637 ,(393)605 ,(136)368 ,(83)324 ,(63)149	8
(54)391	9
(191)815 ,(263)673 ,(84)638 ,(61)624 ,(53)391 ,(89)346	10
(79)637 ,(107)403 ,(84)398 ,(38)387 ,(33)351 ,351	11
(130)131 ,131 ,(60)115	[חוק-יסוד : ה] כנסת
(148)370 ,(55)184 ,(72)117 ,117	4
(147)370	5
(147)370	7
(163)165	38
(130)131	[חוק-יסוד : מבקר המדינה]
(130)131 ,(60)115 107	[חוק-יסוד : ה] ממשלה (ב)39
(130)131	[חוק-יסוד : מקרקעי ישראל]
(130)131	[חוק-יסוד : משק המדינה]
(130)131	[חוק-יסוד : נשיא המדינה]
(130)131	[חוק-יסוד : ה] צבא
400 ,(130)131 (68)872 (147)370 (91)400 ,(104)195	[חוק-יסוד : ה] שפיטה 2 3 (ב)20
הצעות חוק יסוד	
(34)867	[הצעת חוק-יסוד : זכויות במשפט]
(35)867	5
(35)867	6
(35)867	7
(35)867	(א)8

885	מפתח חקיקה	
	[הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם (הצעת ש' אלוני (הראשונה))]	
(55)115		1
(56)115		6
(62)116	[הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם הצעת ש' אלוני (השנייה)]	
,326 ,325 ,(61)116 ,116	[הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם (הצעת ד' מרידור)]	
(29)867 ,867 ,(25)758		
(15)782		6
(30)867		16
(30)867		17
(30)867		18
,(22)550 ,550 ,(52)115	[הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח (הצעת ב' הלוי)]	
(53)824 ,(13)708 ,708 ,618		
(27)618 ,(51)114		3
(14)782		5
(14)708		7
(25)758		14
(28)867		15
(28)867		16
(28)867		17
(63)116	[הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם (הצעת א' רובינשטיין (השנייה))]	
(31)550 ,(30)550 ,550	[הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות (ועדת חוקה, חוק ומשפט)]	
(32)551 ,551	[הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות (הממשלה)]	
(29)550	[הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות (פרטית)]	
(34)551 ,551	[הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות (משרד המשפטים)]	
852	[הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות]	
(220)852		6
	[הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי]	
(15)708		1
(27)550 ,550 ,(65)116	[הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק]	
(26)550 ,550 ,(64)116	[הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו]	

[הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם (הצעת י' קלינגהופר)	866, (13)782, (20)549, 549, (47)114
	(49)114
	(27)866
	(27)866
	(27)866
	(53)824
	(53)824
	(21)549
[הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם (הצעת א' רובינשטיין) (הראשונה)]	(53)115
	(24)550, (23)550, 550, (54)115

חקיקה ישראלית

א	
[חוק] אוויר נקי, התשס"ח-2008	(8)547
[חוק ה]אזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003	, (119)157, 157
	, (56)297, 166, (163)165, 165-163, 161, 160
	658, 654, (127)646, 646, (52)316
[חוק ה]אזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2007	(191)659
[חוק] אימוץ ילדים, התשמ"א-1981	643, (10)630
[חוק] אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996	(295)677, 677, 651
[חוק] איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000	(8)685, 685
	(9)686
[חוק] איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965	, 623, (1)615, 615, (12)538, (9)109
	624, (55)623
	623
	(214)737
ב	
[חוק ה]בחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון הגבלת הוצאות וביקורת), התשכ"ט-1969	(71)117, 117
[חוק] ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994	587, 585, 582, (240)581
	581
	(38)633

887	מפתח חקיקה	
585, (252)582, 582, (194)573, 573 (38)633	[חוק ה] ביטוח הלאומי, התשנ"ה-1995	1
(3)819	[בחוק ל] ביטול המג'לה, התשמ"ד-1984	
(37)633	[חוק] בית-המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995	1
681, (271)674, 674, 636, (10)630 (273)674 (272)674 (327)681 (328)682 (329)682	[חוק] ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010	1 2 10 11(א) 11(ב)
(10)630	ג [חוק] גיל הנישואין, התש"י-1950	
689, 149	ד [חוק] דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002	
, (16)631, (10)630, (137)566, 566 642, 641, (69)636	[חוק לתיקון] דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959	
, 576, (191)573, 573, (142)567, 567 613, 597, 592, (288)589, (244)581, 581, (213)576 595-592, (288)589, 589	ה [חוק] הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980	9א(ב)
(8)548	[חוק] הגנת הסביבה (פליטות והעברות לסביבה - חובת דיווח ורישום), התשע"ב-2012	
(10)630, (56)623, 623, (13)538, (9)109	[חוק] הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981	
(8)547	[חוק] הגנת הצומח, התשט"ז-1956	
(207)576	[חוק] הגנת השכר, התשי"ח-1958	
(8)547	[חוק] הגנת חיית הבר, התשט"ו-1955	
(276)587, 587, 568, (148)567, 567 573 587	[חוק ה] הוצאה לפועל, התשכ"ז-1967	38 38(ג)

(212)576	[חוק ה] הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג–2002
643 ,(10)630	[חוק] הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996
(250)856	[חוק] הסכמים קיבוציים, התשכ"ז–1957
(251)857	(1)2
(253)857	(2)2
(13)820	19
	ח33
(251)582	[חוק ה] התייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009–2010), התשס"ט–2009
(2)793	ז [חוק] זכויות התלמיד, התשס"א–2000
(149)727	ח [חוק] חופש המידע, התשנ"ח–1998
(2)793	[חוק] חינוך חינם לילדים חולים, התשס"א–2001
797 ,(2)793 ,(160)569 ,569	[חוק] חינוך מיוחד, התשמ"ח–1988
(161)569	(א)4
(2)793	[חוק] חינוך ממלכתי, התשי"ג–1953
(85)700 ,700	[חוק] חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 15), התשנ"ה–1995
(86)700	2
(87)700 ,700	6
(8)548	ט [חוק ל] טיפול סביבתי בציד חשמלי ואלקטרוני ובסוללות, התשע"ב–2012
(16)631 ,(10)630	י [חוק] יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973
(101)402	[חוק] יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005
(2)819 ,289	[חוק] יסודות המשפט, התש"ם–1980
(18)631	1
(16)631 ,(10)630	[חוק ה] ירושה, התשכ"ה–1965

889	מפתח חקיקה	
		כ
(10)630	1962-ה'תשכ"ב, התשכ"ב-1962	[חוק ה] כשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962
		ל
(2)793		[חוק] לימוד חובה, התש"ט-1949
		מ
(8)547		[חוק ה] מים, התשי"ט-1959
(69)636, (10)630 (37)633		[חוק ל] מניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991 1
(8)547		[חוק ל] מניעת זיהום הים (הטלת פסולת), התשמ"ג-1983
(8)547		[חוק ל] מניעת מפגעים, התשכ"א-1961
(8)547		[חוק ל] מניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992
(16)631, (10)630		[חוק] מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965
(69)636, (10)630		[חוק] משפחות חד-הוריות, התשנ"ב-1992
		נ
(38)633		[חוק] נפגעי תאונות דרכים (סיוע לבני משפחה), התשס"ב-2002 1
		ס
(5)864, 864, (9)109 (5)864 (5)864 (5)864		[חוק] סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 134 145 196
(6)864		[חוק] סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996
(57)871, 871		[חוק] סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות בטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006
(4)755		[פקודת] סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 11
		ע
(91)701, 701		[חוק] עובדים זרים, התשנ"א-1991
(57)623, 623		[חוק] עולות מסחריות, התשנ"ט-1999

מפתחות	890
(10)630	[חוק ה]עונשין, התשל"ז-1977
(216)738	134
(215)737	ב144
(183)778	173
(217)738	ב205
(217)738	ג205
(217)738	214
	[חוק ה]עונשין (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994
(7)864	כ34
(7)864	(א)כ34
	פ
	[פקודת ה]פרוצדורה הפלילית (עדות), 1927
(6)864	(2)2
	צ
(312)679	[חוק ל]ציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002
	ר
	[פקודת ה]ראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971
(6)864	47
(6)864	54
	ש
(6)685 , 685	[חוק] שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988
(7)685	(א)2
(38)633	(1)(א)21
685 , (11)630 , (10)630 , 630 , 548 , (9)109	[חוק] שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951
(11)630	א1
(4)685 , (12)630	(א)א1
(64)695	(ב)א1
(5)685 , (13)630	5
(14)630	א6
630	[חוק] שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000
(14)630	2
(324)598 , (9)548	6
(10)630	[חוק] שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969
(60)762 , (16)631	[חוק] שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953
(260)672	1
(259)672	2

891	מפתח חקיקה
(16)142 ,142	[חוק] שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986
(73)823 ,(5)819 ,570 ,(140)566 ,566	[חוק] שכר מינימום, התשמ"ז-1987
(10)630	[חוק ה] שמות, התשט"ז-1956
(275)674	6
(8)547	[חוק] שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984
(5)819	[חוק] שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951
	ת
(197)574	[חוק] תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2002 ו-2003), התשס"ב-2002

הצעות חוק

(2)819	[הצעת חוק] חוזה עבודה, התשכ"ח-1968
(2)819	[הצעת חוק] חוזה עבודה, התשמ"ה-1985
(201)849 ,(199)848 ,848	[הצעת חוק ל] מניעת הטרדה מינית, התשנ"ז-1997
(200)848	1

מקורות המשפט העברי

(30)214 ,57	בראשית א, כז
(32)58	בראשית ט, ו
57	תהילים ח, ו
(22)57	תהילים כז, ז-י
57	משנה אבות ג, יד

אמנות ומסמכים בין-לאומיים בעברית

(16)78 ,78	האמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה (1979)
(19)79 ,79	האמנה בדבר זכויות הילד (1989)
(28)81	אמנה בדבר מדיניות תעסוקה (1964)
(15)78 ,78	האמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית (1965)
,(75)357 ,91 ,(13)77 ,77	האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)
866 ,(61)554 ,554	

(39)216	מבוא
(68)555	2
(72)556	4
(132)367	(2)4
(134)367	7
(134)367	8
78	(1)10
(55)789	12
(67)791 ,(63)791	(1)12
(21)866	14
(81)765	18
(75)357	(4)18
(53)634	(1)23

האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966) 77, 77(14), 91, 354,
(18)82, 821, (53)634, 605, 557, (62)554, 554, (75)357

(39)216	מבוא
(73)556, 554	(1)2
(158)841, 554	6
(19)821	(1)6
(20)821, 554	7
554	8
(209)850, (21)821	(1)8
(22)821	(d)(1)8
554	9
554	10
(53)634	(1)10
(433)610, 557, 554	11
(77)557	(1)11
(222)578	(א)11
(426)610, 554	12
(66)554	(1)12
554	13
(75)357, 78	(1)13
(66)554	(2)13
(66)554, 554	14
554	15
	חלק שני
(181)845	(1)4
(186)846	7

(28)81 אמנת העבודה הבין-לאומית בדבר הפליה בתעסוקה ובמשלח יד (1958)

(34)83 אמנת ז'נווה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949)

893	מפתח חקיקה	
(34)83	אמנת ז'נווה בדבר הטיפול בשבוויי מלחמה (1949)	
(34)82	אמנת ז'נווה להטבת מצבם של פצועים וחולים מקרב אנשי הכוחות המזוינים בשדות הקרב (1949)	
(34)82	אמנת ז'נווה להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מביין אנשי הכוחות המזוינים ביים, (1949)	
(29)81 (30)81	האמנה נגד הפליה בחינוך (1960) (d)1	
,78 (132)367 ,(17)79	האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (1984)	
,94 ,91 ,(11)76 ,76 ,75 ,(4)74 ,74 866 ,(14)821 ,821 ,634 ,553 ,416 ,354 (4)74	הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948)	1
(20)866		10
(53)634 ,(3)537 ,(2)537		12
(55)789		13
(67)791		(1)13
(261)672		16
(53)634		(3)16
(111)769 ,(81)765		18
(1)537 ,537		22
(186)846		(1)23
(181)845		(3)23
(15)821		(3)23-(1)23
(209)850 ,(16)821		(4)23
(17)821		24
(53)634		25
(72)556		(2)29
(60)553 ,553 ,91 ,78 ,76 ,75 ,(3)74 ,74 416	מגילת האומות המאוחדות (1945) מבוא	

אמנות ומסמכים בין-לאומיים באנגלית

85 ,84	הצעת החוקה של אירופה	
(45)84		I-2
(46)85		II-6

Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of
Economic, Social and Cultural Rights "Protocol of San Salvador" O.A.S. Treaty Series
No. 69 (Nov. 17, 1988) 86(51)

Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, CETS No. 168 (January 12, 1998)	86(51)
Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, Concerning Biomedical Research, CETS No. 195 (January 25, 2005)	84(44)
Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, CETS No. 186 (January 24, 2002)	86(51)
Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Genetic Testing for Health Purposes, CETS No. 203 (Nov. 27, 2008)	86(51)
African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights, adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982)	87, 87(55) 5 87
American Declaration of the Rights and Duties of Man, O.A.S. Res. XXX, adopted by the Ninth International Conference of American States (1948)	76(11), 85, 85(49)
American Jewish Committee Declaration of Human Rights	76(8)
Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Aug. 5, 1990, U.N. GAOR, World Conf. on Hum. Rts., 4th Sess., Agenda Item 5, U.N. Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (1993)	88, 88(58) 1(a) 88
Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01)	7 635(54)
Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3: The Nature of State Parties Obligations (Art 2 para. 1 of the Covenant) (1990)	555(67), 555(71), 557(78), 610(436)
Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel, UN Doc. E/C. 12/1/add.27 (1998)	554(64)
Convention Concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities (June 23, 1983)	81(28)

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, CETS No. 164 (April 4, 1997)	84, 84(43)
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005 (Nov. 4, 1950)	83, 83(40), 94, 537, 552, 624, 625, 751, 866
6	866, 866(22)
8	537(4), 625
8(1)	635(54)
9	765(81), 769(113)
10	769(105)
10(2)	625(62)
11(1)	741(238)
17	635(54)
23	635(54)
24	635(54)
Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, U.N. Doc. A/61/488 (Dec. 20, 2006)	80, 80(24)
19	80
19(2)	80
Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, 2200 U.N.T.S. 3 (Dec. 18, 1990)	79, 79(21)
17(1)	79
70	79
Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2515 U.N.ST. 3 (Dec. 13, 2006)	80, 80(25)
3	80
3a	80
Declaration Concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organization (Declaration of Philadelphia), adopted at the 26th session of the ILO (May 10, 1944)	81, 81(26)
II(a)	81
1(1)	81(27)
Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, A/Res/47/135 (1992)	384(20)
Dijon Declaration (1936)	76(8)

European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7 December 2000, Official Journal of the European Communities, 18 December 2000 (2000/C 364/01)	85, 85(48), 99, 355(52), 622
1	85
European Union, Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, 13 December 2007, 2007/C306/01	85, 85(47)
European Social Charter (Revised) 1996	821, 821(26)
2	821(27)
3	821(27)
4	821(28)
5	822(29), 850(209)
6	856(245)
15	841(158)
20	822(30)
21	822(31)
24	822(32), 849(203)
26	822(33)
General Comment no. 27 Adopted by the Human Rights Committee Under Article 40 §4 Of The International Covenant On Civil And Political Rights, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (Nov. 2, 1999)	788(46)
General Comments, Adopted by the Human Rights Committee, General Comment No. 18: "The Right to Work". E/C.12/GC/18 (2005)	841(157), 841(158)
Hague Regulations on the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, 205 Consol. T.S. 277	82, 82(33)
ILO Convention 87 Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise 1948	821, 821(23), 850(209)
ILO Convention 98 Concerning Right to Organise and Collective Bargaining, 1949	821, 821(24)
ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998	821, 821(25), 850(209)
League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, 15 September 1994	88, 88(57)
Organization of American States, American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica (Nov. 22, 1969)	86
2	86
11	86

Organization of American States, Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women ("Convention of Belem do Para"), 9 June 1994 4(e)	86, 86(53) 86
Organization of American States, Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities, 7 June 1999, AG/RES. 1608 (XXIX-O/99)	87, 87(54)
Organization of American States, Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 9 December 1985, OAS Treaty Series, No. 67	86, 86(52)
Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, U.N. Doc A/CONF. 32/ 41 (1968)	356(68)
Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3 75 85	83(36) 83(36) 83(36)
Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 609 4(2)(1)	83(36) 83(36)
Protocol No. 4 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom 2 2(1)	789(55) 791(67)
Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Concerning the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances, CETS No. 187 (May 3, 2002)	84, 84(41), 94
Protocol to the African Charter of Human and Peoples Rights on the Rights of Women in Africa (2000) (Maputo Protocol) 3	87(56) 87
Rome Statute of the International Criminal Court (1998) 8(2)(b)(xxi)	83(37) 83(38)
Setting International Standards in the Field of Human Rights, G.A. Res. 41/120 (Dec. 4 1986) 4(b)	79(18)

Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for Genocide and Other such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between 1 Jan. 1994 and 31 Dec. 1994, Art. 4	83(37)
The Agreement for and Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 Jan. 2002, § 3	83(37)
Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23 (1993)	80, 80(22), 356(69)
11	80(23)
18	80(23)
20	80(23)
25	80(23)
55	80(23)
Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, UNESCO Gen. Conf. Res. 29 C/Res. 17, 29th Sess. (1997)	82, 82(31)
1	82
2	82
23(1)	841(158)

חוקות

	(1995) אוגנדה
(103)103	(1)33
(104)103	(1)35
	(1992) אוזבקיסטן
(115)104	27
(124)105	34
	(1966) אורוגוואי
(78)101	7
290	(1900) אוסטרליה
97	(1996) אוקראינה
(56)97	3
(56)97	21
(56)97	28
(56)97	41
(56)97	68
(56)97	105

899	מפתח חקיקה	
97		אזרבייג'ן (1995)
(53)97		(3)13
(53)97		(2)18
(53)97		46
(53)97		106
537, 93		איטליה (1947)
(8)537		2
93		3
(43)823		4
(29)288		12
93		27
(64)635		29
(182)845		36
(210)850, (39)823		39
(41)823		40
93		(2)41
(127)105		אינדונזיה (1945)
(115)104		B24
		G28
(62)635		איסלנד (1944)
		71
209, 90		אירלנד (1937)
(3)209		מבוא
(43)823		(1)(2)45
96		אלבניה (1991)
(41)96		פרק I, סעיף 2
(41)96		פרק VI, סעיף 15
(88)101		אל סלוודור (1983)
		37
(111)104		אנגולה (2010)
(100)103		(n)21
(110)104		(2)31
		(d)(2)152
537, 97, 90		אסטוניה (1992)
(45)97		10
(90)628		17
(10)537		19
(7)90		25

מפתחות	900
	אפגניסטן (2004)
(115)104	6
(117)104 ,(116)104	24
	אקוודור (1929)
99 ,90	(18)151
(9)90	
	אקוודור (1945)
100	(2)141
(72)100	148
	אקוודור (2008)
(80)101	מבוא
(83)101	7
(80)101	(7)11
(97)102	30
(80)101	33
(88)102 ,(80)101	(7)37
(80)101	39
(80)101	42
(80)101	45
(90)102 ,(80)101	56
(80)101	(14)57
(80)101	(21)57
(80)101	60
(80)101	(2)66
(80)101	84
(80)101	158
(80)101	171
(80)101	189
(80)101	229
(88)102 ,(80)101	329
(80)101	375
(80)101	408
	ארגנטינה (1949)
100	(1)37
(88)102 ,(76)100	
	אריתריאה (1997)
(100)103	16
	ארמניה (1995)
97	3
(52)97	14
(52)97	17
(52)97	47

901

מפתח חקיקה

	ארצות הברית החוקה האמריקנית (1789)
,414 ,412 ,410 ,409 ,354 ,211 ,196 ,62	
784 ,622 ,431-428 ,422 ,420 ,(40)415 ,415	
560 ,552 ,431 ,429	
421	התיקון הראשון
421	התיקון הרביעי
421 ,(13)410 ,410	התיקון החמישי
421	התיקון השישי
421	התיקון השביעי
424 ,(87)423 ,423 ,421	התיקון השמיני
(21)784 ,(154)135	התיקון התשיעי
421 ,(14)410 ,410 ,(12)286	התיקון הארבעה-עשר
	אילינוי (1971)
(5)408 ,408	(20)1
408	לואיזיאנה (1974)
(7)408	(3)1
407	מונטנה (1972)
(2)407	(4)2
(50)354	ניו ג'רסי (1947)
	פוארטו ריקו (1952)
(9)409	(1)2
409	פרק 1
91	אתיופיה (1995)
(17)91	24
	בהוטן (2008)
(127)105	(20)10
96	בולגריה (1991)
(42)96	(2)4
(42)96	(1)6
(42)96	(1)32
(81)101	בוליביה (2009)
(83)101	מבוא
(83)101 ,(81)101	(2)8
(93)102	9
(95)102 ,(81)101	(2)9
(86)101 ,(81)101	(2)21
(85)101 ,(81)101	22
(81)101	(2)23
(81)101	(1)46

מפתחות	902
(81)101	(1)54
(81)101	(1)67
(81)101	(4)70
(87)101	73
(81)101	(1)73
(81)101	(3)98
(55)97, 97	בוטניה-הרצגובינה (1995)
	בורנדי (2005)
(102)103	13
(100)103	21
97	בלארוס (1994)
(50)97	25
(50)97	28
(50)97	50
(50)97	53
97	בלגיה (1994)
(58)97	23
456	ברזיל (1988)
(83)101	1
(203)849	(1)7
(210)850	8
(58)635	226
(58)635	227
(58)635	230
97	גאורגיה (1995)
(90)628, (54)97	(1)17
(54)97	(4)24
	גאנה (1992)
(109)103	(5)33
100	גואטמלה (1945)
(71)100	50
	גואטמלה (1985)
(95)102	4
(87)101	19
	גינאה (1990)
(100)103	5

903

מפתח חקיקה

	גמביה (1997)
(103)103	(1)28
(104)103	(1)31
(109)103	(8)37
	גרמניה (1949)
,239 ,232 ,229 ,223 ,93 ,91 ,75 ,63 ,51 ,50	
,457 ,456 ,451 ,416 ,372 ,371 ,367 ,332 ,331 ,291 ,283	
866 ,784 ,638 ,635 ,625 ,622 ,563 ,562 ,487 ,480 ,474-471 ,466 ,465	
463 ,455 ,372 ,(21)91	1
(21)471 ,462 ,458 ,457 ,453 ,451 ,(133)367 ,(19)349 ,(89)222 ,93 ,74	(1)1
458	(3)1
463	2
(67)625 ,537 ,(197)504 ,(92)483 ,457 ,(10)331	(1)2
766 ,(82)765 ,(6)453	(1)4
(105)769	(3)4
(148)727	(1)5
(250)743	(3)5
(56)635	(1)6
(238)741	8
(39)823	(3)9
(54)789 ,(22)784	(1)11
(105)769	a12
460 ,(20)455 ,(112)363 ,(88)360	(2)19
(105)562	(1)20
(32)472 ,455 ,(158)372 ,(27)93 ,(5)74	(3)79
(23)866	103
	דרום-אפריקה (1996)
,468 ,456 ,331 ,330 ,283 ,223 ,220 ,91	
,498 ,496 ,492-490 ,486 ,484 ,481 ,480 ,478 ,475-471	
866 ,765 ,713 ,636 ,622 ,(28)619 ,605 ,558	
(77)481 ,479 ,(63)478 ,(38)474 ,(34)456	1
(2)209	(1)1
(33)472 ,472	(a)1
(64)478 ,478	7
478 ,(34)456 ,(58)217	(1)7
(196)504 ,(166)500 ,(77)481 ,(16)349 ,349 ,(11)348	(2)7
(156)498 ,(150)497 ,(77)481 ,(44)389	(2)8
(77)481 ,(45)389	(3)8
(77)481	(4)8
(78)220 ,220	9
(80)220	(3)9
,(1)467 ,467 ,(90)222 ,(100)103 ,(16)91	10
(152)497 ,491 ,(60)478 ,473 ,472 ,(19)471 ,471 ,470 ,469 ,468	
484 ,(14)332	12

485,340	(1)12
(112)769	(1)15
(58)713	(1)16
(251)743	(b)(1)16
(59)713	(2)16
(253)743	(d)(2)16
(238)741	17
(82)765	18
(54)789	21
(67)791	(3)21
(23)471	(b)(1)22
(83)558	23
(187)846 ,(42)823	(1)23
(210)850 ,(39)823	(a)(2)23
(41)823	(c)(2)23
(245)856 ,(40)823	(5)23
(83)558	24
(83)558 ,(111)489 ,(17)349	26
(427)610 ,(84)559 ,(83)558 ,(111)489 ,(17)349	27
(83)559 ,(111)489 ,(17)349	29
(196)815	(1)29
(77)481	30–22
(77)481	33
(100)877 ,(96)702	(1)33
(25)866	35
479 ,(22)471 ,(34)456	36
(65)478 ,(24)471 ,(13)469 ,(11)469	(1)36
(77)481	38
(21)784 ,(77)481 ,479 ,(34)456 ,(6)75	39
(52)217 ,(102)194	(1)39
(66)479	(a)(1)39
(57)219	(2)39
(154)135	(3)39
(38)474	39–7
(38)474	74
(34)472 ,472	(1)74
(35)473 ,473 ,(27)472	(2)74
(38)474	(3)74
(62)478	165
(41)475 ,475	(d)(4)167
(62)478	181
(62)478	196
478	פרק ראשון
478	1
478	פרק שני

905	מפתח חקיקה	
		דרום סודן (2011)
(100)103		11
(103)103		(1)16
(105)103 ,(104)103		(2)30
		דרום-קוראה (1980)
(115)104		9
(123)104		(3)30
		האיטי (1987)
(87)101		(1)44
		האיים המלדיביים (2008)
(118)104		57
625 ,622 ,563 ,560 ,285		הודו (1950)
(39)823		(c)(1)19
(54)789		(d)19
(64)625 ,(95)561 ,(17)410 ,(15)332		21
(94)560		37
(121)104		(f)39
(43)823		41
(92)506		51–36
		הונגריה (1989)
96		54
		הונגריה (2012)
91		פרק 2 סעיף 2
(93)222 ,(39)96 ,(20)91		
		הונדורס (1982) (תיקון מ-1991)
(85)101		59
		הרפובליקה הדומיניקנית (2010)
(61)635		55
		וייטנאם (1992)
(120)104		63
(115)104		71
		ויימר (1919)
99 ,90		151
(6)90		
100		ונצואלה (1947)

מפתחות	906
	ונצואלה (1999)
(83)101	3
(87)101	46
(89)102	81
	חוף השנהב (2000)
(100)103	2
	טג'יקיסטן (1994)
(116)104	5
	טוגו (1992)
(100)103	11
	טורקמניסטן (1992)
(115)104	3
(115)104	46
	טנזניה (1977)
(110)103	(2)8
(100)103	(2)12
(107)103	(6)13
(108)103	(d)(2)30
	יוון (1975)
537 ,94	2
94	(1)2
94	(1)5
(6)537	7
95	(2)7
95	(1)21
(63)635	106
95	(2)106
95	
	יפן (1946)
(114)104 ,104	24
	כף ורדה (1992)
(108)103	4
(102)103	22
	לאוס (1991)
(126)105	23
	לבנון (1926)
104 ,90	10
(128)105 ,(113)104 ,(8)90	

907	מפתח חקיקה	
(60)635		לוקסמבורג (1868) 11
(90)628		לטביה (1922) 95
102		ליבריה (1847)
(101)103		ליבריה (1955)
97		ליטא (1992)
(46)97		21
(46)97		22
(46)97		25
(101)103		מאוריטניה (1991)
(100)103		מדגסקר (2010) 17
(106)103		מוזמביק (תיקון מ-2007)
(106)103		(3)119
(110)103		(1)120
		(c)177
97		מולדובה (1994)
(51)97		(3)1
(51)97		(2)9
(51)97		(2)32
(115)104		מונגוליה (1992)
(127)105		17
		36
(115)104		מזרח-טימור (2002)
(125)105		(1)1
(122)104		(2)20
		(4)39
(117)104		מיאנמר (2008) 44
(100)103		מלאווי (1994)
(107)103		(1)9
		(b)42

(127)105	מלזיה (תיקון מ-2006) (4)38
102	מצרים (1956)
(107)103	מצרים (1971) 42
96 (44)96 (44)96	מקדוניה (1991) 11 25
(4)90 (4)90 100	מקסיקו (1917) (c)(I)3 (c)(II)3
(74)100 ,(4)90	מקסיקו (תיקון מ-1946)
(96)102	מקסיקו (תיקון מ-2011)
(100)103	מרוקו (2011)
(101)103 (100)103 91 (11)91	ניגריה (1999) (1)34 ניקרגואה (1939) (4)100
100 (88)101 ,(75)100	ניקרגואה (1948) (3)83
(100)103 (110)104 (110)104	נמיביה (1990) 8 (b)(3)31 (1)60
(115)104 (127)105	נפאל (2007) 12 (6)34
(107)103	סודן (1998) 30
(104)103	סווילנד (2005) (1)30

909	מפתח חקיקה	
		סוריה (1973)
(119)104		(3)28
(115)104		33
		סיירה לאונה (1991)
(100)103		(e)13
(110)103		97
		סין (1982)
(127)105		מבוא
(116)104		38
		סלובניה (1991)
96		21
(43)96		34
(43)96		
		סלובקיה (1992)
97		(1)12
(47)97		(1)19
(47)97		(a)36
(47)97		
		ספרד (1945)
92		1
92		
		ספרד (1978)
210 ,91		10
(5)210 ,(22)91		(1)10
(9)537 ,95		(2)10
(102)194		18
(57)635		(1)28
(39)823		(2)28
(41)823		39
(57)635		
		סרביה (2006)
99		23
(66)99		75
(21)384		
		עומן (1996)
(127)105		59
		עירק (2005)
(115)104		37
		ערב הסעודית (1992)
(126)105		39

283,97,91	פולניה (1997)
(92)222,(57)97,(19)91	30
(39)823	(1)59
(40)823	(2)59
(41)823	(3)59
(187)846,(42)823	66
(57)97	130
(57)97	(2)178
(57)97	(2)195
(57)97	(3)205
(57)97	(3)209
(57)97	(2)214
(57)97	(4)227
(57)97	(1)233
537,209,95	פורטוגל (1976)
(4)209,(2)209	1
(7)537	26
95	(2)26
(59)635	(1)36
(39)823	55
(40)823	56
(41)823	57
(187)846,(42)823	(1)59
(118)104	פיג'י (2013)
(126)105	(j)(1)13
(126)105	(b)(3)17
	(d)(3)17
283,89	פינלנד (1919)
90	6
97	פינלנד (1999)
(60)97	(2)1
100	פנמה (1946)
(73)100	77
(79)101	פנמה (1972)
(79)101	17
(83)101	פנמה (תיקון מ-1994)

911	מפתח חקיקה	
(79)101		פנמה (תיקון מ-2004)
		פפואה גינאה החדשה (1975)
(118)104		(17)37
(126)105		38
(126)105		39
		פקיסטן (1973)
(116)104		14
99		פרגוואי (1940)
(70)99		14
(203)849		94
		פרגוואי (1992)
(83)101		מבוא
(92)102 ,(84)101		1
		פרו (1993)
(83)101		1
(97)102		3
(89)102		7
(88)101		23
		צ'ילה (1980)
(101)103		1
(95)102		
		צ'כיה (1993)
(48)97 ,97		(4)27
(41)823		28
(187)846 ,(42)823		
92		צרפת (1946)
97		צרפת (1958)
		קובה (1940)
99 ,91		20
(69)99 ,91		
		קולומביה (1991)
564 ,(3)330 ,283 ,91		1
(112)564 ,(83)101		21
(18)91		42
(91)102 ,(85)101		53
(88)102		77-42
(113)564		
(101)103		[הרפובליקה של] קונגו (1992)

	[הרפובליקה הדמוקרטית של] קונגו (2006)	
(102)103		11
(107)103		18
(108)103		36
99	קוסובו (2008)	
(67)99		23
100	קוסטה ריקה (1949)	
(77)100		56
	קוסטה ריקה (תיקון מ-1999)	
(94)102		33
(88)101		53
	קזחסטן (1995)	
(116)104		17
(119)104		(2)17
(115)104		18
(126)105		(1)34
(127)105		46
	קירגיסטן (2010)	
(117)104		(2)22
(116)104		(1)29
	קמבודיה (1993)	
(126)105		41
(120)104		46
	קנדה (1982)	
,(179)376 ,376 ,354 ,342 ,220 ,211 ,200 ,196 ,176 ,174		
,448 ,442 ,439–437 ,(14)436 ,436–434 ,(2)433 ,(1)433 ,433		
866 ,(159)841 ,622 ,(28)619 ,552 ,449		
435 ,433	מבוא	
448 ,(65)444 ,(94)193		1
(82)765		(a)2
(54)789		(2)6
(64)444 ,442 ,435 ,433 ,(68)342 ,(10)286 ,200		7
(43)440		8
(24)866		11–7
(48)441		12
(26)438 ,(79)220		15
442 ,(80)220		(1)15

913

מפתח חקיקה

	קניה (2010)
(100)103	28
(104)103	(1)54
(105)103	(c)57
(110)103	(1)73
96	קרואטיה (1990)
(40)96	25
(40)96	35
283 ,97 ,91	רוסיה (1993)
(14)91	21
(49)97	(1)21
(90)628	23
289 ,283 ,97 ,91	שווייץ (1999)
(59)97 ,(15)91	7
(65)635	14
	תאילנד (2007)
(115)104	4
(115)104	26
(126)105	45
(127)105	248
94	תורכיה (1961)
(34)94	(4)14
96	תורכיה (1982)
(26)456	4
(37)96	17
	תורכיה (תיקון מ-2004)
(119)104	17
	טימן (1991)
(115)104	(a)48
(118)104	(b)48

חקיקה זרה

538	הקודקס האזרחי הצרפתי (קוד נפוליון) (1804)
538	הקודקס האזרחי הגרמני (1900)
538	הקודקס האזרחי האיטלקי (1942)
538	הקודקס האזרחי של קוויבק (1994)

<i>Bill of Rights</i> , 1689	89
Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, (R.S.C. 1970)	132(135), 435(10)
Defense of Marriage Act (DOMA) 1 U.S.C. § 7 (1996) 3	427, 427(119), 428 427(120)
Human Rights Act (1998) 2(1)(a)	192(92)
Province of Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1990	436(11)
Quebec Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1975	436(12)

שונות

755	דבר המלך במועצתו על פלשתינה (א"י), 1947–1922	
(2)755		18
(4)629		47
(15)631		53–47
(3)629		51
	דו"ח ועדת החוקה, חוק ומשפט בעניין הצעות לחוקת מדינת ישראל חוקה בהסכמה רחבה (2005) (41)867–(39)867	
	ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה נוסח מבואר של הצעות לחוקה (2006) (25)758, (38)551	
	פרוטוקול ישיבה מס' 281 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 27 (15.7.1991)	
(56)184		
	פרוטוקול ישיבה מס' 299 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 25 (28.10.1991)	
(56)184		
	פרוטוקול ישיבה מס' 321 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 18 (16.12.1991)	
(56)184		
(56)184	פרוטוקול ישיבה מס' 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 1 (5.2.1992)	
(56)184	פרוטוקול ישיבה מס' 356 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 30 (9.3.1992)	
	פרוטוקול ישיבה מס' 347 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 24 (17.2.1992)	
(56)184		
	מגילה או מגילת אחכאם אל עדליה (קבץ-דיני-הצדק) (גד פרומקין מתרגם, 1928)	
(2)819		495–404
Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789) 6		62, 89, 93, 98, 409 89(2)
THE DECLARATION OF INDEPENDENCE (U.S. 1776)		415, 415(39)

מפתח פסיקה

(ההפניה היא לעמוד ולהערות שוליים (בסוגריים))

פסיקה ישראלית

פסקי דין של בית המשפט העליון

(40)388 AES Systems Inc נ' סער, ע"א 6601/96, פ"ד נד(3) 850 (2000)
Universal City Studios, Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, בג"ץ 806/88,
פ"ד מג(2) 22 (1989) 714, 715, 725, 739, 776, 778, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000

א

א.ש.ר. יבוא, יצוא והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, רע"א 5768/94, פ"ד נב(4)
(1998) 289
אבו גודה נ' שרת החינוך, בג"ץ 5108/04 (פורסם בנבו, 9.9.2005) 793
אבו גנאם נ' משרד החינוך, בג"ץ 6671/03 (פורסם בנבו, 24.1.2005) 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000

- "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, ע"א 239/92,
 פ"ד מח(2) 66 (1994) (32)542
- אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, בג"ץ 246/81, פ"ד לה(4) 1 (1981) (48)692, (132)131
 אדלר נ' הרמטכ"ל, בג"ץ 6337/06 (פורסם בנבו, 5.10.2006) (242)855
- אדם נ' הכנסת, בג"ץ 7146/12 (פורסם בנבו, 16.9.2013) (115)126
- אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, בג"ץ 4128/02,
 פ"ד נח(3) 503 (2004) (36)233, (106)195, (38)145, (23)143, (2)108
 (50)294, (565)565, (129)571, (176)571, (179)571, (181)571,
 (93)876, (1)863, (351)600, 579, 573, (186)573–(183)572, 572
 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, בג"ץ 243/62, פ"ד טז 2407 (1962) (1)707, (144)133
 (18)865, (149)727, (135)725, (70)715
- אונגרפלד נ' מדינת ישראל, דנ"פ 7383/08 (פורסם בנבו, 11.7.2011) (25)618, (116)363
 (91)628, (93)628, (32)710, (37)711, (64)714, (92)719, (91)718, 718, (73)716
- אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 1181/03 (פורסם בנבו, 28.4.2011)
 (1)303, (103)361, (341)599, (355)601, 836, (133)836
 (134)836, (216)851, (217)851, 852, (225)852, 854, (236)854, (247)856, (261)858, 858, (278)861
 אוניברסיטת חיפה נ' בן הרוש, ע"א 8077/08 (פורסם בנבו, 30.12.2012) (79)874
 אופק נ' שר הפנים, בג"ץ 789/78, פ"ד לג(3) 480 (1979) (217)851, (212)851, (11)820
 (242)855
- אורון נ' יו"ר הכנסת, בג"ץ 1030/99, פ"ד נו(5) 640 (2002) (115)126
 אטרי נ' מדינת ישראל, בג"ץ 161/94 (פורסם בנבו, 1.3.1994) (134)566, 566, (38)145
 (151)568, 568, (135)566
- איגוד הבנקאים בישראל נ' שר התקשורת, בג"ץ 956/06 (פורסם בנבו, 25.3.2007) (35)387
 (95)702
- איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו,
 בג"ץ 5872/07 (פורסם בנבו, 27.10.2010) (28)386
- איגוד עיתונאי החוץ בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 236/82, פ"ד לו(2) 637 (1982) (149)727
 אייזיק (שי"ק) נ' משרד הפנים, בג"ץ 353/70, פ"ד כה(1) 544 (1971) (13)757
- איילון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות השידור, בג"ץ 896/87, פ"ד מג(1) 701 (1989) (256)743
 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, בג"ץ 6226/01, פ"ד נו(2) 157 (2003) (199)735, (136)726
 (214)737, (203)736
- אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, בג"ץ 953/89, פ"ד מה(4) 683 (1991) (137)726, (18)539
 (230)739, (200)735
- אל עוקה נ' מדינת ישראל, ע"פ 5956/08 (פורסם בנבו, 23.11.2011) (50)869, (43)868
 (79)874
- אלבה נ' מדינת ישראל, ע"פ 2831/95, פ"ד נ(5) 221 (1996) (119)723, (48)146
 (252)743, (213)737
- אלוני נ' זנד טל מכוני תערוכת בע"מ, ע"א 3553/00, פ"ד נו(3) 577 (2003) (570)387, (145)570
 (173)570, (172)570

- אלוני נ' מדינת ישראל, בש"פ 2794/00, פ"ד נד(3) 363 (2000) (136)726
 אלזם נ' מדינת ישראל, ע"פ 1301/06 (פורסם בנבו, 22.06.2009) (79)874
 אלחנתי נ' שר האוצר, בג"ץ 2911/05, פ"ד סב(4) 406 (2008) (177)167, (176)167,
 (81)698, (46)692, (36)690, (85)324
 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוחה ויולט צאיג ז"ל, ע"א 489/79,
 פ"ד לה(2) 123 (1980) (43)113
 אליצור אגוד ספורטיבית דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, בג"ץ 720/82,
 פ"ד לז(3) 17 (1983) (81)698
 אלישע נ' אוניברסיטת תל-אביב, בג"ץ 4485/08 (פורסם בנבו, 5.10.2009) (208)850
 אל-כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, בג"ץ 83/49, פ"ד ד 34 (1950) (1)781, 781,
 (7)781, (2)781
 אלכרכוטלי נ' שר הביטחון, בג"ץ 7/48, פ"ד ב 5 (1949) (191)269, (171)265
 אלמליח נ' מדינת ישראל, ע"פ 3445/01, פ"ד נו(2) 865 (2002) (15)865
 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ', בג"ץ 721/94, פ"ד מח(5) 749 (1994)
 (61)694, (30)688, (40)633, (111)155, (24)143
 אמר נ' יוסף, רע"א 4740/00, פ"ד נה(5) 510 (2001) (11)305, (54)147, (35)144, (32)144
 (19)709, (22)618, (69)320, (64)319, (57)318, (17)306
 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, זאב בוים, פ"ד מב(1) 678 (1988), בג"ץ 170/87
 (104)878, (102)878
 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, בג"ץ 220/51, פ"ד ה 1480 (1951) (4)781, (3)781
 (28)784, (8)781
 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים,
 בג"ץ 693/91, פ"ד מז(1) 749 (1993) (101)253, (58)247, (85)191
 (32)632, (15)538, 538, (32)334, (233)276
 אקים ישראל – אגודה לאומית לקימום מפגרים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, בג"ץ
 5631/01, פ"ד נח(1) 936 (2003) (380)603, (4)380, (36)245
 ארביב נ' מדינת ישראל, ע"א 1613/91, פ"ד מו(2) 765 (1992) (51)390, (50)390, (47)389
 ארגון הורים ארצי נ' מדינת ישראל, בג"ץ 6914/06 (פורסם בנבו, 14.8.2007) (797)
 (116)806, (106)805, (105)805, 805, (46)798–(44)797
 (179)813, (178)813, (163)811
 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל,
 בג"ץ 4885/03, פ"ד נט(2) 14 (2004) (28)386
 ארגון נכי צה"ל נ' שר הבטחון, בג"ץ 8487/03, פ"ד סב(1) 296 (2006) (36)690
 ארנסברג נ' מקבל הנכסים הרשמי, ה"מ 207/57, פ"ד יב 121 (1958) (7)820
 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, ע"א 733/95, פ"ד נא(3) 577 (1997) (191)270
 (36)112 (1966) 225 (1) כ(1) (1966)
- ב**
 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, בג"ץ 1000/92, פ"ד מח(2) 221 (1994) (63)694, (23)631
 בווארון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה, בג"ץ 5492/07
 (פורסם בנבו, 19.9.2010) (253)582

- בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, בג"ץ 7837/04, פ"ד נט(3) 97 (2005) (5)381
 בורוכוב נ' יפת, ע"פ 677/83, פ"ד לט(3) 205 (1985) (52)623, (3)615, (32)111
 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, ד"נ 10/69, פ"ד כה(1) 7 (1971) (45)692
 בורקאן נ' שר האוצר, בג"ץ 114/78, פ"ד לב(2) 800 (1978) (16)686
 בז'רנו נ' שר המשטרה, בג"ץ 1/49, פ"ד ב 80 (1949) (144)133, (29)111, (22)110
 (191)269, (150)134
 ביטון נ' סולטן, רע"פ 9818/01, פ"ד נט(6) 554 (2005) (35)144, (32)144
 (69)320, (57)318, (14)305, (6)304, (28)213, (54)147, (37)144
 (214)737, (186)733, (178)731, (118)723, (21)709, (19)709, (37)621, (22)618
 בינקין נ' מדינת ישראל, בש"פ 6654/93, פ"ד מח(1) 290 (1993) (11)782, (83)120
 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, ד"נ 9/83, פ"ד מב(3) 837 (1988) (36)112
 בית הספר ליאו באק בע"מ נ' ארגון מורי בתי-ספר התיכוניים, ע"א 167/62, פ"ד טז 2205 (1962) (256)857
 בית יולס בע"מ נ' רביד משה ושות' בע"מ, ד"נ 22/82, פ"ד מג(1) 441 (1989) (32)542
 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, בג"ץ 316/03, פ"ד נח(1) 249 (2003) (214)737, (203)736
 (184)778, (172)776, (234)740
 בכרך נ' שר הפנים, בג"ץ 7583/98, פ"ד נד(5) 832 (2000) (10)383
 בן ארצי נ' שר הביטחון, בג"ץ 1380/02, פ"ד נו(4) 476 (2002) (107)769
 בן גביר נ' דנקנר, רע"א 10520/03 (פורסם בנבו, 12.11.2006) (18)241, 241
 (25)618, (81)343, (48)336, (17)306, (14)305, (11)305, (5)304, (47)247
 (81)627, 627, (80)626, (77)626, (71)626, (44)621, (42)621, (35)620
 (214)737, 718, (77)716, (65)714, (40)711, (28)710, (87)628, (83)627
 בן נתן נ' בכרי, ע"א 8345/08 (פורסם בנבו, 27.11.2011) (50)622, (25)618, (48)336
 (77)716, (75)716, (66)715, (53)712, (32)710
 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, ע"ב 2/88, פ"ד מג(4) 221 (1988) (10)686, (201)271
 בנטוב נ' קוטיק, ע"א 90/49, פ"ד ה 593 (1959) (3)615
 בני משפחת שרחה יוסף ז"ל נ' השופט מינץ, בג"ץ 754/03, פ"ד נו(1) 817 (2003) (47)146
 בן-עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 224/63, פ"ד יח(3) 225 (1964) (35)112
 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, ע"א 6821/93, פ"ד מט(4) 221 (1995) (121), (81)120, 120, (79)119, 119, (78)118, 118, (44)114
 (108)124, (105)124, 124, (102)123, (100)123, 123, (98)122, (88)121
 131, (121)128, 128, (116)127, 127, 126, (111)125, (110)125, 125
 (171)375, (168)374, (162)373, (48)293, 293, (169)265, (13)175, 133, 132, (128)131
 (57)825, 825, (291)590, 590, (76)396, (75)396
 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, בג"ץ 4593/05 (פורסם בנבו, 20.9.2006) (27)385, (26)385, (149)370
 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלקסר, ע"א 9120/09 (פורסם בנבו, 15.9.2010) (41)335
 (371)603, (277)587, (275)587, 587
 בצול נ' שר הפנים, בג"ץ 188/63, פ"ד יט(1) 337 (1965) (28)111

בראטר נ' רשות השידור, בג"ץ 245/87 (פורסם בנבו, 13.6.1988) (256)743
 כרגמן נ' שר האוצר, בג"ץ 98/69, פ"ד כג(1) 693 (1969) 117, 117, (70)117, (73)117–(76)118,
 (15)686, (144)133, (132)131, (80)119, 119, 118
 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב, בג"ץ 531/77,
 פ"ד לב(2) 160 (1978) (5)781, (185)778, (165)775
 ברוך נ' מנהל המכס והבלו, בג"ץ 249/64, פ"ד יט(1) 486 (1965) (18)110
 ברזילי נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 428/86, פ"ד מ(3) 505 (1986) (67)188, (62)186, (58)185
 (149)206, (97)193
 ברקאת נ' אלוף פיקוד המרכז, בג"ץ 3933/92, פ"ד מו(5) 1 (1992) (47)146, (43)113
 (11)383, (10)383
 ברכה נ' שר הביטחון, בג"ץ 3114/02, פ"ד נו(3) 11 (2002) (10)383, (47)146
 ברנט נ' ברנט, ע"א 257/57, פ"ד יב 565, 569 (1958) (10)686
 ברנס נ' מדינת ישראל, מ"ח 3032/99, פ"ד נו(3) 354 (2002) (47)868, (43)868, (119)256
 ברקה נ' שר הביטחון, בג"ץ 9293/01, פ"ד נו(2) 509 (2002) (11)782
 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, בג"ץ 7357/95, 1479/96,
 פ"ד נד(2) 769 (1996) (104)253, (39)246, (21)213, (12)141
 (12)865, (187)733, (113)255
 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון, בג"ץ 11956/05 (פורסם בנבו, 13.12.2006) (36)690
 בשיר נ' מדינת ישראל, ע"פ 2130/95, פ"ד נא(3) 456 (1999) (14)865

ג

גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, בג"ץ 4330/93,
 פ"ד נד(4) 221 (1996) (269)746, (268)745, (89)252
 גבאי נ' מדינת ישראל, ע"פ 3632/92, פ"ד מו(4) 487 (1992) (214)273, (38)58, (33)58
 ג'בארי נ' שר החינוך, בג"ץ 4298/93, פ"ד מח(5) 199 (1995) (151)262, (48)146
 (150)774, (16)757
 גבע נ' גרמן, ע"מ 7024/03 (פורסם בנבו, 6.9.2006) (150)727
 גבע נ' וולט דיסני, רע"א 2687/92, פ"ד מח(1) 251 (1993) (18)708
 גדעון נ' חברה קדישא גחש"א, ע"א 280/71, פ"ד כז(1) 10 (1972) (33)112
 גולדשטיין נ' אלוף פיקוד המרכז, בג"ץ 6195/98, פ"ד נג(5) 317 (1999) (47)146
 גולן נ' שירות בתי הסוהר, ע"א 4463/94, פ"ד נד(4) 136 (1996) (8)141, (10)43, (9)43
 (107)154, (24)143, (28)143, (32)144–(34)147, (54)147, (55)147–(59)148, (107)154
 (84)718, 718, (26)709, (24)709, (22)709, (20)709, (5)380, (66)248, (109)154
 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 1514/01,
 פ"ד נה(4) 267 (2001) (147)773, (142)773, (127)772, (64)763, (16)757, (230)739
 (189)779, (188)778, 778, (175)777, (172)776, (148)773
 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, בג"ץ 80/63, פ"ד יז 2048 (1963) (164)775
 גוש 1992 בניין בע"מ נ' חברת חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ, רע"א 5222/93
 (71)394 (פורסם בנבו, 25.7.2004)

גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 466/07 (פורסם בנבו, 11.1.2012) 168, (3)108
 , (181)168–(183)168, (25)243, (75)249, (185)268, (193)270,
 , (198)271, (199)271, (203)271, (207)272, (210)272, (214)273,
 , (215)273, (229)276, (232)276, (236)276, (244)277, (13)305,
 , (29)309, (75)322, (88)325, (34)335, (44)335, (82)344,
 , (90)360, (91)360, (121)364, (2)379, (168)654, (189)658, 658,
 , (229)667, (234)668, 670, (240)670, (242)670, (248)671,
 , (256)672, (257)672, (282)675, (306)679, (307)679, (36)690,
 (150)727, (139)726, (64)695, (64)695
 גמזו נ' ישעיהו, רע"א 4905/98, פ"ד נה(3) 360 (2001) (40)335, (56)317, (38)145
 , (41)335, (147)567, (149)567, (150)568, 568, (150)569,
 , (158)569, (180)571, (189)573, (350)600, (337)599, 599,
 (417)409, (379)603, (373)603, (364)602
 גנימאת נ' מדינת ישראל, בש"פ 537/95, פ"ד מט(3) 355 (1995) (195)271, (191)269
 (64)872, (13)617, (12)617, 617, (72)394, 394, (62)393, (61)392
 גנימאת נ' מדינת ישראל, דנ"פ 2316/95, פ"ד מט(4) 589 (1995) (192)815
 גרבי נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, בג"ץ 11075/04 (פורסם בנבו, 5.12.2007) (34)351
 (197)815, (50)798–(47)798, 798
 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, בג"ץ 253/64, פ"ד יח(4) 673 (1964) (214)851, (13)820

ד

ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, בג"ץ 4806/94, פ"ד נב(2) 193 (1998) (7)140
 (89)700, (46)314, (25)178
 דאהר נ' שר הפנים, בג"ץ 448/85, פ"ד מ(2) 701 (1986) (73)792, (6)781
 "דה אמריקן ארופיין בית-אל מישן" נ' שר הסעד, בג"ץ 103/67,
 פ"ד כא(2) 325 (1967) (135)772, (131)772, (13)757
 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, בג"ץ 2245/06 (פורסם בנבו, 13.6.2006) (86)251, (73)249
 , 650, (5)381, (90)360, (36)335, (29)334, (22)307, (12)305
 (309)679, (282)675, (146)650–(144)650
 דוד נ' מדינת ישראל, ע"פ 163/82, פ"ד לז(1) 622 (1983) (97)402
 דודיאן נ' כנסת ישראל, בג"ץ 3734/11 (פורסם בנבו, 15.8.2012) (49)390
 דוידוב נ' שר הבריאות, בג"ץ 434/09 (פורסם בנבו, 3.5.2009) (127)565, (43)335, (2)108
 (135)837, (397)606, (242)581, (239)581, 581
 דורפלינגר נ' שר הפנים, בג"ץ 563/77, פ"ד לג(2) 97 (1984) (129)772, (13)757
 דיב נ' המפקח על המזונות ירושלים, בג"ץ 174/50, פ"ד ה 656 (1951) (18)110
 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים נ' ראש ענף היתר עבודה בשבת, בג"ץ 5026/04
 פ"ד ס(1) 38 (2005) (214)273, (211)272, (204)271, (200)271, (199)271
 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, בג"ץ 2481/93, פ"ד מח(2) 456 (1994) (53)146, (32)144
 , (133)725, (19)709, (814)323, (36)233, (112)155, (54)147
 (260)858, (34)785, (33)785, 785, (244)742, (191)733, (145)726

דעקה נ' בית החולים "כרמל", ע"א 2781/93, פ"ד נג(4) 526 (1999), (53)146, (47)146, (85)251, (3)303, (16)305, (4)380, (37)786
 דקה נ' שר הפנים, בג"ץ 7444/03 (פורסם בנבו, 22.2.2010), (51)247, (99)328, (35)335, 654, (167)654, (169)654, (170)654, (230)668, (247)671, (305)679, (310)679
 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, בג"ץ 221/80, פ"ד לה(1) 536 (1980), (39)113, 113
 דרור הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, בג"ץ 310/80, פ"ד לה(1) 253 (1980)
 (10)686

ה

האגודה ההומניסטית החילונית בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 6168/92, פ"ד נא(4) 289 (1997), (33)759, (32)759, 759, (60)762
 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, בג"ץ 4112/90, פ"ד מד(4) 626 (1990), (105)705, (102)704, (83)699, 6924/98
 פ"ד נה(5) 15 (2001), (108)362, (99)361, 2114/12
 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 3809/08, פ"ד נבבו, 15.8.2012, (814)323, (28.5.2012)
 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרתת ישראל, בג"ץ 1064/86, פ"ד מא(1) 83 (1986), (6)781, (58)790, (14.9.2010)
 הארכיגמון אג'מיאן נ' מדינת ישראל, ב"ש 1064/86, פ"ד מא(1) 83 (1986), (6)781, (58)790, (14.9.2010)
 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, עע"מ 343/09, פ"ד נבבו, 14.9.2010, (99)704, (52)693, (36)690, (94)360
 הגר נ' הגר, ע"א 1482/92, פ"ד מז(2) 793 (1993), (47)146, (43)113, (34)112, (10)383, (10)383, (47)146, (43)113, (34)112, (1993) 793
 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 9198/02 (פורסם בנבו, 2.10.2008), (70)873
 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות, בג"ץ 488/11, פ"ד נבבו, 16.6.2011, (267)585, (264)584, (262)584, 584, (98)361, (43)335, (135)837, (397)606
 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 5100/94, פ"ד נג(4) 817 (1999), (9)454, (106)403, (5)381, (46)146
 הוועד לפיתוח חברון נ' מדינת ישראל, בג"ץ 4661/06 (פורסם בנבו, 27.6.2006), (10)756, (179)777, (175)777, (133)772, (128)772, (63)763, (49)760, (48)760, 760
 הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, בג"ץ 6111/94, פ"ד מט(5) 94 (1995), (100)768, (48)146
 הוליס תעשיות בע"מ נ' מדינת ישראל, בש"א 954/11 (פורסם בנבו, 14.3.2011), (278)861, (46)336, (1994) 265 (2)
 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, בג"ץ 257/89, פ"ד מח(2) 265 (1994), (46)336, (150)774, (125)772, (29)758, 758, (18)757, (10)756, (18)539, (187)778, (178)777, (175)777, (155)774, (154)774
 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 3434/96, פ"ד נ(3) 57 (1996), (149)370, (1996) 57 (3)
 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, בג"ץ 5394/92, פ"ד מח(3) 353 (1994), (30)688, (173)265, (111)155, (24)143, (83)120

- הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, ע"א 723/74,
פ"ד לא(2) 281 (1997)
- הוצאת עיתון "הארץ" נ' מדינת ישראל, עע"מ 8282/02, פ"ד נח(1) 465 (2003) 727 (149)
היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 1074/93,
פ"ד מט(2) 485 (1995) 141(8), 146(52), 827, 828(64)–828(66),
828(69), 831, 831(86), 834(107), 858(263)–858(265), 860(275),
851(216), 858, 858(263)–858(265), 860(275)
היועץ המשפטי לממשלה נ' לשיצקי, ע"א 4660/94, פ"ד נה(1) 88 (1999) 247(57)
היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, ד"נ 13/60, פ"ד טז 430 (1962) 205(147)
היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטין) על ידי הוריו ואפוטרופסיו הטבעיים,
רע"א 5587/97, פ"ד נא(4) 830 (1997) 108(2)
היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, דנ"א 1892/11 (פורסם בנבו, 22.5.2011) 657,
657(182)–658(188), 668(232), 682(331)
היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, דנ"א 7015/94, פ"ד נ(1) 48 (1995) 269(191)
היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, ע"א 501/81, פ"ד לה(4) 430 (1981) 671(249)
היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, ע"א 577/83, פ"ד לח(1) 461 (1984) 632, 632(35),
632(36), 633(41), 683(333), 683(335),
המוסד לביטוח לאומי נ' עזבון ידינק, בר"ע 257/10 (פורסם בנבו, 23.1.2012) 585,
585(268), 585(269)
- המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, בג"ץ 1661/05, פ"ד נט(2) 481 (2005) 126(115),
245(35), 251(86), 253(92), 253(97), 402(100), 402(102)
המטה למען ארץ ישראל נ' מפקד מחוז ירושלים, בג"ץ 2189/10
(פורסם בנבו, 23.3.2010) 774(152)
"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 10203/03,
פ"ד סב(4) 856, 715 (2008) 167, 167(178), 167(179), 276(227), 336(45), 348(8),
362(109), 363(119), 369(145), 690(36), 695(69), 702(93), 702(94), 710,
710(29), 710(31), 710(34)–710(36), 713(56), 714(64), 716(73),
718, 718(88)–718(90), 720, 720(101), 720(103)–720(105),
720(108)–721(110), 723(119), 725(127), 728, 728(155),
728(157)–730(164), 730(166), 732(182), 747, 747(276)–747(279),
748(281)–748(284), 750, 750(291), 752(300)
המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית משפט השלום ברמלה, מר א' ביזור,
בג"ץ 66/81, פ"ד לה(4) 337 (1981) 112(38)
המר נ' פרופ' עמית, ע"א 1326/07 (פורסם בנבו, 28.5.2012) 262(150)
המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, בג"ץ 2605/05
(פורסם בנבו, 19.11.2009) 108(3), 126(115), 168, 168(180), 250(78), 254(110),
255(112), 255(114), 306(18), 306(20), 322(76), 323(77),
328(99), 334(31), 343(78), 370(149), 381(5), 690(36)
המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה המתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, בג"ץ 4805/07,
פ"ד סב(4) 571 (2008) 692(43), 794(9), 798, 798(51)–799(53), 805, 805(107),
805(108), 806(116), 811(163), 813, 813(180), 813(182),
813(183), 815(193), 816(198), 817(204)

הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בג"ץ 10356/02, פ"ד נח(3) 443 (2004) 146(48),
 (53)146, (10)756, (21)757, (63)763, (117)770, (125)772,
 (75)792, (52)789, (152)774, (150)774
 הסניגוריה הציבורית נ' מדינת ישראל, ע"פ 7335/05, פ"ד ס(2) 346, 359 (2006) 874(79)
 הסניגוריה הציבורית המחוזית נ' ועדת הערר, בג"ץ 4495/99, פ"ד נג(5) 625 (1999) 865(14)
 הסדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, בג"ץ 8111/96,
 פ"ד נח(6) 481 (2004) 144(37), 213(26), 220(66), 246(46), 247(56), 251(86),
 254(109), 255(114), 304(8), 343(80), 361(102),
 834(110), 834(109), 826(58), 542(32)
 הסדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 7029/95,
 פ"ד נא(2) 63 (1997) 820(11)
 העולם הזה בע"מ נ' סני שירותי החזקה וניקיון בע"מ, רע"א 3418/91,
 פ"ד מה(4) 283 (1991) 616(6)
 הראר נ' מדינת ישראל, רע"פ 10462/03, פ"ד ס(2) 70 (2005) 711(37), 713(56), 738(222)
 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, בג"ץ 1438/98, פ"ד נג(5) 337 (1999) 762(62),
 773(138), 771(123), 763(65)
 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל, עע"מ 398/07 (פורסם בנבו, 23.9.2008) 727(150)
 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, בג"ץ 650/88,
 פ"ד מב(3) 377 (1988) 771(122), 771(17)
 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, בג"ץ 6427/02, פ"ד סא(1) 619 (2006)
 46(34), 46(36), 149(62), 149(64)–151(82), 151(84)–153(95), 153(98),
 156(116), 165(168), 167, 215(37), 228(12), 236(51), 244, 244(31), 244(32),
 245(35), 246(39), 250(80), 251(82), 251(87), 252, 252(91), 253(98),
 254(106), 256(122), 256(124), 262(149), 262(152), 264(162)–264(165), 266(177),
 266(178), 276(229), 276(232), 278, 278(255), 278(254), 278(255), 285(5), 285(6),
 306(18), 306(20), 315(49), 326, 326(95), 328, 328(98), 334(26), 334(31), 335(44),
 337(55), 337(56), 353(43), 365, 365(123), 365(125), 365(126), 373(163), 373(165),
 374(166), 374(166), 579, 579(226), 618, 618(24), 687(20), 688(25), 688(27), 689(33),
 689(35), 690, 690(40), 700(88), 700(89), 701(90), 709(27), 710, 710(30), 719,
 719(99), 720, 720(100), 720(106), 742, 742(242), 795(25), 797(39), 797,
 799(60), 803, 803(85), 804, 804(96)–804(98), 806(118), 809, 809(137), 811,
 811(161), 811(162), 831, 831(89), 834(119), 835(121)

ו

ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, בג"ץ 6358/05 (פורסם בנבו, 12.1.2006) 247(55), 146(53),
 787, 787(40), 790(61), 792(72), 792(76)
 וייסגלס נ' וייסגלס, רע"א 7208/93, פ"ד מח(5) 529 (1994) 782(11)
 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, בג"ץ 5688/92, פ"ד מז(2) 812 (1993) 146(47), 212(15),
 227(11), 245(35), 256(125), 270(192), 383(10), 394(70)
 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, דנג"ץ 3299/93, פ"ד נט(2) 195 (1995) 383(10)

וילנצ'יק נ' הפסיכאטר המחוזי – תל-אביב, רע"פ 2060/97, פ"ד נב(1) 697 (1998) 380(4)
 וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל, ע"א 9486/00, פ"ד נז(1) 565 (2002) 146(47), 383(10)
 ולס נ' מדינת ישראל, ע"פ 10715/08 (פורסם בנבו, 1.9.2009) 865(10), 874(79), 875(82)
 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך התרבות והספורט, בג"ץ 7351/03
 (פורסם בנבו, 18.7.2005) 247(50), 793(9), 797, 797(40)–797(43), 804(95),
 805, 805(103), 805(104), 806(116), 813(177)
 ועד פוריה נ' שר החינוך, בג"ץ 4363/00, פ"ד נו(4) 203 (2002) 793(5), 815(195)
 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, א"ב 11280/02,
 פ"ד נז(4) 1 (2003) 271(199), 272(208), 273(214)
 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל,
 בג"ץ 11163/03, פ"ד סא(1) 1, 29 (2006) 694(63), 699(84), 703(98), 793(9)
 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, בג"ץ 249/82, פ"ד לז(2) 393 (1983) 112(36)

ז

זוילי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה,
 בג"ץ 869/92, פ"ד מ(4) 692 (1992) 716(71)
 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, בג"ץ 7622/02, פ"ד נו(1) 726 (2002) 756(10),
 759(38), 760(39), 763(66), 763(71), 763(73), 767, 767(91), 769(108)
 זיו נ' גוברניק, בג"ץ 10/48, פ"ד א 85 (1948) 109(8), 191(82), 265(170)
 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, בג"ץ 243/82, פ"ד לז(1) 757 (1983) 727(149),
 731(169)
 זמולון נ' שר הפנים, בג"ץ 73/66, פ"ד כ(4) 645 (1966) 538(14)
 זנדברג נ' רשות השידור, בג"ץ 4562/92, פ"ד נ(2) 793 (1996) 180(39)

ה

חברה קדישא גחש"א נ' מנכ"ל משרד הבריאות, בג"ץ 637/85,
 פ"ד מ(3) 785 (1986) 111(32)
 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, בג"ץ 73/53, פ"ד ז 871 (1953) 191(83), 327,
 327(96), 707, 707(2), 707(3), 711, 711(44), 712, 712(47),
 714, 714(60), 715, 715(68), 717, 717(81), 725(132), 735, 735(196), 736(207)
 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל, בג"ץ 4638/07 (פורסם בנבו,
 19.10.2007) 383(10), 740(230), 777(175), 777(176), 778(180)
 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' **Simon Wiesenthal Center**
Museum Corp, בג"ץ 52/06 (פורסם בנבו, 29.10.2008) 740(230)
 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה
 חוזית בע"מ, בג"ץ 6685/05 (פורסם בנבו, 18.1.2007) 383(10)
 חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' מדינת ישראל, ע"פ 11793/05
 (פורסם בנבו, 5.4.2006) 726(139)

- חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, ד"נ 9/77, פ"ד לב(3) 337 (1978)
 (222)738, (221)738, (188)733, (12)708, (2)615, (37)112
- חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, בג"ץ 2618/00, פ"ד נה(5) 49 (2001) 82, (24)688, (82)698
 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, ע"א 294/91, פ"ד מו(2) 464 (1992)
 (36)214, (157)208, (47)146, (43)113, (34)112, (19)112, (10)383, (5)284, (214)273, (40)388, (11)383, (10)383, (5)284, (214)273
- חדד נ' פז, כ"ש 67/84, פ"ד לט(1) 667 (1985) (37)180
 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, בג"ץ 222/68, פ"ד כד(2) 141 (1970) (134)772, (10)756, (22)687
 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, בג"ץ 637/89, פ"ד מו(2) 191 (1991) (48)146, (53)146, (112)155, (1997) 1
 חורב נ' שר התחבורה, בג"ץ 5016/96, פ"ד נ(4) 1 (1997) (18)539, (109)362, (47)336, (11)305, (123)256, (86)251, (58)247, (121)771, (31)758, (30)758, 758, (19)757, (305)752, (230)739, (146)773, (163)775, (165)775, (175)777, (180)778, (185)778, 786, (59)789–(56)789, (47)788–(45)788, 788, (38)787–(35)786, (40)113
- חורי נ' מדינת ישראל, ע"פ 663/81, פ"ד לו(2) 85 (1982) (256)743
 חטר ישי נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב, על"ע 13/86, פ"ד מא(4) 838 (1988) (24)287, (39)180, (1998) 638 (2) נב(2) 3622/96, ע"א 3622/96, פ"ד נב(2) 638 (1998) (30)288, (28)288
- חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל אביב יפו, בג"ץ 6319/95, פ"ד נא(3) 750 (1997) (15)865, (100)253
 חסון נ' מדינת ישראל, ע"פ 5203/98, פ"ד נו(3) 276 (2002) (10)865
 חסין נ' מדינת ישראל, ע"פ 1903/99 (פורסם בנבו, 7.4.2008) (48)869
 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, בג"ץ 10662/04 (פורסם בנבו, 28.2.2012) (6)42
 (38)311, 311, (20)307, (77)250, (26)243, (188)169, 169, (115)126, (36)352, (14)348, (8)348, (2)347, (50)336, (40)335, (31)334, (39)312, (122)364, (114)363, (100)361, (73)357, (72)357, 357, (43)353, (42)352, (38)352, (348)600, (346)600, (332)598–(292)590, (289)590, (287)589, 589, (65)554, (419)609, (414)608, (397)606, (374)603, (363)602, (359)602, (354)601, (349)600, (127)835, (128)725, (125)724, 724, (71)695, (445)612, (444)612, 612, (45)182
 חסקין נ' חסקין, ע"א 138/74, פ"ד ל(2) 365 (1976) (45)182
 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, בג"ץ 212/03, פ"ד נו(1) 750 (2003) (230)740, (101)123
- ט
- טאהא נ' שר הפנים, בג"ץ 658/80, פ"ד לה(1) 249 (1980) (6)781
 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 96/66, פ"ד כ(2) 539 (1966) (36)112
 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, בג"ץ 7426/08 (פורסם בנבו, 31.8.2010) (2)379, (112)363, (96)361, (38)335, (55)317
 (800), (10)794, 793, (100)704, (70)695, (59)694, (36)690, (18)687, (17)687, (112)805, (111)805, 805, (95)804, (92)804, (89)803, (70)801–(64)800, (141)809–(138)809, 809, (136)808–(133)808, (131)808–(126)808, 808, (116)806, (187)814, 814, (184)813, (181)813, 813, (165)811, 811, (151)810, (144)809

- טובים נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 120/73, פ"ד ז' (1) 757 (1973)
 טויטו נ' עיריית ירושלים, עע"מ 3829/04, פ"ד נט"מ (4) 769 (2004)
 , (38)145, (32)144
 , (201)575, (200)574, 574, (45)353, (41)335, (59)318, (54)147
 (247)742, (245)742, (145)727, (114)722, (373)603, (342)600, 600
 טייב נ' מדינת ישראל, ע"פ 115/00, פ"ד נד" (3) 289 (2000)
 , (75)249, (60)247, (37)245
 (3)380, (93)253, (86)251, (81)250
 טלמצי"ו נ' האפוטרופוס הכללי, ע"א 1900/96, פ"ד נג" (2) 817 (1999)
 (31)542, (33)179
 טמפו תעשיות בירה בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו,
 בג"ץ 4520/95 (פורסם בנבו, 19.9.1995)
 (269)746
 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט" (3) 771, בג"ץ 4914/94 (1995)
 (92)876, (44)868
- י
- יאנוס נ' מדינת ישראל, ע"פ 5877/99, פ"ד נט" (2) 97 (2004)
 (139)726
 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 307/60, פ"ד יז (1963)
 (10)865
 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, בג"ץ 5591/02, פ"ד נו" (1) 403 (2002)
 (5)381, (34)214
 יאסין נ' רשם המפלגות, רע"א 7504/95, פ"ד נ" (2) 45 (1996)
 (138)368, (123)256
 ידיעות אחרונות בע"מ נ' מדינת ישראל, בש"פ 9773/09 (פורסם בנבו, 27.1.2010)
 (139)726
 ידיעות אחרונות בע"מ נ' פלוני, ע"א 4963/07 (פורסם בנבו, 27.2.2008)
 (138)726
 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, דנ"א 7325/95, פ"ד נב" (3) 1 (1998)
 , (28)213, (23)213
 , 619, (42)352, (48)336, (18)306, (10)304, (23)242, (7)226
 , (85)718, 718, (82)627, (48)622, (31)619, (30)619
 (180)732, (118)723, (86)718
 יהודה נ' עו"ד תשובה, כונס נכסים, רע"א 5368/01, פ"ד נח" (1) 214 (2003)
 (187)573
 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 10541/09 (פורסם בנבו, 5.1.2012)
 , (40)335
 , (334)599, (282)587, (280)587, (279)587, 587, (42)335
 (137)837, (370)602, (368)602
 יונס נ' שירות בתי הסוהר, רע"ב 6956/09 (פורסם בנבו, 7.10.2010)
 , (55)247, (39)246
 , (29)334, (22)307, (12)305, (90)252, (88)251, (66)248
 (308)679, (172)655, (171)655, 655, (5)381, (35)335, (34)335
 יוסיפוץ הנ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 112/50, פ"ד ה" (1) 481 (1951)
 , (5)756, (2)685
 (143)773, (140)773, (125)772, (95)767, (94)767, (12)756, 756
 יוסף נ' מדינת ישראל, ע"פ 1741/99, פ"ד נג" (4) 750 (1999)
 (46)868, (79)343
 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, ע"פ 217/68, פ"ד כב" (2) 343 (1968)
 (5)781
 יעקבי נ' יעקבי, ע"א 1915/91, פ"ד מט" (3) 529 (1995)
 (30)288
 יערי נ' מדינת ישראל, ע"פ 186/80, פ"ד לה" (1) 769 (1980)
 (40)312
 יפאורה בע"מ נ' רשות השידור, בג"ץ 421/71, פ"ד כה" (2) 741 (1971)
 (256)743
 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 4644/00
 פ"ד נד" (4) 178 (2000)
 (286)749, (265)745, (264)745, 745, (179)731—(176)731
 יפת נ' מדינת ישראל, ע"פ 2910/94, פ"ד נ" (2) 221 (1996)
 (17)865
 יצחק נ' מוזס, רע"א 3007/02, פ"ד נו" (6) 592 (2002)
 (139)726, (101)123

יצחק נ' שר החינוך, דנג"ץ 5456/96 (פורסם בנבו, 27.11.1996)
 יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות, בג"ץ 4124/00 (פורסם בנבו, 14.6.2010), (36)690,
 (82)698, (55)694, (54)693, (52)693
 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית,
 ע"ב 1/65, פ"ד יט(3) 365 (1965)
 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"א 10280/01,
 פ"ד נט(5) 64 (2005)
 "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית,
 בג"ץ 2690/09 (פורסם בנבו, 28.3.2010)
 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, ע"פ 5121/98, פ"ד סא(1) 461 (2006), (98)253,
 (99)253, (186)268, (189)268, (1)303, (49)336, (863)863,
 (60)871, 871, (55)870, (53)870, 870, (45)868, (26)866
 (83)875, 875, (79)874, (74)873, (62)871
 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, בג"ץ 2599/00,
 פ"ד נו(5) 834 (2002), (156)135, (30)144, (51)146, (33)334, (54)336, (54)336, (159)569,
 569, (7)793, (6)793, 90(701), (170)570–(168)569, (166)569
 (803)796, (43)797, (38)797, 797, (34)796, (33)796, (31)796, (30)796
 (189)814, (160)811, 811, (116)806, (100)805, 805, (95)804, (87)803

כ

כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"א 238/53, פ"ד ח 4 (1954)
 כהן נ' לשכת עורכי הדין, בג"ץ 6218/93, פ"ד מט(2) 529 (1995)
 (54)147, (34)144
 (239)741, (193)734, (190)733, (188)733, (72)716, (54)713, (11)708
 כהן נ' מדינת ישראל, ע"פ 91/80, פ"ד לה(3) 281 (1980)
 (33)112
 כהן נ' שר העבודה והרווחה, בג"ץ 889/86, פ"ד מא(2) 540 (1987)
 (125)129
 כהן נ' שר הפנים והמשטרה, בג"ץ 407/80, פ"ד לד(4) 477 (1980)
 (145)726
 כהנא נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, ע"א 2421/93, פ"ד מז 550 (1993)
 (26)631
 כהנא נ' מדינת ישראל, ע"פ 6696/96, פ"ד נב(1) 544 (1998)
 (213)737, (212)737, (115)363
 כהנא נ' רשות השידור, בג"ץ 399/85, פ"ד מא(3) 255 (1987)
 (66)715, (62)714, (50)712
 (719)719, (83)718, (82)717, (79)717, 717, (76)716, (71)716
 (193)734, 734, (189)733, (187)733, (169)731, (98)719
 (222)738, (219)738, (213)737, (211)737, (194)734
 כטיב נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 354/66, פ"ד כ(2) 136 (1966)
 (33)112
 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, בג"ץ 726/94, פ"ד מח(5) 441 (1994)
 (158)263
 (175)266, (159)263
 כלפה נ' גולד, ע"א 724/87, פ"ד מח(1) 22 (1993)
 (31)542, (10)383, (57)247
 כפר ורדים נ' שר האוצר, בג"ץ 678/88, פ"ד יז(2) 501 (1989)
 (43)692

ל

לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, בג"ץ 14/86, פ"ד מא(1) 421 (1987)
 (32)111
 (227)739, (170)731, (135)725, (8)707

- לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, בג"ץ 3914/92, פ"ד מח(2) 491 (1994) 120(83),
(45)788, (11)782, (10)781, (6)781
- לב נ' מנכ"ל משרד החינוך, בג"ץ 5936/97, פ"ד נג(4) 673 (1998) 351(34)
לב"י נ' בינשטוק, ע"א 1212/91, פ"ד מח(3) 705 (1994) 247(57)
- לה"ב – לשכת ארגוני העצמאיים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 6304/09
(פורסם בנבו, 2.9.2010) 278(255), 335(39), 336(54), 336(56), 582, 582(250),
(253)582, (254)583, (397)606, (13)686, (36)690, (37)691,
(44)692, (53)693, (73)696, (136)837
- לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, בג"ץ 163/57, פ"ד יב 1041 (1958) 110(18)
לוזון נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 3071/05 (פורסם בנבו, 28.7.2008) 335(43), 352(42), 580,
(232)580–(235)580, (263)584, (413)608, (418)409, (135)837
- לוי נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 1662/05 (פורסם בנבו, 3.3.2009) 250(77), 690(36),
(84)699, (53)693
- לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל,
בג"ץ 153/83, פ"ד לח(2) 393 (1984) 707(5), 712(51), 713(56), 725(134), 726(145),
(191)733, (239)741–(241)742, (243)742, (239)741, (5)781
- לזין נ' מדינת ישראל, ע"פ 2940/94, פ"ד מח(4) 545 (1994) 180(39)
לזקי ביצוע פרויקטים נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, רע"א 7608/99,
פ"ד נו(5) 156 (2002) 278(245)
- ליאנגי נ' הכנסת, בג"ץ 4007/11 (פורסם בנבו, 6.10.2011) 270(191)
לזין נ' מדינת ישראל, ע"פ 8974/07 (פורסם בנבו, 3.11.2010) 865(10), 874(80)
- לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, ע"א 2000/97,
פ"ד נה(1) 12 (1999) 675(276), 633(40)
- לם נ' מדינת ישראל, רע"פ 2038/04, פ"ד ס(4) 96 (2006) 732(181)
לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, בג"ץ 1715/97,
פ"ד נא(4) 367 (1997) 126(115), 195(105), 256(123), 323(78), 851(213)
- לשכת עורכי הדין בישראל נ' הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים, ע"א 11771/04
(פורסם בנבו, 22.1.2007) 248(63), 250(83), 836, 836(131), 836(132), 855(241)
- לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים, בג"ץ 1319/03
(פורסם בנבו, 1.3.2004) 580(229)
- מ
- מ.י.ל.ן. בע"מ נ' רשות השידור, בג"ץ 259/84, פ"ד לח(2) 673 (1984) 727(147), 727(149)
מאיו נ' מדינת ישראל, ע"פ 8801/09 (פורסם בנבו, 21.9.2010) 873(76)
- מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ
5118/95, פ"ד מט(5) 751 (1996) 744, 744(262), 749(287)
- מאיר נ' מדינת ישראל, ע"פ 2947/00, פ"ד נו(4) 636 (2002) 380(4)
מדינת ישראל נ' אורן, עע"מ 4614/05, פ"ד סא(1) 211 (2006) 634(45), 634(46), 645,
(116)645–(118)645, (244)671, (276)675
- מדינת ישראל נ' בארי, ע"פ 5612/92, פ"ד מח(1) 302 (1993) 380(3)

- מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, בג"ץ 11339/05,
 פ"ד סא(3) 93 (2006) 863(2), 864(4), 868(43), 869(48), 871(61), 872(68), 878(111)
 מדינת ישראל נ' בן דוד, בש"פ 1986/84, פ"ד מח(3) 133 (1994) 269(191)
 מדינת ישראל נ' בן חורין, רע"פ 2533/10 (פורסם בנבו, 26.12.2011) 710(32), 711(41),
 731(169), 736(203)
 מדינת ישראל נ' בן-משה, ע"פ 255/68, פ"ד מב(2) 427 (1968) 707(7)
 מדינת ישראל נ' ברוכין, עש"מ 1928/00, פ"ד נג(3) 694 (2000) 849(202)
 מדינת ישראל נ' גואטה, בש"פ 2145/92, פ"ד מו(5) 704 (1992) 58(38), 273(214), 381(5)
 מדינת ישראל נ' גולן, עע"א 7440/97, פ"ד נב(1) 1 (1998) 381(5)
 מדינת ישראל נ' דיראני, רע"א 993/06 (פורסם בנבו, 18.7.2011) 403(6), 403(103),
 403(104), 873(70)
 מדינת ישראל נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, עע"מ 6013/04,
 פ"ד ס(4) 60 (2006) 733(186), 727(150), 710(28)
 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, דנ"פ 4390/91, פ"ד מז(3) 661 (1993) 868(43), 865(11)
 מדינת ישראל נ' כהנא, דנ"פ 1789/98, פ"ד נד(5) 145 (2000) 737(212)
 מדינת ישראל נ' נאמן, עע"מ 4515/08 (פורסם בנבו, 6.10.2009) 686(14), 336(54),
 693(54), 690(36)
 מדינת ישראל נ' סגל, ע"פ 344/81, פ"ד לה(4) 313 (1981) 113(39)
 מדינת ישראל נ' עזאזמי, בש"פ 3734/92, פ"ד מו(5) 72 (1992) 273(214)
 מדינת ישראל נ' שרון, רע"פ 8600/03, פ"ד נח(1) 748 (2003) 865(15)
 מדינת ישראל נ' תמיר, עע"א 4/82, פ"ד לז(3) 201 (1983) 112(38)
 מוסטפא יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון,
 בג"ץ 540/84, פ"ד מ(1) 567 (1986) 112(38)
 מועדי נ' מדינת ישראל, ע"פ 115/82, פ"ד לח(1) 197 (1984) 111(32)
 מופז נ' יושב ראש וועדת הבחירות לכנסת, ע"ב 92/03, פ"ד נז(3) 793 (2003) 370(149)
 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 10843/04
 (פורסם בנבו, 19.9.2007) 254(111)
 מור נ' ברק, רע"א 4447/07 (פורסם בנבו, 25.3.2010) 626(87), 626(80), 626(77), 618(25)
 מורד נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 866/78, פ"ד לד(2) 657 (1980) 756(10), 756(5)
 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, ע"א 9462/04, פ"ד ס(4) 13 (2005) 144(37), 144(32),
 147(54), 318(57), 618(22), 709(21), 710(28), 736(203), 737(214)
 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, בג"ץ 2557/05, פ"ד סב(1) 200 (2006) 353(47), 328(99),
 707(4), 710(28), 720(102), 724(124), 724(126), 725(126)
 726(144), 726(182), 733(191), 733(182)
 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, בג"ץ 4676/94, פ"ד נ(5) 15 (1996) 373(162), 233(36),
 373(164), 767(95), 768(100), 771(120), 773(139), 773(145)
 775(168), 775(169), 778(186)
 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, בג"ץ 3872/93, פ"ד מז(5) 485 (1993) 757(19)
 מיטירני נ' שר התחבורה, בג"ץ 337/81, פ"ד לז(3) 337 (1983) 111(30)
 מילוא נ' שר הביטחון, בג"ץ 2383/04, פ"ד נט(1) 166 (2004) 760(40), 760(10), 756(10),
 760(41), 763(71), 763(73), 768(99), 769(108)

- מילר נ' שר הביטחון, בג"ץ 4541/94, פ"ד מט(4) 94 (1995), 142, 142(14),
 142(17)–143(21), 153(99), 153(100), 155(112), 334(33),
 545(55), 569, 569(164), 569(167), 688(31), 709(23),
 796, 796(32), 803(86)
 מילשטיין נ' התובע הצבאי, רע"פ 4142/04, פ"ד סב(1) 378 (2006) 875(82)
 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, ע"א 9136/02, פ"ד נח(3) 934 (2004) 145(38), 335(41),
 573, 573(187), 573(188), 587, 603(371), 603(373)
 מירון נ' שר התחבורה, בג"ץ 287/69, פ"ד כד(1) 337 (1970) 773(144)
 מכבי מגן אגודה שיתופית לביטוח הדדי נגד מחלות בע"מ נ' שר האוצר,
 בג"ץ 7611/01 (פורסם בנבו, 20.8.2006) 386(22)
 מלחם נ' השופט השרעי, עכו והמחוזי, בג"ץ 49/54, פ"ד ח 950 (1954) 773(141), 773(143)
 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 7833/96, פ"ד נב(3) 586 (1998) 746(269)
 מנאע נ' רשות המיסים, בג"ץ 6824/07 (פורסם בנבו, 20.12.2010) 244(29), 307(20),
 313(44), 328(99), 336(47), 361(104)–362(106), 784(42)
 784(41), 787(24), 787(42)
 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, ע"א 2622/01, פ"ד נו(5) 309 (2003) 675(276)
 מנור נ' שר האוצר, בג"ץ 5578/02, פ"ד נט(1) 729 (2004) 145(38), 335(39), 574(340)
 574(197)–574(199), 756(10), 756(46), 758(179), 758(193), 758(2), 758(27), 758(28), 772(125), 774(150)
 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית, בג"ץ 2194/06 (פורסם
 בנבו, 20.6.2006) 722(114), 732(182), 733(184), 733(188), 734(188), 734(193),
 734(195), 734(230), 740(231), 740(235), 776(172), 778(181), 778(182)
 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל, ע"א 593/81, פ"ד מא(3) 169 (1987) 858(258), 820(7)
 מרדי נ' שר החקלאות, בג"ץ 5496/97, פ"ד נה(4) 540 (2001) 693(53)
 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, בג"ץ 5317/08 (פורסם בנבו, 21.7.2008) 733(191)
 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל,
 בג"ץ 840/79, פ"ד לד(3) 729 (1980) 876(90)
 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, בג"ץ 7111/95, פ"ד נ(3) 485 (1996) 139(2), 140(6),
 140(7), 141(9), 143(24), 143(25), 301(67), 314(46), 687(18), 687(23), 698(81), 700(88)
 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים, בג"ץ 8988/06 (פורסם בנבו, 27.12.2006) 251(86),
 710(28), 718(87), 740(230)
 משעור נ' חביבי, ע"א 809/89, פ"ד מז(1) 1 (1992) 616(6)
 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, בג"ץ 2458/01, פ"ד נז(1) 419 (2002) 643(10),
 643(10), 276(231), 269(191), 643(281)–644(110), 675(280), 675(281)

משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, בג"ץ 4293/01 (פורסם בנבו, 24.3.2009) (2)108,
(86)251, (37)335, (37)352, (92)360, (109)362,
(110)362, (117)363, (2)379, 651, (149)651–(152)652, (154)652,
(155)652, (158)653, (159)653, (161)653–(164)654, (166)654, 665,
(219)665–(229)667, (230)668, (233)668, (234)668, 677, (294)677,
(296)677–(298)677, (300)678, (316)680, 680, (319)680
משרד הפנים נ' קו לעובד, דנג"ץ 3860/11 (פורסם בנבו, 8.12.2011) (36)335, (181)657

נ

נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, בג"ץ 292/83,
פ"ד לח(2) 450 (1984) (5)756, (10)756, (16)757, (135)772, (150)774, (151)774,
נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 104/87, פ"ד מד(4) 749 (1990) (21)687
"נגב" – תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, ע"פ 107/73,
פ"ד כח(1) 640 (1974) (131)131
נבויק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 2888/97,
פ"ד נא(5) 193 (1997) (149)727, (57)317
נודלמן נ' שרנסקי, ע"א 89/04 (פורסם בנבו, 4.8.2008) (4.8)2008 (56)713, (38)711, (25)618
נוף נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, בג"ץ 205/94, פ"ד נ(5) 449 (1997) (54)147, (2)108
, 155, (113)155, (114)155, (44)246, (59)247, (42)312,
(20)709, (28)541, (27)541, 541, (32)334
נחמני נ' נחמני, דנ"א 2401/95, פ"ד נ(4) 661 (1996) (80)323, (3)303, (3)108, (2)108
, (36)335, (8)348, (131)367, 642, (101)642–(103)642,
(121)646, (121)646, (202)661, 661, (235)668, (278)675, (279)675, (187)733,
נחמני נ' נחמני, ע"א 5587/93, פ"ד מט(1) 485 (1995) (95)641–(93)640, 640
(121)646, (202)661, (235)668, (278)675
נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 226/04,
פ"ד נט(1) 515 (2004) (299)752, (290)750, 750
ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 6845/00, פ"ד נו(6) 663 (2002) (97)702
ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, ע"ב 2/84, פ"ד
לט(2) 225 (1985) (197)735, (222)274, (218)274, (148)206, (32)111, (38)58, 58
ניר נ' המועצה המקומית באר-יעקב, בג"ץ 421/77, פ"ד לב(2) 253 (1978) (198)816
ניר נ' יו"ר הכנסת, בג"ץ 1213/10 (פורסם בנבו, 23.2.2012) (105)254, (187)168, 168
(255)278, (44)335, (54)336, (75)696, (36)690,
נסר נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 8300/02 (פורסם בנבו, 22.5.2012) (39)246, (115)126
(42)246, (80)250, (46)314, (97)328, (54)337, (56)336, (36)690, (75)696

ס

סגל נ' שר הפנים, בג"ץ 217/80, פ"ד לד(4) 425 (1980) (187)733
סדרס נ' מדינת ישראל, רע"א 4990/98, פ"ד נד(5) 588 (2000) (11)782
סויסה נ' מדינת ישראל, בש"פ 2169/92, פ"ד מו(3) 338 (1992) (214)273, (205)272

סולודוך נ' עיריית רחובות, בג"ץ 10907/04 (פורסם בנבו, 1.8.2010) (48)247, (47)247
 ,761, (23)757, (46)336, (70)320, (60)318, (180)266, (65)248, (64)248
 (170)776, (161)775, (150)774, (80)764, 764, (73)763, (67)763, (59)762–(55)761
 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, בג"ץ 953/01 פ"ד נח(5) 595 (2004) (167)775, (230)740
 (175)777
 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, בג"ץ 1355/01 פ"ד נח(5) 595 (2004) (44)246, (48)146
 (57)318, (61)248
 סולומון נ' סולומון, ע"א 664/82 פ"ד לח(4) 365 (1984) (155)774, (151)774
 סולומון נ' סולומון, ע"א 7038/93 פ"ד נא(2) 577 (1995) (138)566, (136)566, 566
 (122)646, (100)642, (99)641, (97)641, 641, (26)631
 סוסצקין נ' מדינת ישראל, ע"פ 697/98 פ"ד נב(3) 289 (1998) (230)739, (226)738
 (183)778, (175)777
 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, בג"ץ 3412/91 פ"ד מז(2) 843 (1997) 843, (10)865
 (43)868, (32)144 (1997) 66 (5) נ"ד פ"ד 4804/94, בג"ץ 4804/94 פ"ד נ"ד (5) 66 (1997) 66
 (71)716, (56)713, (19)709, (1)707, (7)304, (54)147
 (230)739, (208)736, (135)725, (118)723, (116)722
 סטמקה נ' שר הפנים, בג"ץ 3648/97 פ"ד נג(2) 728 (1999) (34)335
 סילגדו נ' מדינת ישראל, ע"פ 4424/98 פ"ד נו(5) 529 (2002) (60)299, (104)124
 סיעת חד"ש – תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17,
 בג"ץ 2257/04 פ"ד נח(6) 685 (2004) (11)211, (7)210
 סלאח נ' שר הפנים, בג"ץ 4706/02 פ"ד נו(5) 695 (2002) (72)792, (53)789, (11)782
 (78)792, (77)792, (74)792
 סלאמה נ' שר הפנים, בג"ץ 2208/02 פ"ד נו(5) 950 (2002) (101)123
 סלומוטין נ' שר הבריאות, בג"ץ 11044/04 (פורסם בנבו, 27.6.2011) (43)335, (39)335
 , (274)586–(270)585, 585, (6)381, (81)358
 (135)837, (397)606, (391)604, (383)604, (378)603, (356)601
 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, בג"ץ 4776/06 (פורסם בנבו, 28.6.2006) (75)792
 סמירק נ' מדינת ישראל, ע"פ 6613/99 פ"ד נו(3) 529 (2002) (81)875, (45)868, (15)865
 סנקר נ' מדינת ישראל, ע"פ 9808/06 (פורסם בנבו, 29.7.2010) (79)874, (13)865, (10)865
 סנש נ' רשות השידור, בג"ץ 6126/94 פ"ד נג(3) 817 (1999) (54)147, (35)144, (32)144
 (123)256, (25)213, (24)213, (21)213, (20)213, (15)212
 (48)336, (71)321, (63)318, (57)318, 318, (32)310, (24)307, (11)305
 (11)708, (73)626, (36)620, 620, (21)618–(19)617, 617, (10)383
 (233)740, (230)739, (209)736, (149)727, (118)723, (57)713, (26)709
 סער נ' שר הפנים והמשטרה, בג"ץ 148/79 פ"ד לד(2) 169 (1979) (145)726
 (5)781, (239)741, 741, (191)733

ע

עגזרי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בג"ץ 7015/02 פ"ד נו(6) 352 (2002) (97)253
 (138)368, (77)343, (123)256
 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, בג"ץ
 (67)695, (24)143, (7)140 (2000) 164 (2) פ"ד נד(2) 1113/99

- עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, בג"ץ
 4112/99, פ"ד נו(5) 393 (2002) (25)143, (27)143, 541, (25)541, (26)541,
 (11)865, (198)735, (187)733, (140)726, (98)703, (51)693, (12)686, (65)554
- עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, בג"ץ 8276/05,
 פ"ד סב(1) 1 (2006) (115)126, 369, (145)369, (103)403
- עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, בג"ץ 7052/03,
 פ"ד סא(2) 202 (2006) (2)108, (3)108, 157, (117)157, (118)157, 158,
 (124)158, (125)158, (127)158–(131)159, (131)159–(134)159, (158)163, (156)163–(160)164,
 (160)164–(162)164, 165, (164)165, (165)165, (171)166–(167)165, (171)166–(167)165,
 167, 168, (184)168, (185)168, (100)194, (36)233, (25)243, (51)247,
 (54)247, (69)248, (70)248, (75)249, (126)256, (191)269, (57)297, 300,
 (16)305, (14)305, (11)305, (8)304, (4)303, (70)301, 301, (66)300, (65)300,
 (17)306, (22)307, (25)308, (27)308, (28)308, 310, (35)310–(37)311,
 312, (43)312, (50)315, (52)316, (89)325, (99)328, (27)334, (29)334,
 (34)335, (35)335, (44)335, (52)336, (54)336, (55)336, (82)343, (90)360,
 362, (107)362, (113)363, (121)364, 365, (127)365, (128)365, (103)403, 579,
 646, (124)646–(126)646, (129)646–(143)649, 650, (168)654, 658,
 (190)658, (193)659, 659, (200)660–(229)667, (230)668, (233)668, (234)668,
 (243)671, (245)671, (253)672–(255)672, (304)678, (306)679, (307)679,
 (312)679, (332)683, (36)690, (65)695, (173)731, (128)835
- עדין חברה לשיווק בע"מ נ' פלאטו שרון, ר"ע 451/85, פ"ד לט(3) 303 (1985) (6)781
 עודא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, בג"ץ 670/89, פ"ד מג(4) 515 (1989) (34)112
 עזבון גרינברג נ' גרינברג, ע"א 7210/96, פ"ד נב(4) 49 (1998) (36)180
 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים, ע"א 8126/07
 (פורסם בנבו, 3.1.2010) (4)380
- עזוז נ' עזר, ע"א 228/63, פ"ד יז 2541 (1963) (28)111
 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, בג"ץ 1890/03,
 פ"ד נט(4) 736 (2005) (10)756, (46)336, (69)320, (58)318, (53)146, (48)146,
 (127)772, (117)770, (46)760, 760, (22)757
 (39)787, 787, (150)774, (128)772
- עיריית חולון נ' משרד הפנים, בג"ץ 3718/04 (פורסם בנבו, 19.6.2007) (81)698, (53)693
 עיריית ירושלים נ' גורדון, ע"א 243/83, פ"ד לט(1) 113 (1985) (41)113, 113
 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, ע"א 1842/97,
 פ"ד נד(5) 15 (2000) (27)178
- עם כלביא נ' מפקד משטרת ירושלים, בג"ץ 6658/93, פ"ד מח(4) 793 (1994) (260)858
 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות,
 בג"ץ 3511/02, פ"ד נז(2) 102 (2003) (101)123
 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, בג"ץ 1067/08 (פורסם בנבו, 6.8.2009) (53)316,
 (52)761–(50)761, 761, (55)694, (36)690, (46)336, (38)335,
 793, (7)793, (34)796, 799, (54)799–(59)799, (61)799–(63)800, 801,
 (71)801, (89)803, (91)804, 805, (109)805, (110)805, 806, (116)806,
 (117)806, (119)806–(124)806, 811, (165)811, (195)815, (199)816, (203)816

- עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון,
 בג"ץ 4906/98, פ"ד נד(2) 503 (2000)
 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 4542/02, פ"ד סא(1) 346 (2006) 245,(35)
 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך, התרבות והספורט,
 בג"ץ 1554/95, פ"ד נ(3) 2 (1996) 146,(51), 263,(160), 265,(174), 564,(118)
 ,567, 793,(3), 793,(4), 794,(14), 794–(17), 795,(19), 795
 ,795,(21), 795,(26), 796,(27), 796,(37), 797,(81), 803, 803
 ,805,(84), 805,(101), 805,(102), 806,(116), 810,(150), 810
 ,811,(153), 810–(172), 812
 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ,
 רע"א 1684/96, פ"ד נא(3) 832 (1997) 383,(13)
 עמותת בצדק – מרכז אמריקני ישראלי לקידום צדק בישראל נ' המפקח הכללי של המשטרה,
 בג"ץ 2080/05 (פורסם בנבו, 14.1.2007) 858,(260)
 עמותת בצדק – מרכז אמריקני ישראלי לקידום צדק בישראל נ' שר הפנים,
 בג"ץ 1384/04, פ"ד נט(6) 397 (2005) 575,(205), 575,(206), 576,(210)
 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר, בג"ץ 366/03, פ"ד ס(3) 464 (2006)
 ,145, 145–(39), 145,(45), 146,(49), 148, 148,(60), 214,(33), 245,(35)
 ,246,(43), 250,(79), 256,(123), 276,(233), 284,(5), 293,(49), 306,(18)
 ,310, 310,(34), 334,(31), 335,(39), 336,(50), 352,(43), 571,(176), 576,(211)
 ,577–(215), 579,(225), 581, 587,(281), 599,(334), 600,(343), 600–(345)
 ,601,(356), 601,(358), 602,(361), 603,(375), 603,(381), 604,(391), 606
 ,606–(398), 608,(412), 610,(432), 613,(203), 736,(39), 787,(199), 831,(88)
 ,835,(118), 834,(120)
 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים,
 בג"ץ 5678/02 (פורסם בנבו, 9.3.2003) 580,(229)
 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, בג"ץ 494/03, פ"ד נט(3) 322 (2003) 108,(2)
 ,145,(38), 335,(39), 565,(128), 573,(193)
 ,573,(195), 574,(196), 599,(339)
 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, בג"ץ 672/87, פ"ד מב(4) 708 (1989) 781,(5)
 פ
 פוגל נ' רשות השידור, בג"ץ 112/77, פ"ד לא(3) 657 (1977) 110,(11), 133,(144), 133,(145)
 ,615,(2), 733,(189)
 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 99/51, פ"ד ו 341 (1952) 615,(2), 733,(189)
 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 9722/04 (פורסם בנבו, 7.12.2006) 314,(46), 328
 ,328,(100), 328,(36), 690,(68), 701,(92)
 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, בג"ץ 143/62, פ"ד יז 225 (1963) 630,(2), 629,(8)
 פורום ראשי המועצות הדרוזיות בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 7178/08 (פורסם בנבו, 18.11.2009) 690,(36)

- פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, בג"ץ 953/87, פ"ד מב(2) 309 (1988), (7)109, (32)111,
(7)756, (63)694, (22)687, (172)265
- פורת נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 1368/94, פ"ד נז(5) 913 (1994), (162)373, (170)375,
פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת-גן, ע"א 377/79,
פ"ד לה(3) 645 (1981) (18)110
- פינשטיין נ' ארגון מורי בתי-הספר העל-יסודיים, ע"א 25/71, פ"ד כה(1) 129 (1981), (7)820
פיצוי נמרץ, המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים נ' שר המשפטים,
בג"ץ 9596/02, פ"ד נח(5) 792 (2004), (269)746
- פלד נ' שרות בתי הסוהר, רע"ב 5493/06 (פורסם בנבו, 12.10.2010), (116)363, (32)710,
(175)731
- פלוני נ' אלמוני, ע"א 5942/92, פ"ד מח(3) 837 (1994), (38)245, (36)245, (42)113
(30)688, (318)680, (119)645, (90)639–(86)638, 638, (22)540, (21)540
- פלוני נ' דיין-אורבך, ע"א 751/10 (פורסם בנבו, 8.2.2012), (24)243, (19)241, (99)194
(48)336, (57)318, (26)308, (11)305, (86)251, (66)248
(43)621, (32)619, 619, (25)618, (22)536, (122)364, (85)344
(87)628, (80)627, (77)626, (75)626, (72)626, (71)626, (44)621
(69)715–(67)715, (55)713, (43)711, (39)711, (32)710, (88)628
(203)736, (94)719, (93)719, 719, (79)717, (74)716
- פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל אביב יפו,
על"ע 663/90, פ"ד מז(3) 397 (1993), (25)287
- פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"א 232/85, פ"ד מ(1) 1 (1986), (335)683, (36)632
פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"א 488/77, פ"ד לה(3) 421 (1978), (43)633, (41)633
פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"א 7155/96, פ"ד נא(1) 160 (1997), (71)248, (49)247
(24)541, (23)541, 541, (37)335, (34)335, (73)249
(302)678, (123)646, (105)643, (104)642, 642
- פלוני נ' מדינת ישראל, בש"פ 7053/01, פ"ד נו(1) 504 (2002), (5)381, (21)213
פלוני נ' מדינת ישראל, בש"פ 8823/07 (פורסם בנבו, 11.2.2010), (16)306, (115)126
(59)871, (58)871, (56)871, 871, (52)870, (50)869, (79)343
(111)879, (111)879, (78)874, (75)873
- פלוני נ' מדינת ישראל, בש"פ 92/00, פ"ד נד(4) 240 (2000), (4)380
פלוני נ' מדינת ישראל, ע"פ 2717/08 (פורסם בנבו, 15.4.2010), (202)849
פלוני נ' פלוני, ע"א 2266/93, פ"ד מט(1) 221 (1995), (91)639, 639, (44)634, (94)253
(125)772, (17)757, (10)756, (334)683, (120)645, (92)639
(198)816, (153)772, (149)772, (137)772, (130)772
- פלוני נ' פלונית, בג"ץ 2123/08, פ"ד סב(4) 678 (2008), (75)249, (70)248
(148)651, (147)651, 651, (83)344, (35)335, (86)251
(323)381, (322)681, (231)668
- פלוני נ' פלונית, בע"מ 9607/03, פ"ד סא(3) 726 (2006), (30)632
פלוני נ' פלונית, ע"א 121/79, פ"ד לד(2) 253 (1979), (292)676
פלוני נ' פלונית, ע"א 212/85, פ"ד לט(4) 309 (1985), (292)676

- פלוני נ' פלונית, ע"א 3798/94, פ"ד נ(3) 133 (1996)
 פלוני נ' שר הביטחון, דנ"פ 7048/97, פ"ד נד(1) 721 (2000)
 (191)269, (22)242, (42)181
 (45)217, (27)213, (15)212
 (5)381, (76)343
- פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, בע"מ 377/05, פ"ד
 (2005) 124 (1) ס(1)
 (44)634, (34)335, (191)269, (72)248, (69)248
 (303)678, (285)675, (121)646, (115)645, 645
- פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה, בג"ץ 6650/04, פ"ד סא(1) 581 (2006)
 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, בג"ץ 2232/03
 (29)632
 פ"ד סא(3) 496 (2003)
- פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, בג"ץ 1435/03, פ"ד נח(1) 529
 (2003)
 (149)370, (67)320, (65)319, 319, (55)296—(52)295
- פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"א 1165/01, פ"ד נז(1) 69 (2002)
 פלונית נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, בג"ץ 5413/07, פ"ד סב(2) 856 (2007)
 פלונית נ' משרד הבריאות, בג"ץ 4077/12 (פורסם בנבו, 5.2.2013)
 (135)837
 (61)318, (5.2.2013)
 (234)668, (213)664, 664, (207)662—(203)661, (201)660
 (174)731, (286)676, (284)675, (237)668, (236)668
- פלונית נ' פלוני, דנ"א 6041/02, פ"ד נח(6) 246 (2004)
 פלונית נ' פלוני, ע"א 3077/90, פ"ד מט(2) 578 (1995)
 (35)679, (109)643, (108)643
 (39)246, (44)216, (28)213
 (29)541, 541, (41)352, (40)352, (11)305, (191)269, (68)248
 (218)664, (119)645, (98)641, (96)641, 641, (25)631, (30)541
- פלונית נ' פלוני, ע"א 548/76, פ"ד לה(1) 736 (1980)
 פלונית נ' פלוני, רע"א 3009/02, פ"ד נו(4) 872 (2002)
 (38)112
 (314)679, (313)679, (107)643, (106)643
- פלונית נ' פלוני, רע"א 8256/99, פ"ד נח(2) 213 (2003)
 פלונית נ' שר הבריאות, בג"ץ 5637/07 (פורסם בנבו, 15.8.2010)
 (27)631
 (248)582, 582, (43)335
 (377)603, (335)599, (249)582
- פלוס נ' חלוץ, ע"א 5653/98, פ"ד נה(5) 865 (2001)
 פסטיבל למוסיקה אבו גוש, קרית ענבים נ' שר החינוך והתרבות, בג"ץ 175/71
 (122)771
 פ"ד כה(2) 821 (1971)
- פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, בג"ץ 1031/93, פ"ד מט(4) 661 (1995)
 פקיד השומה, ת"א נ' תכנון המים לישראל בע"מ, ע"א 245/73
 (13)757
 פ"ד כט(1) 172 (1974)
- פרוויאנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, רע"א 8821/09
 (10)686
 (פורסם בנבו, 16.11.2011)
- פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, רע"א 1367/95
 (59)694
 פ"ד מט(3) 28 (1995)
- פרחי נ' מדינת ישראל, ע"פ 4988/08 (פורסם בנבו, 1.8.2011)
 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים
 של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, ע"א 524/88
 (269)746
 (50)869, (8)865, (49)336
 (25)110, (18)110
 פ"ד מה(4) 529 (1991)

פריג' נ' "כל הזמן", רע"א 2572/04 (פורסם בנבו, 16.8.2008) (203)736, (32)710, (25)618
 פריד נ' משטרת ישראל, בג"ץ 10271/02, פ"ד סב(1) 106 (2006) (25)618
 פרמינגר, הנאמן על נכסי חוה ויוסף מור, פושטי רגל נ' מור,
 ע"א 3295/94, פ"ד נ(5) 111 (1997) (44)246, (15)212
 פרץ נ' כפר שמריהו, בג"ץ 262/62, פ"ד טז 2106 (1962) (125)772, (10)756

צ

ציטריין נ' שר המשפטים, בג"ץ 5771/93, פ"ד מח(1) 661 (1993) (153)728, (149)727
 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, בג"ץ 188/96, פ"ד נב(3) 721 (1998) 617
 (17)617, (16)617
 צמח נ' שר הביטחון, בג"ץ 6055/95, פ"ד נג(5) 241 (1999) (77)396, 396, (115)126

ק

ק.א.ל. קווי אוויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, בג"ץ 1703/92,
 פ"ד נב(4) 193 (1998) (99)704, (53)693, (49)693, (40)692
 קאופמן נ' שר הפנים, בג"ץ 111/53, פ"ד ז 534 (1953) (9)781, (6)781
 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, ע"א 1303/09
 (פורסם בנבו, 5.3.2012) (4)380, (33)310, (17)306
 קו לעובד נ' משרד הפנים, בג"ץ 11437/05 (פורסם בנבו, 13.4.2011) (53)247, (52)247
 ,655, (7)382, (6)381, (2)379, (36)335, (196)271, (191)270, (74)249
 , (239)670, 670, (230)668, (180)657—(175)655—(173)655
 (317)680, (283)675, (246)671
 קואס נ' שר התחבורה, בג"ץ 234/51, פ"ד ו 1192 (1952) (255)857, 857, (7)820
 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, בג"ץ 5319/97, פ"ד נא(5) 67 (1997) (17)865
 קוויטנסקי נ' הממונה על מחוז ירושלים, בג"ץ 71/49, פ"ד ד 815 (1950) (10)686
 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, בג"ץ 164/97,
 פ"ד נב(1) 289 (1998) (90)876, (365)602, (16)548, 548, (13)348, (210)272
 קופרברג נ' פקיד השומה, חיפה, ע"א 527/76, פ"ד לא(2) 138 (1977) (10)686
 קורן נ' ארגוב, ע"א 10281/03 (פורסם בנבו, 12.12.2006) (71)626, (25)618, (58)318
 (203)736, (52)712, (28)710, (74)626
 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, בג"ץ 355/79, פ"ד לד(3) 294 (1980) (38)112, 112
 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, ע"א 165/82, פ"ד לט(2) 70 (1985) (37)180
 קידום יזמות ומו"לות נ' רשות השידור, בג"ץ 606/93, פ"ד מח(2) 1 (1994) (4)707, (3)707
 , (9)708, (118)723, (172)731, (175)731, (191)733, (202)735, (205)736
 , (270)746, 746, (261)744—(257)744, 743, (230)739, (222)738
 (305)752, (302)752, 752, (289)750—(286)749, 749
 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, בג"ץ 372/84, פ"ד לה(3) 233 (1984) (69)715
 קניאל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 9333/03, פ"ד ס(1) 277 (2005) (85)324
 קניאל נ' שר המשפטים, בג"ץ 148/73, פ"ד כג(1) 794 (1973) (131)131
 קניג נ' כהן, ד"נ 40/80, פ"ד לו(3) 701 (1982) (39)180

קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, בג"ץ 6698/95, פ"ד נד(1) 258 (2000) 271(199), 275(224),
 (63)694, (11)686
 קר"ן – עמותת קטועי רגליים לוחמים נ' מדינת ישראל, בג"ץ 9863/06 (פורסם בנבו,
 (28.7.2008) (36)690, (39)691, (42)692, (54)693, (107)705
 קרית – ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 4253/02 (פורסם בנבו,
 (17.3.2009) (2)108, (43)335, 580, (236)580–(238)581
 קרית נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 242/63, פ"ד יח(3) 477 (1964) (9)865
 קרן אסטריד סנצ'ס נ' משרד הפנים, עע"מ 9094/09 (פורסם בנבו, 4.3.2013) (6)382
 קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות, בג"ץ 8335/09 (פורסם בנבו, 16.2.2012) 588,
 (135)837, (360)602, (286)588, (285)588
 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, בג"ץ 47/82,
 פ"ד מז(2) 661 (1989) (18)757
 קרסיק נ' מדינת ישראל, בג"ץ 2390/96, פ"ד נה(2) 625 (2001) 124(104), 395(73), 395(74)

ר

ראונדנאף נ' חכים, ע"א 507/79, פ"ד לו(2) 757 (1982) (10)686
 ראיך נ' שירות בתי הסוהר, רע"ב 4201/09 (פורסם בנבו, 24.3.2010) (46)336, (84)344,
 (160)775, (74)763, (54)761, (53)761, 761
 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, ע"א 105/92,
 פ"ד מז(5) 189 (1993) (62)248, (86)191, (54)147, (32)144
 (23)385, 539, (16)539, (17)539, (10)708, (19)709, (56)713,
 (256)743, (199)735, (198)735, (140)726
 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית,
 בג"ץ 3969/06 (פורסם בנבו, 22.10.2009) (29)785
 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בג"ץ 9593/04, פ"ד סא(1)
 (76)792, (51)789, (39)787, (29)785 (2006) 844
 רגן נ' משרד התחבורה, בג"ץ 746/07 (פורסם בנבו, 5.1.2011) (36)690, (95)361, (48)353
 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, בג"ץ 141/82, פ"ד לז(3) 141 (1983) (132)131
 רובינשטיין נ' שר הביטחון, בג"ץ 3267/97, פ"ד נב(5) 481 (1998) (126)772
 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, ע"א 450/70, פ"ד כו(1) 129 (1971) 109(5)–(7)109, (172)265,
 (159)774, (132)772, (100)768, (98)768, (10)756, (5)756
 (164)775, (159)774, (132)772, (164)775
 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, בג"ץ 51/69, פ"ד כד(1) 704 (1970) (10)686,
 (164)775
 רזונשטיין נ' מדינת ישראל, ע"פ 4596/05, פ"ד ס(3) 353 (2005) (79)343
 רוחאב חברה לנכסים בע"מ נ' אחים דניץ בע"מ, ע"א 8438/09
 (פורסם בנבו, 19.4.2012) (187)733
 רוט נ' מדינת ישראל, ע"פ 3426/94, פ"ד מט(4) 837 (1995) (269)746
 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, ע"א 8622/07 (פורסם בנבו,
 (14.5.2012) (79)323

רופאיזון נ' שר הפנים, בג"ץ 72/62, פ"ד טז 2428 (1962)
 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, בג"ץ 4634/04, פ"ד סב(1) 762 (2007) 361(100),
 (5)381, (65)554, (228)579, (230)580, (231)580, (375)603
 רוקר נ' סלומון, רע"א 6339/97, פ"ד נה(1) 241 (1999)
 (44)182, (35)180
 (79)323, (41)312, (21)242
 רייש נ' מדינת ישראל, בש"פ 3703/94 (פורסם בנבו, 3.7.1994)
 (16)865
 רינת נ' רום, ע"א 6871/99, פ"ד נו(4) 72 (2002)
 (21)213, (54)147, (36)144, (32)144
 (40)246, (17)241, (16)240, 240, (66)220, (38)215, (32)214
 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית, בג"ץ 1912/97, פ"ד נב(5) 650 (1998)
 (21)709, (87)628, (79)626, (22)618, (30)334, (23)307, 307, (14)305, (8)304
 רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, בג"ץ 60/77
 (164)775, (162)774
 פ"ד לא(2) 556 (1977)
 רסלר נ' כנסת ישראל, בג"ץ 6298/07 (פורסם בנבו 21.2.2012)
 (131)131
 (186)168, 168, (115)126
 (42)352, (44)335, (6)285
 רפאל נ' שר האוצר, בג"ץ 7871/07 (פורסם בנבו, 6.2.2011)
 (36)690
 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 6051/95, פ"ד נא(3) 289 (1997)
 (42)692, (39)691
 (63)694, (54)693, (50)693
 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, דנג"ץ 4191/97, פ"ד נד(5) 330 (2000)
 (169)843
 רשם החברות נ' כרדוש, ד"נ 16/61, פ"ד טז 1209 (1962)
 (13)820
 רשמת העמותות נ' כהנא, ע"א 1282/93, פ"ד מז(4) 100 (1993)
 (215)851, 851
 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', ע"א 4534/02, פ"ד נח(3) 558 (2004)
 (35)144, (32)144
 (22)618, (57)318, (47)247, (41)246, (54)147, (37)144
 (214)737, (118)723, (21)709, (19)709, (87)628, (80)626, (77)626

ש

ש.י.ן. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, בג"ץ 5432/03, פ"ד
 נח(3) 65 (2004)
 (24)709, (3)380, (93)360, (115)156, (54)147, (34)144
 (203)736, (202)735, (180)732, (175)731, (118)723, (56)713
 (230)740, (228)739, (223)738, (210)736
 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, ע"א 6024/97, פ"ד נג(3) 600 (1999)
 (47)146
 (112)363, (46)336, (61)318, (57)318, (216)273, (103)253, (48)146
 (150)774, (121)771, (62)762, (37)759–(35)759, 759, (18)617, 617
 (187)778, (175)777, (166)775, (154)774
 שביט נ' חנן, ע"א 573/68, פ"ד כג(1) 516 (1969)
 (257)858, (7)820, (19)757, (230)739
 שגב נ' בית הדין הרבני האזורי, צפת, בג"ץ 130/66, פ"ד כא(2) 505 (1967)
 (125)129
 (159)774, (132)772, (10)756
 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 453/94, פ"ד מח(5) 501 (1994)
 (7)140
 (30)688, (191)269, (173)265, (111)155, (25)143, (24)143
 (25)709, (66)695, (56)694, (32)689
 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, בג"ץ 2671/98
 (19)687, (231)276, (24)143
 פ"ד נב(3) 630 (1998)
 (99)704, (98)703, (67)695, (56)694

- ,(27)143 (2001) 817 (4) נה"פ, 1163/98 בג"ץ, שירות בתי הסוהר, שדות נ' שירות בתי הסוהר, בג"ץ 1163/98, נה"פ (4) 817 (2001), (27)143, (50)146, (27)243, (28)243, (31)310, (5)381, (829), (72)829, (74)829, (76)829, (108)834, (184)846, שותפות המגדלים אעבלין נ' המועצה המקומית אעבלין, בג"ץ 4264/02 (פורסם בנבו, (12.12.2006 (34)351
- שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ 3512/04, פ"ד נט(4) 70 (2004) (38)145, (39)335, (337)599, (202)575, (203)575, (57)247
- שחם נ' רוטמן, ע"א 1182/90, פ"ד מו(3) 330 (1992) (135)772
- שטנגר נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 537/81, פ"ד לה(4) 673 (1981) (36)233
- שטנגר נ' ראש ממשלת ישראל, בג"ץ 6924/00, פ"ד נח(2) 485 (2001) (26)688, (10)686
- שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, בג"ץ 301/63, פ"ד יח(1) 598 (1964) (79)874, (49)869, (49)336
- שי נ' מדינת ישראל, ע"פ 9956/05 (פורסם בנבו, 4.11.2009) (159)774, (132)772
- שי"ק נ' היועץ המשפטי לממשלה, ע"א 448/72, פ"ד כז(2) 3 (1973) (פורסם בנבו, 11.11.2008) 10845/06
- שיין נ' שר הביטחון, בג"ץ 734/83, פ"ד לח(3) 393 (1984) (107)769
- שירי נ' מדינת ישראל, ע"פ 2695/93 (פורסם בנבו, 28.7.1993) (202)849
- שליט נ' פרס, בג"ץ 1601/90, פ"ד מד(3) 353 (1990) (149)727, (147)727, (63)714
- שליט נ' שר הפנים, בג"ץ 58/68, פ"ד כג(2) 429 (1970) (189)733, (184)733
- שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, בג"ץ 6784/06 (פורסם בנבו, 12.1.2011) (66)393
- שמאי נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 7012/93, פ"ד מח(3) 25 (1994) (255)278, (74)696, (36)690, (56)336, (54)337
- שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, בג"ץ 680/88, פ"ד מב(4) 617 (1989) (149)727, (32)111
- שפר נ' מדינת ישראל, ע"א 506/88, פ"ד מח(1) 87 (1993) (226)275, (2)107, (38)58
- שקדיאל נ' השר לענייני דתות, בג"ץ 153/87, פ"ד מב(2) 221 (1988) (90)346, (28)334, (89)325, (87)324, (82)324, (21)307
- (10)686
- ת.ל. חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור, בג"ץ 10182/03, פ"ד נט(3) 409 (2004) (166)730
- תורג'מן נ' מדינת ישראל, ע"פ 10994/08 (14.5.2009) (139)726
- תורק נ' מדינת ישראל, ע"פ 1292/06 (פורסם בנבו, 20.7.2009) (82)875, (50)869
- תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, בג"ץ 3792/95, פ"ד נא(4) 259 (1997) (54)693, (53)693
- תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 729/10 (פורסם בנבו, 24.5.2012) (168)374, (175)376, (171)375
- תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 142/89, פ"ד מד(3) 529 (1990) (37)180, (171)138, (126)129
- תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 7128/96, פ"ד נא(2) 509 (1997) (18)539, (175)777, (20)757, (10)756, (2)755, (230)739
- תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בג"ץ 15/96, פ"ד נ(3) 397 (1996) (269)746, (263)745

פסקי דין של בתי הדין לעבודה

- אורן – דניה סיבוס חברה לבניה בע"מ, ע"ע 300019/98, (פורסם בנבו, 7.7.2004) 825(55),
 (191)847, 847, (171)844, (164)842, (114)834, (56)825
 איסקוב ענבר – מדינת ישראל, הממונה על חוק עבודת נשים,
 (62)827 ע"ע (ארצי) 90/08 (פורסם בנבו, 8.2.2011)
 אלטורי קאיד – המוסד לביטוח לאומי, עב"ל 136/09 (פורסם בנבו, 8.3.2010) 581,
 (247)581–(245)581, (243)581
 בנק דיסקונט בע"מ – ההסתדרות הכללית החדשה, הסתדרות המעו"ף,
 (276)860 עס"ק 1013/04, פד"ע מ 337 (2005)
 ברמן – קונדוטוריית פילאס, ע"ע 440/99, פד"ע לז 807 (2002) (171)570
 ד"ר אבין – מכבי שירותי בריאות, ע"ע (ארצי) 1504/04 (פורסם בנבו, 8.3.2005) (202)849
 דיזנגוף קלאב בע"מ – זואלי, ע"ע (ארצי) 33680-08-10 (פורסם בנבו, 16.11.2011) 837,
 (194)847, (141)837, (140)837
 "דלק" חברת הדלק הישראלית – הסתדרות העובדים הכללית, אגף לאיגוד מקצועי,
 (239)855, (216)851 דב"ע 4-10/98 פד"ע לג 338 (1998)
 דמארי – לשכת התעסוקה, רמת גן, ע"ע 1067/01 (פורסם בנבו, 16.7.2003) 571, (174)571,
 (175)571
 ההסתדרות הכללית – מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, דב"ע נז/41-27,
 (105)833, (99)832, (98)832, (94)832, 832, (41)388 פד"ע ל 449 (1997)
 (268)859, (260)858, (259)858
 ההסתדרות הכללית של העובדים – עיריית תל-אביב, דב"ע שם/18-4,
 (11)820 פד"ע יב 52 (1980)
 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י – התעשייה האווירית לישראל בע"מ, דב"ע נד/1-4,
 (70)828, 828, (60)826, (58)826, (55)825 פד"ע כט 601 (1996)
 (105)833, (84)831–(77)829, 829, (71)828
 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, מועצת פועלי באר-שבע – מפעלי ים המלח
 (281)861 בע"מ, דב"ע מא/4-18, פד"ע יד 225 (1983)
 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, עס"ק 1008/00,
 (219)852, (112)834 פד"ע לה 145 (2000)
 המועצה המקומית טירת הכרמל – וידר, מג/3-64, פד"ע טז 291 (1985) (12)820
 ההסתדרות הכללית – בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, דב"ע נג/4-4,
 (275)860 פד"ע כה(1) 367 (1995)
 הסתדרות המעו"ף, ההסתדרות הכללית החדשה – חברי המועצות הדתיות ס"ק (ארצי) 56/09
 (פורסם בנבו, 4.4.2012) 838, (142)838, (143)838, (164)842, (193)847, (196)848
 הסתדרות העובדים החדשה, האיגוד הארצי לקציני ים – צים חברת השייט הישראלית בע"מ,
 (190)847, (103)833–(100)833, 833, (58)826 עס"ק 400024/98, פד"ע לו 97 (2000)
 הסתדרות העובדים הכללית – אי.סי.איי. טלקום בע"מ, עס"ק 1003/01,
 (183)845, (103)833, (60)826, (58)826 פד"ע לו 289 (2001)

- הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אלביט מערכות אלקטרו-אופטיקה בע"מ, עס"ק 68-09 (פורסם בנבו, 29.11.2011) (196)848
- הסתדרות העובדים הכללית החדשה, האגף להתאגדות עובדים – פלאפון תקשורת בע"מ, עס"ק 25476-09-12 (פורסם בנבו, 2.1.2013) (145)838, (144)838, 838
- הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות העובדים הלאומית בישראל, סב"א 50718-07-10 (פורסם בנבו, 17.11.2010) (219)852, 853, (226)853, (227)853, (240)855, (241)855, (248)856, (270)859
- הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות עובדי המדינה – הוועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים, מדינת ישראל, עס"ק 400005/98, פר"ע לה 103 (2000) (268)859, (259)858, (60)826
- הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מדינת ישראל, משרד התחבורה, עס"ק 57/05 (פורסם בנבו, 3.3.2005) (248)856, (242)855, (237)854
- הסתדרות העובדים הכללית החדשה האגף להתאגדות עובדים – כוח לעובדים ארגון דמוקרטי, סב"א (ארצי) 32690-10-10 (פורסם בנבו, 20.1.2011) (228)853
- הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות חשמל, המתכת והאלקטרוניקה – תדיראן מערכות בע"מ, ע"ע 742/05 (פורסם בנבו, 13.12.2005) (278)861, (277)861, (268)859
- ועד עובדי קצא"א – חברת קצא"א בע"מ, לז/4-3, פר"ע ח 421 (1977) (8)820
- ועד עובדי רכבת ישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, סב"א 9685-07-152 (פורסם בנבו, 15.7.2012) (229)853, 853
- ועד עובדי תחזוקה ישירה באל-על – אל-על בע"מ, ע"ע לב/4-6, פר"ע ג 393 (1972) (8)820
- ועד פועלי החברה לכבלים ולחוטי חשמל בישראל – החברה לכבלים ולחוטי חשמל בישראל, דב"ע לא/4-4, פר"ע ד 122 (1972) (8)820
- זפרן – האקדמיה לאמנות ולעיצוב "בצלצאל", ע"ע 1828-10-11 (פורסם בנבו, 28.11.2012) (55)825
- ח'אטר – סלטקס טקסטיל, דב"ע נו/3-282, פר"ע לא 322 (1996) (139)566, 566, (106)834, (141)566
- חביב – ק.א.ל., קווי אוויר למטען בע"מ, ע"ע 56/10 (פורסם בנבו, 24.3.2010) (252)857, (222)852
- חברת תרכובות ברום בע"מ – ההסתדרות הכללית, מועצת פועלי באר-שבע, נב/4-2, פר"ע כז 456 (1991) (10)820
- חסיד – המוסד לביטוח לאומי, דב"ע נו/4-265 (פורסם בנבו, 1.9.1997) (106)834, (143)567
- טוילי – דהרי, ע"ע 1054/01, (פורסם בנבו, 24.4.2002) (171)570
- טועמה – טכנו גומי ליסיצקי בע"מ, דב"ע (ארצי) נג/3-17, פר"ע כה 227 (1992) (41)388
- כח לעובדים, ארגון עובדים דמוקרטי – עמותת סינמטק ירושלים, ארכיון ישראלי לסרטים, עס"ק (ארצי) 64/09 (פורסם בנבו, 2.7.2009) (278)861
- לויזן – רשות השידור, ע"ע 359/99, פר"ע לו 400 (2001) (95)832, (60)826, (58)826, (183)845, (163)842, (115)834, (103)833
- לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, סק"כ 8375-11-11 (פורסם בנבו, 2.2.2012) (268)859

- לינדר – ארגון נכי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל (עמותה),
 ע"ע 355/99, פד"ע לז 846 (2002)
 (207)850
- מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, תב"ע נב/4-9,
 פד"ע כה(1) 171 (1992)
 (278)861
- מדינת ישראל, משרד הבריאות ומשרד האוצר – ההסתדרות הרפואית בישראל,
 סק"כ 722-09-11 (פורסם בנבו, 4.11.2011) (111)834, 837, (138)837, (139)837,
 (173)844, (172)844, 844, (164)842
 (192)847, 847 (20.2.2006) (פורסם בנבו, 20.2.2006)
 מועצת פועלי רמת-גן וגבעתיים – "אלקו" בע"מ, דב"ע לז/4-13,
 פד"ע ט 113 (1977)
 (282)861, (259)858, (8)820
- נסימי – מוטי, ע"ע (ארצי) 230/07 (פורסם בנבו, 27.8.2007)
 (202)849
- עיריית גבעתיים – ברקוביץ, ע"ע 1406/02 (פורסם בנבו, 4.10.2006)
 (253)857
- עיריית לוד – דהן, ע"ע 1242/04 (פורסם בנבו, 28.7.2005)
 (106)834, (208)576, 576
- עמוס – המוסד לביטוח לאומי, עב"ל 94/03 (פורסם בנבו, 8.6.2004)
 (190)573, 573
 (106)834, (192)573
- "עמית", הסתדרות עובדי מכבי – ההסתדרות הכללית החדשה, נה/4-30,
 פד"ע כט 61 (1995) (67)828, 828, (68)828, (217)851, (227)853,
 (266)858, (241)855, (231)853
- פלונית – חברה אלמונית בע"מ, דב"ע נו/3-293, פד"ע לא 209 (1997)
 (202)849
- פלונית – פלוני, ע"ע (ארצי) 274/06 (פורסם בנבו, 26.3.2008)
 (202)849
- פלונית – פלוני, ע"ע (ארצי) 40496-05-10 (פורסם בנבו, 2.1.2012)
 (202)849
- פלסטין פוסט בע"מ – ג'אנה, דב"ע נג/3-223, פד"ע כז(1) 436 (1994)
 (58)826
- קייסי – אופיר ש. ארנוזה בע"מ דב"ע נה/3-264 (פורסם בנבו, 9.1.1996)
 (96)832, (97)832, (105)833, (113)834, (162)842, 844,
 (204)849, (189)847, (188)846, 846, (170)844
- רחום – האוניברסיטה העברית בירושלים, דב"ע (ארצי) מב/3-63, פד"ע יג 412
 (254)743 (פורסם בנבו, 2.1.2008)
- שירותי בריאות כללית – הסתדרות העובדים הכללית החדשה,
 עס"ק 1017/04 (פורסם בנבו, 16.5.2005)
 (260)858
- שקט – ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, דב"ע מה/5-2, פד"ע יז 140 (1985)
 (11)820

פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים

- דורון נ' טריינין-גורן, ע"פ (י-ם) 546/92, פ"מ התשנ"ד(1) 441 (1993)
 (11)617
- פדרמן נ' טרנר, ע"א (י-ם) 28/95, פ"מ התשנ"ו(1) 411 (1995)
 (11)617

פסיקה זרה**אוסטרליה**

Attorney General (NSW) v. Brewery Employees Union of NSW (Union Label), (1908) 6 C.L.R. 469	173(4)
Australian Capital Television Pty Limited v. Commonwealth, (1992) 177 C.L.R 106	286(16)
Australian National Airways Pty Ltd v. Commonwealth, (1945) 71 C.L.R. 29	205(146)
Cunliffe v. Commonwealth, (1994) 182 C.L.R 272	286(16)
Kruger v. Commonwealth, (1997) 190 C.L.R 1	286(16)
Lange v. Australian Broadcasting Corp., (1997) 189 C.L.R 520	286(16)
Levy v. Victoria, (1997) 189 C.L.R 579	286(16)
McGinty v. Western Australian, (1996) 186 C.L.R. 140	286(16)
Nationwide News Pty Limited v. Wills, (1992) 177 C.L.R 1	286(16)
Re Wakin, (1999) 73 A.J.L.R. 839	199(127)
Stephens v. West Australian Newspapers Limited, (1994) 182 C.L.R 211	286(16)
Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd., (1994) 182 C.L.R 104	201(130), 286(16)

אנגליה

A.G. v. Prince Ernest Augustus of Hanover, [1957] A.C. 436	401(95)
Al-Skeini v. Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 26	403(103)
Edwards v. Attorney General of Canada, [1930] A.C. 124 (P.C.)	205(143)
Minister of Home Affairs v. Fisher, [1980] A.C. 319 (P.C.)	174(11), 205(145)

ארצות הברית

Adamson v. California, 332 U.S. 46 (1947)	415(47), 420(69)
Adarand Constructors v. Pena, 515 U.S. 200 (1995)	422(80)
Aptheker v. Secretary of State, 378 U.S. 500, 520 (1964) (U.S.)	785(30)
Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002)	429(125)
Autry v. McKaskie, 465 U.S. 1085 (1984)	424(92)
Beard v. Banks, 548 U.S. 521 (2000)	421(74)
Brinegar v. United States, 338 U.S. 160 (1949)	419(69)
Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)	429(125)
Brown v. Plata, 131 S. Ct. 1910 (2011)	421(79), 427, 427(116), 427(117)
Brown v. Walker, 161 U.S. 591 (1896)	415(43), 415(44)
Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927)	415, 415(45), 415(46)
Bumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008)	403(103)
California v. Goldfarb, 430 U.S. 199 (1977)	421(80)
Campaign For Fiscal Equity v. State of New York, 100 NY 2d 893 (2003)	354(50)

Campaign for Fiscal Equity v. State of New York, 869 NY 2d 50 (2006)	354(50)
Carter v. Illinois, 329 U.S. 173 (1946)	419(69)
Chisholm v. Georgia, 2 U.S. 419 (1793)	415, 415(42)
Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971)	421(73)
Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990) 422(80), 423(86)	
Davidson v. Cannon, 474 U.S. 344 (1986)	424(92)
DeGarmo v. Texas, 474 U.S. 973 (1985)	424(92)
Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189 (1989)	350(30)
Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988)	421(76)
Duncan v. Kahanamoku, 327 U.S. 304 (1946)	419(67), 419(68)
Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97 (1976)	421(79)
Fay v. New York, 332 U.S. 261, 282 (1947)	178(24)
Florence v. Board of Chosen Freeholders, 566 U.S. 132 S. Ct. 1510 (2012)	421(75)
Frank v. Maryland, 359 U.S. 360 (1959)	420(70)
Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)	221(85), 221(86), 423, 423(88), 423(89)
Gertz v. Welch, 418 U.S. 323 (1974)	421(74)
Glass v. Louisiana, 471 U.S. 1080 (1985)	424(92)
Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942)	416, 416(51), 416(52)
Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970)	423(86)
Gompers v. United States, 233 U.S. 604 (1914)	206(150)
Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007)	422(80), 426, 426(110), 427, 427(112)
Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976)	221(85), 424, 424(90), 424(91)
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)	286(13), 360(88), 410(15), 413, 413(31), 413(32), 424, 429(125)
Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U.S. 88 (1976)	423(86)
Harris v. United States, 331 U.S. 145 (1947)	419(69)
Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States, 379 U.S. 241 (1964)	421(80)
Hewitt v. Helms, 459 U.S. 460 (1983)	421(79)
Homma v. Patterson, Secretary of War, 327 U.S. 759 (1946)	418, 418(65), 418(66)
Hope v. Pelzer, 536 U.S. 730 (2002)	421(79)
Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006)	421(75)
Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517 (1984)	421(79)
In re Yamashita, 327 U.S. 1 (1946)	418, 418(63), 418(64)
Indiana v. Edwards, 554 U.S. 164 (2008)	421(77)
Irvin v. Dowd, 366 U.S. 717 (1961)	421(78)
Irvine v. California, 347 U.S. 128 (1954)	420(70)
J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B., 511 U.S. 127 (1994)	422(80), 425, 425(99), 425(100)
Jackson v. City of Joliet, 715 F.2d 1200 (1982)	350(29)

Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763 (1950)	420(70)
Jones v. Barnes, 463 U.S. 745 (1983)	424(92)
Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008)	421(79)
Kent v. Dulles, 357 U.S. 116, 126 (1958)	785(29)
Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)	417, 417(59), 417(60)
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)	422(80), 426, 426(105)–426(107)
Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)	187(64)
Louisiana ex. rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947)	419(69)
Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)	681(321)
Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)	128(119)
McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316, 407 (1819)	174(7)
McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 3025 (2010)	422(80)
McKaskle v. Wiggins, 465 U.S. 168 (1984)	421(77)
McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943)	416, 416(55), 416(56)
Miller v. Johnson, 515 U.S. 900 (1995)	422(80)
Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)	188(70), 421(76)
Missouri v. Holland, 252 U.S. 416, 433 (1920)	188(70)
NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982)	421(80)
National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977) (U.S.)	738(225)
National Treasury Employees Union v. Von Raab, 489 U.S. 656 (1989)	421(75)
New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)	219(56), 738(221), 738(224)
O’Lone v. Estate of Shabazz, 482 U.S. 342 (1987)	423(86)
Ohio v. Akron Center, 497 U.S. 502 (1990)	422(80)
Osborn v. United States, 385 U.S. 323 (1966)	421(75)
Oyama v. California, 332 U.S. 633 (1948)	419(69)
Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 551 U.S. 701 (2007)	422(80), 427, 427(114), 427(115)
Paul v. Davis, 424 U.S. 693 (1978)	422, 422(85), 422(85)
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)	207(155), 422(80), 424, 424(96), 425, 425(98), 427, 427(111)
Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961)	174(8)
Portuondo v. Agard, 529 U.S. 61 (2000)	421(77)
Printz v. United States, 521 U.S. 898 (1997)	193(96)
Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969)	728(154)
Rice v. Cayetano, 528 U.S. 495 (2000)	422(80), 425, 425(101), 425(102)
Roach v. Aiken, 474 U.S. 1039 (1986)	424(92)
Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984)	423(86)
Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952)	188(70), 420(70)
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)	274(219), 410(15), 425, 425(97), 429(125)

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)	421(79), 426, 426(108), 426(109)
Rosenblatt v. Baer, 383 U.S. 75 (1966)	420(72)
Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966)	423(86)
Screws v. United States, 325 U.S. 91 (1945)	417, 417(61), 417(62)
Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984)	421(75)
Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942)	416, 416(53), 416(54)
Skinner v. Railway Labor Executives' Ass., 489 U.S. 602 (1989)	421(75)
Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989)	193(96)
Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co., 323 U.S. 192 (1944)	417(57), 417(58)
Stein v. New York, 346 U.S. 156 (1953)	420(70)
Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000)	422(80), 425, 425(103), 425(104)
Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)	735(201)
Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988)	193(96)
Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986)	422(80)
Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958)	193(96), 421(79)
Ullmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956)	420(70)
United States v. Balsys, 524 U.S. 666 (1998)	421(76)
United States v. Butler, 297 U.S. 61 (1936)	207(151)
United States v. Carignan, 342 U.S. 36 (1951)	420(70)
United States v. Martinez-Fuerte, 428 U.S. 543 (1976)	423(86)
United States v. Stanley, 483 U.S. 669 (1987)	423(86)
United States v. Then, 56 F. 3d 464 (1995)	192(91)
United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996)	422(80)
United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675 (2013)	427, 427(118), 428(121)
Vacco v. Quill, 521 U.S. 793 (1997)	422(80)
Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976)	751(292)
Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003)	429(125)
West Virginia University Hospitals Inc. v. Casey, 499 U.S. 83 (1991)	203(136)
Wainwright v. New Orleans, 392 U.S. 598 (1968)	421(75)
Walton v. Arizona, 497 U.S. 639 (1990)	424(92)
Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997)	422(80)
Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989)	350(30)
Winston v. Lee, 470 U.S. 753 (1985)	423(86)
Woodford v. Ngo, 548 U.S. 81 (2006)	421(79)

בית המשפט האירופי לזכויות אדם

Artico v. Italy, ECHR, App. No. 6694/74 (1980)	350(25)
Ashingdane v. United Kingdom, App. No. 8225/78, 7 Eur. H.R. Rep 528 (1985)	370(151)

Bankovic v. Belgium, 44 EHRR SE5 GC (2001)	403(103)
Catan v. Moldova and Russia, EHRR (2012)	403(105)
Chauvy v. France, 41 E.H.R.R. 610 (2005)	625(63)
Denizci v. Cyprus, ECHR 2001-V (2001)	790(62)
Fox, Campbell & Hartley v. UK, ECHR, App. No. 12244/86 (1990)	350(24)
Fretté v. France, 38 Eur. Ct. H.R. 438 (2004)	678(299)
Golder v. United Kingdom, App. No. 4451/70, 18 Eur. H. R. Rep. 524 (1975)	370(151)
Gunnarsson v. Iceland, ECHR App. No. 4591/04 (2005)	625(63)
Goodwin v. UK, ECHR, App. No. 28957/95 (2002)	350(26)
Isaa v. Turkey, 41 EHRR 567 (2004)	403(103)
Johnson v. Ireland, 9 Eur. Ct. H.R. 203 (1987)	681(320)
Karako v. Hungary, ECHR App. No. 39311/05 (2009)	625(63)
Kelly v. UK, ECHR, App. No. 30054/96 (2001)	350(23)
Labita v. Italy, 46 EHRR 1228 (2000)	790(62)
Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, App. No. 9267/ 81, 10 Eur. H.R. Rep. 1 (1987)	370(151)
Niemietz v. Germany, 16 E. H. R. R. 27 (1992)	544(47)
Ocalan v. Turkey, 41 EHRR 985 (2005)	403(103), 403(108)
Ozgur Gundem v. Turkey, ECHR, App. No. 22492/93 (2000)	350(27)
Pfeifer v. Austria, ECHR App. No. 24733/07 (2007)	625(63)
Prety v. United Kingdom, ECHR 427 (2002)	94(30)
Raimondo v. Italy, 18 EHRR 237 (1994)	790(62)
S.W v. United Kingdom, 21 EHRR 363 (1995)	94(30), 94(32)

גרמניה

BVerfGE 2, 380 (1953)	211(12)
BVerfGE 6, 32 (1957) (Elfes Case)	456(31), 784(23)
BVerfGE 7, 198 (1958)	218(53), 263(155), 291(41)
BVerfGE 12, 45 (1960)	291(40), 456(29), 766(90)
BVerfGE 27, 1 (1969)	291(40), 456(29)
BVerfGE 28, 243 (1970)	370(152)
BVerfGE 30, 173 (1971)	291(40), 456(29)
BVerfGE 35, 202 (1973)	291(41)
BVerfGE 39, 1 (1975)	44(17), 274(221), 291(41), 382(8), 463, 463(57), 463(59)
BVerfGE 45, 187 (1977)	44(17), 201(131), 291(40), 456(29)
BVerfGE 54, 143 (1980)	331(11), 457(37)
BVerfGE 54, 208 (1980)	625(68)
BVerwGE 64, 274 (1981)	234(39), 461(54)
BVerfGE 80, 137 (1989)	331(11), 457(36)
BVerfGE 82, 60 (1990)	291(40), 456(29)

BVerfGE 87, 209 (1992)	456(31)
BVerfGE 88, 203 (1993)	274(221), 382(8), 463, 463(60)
BVerfGE 109, 133 (2004)	459(45)
BVerfGE 115, 118 (2006)	454(14), 674(268)
BVerfGE 125, 175 (2010) (Hartz IV)	332(12), 563, 563(108), 563(110), 563(111), 613(448)

דרום־אפריקה

August v. Electoral Commission, 1999 (3) SA 1 (CC)	497(154), 501(176), 544(41)
Bernstein v. Bester NO, 1996 (2) SA 751 (CC)	324(86), 485(99), 496, 496(145), 497(151), 498(161), 503, 503(193)
Bhe v. Magistrate, 2005 (1) SA 580 (CC)	469(12), 479(69), 490(118)
Booyesen v. Minister of Home Affairs and Another, 2001 (4) SA 485 (CC)	330(8), 469(12), 482(88), 500(169)
Bothma v. Els, 2010 (2) SA 622 (CC)	501(184)
Brisley v. Drotsky, 2002 (4) SA 4 (SCA)	247(57)
Carmichele v. Minister of Safety and Security, 2001 (4) SA 938 (CC)	218(55), 389(46), 497(151), 500(165)
Case v. Minister of Safety and Security, 1996 (3) SA 617 (CC)	233(36)
Christian Education SA v. Minister of Education, 2000 (4) SA 757 (CC)	224(98), 477(52), 497(149), 501(173), 770(116)
Coetzee v. Government of the Republic of South Africa, 1995 (4) SA 631 (CC)	484, 484(94), 501(183)
Daniels v. Campbell, 2004 (5) SA 331 (CC)	218(54), 477(52), 477(53), 479(68), 499, 499(162)
Dawood v. Minister of Home Affairs, 2000 (3) SA 936 (CC)	217(51), 247(49), 284(4), 330(8), 469(12), 477(54), 480(71), 482, 482(87)–483(89), 487, 487(105), 490, 490(118), 500(169)
De Reuck v. Director of Public Prosecutions, 2004 (1) SA 406 (CC)	224(98), 299(59), 468(9), 477(52), 477(54), 481(79)
Du Plessis v. De Klerk, 1996 (3) SA 850 (CC)	473(37), 480(75), 497(150), 498(157)
Ferreira v. Levin NO, 1996 (1) SA 984 (CC)	236(55), 245(36), 300(64), 330(5), 332(14), 341, 341(63)–342(67), 479(69), 481(80), 481(83), 484(95)–485(100), 487(103), 494(135), 494(136), 495(143), 501(174), 502, 502(191), 502(192), 543(36)
Gardener v. Whitaker, 1996 (4) SA 337 (CC)	497(151), 501(179)
Government of the Republic of South Africa v. Grootboom, 2001 (1) SA 46 (CC)	222(88), 236(50), 330(6), 346(90), 357, 357(71) 477(53), 479(69), 482(84), 487(104), 489(110), 495(140), 495(141), 496(147), 498(158), 501(175), 559(88)

Harksen v. Lane NO, 1998 (1) SA 300 (CC)	492(121), 494(137), 501(170)
Hassam v. Jacobs NO, 2009 5 (SA) 572 (CC)	500(168)
Investigating Directorate: Serious Economic Offences and Others v. Hyundai Motor Distributors, 2001 (1) SA 545 (CC)	386(30)
Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority, 2002 (4) SA 294 (CC)	330(8), 346(90), 469(12), 479(69), 487(104), 496(147), 501(172)
Jaftha v. Schoeman, 2005 (2) SA 140 (CC)	330(6), 480(71), 482(84), 482(87), 489(115), 489(116), 501(175)
Khosa v. Minister of Social Development, 2004 (6) SA 505 (CC)	219(64), 330(6), 346(90), 469(13), 477(52), 477(53), 479(68), 482(84), 487(104), 497(147), 501(175)
Khumalo v. Holomisa, 2002 (5) SA 401 (CC)	224(98), 235(44), 330(4), 330(7), 469(13), 477(53), 477(54), 482(81), 482(82), 487(103), 495(138), 497(148), 497(151), 500(163), 501(171), 501(179), 501(186), 502(189), 502(189), 625(69), 628(89)
La Roux v. Dey, 2011 (3) SA 274 (CC)	247(49), 497(148)
Larbi-Odam v. MEC for Education, 1998 (1) SA 745 (CC)	256(121)
Lawyers for Human Rights v. Minister of Home Affairs, 2004 (4) SA 125 (CC)	791(63)
Matatiele Municipality v. President of the Republic of South Africa, 2005 (5) SA 47 (CC)	791(67)
MEC for Education v. Pillay, 2008 (1) SA 474 (CC)	257(128)
Merafrong Demarcation Forum v. President of the Republic of South Africa, (2008) 5 SA 171 (CC)	476(46)
Minister of Health v. Treatment Action Campaign (No. 2), 2002 (5) SA 721 (CC)	559(88)
Minister of Home Affairs v Fourie, 2006 (1) SA 524 (CC)	236(50), 480(71), 480(74), 494(133), 494(137), 502(188), 674(268)
Minister of Home Affairs v. NICRO, 2005 (3) SA 280 (CC)	468(10), 469(12), 477(54), 479(67)–479(69), 491(120), 501(176)
Minister of Home Affairs v. Watchenuka, [2004] 1 SA 21 (SCA)	346(90), 477(54), 477(55), 479(69), 487(104), 495(138), 497(153), 501(177), 501(178)
National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, 1999 (1) S.A. 6 (CC)	42(6), 330(5), 477(56), 482(83), 487(103), 487(104), 492(121), 494(134), 495(138), 495(139), 495(144), 496(147), 498(161), 501(170), 501(185), 501(187), 705(106)
National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs, 2000 (2) SA 1 (CC)	247(49), 330(5), 346(90), 477(54), 487(104), 494(133), 494(137), 494(138), 496(147), 501(170), 502(190), 671(250)
NK v. Minister of Safety and Security, 2005(6) SA 419 (CC)	218(55)
NM v. Smith, 2007 (5) SA 250 (CC)	218(55), 236(50), 346(90), 480(71), 482(82), 487(103), 487(104), 495(140), 497(147), 497(151), 501(171)

Occupiers of 51 Olivia Road v. City of Johannesburg, 2008 (3) SA 208 (CC)	501(176)
Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers, 2005 (1) SA 217 (CC)	480(71), 480(72), 495(141)
Premier of Kwazulu-Natal v. President of the Republic, 1996 (1) SA 769 (CC)	475, 475(42), 475, 475(43), 476
President of the Republic of South Africa v. Hugo, 1997 (4) SA 1 (CC)	221(81), 501(170)
Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope, 2002 (2) SA 794	481(80), 487(103)
Prinsloo v. Van der Linde, 1997 (3) SA 1012 (CC)	221(81), 236(50), 477(57), 493, 493(131), 494(133), 494(137), 501(170)
Rail Commuters Action Group v. Transnet Ltd., 2005 (2) SA 359 (CC)	497(151), 500(165)
Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v. Thubelisha Homes, 2010 (3) SA 454 (CC)	480(73), 480(74)
S. v. Dodo, 2001 (3) SA 382 (CC)	256(120), 469(15), 477(53), 477(54), 482(86), 493(128), 501(182)
S. v. Williams, 1995 (3) SA 632 (CC)	221(84), 501(181)
S. v. Jordan, 2002 (6) SA 642 (CC)	236(50), 346(90), 487(103), 487(104), 493(128), 495(140), 497(147)
S. v. Makwanyane, 1995 (3) SA 391 (CC)	233(36), 236(50), 471(20), 477(50), 477(52)–477(54), 477(58), 478(61), 479(69)–480(71), 480(74), 487(103), 493(130), 494(133), 494(136), 494(137), 495(140), 498, 498(160), 498(161), 501(180)
S. v. Mamaboto, 2001 (3) SA 409 (CC)	468(9)
S. v. Zuma, 1995 (2) SA 642 (CC)	176(19)
South African Association of Personal Injury Lawyers v. Heath, 2001 (1) SA 883 (CC)	210(10), 277(237)
United Democratic Movement v. President of the Republic of South Africa, (2003) 1 SA 678 (CC)	475, 475(44)
Volks NO v. Robinson, 2005 (5) BCLR 446 (CC)	500(167)
Waterfront v. Police Commissioner of Western Cape, 2004 (4) SA 444 (CC) (S. Afr.)	790(60)

הודו

Abdul Rahman Antulay v. R.S. Naik, AIR 1992 SC 1701	561(98)
Board of Trustees of the Port of Bombay v. Dilipkumar Raghavendranath Nadkarni, AIR 1983 SC 109	625(65)
Chameli Singh v. State of Utten Pradesh, AIR 1996 SC 1051	332(15), 562(102)
Common Cause v. Union of India, AIR 1996 SC 929	332(15), 562(101)
Francis Coralie Mullin v. Delhi, AIR 1981 SCR (2) 516	285(7), 332(15), 410, 410(16), 561, 561(99)

Gopalan v. State of Madras, AIR 1950 SC 27	561(96)
Indira Gandhi v. Raj Narain, AIR 1975 SC 229	475(40)
Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461	475(40)
Mahini Jain v. State of Karnataka, AIR 1992 SC 1858	332(15), 562(103)
Maneka Gondhi v. Union of India, AIR 1978 SC 597	561, 561(97)
Minerva Mills v. Union of India, AIR 1980 SC 1789	475(40) 476(48)
Olga Tellis v. Bonboy Municipal Corporation, AIR 1986 SC 180	332(15), 562(100)
Parmanand Katara v. Union of India, AIR 1989 SC 2039	332(15), 562(101)
Shantisar Builders v. Narayanan Khimalal Tetame, AIR 1990 SC 630	332(15), 562(102)
Singh v. State of U. P., AIR 1963 1 SC 1295	790(62)
Smt. Sowmithri Vishnu v. Union of India and AUR, AIR 1985 SC 1618	625(65)
State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga, AIR 1998 SC 1703	332(15), 561(101)

קנדה

Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards, [1984] 2 S.C.R. 66	376, 376(178), 376(180)
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), [2000] 2 S.C.R. 307	212(14), 286(11), 342, 342(70), 342(71), 434, 434(5), 434(6), 437(21), 448(94)
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), 49 B.C.L.R. (3d) 216 (1998)	434(6), 434(7)
Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR Inc. [2011] 1 S.C.R. 214	446(79)
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson, [1998] 3 S.C.R. 157	788(48)
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 S.C.R. 76	442(55)
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203	438(30)
Dubois v. R, [1985] 2 S.C.R. 350	186(61)
Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513	42(6), 212(14), 437(20), 437(24), 492(121)
Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712	377(181), 751(293), 751(297), 752(301)
Godbout v. Longueuil (City), [1997] 3 S.C.R. 844	440(37)
Gosselin v. Quebec (Attorney General), [2002] 4 S.C.R. 429	354(49), 438(28), 446(81), 447(87), 447(92), 552(55)
Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [2000] 1 S.C.R. 703	438(27)
Haig v. Canada, [1993] 2 S.C.R. 995	728(152)
Health Services and Support v. British Columbia, [2007] 2 S.C.R. 391	824(49), 856(246)
Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130	235(44), 437(23), 445(79), 619(28)
Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145	174(9), 176(15)

Irwin Toy v. Quebec, [1989] S.C.R. 927	751(293)
Kindler v. Canada (Minister of Justice), [1991] 2 S.C.R. 779	73(2), 441, 441(50), 441(52), 441(53), 445(71)
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497	212(14), 221(82), 438(29), 42, 442(57), 442(59)–443(62), 445(77), 446(86), 448, 448(96)
Lovelace v. Ontario, [2000] 1 S.C.R. 950	438(29)
M. (A) v. Ryan, [1997] 1 S.C.R. 157	437(21), 445(77), 446(80)
M. v. H., [1999] 2 S.C.R. 3	438(31)
Mahe v. Alta, [1990] 1 S.C.R. 342	200(129)
McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229	438(31)
Miron v. Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418	445(69), 445(77)
Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh, [2002] 4 S.C.R. 325	235(49), 442(56), 442(58)
Ontario (Attorney General) v. Fraser, [2011] 2 S.C.R. 3	857(254)
R. v. Amway Corp., [1989] 1 S.C.R. 21	441(47)
R. v. Big M Drug Mart, [1985] 1 S.C.R. 295	176(16), 205(145)
R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452	445(78)
R. v. Daviault, [1994] 3 S.C.R. 63	440(39)
R. v. Dymment, [1988] 2 S.C.R. 417	440(44), 440(45)
R. v. Ewanchuk, [1999] 1 S.C.R. 330	445(70)
R. v. Golden, [2001] 3 S.C.R. 679	440(45)
R. v. Greffe, [1990] 1 S.C.R. 755	440(45)
R. v. Hess, [1990] 2 S.C.R. 906	255(117), 440(42), 446(84)
R. v. Kapp, [2008], 2 S.C.R. 483	221(83), 437(23), 442(54), 448, 448(97)
R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697	193(98), 439(33)
R. v. Lucas, [1998] 1 S.C.R. 439	446(79)
R. v. Mabior, [2012] 2 S.C.R. 584	445(76), 446(85), 447(92)
R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30	212(14), 274(220), 437(19), 437(23), 444, 444(63), 444(66)–445(70), 446(83)
R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103	211(14), 437(25), 447(93), 449, 449(99)–449(101)
R. v. Plant, [1993] 3 S.C.R. 281	441(46)
R. v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588	193(98)
R. v. S (R.J.), [1995] 1 S.C.R. 451	436(13)
R. v. Salituro, [1991] 3 S.C.R. 654	447(88)
R. v. Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577	440(41)
R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045	441(49)
R. v. Stillman, [1997] 1 S.C.R. 607	436(13), 441(45), 445(74)
R. v. Swain, [1991] 1 S.C.R. 933	436(18)
R. v. Therens, (1985) 18 D.L.R. (4th) 655	200(129)
R. v. White, [1999] 2 S.C.R. 417	445(74)

R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731	436(17)
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd., [2002] 1 S.C.R. 156	439(34), 446(82), 447(91)
Reference re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721	211(12)
Reference re Motor Vehicle Act (B.C.) s. 94(2), [1985] 2 S.C.R. 486	176(18), 200(129), 440(40), 440(41)
Reference re Ng Extradition, [1991] 2 S.C.R. 858	441(50)
Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158	445(72), 447(89)
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.), [1997] 3 S.C.R. 3	211(11), 211(12), 277(238)
Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217	211(11)
Reference re ss 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123	342(72), 435(8), 439(32)
Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 35 S.C.R. 698	674(268)
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519	212(14), 436(16), 440(38), 445(70), 445(75)
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer), [2002] 3 S.C.R. 519	445(73), 447(90)
Stoffman v. Vancouver General Hospital, [1990] 3 S.C.R. 483	438(29)
Thibaudeau v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 627	438(29)
United States v. Burns, [2001] 1 S.C.R. 283	441, 441(51)
WIC Radio Ltd. v. Simpson, [2008] 2 S.C.R. 420	235(44), 437(22), 445(79), 617(15)
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2 S.C.R. 625	438(29)

אחרים

94-343/344 DC of 27 July 1994 (Fr.)	98(63)–(64)
CE, Oct. 27, 1995, Rec. Lebon 372, Conseil d'État statuant au contentieux, n.143578, n.136727 (Fr.)	234(39)
Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig-Standesamt, c-168/91 (6th Chamber) (ECJ)	546(66)
Conseil Constitutionnel, no 71-44 DC du 16 juillet 1971 (Fr.)	98(61)
Kingdom of the Netherlands v. European Parliament & Council of the European Union, Case C-377/98, 2001 ECR I-7079 (ECJ)	94(33)
SC 58/2005 Hansen v. The Queen, [2007] NZSC 7 (N.Z.)	299(59)
T.D. v. Minister of Education, [2001] 4 IR 259 (Ir.)	560(91)
T-209/95 (Colom.)	564(114)
T-254/93 (Colom.)	564(114)
T-539/94 (Colom.)	564(114)
T-431/94 (Colom.)	564(114)

מפתח ספרים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות שוליים (בסוגריים))

ספרים בעברית

א

אופק-גנדלר גלובליזציה של העבודה: הזכות לשכר מינימום (חיבור לשם קבלת דוקטור למשפטים, 2004) (38)823, (44)824, (45)824, (182)845, (185)846
אלוני אזרח ומדינתו: יסודות בתורת האזרחות (מהדורה עשירית, 1985) (55)115
אקצין הצעת חוקה למדינת ישראל (1965) (25)758, (48)114
אריסטו אתיקה (מהדורת ניקומאכוס, יג' ליבס מתרגם, 1973) (41)692
ארנדט הרצאות על הפילוסופיה הפוליטית של קאנט (גיא אלגת מתרגם, 2010) (70)64

ב

בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (2011) (81)323
בן-דרור הידועה בציבור בישראל – נשואים ללא נישואין (מהדורה שלישית, 2000) (24)631
בן-ישראל ביטחון סוציאלי (2006) (386)604
בן-ישראל דיני עבודה (2002) (3)819, (92)831, (115)834, (222)852, (243)856, (275)860, (271)859, (245)856
בן-ישראל השביתה (1987) (9)820
ברכה משפט מינהלי (1986) (1)863
ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) (60)50, (56)49
(72)117, (62)50, (90)121, (93)122, (94)122, (153)134, (155)135, (157)135
(161)136, (64)149, (172)166, (107)195, (63)219, (96)223, (99)224, (100)224
(102)224, (141)260, (155)263, (188)268, (207)272, (209)272, (210)272, (240)277
(242)277, (9)286, (23)287, (58)298, (61)300, (63)300, (51)316, (68)320, (71)321
(73)321, (16)333, (88)345, (35)351, (111)363, (118)363, (130)366, (136)368
(140)369, (142)369, (143)369, (146)369, (167)374, (169)375, (172)375, (176)376
(80)397, (85)398, (7)453, (7)468, (5)468, (7)468, (26)472, (66)554, (394)605, (441)612
(443)612, (61)624, (153)652, (77)697, (78)697, (114)722, (117)722, (123)724
(130)725, (165)730, (229)739, (191)779, (151)840, (98)877
ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (1994) (143)133, (26)111–(24)110
(87)344, (47)389, (52)390, (55)391, (92)401, (141)566
(7)616, (26)688, (12)708, (241)742, (24)758
ברק פרשנות במשפט – פרשנות הצוואה (2001) (31)542, (57)247, (45)182

ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (1994) (92)122, (91)122, (89)121, (82)120
 ,(146)261, (119)256, (41)181, (23)177, (6)173, (3)140, (148)134
 ,(205)272, (197)271, (195)271, (194)270, (190)268, (188)268, (156)263, (153)262
 ,(57)392, (43)388, (1)379, (184)377, (155)371, (8)348, (2)347, (3)303, (212)272
 ,(182)572, (156)568, (155)568, 568, (141)566, (105)403, (80)397, (78)397, (67)393
 ,(64)827, (158)810–(156)810, (18)794, (19)783, (34)759, (28)758, (28)688, (10)616
 (273)859, (272)859, (262)858, (224)852, (149)840
 ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית (1992) (54)391, (30)288, (22)177
 (18)783, (17)631
 ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) (88)191, (26)178, (22)177, (12)175, (1)173
 ,(20)242, (4)239, (9)210, (8)210, (140)204, (117)197, (89)191
 (42)388, (73)21, (34)289, (30)288, (26)287, (233)276, (30)244
 ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) (11)211, (10)211, (11)141, (10)141, (3)140
 ,(212)273, (209)272, (206)272, (202)271, (199)271, (30)232
 ,(66)300, (51)294, (239)277–(237)277, (226)275, (217)274
 (66)872, (78)716, (141)369, (139)368, (68)301
 ברק שיקול דעת שיפוטי (1987) (72)873
 ברק-ארז משפט מנהלי (2010) (44)868, (1)863, (95)702, (79)697, (102)154
 (103)878, (94)877, (89)876, (86)876, (85)876

ג

גביון (עורכת) חירות המצפון והדת – אסופת מאמרים לזכרו של חמן פ' שלח (1990) (1)755
 גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכונים (1999) (213)273, (212)273
 גולדברג חופש העיסוק והגבלתו (1999) (148)134
 גנאים, קרמניצר ושנור לשון הרע: הדין המצוי והרצוי (2005) (51)622
 (92)628, (76)626, (72)626, (60)624, (58)624
 גנז ציות וסירוב: אנרכיזם פוליטי וסרבנות פוליטית (1996) (100)768, (93)767
 גרין הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה (1995) (288)676

ד

דניאל מדינה יהודית ודמוקרטית: מבט רב תרבותי (2003) (212)273

ה

הקר סוגיות משפחתיות בעיניים משפטיות (2012) (287)676, (39)633
 הר אבן וברם (עורכים) כבוד האדם או השפלתו: מתח כבוד האדם בישראל (2000) (34)245
 הר-זהב ומדינה דיני השכלה גבוהה (1999) (249)742

ו

ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף (1997) (22)631
 וסטרייך ושיפמן מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל (נייר עמדה מציל"ה,
 רות גביון עורכת, 2012) (270)674, (265)673

- ז
- זמיר הסמכות המינהלית (מהדורה ראשונה, 1996) (87)876–(89)877, (95)877, (99)877
 זמיר הסמכות המנהלית (מהדורה שנייה, 2010) (2)139
 זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד (2001) (1)863
- ט
- טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית
 (ג' טדסקי עורך, 1969) (3)303
- י
- יעקובסון ורובינשטיין ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית
 וזכויות האדם (2003) (212)273
- כ
- כהן המשפט (1991) (97)768, (84)765
 כהן מי מפקח ממדינה יהודית? היבט חוקתי ואידיאולוגי (2001) (212)273
 כהן חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר (1948) (52)824, (45)114, 114
 כרמון באיין חוקה: סיפור ישראלי (2012) (163)136
- ל
- לורברבוים צלם אלהים: הלכה ואגדה (2004) (25)57
 לין אבן דרך (2012) (123)128
 ליפשיץ הידועים בציבור: בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה
 (2005) (258)672, (24)631
 ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (חיבור לשם קבלת
 תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן, 2002) (125)646
- מ
- מיל על החירות (עופר קובר מתרגם, 2006) (85)766
 מירנדולה על כבוד האדם (1990) (52)62, (51)62
 [ה]מכון לדמוקרטיה חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה
 בהנהגת השופט מאיר שמגר (2005) ,137, (164)136, 136
 (165)137–(168)137, (36)551, (37)551, (37)867, (38)867
 מרגולין (עורך) מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית –
 רב שיח ומקורות נלווים (1999) (212)273
 מרדוד לקט דברים מתוך נאומים שנשא שר המשפטים 1988–1992 (1992) (85)120
- ס
- סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע (2000) (149)727
 ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד (2010) (87)121, (66)116, (45)114, (10)110
 (120)128, (107)124, (106)124

פ

- פלר יסודות בדיני עונשין (1984) (97)402
 פרוידנהיים השלטון במדינת ישראל (1959) (19)549, (18)549, (46)114
 פריבך-חפץ חסד חילוני (2009) (143)260

ק

- קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 32–33 (תש"י) (64)64
 קמיר כבוד אדם וחווה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי (2007) (200)848
 קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2005) (31)111, (1)41
 קרמניצר וקרמר כבוד האדם כערך חוקתי במשפט הגרמני –
 האם גם בישראל? (2011) (113)197, (61)63, (47)61, (61)50, (33)46
 קרמניצר, גולדמן וטמיר רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי – הצעה לביטול
 האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים (נייר עמדה מס' 38,
 המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003) (183)778, (229)739
 קרניאל דיני התקשורת המסחרית (2003) (255)743
 קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה כרך ב 1371
 (מהדורה חמש-עשרה, 2007) (70)873

ר

- רביצקי ושטרן (עורכים) דברים ושברי דברים:
 על יהדותה של מדינה דמוקרטית (2007) (212)273
 רבין הזכות לחינוך (2002) (12)794, (11)794, (80)358, (75)357, (161)263
 (194)815, (170)812, (159)811, (29)796
 רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 701
 (מהדורה רביעית, 1991) (94)401, (93)401, (10)110
 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד
 (מהדורה שישית, 2005) (176)266, (167)264, (161)263, (68)116, (4)109
 (118)770, (161)373, (239)277, (212)273, (181)266
 רובינשטיין ומדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל
 (מהדורה חמישית, 1996) (145)726, (48)712, (38)691, (25)550, (23)550, (44)114
 (1)755, (241)742, (239)741, (153)728, (149)727
 (211)851, (163)775, (124)771
 רובינשטיין חופש הביטוי האקדמי (עתיד להתפרסם) (249)742
 רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול (1990) (20)631
 רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (1982) (22)631
 רון התפתחויות בחקיקת העבודה ותנאיה בתקופת המנדט, מדריך לעובד (1971) (3)819
 רייכמן, ברכה, רוזן-צבי ושפירא הצעת חוקה למדינת ישראל (1986) (59)115–(57)115
 (32)867, 867
 רקובר גדול כבוד הבריות: כבוד האדם כערך-על (1998) (25)57, (23)57, (20)56
 (29)214, (37)58–(34)58, (32)58–(30)57, (28)57, (26)57

ש

- שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה רביעית ומורחבת, 2001) (99)641, (22)631
 שגב חופש הביטוי: הצדקות וסייגים (2008) (48)712
 שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים, מגמות (2007) (71)873
 שיין מדינת היהודים: שלב הסיכומים – הרב עובדיה יוסף והנשיא אהרן ברק (2003) (212)273
 שיפמן דיני המשפחה בישראל (1995) (9)630, (6)629, (5)629, (2)629, (1)629
 שיפמן מי מפחד מנישואין אזרחיים (2000) (265)673, (31)632
 שיפמן שפה אחת ודברים אחדים: עיונים במשפט, הלכה וחברה (2012) (20)631
 שלו בריאות, משפט וזכויות אדם (2003) (376)603
 שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (2005) (32)542
 שנהר דיני לשון הרע (1997) (55)623, (10)617
 שקד משה לנדוי: שופט (2012) (80)119

ספרים בלועזית

A

- ABD AL-RAHIM, HUMAN RIGHTS AND THE WORLD'S MAJOR RELIGIONS:
 THE ISLAMIC TRADITION (2005) 60(45)
 ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991) 173(6)
 ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY
 IN SOUTH AFRICA (2012) 46(36), 54(2), 54(8), 56(17), 194(101), 196(111),
 197(112), 221(81), 224(101), 225(1), 234(42), 237(56), 237(57), 245(35),
 246(41), 246(43), 247(57), 255(115), 256(124), 257(129), 259(139),
 292(44), 329(1), 330(5), 332(14), 448(98), 452(3), 498(157), 501(170)
 ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (Julian Rivers trans.,
 2002) 321(73), 340(61), 347(1), 371(152), 388(42), 453(7), 454(10), 454(11)
 ALLAN, CONSTITUTIONAL JUSTICE, A LIBERAL THEORY OF THE
 RULE OF LAW (2001) 277(239)
 Alston (ed.), LABOUR RIGHTS AS HUMAN RIGHTS (2005) 823(36)
 Alston (ed.), PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH BILLS OF RIGHTS:
 COMPARATIVE PERSPECTIVE (2003) 110(12)
 AMAR, AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION: THE PRECEDENTS AND
 PRINCIPLES WE LIVE BY (2012) 210(6)
 AMAR, THE BILL OF RIGHTS: CREATION AND RECONSTRUCTION (1998) 187(66)
 ANGLE, HUMAN RIGHTS AND CHINESE THOUGHT: A CROSS
 CULTURAL INQUIRY (2002) 44(13)
 ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM (1951) 459(47)
 AUBERT, TRAITE DE DROIT CONSTITUTIONNEL SUISSE (1967) 288(31)
 AVILA, THEORY OF LEGAL PRINCIPLES (2007) 321(73)

B

- BAKER, THE DIGNITY OF MAN: STUDIES IN THE PERSISTENCE OF AN IDEA (1947) 61(46)
- BAKER, THE IMAGE OF MAN: A STUDY OF THE IDEA OF HUMAN DIGNITY IN CLASSICAL ANTIQUITY, THE MIDDLE AGES, AND THE RENAISSANCE (1961) 54(5)
- BALKIN, LIVING ORIGINALISM (2011) 189(75), 203(137)
- Bankowski & MacLean (eds.), THE UNIVERSAL AND THE PARTICULAR IN LEGAL REASONING (2006) 223(275)
- Barak-Erez & Gross (eds.), EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE (2007) 553(59)
- BARENDT, ACADEMIC FREEDOM AND THE LAW: A COMPARATIVE STUDY (2010) 743(249)
- BARENDT, FREEDOM OF SPEECH (2nd ed., 2005) 712(49), 726(140), 726(142), 727(146), 748(284), 751(296)
- Barkhuysen & Lindenbergh (eds.), CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW (2006) 388(39)
- BAYEFSKY, THE COMPLEXITY OF THE CONCEPTS OF DIGNITY AND HONOUR IN KANT (Thesis for MSc in Political Theory in the Department of Politics and International Relations at the University of Oxford, 2010) 43(11)
- BECCHI, IL PRINCIPIO DIGNITÀ UMANA (2009) 93(26)
- BEITZ, THE IDEA OF HUMAN RIGHTS (2009) 355(54)
- BENNION, STATUTORY INTERPRETATION (3rd ed., 1997) 344(86)
- BILCHITZ, POVERTY AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE JUSTIFICATION AND ENFORCEMENT OF SOCIO-ECONOMIC RIGHTS (2007) 356(63), 553(59), 557(79), 559(89), 599(336), 602(362)
- BEYLEVELD & ROGER BROWNSWORD, CONSENT IN THE LAW (2007) 258(133), 259(140)
- BEYLEVELD & BROWNSWORD, HUMAN DIGNITY IN BIOETHICS AND BIOLAW (2001) 258(133), 331(9)
- BIX, LAW, LANGUAGE AND LEGAL DETERMINACY (1993) 177(22)
- BELEMBAGO, THE FAMILY IN INTERNATIONAL AND REGIONAL HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS (1999) 634(51), 635(55)
- BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW (1969) 186(60), 287(19), 329(2)
- BLOCH, NATURAL LAW AND HUMAN DIGNITY (Dennis Schmidt trans., 1986) 227(9)
- BOBBITT, CONSTITUTIONAL FATE (1982) 186(60), 198(121)
- BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY (1988) 712(49), 717(79)
- Bollinger & Stone (eds.), ETERNALLY VIGILANT: FREE SPEECH IN THE MODERN ERA (2002) 712(49)
- BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW (1990) 204(141)
- Borowski (ed.), ON THE NATURE OF LEGAL PRINCIPLES (2010) 321(73)
- Brand & Russell (eds.), EXPLORING THE CORE CONTENT OF SOCIO-ECONOMIC RIGHTS: SOUTH AFRICAN AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES (2002) 553(59), 557(79)

BRANDEIS, OTHER PEOPLE'S MONEY AND HOW THE BANKERS USE IT (1914)	714(63)
BREWER-CARÍAS, CONSTITUTIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA: A COMPARATIVE STUDY OF AMPARO PROCEEDING (2009)	75(7), 92(23)
Brisson & Sinnott-Armstrong (eds.), CONTEMPORARY PERSPECTIVES ON CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (1993)	203(137)
Broberg & Ladegaard Knox (eds.), DIGNITY, ETHICS AND LAW (1999)	76(9)
BROWNSWORD, RIGHTS, REGULATION AND THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION (2008)	258(133), 260(141), 331(9)
Brüggemeier, Colombi Ciacchi & Comandé (eds.), FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE LAW IN EUROPEAN UNION: A COMPARATIVE OVERVIEW (2010)	388(39)
BURGH, THE DIGNITY OF HUMAN NATURE: OR, A BRIEF ACCOUNT OF THE CERTAIN AND ESTABLISHED MEANS FOR ATTAINING THE TRUE END OF OUR EXISTENCE (1802)	54(5)
BUTLER & RIBESTEIN, THE CORPORATION AND THE CONSTITUTION (1995)	385(22)
BYRD & HRUSCHKA, KANT'S DOCTRINE OF RIGHTS: A COMMENTARY (2010)	63(61)
C	
Calabresi (ed.), ORIGINALISM: A QUARTER CENTURY OF DEBATE (2007)	203(137)
Campbell, Goldsworthy & Stone (eds.), PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA (2006)	110(12)
CANARIS, DIE FESTSTELLUNG VON LUCKEN IM GESETZ: EINE METHODOLOGISCHE STUDIE ÜBER VORAUSSETZUNGEN UND GRENZEN DER RECHTSFORTBILDUNG PRAETER LEGEM (1983)	287(22), 288(30)
CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS (1921)	207(154)
CASALS, GROUP RIGHTS AS HUMAN RIGHTS: A LIBERAL APPROACH TO MULTICULTURALISM (2006)	384(16)
CASS, THE RULE OF LAW IN AMERICA (2001)	277(239)
Chapman & Russell (eds.), CORE OBLIGATIONS: BUILDING A FRAMEWORK FOR ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS (2002)	553(59), 557(79)
CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES (3 rd ed., 2006)	731(171), 784(27)
CICERO, DE INVENTIONE: DE OPTIMO GENERE ORATORUM TOPICA (1949)	55(11)
CICERO, DE OFFICIIS (1975)	55(13)
CLAPHAM, HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF NON-STATE ACTORS (2006)	63(61), 232(31), 388(39)
COLLINS, DICEY & MORRIS ON THE CONFLICTS OF LAWS (13 th ed., 2000)	682(330)
COLLSTE, IS HUMAN LIFE SPECIAL? RELIGIOUS AND PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES ON THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY (2002)	53(1), 59(39)–59(41), 60(43), 60(45), 65(81), 226(3), 227(10), 383(12)
COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, RAPPORT AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE (2008)	98(65)

CONTE & BURCHILL, DEFINING CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: THE JURISPRUDENCE OF THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE (2009)	791(64), 792(70)
Coomans (ed.), JUSTICIABILITY OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS: EXPERIENCES FROM DOMESTIC COURTS (2006)	356(62)
CORNELL, BRIDGING THE SPAN TOWARD JUSTICE: LAURIE ACKERMANN AND THE ONGOING ARCHITECTONIC OF DIGNITY JURISPRUDENCE (2008)	42(7)
CRANSTON, WHAT ARE HUMAN RIGHTS? (1973)	355(54)
CRAVEN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS: A PERSPECTIVE ON ITS DEVELOPMENT (1998)	77(14), 555(67), 555(70)
CURRIE & DE WAAL, THE NEW CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW vol. 1 (2001)	488(109)
CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (1994)	44(19), 292(44), 452(3)
<i>D</i>	
DALY, DIGNITY RIGHTS: COURTS, CONSTITUTIONS AND THE WORTH OF THE HUMAN PERSON (2012)	211(13), 235(46), 237(61), 330(3), 331(9), 410(12), 414(38), 430(134), 431(141), 431(143)
DAVIS, THE TRUE DIGNITY OF HUMAN NATURE OR, MAN VIEWED IN RELATION TO IMMORTALITY (2010)	54(5)
De Búrca & De Witte (eds.), SOCIAL RIGHTS IN EUROPE (2005)	553(59)
DE BURCA, DE WITTE & OGERTSCHNIG, SOCIAL RIGHTS IN EUROPE (2005)	355(52)
De Feyter & Pavlakos (eds.), THE TENSION BETWEEN GROUP RIGHTS AND HUMAN RIGHTS: A MULTIDISCIPLINARY APPROACH (2008)	384(16)
De Guchteneire, Pecoud & Cholewinski (eds.), MIGRATION AND HUMAN RIGHTS: THE UNITED NATIONS CONVENTION ON MIGRANT WORKERS' RIGHTS (2009)	382(6)
De Schutter & Cordes (eds.), ACCOUNTING FOR HUNGER: THE RIGHT TO FOOD IN THE ERA OF GLOBALISATION (2011)	599(334), 602(362)
DEVENISH, A COMMENTARY ON THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS (1999)	467(4), 468(8), 479(70), 491(119)
Diedrich (ed.), UBUNTU, GOOD FAITH AND EQUITY: FLEXIBLE LEGAL PRINCIPLES IN DEVELOPING A CONTEMPORARY JURISPRUDENCE (2011)	56(17)
DIMOPOULOS, ISSUES IN HUMAN RIGHTS PROTECTION OF INTELLECTUALLY DISABLED PERSONS (2010)	260(142), 380(4), 382(7)
DOLGIN, DEFINING THE FAMILY: NEW TECHNOLOGY AND PRODUCTION IN AN UNEASY AGE (1992)	633(38)
Dorssemont, Lörcher & Schömann (eds.), CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE EMPLOYMENT RELATIONS (2013)	822(34)
DOSWALD-BECK & HENCKAERTS, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2005)	82(32), 83(39)

- DOWELL-JONES, CONTEXTUALIZING THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: ASSESSING THE ECONOMIC DEFICIT (2004) 555(67)
- DREIER, GG GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2006) 46(30), 48(46), 54(4), 54(6), 61(48), 211(12), 257(131), 291(40), 291(42), 291(42), 332(13), 349(18), 451(2), 455(19), 455(22), 456(28), 456(33), 458(39), 458(42)–459(44), 459(48), 462(56), 463(61), 463(62), 463(64), 464(67), 537(5), 543(35), 546(59), 562(106), 625(68)
- DUPRÉ, IMPORTING LAW IN POST-COMMUNIST TRANSITIONS: THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE RIGHT TO HUMAN DIGNITY (2003) 96(38), 305(11), 452(5), 464(70)
- DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (1996) 183(53)
- DWORKIN, IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE? PRINCIPLES FOR A NEW POLITICAL DEBATE (2006) 66, 66(85)
- DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS (2011) 47(38), 66, 66(86)–68(98), 229(15)
- DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986) 189(73)
- DWORKIN, LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA, AND INDIVIDUAL FREEDOM 238 (1994) 66, 66(83), 66(84), 220(77)
- DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977) 46(29), 65, 65(82), 216(42)
- E*
- EBERLE, DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES (2002) 46(35), 235(48), 338(59), 340(61), 411(18), 412(30), 452(5), 712(49)
- English & Havers (eds.), AN INTRODUCTION TO HUMAN RIGHTS AND THE COMMON LAW (2000) 388(39)
- EMBERLAND, THE HUMAN RIGHTS OF COMPANIES: EXPLORING THE STRUCTURE OF ECHR PROTECTION (2006) 385(22)
- EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION (1970) 712(49)
- EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW (1996) 298(59)
- ENDERS, DIE MENSCHENWÜRDE IN DER VERFASSUNGSORDNUNG: ZUR DOGMATIK DES ART. 1 GG 501 (1997) 47(39), 216(43), 451(2), 459(47)
- ENDICOTT, VAGUENESS IN LAW (2003) 177(22)
- ESKRIDGE, DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION (1994) 203(137)
- EVANS, FREEDOM OF RELIGION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2001) 275(225), 765(83), 769(106), 769(113)
- F*
- [THE] FEDERALIST No. 1 (Alexander Hamilton) (Kramnick ed., 1987) 411(20)
- Fedtke & Oliver (eds.), HUMAN RIGHTS AND PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY (2007) 388(39)

FINKIN & POST, FOR THE COMMON GOOD: PRINCIPLES OF AMERICAN ACADEMIC FREEDOM (2009)	742(249)
FINNIS, AQUINAS: MORAL, POLITICAL AND LEGAL THEORY (1998)	59(41)
FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS (2 nd ed., 2011)	227(9)
FINNIS, PHILOSOPHY OF LAW (2011)	227(9)
FISS, THE IRONY OF FREE SPEECH (1996)	725(129)
FOSTER, CHOOSING LIFE, CHOOSING DEATH: THE TYRANNY OF AUTONOMY IN MEDICAL ETHICS AND LAW (2009)	331(9)
FOSTER, HUMAN DIGNITY IN BIOETHICS AND LAW (2011)	237(62), 258(133), 331(9)
FRANCE, LE LYS ROUGE (1933)	357(74)
FRANKFURTER, ON THE SUPREME COURT – EXTRAJUDICIAL ESSAYS ON THE COURT AND THE CONSTITUTION (Philip B. Kurland ed., 1970)	208(158)
FREDMAN, HUMAN RIGHTS TRANSFORMED: POSITIVE RIGHTS AND POSITIVE DUTIES (2008)	348(9), 350(28)
Friedmann & Barak-Erez (eds.), HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW (2001)	388(39)
Frolik (ed.), AGING AND THE LAW: AN INTERDISCIPLINARY READER (1999)	380(2)
<i>G</i>	
Gauri & Brinks (eds.), COURTING SOCIAL JUSTICE: JUDICIAL ENFORCEMENT OF SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS IN THE DEVELOPING WORLD (2010)	354(51), 553(59)
GEARTY, PRINCIPLES OF HUMAN RIGHTS ADJUDICATION (2004)	94(30), 236(52)
GEARTY & MANTOUVALOU, DEBATING SOCIAL RIGHTS (2011)	355(56)
GERSTMANN, SAME-SEX MARRIAGE AND THE CONSTITUTION (2 nd ed., 2008)	673(265)
GERTZ, FOR THE FIRST HOURS OF TOMORROW: THE NEW ILLINOIS BILL OF RIGHTS (1972)	408(6)
GOLDFORD, THE AMERICAN CONSTITUTION AND THE DEBATE OVER ORIGINALISM (2005)	203(137)
Goldsworthy (ed.), INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY (2006)	175(12), 209(1)
GONZALEZ PEREZ, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA (1986)	51(66)
GOTTLIEB, PUBLIC VALUES IN CONSTITUTIONAL LAW (1997)	209(1)
GÖZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE STUDY (2008)	371(155)
GREENAWALT, SPEECH, CRIME AND THE USES OF LANGUAGE (1989)	712(49)
GREENWALT, INDIVIDUALS, COMMUNITIES AND LIBERTIES OF SPEECH (1995)	739(229)
GRIFFIN, ON HUMAN RIGHTS (2008)	215(39), 355(54)
Groppi & Ponthoreau (eds.) THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES (2013)	191(89)
Gross (ed.), WORKERS' RIGHTS AS HUMAN RIGHTS (2006)	823(36)
GROSS & COMPA, HUMAN RIGHTS IN LABOR AND EMPLOYMENT RELATIONS (2009)	823(36)
Grundmann (ed.), CONSTITUTIONAL VALUES AND EUROPEAN CONTRACT LAW (2008)	388(39)

H

HÄBERLE, EUROPÄISCHE VERFASSUNGSLEHRE (6 th ed., 2009)	257(130)
HALPERIN, THE FRENCH CIVIL CODE (Tony Wier trans., 2006)	545(51)
HAMMER, THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHT TO FREEDOM OF CONSCIENCE: SOME SUGGESTIONS FOR ITS DEVELOPMENT AND APPLICATION (2001)	765(81)
HANNUM, THE RIGHT TO LEAVE AND RETURN IN INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE (1987)	782(11)
HARGRAVE, THE LOUISIANA STATE CONSTITUTION: A REFERENCE GUIDE (1991)	409(8)
HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 335 (2 nd ed., 2009)	84(42)
HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY (1963)	739(229)
HART, THE CONCEPT OF LAW (2 nd ed., 1994)	177(21), 360(86)
HART & SACHS, THE LEGAL PROCESS, BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (1994)	181(40)
HARRIS, O'BOYLE & BATES, LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION IN HUMAN RIGHTS (2 nd ed., 2009)	544(47), 751(295), 866(22)
HAUPT, RELIGION-STATE RELATIONS IN THE UNITED STATES AND GERMANY: THE QUEST FOR NEUTRALITY (2012)	770(118)
HEINZE, THE LOGIC OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (2005)	376(174)
HENKIN, HUMAN DIGNITY AND HUMAN RIGHTS (1995)	53(1), 215(39), 216(40), 220(73), 224(98), 235(48), 237(56), 429(126)
Herr & Weber (eds.), AGING RIGHTS AND QUALITY OF LIFE (1999)	379(2)
Hervey & Kenner (eds.), ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS UNDER THE EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS – A LEGAL PERSPECTIVE (2003)	355(52)
HERZ & MOLNAR, THE CONTENT AND CONTEXT OF HATE SPEECH: RETHINKING REGULATION AND RESPONSES (2012)	739(229)
HERZOG, SCHOLZ, HERDEGEN & KLEIN, MAUNZ & DÜRIG GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2007)	454(11), 458(41)
HESSE, GRUDZÜGE DES VERFASSUNGRECHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND (1999)	186(62), 349(18)
HEUN, THE CONSTITUTION OF GERMANY: A CONTEXTUAL ANALYSIS (2011)	331(10), 537(5)
HEYMAN, FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY (2008)	712(49), 719(96)
HIRSCHL, CONSTITUTIONAL THEOCRACY (2010)	770(118)
HODSON, DIGNITY AT WORK (2001)	841(159), 847(195)
Hoffman (ed.), THE IMPACT OF THE UK HUMAN RIGHTS ACT ON PRIVATE LAW (2011)	388(39)
HOGAN & WHYTE, J.M. KELLY: THE IRISH CONSTITUTION (4 th ed., 2003)	560(91)
HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA (5 th ed., 2007)	48(46), 132(135), 176(17), 193(98), 200(128), 342(68), 342(69), 342(73), 342(74), 354(49), 377(182), 433(3), 435(9), 439(36), 552(55), 751(293)

HOHMANN, THE RIGHT TO HOUSING: LAW, CONCEPTS, POSSIBILITIES (2013)	603(371)
HOLMES, THE COMMON LAW (M. Howe ed., 1963)	360(86)
HOWARD-HASSMANN & WELCH JR., ECONOMIC RIGHTS IN CANADA AND THE UNITES STATES (2006)	354(49)
Hurley & Nudds (eds.), RATIONAL ANIMALS (2006)	384(15)
HUSCROFT & MILLER, THE CHALLENGE OF ORIGINALISM: THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (2011)	203(137)
<i>I</i>	
IGNATIEFF, HUMAN RIGHTS AS POLITICS AND IDOLATRY (2001)	384(18)
International Labour Office, FUNDAMENTAL RIGHTS AT WORK AND INTERNATIONAL LABOUR STANDARTS (2005)	850(209)
<i>J</i>	
JACKSON & TUSHNET, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (1999)	192(90), 192(91)
JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA (2010)	192(90)
JAIN, INDIAN CONSTITUTIONAL LAW (5 th ed., 2008)	561(95), 562(104)
JOSEPH, SCHULTZ & CASTAN, INTERNATIONAL COVENANT ON CIVL AND POLITICAL RIGHTS (2 nd ed., 2005)	77(13)
JOVANOVIC, COLLECTIVE RIGHTS: A LEGAL THEORY (2012)	385(21)
<i>K</i>	
KAHLENBERG & MARVIT, WHY LABOR ORGANIZING SHOULD BE A CIVIL RIGHT (2012)	823(36)
KAMALI, THE DIGNITY OF MAN: AN ISLAMIC PERSPECTIVE (1999)	60(45)
KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS (Mary Gregor trans., 1996)	64(67), 64(70), 65(76)
KASS, LIFE, LIBERTY & THE DEFENSE OF DIGNITY: THE CHALLENGE OF BIOETHICS (2002)	258(133), 331(9)
KATEB, HUMAN DIGNITY (2011)	258(133)
Kaufmann, Kuch, Neuhaeuser & Webster (eds.), HUMILIATION, DEGRADATION, DEHUMANIZATION HUMAN DIGNITY VIOLATED (2011)	36(25)
KELSEN, PURE THEORY OF LAW (M. Knight trans., 1967) (1934)	182(43), 217(47)
KESBY, THE RIGHT TO HAVE RIGHTS: CITIZENSHIP, HUMANITY AND INTERNATIONAL LAW (2012)	216(43)
KING, JUDGING SOCIAL RIGHTS (2012)	355(54), 356(61), 358(79), 359(83), 553(59), 557(79), 558(82)
Klein Goldewijk, Contreras Baspineiro & Carbonari (eds.), DIGNITY AND HUMAN RIGHTS: THE IMPLEMENTATION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (2002)	36(25)
KOCH, HUMAN RIGHTS AS INDIVISIBLE RIGHTS: THE PROTECTION OF SOCIO-ECONOMIC DEMANDS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2009)	348(10), 552(54), 552(57), 564(121), 565(122)

- KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (2nd ed., 1997) 201(131), 202(132)
- KOMMERS & MILLER, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (3rd ed., 2012) 218(53), 291(40), 452(3), 456(29)
- Kraynak & Tinder (eds.), IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES (2003) 36(25)
- Kretzmer & Klein (eds.), THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE (2002) 36(25)
- KRISTELLER, RENAISSANCE CONCEPTS OF MAN AND OTHER ESSAYS (1972) 61(46)
- KRISHNASWAMY, DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM IN INDIA: A STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE (2010) 372(160), 474(40)
- KURTZ, IN DEFENSE OF SECULAR HUMANISM (1983) 226(6)

L

- Langford (ed.), SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (2008) 356(66), 553(59)
- LASSWELL & McDUGAL, JURISPRUDENCE FOR A FREE SOCIETY: STUDIES IN LAW, SCIENCE AND POLICY 1992) 77(12)
- LAWLER, MODERN AND AMERICAN DIGNITY: WHO WE ARE AS PERSONS AND WHAT THAT MEANS FOR OUR FUTURE (2010) 42(6)
- LERNER, GROUP RIGHTS AND DISCRIMINATION IN INTERNATIONAL LAW (2nd ed., 2003) 384(20)
- Levinson (ed.), RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT (1995) 183(47)
- LEVONTIN, CHOICE OF LAW AND CONFLICT OF LAWS (1976) 682(330)
- LIEBENBERG, SOCIO-ECONOMIC RIGHTS: ADJUDICATION UNDER A TRANSFORMATIVE CONSTITUTION (2010) 356(63), 489(112), 553(59), 559(83), 559(89)
- LOCKE, AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING, book II (1690) 63(55)
- LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, book II (1690) 63(56)
- LUBAN, LEGAL ETHICS AND HUMAN DIGNITY (2007) 236(52), 874(79)
- LUKES, INDIVIDUALISM (1973) 236(52)

M

- MARGALIT, THE DECENT SOCIETY 230(17)–(19)
- MACCORMICK, LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY (1978) 179(33)
- McCrudden (ed.), UNDERSTANDING HUMAN DIGNITY (2013) 36(25)
- MACKINNON, ARE WOMEN HUMAN AND OTHER INTERNATIONAL DIALOGUES (2006) 380(3)
- MACKINNON, WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS (2007) 848(198)
- MAHLMANN, ELEMENTE EINER ETHISCHEN GRUNDRECHTSTHEORIE (2008) 44(18), 50(61), 53(1), 54(6), 63(55), 220(67), 234(41), 236(53), 291(40), 292(44), 331(10), 451(2), 453(8), 454(15), 455(17), 456(28), 459(45), 462(56), 463(58), 463(59), 463(62), 464(65)–464(67)

MAK, FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPEAN CONTRACT LAW: A COMPARISON OF THE IMPACT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON CONTRACTUAL RELATIONSHIPS IN GERMANY, THE NETHERLANDS, ITALY AND ENGLAND (2008)	388(39)
Malpas & Lickiss (eds.), PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION (2007)	36(25)
MARITAIN, THE RIGHTS OF MAN AND NATURAL LAW (1951)	215(39)
MARTIN, A SYSTEM OF RIGHTS (1997)	355(54)
MAXWELL, THE INTERPRETATION OF STATUTES (12 th ed., 1969)	401(96)
MCGLYNN, FAMILIES AND THE EUROPEAN UNION: LAW, POLITICS AND PLURALISM (2006)	635(54)
MERIN, EQUALITY FOR SAME-SEX COUPLES: THE LEGAL RECOGNITION OF GAY PARTNERSHIPS IN EUROPE AND THE UNITED STATES (2002)	673(265)
Meulders-Klein, Deech & Vlaardingerbroek (eds.), BIOMEDICINE, THE FAMILY AND HUMAN RIGHTS (2002)	676(289)
MICHALONSKI & WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES (1999)	219(60), 766(90)
MILANOVIC, EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES (2011)	403(105)
MINAI, CONRAD & LYNCH, THE RIGHT TO A FAIR HEARING AND ACCESS TO JUSTICE: AUSTRALIA'S OBLIGATIONS (Submission to the Senate Legal and Constitutional Affairs Committee: Inquiry into Australia's Judicial System, the Role of Judges and Access to Justice, 2009)	286(17)
MÖLLER, THE GLOBAL MODEL OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (2012)	233(38), 234(40), 259(137), 300(62), 349(15)
MOLTMANN, ON HUMAN DIGNITY: POLITICAL, THEOLOGY AND ETHICS (2007)	59(39)
MORESO, LEGAL INDETERMINACY AND CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (1998)	208(157)
MORSINK, INHERENT HUMAN RIGHTS: PHILOSOPHICAL ROOTS OF THE UNIVERSAL DECLARATION (2009)	76(11)
MORSINK, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, DRAFTING AND INTENT (1999)	76(11), 245(33)
MOWBRAY, THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2004)	350(21), 350(22)
MÜLLER, GRUNDRECHTE: BESONDERER TEIL (1985)	288(31)
MURPHY, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: CREATING AND MAINTAINING A JUST POLITICAL ORDER (2007)	47(38)
<i>N</i>	
NEUMANN, THE RULE OF LAW: POLITICIZING ETHICS (1988)	277(239)
NEWMAN, COMMUNITY AND COLLECTIVE RIGHTS: A THEORETICAL FRAMEWORK FOR RIGHTS HELD BY GROUPS (2011)	384(17)

NICKEL, MAKING SENSE OF HUMAN RIGHTS (2 nd ed., 2007)	355(54)
NOWAK, U.N. COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY (1993)	77(13)
NUSSBAUM, CREATING CAPABILITIES: THE HUMAN DEVELOPMENT APPROACH (2011)	601(353)
NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME AND THE LAW (2004)	231(24)
NUSSBAUM, LIBERTY OF CONSCIENCE: IN DEFENSE OF AMERICAN TRADITION OF RELIGIOUS EQUALITY (2008)	766(89)
NWABUEZE, LEGAL AND ETHICAL REGULATION OF BIOMEDICAL RESEARCH IN DEVELOPING COUNTRIES (2013)	331(9)
<i>O</i>	
OHELING DE LOS REYES, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA (2010)	96(36)
O'NEIL, ORIGINALISM IN AMERICAN LAW AND POLITICS : A CONSTITUTIONAL HISTORY (2007)	203(137)
OSIATYŃSKI, HUMAN RIGHTS AND THEIR LIMITS (2009)	245(33)
<i>P</i>	
PALMER, JUDICIAL REVIEW, SOCIO-ECONOMIC RIGHTS AND THE HUMAN RIGHTS ACT (2007)	553(59)
PERELMAN, LE PROBLEME DES LACUNES EN DROIT (1968)	288(30)
PERLIN, A PRESCRIPTION FOR DIGNITY: RETHINKING CRIMINAL JUSTICE AND MORAL DISABILITY LAW (2013)	873(73)
PERRY, TOWARD A THEORY OF HUMAN RIGHTS: RELIGION, LAW AND COURTS (2007)	226(3)
PIEROTH & SCHLINK, GRUNDRECHTE STAATSRECHT II (2006)	54(3), 291(40), 291(42), 349(18), 376(174), 386(30), 451(2), 453(8), 454(13), 455(17), 455(24), 456(28), 456(32), 459(45), 460(49), 461(50)
Pogge (ed.), FREEDOM FROM POVERTY AS A HUMAN RIGHT: WHO OWES WHAT TO THE VERY POOR? (2007)	602(362)
POPESCU, CONSTITUTIONALISATION OF CIVIL LAW: THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE AND HUMAN DIGNITY (2013)	538(11), 544(45)
POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT (1995)	190(80), 197(116)
POST, DEMOCRACY, EXPERTISE, ACADEMIC FREEDOM: A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE (2012)	743(249)
President's Council for Bioethics, HUMAN DIGNITY AND BIOETHICS (2008)	331(9)
PUFENDORF, DE JURE NATURAE ET GENTIUM LIBRI OCTO, book II (David Mortier ed., 1684)	63(59)
<i>R</i>	
Rabello & Sercevic (eds.), FREEDOM OF CONTRACTS AND CONSTITUTIONAL LAW (1998)	388(39)

RAKOVE, ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE CONSTITUTION (1996)	203(137)
RATNAPALA, AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW: FOUNDATIONS AND THEORY (2 nd ed. 2007)	286(17)
RAUSTIALA, DOES THE CONSTITUTION FOLLOW THE FLAG? (2009)	402(99)
RAUTENBACH, GENERAL PROVISIONS OF THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS (1995)	370(152)
RAUTENBACH & MALHERBE, CONSTITUTIONAL LAW (4 th ed., 2004)	371(152)
RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971)	698(81)
RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (2005)	225(1)
RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986)	251(84)
RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY (2009)	63(61), 64(70)–65(80), 259(138)
ROGOFF, FRANCE CONSTITUTIONAL LAW: CASES AND MATERIALS (2010)	76(9)
ROSEN, DIGNITY: ITS HISTORY AND MEANING (2012)	47(40), 53(1)
ROTENSTREICH, MAN AND HIS DIGNITY (1983)	55(12)
RUBIER, LE DROIT TRANSITOIRE (2 nd ed., 1960)	389(47)
Runzo, Martin & Sharma (eds.), HUMAN RIGHTS AND RESPONSIBILITIES: IN THE WORLD RELIGIONS (2003)	226(4)
S	
SACHS, GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2007)	292(43), 459(45)
SACHS, GG VERFASSUNGSRECHT II. GRUNDRECHTE (2003)	349(18), 370(152), 451(2)
SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE (2005)	216(42), 558(80)
Sajo & Uitz (eds.), CONSTITUTIONAL TOPOGRAPHY: VALUES AND CONSTITUTIONS (2010)	209(1)
Sajo & Uitz (eds.), THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM (2005)	388(39)
SASSÒLI & BOUVIER, HOW DOES LAW PROTECT IN WAR (2006)	82(32)
SATHE, JUDICIAL ACTIVISM IN INDIA: TRANSGRESSING BORDERS AND ENFORCING LIMITS (2009)	562(104)
SAVIGNY, A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS AND THE LIMITS OF THEIR OPERATION IN RESPECT OF PLACE AND TIME (Guthrie trans., 1880)	389(47)
SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (Amy Gutmann ed., 1997)	203(137)
SCALIA & GARNER, READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS (2012)	203(137), 344(86)
SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY (1982)	712(49)
SCHAUER, THINKING LIKE A LAWYER: A NEW INTRODUCTION TO LEGAL REASONING (2009)	321(73), 360(87)

SCHOPENHAUER, ON THE BASIS OF MORALITY (1965)	47(43)
SEN, INEQUALITY REEXAMINED (1992)	601(353)
Sen & Nussbaum (eds.), THE QUALITY OF LIFE (1993)	601(353)
SCOLNICOV, THE RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM IN INTERNATIONAL LAW: BETWEEN GROUP RIGHTS AND INDIVIDUAL RIGHTS (2011)	384(19), 769(109)
SEIDMAN, SILENCE AND FREEDOM (2007)	248(67)
SEPÚLVEDA, THE NATURE OF THE OBLIGATIONS UNDER THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND POLITICAL RIGHTS (2003)	553(59)
SHARPE & McMANON, THE PERSONS CASE: THE ORIGINS AND LEGACY OF THE FIGHT FOR LEGAL PERSONHOOD (2007)	544(43)
SHAVIRO, WHEN RULES CHANGE: AN ECONOMIC AND POLITICAL ANALYSIS OF TRANSITION RELIEF AND RETROACTIVITY (2000)	390(48)
SHUE, BASIC RIGHTS: SUBSISTENCE, AFFLUENCE AND U.S. FOREIGN POLICY (2 nd ed., 1996)	349(15), 350(28), 355(54)
SILIER, FREEDOM: POLITICAL, METAPHYSICAL, NEGATIVE AND POSITIVE (2005)	347(1)
SIMMONS, HUMAN DIGNITY AND THE MARGINALIZED OTHER (2011)	257(128)
SINGER, ANIMAL LIBERATION (3 rd ed. 2002)	383(14)
SKINNER, A THIRD CONCEPT OF LIBERTY (2003)	338(60)
Soulen & Woodhead (eds.), GOD AND HUMAN DIGNITY (2006)	226(4)
SSENYONJO, ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW (2009)	553(59), 845(181)
STEINER, ALSTON & GOODMAN, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS (3 rd ed., 2008)	553(60)
STETSON, HUMAN DIGNITY AND CONTEMPORARY LIBERLISM (1998)	42(7)
Strange & Zupko (eds.), STOICISM: TRADITIONS AND TRANSFORMATION (2004)	55(9)
STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION (2010)	204(141)
STUART, CHARTER JUSTICE IN CANADIAN CRIMINAL LAW (5 th ed., 2010)	873(73)
SULLIVAN, DREIDGER ON THE CONSTRUCTION OF STATUTES (3 rd ed., 1994)	390(48)
SUNSTEIN, THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER (2004)	351(32)
<i>T</i>	
TALBOTT, WHICH RIGHTS SHOULD BE UNIVERSAL (2005)	45(20)
TAYLOR, FREEDOM OF RELIGION: UN AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE (2006)	275(225)
TOBIN, THE RIGHT TO HEALTH IN INTERNATIONAL LAW (2012)	603(376)
TREDNSEL, HUMAN RIGHTS IS CRIMINAL PROCEEDINGS (2005)	866(21)
TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (3 rd ed., 2000)	183(52), 185(59), 186(60), 188(68), 190(80), 198(121), 202(135), 203(137), 211(12), 370(150)
TRIBE & DORF, ON READING THE CONSTITUTION (1991)	173(6), 187(63), 189(76)

TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION (2008)	210(6), 277(243)
TROY, RETROACTIVE LEGISLATION (1998)	389(48)
V	
VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS (2005)	371(152)
VAN LEYDEN, ARISTOTLE ON EQUALITY AND JUSTICE: HIS POLITICAL ARGUMENT (1985)	692(41)
Vöneky & Wolfrum (eds.), HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING (2004)	36(25)
W	
WALDRON, DIGNITY, RANK, AND RIGHTS (Meir Dan-Cohen ed., 2012)	68(99), 69, 69(103)–69(106)
WALDRON, "PARTLY LAWS COMMON TO ALL MANKIND": FOREIGN LAW IN AMERICAN COURTS (2012)	192(90)
WALDRON, THE HARM IN HATE SPEECH (2012)	68(99), 70, 70(111)–70(114), 739(229)
WEINREB, NATURAL LAW AND JUSTICE (1987)	227(9)
WEISSBRODT, THE HUMAN RIGHTS OF NON-CITIZENS (2008)	382(6)
WELLINGTON, INTERPRETING THE CONSTITUTION: THE SUPREME COURT AND THE PROCESS OF ADJUDICATION (1992)	190(79)
WELLMAN, THE MORAL DIMENSIONS OF HUMAN RIGHTS (2010)	355(54)
WHEATLEY, DEMOCRACY, MINORITIES AND INTERNATIONAL LAW (2005).	
WHITE & OVEY, JACOBS, WHITE & OVEY, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (5 th ed., 2010)	94(29), 370(151), 751(295), 791(67), 866(22)
WICKS, THE RIGHT TO LIFE AND CONFLICTING INTERESTS (2010)	107(1), 287(22), 288(30)
WINKLER, THE HUMAN RIGHT TO WATER: SIGNIFICANCE, LEGAL STATUS AND IMPLICATION FOR WATER ALLOCATION (2012)	602(367)
Witte, Jr. & Alexander (eds.), CHRISTIANITY AND HUMAN RIGHTS: AN INTRODUCTION (2010)	59(39)
WOLFE, NATURAL LAW LIBERALISM (2006)	227(9)
Woolman, Bishop & Brickhill (eds.), CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA (2 nd ed., 4 th rev., 2012)	481(78)
Y	
YOUNG, CONSTITUTING ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS (2012)	553(59), 557(79)
Z	
Ziegler (ed.), HUMAN RIGHTS AND PRIVATE LAW: PRIVACY AS AUTONOMY (2006)	388(39)
ZUCCA, A SECULAR EUROPE: LAW AND RELIGION IN THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL LANDSCAPE (2012)	260(144)
ZUCCA, CONSTITUTIONAL DILEMMAS: CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN EUROPE AND THE USA (2007)	234(40)

מפתח מאמרים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות שוליים (בסוגריים))

מאמרים בעברית

א

- אבנון "ההיבט הלא דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם"
פוליטיקה 2 53 (1999) (52)545
- אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י 233 (1984) (24)110
- אדלר "חופש השביתה כראי הפסיקה" ספר ברנזון – בני סברה 475
(אהרן ברק וחיים כהן עורכים, 2000) (274)860, (261)858
- אדרי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון – בני סברה 43 (אהרן ברק וחיים כהן עורכים, 2000) (159)811, (13)348, (1)347
- אופק-גנדלר "התארגנות חיילים – האם בשלה העת לתמורה בישראל"
משפט וצבא יט 117 (2007) (242)855, (230)853, (222)852
- אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה"
משפטים לז 63, 82 (2007) (48)824–(46)824
- אוקון ושחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265 (1996) (84)875, (51)870
- אורגד "חוקה של מי ובעבוד מי? על היקף תחולתם של חוקי היסוד" משפט וממשל יב 145 (2010) (99)402
- אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659 (1993) (215)273, (184)267, (82)122
- אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין לאן?"
מחקרי משפט יב 253 (1995) (212)273, (206)272, (110)125, (105)124
- אלון "כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל" כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל 15
(חוג בית הנשיא לתנ"ך ולמקורות ישראל, 1995) (37)58, (31)57, (27)57, (23)57
- אליאסוף "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 173 (1994) (148)134
- אליאסוף "מדיניות חקיקת העבודה בישראל" ספר בר-ניב: לקט מאמרים
בדיני עבודה 55 (א' ברק, מ' גולדברג, י' זמיר וי' אליאסוף עורכים, 1987) (4)819
- אלמוג "התנכלות תעסוקתית" שנתון משפט העבודה יא 223 (2006) (200)848
- אמית "כבוד האדם במקרא" כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל 38 (חוג בית הנשיא לתנ"ך ולמקורות ישראל, 1995) (32)58
- אנגלרד "על דרך הרוב ובעיית היושר במשנתו של הרמב"ם" שנתון המשפט העברי יד-טו 31 (התשמ"ח-התשמ"ט) (27)178
- אריאלי "תורת זכויות האדם", מוצאה ומקומה בעיצובה של החברה המודרנית" משפט והיסטוריה 25, 27 (דניאל גוטוויץ ומנחם מאוטנר עורכים, 1998) (53)62, (51)62, (8)42

ב

- ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" עיוני משפט כב 11 (1999) (82)875, (51)870
- ביין "חוקי-היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יג 251 (1996) (51)870
- ביין "כללי החקירה המשטרית – היש מקום לקודיפיקציה של 'חוקי הציד'?" עיוני משפט יב 129 (1987) (2)863
- בירנהק "מעקב בעבודה: טיילור, בנת'האם והזכות לפרטיות" משפט העבודה יב 9 (2010) (197)848, (58)826
- בלום "דיני הנישואין בישראל וזכויות אדם" הפרקליט כב(2) 214 (1966) (251)672
- בלידשטיין "גדול כבוד הבריות – עיונים בגלגוליה של ההלכה" שנתון המשפט העברי ט-י 127 (1982) (37)58
- בלידשטיין "כבוד הבריות וכבוד האדם" שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית 97 (יוסף דוד עורך, 2006) (21)57
- בן-ישראל "אחריות בשל נזקים שנגרמו עקב שביתה" עיוני משפט יד 149 (1989) (274)860
- רות בן-ישראל "דיני עבודה" ספר השנה של המשפט הישראלי 441, 433 (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"ד) (159)811
- בן-ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי: השביתה, השביתה הפוליטית וזכויות האדם" ספר ברנזון כרך ג 111 (2007) (274)860, (249)856, (235)854
- בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27 (1994) (93)831, (60)826, (19)795
- בן-ישראל "מעמדה והשלכותיה של השביתה הפראית" הפרקליט לו 150 (1986) (274)860
- בן-ישראל "צדק חברתי בעידן בתר-העבודה: צדק חלוקתי בחלוקת העבודה במאה העשרים ואחת" צדק חלוקתי בישראל 327, 309 (מנחם מאוטנר עורך, 2000) (161)842
- בנבגי "שוויון וכבוד כאידאלים מתחרים – השופטת דורנר בעניין אליס מילר" מחקרי משפט כב 445 (2006) (38)691
- בנדור "ארבע מהפיכות חוקתיות" משפט וממשל ו 305 (2003) (101)123
- בנדור "המעמד המשפטי של חוקי היסוד" ספר ברנזון – בני סברה 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (161)373, (141)133
- בנדור "חופש לשון-הרע" משפטים כ 549 (1991) (4)615
- בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443 (1994) (184)267, (162)136
- בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקי ושוויון מינהלי" ספר שמגר חלק א 287 (2003) (79)698, (38)691
- בנדור "שריון חוקה – פסק דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821 (2001) (80)119
- בנדור וטמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב 623 (2002) (36)620
- בסוק "עשור ל'מהפכה החוקתית' – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית השוואתית" משפט וממשל ו 451 (2003) (135)132
- ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המנהלי" ספר יצחק זמיר על משפט ממזל וחברה 161 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) (82)397

- ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חרות 170
(יעקב שרת מתרגם 1969)
(1)347, (60)338
- ברנזון "התפטרות מאורגנת אינה שביתה – בין כיכר תל השומר לכיכר המדינה
ולכיכר תחריר" (טרם פורסם, 2012)
(274)860
- ברנזון "היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה"
ספר אליקה ברק-אוסוסקין 327 (2012)
(208)850
- ברנזון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" עיוני משפט ג 405 (1974)
ברנזון וברנזון "שביתת אהדה – מעמדה ומידתיותה" ספר ברנזון –
בני סברה 763 (אהרן ברק וחיים כהן עורכים, 2000)
(274)860
- ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" הפרקליט מג 5 (1996)
(122)128
- ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" מבחר כתבים 485 (חיים ה' כהן ויצחק
זמיר עורכים, 2000)
(74)636, (3)140
- ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה – פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט"
הפרקליט לט 267 (1990)
(17)631
- ברק "המהפכה החוקתית" מבחר כתבים כרך א 349 (חיים ה' כהן
ויצחק זמיר עורכים, 2000)
(122)128, (86)121
- ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992)
(86)121
- ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223 (1996)
(42)711, (46)712, (45)711
- ברק "הנשיא אגרנט: 'קול-העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129 (1986)
(44)711
- ברק "הקדמה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 5 (יורם רבין ויובל
שני עורכים, 2004)
(168)812, (77)358
- ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט
הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996)
(80)637, (74)636, (3)140
- ברק "התאגיד וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ח 49 (2013)
(155)497, (22)385
- ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה
ברק-אוסוסקין 363 (2012)
(211)664, (61)624, (41)388, (39)388, (101)224
- ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לויין 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין
ומיכאל קרייני עורכים, 2013)
(129)366, (93)326, (18)287, (6)210
- ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" מבחר כתבים כרך א 509 (חיים ה' כהן ויצחק
זמיר עורכים, 2000)
(56)713, (3)140
- ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (1983)
(23)110
- ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 221 (1994)
(26)213, (3)140
- (51)869, (64)827, (122)256, (119)256
- ברק "כבוד האדם: ניתוח חוקתי-השוואתי" ספר לבונטין 37 (יהושע ויסמן, ברק
מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים, 2013)
(111)722
- ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9 (2000)
(212)273
- ברק "מפעל חוקי-היסוד – לאן?" משפט ועסקים יד 111 (2012)
(170)138
- ברק "מקומה של הלשון בפרשנות המשפט" העברית תשע"ג 13 (2013)
(4)239
- ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא
(עתידי להתפרסם, 2014)
(39)474, (154)371, (149)370, (6)210

- ברק "פרשנותם של חוקי-היסוד" משפטים כב 13 (1992) (6)173
 ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197 (1992) (19)631
 ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" מבחר כתבים 319 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) (239)277
 ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011) (6)210, (159)372, (155)371, (39)474, (28)472, (23)455
 ברק "ייחודם של דיני המכרזים לקבלה לעבודה" שנתון משפט העבודה ז 165 (1996) (60)826
 ברק-אוסוסקין "הזכות לשביתה והזכות לקיום משא ומתן כזכויות יסוד" עורך הדין 10 (2011) (230)853, (249)856, (269)859, (274)860, (278)861
 ברק-ארז וגלעד "זכויות האדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (2009) (42)388
- ג
- גביון "דת ומדינה: הפרדה והפרטה" משפט וממשל ב 55 (1994) (118)770
 גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות האדם בישראל: קובץ מאמרים לזכרו של חמץ פ' שלח 61 (רות גביון עורכת, 1988) (39)215
 גביון "המדינה היהודית, הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה" תכלת 13 (2003) (198)271
 גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה שהגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997) (114)126, (113)126, (102)124
 גביון "מדינה יהודית דמוקרטית: אתגרים וסיכונים" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 213 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998) (109)125, (92)122
 גביון "מדינה יהודית דמוקרטית: זהות פוליטית, אידאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631 (1995) (212)272
 גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (20)349, (53)355, (55)355, (67)356, (82)359, (85)359, (366)602
 גולדברג "השביתה בחוק, בהסכם הקיבוצי ובפסיקה" הפרקליט גליון לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 51 (1987–1962) (274)860, (9)820
 גולדברג "זכות השביתה במדינת ישראל" עיוני משפט ג 606 (1973) (9)820
 גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל: לחיות את הסתירות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 619 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (54)545
 גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב 129 (1999) (21)795, (103)124
 גונטובניק "הקהילה הליברלית וזכויות רווחה כזכויות יסוד: עיון בהלכת קונטרם" ספר יצחק זמיר: על משפט ממשל וחברה (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) (85)251
 גזל "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381 (1998) (91)122
 גנז "חופש אקדמי" עיוני משפט יב 415 (1980) (249)742
 גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155 (1996) (82)875, (51)870

ד

- דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 533 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005) (79)358, (1)819, (115)834, (157)841, (159)841, (161)842, (165)842–(167)843, (195)847
- דוידוב "החובה לנהל משא ומתן קיבוצי" הרצאה בכינוס האגודה למשפט העבודה (מרס 2009) (249)856, (230)853, (49)824
- דוידוב "הפררוגטיבה של המעביד ודיני החוזים: בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן" משפטים לח 417 (2008) (61)827, (58)826
- דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008) (280)861
- דוידוב ועשת "ביטחון תעסוקתי במקום העבודה: לקראת הסדרי בנינים מאוזנים" משפטים מג 143 (2012) (206)850, (205)850
- דורון ולינצ'ץ "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם" משפחה במשפט ב 147 (2009) (291)676, (50)634
- דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" ספר שמגר – מאמרים חלק א 9 (2003) (20)143
- דורנר "ההגנה החוקתית על כבוד האדם" כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל 16 (אלוף הראבן ורחן ברם עורכים, 2000) (55)545, (22)143, (25)36
- דורנר "השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל ד 13 (1997) (75)873, (51)870
- דורפמן "האיסורים הפליליים המוטלים על חופש הביטוי בראי המודל הכלכלי של אי-ודאות" משפט וממשל ח 313 (2005) (214)737
- דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 109 (2013) (135)258
- דותן "בית-המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69, 101 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (10)548
- דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149 (1997) (161)373, (127)130, (126)130, (109)125
- דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377 (1997) (48)712

ה

- "האביב החוקתי של הכנסת ה-12" הלשכה 14 16 (1992) (84)120
- הורוביץ "בחינת מעמדה הנורמטיבי של זכות העובדים לביטחון תעסוקתי" עבודה, חברה ומשפט ח 127 (2001) (274)860
- הורוביץ "חירות השביתה – מידתיות וכבוד הדדי בדיני עבודה" עבודה, חברה ומשפט יג 115 (2012) (274)860
- הורוביץ "לצאת ידי שימוע – עיקרון השימוע במבט אנליטי" משפט ועסקים ט 311 (2008) (208)850
- הורנשטיין "שריון הוראות בחוק יסוד" הפרקליט כה 648 (1969) (77)118
- הכהן "התחיינה העצמות האלה?" – חופש המדע, חופש הדת וכבוד האדם – עיונים בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" מאזני משפט ד 219 (2005) (61)762
- הכהן "חופש הביטוי ופגיעה ברשות דתיים" פרשת השבוע 284 (2007) (229)739

הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105 (2001) (20)631
 הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפט בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 139 (1996) (83)875, (51)870

ו

וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קרית המשפט ד 169 (2004) (51)870
 ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5 (1983) (101)878

ז

זיו "מים זה לא בחינם". למה לא, בעצם? האם המשפט חשוב (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010) (367)602
 זיו "עוני, צמצום פערים ושוויון: המקרה של הזכות למים" משפט וממשל ז 945 (2005) (367)602
 זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום-אפריקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 347, 356 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (93)560, (98)561
 זיידמן ושחם "על רפואה, משפט ומה שביניהם" משפט ועסקים ו 13 (2007) (376)603
 זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" משפטים כג 69 (1994) (11)782
 זילברשץ "חופש התנועה: כניסה למדינה, שהות בה והיציאה ממנה" משפט בינלאומי 221 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, 2010) (68)791, (67)791, (55)789
 זילברשץ "עיוכוב יציאה מהארץ על פי צו בית משפט" מחקרי משפט יב 71 (1995) (11)782
 זילברשץ "על חופש הביטוי המסחרי" משפט וממשל ג 509 (1996) (284)748, (255)743
 זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינתית" משפט וממשל ד 793 (1998) (12)782, (44)788, (16)783
 זלצברגר וקדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489 (1997) (159)811, (19)795
 זלצברגר ועוד-זלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" שקט, מדברים! 27 (2006) (45)711, (249)742, (48)712
 זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גליון מיוחד לציון 25 שנה ללשכת עורכי הדין 61 (1987) (239)277
 זמיר וסובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (2000) (38)691, (10)686, (95)702, (55)694
 זנדברג "זכות השתיקה וזכותו של נאשם שלא להיחקר על עברו הפלילי: אגב פסק דין מילשטיין" משפטים לט 399 (2010) (81)875
 זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" משפחה במשפט א 225 (2007) (318)680
 זפרן "סודות ושקרים" – על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים לה 519 (2005) (318)680

ט

- טדסקי "בעיית הליקויים בחוק (Lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו"
 מחקרים במשפט ארצנו 132 (מהדורה שנייה, 1959) (30)288
 טדסקי "מעמד אישי" הפרקליט כב 164 (1966) (3)629
 טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" משפט וממשל ו 551 (2003) (4)109,
 (167)264, (133)132
 טל "מחוקק כל-יכול – האמנם? עיוני משפט י 361 (1984) (126)130, (68)116, (27)111
 טמיר "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 95 (2000) (50)545
 טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי"
 קרית המשפט ח 29 (2009) (63)546, (39)543

י

- יורן "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל" משפטים כג 55 (1994) (103)124

כ

- כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט
 – ספר היובל 9 (1994) (17)212, (153)262, (182)267, (184)267,
 (34)689, (28)688, (10)616
 כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט 297 (2006) (71)321
 כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי הפליה בחקיקת העבודה
 בישראל" משפט, עבודה וחברה יא 195 (1995) (60)299
 כהן-אלמגור "טיעון הפגיעה ברגשות להגבלת חירות הביטוי – תיאוריה ויישום"
 ספר שמגר – מאמרים א 505 (2003) (229)739
 כשר "מדינה יהודית ודמוקרטית – סקיצה פילוסופית" עיוני משפט יט 729 (1995) (212)272
 כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" משפט וממשל ב 289 (1994) (173)776, (229)739,
 (189)779

ל

- לבונטין "יהודית ודמוקרטית – הרהורים אישים" עיוני משפט יט 521 (1995) (212)272
 להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים ז 375 (1977) (44)711, (1)707
 לובוצקי ופרנקל "בנפתולי הזכות הניהולית לפטר בעידן 'המהפכה החוקתית'"
 משפט ועסקים ג 161 (2005) (208)850
 ליבאי "חקירת חשוד והחיסיון מפני הפללה עצמית" הפרקליט כט 92 (1974) (81)875
 לין "חוק יסוד: קונסנסוס" הארץ 5, 27.11.1998 (123)128
 לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט ה 267 (2000)
 (138)132, (123)128, (103)124
 לין "מבוא" חוקי היסוד של מדינת ישראל 4 (משה נסים עורך, 2004) (124)129
 ליפשיץ "ברית הזוגיות" מחקרי מדיניות 68 – המכון הישראלי לדמוקרטיה (2006) (269)674
 ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרים האזרחיים של הגירושים"
 עיוני משפט כח 671 (2005) (325)681

- ליפשיץ "רישום זוגיות" ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו 361
(אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006) (269)674
- ליפשיץ "שוויון בנישואים, הזכות להתגרש ואוטונומיה קהילתית – הרהורים
בעקבות תמורות במעמד האשה במשפט העברי" עיוני משפט כז 139 (2003) (325)681
- לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל" הפרקליט כז 30 (1971) (80)119
- משה לנדוי "מחשבות על המפכה החוקתית" משפט וממשל ג 697 (1996) (116)127, (102)124
- לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט
וממשל ג 697 (1996) (140)133, (136)132, (118)127–(116)127
- לנדוי "רב-שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים"
המשפט ה 249 (2000) (137)132, (102)124

מ

- מאוטר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט
של החקיקה" משפטים יז 321 (1987) (73)321
- מאוטר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות?" עיוני משפט כז 887 (2003) (213)273
- מאור "חוב פעור בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות וכלכליות –
כרוניקה של כשלון החקיקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 195
(יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (33)551, (28)550, (24)550, (2)547, (52)552–(40)551, (35)551
- מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד 243 (1999) (79)874, (51)870
- מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים מ'שוק של זכויות' ל'תיאוריה
של מימון ציבורי'" זכויות כלכליות וחברתיות בישראל 131 (יורם רבין ויובל
שני עורכים, 2004) (1)347
- מונדלק "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – ברירת מחדל חוזית להסדרה
קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב 819 (1999) (58)826
- מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש – מזכויות חברתיות
לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון – בני סברה 183 (אהרן ברק וחיים ברנזון
עורכים, 2000) (57)355, (56)355, (55)355, (54)355, (6)348, (127)257, (75)249, (78)358, (15)548, (19)549, (21)549, (23)550–(25)550, (35)551, (19)795
- מונדלק "שביתה מעין-פוליטית, הוראה מעין-פוליטית: הרהורים על הבחנות משפטיות
והוראתן" עיוני משפט כה 343 (2001) (274)860
- מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח
המשפט הישראלי" עיוני משפט יג 557 (1988) (14)865
- מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט 547 (1995) (92)122, (212)272, (184)268
- מרגלית והלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית
ויהודית 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998) (54)545
- מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים): משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות,
חברתיות ותרבותיות בישראל 663 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (51)634, (39)633, (55)635, (52)634

- מריץ "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז 253 (2002)
 מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (1997)
 (241)670
 (19)795

ס

- סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים
 כח 257 (1997) 114(44), 124(103), 263(157), 268(187), 286(9), 309(30), 336(52)
 סומר "מסמך רקע בנושא כבוד האדם כזכות חוקתית" (הוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 2005)
 (137)431
 סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי 133 (מנחם מאוטנר, אברהם סגי ורוזן שמיר עורכים, 1998) 545(53), 545(55), 739(229), 776(173)
 סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001) 230(20), 231(21)–(22), 232(26), 688(31)
 סטטמן וספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט
 כא 5 (2004) 739(229), 764(77), 764(78), 766(86), 779(190)
 סטטמן וספיר "הדתות הלא-יהודיות בישראל" מחקרי משפט כח 185 (2013) 755(1), 771(122)
 סטרשנוב "שפיטת נאשם בהיעדרו" המשפט ה 201 (2001) 253(104), 870(51), 874(78)
 סיטבון "על בני אדם, תאגידיים ומה שביניהם – האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחוק על תאגידיים" קרית המשפט ח 141 (2009) 385(22)
 "סימפוזיון בנושא שינויים בהגדרת מוסד המשפחה בדין הישראלי"
 המשפט ז 195 (2002) 633(39)
 סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה?" משפט וצבא 19 67 (2007) 253(99)

ע

- עשת "על המידה הטובה של השביתה הוירטואלית" עבודה חברה
 ומשפט יא 29 (2005) 860(274)

פ

- פאל "זכות הציבור לא לדעת" הפרקליט לט 533 (1989) 727(147)
 פינטו "פגיעה ברגשות או פגיעה בזהות תרבותית" המשפט טו 647 (2010) 545(53), 776(173), 777(177)
 פלד "האם 'ציפור נפשה של הדמוקרטיה' היא ציפור נפשו של האדם? מבט ביקורתי על עיגונו החוקתי של חופש הביטוי בפסיקה" מחקרי משפט כו 283 (2010) 719(96), 742(249)
 פלד "האם תהיה ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?" חיים כהן מבחן כתבים – קציר עשור הגבורות 45 (2001) 273(212)
 פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 895 (2001) 712(48), 714(60), 717(80)

- (73)322 פרוקציה "כללים וסטנדרטים בספר הברית" מחקרי משפט כו 661 (2010)
פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית וערך כבוד האדם" מחקרי משפט יג 87 (1996)
- (115)255 פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה" עיוני משפט יז 717 (1993)
(126)129 פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג 459 (התשל"ג)
(24)631
- צ**
- (77)118 צמח "כיצד נוסדת סמכות שיפוט קונסטיטוציונית?" הפרקליט כט 515 (1978)
- ק**
- קוריןאלדי "חופש הדת בישראל – במה נשתנה 'הסטטוס-קוו'?"
שערי משפט ג 287 (2003)
(1)755 קיטאי סנג'רו "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מו 282 (2003)
(44)544 קיטאי סנג'רו "חובת המדינה למנות סניגור ציבורי לכל נאשם בפלילים"
מחקרי משפט כג 195 (2008)
(79)874 קיטאי סנג'רו "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין הפלילים" עלי משפט ג 405 (2003)
(44)544, (118)256 קיטאי סנג'רו "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית המשפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה" משפט וצבא 18 31 (2006)
(81)875, (96)253 קיטאי סנג'רו "תנאי כליאתם של עצורים – בין חזקת החפות לכבוד האדם"
ספר אורי קיטאי 293 (2008)
(51)870, (5)381 קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח 293 (2005)
(177)376 קליין "בעקבות פסק הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון"
משפטים כח 341 (1997)
(161)373 קליין "המהפכה החוקתית השקטה" מעריב 27.3.1992
(84)120 קליין "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51 (1970)
(161)373 קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?"
משפטים כט 317 (1998)
(200)848 קמיר "ל'מגילה' יש שתי פנים; סיפורן המוזר של 'הכרזת המדינה הצייונית'
ו'הכרזת המדינה הדמוקרטית'" עיוני משפט כג 473 (2000)
(167)264 קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסוד"
המשפט יד 263 (2008)
(55)694, (41)692, (38)691 קמיר "על פרשת דרכי כבוד – ישראל בין מגמות של הדרת כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת-כבוד (glory) וכבוד מחיה (respect) תרבות דמוקרטית 169 9 (2005)
(10)240, (9)240, (5)240, (1)41 קפלן "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת" דין ודברים ו 259 (2011)
(20)631

- קפלן "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני – איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות" קרית המשפט ח 145 (2009) (75)637, (20)57
- קפלן ופרי "על אחריותם בנזיקין של סרבני הגט" עיוני משפט כב 773 (2205) (326)681
- קרמניצר "דמותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית 395 (אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן עורכים, 2007) (8)226
- קרמניצר ולבנון-מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות הסתה להמרדה והסתה לאלימות בעקבות פרשת כהנא" משפט וממשל ז 305 (2004) (216)738
- קרב "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד" מחקרי משפט יג 275 (1996) (51)870
- קרב "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64 (1995) (51)870
- קרב "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323 (1993) (66)116, (82)120, (195)271, (27)688, (28)688, (16)783
- קרב "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129 (1995) (18)212, (16)212
- קרב'מר "הזכות להפגין" עיונים בזכויות האזרח בישראל 5 (מ' ברגר עורך, 1984) (239)741, (145)726
- קרב'מר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 358 (1997) (80)119, (77)118

ר

- רבין "הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 567 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (159)811, (11)794, (161)263
- רבין ומיידר "בית המשפט תוקע יתד: על הזכות לחינוך והזכות לשוויון בחינוך בשדה החינוך המיוחד" המשפט ח 541 (2003) (11)794
- רבין מרגליות "מי מוטד מהטרדה מינית בעבודה" שנתון משפט העבודה ז 153 (1999) (200)848
- רדאי "חרות השביתה, תביעות צד ג' ובוררות חובה" שנתון משפט העבודה ה 143 (1995) (274)860
- רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג 145 (1995) (57)694, (38)691
- רדאי "על השוויון" משפטים כד 241 (1994) (38)691
- רדאי "שביתות פוליטיות ושינוי יסודי במבנה הכלכלי של מקום העבודה" המשפט ב 159 (1995) (274)860
- רובינשטיין "הזכות לנישואין" עיוני משפט ג(2) 433 (1974) (251)672
- רובינשטיין "חופש הביטוי האקדמי" משפט ועסקים יג 11 (2010) (249)742
- רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79 (2012) (17)333, (66)116
- רובינשטיין וסולברג "דת ומדינה בישראל בשנת היובל" מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורות 339 (1999) (214)273

- רוזן-צבי "דיני המשפחה: סוף עידן ההבלגה" ספר השנה של המשפט בישראל 357
(אריאל רוזן-צבי עורך, 1996) (20)631
- רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר
לרבע מעגל?" עיוני משפט יט 497 (1995) (212)272, (92)122
- רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין 35 42 (2002) (101)123
- ריינס "הכבוד במשפט ובמוסר התלמודי" אהלי שם: מסות ומחקרים במוסר, במשפט
ובסוציולוגיה הישראלית 53 (1963) (20)56
- ריינס "כבוד הבריות בהלכה" סיני כז קנז (1950) (37)58
- רימלט "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה הפמיניסטית
והמציאות המשפטית" משפטים 601 (2005) (200)848

ש

- שאוה "הידועה בציבור כאשתו – הגדרת מעמדה וזכויותיה" עיוני
משפט ג 126 (1973) (24)631
- שוחטמן "הכרות העצמאות כמקור לזכויותיו הלאומיות של העם היהודי על ארץ
ישראל" משפט וממשל ה 427 (2000) (4)109
- שולצינר "כבוד האדם – הצדקה, לא זכות" המשפט כא 23 (2008) (25)45, (22)45
- שחר "הטיטות המוקדמות של הכרות העצמאות" עיוני משפט כו 523 (2002) (4)109,
(167)264, (133)132
- שחר "סדר-דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל: תשנ"ב-תשנ"ג 402
(אריאל רוזן צבי עורך, 1994) (51)869, (1)303
- שטופלר "הקונפליקט בין חופש הדת וחופש ההתאגדות לבין שוויון ההזדמנויות בעבודה –
מבט השוואתי" עבודה, חברה ומשפט יא 323 (2006) (1)755
- שטיין "הזכות להליך הוגן" זכויות האדם והאזרח בישראל: מקראה כרך ג 355
(טלי בן-גל, דנה אלכסנדר, אריאל בנדור ושרון רבין עורכים, 1992) (61)871
- שטיינברג "מה נותר מן האזרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח 163 (2006) (96)253
- שטרית "חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות
דתית והטלת הגבלות מטעמי דת" משפטים ג 467 (1972) (100)768, (1)755,
(162)775
- שיפמן "חדירת המשפט האזרחי לדיני המשפחה" ספר מנשה שאוה: מחקרים
במשפט לזכרו 235 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006) (20)631
- שיפמן "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה"
משפטים טז 212 (1986) (330)682
- שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 501
(פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995) (287)676
- שלו "חופש ההתקשרות לנישואין ולחיים משותפים" מעמד האשה בחברה ובמשפט 459
(פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995) (252)672
- שלו "על שוויון, שונות והפליית מין" ספר לנדוי 839 (כרך שני, תשנ"ה) (38)691
- שלח "בן הזוג הידוע בציבור" משפטים ו 119 (1975) (24)631

- שלח "על חירות המצפון וחירות הלב: חירות המצפון והדת בישראל וההגבלות על חופש הנישואין" זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבודו של חיים ה' כהן (רות גביון עורכת, 1982) (1)755, (164)775
- שלף "מ'שלטון החוק' ל'מרות המשפט': הרהורים וערעורים על מושג-יסוד" עיוני משפט טז 559 (1991) (239)277
- שמגר "כבוד האדם ואלימות" משפט וממשל ג 33 (1995) (38)246
- שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ 5 (1996) (56)317, (1)139
- שמגר "סוגיות בנושא הפריה ולידה" הפרקליט לט 21 (1996) (288)676
- שמגר "על זכויות האדם" הפרקליט מו 5, 7 (2002) (6)75
- שמגר "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי" משפטים כו 3 (1995) (121)128
- שמר בגס "צדק פרוצדוראלי וכבוד העובד – עיונים בהלכת השימוע" עבודה, חברה ומשפט יג 175 (2012) (208)850
- שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש בתי המשפט הישראליים יכולים לעשות בהן" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 306 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (74)556, (69)555, (63)554, (60)553, (70)357
- שפטלר "הרהורים בשאלות קונסטיטוציוניות" הפרקליט כו 6 (1970) (77)118
- שפרלינג וכהן "הזכות לשירותי בריאות – יישומה בישראל" משפט ועסקים ו 249 (2007) (377)603

מאמרים בלועזית

A

- Abraham, *Judicial Role in Constitutional Amendments in India: The Basic Structure Doctrine*, in THE CREATION AND AMENDMENT OF CONSTITUTIONAL NORMS 195 (Mads Andenas ed., 2000) 372(160)
- Ackermann, *Equality and Non-Discrimination: Some Analytical Thoughts*, 22 S. AFR. J. HUM. RTS. 597 (2006) 493(126)
- Ackermann, *Equality and the South African Constitution: The Role of Dignity*, 63 HEIDELBERG J. INT'L L. 537 (2000) 221(81)
- Ackermann, *The Soul of Dignity: A Reply to Stu Woolman*, in CONSTITUTIONAL CONVERSATIONS 228 (Stu Woolman & Michael Bishop eds., 2008) 217(48), 493(126), 493(127)
- Ackermann, *The Legal Nature of the South African Constitutional Revolution*, 4 N. Z. L. REV. 633 (2004) 470(16), 493(126), 493(127)
- Ackermann, *The Significance of Human Dignity for Constitutional Jurisprudence* (Address Before Stellenbosch Law Faculty Aug. 15 2005) 468(4)
- Adler, *The Dignity of Sex*, 17 UCLA WOMEN'S L. J. 1 (2008) 380(3)
- Ajalat, *The Decline of the American Labor Movement: A Proposal for the Constitution as a Source of Worker's Rights*, 6 SETON HALL CONST. L.J. 683 (1996) 822(35)
- Akzin, *Judicial Review of Statute*, 4 ISR. L. REV. 559 (1969) 118(77)
- al-Ahsan, *Law, Religion and Human Dignity in the Muslim World Today: An Examination of OIC's Cairo Declaration of Human Rights*, 24 J. L. & RELIG. 569 (2009) 60(45)

- Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 ARIZ. ST. L.J. 663 (2010) 371(155), 456(25), 474(39)
 Albert, *Nonconstitutional Amendments*, 22 CAN. J.L. & JURIS. 5 (2009) 476(49)
 Albertyn & Goldblatt, *Equality*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 35 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012) 694(60)
 Alexander, *Modern Equal Protection Theories: A Metatheoretical Taxonomy and Critique*, 42 OHIO ST. L.J. 3 (1981) 179(30)
 Alexander & Kress, *Against Legal Principles*, in LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY 279 (Andrei Marmor ed., 2007) 321(73)
 Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, in RIGHTS 168 (Carlos Nimo ed., 1989) 779(191)
 Allan, *Constitutional Justice and the Concept of Law*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 219 (Grant Huscroft ed., 2008) 209(1)
 Alston & Quinn, *The Nature and Scope of the States Parties Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 9 HUM. RTS. Q. 156 (1987) 555(67), 556(73)
 Altmann, *'Homo Imago Dei' in Jewish and Christian Theology*, 48 J. RELIG. 235 (1968) 59(40)
 Amar, *Foreword: The Document and the Doctrine*, 114 HARV. L. REV. 26 (2000) 185(57), 187(65)
 Amar, *Intertextualism*, 112 HARV. L. REV. 747 (1999) 185(57), 186(60), 329(2)
 Anderson, *On Dignity and Whether the Universal Declaration of Human Rights Remain A Place of Refuge After 60 Years*, 25 AM. U. INT'L L. REV. 115 (2009) 77(11)
 Anselm, *Human Dignity as a Regulatory Principle of Bioethics: A Theological Perspective*, in HUMAN-BIOTECHNOLOGY AS SOCIAL CHALLENGE: AN INTERDISCIPLINARY INTRODUCTION TO BIOETHICS 109 (Nikolaus Knoepffler, Dagmar Schipanski & Stefan L. Sorgner eds., 2007) 47(42), 48(45)
 Arieli, *On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Dignity of Man and His Rights*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 1 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 53(1), 62(53)
 Aristotle, *Ethica Nicomechea*, in THE WORKS OF ARISTOTLE TRANSLATED INTO ENGLISH (William D. Ross & John A. Smith eds., 1931) 178(28)
 Ashford, *The Alleged Dichotomy Between Positive and Negative Rights and Duties*, in GLOBAL BASIC RIGHTS 92 (Charles R. Beitz & Robert E. Goodin eds., 2009) 349(15)
 Atiyah, *Common Law and Statute Law*, 48 MOD. L. REV. 1 (1985) 110(24)
 Ayres, *Narrow Tailoring*, 43 UCLA L. REV. 1781 (1996) 370(150)
- B**
- Baade, *'Original Intent' in Historical Perspective: Some Critical Glosses*, 69 TEX. L. REV. 1001 (1991) 202(134)
 Baer, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German, and U.S. Law*, in DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW 582 (Catharine A. MacKinnon & Reva Siegel eds. 2003) 545(56)

- Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, 59 U. TOR. L.J. 417 (2009) 48(46), 233(34), 340(61), 452(3), 691(38)
- Baer, *Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court*, 5 COLUM. J. EUR. L. 249 (1998) 691(38)
- Bassiouni, *Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions*, 3 DUKE J. COMP. & INT'L L. 235 (1993) 866(19)
- Bagaric & Allen, *The Vacuous Concept of Dignity*, 5 J. HUM. RTS. 257 (2006) 47(40)
- Balkin, *The Rule of Law as a Source of Constitutional Change*, 6 CONST. COMM. 21 (1989) 189(75)
- Balustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity*, 39 N.Y.U. L. REV. 962 (1964) 323(81)
- Bandes, *The Negative Constitution: A Critique*, 88 MICH. L. REV. 2271 (1989) 351(31)
- Barak, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 44 ISR. L. REV. 321 (2011) 371(155)
- Barnes, *The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration*, in CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN EUROPE (Hartmut Bauer & Christian Calliess eds., 2008) 349(18)
- Barrett, *Dignatio and the Human Body*, 21 S. AFR. J. HUM. RTS. 525 (2005) 56(19)
- Bates, *Human Dignity: An Empty Phrase in Search of Meaning*, 10 JUD. REV. 165 (2005) 47(42)
- Baxi, *The Constitutional Quicksands of Kesavananda Bharati and the Twenty Fifth Amendment*, 1 SUP. CT. CASES. J. 45 (1974) 372(160), 474(40)
- Beatty, *Constitutional Labour Rights: Pros and Cons*, 14 INDUS. L. J. 1 (1993) 822(35)
- Beatty, *Labouring Outside the Charter*, 19 OSGOODE HALL L.J. 839 (1991) 822(35)
- Beatty, *The Forms and Limits of Constitutional Interpretation*, 49 AM. J. COMP. L. 79 (2001) 193(94), 193(98)
- Beckley, *Love, Human Dignity, and Justice: Some Legacies from Protestant and Catholic Ethics*, 66 NOTRE DAME L. REV. 1053 (1991) 59(39)
- Bedau, *The Eighth Amendment, Human Dignity, and the Death Penalty*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 145 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992) 36(25), 421(79)
- Benda, *The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)*, 53 SUM. L. REV. 443 (2000) 452(3), 455(22), 459(45)
- Bendor, *The Purpose of the Israeli Constitution*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 41 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) 124(103)
- Bendor & Sachs, *Human Dignity as a Constitutional Concept in Germany and in Israel*, 44 ISR. L. REV. 26 (2011) 292(45), 453(5)
- Bennett, *Objectivity in Constitutional Law*, 132 U. PA. L. REV. 445 (1984) 207(155)
- Beschle, *Defining the Scope of the Constitutional Right to Marry*, 70 NOTRE DAME L. REV. 39 (1994) 633(38)

- Besson, *The Right to Have Rights: From Rights to Citizens and Back*, in HANNAH ARENDT AND THE LAW 335 (Marco Goldoni & Christopher McCorkindale eds., 2012) 216(43)
- Betten, *European Social Charter*, 6 NETH. Q. HUM. RTS. 69 (1988) 821(26)
- Beyleveld & Brownsword, *Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics*, 61 MOD. L. REV. 661 (1998) 47(37), 259(140)
- Bilchitz, *Moving Beyond Arbitrariness: The Legal Personhood and Dignity of Non-human Animals*, 25 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 38 (2009) 383(14)
- Bishop & Woolman, *Freedom and Security of the Person*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 40 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012) 341(62), 484(93)
- Bittner, *Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010*, 12 GERMAN L.J. 1941 (2011) 563(109)
- Binchy, *Dignity as a Constitutional Concept*, in THE IRISH CONSTITUTION: GOVERNANCE AND ITS VALUES 307 (Eoin Carolen & Oran Doyle eds., 2008) 47(37)
- Blanpain, *The Changing World of Work*, in COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN INDUSTRIALIZED MARKET ECONOMICS 23 (Roger Blanpain & Chris Engels eds., 1998) 823(36)
- Bobbitt, *Reflections Inspired by my Critics*, 72 TEX. L. REV. 1869 (1994) 198(123)
- Bogg & Ewing, *A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada*, 33 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 379 (2012) 857(254)
- Bognetti, *The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism*, in EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM 75 (Georg Nolte ed., 2005) 44(14), 98(64), 216(42), 412(28), 430(131), 453(5)
- Bomhoff, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 31 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 555 (2008) 194(98)
- Bosch, *Bent out of Shape? Critically Assessing the Application of the Right to Fair Labour Practices in Developing South African Labour Law*, 19 STELLENBOSCH L. REV. 374 (2008) 846(187)
- Bosworth, *The Federal Constitutional Right to Divorce*, 14 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 94 (2004) 681(321)
- Botha, *Equality, Dignity and the Politics of Interpretation*, 19 S. AFR. PUB. L. 724 (2004) 467(4), 468(8), 470(18), 473(36), 477(56), 488(106), 488(109), 492(125), 494(132), 494(134), 495(142), 496(146), 691(38)
- Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, 20 STELL. L. REV. 171 (2009) 45(23), 47(37), 48(50), 48(51), 196(111), 197(114), 215(38), 217(49), 220(72), 292(44), 452(3), 453(5), 458(39), 461(51), 464(69), 464(71), 468(4)

- Boxill, *Dignity, Slavery and the Thirteenth Amendment, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES* 102 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992) 367(132)
- Bracey, *Dignity in Race Jurisprudence*, 7 U. PA. J. CONST. L. 669 (2005) 422(80)
- Brennan, *Color-Blind, Creed-Blind, Status-Blind, Sex-Blind*, 14 HUM. RTS. 30 (1987) 422(82)
- Brennan, *Rededication Address: The ABA's Memorial to the Magna Carta*, 19 LOY. L.A. L. REV. 55 (1985) 422(82)
- Brennan, *The Bill of Rights and the States: The Revival of State Constitutions as Guardians of Individual Rights*, 61 N.Y.U. L. REV. 535 (1986) 422(82)
- Brennan, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, 27 S. TEX. L. REV. 433 (1986) 177(21), 184(53), 191(84), 199(126), 422(82), 822(84)
- Brennan, *Construing the Constitution*, 19 U.C. DAVIES L. REV. 2 (1985) 173(2)
- Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204 (1980) 179(32), 183(53)
- Brickhill & Friedman, *Access to Court, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* ch. 59 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev. 4, 2012) 872(69)
- Brilmayer & Norchi, *Federal Extraterritoriality and Fifth Amendment Due Process*, 105 HARV. L. REV. 1217 (1992) 401(96)
- Brilmayer, *The Extraterritorial Application of American Law: A Methodological and Constitutional Appraisal*, 50 L. CONTMP. PROBS. 11 (1987) 401(96)
- Broberg, *A Brief Introduction, in DIGNITY, ETHICS AND LAW* 7, 8 (Margareta Broberg & Bresson Ladegaard Knox eds., 1999) 42(5)
- Brownsword, *An Interest in Human Dignity as the Basis for Genomic Torts*, 42 WASHBURN L.J. 413 (2003) 259(140)
- Brownsword, *Bioethics Today, Bioethics Tomorrow: Stem Cell Research and the "Dignitarian Alliance"*, 17 NOTRE DAME J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 15 (2003) 259(140)
- Brownsword, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW* 181 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001) 259(140)
- Brugger, *May Government Ever Use Torture – Two Responses from German Law*, 48 AM. COMP. L. 661 (2000) 367(133), 452(3)
- Buchanan, *The Egalitarianism of Human Rights*, 120 ETHICS 679 (2010) 216(41)
- Buchhandler-Raphael, *Drugs, Dignity and Danger: Human Dignity as a Constitutional Constraint to Limit Overcriminalization* (forthcoming 80 TEN. L. REV., 2013) 431(138)

C

- Cameron, *The Labour Trilogy's Last Rites: B.C Health and a Constitutional Right to Strike*, 15 CANADIAN LAB. & EMP. L.J 297 (2009–2010) 859(268)
- Caminker, *Judicial Solicitude for State Dignity*, 574 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 81 (2001) 414(37)
- Carbonari, *Human Dignity as a Basic Concept of Ethics and Human Rights*, in DIGNITY AND HUMAN RIGHTS: THE IMPLEMENTATION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS 35 (Berma K. Goldewijk, Adalid C. Baspineiro & Paulo C. Carbonari eds., 2002) 43(12), 215(39)
- Carbone, *The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity*, 65 LA. L. REV. 1295 (2005) 676(288)
- Carmi, "Dignitizing" Free Speech in Israel: The Impact of the Constitutional Revolution on Free Speech Protection, 57 MCGILL L. J. 791 (2012) 343(75), 345(88), 387(36), 708(16), 720(108)
- Carmi, *Dignity Versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech*, 26 B. U. INT'L. L.J. 277 (2008) 338(59), 721(108)
- Carozza, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply*, 19 EUR. J. INT'L L. 931 (2008) 49(55)
- Carozza, *Human Dignity in Constitutional Adjudication*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 459 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011) 45(22), 45(25), 46(30), 48(44), 56(17), 56(18), 217(50)
- Castiglione, *Hudson and Samson: The Roberts Court Confronts Privacy, Dignity, and the Fourth Amendment*, 68 LA. L. REV. 63 (2007) 421(75)
- Castiglione, *Human Dignity under the Fourth Amendment*, 4 WIS. L. REV. 655 (2008) 411(18), 421(75)
- Chadha & Schatz, *Human Dignity and Economic Integrity for Persons with Disabilities: A Commentary on the Supreme Court's Decisions in Granovsky and Martin*, 19 J.L. & SOC. POL'Y 94 (2004) 380(4)
- Chalmers & Ryuichi, *On the International Legal Aspects of Human Dignity*, in PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION 157 (Jeff E. Malpas & Norelle Lickiss eds., 2007) 53(1), 76(9)
- Chapman, A "Violations Approach" for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 18 HUM. RTS. Q. 23 (1996) 78(14)
- Chaskalson, *Dignity and Justice for All*, 24 MD. J. INT'L L. 24 (2009) 479(70)
- Chaskalson, *Human Dignity as a Constitutional Value*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 133 (David Kretzmer and Eckart Klein eds., 2002) 49(55), 51(64), 221(81), 467(4), 477(51), 480(76)
- Chaskalson, *Human Dignity as a Foundational Value of Our Constitutional Order*, 16 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 193 (2000) 467(4), 479(70)
- Cheadle, *Limitation of Rights*, in SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS 693 (Halton Cheadle, Dennis Davis & Nicholas Haysom eds., 2002) 192(91)

- Chivvis, *Consent to Monitoring of Electronic Communications of Employees as an Aspect of Liberty and Dignity: Looking to Europe*, 19 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 799 (2009) 848(197)
- Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 IND. L.J. 819 (1999) 192(90)
- Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, 2 INT'L J. CONST. L. 1 (2004) 195(105)
- Christiano, *Two Conceptions of the Dignity of Persons*, 16 JAHRBUCH FÜR RECHT UND ETHIK 101 (2008) 63(69)
- Clements, *Disability, Dignity, and the Cri de Coeur*, 6 EUR. HUM. RTS. L. REV. 675 (2011) 380(4)
- Clinton, *Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of 'This Constitution'*, 72 IOWA L. REV. 1177 (1987) 202(134)
- Clifford & Huff, *Some Thoughts on the Meaning and Scope of the Montana Constitution's Dignity Clause with Possible Applications*, 61 MONT. L. REV. 301 (2000) 407(3), 407(4)
- Cohen-Eliya & Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367 (2009) 195(109)
- Cooper, *Labour Relations*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 53 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012) 846(187)
- Corder, *Comment*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 132 (George Nolte ed., 2005) 217(50)
- Cornell, *A Call for a Nuanced Constitutional Jurisprudence: South Africa, Ubuntu, Dignity and Reconciliation*, 19 S. AFR. PUB. L. 661 (2004) 56(17)
- Cornell, *Bridging the Span toward Justice: Laurie Ackermann and the Ongoing Architectonic of Dignity Jurisprudence*, [2008] ACTA JURIDICA 18 493(127)
- Courtis, *Argentina: Some Promising Signs*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 163 (Malcolm Langford ed., 2008) 558(81)
- Courtis, *Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America*, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 169 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006) 558(81)
- Cowen, *Can 'Dignity' Guide South Africa's Equality Jurisprudence?* 17 S. AFR. J. HUM. RTS 34 (2001) 221(81), 490(117), 501(170)
- Cox, *Strikes, Picketing and the Constitution*, 4 VAND. L. REV. 574 (1950) 822(35)
- Craig, *Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy*, [2003] PUB. L. 92 277(239)
- Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, [1997] PUB. L. 467 277(239)

- Cua, *Dignity of Persons and Styles of Life*, 45 PROCEEDINGS AM. CATH. PHIL. ASSN. 120 (1971) 45(22), 45(25)
- Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986) 351(31)
- Cuschieri, *Endorsement of Human Dignity in the Jurisprudence of the Sacred Roman Rota in the XVI–XVII Centuries*, 42 JURIST 466 (1982) 53(1), 59(39), 60(42)
- D**
- da Costa, *The Principle of Human Dignity in European Case- Law*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 50 (European Commission for Democracy through Law, 1998) 95(35), 209(4)
- Dales, *A Medieval View of Human Dignity*, 38 J. HIST. IDEAS 557 (1977) 53(1), 59(40), 61(46)
- Dallner & Manning, *Death with Dignity in Montana*, 65 MONT. L. REV. 309 (2004) 408(4)
- Daly, *Constitutional Dignity: Lessons from Home and Abroad* (Widener L. Sch. Legal Studies Res., Paper No. 08-07, 2007) 411(19), 416(48), 420(71), 424(95), 429(127), 430(129), 430(134), 431(142), 453(5)
- Daly, *Dignity in the Service of Democracy* (Widener L. Sch. Legal Studies Res. Paper No. 11-07, 2010) 92(24), 101(82), 431(143)
- Daly, *Human Dignity in the Roberts Court: A Story of Inchoate Institutions, Autonomous Individuals, and the Reluctant Recognition of a Right*, 37 OHIO N.U. L. REV. 381 (2011) 411(19), 414(35), 414(38), 416(48), 420(71), 430(134), 431(143)
- Daly, *The New Liberty*, 11 WIDENER L. REV. 221 (2005) 431(140)
- Danchin, *Defaming Muhammad: Dignity, Harm Incitement to Religious Hatred*, 2 DUKE J.L. & SOC. CHANGE 5 (2010) 739(229)
- Dan-Cohen, *A Concept of Dignity*, 44 ISR. L. REV. 9 (2001) 46(29)
- Dan-Cohen, *Between Selves and Collectives: Toward a Jurisprudence of Identity*, 61 U. CHI. L. REV. 1213 (1994) 544(49)
- Davis, *Equality: The Majesty of Legoland Jurisprudence*, 116 S. AFR. L.J. 398 (1999) 48(47)
- Davis, *Doing Justice to Dignity in the Criminal Law*, in PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION 169 (Jeff E. Malpas & Norelle Lickiss eds., 2007) 873(73)
- De Baets, *A Successful Utopia: The Doctrine of Human Dignity*, 7 HISTOREIN 71 (2007) 45(20)
- De Beco, *Life Sentences and Human Dignity*, 9 INT'L J. HUM. RTS. 411 (2005) 381(5)
- De George, *The Right to Work: Law and Ideology*, 19 VALPARAISO U. L. REV. 15 (1984) 842(160), 842(161)
- De Lima Lopes, *Brazilian Courts and Social Rights: A Case Study Revisited*, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 169 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006) 558(81)

- De Waal, *a Comparative Analysis of the Provisions of German Origin in the Interim Bill of Rights*, 11 S. AFR. J. HUM. RTS. 1 (1995) 192(91)
- De Wet, *Can the Social State Principle in Germany Guide State Action in South Africa in the Field of Social and Economic Rights*, 11 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 30 (1995) 562(107)
- Delpérée, *The Right to Human Dignity in Belgian Constitutional Law*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 57 (European Commission for Democracy Through Law, 1998) 97(58)
- Dennis & Stewart, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?* 98 AM J. INT'L L. 462 (2004) 356(62)
- Desai, *Constitutional Amendments and the 'Basic Structure' Doctrine*, in DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS, AND THE RULE OF LAW: ESSAYS IN HONOUR OF NANI PALKHIVALA 90 (Venkat Lyer ed., 2000) 372(160), 474(40)
- Dethloff & Kroll, *The Constitutional Court as Driver on Reforms in German Family Law*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 217 (2006) 638(82)
- Dicke, *The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 111 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 76(11)
- Dickens, *Medically Assisted Death: Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec*, 38 MCGILL L.J. 1054 (1993) 544(46)
- Donnelly, *Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights*, 76 AM. POL. SCI. REV. 303 (1982) 44(13), 51(64), 56(16), 826(58)
- Dorf, *Foreword: The Limits of Socratic Deliberation*, 112 HARV. L. REV. 4 (1998) 202(136)
- Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: A Case of Original Meaning*, 85 GEO. L.J. 1765 (1997) 198(122), 198(124)
- Dorf, *Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity*, 92 GEO. L.J. 833 (2003) 186(60), 329(2)
- Du Plessis, *Interpretation*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 32 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012) 176(19), 349(16)
- Dukes, *Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn Freund and the Role of Labour Law*, 35 J. L. & SOC. 341 (2008) 822(35), 824(50)
- Dukes, *Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law*, in THE IDEA OF LABOUR LAW 57 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011) 822(35), 824(50)
- Duncan, *"Don't Eever Take a Fence Down": The "Functional" Definition of Family – Displacing Marriage in Family Law*, 3 J. L. & FAM. STUD. 57 (2001) 634(49), 672(251)

- Dupré, *Dignity, Democracy, Civilisation*, 33 LIVERPOOL L. REV. 263 (2012) 205(144),
232(31), 233(37), 237(60), 257(130), 392(56)
- Dupré, *Human Dignity and the Withdrawal of Medical Treatment: A Missed Opportunity?*, [2006] EUR. HUM. RTS. L. REV. 678 237(60)
- Dupré, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, 19 EUR. PUB. L. 319 (2013) 84(42), 235(47), 237(58), 250(76), 350(21)
- Dupré, *The Right to Human Dignity in Hungarian Constitutional Case-law, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 68* (European Commission for Democracy through Law, 1998) 96(38)
- Dupré, *Unlocking Human Dignity: Towards a Theory for the 21st Century*, 2 EUR. HUM. RTS. L. REV. 190 (2009) 235(45), 237(60)
- Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, AÖR 81 (1956) 292(44)
- Dworkin, *Law as Interpretation*, 9 CRITICAL INQUIRY 179 (1982) 189(73)
- Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve*, 65 FORDHAM L. REV. 1249 (1997) 198(120)
- Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, 59 U. CHI. L. REV. 381 (1992) 65(82), 286(9), 309(30)
- E*
- Eberle, *Human Dignity, Privacy and Personality in German and American Constitutional Law*, 1997 UTAH L. REV. 963 (1997) 47(40), 48(46), 452(5), 466(73)
- Eckert, *Legal Roots of Human Dignity in German Law, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 42* (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 47(42)
- Edel, *Humanist Ethics and the Meaning of Human Dignity, in MORAL PROBLEMS IN CONTEMPORARY SOCIETY 227* (Paul Kurtz ed., 1973) 43(12)
- Eekelaar, *The Emergence of Children's Rights*, 6 O. J. L. S. 161 (1986) 679(311)
- Egidy, *The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court*, 12 GERMAN L.J. 1961 (2011) 563(109)
- Eide, *Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach*, 10 HUM. RTS. L.J. 36 (1989) 348(10)
- Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 125* (Ronald St. John MacDonald, Franz Matscher & Herbert Petzold eds., 1993) 370(151)
- Eklund, *The Death Penalty: A Violation of the Constitutional Right to Individual Dignity*, 65 MONT. L. REV. 135 (2004) 407(4)
- Enders, *A Right to Have Rights – The German Constitutional Concept of Human Dignity*, 3 NUJS L. REV. 253 (2010) 47(39), 216(43), 217(50), 452(3), 459(47)

- Englard, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, 21 CARDOZO L. REV. 1903 (2000) 53(1), 55(11), 56(20), 57(21), 60(42), 60(44), 61(49), 62(54), 63(57), 63(60), 619(29), 628(86)
- Englard, *Law and Religion in Israel*, 35 AM. J. COMP. L. 185 (1987) 755(1)
- English, *Ubuntu: The Quest for an Indigenous Jurisprudence*, 12 S. AFR. J. HUM. RTS. 641 (1996) 56(17)
- Ehrenreich Brook, *Dignity and Discrimination: Toward A Pluralistic Understanding of Workplace Harassment*, 88 GEO. L.J. 1 (1999) 545(56), 841(153), 848(200)
- Essert, *Dignity and Membership, Equality and Egalitarianism: Economic Rights and Section 15*, 19 CAN. J. L. & JURIS. 507 (2006) 448(98)
- Estlund, *Free Speech and Due Process in the Workplace*, 71 IND. L.J. 101 (1996) 823(36), 841(154), 841(159)
- Estrada, *Human Dignity and the Convention Against Torture: Has the Burden of Proof Become Heavier than Originally Intended?* 3 REGENT INT'L. L. 87 (2005) 367(132)
- Etherington, *Does Freedom of Association under the Charter Include the Right to Strike after B.C Health? Prognosis, Problems and Concerns*, 15 CANADIAN LAB. & EMP. L.J 315 (2009) 858(262), 859(268)
- F*
- Fahrenhorst, *Family Law as Shaped by Human Rights*, 12 TEL AVIV U. STUD. L. 33 (1994) 634(51), 672(251)
- Fallon, *A Constructive Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 HARV. L. REV. 1189 (1987) 189(72), 197(115)
- Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007) 370(150)
- Farber, *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, 49 OHIO ST. L.J. 1085 (1989) 174(10)
- Farley, Walker, Bondy & Mendoza, *Freedom of Association and the Canadian Forces: Current Status and Future Trends*, in MILITARY MISSIONS AND THEIR IMPLICATIONS RECONSIDERED: THE AFTERMATH OF SEPTEMBER 11th (Giuseppe Caforio & Gerhard Kuemmel eds., 2005) 855(242)
- Feldman, *Human Dignity as a Legal Value: Part I*, [1999] PUB. L. 682 45(27), 89(3), 49(52), 51(65), 220(69)
- Feldman, *Human Dignity as a Legal Value: Part II*, [2000] PUB L. 61 48(51)
- Feldman, *The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, EUR. HUM. RTS. L. REV. 265 (1997) 42(6), 544(47)
- Feldman, *Secrecy, Dignity or Autonomy? Views of Privacy as a Civil Liberty*, 47 CURR. L. PR. 41 (1994) 543(37)
- Ferleger & Maguire Scott, *Rights and Dignity: Congress, the Supreme Court, and People with Disabilities after Pennhurst*, 5 WEST. N. E. L. REV. 327 (1982) 380(4)
- Finkelman, *The Constitution and the Intention of the Framers: The Limits of Historical Analysis*, 50 U. PITT. L. REV. 349 (1989) 202(134)

- [The] *First Amendment Overbreadth Doctrine*, 83 HARV. L. REV. 844 (1970) 370(150)
- Fiss, *Why the State?*, 100 HARV. L. REV. 781 (1987) 725(129)
- Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, 46 AM. J. COMP. L. 683 (1998) 192(90)
- Fletcher, *Human Dignity as a Constitutional Value*, 22 U. W. ONT. L. REV. 171 (1984) 63(61), 63(62)
- Fletcher, *In God's Image: The Religious Imperative of Equality under Law*, 99 COLUMB. L. REV. 1608 (1999) 59(39)
- Forkosch, *Privacy, Human Dignity, Euthanasia – Are These Independent Constitutional Rights?* 3 U. SAN FERNANDO VALLEY L. REV. 1 (1974) 413(34)
- Frankenberg, *Comparative Constitutional Law*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO COMPARATIVE LAW 171 (Mauro Bussani & Ugo Mattei eds., 2012) 192(90)
- Frankfurter, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, 47 COLUM. L. REV. 527 (1947) 180(38)
- Franklin, "A Family Like any Other Family": *Alternative Methods of Defining Family in Law*, 18 N.Y.U REV. L. & SOC. CHANGE 1027 (1990) 633(38), 634(49)
- Freeman, *Upholding the Dignity and Best Interests of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children*, 73 SPG L. & CONTEMP. PROBS. 211 (2010) 380(2)
- Freund, *The Supreme Court of the United States*, 29 CAN. BAR. REV. 1080 (1951) 174(8)
- Friauf, *Techniques for the Interpretation of Constitutions in German Law*, in PROCEEDINGS OF THE FIFTH INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON COMPARATIVE LAW 12 (1968) 176(18), 186(62), 202(132)
- Friedman & Whitman, *The European Transformation of Harassment Law*, 9 COLUM. J. EUR. L. 241 (2003) 412(28), 430(131), 430(134), 545(56)
- Friedrich, *The Political Theory of the New Democratic Constitutions*, 12 REVIEW OF POLITICS 215 (1950) 220(75)
- Frowein, *Human Dignity in International Law*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 121 (David Kretzmer & Eckart Klein eds. 2002) 76(9), 94(31)
- Fudge, *Constitutionalizing Labour Rights in Europe*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SKEPTICAL ESSAYS 244 (Tom Campbell, Keith Ewing & Adam Tompkins eds., 2011) 822(35), 823(38)
- Fudge, *The New Discourse of Labor Rights: From Social to Fundamental Rights*, 29 COMP. LAB. & POL'Y J. 29 (2007) 823(36)
- G
- Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391 (2008) 196(110)
- Garg, *Phantom of Basic Structure of the Constitution: A Critical Appraisal of the Kesavananda Case*, 16 J. INDIAN L. INST. 243 (1974) 372(160), 474(40)

- George, *Natural Law*, 31 Harv. J. L. & Pub. Pol'y. 171 (2008) 227(9)
- Gernigon, Otero & Guido, *Collective Bargaining*, in FUNDAMENTAL RIGHTS AT WORK AND INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS 21 (International Labour Office, 2005) 856(244)
- Gewirth, *Are There Any Absolute Rights?*, 31 PHIL. Q. 1 (1981) 454(10)
- Gewirth, *Human Dignity as the Basis of Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 10 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992) 44(15), 47(39), 215(39), 220(74), 245(33)
- Giakoumopoulos, *The Principle of Respect for Human Dignity – Opening Speech*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 25 (European Commission for Democracy through Law, 1998) 215(39), 220(71)
- Girgis, George & Anderson, *What is Marriage?*, 34 HARV. J. OF L. & PUBLIC POLICY 245 (2011) 673(266)
- Glendon, *Introduction: Family Law in a Time of Turbulence*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW: PERSONS AND FAMILY 9 (Aleck Chloros, Max Rheinstein, & Mary Ann Glendon eds., 2007) 636(73)
- Glendon, *Propter Honoris Respectum: Knowing the Universal Declaration of Human Rights*, 73 NOTRE DAME L. REV. 1153 (1998) 76(11)
- Goldsworthy, *Originalism in Constitutional Interpretations*, 25 FED. L. REV. 1 (1997) 175(14)
- Goldsworthy, *Unwritten Constitutional Principles*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 277 (Grant Huscroft ed., 2008) 209(1)
- Gonzales, *Venezuela: A Distinct Path Toward Social Justice*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 192 (Malcolm Langford ed., 2008) 558(81)
- Goodman, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, 84 NEB. L. REV. 740 (2003) 211(13), 413(34), 416(48), 420(71), 429(124)
- Goolam, *Human Dignity – Our Supreme Constitutional Value*, 4 POTCHEFSTROOM ELEC. L.J. 1 (2001) 45(20), 477(50), 477(51)
- Grasso, *Saving Modernity from Itself: John Paul II on Human Dignity, the Whole Truth about Man, and the Modern Quest for freedom*, in IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES 207 (Robert P. Kraynak & Glenn Tinder eds., 2003) 59(39)
- Gray Pope, *The First Amendment, the Thirteenth Amendment and the Right to Organize in the Twenty-First Century*, 51 RUTGERS L. REV. 941 (1999) 822(35)
- Greenawalt, *Are Mental States Relevant for Statutory and Constitutional Interpretation?*, 85 CORNELL L. REV. 1609 (2000) 183(50)
- Greenawalt, *The Right to Silence and Human Dignity*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 192 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds. 1992) 253(96), 875(81)
- Gross, *In Search of the Right to Health in Israeli Constitutional Law*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 333 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) 565(132)

- Gross & Barak-Erez, *Social Citizenship: The Neglected Aspect of Israeli Constitutional Law*, in *EXPLORING SOCIAL RIGHTS: THEORY AND PRACTICE* 243 (Daphne Barak-Erez & Aeyal Gross eds., 2007) 565(132)
- Gur-Arye & Jessberger, *The Protection of Human Dignity in Interrogations: May Interrogative Torture Ever be Tolerated*, 44 *ISR. L. REV.* 229 (2011) 367(132)
- Gur-Arye & Weigend, *Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German and Israeli Perspectives*, 44 *ISR. L. REV.* 63 (2011) 255(116)
- Grant, *Dignity and Equality*, 7 *HUM. RTS. L. REV.* 299 (2007) 215(39), 221(81), 688(27)
- Gray Pope, *Labor and the Constitution: From Abolition to Deindustrialization*, 65 *TEX. L. REV.* 1071 (1987) 822(35)
- Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 *TEX. L. REV.* 1 (2009) 203(137)
- Grey, *The Constitution as Scripture*, 37 *STAN. L. REV.* 1 (1984) 173(1)
- Grimm, *Conflicts between General Laws and Religious Norms*, 30 *CARDOZO L. REV.* 2369 (2009) 771(124)
- Grimm, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, in *HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* 267 (David M. Beatty ed., 1994) 370(152)
- Grimm, *The Protective Function of the State*, in *EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM* (Georg Nolte ed., 2005) 347(1), 349(18), 399(90)
- Grodin, *Are Rules Really Better Than Standards*, 45 *HASTINGS L. J.* 569 (1993) 321(73)
- H*
- Halpern, *Rethinking the Right to Privacy: Dignity, Decency, and the Law's Limitations*, 43 *RUTGERS L. REV.* 539 (1990) 323(81)
- Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, 28 *YALE J. INT'L L.* 409 (2003) 195(105)
- Harnon, *The Impact of the Basic Law: Human Dignity and Liberty on the Law of Criminal Procedure and Evidence*, 33 *ISR. L. REV.* 678 (1999) 873(77)
- Harnum, *Deriving the Right to Water from the Right to Life, Liberty and Security of the Person*, 19 *RECIEL* 306 (2010) 440(39)
- Harris, *Bonding Word and Polity: The Logic of American Constitutionalism*, 76 *AM. POL. SCI. REV.* 34 (1982) 183(49)
- Hasson, *Religious Liberty and Human Dignity: A Tale of Two Declarations*, 27 *HARV. J. L. & PUB. POL'Y* 81 (2003) 76(11)
- Haysom, *Dignity*, in *SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS* 131 (Halton Cheadle, Dennis Davis & Nicholas Haysom eds., 2002) 51(64), 467(4), 469(10), 477(52), 477(59), 479(69), 480(75), 482(87), 492(122), 492(123), 492(125), 494(134), 503(195)
- Heinig, *The Political and the Basic Law's Sozialstaat Principle – Perspective from Constitutional Law and Theory*, 12 *GERMAN L.J.* 1887 (2011) 562(105)

- Helis, *Hannah Arendt and Human Dignity: Theoretical Foundations and Constitutional Protection of Human Rights*, 1 J. POL. & L. 3 (2008) 216(43), 459(47)
- Hendriks, *Personal Autonomy, Good Care, Informed Consent and Human Dignity – Some Reflections from an European Perspective*, 28 MED. & L. 469 (2009) 46(31)
- Henkin, *Human Dignity and Constitutional Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 228 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992) 211(13), 428(122)
- Henkin, *Privacy and Autonomy*, 74 COLUM. L. REV. 1410 (1974) 543(34)
- Hennette-Vauchez, *A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence*, 9 ICON 32 (2011) 55(11), 220(70)
- Hennette-Vauchez, *When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle*, 10 LEGAL ETHICS 193 (2007) 44(14), 48(46), 219(59)
- Hepple, *A Right to Work*, 10 INDUS. L.J. 65 (1981) 841(155), 841(156), 842(161)
- Herdegen, *Art. 1, Abs. 1 GG*, in MAUNZ-DÜRIG GRUNDGESETZ KOMMENTAR (2010) 544(39)
- Herdegen, *Die Garantie der Menschenwürde: absolut und doch differenziert?*, in DAS DOGMA DER UNANTASTBARKEIT 93 (Rolf Gröschner & Oliver W. Lembcke eds., 2009) 455(18)
- Herman, *Mutual Aid and Respect for Persons*, 94 ETHICS 577 (1984) 422(80)
- Hill, *Humanity as an End in Itself*, 91 ETHICS 84 (1980) 63(61)
- Hirschl, *Israel's Constitutional Revolution*, 46 AM. J. COM. L. 427 (1998) 124(103)
- Hoffe, *Kant's Innate Right as a Rational Criterion for Human Rights*, in KANT'S METAPHYSICS OF MORALS: A CRITICAL GUIDE 71 (Lara Denis ed., 2010) 63(63)
- Hogg, *Canadian Law in the Constitutional Court of South Africa*, 13 S. AFR. PUB. L. 1 (1998) 192(91)
- Hogg, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification*, 28 OSGOODE HALL L.J. 817 (1990) 301(69)
- Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913) 615(2), 726(141), 733(187), 734(192)
- Holland, *Equality, Dignity and Rights of the Laity*, 47 JURIST 103 (1987) 59(39)
- Horowitz, *The Image of God in Man – Is Woman Included?* 72 HARV. THEO. L. REV. 175 (1979) 380(3)
- Hörnle & Kremnitzer, *Human Dignity as a Protect Interest in Criminal Law*, 44 ISR. L. REV. 143 (2011) 219(64)
- Hostovsky Brandes, *Human Dignity as a Central Pillar in Constitutional Rights Jurisprudence in Israel: Definitions and Parameters*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 267 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) 139(2), 169(189), 235(46)
- Howard & Donnelly, *Human Dignity, Human Rights, and Political Regimes*, 80 AM. POL. SCI. REV. 801 (1986) 45(26), 46(29)

- Howard, *Dignity, Community, and Human Rights*, in HUMAN RIGHTS IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVES: A QUEST FOR CONSENSUS 81 (Abdullahi Ahmed An-Na'im ed., 1992) 45(24)
- Hruschka, *Kant and Human Dignity*, in KANT AND LAW 69 (B. Sharon yrd & Joachum Hruschka eds. 2006) 63(61), 64(68)
- Hubert, *'Dignity of Man' and 'Persona' in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 19 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 53(1), 55(11), 55(13), 61(50)
- Hughes, *The Concept of Dignity in the Universal Declaration of Human Rights*, 39 J. RELIG. ETHICS 1 (2011) 77(11)
- Huxley, *The Pali Buddhist Approach to Human Cloning*, in HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING 13 (Silja Vöneky & Rüdiger Wolfrum eds., 2004) 56(14)
- Hyde, *Exclusion is Forever: How Keeping Labour Rights Separate from Constitutional Rights has Proven to be a Bad Deal for American Trade Unions and Constitutional Law*, 15 CAN. LAB. & EMP. L. J. 251(2009) 822(35)
- I*
- Iacobucci, *The Charter: Twenty Years Later*, 21 WINDSOR Y. B. ACCESS. JUST. 3 (2002) 193(97)
- Iglesias, *Bedrock Truths and the Dignity of the Individual*, 4 LOGOS 114 (2001) 53(1), 55(11)
- Iglesias, *The Dignity of the Individual in the Irish Constitution: The Importance of the Preamble*, 89 STUDIES 19 (2000) 90(10)
- J*
- Jackman, *Poor Rights: Using the Charter to Support Social Welfare Claims*, 19 QUEEN'S L.J. 65 (1993) 437(20)
- Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583 (1990) 195(109)
- Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005) 192(90)
- Jackson, *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, 65 MONT. L. REV. 15 (2004) 407(1), 412(29), 429(128)
- Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, 4 INT. J. CON. L. 460 (2006) 373(160)
- Jenkins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 INT'L J. CONST. L. 183 (2009) 392(60), 398(83)
- Johnson, *Balancing Liberty, Dignity and Safety: The Impact of Domestic Violence Lethality Screening*, 32 CARDOZO L. REV. 519 (2010) 431(143)

- Jooss, *Life After Death? Post Mortem Protection of Name, Image and Likeness Under German Law With Specific Reference to 'Marlene Dietrich'*, 12 ENT. L. REV. 141 (2001) 463(63)
- Jones, *The Rights to Marry and Divorce: A New Look at Some Unanswered Questions*, 62 WASH. U. L.Q. 577 (1985) 681(321)
- Jones, *Statutory Doubts and Legislative Intention*, 40 COLUM. L. REV. 957 (1940) 178(27)
- Jones, *Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity Under German Law Guide the European Court of Justice?*, [2004] PUB. L. 167 45(21), 219(61), 452(3)
- Joseph, *UN Covenants and Labour Rights*, in HUMAN RIGHTS AT WORK: PERSPECTIVES ON LAW AND REGULATION 331 (Colin Fenwick & Tonia Novitz eds., 2010) 821(25)
- K**
- Kalbf, *Litigating Dignity: A Human Rights Framework*, 74 ALB. L. REV. 1725 (2011) 407(1), 412(29)
- Kamir, *Honor and Dignity in the Film Unforgiven: Implications for Sociological Theory*, 40 L. & SOC'Y REV. 193 (2006) 220(68)
- Kaplin, *The Process of Constitutional Interpretation: A Synthesis of the Present and a Guide to the Future*, 42 RUTGERS L. REV. 983 (1990) 198(119), 202(135), 203(137)
- Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992) 321(73)
- Karp, *Matching Human Dignity with the UN Convention on the Rights of the Child*, in THE CASE OF THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA 89 (Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum eds., 2008) 79(19), 679(311)
- Kelman, *The Conditions, Criteria, and Dialectics of Human Dignity: A Transnational Perspective*, 21 INT'L STUD. Q. 529 (1977) 76(9)
- Kelso, *Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation in American Legal History*, 29 VALPARAISO U. L. REV. 121 (1994) 202(135), 203(137)
- Kende, *Stereotypes in South African and American Constitutional Law: Achieving Gender Equality and Transformation*, 10 S. CAL. R. L. & WOMEN'S STUD. 3 (2000) 221(81)
- Kende, *The South African Constitutional Court's Construction of Socio-Economic Rights: A Response to Critics*, 19 CONN. J. INT'L L. 617 (2004) 559(89)
- Khaitan, *Dignity as an Expressive Norm: Neither Vacuous Nor a Panacea*, 32 OX. J. L. STUD. 1 (2012) 47(37)
- Kielkopf, *The Pure Human Dignity of the Mentally Retarded*, 9 PHIL. FORUM 106 (1971) 380(4)
- Kirby, *Australian Law – After 11 September 2001*, 21 AUS. BAR REV. 253 (2001) 199(127)
- Kirby, *Constitutional Interpretation and Original Intent: A form of Ancestor Worship?*, 24 MELB. U. L. REV. 1 (2000) 175(14), 199(127)
- Kirk, *Constitutional Interpretation and a Theory of Evolutionary Originalism*, 27 FED. L. REV. 323 (1999) 175(14)

- Klein, *Human Dignity in German Law*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 145 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 292(44), 452(3), 453(8), 459(45)
- Kleinig, *Humiliation, Degradation and Moral Capacity*, 44 ISR. L. REV. 169 (2011) 219(218)
- Klopfer, *Leben und Würde des Menschen*, in FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 82 (Peter Badura & Horst Dreier eds., 2001) 454(11)
- Klug, *The Dignity Clause of the Montana Constitution: May Foreign Jurisprudence Lead the Way to an Expanded Interpretation?* 64 MONT. L. REV. 133 (2003) 407(4)
- Kolben, *Labor Rights as Human Rights?*, 50 VA. J. INT'L L. 449 (2009) 823(36)
- Knechtle, *Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union*, 36 FLA. ST. U. L. REV. 41 (2009) 739(229)
- Kokott, *From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization-With Particular Reference to the German Basic Law*, in CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY: A COMPARATIVE ANALYSIS 71 (Christian Starck ed., 1999) 45(22)–45(25), 192(91), 459(46), 465(72)
- Kolnai, *Dignity*, 51 PHILOSOPHY 251 (1976) 41(1)
- Kommers, *Germany: Balancing Rights and Duties*, in INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY 83 (Jeffrey Goldsworthy ed., 2006) 349(18)
- Kommers, *The Value of Comparative Constitutional Law*, 9 MARSHALL J. OF PRAC. & PROC. 685 (1976) 193(95)
- Korsgard, *Introduction*, in IMMANUEL KANT, GROUNDWORK OF THE METAPHYSICS OF MORALS (Mary J. Gregor trans., 1996) 64(64)–(66)
- Kraynak, *Made in the image of God: The Christian View of Human Dignity and Political Order*, in IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES 81 (Robert P. Kraynak & Glenn E. Tinder eds., 2003) 59(39), 59(40)
- Kremnitzer & Hörnle, *Human Dignity and the Principle of Culpability*, 44 ISR. L. REV. 115 (2011) 255(116)
- Kreimer, *Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State*, 132 U. PA. L. REV. 1293 (1984) 350(30)
- Krotoszynski, *A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*, 78 TUL. L. REV. 1549 (2004) 430(130), 453(5), 466(73)
- Kumm, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, 7 GERMAN L. J. 341 (2006) 259(137)
- Kumm & Comella, *What Is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirement and Indirect Horizontal Effect*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM 241 (András Sajó & Renáta Uitz eds. 2005) 388(42), 388(43)
- Kretzmer, *Demonstrations and the Law*, 19 ISR. L. REV. 47 (1984) 726(145), 741(239)

- Kretzmer, *Human Dignity in Israeli Jurisprudence*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 161 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 57(29), 111(31)
- Kretzmer, *Judicial Review of Knesset Decisions*, 8 TEL AVIV STUD. L. 95 (1988) 118(77)
- Kritchevsky, *The Unmarried Woman's Right to Artificial Insemination: A Call for an Expanded Definition of Family*, 4 HARV. WOMEN'S L.J. 1 (1981) 676(288)
- Kroeze, *Doing Things with Values II: The Case of Ubuntu*, 13 STELL. L. REV. 252 (2002) 56(17), 215(38)
- Kroeze, *Human Dignity in Constitutional Law in South Africa*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY (1998) 467(4), 477(50)
- L*
- L'Heureux-Dubè, *The Importance of Dialogue: Globalisation, the Rehnquist Court and Human Rights*, in THE REHNQUIST COURT: A RETROSPECTIVE 234 (Martin Belskey ed., 2002) 202(133)
- Langodny, *Human Dignity and its impact on German Substantive Law and Criminal Procedure*, 33 ISR. L. REV. 515 (1999) 255(116)
- Langford, *Domestic Adjudication and Economic, Social and Cultural Rights: A Socio-Legal Review*, 6 SUR. REV. INT'L. DIREITOS HUMAN. 90 (2009) 356(59)
- Langford, *Hungary: Social Rights or Market Redivivus*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 250 (Malcolm Langford ed., 2008) 558(80)
- Lapidoth, *Freedom of Religion and of Conscience in Israel*, 47 CATH. U. L. REV. 441 (1997) 756(11)
- Law & Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CAL. L. REV. 1163 (2011) 354(51)
- Laycock, *Constitutional Theory Matters*, 56 TEX. L. REV. 767 (1987) 179(30)
- Leader, *Can You Derive a Right to Strike from the Right to Freedom of Association*, 15 CAN. LAB. & EMP. L.J. 271 (2009) 858(262), 859(268)
- Leary, *Mulieris Dignitatem: Pornography and the Dignity of the Soul – An Exploration of Dignity in a Protected Speech Paradigm*, 8 AVE MARIA L. REV. 247 (2009) 739(229)
- Lebech, *What is Human Dignity?*, in MAYNOOTH PHILOSOPHICAL PAPERS 59 (Mette Lebech ed., 2004) 45(26)
- Leckey, *Embodied Dignity*, 5 OXFORD U. COMMW. L.J. 63 (2005) 448(96)
- Leclair, *Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles*, 27 QUEENS L.J. 389 (2002) 210(6)
- Lee, *Human Dignity and Inviolability: The Absolute Prohibition of Torture*, 12 U. C. L. JURIS. REV. 80 (2005) 367(132)
- Lee, *Universal Human Dignity: Some Reflections in the Asian Context*, 3 ASIAN J. COMP. L. 283 (2008) 44(13), 56(15)
- Lee & George, *The Nature and Basis of Human Dignity*, 21 RATIO JURIS 173 (2008) 227(9)

- Lee, *Section 7 of the Charter: An Overview*, 43 U. TOR. FAC. L. REV. 1 (1985) 342(68)
- LeFrancois, *The Constitution and the Right to Marry: A Jurisprudential Analysis*,
5 OK. C. U. L. REV. 507 (1980) 672(251)
- Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, 45 INT'L & COMP.
L. Q. 52 (1996) 193(98)
- Lehmann, *In Defense of the Constitutional Court: Litigating Socio-Economic Rights and
the Myth of the Minimum Core*, 22 AM. U. INT'L L. REV. 163 (2006) 559(89)
- Less Drastic Means and the First Amendment*, 78 YALE L.J. 464 (1969) 370(150)
- Lepsius, *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional
Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport
Security Act*, 7 GERMAN L.J. 761 (2006) 454(14)
- Levinson, *Law as Literature*, 60 TEX. L. REV. 373 (1982) 198(118)
- Levitsky, *Protection of Individual Honour and Dignity in Pre-Petrine Russian Law*,
40 LEG. HIST. REV. 341 (1972) 61(46)
- Lewaszkiwicz-Petrykowska, *The Principle of Respect for Human Dignity*, in THE
PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 15 (European Commission for
Democracy through Law, 1998) 97(57)
- Lewis, *A Brief History of Human Dignity: Idea and Application*, in
PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION 93 (Jeff E. Malpas
& Norelle Lickiss eds., 2007) 53(1)
- Liebenberg, *South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights: An
Effective Tool in Challenging Poverty?*, 6 L. DEM. & DEV. 159 (2002) 559(89)
- Liebenberg, *The Interpretation of Socio-Economic Rights*, in CONSTITUTIONAL LAW OF
SOUTH AFRICA ch. 33 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed.,
4th rev., 2012) 349(17), 357(71), 559(83), 559(85)
- Liebenberg, *The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights*, 21 S.
AFR. J. ON HUM. RTS. 1 (2005) 217(51), 219(65), 222(87), 330(6), 468(4)
- Lifshitz, *Married Against Their Will? Towards a pluralist Regulation of Spousal
Relationship*, 66 WASH. & LEE L. REV. 1565 (2009) 673(267)
- Lloyns, *Original Intent and Legal Interpretation*, 24 AUS. J. LEG. PHIL. 1 (1999) 175(14)
- Lofgren, *The Original Understanding of Original Intent*, 5 CONST. COMMENTARY 77
(1988) 202(134)
- Luban, *Human Dignity, Humiliation and Torture*, 19 KENNEDY
INST. ETHICS J. 211 (2009) 367(132)

M

- Macklem, *Social Rights in Canada*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS BETWEEN THEORY AND
PRACTICE 213 (Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross eds., 2007) 354(49)
- Macklin, *Dignity is a Useless Concept*, 327 BRITISH MED. J. 1419 (2003) 47(42), 48(46)
- MacKay, *Social and Economic Rights in Canada: What Are They and Who Can Best
Protect Them?* 45 SUP. CRT. L. REV. 385 (2009) 354(49)

- Magiera, *The Interpretation of the Basic Law*, in MAIN PRINCIPLES OF THE GERMAN BASIC LAW 89 (Christian Starck ed., 1983) 177(20)
- Magnus, *Some Thoughts on Germany's Contribution to European and Comparative Law*, 38 B. L. J. 87 (2006) 538(11)
- Mahlmann, *Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 370 (Michael Rosenfeld & Andras Sajo eds., 2012) 258(136), 452(3)
- Mahlmann, *The Basic Law at 60: Human Dignity and the Culture of Republicanism*, 11 GERMAN L.J. 9 (2010) 48(44), 48(45), 48(49), 236(54), 452(3), 461(50)
- Malpas & Lickiss, *Human Dignity and Human Being*, in PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY: A CONVERSATION 19 (Jeff Malpas & Norelle Lickiss eds., 2007) 43(12)
- Manglapus, *Human Rights Are Not a Western Discovery*, [1978] WORLDVIEW 4 43(12), 56(16)
- Martin, *The French Military and Union Rights: At the Margin of Full Citizenship?*, in MILITARY UNIONISM IN THE POST-COLD WAR ERA: A FUTURE REALITY? 35 (Richard Bartle & Lindy Heinecken eds., 2006) 855(242)
- Mason, *The Interpretation of the Constitution in a Modern Liberal Democracy*, in INTERPRETING CONSTITUTIONS: THEORIES, PRINCIPLES AND INSTITUTIONS 13 (Charles J.G. Sampford & Kim Preston eds., 1996) 175(14)
- Mason, *The Role of a Constitutional Court in a Federation: A Comparison of the Australian and the United States Experience*, 16 FED. L. REV. 1 (1986) 175(14), 190(81), 276(230)
- Mason, *Trends in Constitutional Interpretation*, 18 U. N. S. W. L. J. 237 (1995) 173(5), 175(14)
- Mattson & Clark, *Human Dignity in Concept and in Practice*, 4 POLICY SCIENCES 303 (2011) 256(122)
- Mayer, *The Concept of the Right to Work in International Standards and the Legislation of ILO Member States*, 124 INT'L LAB. REV. 225 (1985) 842(161)
- McAllister, *Human Dignity and Individual Liberty in Germany and the United States as Examined Through Each Country's Leading Abortion Cases*, 11 TULSA J. COMP. & INT'L L. 491 (2004) 412(26), 414(36), 430(129), 431(136), 453(5), 466(73)
- McCann, *Decent Hours as a Human Right: Intersections in Regulation of Working Time*, in HUMAN RIGHTS AT WORK: PERSPECTIVES ON LAW AND REGULATION 509 (Colin Fenwick & Tonia Novitz eds., 2010) 847(195)
- McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 OXFORD J. LEG. STUD. 499 (2000) 192(90)
- McCrudden, *A Part of the Main? The Physician-Assisted Suicide Cases and Comparative Law Methodology in the United States Supreme Court*, in LAW AT THE END OF LIFE: THE SUPREME COURT AND ASSISTED SUICIDE 125 (Carl Schneider ed., 2000) 192(90)

- McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, 19 EUR. J. INT'L L. 655 (2008) 46(28), 46(29), 49(53), 76(8), 215(39), 220(68)
- McGinnis, *The Limits of International Law in Protecting Dignity*, 27 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 137 (2007) 76(9)
- McLachlin, *The Charter: A New Role for the Judiciary*, 29 ALB. L. REV. 540 (1991) 177(21), 207(152)
- McGirr, *Liberty in an American and German Constitutional Context Through the Lens of Isaiah Berlin and Lord Acton* (Forthcoming, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1872626) 338(59)
- Melchior, *Rights Not Covered by the Convention*, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 593 (Ronald Macdonald, Franz Matscher & Herbert Petzold eds., 1993) 303(1)
- Melden, *Dignity, Worth, and Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 26 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992) 44(20)
- Meltzer Henry, *The Jurisprudence of Dignity*, 160 U. PA. L. REV. 169 (2011) 211(13)
- Mendes, *Taking Equality into the 21st Century: Establishing the Concept of Equal Human Dignity*, 12 NAT'L J. CONST. L. 3 (2000) 448(96), 691(38)
- Merryman, *The Italian Legal Style III: Interpretation*, 18 STAN. L. REV. 583 (1996) 288(27), 288(30)
- Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience*, 94 AM. J. INT'L L. 78 (2000) 83(39)
- Meyer, *Dignity as a (Modern) Virtue*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 195 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 42(6), 49(52)
- Meyer, *Introduction*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 6 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992) 411(20)
- Michael, *The Original Understanding of Original Intent: A Textual Analysis*, 26 OHIO NORTH. U. L. REV. 201 (2000) 202(134)
- Michelman, *In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice*, 121 U. PA. L. REV. 962 (1973) 560(90)
- Michelman, *Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*, 83 HARV. L. REV. 7 (1969) 560(90)
- Michelman, *The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification*, in EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE 21 (Daphne Barak-Erez & Aeyal Gross eds., 2007) 354(50), 822(35)
- Miguel, *Human Dignity: History of an Idea*, 50 JAHRBUCH DES ÖFFENTLICHEN RECHTS DER GEGENWART 281 (2002) 53(1), 55(11), 59(39), 59(41), 61(47)
- Milo, Penfold & Stein, *Freedom of Expression*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 32 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012) 330(4), 751(294)
- Miller, *Dignity as a New Framework, Replacing the Right to Privacy*, 30 THOMAS JEFFERSON L. REV. 1 (2007) 430(131)

- Millon, *Objectivity and Democracy*, 67 N. Y. U. L. REV. 1 (1992) 207(155)
- Minow, *Developments in the Law – The Constitution and the Family*,
93 HARV. L. REV. 1156 (1980) 635(66)
- Minow, *Equality and the Bill of Rights, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS:
HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES* 118 (Michael J. Meyer & William
A. Parent eds., 1992) 698(80)
- Mittelstadt, *“The Army is a Service, Not a Job”: Unionization, Employment, and the
Meaning of Military Service in the Late-Twentieth Century United States*,
80 INT’L LAB. & WORKING-CLASS HIS. 29 (2011) 855(242)
- Mokgoro, *Ubuntu and the Law in South Africa*, 4 BUFF. HUM. RTS.
L. REV. 15 (1998) 56(17)
- Möller, *On Treating Persons as Ends: The German Aviation Security Act, Human Dignity,
and the German Federal Constitutional Court*, [2006] PUB. L. 457 257(130), 454(14)
- Möllers, *Democracy and Human Dignity: Limits of a Moralized Conception of Rights in
German Constitutional Law*, 42 ISR. L. REV. 416 (2009) 232(31), 452(3),
461(52), 461(53)
- Mongham, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM.
L. REV. 877 (1996) 190(78)
- Montgomery, *Slavery, Human Dignity and Human Rights*, 158 L. & JUST. – CHRISTIAN L.
REV. 4 (2007) 367(132)
- Moon & Allen, *Dignity Discourse in Discrimination Law: A Better Route to
Equality?*, 11 EUR. HUM. RTS. L. REV. 610 (2006) 454(12)
- Morgan, *The Indian “Essential Features” Case*, 30 INT’L AND
COMP. L.Q. 307 (1981) 372(160)
- Morris, *The Dignity of Man*, 57 ETHICS 57 (1946) 43(11), 44(18), 69(104)
- Morsink, *The Philosophy of the Universal Declaration*, 6 HUM. RTS. Q. 309 (1984) 76(11)
- Moyn, *The Secret History of Constitutional Dignity*, (forthcoming, available at
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159248) 90(10)
- Mullan, *The Role of Underlying Constitutional Principles in a Bill of Rights World*,
[2004] N. Z. L. REV. 9 210(6)
- Mundlak, *Beyond Equality: Forcing Substantive Employment Standards By Means
of a “Procedural” Right to Work* (Paper prepared for the conference
“The Scope of Labor Law”, 2005) 842(161)
- Munzer & Nickel, *Does the Constitution Mean What it Always Meant?*,
77 COLUM. L. REV. 1029 (1977) 179(29)
- Muralidhar, *India: The Expectations and Challenges of Judicial Enforcement of Social
Rights, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND
COMPARATIVE LAW* 102 (Malcolm Langford ed., 2008) 356(64), 562(104)
- Murkens, *Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections
on the Originalists’ Objections* (Law, Society and Economics Working Papers No.
15-2008, 2008) 195(108)

- Murphy, *An Ordering of Constitutional Values*, 53 S. CAL. L. REV. 703 (1979) 186(62),
211(13), 429(123)
- Murphy, *The Art of Constitutional Interpretation: A Preliminary Showing*,
in *ESSAYS ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES*, 130, 157
(Mont J. Harman ed., 1978) 429(123)
- N
- Nalan, *Ireland: The Separation of Powers Doctrine vs. Socio-Economic Rights?*, in
*SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND
COMPARATIVE LAW* 295 (Malcolm Langford ed., 2008) 560(91)
- Naske & Nolte, *Legislative Authorization to Shoot Down Aircraft Abducted by
Terrorists if Innocent Passengers are on Board – Incompatibility With Human
Dignity as Guaranteed by Article 1(1) of the German Constitution*, 101 AM.
J. INT'L L. 466 (2007) 454(14)
- Nedelsky, *Law, Boundaries and the Bounded Self*,
30 REPRESENTATIONS 162 (1990) 543(38)
- Neuhauser, *Humiliation: The Collective Dimension*, in *HUMILIATION, DEGRADATION,
DEHUMANIZATION HUMAN DIGNITY VIOLATED* (Paulus Kaufmann, Hannes Kuch,
Christian Neuhaeuser & Elaine Webster eds., 2011) 231(23)
- Neuman, *Human Dignity in United States Constitutional Law*, in *ZUR AUTONOMIE DES
INDIVIDUUMS: LIBER AMICORUM SPIROS SIMITIS* 249 (Dieter Simon & Manfred Weiss
eds., 2000) 412(29), 416(48)–416(50), 420(71), 429(126), 430(128)
- Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*,
55 STAN. L. REV. 1863 (2003) 720(108)
- Nishihara, *The Significance of Constitutional Values*, in *CONSTITUTION AND LAW IV:
DEVELOPMENTS IN THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL STATE* (2000) 209(1)
- Novitz, *Protection of Workers under Regional Human Rights Systems: A Assessment of
Evolving and Divergent Practices*, in *HUMAN RIGHTS AT WORK: PERSPECTIVES ON LAW
AND REGULATION* 409 (Colin Fenwick & Tonia Novitz eds., 2010) 822(34)
- Nowak, *The Right to Education*, in *ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A
TEXTBOOK* 196 (Asbjorn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas eds., 1995) 357(75)
- O
- Oehling de los Reyes, *Algunas Reflexiones Sobre la Significación Constitucional de la
Noción de Dignidad Humana*, 12 PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL 327 (2006) 51(66)
- Olivetta, *The Italian Armed Forces: Towards a New Need for Representation*,
in *MILITARY UNIONISM IN THE POST-COLD WAR ERA: A FUTURE REALITY?* 35
(Richard Bartle & Lindy Heinecken eds., 2006) 855(242)
- O'Connell, *Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms*,
4 J.C.L. 74 (1999) 372(160)
- O'Connell, *The Role of Dignity in Equality Law: Lessons from Canada and South Africa*,
6 INT'L J. CONST. L. 267 (2008) 48(46), 48(48), 49(52), 448(98), 501(170)

- O'Donovan, *A Right to Know One's Parentage?*, 2 INT'L J. L. & FAM. 27 (1988) 542(30), 680(318)
- O'Mahony, *There is No Such Thing as a Right to Dignity*, 10 ICON 551 (2012) 51(64), 250(80), 251(84), 258(136), 284(3)
- O'Mahony, *There is No Such Thing as a Right to Dignity: A Rejoinder to Emily Kidd White*, 10 ICON 585 (2012) 251(84)
- O'Regan, *Undoing Humiliation, Fostering Equal Citizenship: Human Dignity in South Africa's Sexual Orientation Equality Jurisprudence*, 37 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 307 (2013) 221(81), 545(53)
- Ossenbuhl, *Economic and Occupational Rights, in GERMANY AND ITS BASIC LAW: PAST, PRESENT AND FUTURE – A GERMAN-AMERICAN SYMPOSIUM*, 251 (P. Kirchhof & D. Kommers eds, 1993) 746(271)
- Oxford, *Eighth Amendment ETS Claims: A Matter of Human Dignity*, 18 OK. C. U. L. REV. 505 (1993) 423(87)
- P*
- Pagán, *Human Dignity, Privacy and Personality Rights in the Constitutional Jurisprudence of Germany, The United States and The Commonwealth of Puerto Rico*, 67 REV. JUR. U.P.R. 343 (1998) 452(5)
- Palkhivala, *Fundamental Rights Case: Comment*, 4 SUP. CT. CASES J. 57 (1973) 372(160), 474(40)
- Patterson, *Wittgenstein and Constitutional Theory*, 72 TEX. L. REV. 1837 (1994) 198(123)
- Parent, *Constitutional Commands of Human Dignity: A Bicentennial Essay in Honor of Mr. Justice William J. Brennan, Jr.*, 5 CAN. J.L. & JURISPRUDENCE 237 (1992) 452(5)
- Parent, *Constitutional Values and Human Dignity, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES* 47 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992) 220(76), 411(18), 422(81)
- Patapan, *Politics of Interpretation*, 22 SYDNEY L. REV. 247 (2000) 190(81), 276(230)
- Patapan, *The Dead Hand of the Founders? Original Intent and the Constitutional Protection of Rights and Freedoms in Australia*, 25 FED. L. REV. 211 (1997) 201(130)
- Patrick, *Persuasive Authority*, 32 MCGILL L.J. 261 (1987) 195(103)
- Paust, *Human Dignity, Remedies, and Limitations in the Convention*, 7 N.Y.L. SCH. J. HUM. RTS. 116 (1989) 79(20)
- Paust, *Human Dignity as a Constitutional Right: A Jurisprudentially Based Inquiry into Criteria and Content*, 27 HOW. L.J. 145 (1984) 348(7), 412(29), 414(35), 416(48), 420(71)
- Paz-Fuchs, *The Fiscal Objection to Social Welfare Rights: A Closer Look, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING* 333 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) 358(79)
- Peerenboom, *Economic and Social Rights: The Role of Courts in China*, 12 SAN DIEGO INT'L L.J. 303 (2010) 356(60)

- Penn & Malik, *The Protection and Development of the Human Spirit: An Expanded Focus for Human Rights Discourse*, 32 HUM. RTS. Q. 665 (2010) 544(39)
- Perales, *It Works Fine in Europe, So Why Not Here? Comparative Law and Constitutional Federalism*, 23 VT. L.REV. 885 (1999) 192(90)
- Perlin, *The Judge, He Cast His Robe Aside: Mental Health Courts, Dignity and Due Process* (forthcoming J. MENT. HEALTH L. & POL'Y 2013) 380(4)
- Perlin, *Understanding the Intersection Between International Human Rights and Mental Disability Law: The Role of Dignity* (forthcoming 2013) 380(4)
- Perry, *The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation*, 77 VA. L. REV. 669 (1991) 183(53), 202(135), 203(137)
- Pieterse, *Coming to Terms With Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights*, 20 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 383 (2004) 559(89)
- Pinker, *The Stupidity of Dignity*, THE NEW REPUBLIC 28 (2008) 47(41)
- Pinto, *Offences to Religious Feelings in Israel: A Theoretical Explication of an Exceptional Legal Doctrine*, 12 ETHNICITIES 23 (2012) 545(53)
- Pinto, *What Are Offences to Feelings Really about? A New Regulative Principle for the Multicultural Era*, 30 OXF. J. LEG. STUD. 695 (2010) 545(53), 736(206)
- Piovesan, *Brazil: Impact and Challenges of Social Rights in Courts*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 182 (Malcolm Langford ed., 2008) 558(81)
- Platt, *Human Dignity and the Conflict of Rights*, 2 IDEALISTIC STUD. 174 (1972) 43(11)
- Pollak, *"Original Intention" and the Crucible of Litigation*, 57 CINC. L. REV. 867 (1989) 190(79)
- Porat, *The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 151 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) 195(106)
- Posner, *Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*, in THE BILL OF RIGHTS IN THE MODERN STATE 433 (Geoffrey R. Stone, Richard A. Epstein & Cass R. Sunstein eds., 1992) 309(30)
- Post, *Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, 77 CAL. L. REV. 957 (1989) 323(81)
- Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 CAL. L. REV. 691 (1986) 622(47)
- Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087 (2001) 323(81)
- Potvin, *Protection Against the Use of One's Likeness in Quebec Civil Law, Canadian Common Law and Constitutional Law (Part II)*, 12 INTELL. PROP. J. 296 (1997) 544(48)
- Powell, *Rules for Originalists*, 73 VA. L. REV. 659 (1987) 183(51)
- Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 883 (1985) 202(134)
- Pull, *Questioning the Fundamental Right to Marry*, 90 MARQ. L. REV. 21 (2006) 635(67)

Q

Quigley, *The Right to Work and Earn a Living Wage: A Proposed Constitutional Amendment*, 2 N. Y. CITY L. REV. 139 (1998) 823(36)

R

Rabkin, *What We Can Learn about Human Dignity from International Law*, 27 HARV. J.L. & PUB. POL'Y. 145 (2003) 76(9), 411(20)

Raday, *On Equality – Judicial Profiles*, 35 ISR. L. REV. 380 (2001) 691(38)

Rao, *On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law*, 14 COLUM. J. EUR. L. 201 (2008) 48(44), 51(64), 411(18), 412(25), 412(27), 412(29), 429(128), 430(129), 430(133)–431(135), 431(137), 431(143)

Rao, *Three Concepts of Dignity in Constitutional Law*, 86 NOTRE DAME L. REV. 183 (2011) 48(44), 48(48), 49(52), 49(57), 412(27), 429(127), 430(134)–431(137), 431(139), 431(143)

Rao, *Basic Features of the Constitution*, 2 SUP. CT. CASES. J. 1 (2000) 372(160), 474(40)

Réaume, *Discrimination and Dignity*, 63 LA. L. REV. 645 (2003) 698(80)

Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1976) 204(141)

Reid, *Personality Rights: A Study in Difference*, in MIXED JURISDICTIONS COMPARED 387 (Vernon Valentine Palmer & Elspeth Christie Reid eds., 2009) 537(4)

Reiman, *Privacy Intimacy and Personhood*, 6 PHIL. & PRIVATE AFF. 26 (1976) 543(34)

Reimann, *Prurient Interest and Human Dignity: Pornography Regulation in West Germany and the United States*, 21 U. MICH. J. LEGAL REFORM 201 (1987) 466(74)

Rein, *Preserving Dignity and Self-Determination of the Elderly in the Face of Competing Interests and Grim Alternatives: A Proposal for Statutory Refocus and Reform*, 60 GEO. WASH. L. REV. 1818 (1992) 379(2)

Reinbold, *Political Myth and the Sacred Center of Human Rights: The Universal Declaration and the Narrative of "Inherent Human Dignity"*, 12 HUM. RTS. REV. 247 (2011) 77(11)

Reinhardt, *The Conflict Between Text and Precedent in Constitutional Adjudication*, 73 CORNELL L. REV. 434 (1988) 190(78)

Reiter, *Personality and Patrimony: Comparative Perspective on the Right to One's Image*, 75 TUL. L. REV. 673 (2002) 543(39)

Resnik & Chi-Hye Suk, *Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty*, 55 STAN. L. REV. 1921 (2003) 414(35)–414(38), 416(48), 416(49), 420(71), 431(135)

Renucci, *Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion*, 88 COUNCIL OF EUR. (2005) 776(173)

Resta, *The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification*, 26 TUL. EUR. & CIVIL L. FORUM 33 (2011) 546(60)

- Riley, *Human Dignity: Comparative and Conceptual Debates*, 6 INT'L J. L. CONTEXT 117 (2010) 47(37)
- Risse, *A Right to work? A Right to Leisure? Labor Rights as Human Rights*, 3 L. & ETHICS HUM. RTS. (2009) 842(161), 848(196)
- Rhonheimer, *Fundamental Rights, Moral Law, and the Legal Defense of Life in a Constitutional Democracy*, 43 AM. J. JURIS. 135 (1998) 59(39)
- Robbin, *Untouched Protection from Discrimination: Private Action in Montana's Individual Dignity Clause*, 51 MONT. L. REV. 553 (1990) 407(2), 407(4)
- Robert, *The Principle of Human Dignity*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 43 (European Commission for Democracy Through Law, 1998) 98(64)
- Robinson, *Family and Child Law in South Africa: Common Law v. Constitutional Norms and Values*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 271 (2007) 638(83)
- Rodl, *Re-thinking Employment Relations in Constitutional Terms*, 19 SOC. & L. STUD. 241 (2010) 822(35)
- Rodota, *Conscientious Objection to Military Service*, in FREEDOM OF CONSCIENCE 94 (1993) 769(105)
- Roederer, *Founding Provisions*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 13 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th Rev., 2012) 472(28), 476(46)
- Rosenberg & Levy, *Capital Punishment: Coming to Grips with the Dignity of Man*, 14 CAL. W. L. REV. 275 (1978) 57(24)
- Rösler, *Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of US and German Constitutional and Tort Law*, 26 BERKELEY J. INT'L L. 153 (2008) 383(9)
- Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 AM. J. COMP. L. 657 (2013) 371(155), 456(25), 474(39)
- Rubinfeld, *Reading the Constitution as Spoken*, 104 YALE. L.J. 1119 (1995) 173(1), 173(3), 189(74)
- Rubinstein, *Law and Religion in Israel*, 2 ISR. L. REV. 380 (1967) 755(1)
- S
- Saban, *Offensiveness Analyzed: Lessons for Comparative Analysis of Free Speech Doctrines*, 2 J. INT'L & COMP. L. CHICAGO KENT 60 (2002) 739(229)
- Sachs, *Equality Jurisprudence: The Origin of the Doctrine in the South African Constitutional Court*, 5 REV. CONST. STUD. 76 (1999) 221(81)
- Sajo, *How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform*, 5 E. EUR. CONST. REV. 31 (1996) 558(80)
- Sajo, *Reading the Invisible Constitution: Judicial Review*, 15 OXFORD J. L. & SOC. 253 (1995) 132(135)
- Sajo, *Social Rights as middle Class Entitlements in Hungary: The Role of the Constitutional Court*, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 83, 87 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006) 558(80)

- Salát, *From the Mass Mind to Content Neutrality: Freedom of Assembly in Comparative Perspective* (Ph.D. Dissertation, Central European University 2012) 727(145), 742(246)
- Salehi & Abbasi, *Human Dignity The Final Word on the Religious Ideas and Moral Thinking*, 1 IRANIAN J. MED. ETHICS 14 (2012) 61(45)
- Sandalow, *Constitutional Interpretation*, 79 MICH. L. REV. 1033 (1981) 184(54), 189(71), 191(87), 204(138)
- Saphire, *Specifying Due Process Values, Toward a More Responsive Approach to Procedural Protection*, 127 U. PA. L. REV. 111 (1978) 864(4)
- Sapir & Statman, *Religious Marriage in a Liberal State*, 30 CARDOZO L. REV. 2855 (2009) 673(262)
- Sapir, *Religion and State: A Fresh Theoretical Start*, 75 NOTRE DAME L. REV. 579 (1999) 769(114)
- Sarkin & Koenig, *Developing the Right to Work*, 33 HUM. RTS. Q. 1 (2011) 842(161), 843(168)
- Sathe, *Amendability of Fundamental Rights: Golak Nath and the Proposed Constitutional Amendment*, 33 SUP. CT. J. 42 (1969) 372(160), 474(40)
- Saunders & Mantilla, *Human Dignity Denied: Slavery, Genocide, and Crimes against Humanity in Sudan*, 51 CATH. U. L. REV. 715 (2002) 367(132)
- Segev, *Justifying Judicial Review: The Changing Methodology of the Israeli Supreme Court*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 105 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) 119(80)
- Scalia, *Modernity and the Constitution*, in CONSTITUTIONAL JUSTICE UNDER OLD CONSTITUTIONS 313, 315 (Eivind Smith ed., 1995) 203(136)
- Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CHI. L. REV. 849 (1989) 204(139)
- Schroeder, *A Child's Life or a "Little Bit of Torture?" State Sanctioned Violence and Dignity*, 15 CAMB. Q. HEALTHCARE ETHICS 188 (2006) 367(133)
- Schroeder, *Human Rights and Human Dignity: An Appeal to Separate the Conjoined Twin*, 15 ETHIC THEORY MORAL PRAC. 323 (2012) 216(40)
- Schachter, *Human Dignity as a Normative Concept*, 77 AM. J. INT'L L. 848 (1983) 73(1), 77(12), 235(48)
- Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, 29 U. C. L. A. L. REV. 797 (1982) 179(31), 183(48)
- Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, [2003] N. Z. L. REV. 303 321(73)
- Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379 (1985) 321(73)
- Schlieter, *Some Aspects of the Buddhist Assessment of Human Cloning*, in HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING 23 (Silja Vöneky & Rüdiger Wolfrum eds., 2004) 56(14)
- Schwelb, *Civil and Political Rights: The International Measures of Implementation*, 62 AM. J. INT'L. L. 827 (1968) 77(13)

- Schwelb, *The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter*, 66 AM. J. INT'L L. 337 (1972) 74(3)
- Scott, *Dignity: The New Frontier of State Sovereignty*, 56 OKLA. L. REV. 777 (2003) 414(37)
- Scott, *The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of International Conventions on Human Rights*, 27 OSGOODE HALL L.J. 769 (1989) 357(70)
- Scott & Alston, *Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise*, 16 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 206 (2000) 559(89)
- Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, 32 PHI. & PUBLIC AFF. 315 (2004) 355(54)
- Sensen, *Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms*, 10 EUR. J. POL. THEORY 71 (2011) 55(10), 55(12), 59(39), 225(2)
- Sepulveda, *Colombia: The Constitutional Courts Role in Addressing Social Justice, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW* 144 (Malcolm Langford ed., 2008) 356(65), 557(75), 558(81), 564(115), 564(116)
- Sexton, *A Constitutional Right to Divorce in the U.S.A.*, 5 TRENT L.J. 49 (1982) 681(321)
- Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, 45 OHIO ST. L.J. 161 (1984) 370(150)
- Sheikholeslami, *The Creation and the Dignity of Man in Islam, in HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING* 133 (Silja Vöneky & Rüdiger Wolfrum eds., 2004) 60(45)
- Shepherd, *Dignity and Autonomy after Washington v. Glucksberg: An Essay about Abortion, Death and Crime*, 7 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 431 (1998) 431(138)
- Sherry, *The Founders' Unwritten Constitution*, 54 U. CHI. L. REV. 1127 (1987) 202(134)
- Sher, *A Question of Dignity: The Renewed Significance of James Wilson's Writings on Popular Sovereignty in the Wake of Alden v. Maine*, 61 NYU ANN. SURV. AM. L. 591 (2005) 414(37)
- Shultziner, *A Jewish Conception of Human Dignity: Philosophy and its Ethical Implications for Israeli Supreme Court Decisions*, 34 J. RELIG. ETHICS 663 (2006) 57(24)
- Siegel, *Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-Sex Marriage*, 10 INT'L J CONST. L. 355 (2012) 422(80), 427(113), 430(134), 431(136), 431(143)
- Siegel, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, 117 YALE L.J. 1694 (2008) 422(80), 427(113), 430(134), 431(136), 431(143)
- Siemer, Hut & Drake, *Prohibition on Military Unionization: A Constitutional Appraisal*, 78 MILITARY L. REV. 1 (1978) 855(242)
- Sinclair, *Ebb and Flow: The Retreat of the Legislature and the Development of Constitutional Jurisprudence to Reshape Family Law*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 393 (2002) 636(73)

- Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 WIS. L. REV. 1443 (1992) 673(267)
- Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. RICH. L. REV. 99 (1994) 192(90)
- Sloane, *More Than What Courts Do: Jurisprudence, Decision, and Dignity – In Brief Encounters and Global Affairs*, 34 YALE J. INT'L L. 517 (2009) 76(9)
- Sloth-Nielsen & Van Heerden, *The Constitutional Family: Developments in South African Family Law Jurisprudence Under the 1996 Constitution*, 17 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 121 (2003) 636(68), 636(73)
- Small & Grant, *Dignity, Discrimination and Context: New Directions in South African and Canadian Human Rights Law*, 6 HUM. RTS. REV. 25 (2005) 217(50), 698(80)
- Smet, *Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict*, 26 AM. U. INT'L L. REV. 183 (2011) 621(40), 625(63)
- Smith, *The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse*, 140 U. PA. L. REV. 149 (1991) 769(110)
- Snyckers & le Roux, *Criminal Procedure: Rights of Arrested, Detained and Accused Persons*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 51 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012) 866(25)
- Sonthheimer, *Principles of Human Dignity in the Federal Republic, in GERMANY AND ITS BASIC LAW: PAST, PRESENT, AND FUTURE: A GERMAN-AMERICAN SYMPOSIUM GERMANY AND ITS BASIC LAW 213* (Paul Kirchhof & Donald P. Kommers eds., 1993) 217(46), 452(3), 458(38)
- Sossin, *The 'Supremacy of God', Human Dignity and the Charter of Rights and Freedoms*, 52 U. N. BRUNSWICK L.J. 227 (2003) 433(2), 452(5)
- Starck, *The Religious and Philosophical Background of Human Dignity and its Place in Modern Constitutions, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 179* (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 53(1), 63(58)
- Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. CHI. L. REV. 877 (1996) 189(72), 189(74)
- Statman, *Humiliation, Dignity, and Self Respect, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 209* (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 46(31), 46(33)
- Steyn, *Interpretation: Legal Texts and Their Landscapes, in THE COMING TOGETHER OF THE COMMON LAW AND THE CIVIL LAW 79, 81* (B.S. Markesinis ed., 2000) 179(34)
- Sudarshan, *Courts and Social Transformation in India, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR?* 153 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006) 562(104)
- Sullivan, *The Supreme Court 1991 Term – Forward: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22 (1992) 321(73)
- Sunstein, *The Right to Marry*, 26 CARDOZO L. REV. 2081 (2005) 635(66), 635(67)
- Swart, *Social Security, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 56D* (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev. 2012) 604(386)

T

- Taylor, *Structural Textualism*, 75 B. U. L. REV. 321 (1995) 182(46)
- Teifke, *Human Dignity as an "Absolute Principle"?* in ON THE NATURE OF LEGAL PRINCIPLES 93 (Martin Borowski ed., 2010) 367(132), 453(7)
- Tinder, *Against Fate: An Essay on Personal Dignity*, in IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES 11 (Robert P. Kraynak & Glenn E. Tinder eds., 2003) 47(38)
- Tremper, *Respect for the Human Dignity of Minors: What the Constitution Requires*, SYRACUSE L. REV. 1293 (1988) 379(2)
- Treuthart, *Adopting a More Realistic Definition of "Family"*, 26 GONZ. L. REV. 91 (1990) 633(38), 634(49)
- Tribe, *The Abortion Funding Conundrum: Inalienable Rights, Affirmative Duties, and the Dilemma of Dependence*, 99 HARV. L. REV. 330 (1985) 350(30)
- Tribe & Dorf, *Levels of Generality in the Definition of Rights*, 57 U. CHI. L. REV. 1057 (1990) 185(57), 304(10)
- Tripathi, *Kesavananda Bharati v. State of Kerala: Who Wins?*, 1 SUP. CT. CASES J. 3 (1974) 372(160), 474(40)
- Tsesis, *Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy*, 44 WAKE FOREST L. REV. 497 (2009) 739(229)
- Tucker, *Textualism: An Australian Evaluation of the Debate Between Professor Ronald Dworkin and Justice Antonin Scalia*, 21 SYD. L. REV. 567 (1999) 175(14)
- Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEX. L. REV. 1363 (1984) 350(30)
- Tushnet, *Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction*, 36 STAN. L. REV. 623 (1984) 207(153)
- Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, 96 HARV. L. REV. 781 (1983) 207(153)
- Tushnet, *Justification in Constitutional Adjudication: A Comment on Constitutional Interpretation*, 72 TEX. L. REV. 1707 (1994) 198(123)
- Tushnet, *Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS, 67 (Sujit Choudhry ed., 2006) 193(98)
- Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L.J. 1225 (1999) 192(90)

U

- Ullrich, *Concurring Visions: Human Dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany*, 3 GLOBAL JURIST FRONTIERS 1 (2003) 59(39), 61(47), 211(14), 436(15), 452(5), 466(73)
- Uprimny Yepes, *The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates*, in COURTS AND SOCIAL TRANSFORMATION IN NEW DEMOCRACIES: AN INSTITUTIONAL VOICE FOR THE POOR? 127 (Roberto Gargarella, Pilar Domingo & Theunis Roux eds., 2006) 558(81)

V

- Van Caenegem, *Different Approaches to the Protection of Celebrities Against Unauthorised Use of Their Image in Advertising in Australia, The United States and the Federal Republic of Germany*, 12 EUR. INTELL. PROP. REV. 452 (1990) 543(39)
- Van der Schyff, *Cutting the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Core in Comparative Perspective*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 131 (Eva Brems ed., 2008) 360(88)
- Venter, *Human Dignity as a Constitutional Value: A South African Perspective*, in RECHT, STAAT, GEMEINWOHL: Festschrift für Dietrich Rauschnig 341 (Jörn Ipsen, Dietrich Rauschnig & Edzard Schmidt-Jortzig eds., 2001) 51(64), 215(38), 469(14), 470(17), 473(36)
- Venter, *Utilising Constitutional Values in Constitutional Comparison*, in CONSTITUTION AND LAW IV: DEVELOPMENTS IN THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL STATE 33 (2000) 209(1)
- Vermeule & Young, *Hercules, Herbert, and Amar: The Trouble with Intratextualism*, 113 HARV. L. REV. 730 (2000) 185(57)
- Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, 144 U. PA. L. REV. 2417 (1996) 370(150)
- Von der Pfordten, *On the Dignity of Man in Kant*, 84 PHILOSOPHY 371 (2009) 63(61), 63(62)
- Von Overbeck, *Some Observations on the Role of the Judge Under the Swiss Civil Code*, 37 LA. L. REV. 681 (1977) 288(30)

W

- Wagner, *Universal Human Rights, the United Nations and the Telos of Human Dignity*, 3 AVE MARIA L. REV. 197 (2005) 76(11)
- Waldron, *Basic Equality* (N.Y.U. Public Law Research Paper 08-61, 2008) 76(9), 691(38)
- Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, 123 HARV. L. REV. 1596 (2010) 68(99)
- Waldron, *Dignity and Rank: In Memory of Gregory Vlastos (1907–1991)*, 48 EUR. J. SOC. 201 (2007) 68(99), 68(100)
- Waldron, *Dignity, Rights, and Responsibilities* (NYU School of Law, Public Law Research Paper no. 10-83, 2010) 68(99), 70, 70(108)
- Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HARV. L. REV. 129 (2005) 192(90), 196(109)
- Waldron, *How Law Protects Dignity*, 71 CAMBRIDGE L.J. 200 (2012) 68(99), 70, 70(109), 70(110), 230(16)
- Waldron, *Is Dignity the Foundation of Human Rights* (N.Y.U. School of Law Research Paper no. 12-73, 2013) 216(39), 219(62)
- Waldron, *The Dignity of Groups*, [2008] ACTA JURIDICA 66 46(28), 68(99), 68(101), 68(102), 384(17)

- Waldron, *The Image of God: Rights, Reason, and Order*, in CHRISTIANITY AND HUMAN RIGHTS: AN INTRODUCTION 216 (John Witte, Jr. & Frank Alexander eds., 2010) 59(39), 59(40)
- Walter, *Human Dignity in German Constitutional Law*, in THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY 25 (European Commission for Democracy through Law, 1998) 452(3), 458(40), 463(57), 463(63)
- Walters, *The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex Non Scripta as Fundamental Law*, 51 U. TORONTO L.J. 9 (2001) 210(6), 211(12)
- Walters, *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*, in EXPOUNDING THE CONSTITUTION: ESSAYS IN CONSTITUTIONAL THEORY 245 (Grant Huscroft ed., 2008) 209(1), 277(243)
- Walton, *Making Sense of Canadian Constitutional Interpretation*, 12 NAT'L J. CONST. L. 315 (2001) 190(80), 205(143)
- Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959) 207(156)
- Weigend & Ghanayim, *Human Dignity in Criminal Procedure: A Comparative Overview of Israeli and German Law*, 44 ISR. L. REV. 199 (2011) 873(77)
- Weinrib, *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism*, in DEFINING THE FIELD OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 23 (Vicki C. Jackson & Mark V. Tushnet eds., 2002) 192(90)
- Weinrib, *Human Dignity as a Rights-Protecting Principle*, 17 NAT'L J. CONST. L. 325 (2004) 48(46), 73(1), 220(68), 257(130)
- Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section One of The Charter*, 10 SUP. CT. L. REV. 469 (1988) 377(183)
- Weisstub, *Honor, Dignity and the Framing of Multiculturalists Values*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 263 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) 45(24)
- Wermiel, *Law and Human Dignity: The Judicial Soul of Justice Brennan*, 7 WM. & MARY BILL OF RTS. J. 223 (1998) 44(16), 414(35), 416(48), 416(50), 422(81), 422(83), 430(132)
- Wheatley, *Human Rights and Human Dignity in the Resolution of Certain Ethical Questions in Biomedicine*, 3 EUR. HUM. RTS. L. REV. 312 (2001) 46(32)
- Whitman, *Enforcing Civility and Respect*, 109 YALE L.J. 1279 (2000) 69(107), 412(28), 430(131), 430(134)
- Whitman, *On Nazi "Honour" and the New European "Dignity"*, in DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE 243 (Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh eds., 2003) 42(8), 412(28), 430(131), 430(134), 456(33)
- Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151 (2004) 69(107), 338(59), 412(28), 430(131), 430(134)
- Whitman, *"Human Dignity" in Europe and the United States: The Social Foundations*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 108 (Georg Nolte ed., 2005) 69(107), 338(59), 412(28), 430(134)

- Wildhaber, *Limitations on Human Rights in Times of Peace, War and Emergency: A Report on Swiss Law*, in THE LIMITATION OF HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 41 (Armand L.C. De Mestral et al eds., 1986) 289(32)
- Williams, *The Idea of Equality*, in PHILOSOPHY, POLITICS AND SOCIETY 111 (Peter Laslett & W.G. Runciman eds., 1962) 691(38)
- Wilson, *Decision-Making in the Supreme Court*, 36 U. TOR. L.J. 227 (1986) 199(125)
- Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 VAND. L. REV. 793 (2006) 370(150)
- Winnacker, *Human Cloning from a Scientific Perspective*, in HUMAN DIGNITY AND HUMAN CLONING 55 (Silja Vöneky and Rüdiger Wolfrum eds., 2004) 46(29)
- Winter, *The Constitution of Conscience*, 72 TEX. L. REV. 1805 (1994) 198(123)
- Witte Jr., *Between Sanctity and Depravity: Human Dignity in Protestant Perspective*, in DEFENSE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS FOR OUR TIMES 119 (Robert P. Kraynak & Glenn E. Tinder eds., 2003) 60(43)
- Wittreck, *Menschenwürde und Folterverbot*, DÖV 873 (2003) 454(16)
- Wolterstorff, *Modern Protestant Developments in Human Rights*, in CHRISTIANITY AND HUMAN RIGHTS: AN INTRODUCTION 155 (John Witte Jr. & Frank Alexander eds., 2010) 60(43)
- Wood, *Humanity as an End in Itself*, in KANT'S GROUNDWORK OF THE METAPHYSICS OF MORALS: CRITICAL ESSAYS 165 (Paul Guyer ed., 1998) 63(61)
- Woolman, *Dignity*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 36 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012) 51(64), 215(38), 217(47), 217(51), 218(55), 224(98), 330(7), 346(91), 464(69), 467(2)–467(4), 481(79), 482(87), 483(90), 486(101), 488(106)–488(108), 492(124), 492(125), 493(127), 494(132), 496(146), 497(148), 497(194), 544(40), 625(69)
- Woolman, *Metaphors and Mirages: Some Marginalia on Choudhry's The Lochner Era and Comparative Constitutionalism and Ready-Made Constitutional Narratives*, 20 S. AFR. PUB. L. 281 (2005) 195(105)
- Woolman & Botha, *Limitations*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA ch. 34 (Stu Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 4th rev., 2012) 298(59), 468(8), 472(25)
- Wright, *Dignity and Conflicts of Constitutional Values: The Case of Free Speech and Equal Protection*, 43 SAN DIEGO L. REV. 527 (2006) 224(101)
- Y
- Yamin & Parra Vera, *The Role of Courts in Defining Health Policy: The Case of the Colombian Constitutional Court* (Harvard Law School Human Rights Program Working Paper, 2008) 557(75)
- Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, 33 YALE J. INT'L L. 113 (2008) 544(39), 557(79)

Young, <i>Section 7 and the Politics of Social Justice</i> , 38 U.B.C. L. REV. 539 (2005)	439(36)
Youngs, <i>Germany: Shooting Aircraft and Analyzing Computer Data</i> , 6 ICON 331 (2008)	454(14)
Z	
Ziskind, <i>Labor Law in Latin American Constitutions</i> , 6 COMP. LAB. L. 1 (1984)	823(37)
Ziskind, <i>Labor Provisions in Asian Constitutions</i> , 6 COMP. LAB. L. 117 (1984)	823(37)
Ziskind, <i>Labor Provisions in Constitutions of Europe</i> , 6 COMP. LAB. L. 311(1984)	823(37)
Zúñiga, <i>An Ontology of Dignity</i> , 5 METAPHYSICA 115 (2004)	41(1)

מפתח עניינים

אוטונומיה של הרצון ר' אוטונומיה של הרצון			א
	הרצון		
256	בגדרי החברה	732	אגד זכויות
258	ביקורת המודל החוקתי	306	חופש ביטוי
245, 239, 235	בסיס ערך כבוד האדם		מהותו
	290, 261		אדם, ר' בעל הזכות
257	גזע אנושי	245, 156, 32	אוטונומיה של הרצון
248	הורות ואימוץ	836, 543, 250	
813, 803–799, 247	וחינוך		
248	חופש ביטוי	445, 255	אחריות מוחלטת
245	חופש רצון		אימוץ, ר' חיי משפחה
253	כפייה דתית		
247	משפחה		אישיות
502	משפט דרום-אפריקני	538	בהלכה הפסוקה
235	משפט משווה	538	בחקיקה
			גידול זקן, ר' גידול זקן
		546	גרעין
742–741	אסיפה	803–798	וחינוך
	ארכיטקטורה חוקתית	539, 537	זכות חוקתית
338, 291	זכות מוחלטת	539	זכות-בת
261	בחוק-היסוד	545	זכות יחסית
338, 261, 32	כללי	546	זכות שלילית וחיובית
	ארצות-הברית, ר' משפט אמריקני		כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית
		543	מודל הביניים
		537	משפט משווה
		544	פרטיות
			שפה, ר' שפה
626, 446, 46	"בגדרי החברה"	544–543	תדמית
439	ביטחון אישי		תחולה אנכית ואופקית, ר' תחולה אנכית ואופקית
664, 504, 581	ביטחון סוציאלי	545	תכונות הזכות
464, 260, 257, 237, 82	ביו-אתיקה	544	תרבות
	ביטוי, ר' חופש ביטוי		אנושיות

		ג		ביטוי מסחרי	
		747		זכות-בת	
257	גזע אנושי	743		זכות הלכתית	
541	גידול זקן	745		חופש עיסוק	
680	גירושין	731, 343		כללי	
		752		מודל הביניים	
	גרעין ושוליים	748		מסחרי טהור	
363	איזון	747		מסחרי-פוליטי	
546	אישיות	751		משפט משווה	
364	היקף הזכות לכבוד האדם				
878	הליך הוגן			בית הדין הארצי לעבודה, ר' עבודה	
366	זכות-אם וזכות-בת			בעל הזכות	
668	חיי משפחה	380–379		בן אדם	
730	חופש ביטוי	380		אזרח	
764	חופש דת	,380, 252, 148, 113–112		אסיר	
767	חופש מצפון	829, 675, 655, 427, 382			
791	חופש תנועה	380		בריא וחולה	
816–815	חינוך	379		גבר ואישה	
362	חשיבות ההבחנה	257		גזע אנושי	
364, 360	מהות ההבחנה			זר	381
455	משפט גרמני	383		חיה	
845	עבודה			כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית	
601, 598, 580	קיום אנושי בכבוד	234, 33		מטרה ולא אמצעי	
696	שוויון	463, 383, 114, 9		מת	
622	שם טוב	253		נאשם	
610, 564, 562, 559, 489	גרעין מינימלי	655		עובד זר	
	גרמניה, ר' משפט גרמני	462, 382		עובר	
		380		עציר	
		382		"צמח"	
		379		צעיר ומבוגר	
		859, 384		קבוצה	
				תאגיד, ר' תאגיד	
	דמוקרטיה	380		תושב	
,374, 268, 141–140	ביקורת שיפוטית			בריאות	,580–579, 573, 565, 353
606–605, 595, 591–589, 585–582	הפרדת רשויות				653, 603, 588, 586, 584, 582
,277, 210, 190, 181	והתאגדות	681, 673		ברית זוגיות	
606, 399					
851					

1023	מפתח עניינים	
62–61	הרנסנס	715, 711–710, 707, 620
283, 91	זכות חוקתית	781
	חוקתית לעומת פילוסופית	813, 802, 799, 793
45–42, 31	ותיאולוגית	461, 237, 229, 65
	יהדות, ר' כבוד האדם	686
89	משפט משווה	620
	נצרות, ר' כבוד האדם	75
91	ערך חוקתי	368
,566, 167, 157, 149, 139	שיפוטית	130, 115, 110
,781, 755, 708, 686, 638, 615		,210, 190
864, 820, 797, 793		872, 277
	היקף הזכות	272
	אישיות, ר' אישיות	181
267, 261, 222–221	ביחס לערך	,210, 190, 181
	גרעין ושוליים, ר' גרעין ושוליים	369–368, 277
142	היסטוריה	דרום־אפריקה, ר' משפט דרום־אפריקני
	הליך הוגן, ר' הליך הוגן	דת, ר' חופש המצפון והדת
321, 317–315	התנגשות זכויות	
296–294	התנגשות ערכים	ה
279, 268, 266, 263	זכות משתמעת	הגבלה חוקתית, ר' שינוי והגבלה
546, 484, 457, 332–331	"זכות סל"	הדרת כבוד (honor) 41, 78, 103, 111,
	חופש ביטוי, ר' חופש ביטוי	628, 619, 409, 240
	חופש המצפון והדת, ר' חופש המצפון והדת	
	חופש התנועה, ר' חופש תנועה	הולדה, ר' חיי משפחה
	חיי משפחה, ר' חיי משפחה	הורות, ר' חיי משפחה
	חינוך, ר' חינוך	הורים, ר' חיי משפחה
877, 297–296	טובת הכלל	הומניזם
,167, 156, 152, 150	מודל הביניים	61
,363, 337–335, 327–326, 294, 278		היסטוריה של כבוד האדם
,626, 624, 600, 579, 573, 567, 564		אינטלקטואלית
,703–702, 697–696, 689, 649–646		אמנות
,803, 797, 789, 765–763, 752, 710		בישראל
855, 852, 848–845, 835, 810–809		הנאורות
,155–154, 150, 148, 143	מודל מצומצם	הצעות חוקה
796, 705, 689, 600, 573, 569, 231		,137–136, 116–114
794, 150	מודל רחב	866, 552–549

419–418	משפט אמריקני	עבודה, ר' עבודה
440	משפט קנדי	קיום אנושי בכבוד, ר' קיום אנושי בכבוד
866	משפט משווה	"קשר ענייני הדוק", ר' היקף הזכות –
874–873	נוכחות בדיון	מודל הביניים
865	עיון בחומר החקירה	שוויון, ר' שוויון
872	עצמאות הרשות השופטת	שם טוב, ר' שם טוב
873	פומביות הדיון	תחום בלעדי
878	תאגיד	332, 329
878	תחולה אנכית ואופקית	244
275	המתת חסד	הכרזת העצמאות 108–109, 132, 190,
	הסדר שלילי, ר' פרשנות תכליתית	756, 547, 267–264, 216
		793, 781, 763
741, 725	הפגנה	הליך הוגן
	הפלה	872
	כללי	867–866
382, 66	משפט אמריקני	864
427–425, 415	משפט גרמני	878
454, 382	משפט קנדי	865
443	הפליה, ר' שוויון	875
	הפרדת רשויות, ר' דמוקרטיה	861
	השבתה, ר' עבודה	872–871
	השפלה, ר' היקף הזכות – מודל	873
	מצומצם	876
	התארגנות, ר' עבודה	871
	התנגשות זכויות, ר' היקף הזכות, מודל	865
	שני השלבים	869–868
	התנגשות ערכים, ר' היקף הזכות, מודל	875
	שני השלבים	878, 875
		872, 870
		870
		878
		875
		874–873, 865
		872
		873
	ז	כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית
	זכאי, ר' בעל הזכות	863
		877, 871–870
440	זכויות במשפט	879, 877, 872
		מודל הביניים
		מודל שני השלבים

		זכויות חברתיות	
	גירושין, ר' חיי משפחה		ביקורת שיפוטית 582–585, 589–591,
	הסדר שלילי, ר' פרשנות תכליתית		605–606, 595
	הפגנה, ר' הפגנה	547	הלכה פסוקה
	התארגנות, ר' עבודה	359	ההיבט חברתי של כבוד האדם
	הולדה, ר' הולדה	564	זכויות-בת
	הורות, ר' הורות	589	זכויות חיוביות
	הורים, ר' הורים	549	זכויות עצמאיות
315	התנגשות זכויות-בת	547	חקיקה
	זוגיות, ר' חיי משפחה	355	טיעונים בעד הכרה בהן
309	זכויות בלתי-מנויות	358	ייחודן
311–310	זכויות משתמעות		כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית
325	זכויות שזכרן לא בא	354	מהותן
	חופש ביטוי, ר' חופש ביטוי	553	משפט בין-לאומי
	חיי משפחה, ר' חיי משפחה	481, 489,	משפט דרום-אפריקני
	חפיפה בין זכויות, ר' חפיפה	501, 558	
	חינוך, ר' חינוך	821, 552	משפט משווה
325–322, 314	יחסה לזכויות עצמאיות	819	עבודה
313–312, 309	יחסה לזכות-אם	222	ערך כבוד האדם
315	יחסה לזכות-בת אחרת	309	זכויות ללא שם
	כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית		
310, 168	מהותה	564, 354	זכויות אזרחיות
433, 410, 286–285	משפט משווה		
	עבודה, ר' עבודה		זכות-אם
	קיום אנושי בכבוד, ר' קיום אנושי בכבוד	312, 309	כבוד האדם כזכות-אם
311	רמות הפשטה	308, 306, 303, 167, 158, 33	מהות
	שוויון, ר' שוויון	410	משפט אמריקני
	שם טוב, ר' שם טוב		
	תנועה, ר' חופש תנועה		זכות אישיות, ר' אישיות
	זכות חיובית, ר' זכות שלילית וחיובית		זכות אסיפה, ר' אסיפה
	זכות חירות אישית, ר' חירות אישית		זכות ביטחון סוציאלי, ר' ביטחון סוציאלי
	זכות יחסית		זכות-בת
545	אישיות		אישיות, ר' אישיות
878, 875	הליך הוגן		ביטוי, ר' חופש ביטוי
722	חופש ביטוי		ביטוי מסחרי, ר' ביטוי מסחרי
774	חופש דת		גזירתה,
768	חופש מצפון	313	

775, 773	דת	792	חופש תנועה
589, 348	הבחנה ביניהן	677, 672	חיי משפחה
348	"הטרילוגיה החוקתית"	816	חינוך
878	הליך הוגן	368	כבוד האדם
348	זכות חיובית		כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית
347	זכות שלילית	366	מהותה
724	חופש ביטוי	487	משפט דרום-אפריקני
773	חופש דת	366	משפט משווה
768	חופש מצפון	448	משפט קנדי
791	חופש תנועה	861, 857, 850, 849	עבודה
667-662, 652	חיי משפחה		פסקת ההגבלה, ר' פסקת ההגבלה
816	חינוך	699	שוויון
351	כבוד האדם		זכות כבוד האדם, ר' כבוד האדם
	כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית		זכות למגורים, ר' מגורים
347, 268	מהותן		זכות למזון, ר' מזון
462	משפט גרמני		זכות למים, ר' מים
500	משפט דרום-אפריקני		זכות מוחלטת
349	משפט משווה	367, 291, 257, 32	זכות מסגרת, ר' זכות-אם
853, 850, 849, 841	עבודה		זכות נגזרת, ר' זכות-בת
695	שוויון		זכות נצחית
622	שם טוב		כבוד האדם
389	זמן	372	מהותה
		372	משפט גרמני
	ח	455	משפט משווה
742	חופש אקדמי	371	משתמעת
	חופש ביטוי	372	תיקון חוקתי לא חוקתי, ר' תיקון חוקתי
732	אגד זכויות		לא חוקתי
731	אומנותי		זכות-סל
	אסיפה, ר' אסיפה	546	זכות לשוויון, ר' שוויון
	גרעין ומעטפת, ר' גרעין ושוליים		זכות לשפה, ר' שפה
730	גרעין ושוליים		זכות שלילית וחובית
732	היקף הזכות		ביטוי
715	הבטחת המשטר הדמוקרטי	726, 724	
717	הגשמה עצמית		
	הפגנה, ר' הפגנה		

767	חופש מצפון כזכות בת	712	העקרונות ביסוד הזכות
	כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית	733	זכות-אם
765–763	מודל הביניים	733, 719, 708, 146	זכות-בת
780, 778, 774	מודל שני השלבים	707	זכות הלכתית
769, 765	משפט משווה	727	"זכות הציבור לדעת"
763	פסקת המטרה	722	זכות יחסית
763	פסקת עקרונות היסוד	724	זכות שלילית וחיובית
777	רגשות דתיים	742	חופש אקדמי
769	שירות צבאי	714	חשיפת האמת
777, 775, 768	תחולה אנכית ואופקית	735	כל ביטוי
	חופש עיסוק		כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית
134	זכות הלכתית	721–719, 710	מודל הביניים
747	זכות חוקתית	735	מובנו
	חופש תנועה	728	מימוש הזכות
	בתוך ישראל		מסחרי, ר' ביטוי מסחרי
785, 782, 146	גרעין ומעטפת, ר' גרעין ושוליים	728	מימוש
791	גרעין ושוליים	742, 741	משמרת
789	היקף	737	עבירה פלילית
781	הכרזת העצמאות	729	"עקרון אפקטיביות הביטוי"
781	הלכה וחקיקה	738	פגיעה ברגשות
	הסדר שלילי בעניין חופש התנועה	731, 728, 710, 167	פוליטי
785–783	בתוך המדינה	731	פורנוגרפי
789	היקף הזכות	728–724	שלילית וחיובית
	זכות-בת לחופש תנועה בתוך	736	שקר ואמת
	המדינה	723	תחולה אנכית ואופקית
788–785, 782	זכות הלכתית		חופש המצפון והדת
781	זכות יחסית	767, 764	גרעין ושוליים
792	זכות שלילית וחיובית	755	הלכה פסוקה וחקיקה
791	כללי	770, 764	היקף הזכות
	כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית	763, 756	הכרזת העצמאות
791	מגורים	770, 767, 762–758, 266	זכות-בת
789	מודל הביניים	757–755	זכות הלכתית
790	מודל שני השלבים	774, 768	זכות יחסית
790	מעצר	769, 765–764	זכות עצמאית
784, 417	משפט אמריקני	773, 768	זכות שלילית וחיובית
784	משפט גרמני	770	חופש דת כזכות בת
		775	חופש מדת כזכות בת

674 ,644 ,634	ידועים בציבור	782	רקע היסטורי
670	יחסי זוגיות	790	רשות היחיד ורשות הרבים
680	יציאה מהתא המשפחתי	791	תחולה אנכית ואופקית
669	יצירת התא המשפחתי	173	חוקה
	כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית		
662	מאפייניה	204	חוקה חיה
633	מהי משפחה		חוקת המשפחה, ר' חיי משפחה
649–646	מודל הביניים		חוקת העבודה, ר' עבודה
641	מזונות		חייב, ר' תחולה אנכית ואופקית
629	מקורות דיני המשפחה		חיי משפחה
643	משמורת		אבהות
634	משפט משווה	641 ,639	אימוץ
671	נישואין	677 ,657 ,654 ,651 ,645 ,642	אסיר
651	סרבנות גט	675 ,655	ברית זוגיות
655	עובד זר	673	גירושין
	תחולה אנכית ואופקית, ר' תחולה אנכית ואופקית	680	גרעין ושוליים, ר' גרעין ושוליים
			הולדה
	חינוך	675 ,640	הורות
816–815	אגד של זכויות	,658–657 ,650 ,644–642 ,640	היקף הזכות
816–815	גרעין ושוליים	675 ,670 ,661	זוגיות
813 ,802 ,799 ,793	דמוקרטיה	649	זכויות-בת אחרות
812	היקף הזכות	670	זכויות התא המשפחתי
81	הפליה בחינוך	662	זכויות הורים
793	הכרזת העצמאות	678	זכויות ילדים
812–809 ,805 ,803–799	ואישיות	683 ,656 ,652	זכויות סבים וסבתות
816 ,811 ,806 ,804–799	ושוויון	683 ,679 ,656 ,652 ,640	זכות-אם
809–807 ,804 ,794 ,146	זכות-בת	676	זכות-בת
814 ,793	זכות הלכתית וחקיקתית	649–646	זכות-בת
816	זכות יחסית	,649–646 ,243 ,157	זכות יחסית
815	זכות להשפיע על תכני החינוך	660–659 ,653	"זכות מועברת
815	זכות לקבל חינוך	677 ,672	זכות שלילית וחיובית
816	זכות שלילית וחיובית	683	"חוקת המשפחה"
793	כללי	667–662 ,652	חקיקה והלכה משפטית
816	לכל אדם	636	חשיבותה
812–809 ,803 ,797	מודל הביניים	629	
796	מודל מצומצם	668	
794	מודל רחב		

נוגדת של זכות-בת המעוצבת כעיקרון	מימוש ויכולתה התקציבית של
זכות-נכדה או נינה המעוצבת	המדינה
322 ככלל	נגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית
225, 31 "חפיפה בהסכמה"	עקרונית
	שלילית וחובתית
	תוכנה
ט	תחולה אנכית ואופקית
	חירות אישית
טובת הכלל, ר' היקף הזכות	"ככל דרך אחרת"
403-401 טריטוריאליזם	היקף הזכות
	יחס לכבוד האדם
י	משפט משווה
	פסיקה ישראלית
ידועים בציבור, ר' חיי משפחה	חסר, ר' פרשנות תכליתית
ילדים, ר' חיי משפחה	חפיפה
כ	בין זכויות
	משלימה של זכויות-בת
	משלימה של זכויות-בת ושל זכויות
כבוד האדם כזכות חוקתית	עצמאיות
34 ביקורת	משלימה של עקרונות חוקתיים
בעל הזכות, ר' בעל הזכות	משלימה של כבוד האדם וזכויות
גרעין ומעטפת, ר' גרעין ושוליים	חוקתיות עצמאיות במגילת
315, 291 הגשמת הערך החוקתי	זכויות חלקית
החייב, ר' תחולה אנכית ואופקית	משפט דרום-אפריקני
359, 354 היבט חברתי ואזרחי	נוגדת של עקרונות חוקתיים
היסטוריה, ר' היסטוריה של כבוד האדם	נוגדת של זכויות-בת המעוצבות
היקף הזכות, ר' היקף הזכות	כעקרונות
הצעות חוקה, ר' היסטוריה של כבוד	נוגדת של זכויות-בת ושל זכויות
האדם	עצמאיות
זכות-אם, ר' זכות-אם	נוגדת של זכויות-בת כאשר
זכות אזרחית, ר' זכויות אזרחיות	האחת מעוצבת ככלל והשנייה
זכות-בת, ר' זכות-בת	כעיקרון
זכות חברתית, ר' זכויות חברתיות	נוגדת של זכויות-בת או נכדה וזכות
"זכות לזכויות" 459 (משפט גרמני)	עצמאית כאשר האחת מעוצבת
זכות שלילית וחובתית, ר' זכות שלילית	ככלל והשנייה כעיקרון
וחובתית	

	45	כבוד האדם כערך חוקתי	45	חשיבותה
		אישיות, ר' אישיות		יחסית, ר' זכות יחסית
		אנושיות, ר' אנושיות		כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית
258	237	ביקורת המודל החוקתי	237	מובנה
215		בסיס לזכויות		מודל ביניים, ר' היקף הזכות
285–284		הכרה בערך ובזכות		מודל מצומצם, ר' היקף הזכות
		הכרה בערך ולא בזכות במשפט		מודל רחב, ר' היקף הזכות
196, 51		המשווה		מוחלטת, ר' זכות מוחלטת
232	283, 99–98	מודלים חוקתיים לקביעת תוכנו	283, 99–98	מפורשת
227	78	מודלים פילוסופיים לקביעת תוכנו	78	משפט בינלאומי
	286	מודלים תיאולוגיים לקביעת	286	משתמעת
226–225		תוכנו		נגד המדינה, ר' תחולה
50	285	חברתי	285	נגזרת
149, 50, 32		כללי		ענישה, ר' ענישה
212, 209	333, 328	מפורש	333, 328	עצמאית
421, 414		משפט אמריקני		פסקת ההגבלה, ר' פסקת ההגבלה
458	196	משפט גרמני	196	פרשנות
477	346–345	משפט דרום-אפריקני	346–345	שירות
446, 435		משפט קנדי		שלילית, ר' זכות שלילית
210		משתמע		כבוד האדם כערך חברתי
441		משתנה		אוניברסליות לעומת יחסיות 44–45, 229
234, 217		תפקיד פרשני		אסלאם
		תפקיד במסגרת הגבלת זכויות		ביקורת המושג
222		חוקתיות		תשובה לביקורות
		כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית		היסטוריה אינטלקטואלית
				יהדות
				כבוד הבריות
				מושג יחסי
		ל		מובנים לשוניים
268	241, 42–41	להגן	241, 42–41	מסוכן לזכויות
		לשון החוקה, ר' פרשנות חוקתית		משפט אמריקני
				נצרות
				צלם אלוהים, ר' צלם אלוהים
		מ		שנוי במחלוקת
		"מבט רחב"		תלוי הקשר
,233–232, 205, 154	45–44		45–44	תרבויות שונות
261, 243	44		44	תחושת לשון
	242		242	

	משפט אמריקני	791 ,602	מגורים
409	אין זכות לכבוד		מדינה יהודית ודמוקרטית
203	הבנה מקורית	270	כללי
415	היסטוריה	272	מדינה דמוקרטית
428	הערכה	271	מדינה יהודית
751	חופש ביטוי	272	סינתזה
414	כבוד המדינה		
407	כללי		מהפכה חוקתית
408	מדינתי	128–124	ביקורות
195	משפט משווה	133 ,128 ,124 ,120 ,118 ,116	מהותה
421 ,414	ערך חוקתי	133 ,128–125	סמכות מכוננת
409	פדראלי		מודל הביניים, ר' היקף הזכות
414	"פנומברות" (penumbras)		מודל מצומצם, ר' היקף הזכות
203–202	פרשנות		מודל רחב, ר' היקף הזכות
	משפט גרמני		מודל שני השלבים
464	ביו-אתיקה		ביקורת
462	בעל הזכות	301–299	הבחנה בין בחינת היקף הזכות לבחינת צידוק הפגיעה בה
461	דמוקרטיה וכבוד האדם		259 ,234 ,136 ,33 ,298–294
440	הגדרת הזכות		497 ,363 ,325–316 ,624 ,612
93 ,90 ,45	היסטוריה		856–855 ,840–839 ,790 ,780 ,778
292–291	הערך רחב מהזכות		879 ,877 ,872 ,862 ,860
63	השפעה קנטיאנית		321 ,317–315
457	התחום המכוסה		296–294
562	זכויות חברתיות		
451	זכות חוקתית		
	"זכות לזכויות", ר' כבוד האדם		
453 ,291 ,50	זכות מוחלטת	602 ,598	מזון
455 ,291	זכות נצחית		מטרה ולא אמצעי, ר' נוסחת האובייקט
767–766	חופש המצפון		מטאפורה
784	חופש התנועה	31	
458	ייחודו	546 ,448 ,368 ,223	מידתיות
452	כללי		מים
291	מקרה מיוחד	602 ,598 ,588 ,583 ,353	
228 ,156 ,64 ,33	נוסחת האובייקט	741	משמרת צמודה
454 ,445 ,330 ,254 ,235			משפחה, ר' חיי משפחה
493 ,461–460			
463	נפטר	335	משפחת כבוד האדם

עובר	462	זכויות הלכתיות וחוקתיות	109–111,
ערך חוקתי וזכות חוקתית	458, 459	יחס לחוקי-היסוד	133–137,
ערך עליון	456	כבוד האדם	136,
פיתוח האישיות	457	משפט משווה	111
פרשנות תכליתית	201–202	אישיות	537
שם טוב	625	אנושיות	235, 502
משפט דרום-אפריקני		ביטוי מסחרי	751
בעל הזכות	497	היסטוריה של כבוד האדם	89
היקף הזכות	330–331, 481, 486, 496	הכרה בערך של כבוד האדם ולא בזכות	196, 51
היסטוריה	45	הליך הוגן	418–419, 440, 866
גרעין מינימלי	489, 559	ופרשנות תכליתית	193
זכויות חברתיות	481, 489, 501, 558	זכויות חברתיות	552, 821
זכות יחסית	468	זכות יחסית ומוחלטת	366, 448, 487
זכות חוקתית	467	זכות נצחית	371, 455
זכות מפורשת	284	זכות שלילית וחיובית	349, 462, 500
חופש אישי וכבוד האדם	340–341,	חופש המצפון והדת	765, 769
חופש הביטוי וכבוד האדם	481, 483	חיי משפחה	634
חיי משפחה וכבוד האדם	713, 751	חירות אישית	340, 413, 434, 483
חפיפה עם זכות אחרת	487, 491, 497	כבוד האדם כזכות-בת	285–286,
ייחוד הזכות	486	מגבלות ההשוואה	410, 433
כללי	467	עבודה	821–824, 841, 845, 846
כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית		פיתוח האישיות	457, 502
מטרה ולא אמצעי	493	פרשנות תכליתית	191
ניתנת לשינוי	472	קיום אנושי בכבוד	489, 552, 558,
ערך חוקתי	219, 221, 477, 491–496	שוויון	562–563, 611
ענישה וכבוד האדם	501	שימוש בו	191, 464
פיתוח האישיות	502	שם טוב	624–626
פרטיות וכבוד האדם	481	משפט קולומביאני	563
קיום אנושי בכבוד	558	משפט קנדי	
שוויון וכבוד האדם	481, 501	אין זכות לכבוד האדם	433
שם טוב וכבוד האדם	501, 625	אנושיות האדם	442
תחולה אנכית ואופקית,	498	הפליה	444
משפט הודי	560, 625		
משפט מקובל ישראלי			

1033	מפתח עניינים		
852	העקרונות ביסוד הזכות להתארגנות	440	זכויות במשפט וכבוד האדם
842	העקרונות ביסוד הזכות לעבודה	,439	חופש הביטוי וכבוד האדם
	השבתה ושבתה, ר' שביתה והשבתה	751 ,444	
851 ,834 ,820	זכויות הלכתיות	439 ,342	חירות אישית וכבוד האדם
,850 ,823 ,820	זכות-בת להתארגנות	447	מטרה לעצמה
862-860 ,858 ,854-852		436	מרכזיות הכבוד
,838 ,827 ,825	זכות-בת לעבודה	446 ,436	ערך חוקתי
848-846 ,842-841		435	ערך תת-חוקתי
861 ,857 ,850 ,849	זכות יחסית	444	פרטיות וכבוד האדם
,850 ,849 ,841	זכות שלילית וחובתית	200	פרשנות תכליתית
853		435	רמה תת-חוקתית
825	חופש העיסוק	443-442 ,438	שוויון וכבוד האדם
824	חוקת העבודה	377-376	שינוי והגבלה
,852 ,848-845 ,835	מודל הביניים	444	שם טוב וכבוד האדם
860 ,856-855			
,856-855 ,840-839	מודל שני השלבים		
862 ,860			
849	מניעת פיטורין	63	נאורות
822-821	משפט בינלאומי		
824-822	משפט חוקתי משווה	,228 ,156 ,64 ,33	נוסחת האובייקט
846 ,845 ,841 ,824-821	משפט משווה	493 ,460 ,454 ,445 ,330 ,254 ,235	
,854 ,834 ,823-822	משא ומתן קיבוצי	680 ,671	נישואין
859 ,856			
,837 ,824 ,822	פיטורין וסיום העבודה		
849 ,844 ,840			
827	פרטיות		ס
845	פרנסה בכבוד	55	סטואה
839 ,830 ,826 ,820	פררוגטיבה ניהולית	843 ,414 ,239 ,230 ,69 ,68	סטטוס
825	קניין		
,821-820 ,146	שביתה והשבתה		
862-857 ,854 ,836 ,834 ,827-826			
822	שוויון הזדמנויות		ע
855	שוטרים וחיילים		עבודה
829 ,823 ,575 ,570 ,566	שכר מינימום	831	בית הדין הארצי
,840-839 ,819	תחולה אנכית ואופקית	845	גרעין ושוליים
862-861 ,853 ,845		827	היסטוריה
,823 ,821 ,100	תנאי עבודה הוגנים	862-854	היקף הזכות להתארגנות
846 ,837		850-844	היקף הזכות לעבודה

	פסק-דין הצהרתי בדבר פגיעה לא	424–423, 221, 105, 94, 84	ענישה
398	מידתית בזכויות	501, 441, 426	
393	פרשנות דין ישן		עקרונות וערכים חוקתיים
638, 391	תוצאה	315	השקה
392	תוקף וחוקתיות		חפיפה משלימה, ר' חפיפה
396	תיקון דין ישן		חפיפה נוגדת, ר' חפיפה
827, 544, 444, 413	פרטיות	275, 190	יסודיים
	פרשנות חוקתית	315	מתנגשים
206, 189–187	אחדות חוקתית	477	עליונים
181	גבולות הפרשנות		עצמאות שיפוטית, ר' דמוקרטיה –
189	ההלכה החוקתית-שיפוטית		עצמאות הרשות השופטת
43	היסטוריה אינטלקטואלית		"עץ-חי", ר' פרשנות חוקתית
185	היסטוריה חוקתית		ערכים, ר' עקרונות וערכים חוקתיים
188	היסטוריה פוסט-חוקתית		
204	"חוקה חיה"		פ
173	חוקה כנורמת-על		
174	ייחוד החוקה		פילוסופיה וכבוד
242, 179–177	לשון החוקה	227, 31	
	"מבט רחב", ר' "מבט רחב"		פיתוח האישיות
204	"עץ-חי"		גרמניה
	תכליתית, ר' פרשנות תכליתית	457	דרום-אפריקה
	פרשנות תכליתית	502	ישראל
198	דרגות הפשטה	543	
, 326, 289–288, 135	הסדר שלילי		פסקת ההגבלה, ר' גם מידתיות
783, 334		368, 122	מפורשת
186, 185	הטקסט כמכלול	370	שיפוטית
177, 34	"הכללות מלכותיות"	371	משתמעת
189	הלכה שיפוטית	763, 267	פסקת המטרה
288–287	חסר		פסקת עקרונות היסוד
173	כללי	763, 261	
293, 232, 205, 33	מבט רחב		פסקת שמירת הדינים
185	מבנה החוקה	397	הפעלת סמכות מכח דין ישן
467, 464, 458	משפט גרמני	393	ופסקת ההתגברות
481	משפט דרום-אפריקני		חובת השלטון להגן על זכויות חוקתיות
193	משפט משווה כמקור חיצוני	400–398, 393	חיוביות
175	משפט פרשני משווה		

	מים, ר' מים	449–447, 438	משפט קנדי
	מימוש ויכולתה התקציבית של	276, 217, 190	ערכי-יסוד
604, 556–555	המדינה	31	פרשנות אמתית
598	מרכזיות הזכות	31	פרשנות ומטאפורות
611, 562	משפט גרמני	207	שיקול דעת פרשני
558, 489	משפט דרום-אפריקני	711, 189	שרשרת הלכתית
611, 560	משפט הודי	185	תכלית אובייקטיבית
552	משפט משווה	200, 183	תכלית סובייקטיבית
563	משפט קולומביאני	197	תכלית סופית
612	נטל ההוכחה		
567	עשור ראשון		צ
566	צעדים ראשונים		
606, 557	רמת חיים נאותה	,214, 113, 59–57	צלם אלוהים
	שכר מינימום, ר' עבודה	460, 240	
598	תוכנה		
	תחולה אנכית ואופקית, ר' תחולה אנכית		ק
	ואופקית		
606, 601	תנאים בסיסיים		קיום אנושי בכבוד
		571	איכות הסביבה
	קיום מינימאלי בכבוד, ר' קיום אנושי	603	ביטחון סוציאלי
	בכבוד	552–549	בהצעות חוקה
	קנדה, ר' משפט קנדי	,591–589, 585–582	ביקורת שיפוטית
	"קשר ענייני הדוק", ר' היקף הזכות	606–605, 595	
			בריאות, ר' בריאות
		601, 598, 580	גרעין ושוליים
	ר	,578–576, 573, 567	הבטחת הכנסה
777, 738	רגשות	592, 581	
		566, 547	היסטוריה
61	רנסנס	,605, 578–577, 145	היקף הזכות
		611–607	
259	רציונליות	564, 560, 353, 243, 147	זכות-בת
		604	ייחודה
	ש	547	כללי
	שביתה, ר' עבודה	598	לא מינימום חיים
		600	לא רק השפלה
	שוויון	604	מאפייניה
99	כפני החוק		מגורים, ר' מגורים
685	בחקיקה ובהלכה	598	מהות הזכות
693	העדפה מתקנת	600, 579, 573, 567, 564	מודל הביניים
118–117	בבחירות		מזון, ר' מזון

623, 615	זכות הלכתית וחקיקתית	816, 811, 806, 804–799	בחינוך
620	חשיבותה	696	גרעין ושוליים
628	כבוד האדם והדרת כבוד	699, 696–695	היקף הזכות
	כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית	703	הפליה בכוונה
615	כללי	703, 694	הפליה בתוצאה
626, 624	מודל הביניים	703	הפליה גנרית
626–624	משפט משווה	699, 697	הפליה מנהלית
	שמירת דינים	87	הפליה נגד אנשים עם מוגבלויות
391	אנומליה	698	העקרונות ביסוד הזכות
391	כללי	688, 314, 157, 149, 146	זכות-בת
396	חוק מתקן	697–695	
397	חקיקת משנה	686	זכות הלכתית
391	מהות		זכות חיובית וזכות שלילית, ר' זכות חיובית וזכות שלילית
398	פסק דין הצהרתי	699	זכות יחסית
393	פרשנות דין ישן	698, 696–695, 691	זכות עצמאית
541, 539	שפה	685	כללי
			כנגד המדינה, ר' תחולה אנכית ואופקית
			מודל הביניים 689, 696–697, 702–703
	ת	425	משפט אמריקני
	תאגיד	78	משפט בינלאומי
,387–385, 225, 42, 31		694, 692	נוסחה אריסטוטלית
878, 498		686	עקרון יסוד
	תחולה אנכית ואופקית	438	קנדה
545	אישיות	692	שונות
498	דרום-אפריקה		תחולה אנכית ואופקית, ר' תחולה אנכית ואופקית
878	הליך הוגן		
723	חופש ביטוי		
775	חופש דת	376–374	שינוי והגבלה
768	חופש מצפון		
777	חופש מדת	368, 277, 181	שלטון
791	חופש תנועה		
816	חינוך	626	שם טוב
678, 663, 637	חיי משפחה	622	בגדרי החברה
389–387, 296	כללי	623, 615	גרעין ושוליים
,853, 845, 840–839, 819	עבודה	622–621, 144	היסטוריה
862–861		626	היקף הזכות
		616, 242	העקרונות ביסוד הזכות
			זכות-בת

1037	מפתח עניינים		
	תחולה עקיפה וישירה, ר' תחולה אנכית	604	קיום אנושי בכבוד
	ואופקית	695	שוויון
		622–621	שם טוב
457	תחום מכוסה		
	תיקון חוקתי שאינו חוקתי	389	תחולה בזמן
,374–373			
477–474			תחולה במקום, ר' טריטוריאליות

מפתח שמות

,60 ,59 ,57 ,56 ,55 ,53	אנגלרד		א
628 ,63 ,62 ,61		442 ,437	אבלה
459 ,452–451 ,217 ,216 ,47 ,36	אנדרס	,338 ,235 ,48 ,47 ,46 ,36	אברלה
,60–59 ,54 ,42	אקווינס	466 ,452 ,412 ,411 ,340	
758 ,114	אקציין	,707 ,692 ,327 ,191 ,10	אגרנט
,221 ,217 ,56 ,54 ,46 ,36 ,32	אקרמן	735 ,717 ,715 ,714	
,245 ,237–236 ,235–234 ,225 ,224		,854 ,851 ,847 ,834 ,833 ,826	אדלר
,292 ,278 ,259 ,257 ,255 ,247 ,246		861 ,860 ,859 ,858 ,857	
,452 ,448 ,341 ,332 ,330 ,329 ,300		811 ,348 ,347	אדרעי
,482 ,479 ,473 ,470 ,469 ,468 ,464		615 ,269 ,265	אולשן
,498 ,495 ,494 ,493 ,492 ,485–484		,846 ,845 ,824 ,823	אופק-גנדלר
502 ,501		855 ,853 ,852	
441 ,354	ארבור		
,306 ,304 ,255 ,251 ,249 ,168	ארבל	425	אוקונור
,361 ,360 ,357 ,344 ,336 ,334 ,318		,265 ,263 ,247 ,180 ,155 ,108	אור
,604 ,598 ,596–595 ,584 ,575 ,381		,617 ,571 ,570–569 ,567 ,564	
,671 ,670 ,668 ,659 ,658 ,651 ,626		,793 ,788 ,786 ,775 ,768 ,759 ,692	
,760 ,712 ,711 ,698 ,686 ,680		,810 ,805 ,803 ,797 ,795–794	
777 ,772		834 ,830–829 ,826 ,812	
,838 ,837 ,581 ,576	ארד	,485 ,483 ,469 ,236 ,221	אורגן
853 ,850 ,844		,495 ,493 ,491–490 ,488–487	
696 ,692 ,178	אריסטו	545 ,502 ,498 ,496	
	ב	867 ,551 ,138–137	איתן
561 ,332 ,285	בגוואטי	,124 ,120 ,112 ,108 ,58 ,57	אלון
,292 ,220 ,197 ,196 ,48 ,47 ,45	בותה	,325–324 ,307 ,275–272 ,267 ,125	
,464 ,461 ,458 ,453 ,452 ,299–298		769 ,758 ,633 ,383 ,381 ,334	
,473 ,472 ,471–470 ,468 ,467		116 ,115	אלוני
691 ,496 ,495 ,492 ,477 ,488		819 ,134	אליאסוף
		329 ,187 ,185	אמר

203, 191, 184, 177, 173, 44	ברנן	331, 260–259, 258, 47	ביילבלד
738, 535, 430, 424–422, 411, 221		617, 446, 442, 438, 437	ביני
, 825, 573, 571, 570	ברק, אלישבע	, 157, 151, 145, 108, 42	ביניש
, 844, 834, 833, 832, 828, 826		, 248, 247, 246, 243, 169, 162–161	
861, 860, 859, 856, 853, 847		, 312–311, 306, 285, 254, 250	
, 661, 565, 388, 318, 154	ברק-ארוז	, 336, 328, 323, 322, 315–314	
877, 876, 868, 863, 702, 697		, 361, 360, 357, 352, 348, 347, 343	
	ג	, 541, 386, 381, 379, 376, 363, 362	
		, 598, 594–589, 580, 578–577, 571	
, 127, 126, 125, 124, 122	גביוון	, 609, 608, 604, 603, 602, 601, 600	
, 356, 349, 273–272, 271, 215		, 660, 653, 647, 645, 643, 613, 612	
770, 602, 359		, 698, 696, 695, 677, 671, 667–666	
, 247, 163–162, 157, 151	גיבראן	, 748, 732, 728, 725, 724, 721, 718	
, 598–597, 588–587, 585, 343, 254		, 787, 772, 770, 760, 758, 752, 750	
, 657, 656, 651, 648, 647, 602, 599		, 810, 805, 803, 797, 793, 789, 788	
873, 728, 672, 671, 670, 659		874, 873, 871, 870, 863, 829, 813	
429, 420, 416, 413	גודמן	744, 687	בך
454, 430, 245, 220, 215, 47, 44	גווירט	420	בלאק
550	גוד'נסקי	, 292, 267, 136, 133, 123, 119	בנדור
, 675, 642, 617, 141	גולדברג, אליעזר	124, 698, 691, 620, 615, 453, 373	
876, 851		, 820, 819, 811, 795	בן-ישראל
, 828, 826, 820, 566	גולדברג, מנחם	, 854, 852, 842, 834, 831, 826	
860, 853, 852, 851		861, 860, 859, 856	
492	גולדסטון	792, 727	בן-פורת
438	גונתיה	138	בן-ששון
62	גיפרסון	448, 447, 438, 437, 435–434	בסטרש
419, 416, 178, 34	גיקסון	331, 260–259, 258, 47	בראונסורד
, 157, 153–152, 147, 108	גרונים	, 581–580, 250, 248, 108	ברלינר
, 361, 343, 325, 301, 167, 164–163		836, 798	
830, 728, 660, 649, 578–577, 362		714, 415	ברנדיס
		, 755, 265, 132, 111, 109	ברנוון
		857, 850, 775, 774, 768	

	ה		ד
		785,424,420,413	דאגלס
739,360,177	הארט, ה. ל. א.		
181	הארט, הנרי	,198,189,68-65,47,46	דבורקין
		,230-229,227,220,216	
,342,301,192,176,132,48	הוג	430,309,286	
439,435,433,377,354		,827,826,824,819,358	דוידוב
858,734,733,726	הוהפלד	,850,847,843-842,841,834	
		861,856,853	
415,206,188,187	הולמס	853	דוידוב-מוטולה
173	היגינס	,235,233,232,205,96	דופרה
492,482,480,477,467	הייסום	,392,350,305,257,250,237	
		464,453-452	
867,824,782,550,114	הלוי		דוריג
411,62	המילטון	544,460,458-458,454,292	
		,148,145,142,135,108	דורנר
,672,660,658,657,309,168	הנדל	,569,545,360,308,156,155-153	
874,869,711,695,682		,733,709,701,694,604,572,571	
		,793,775,752,749,745,744,736	
421,415,413,410,174	הרלן	,814,811,803,797-976,795	
		873,870,868	
	ו		
,216,70-68,59,46,36	וולדרון	204,201	דיין
739,430,384,230,227,219		,205,193,176,174	דיקסון
		752,449,447,437	
,224,218,217,215,195,51	וולמן	,331,330,235,211,92,36	דלי
,467,464,346,341,330,299-298		,424,420,416,414,411,410	
,484,483,482,481,472,468		453,431,430,429	
,497,496,494,492,488,486			
625,544,502		,251,247,246,168,108	דנציגר
		,581,354-353,334,307,305,252	
,412,338,230,69,42	ויטמן	,806,802,716,715,712,655,622	
545,456,430		874,811,809	
205,174	וילברפורס	,257,211,61,54,48,46	דרייר
,438,437,199	וילסון, ברת'ה	,456,454,451,349,332,292,291	
446,445-444		,537,464,463,462,459-458	
		625,546	
415	וילסון, גיימס	446	דשמפ

		מפתחות	1042
643,641,627,622,621–620,619		473,470–469,215,51	וינטר
,693,687,675,672,664,647,644–		878,857,851,538	ויתקון
,718,709,708,703,702,698,695			ז
,773,771,746,744,735,733,732			
,830,829,827,790,789,788,775		774,393,269,129,111	זוסמן
846,843,834			
633,269,133	חשין, ש"ז	781,773,771,767,630,629	זילברג
	ט	791,789,782,748,743	זילברשץ
	טירקל	265,191,109	זמורה
868,787,742,343	טל	,277,265,140,139,119	זמיר
,746,641,149,142,108		,548,396,381,348,314,301	
828,796,795		,695,694,693,691,686,640,602	
	יעקוב	,746,709,705,704,702,700,699	
498,495,357,222	יעקובוצי	877,876,828,820,771,760,755	
,441,438,436,193		,493,485,480,236	זקס, אלבי
447,446,443–442		770,705,544,502,495	
	כ	181	זקס, אלברט א. מ.
	כהן, חיים	,451,370,349,292	זקס, מיכאל
,686,616,212,113,111		462,459,453	
765,757,707,689,688			
824,549,114	כהן, יהודה פנחס		ח
	ל	,386,167,162,157,151	חיות
	לה פורה	,660,648,598,596,587,387	
440,193	להבל	728,702,698,692	
447,440,439	לוי	,141,127,125,124,43	חשין, מישאל
,249,166,157,151,146,145		,161–159,157,152–151,147,145	
,268,256,255–254,252,251		,213,194,181,180,178,165,163	
,277,276,273,272,271,270		,246–245,243,242,226,216,215	
,578–577,571,570,343,316		,264,262,256,254,253,250,249	
,787,698,688,659,649,610–606		,310,307,306,305,304,300,269	
,869,865,864,835,805,799,797		,542,383,381–380,363,362,352	
878,875,874,871		,618,601,579,577,576,575,571	

מפתח שמות			
1043			
,800–799,788,761,657,168	מלצר	858,834,831,827,265,263	לוי, דב
875,869,811,808,807–806		858,820,394	לוי, שלמה
61	מנטי	63	לוק
,269,248,155,147,142	מצא	132,128,124	לין
,640,571,541,380,367,312,303		,342,200,186,176	למר
745,718,709,695		439,436,435	
,439,438,437,207,177	מקלוקלין	487,481,386,299	לנגה
447,446,445,442,440		,127,124,119,117,110	לנדוי
545,231,230	מרגלית	,686,865,615,133,132	
867,782,550,267,120,116	מרידור	767,738,715,707	
429	מרפי, וולטר	,436,236–235,202	ל'רה-דובה
419–417	מרפי, פרנק	492,446,442,437	
175	מרשל		מ
	נ		
		552–551,550,547	מאור
,250,167,164,157,151	נאור	62	מדיסון
,659,649,598,594,584,328,255		,220,54,50,48,44,36	מהלמן
,728,720,718,710,699,693,672		,331,291,258,236,235–234	
871,826,748		,459,456,455,454,453,452–451	
497	נגנט	464,463,462,461	
499,493,480	נגקובר	461,452,232	מולרס
766,601,231	נוסבאום	,358,355,348,257,249	מונדלק
698	נתניהו	860,842,826,795,551,550,548	
	ס	490–489	מוקגורו
425	סאוטר	498,475	מחומד
445,441,436,73	סופינקה	445	מייג'ור
421–420	סטוארט	822,560,354	מייקלמן
,545,258,230,227,46	סטטמן	766–765	מיל
,764,755,739,688,673		708,452	מלץ
779,776,768,766			

מפתחות		1044	
,157,151,145,108,42	פרוקצ'יה	824	סינז'יימר
,250,249,248,247,230,213,163		205	סנקי
,305,303,276,271,269,266,251		,673,128,124,121,116,110	ספיר
,328,324,321,320,318,317,314		779,776,768,766,764,755,739	
,379,363,361,359-358,352,343		344,204,203,193	סקליה
-577,575-574,571,403,382-381			ע
,601,600,599,587-582,580,578			עדיאל
,643,627,609,608,604,603,602		649,164,157	
-665,657-654,652,650,648,645		,619,536,360,308,243	עמית
,679,678-677,675,671,668,666		719,711,704,662,621	
,695,694,692,688,687,686,680			פ
,716,714,710,704,702,701,696			פוגלמן
,742,740,730-728,721,719-718		,251,248,244,241,194	
,768,764,763,762-761,760,758		,362-361,328,323,318,313,306	
,802-800,798,794,793,776,775		,784,777,719,716,715,595-594	
,811,810,809,808,806,805,803		875,792,788	
,854,852,836,817,816,814-813			פוזנר
858,856		350,309	
357	פרנס		פוסטר
62	פרנקלין	331,258,237	
,415,208,188,180	פרנקפורטר	63	פופנדורף
420,419,417-416		61	פטררקה
	צ		פיירו
847,842,838	צור	,451,386,376,349,291,54	
		460,459,456,455,454,453	
,479,469,467,342	צ'סקלסון	415	פילד
493,491,486-485,480		62-61	פיצינו
	ק	62-61	פיקו
617,142	קדמי	,89,49,48,45,42	פלדמן
,291,218,202,201,193	קומרס	544,543,220	
456,452,349		853,585	פליטמן
446,441,438,437,436	קורי	174	פרוינד

		מפתח שמות	
1045			
,115,110,109	רובינשטיין, אמנון	56-55	קיקרו
,277,273,267,266,264,263,116		199	קירבי
,726,712,691,550,401,373,333		192	קלברזי
,775,771,770,755,742,741,728		217,182	קלזן
867,851			
207	רוברטס	373,120	קליין
698,225,31	רולס	,550-549,114	קלינגהופר
,165,157,147,145,144	ריבלין	866,824,782	
,262,249,247,241,233,220,213		,333,263,240,220,89,41,36	קמיר
,343,334,310,307,306,305,304		848,694,692,691,627	
,578-577,573,571,364,361,344		428-424,411	קנדי
,654-653,649,628,627,626,603		,227,67,65-63,54,42	קנט
,709,677,676,667,660,658,657		493,292,259,229-228	
,727,718,716,715,714,713,711		501	קנטרידג'
,869,834,830,775,763,761,731		555,554	קרייבן
879,873,871,870			
867,115	רייכמן	,197,63,61,50,46,36	קרמניצר
214,58,57,56	רקובר	,451,292,291,255,234,226,219	
		626,624,622,463,456,455	
	ש		
47	שופנהאור	,197,63,61,50,46,36	קרמר
869,547,303,264,109	שחר	,463,456,455,451,292,291,234	
,299,253,143-142	שטרסברג-כהן	778,739,738	
675,644,640,617		,271,212,120,116,79	קרפ
,451,386,376,349,291,54	שלינק	870,783,688,679	
460,459,456,455,454,453			ר
,136,129,128,127,113,75	שמגר	431,430,429,412,411	ראו
,540,396,317,253,246,245,139		815,812,794,358,357,263	רבין
,707,686,683,642,640,639,566		,233,168,108	רובינשטיין, אליקים
,738,735,734,733,716,715,713		,361,325,322,273,270,250,243	
,851,816,777,773,771,758,757		,602,600,599,597-596,588,582	
867		,869,808,711,676,661,659,657	
784,781	שרשבסקי	874	

