

כבוד האדם – הצדקה, לא זכות

מאת: דורון שולצינר*

א. מבוא

ולהיקפה של זכות זו, אולם עצם קיום הזכות אינו מוטל בספק². על כן הפרדת הדיון בין המצוי בפועל במסמכים משפטיים שונים, לבין הרצוי מבחינה עקרונית, תאפשר, ואף תצריך, מבט מחודש ומפוכח יותר באשר לשימושים המשפטיים הנעשים בביטוי "כבוד האדם" במדינת ישראל. בשלב השני, אציג את השתלשלות האירועים שהובילו לניסוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כך שתשמע מתוכנו הזכות לכבוד האדם. ניסוח זה, כפי שיוברר, הנו פרי תהליך חקיקתי חפוז, שלא לומר רשלני. לאור שני החלקים הקודמים אאיר כמה סוגיות והשלכות בדרך פירושה של הזכות לכבוד האדם בבית המשפט העליון החל משנות התשעים.

ב. כבוד האדם במסמכים בין-לאומיים לאחר מלחמת העולם השנייה

האומנם הזכות לכבוד האדם הנה דבר מקובל ומוסכם במדינות אחרות ובאמנות בין-לאומיות? לאמיתו של דבר, הרוב המכריע של השימושים הלשוניים בביטוי כבוד האדם (על פי המקבילה האנגלית Human Dignity), המוכרים לנו ממסמכים משפטיים לאומיים ובין-לאומיים ומהספרות האקדמית המערבית, אינם מאזכרים "זכות לכבוד האדם"; ואף כי השימוש בביטוי כבוד האדם הפך לשכיח ביותר מאז תום מלחמת העולם השנייה, במרבית המקרים משמעותו הנה בבחינת הצדקה לזכויות ולא זכות נפרדת.

מופיעה הראשונים של המילה Dignity, בהקשר של זכויות, מצויים במספר מצומצם של חוקות, במהלך העשורים הראשונים של המאה ה-20, אך האצת השימוש בביטוי כבוד האדם קשורה באירועים הקשים שפקדו את המין האנושי במהלך מלחמת העולם השנייה³. זוועות המלחמה והזולז

במדינת ישראל מושרשת ההנחה כי "כבוד האדם" הנו זכות אדם, זכות שממנה עשויות אף להיגזר זכויות אדם נוספות. לכאורה, הנחה זו זוכה לביסוס לאור ניסיון העמים השונים המתייחסים אף הם לכבוד האדם כאל זכות אדם. אולם במאמר זה בכוונתי לערער על הנחה זו ולטעון כי היא מהווה תקדים משפטי חריג ביותר בנוף המסמכים הלאומיים והבין-לאומיים. יתר על כן, אמחיש כי קבלת הנחה זו יוצרת תסבוכת נורמטיבית בין הצדקת הזכויות לבין הזכויות עצמן, ומכאן אדון בהיגיון שבקביעת כבוד האדם כזכות אדם נפרדת. לאחר הניתוח העקרוני (פרקים ב' ו'ז) אדון במקרה הישראלי (פרק ז') ובסיבה לניסוח החריג של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאחר מכן (פרק ח') אמחיש את הבעייתיות שנוצרה בקבלת הזכות לכבוד האדם בשלושה היבטים: חוקת-משטרי, משפטי ופוליטי.

**זכויות האדם – פוליטיות, אזרחיות, כלכליות, חברתיות
ותרבותיות – נגזרות מכבוד האדם. לא זו בלבד שכבוד
האדם הנו נפרד מזכויות האדם, אלא הוא אף מהווה
את העילה לקיומן...**

בשלב הראשון אתמקד בזיהוי ובמיפוי השימוש הלשוני בביטוי כבוד האדם בחוקות ובמסמכים בין-לאומיים. אבקש לציין, כי במסגרת מאמר זה אמעט לעמוד על המובנים השונים הכרוכים בכבוד האדם מבחינה פילוסופית¹, ולא אנסה להעניק צידוק לרעיון הזכות לכבוד האדם. אתמקד בשימושים המשפטיים הדבוקים בו בפועל במסמכים מכוונים של זכויות אדם ובשניים ממאפייניו שניתן להסיק משימושים אלו. למעשה, במדינת ישראל מעולם לא ניתן צידוק לקיומה של הזכות לכבוד האדם, וקיומה הונח א-פריורית על ידי משפטנים. הדעות אמנם חלוקות באשר לתוכנה

* סטודנט לתואר דוקטור באוניברסיטת אוקספורד, המחלקה למדע המדינה. תודותיי נתונות למורי בעבר וידידי בהווה במחלקה למדע המדינה, דן אבנון וגיפרי מייסי. תודותיי גם לעידו בן-יצחק ומנחם הופנונג על עצותיהם המועילות בהכנת מאמר זה, ותודה מיוחדת לאיתי רבינוביץ שקרא והעיר הערות חשובות על שתי טיוטות של המאמר בשלבי האחרונים. חברי מערכת "המשפט" תרמו הערות חשובות שסייעו להבהיר נקודות מפתח במאמר. מחובתי הנעימה אף להודות למחלקה למדע המדינה באוניברסיטה העברית ולמרכז גילה לחינוך אזרחי ודמוקרטיה באוניברסיטה העברית על עזרתם ותמיכתם במימון מחקר זה והצגתו בכנס הפתיחה של האגודה האמריקנית לתאוריה פוליטית (2003).

1 מיפוי השימושים הפילוסופיים השונים מצוי במאמרי: D. Shultziner "Human Dignity – Functions and Meanings" 3(3) *Global Jurist Topics* (2003) 1.
2 הגישות המגוונות הקיימות בספרות המשפטית שתכליתן בירור תכנון של הביטוי כבוד האדם ושימושו הנורמטיביים, אינן מתייחסות להבדל בין היות כבוד האדם הצדקה לזכויות וחובות מסוימים, ובין הגדרתו כזכות אדם נפרדת. ראו א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ד), כרך ג: פרשנות חוקתית; י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **משפטים** כה (תשנ"ה) 123; ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ז) 257; מי אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז (תשנ"ג) 659; ד' סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד (תשס"א) 541.
3 סקירה רחבה יותר מוז המוצגת במאמר זה באשר לאוכורי "כבוד האדם" בכלים משפטיים מצויה במאמרי 1 *Shultziner, supra note 1*. לסקירה רחבה בעברית ראו ד' שולצינר "כבוד האדם בישראל – שימושים ומשמעויות" (חיבר לקבלת תואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2003).

חברתיות ותרבותיות, והאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות שימש הצירוף "ערך וכבוד האדם" במסמכים בין-לאומיים כביטוי אחד לציון המאפיינים האנושיים המבדילים את האדם משאר היצורים החיים. ברם, כפילות זו מסתיימת בשנת 1966 כאשר "ערך האדם" מפנה את מקומו לטובת "כבוד האדם". מכאן ואילך מרבית המסמכים העוסקים בזכויות אדם מציינים את כבוד האדם בלבד כבסיס שממנו נובעות זכויות האדם.

יתרה מזאת, השימוש הלשוני בכבוד האדם במסמכי האו"ם הקרין על אופן השימוש בו במסמכים בין-לאומיים נוספים העוסקים בזכויות אדם: כך למשל בהכרזת מדינות אמריקה הלטינית לזכויות וחובות האדם (1948), וכך גם בהחלטת ועידת הלסינקי משנת 1975 הקובעת כי כל סוגי הזכויות – אזרחיות, פוליטיות, כלכליות, חברתיות ותרבותיות – נגזרות מהכבוד הפנימי של האדם. ברי כי כבוד האדם אינו משמש זכות במסמכים בין-לאומיים אלו, בדומה למסמכים שהוזכרו קודם לכן, אלא כמקור והצדקה לזכויות השונות המפורטות בהם.⁹

ג. כבוד האדם בחוקות לאחר מלחמת העולם השנייה

השימוש בכבוד האדם לא חל במישור הבין-לאומי בלבד; יישומים נוספים ודומים לאלו של המסמכים הבין-לאומיים בביטוי "כבוד האדם" מצויים בחוקותיהן של מדינות רבות בעולם. למעשה, מאז סיום מלחמת העולם השנייה הפך כבוד האדם לביטוי שכיח ביותר במסמכים לאומיים. צר המקום למנות את שלל הדוגמאות שבהן כבוד האדם נזכר לצד ערכי-על נוספים כגון "חירות האדם", "ערך האדם", "אחדות ושלמות האומה", "חברה צודקת" ו"יסולדריות", אך חשוב להדגיש כי גם במסמכים חוקתיים אלו כבוד האדם אינו נזכר כזכות אדם, אלא בראש ובראשונה כערך-על הנפרד מזכויות ומשמש כסיבה לקיומן – הבדל מהותי שעליו עוד אעמוד בהמשך.

במסמכיהן החוקתיים של שלוש מדינות בלבד נעשה שימוש לשוני חריג בביטוי כבוד האדם. השימוש החריג הראשון מצוי בחוקתה של הונגריה משנת 1949¹⁰. סעיף 154 (1) לחוקה קובע כי "ברפובליקה של הונגריה לכל אדם ישנה הזכות האינהרנטית לחיים ולכבוד האדם. זכויות אלו לא ישללו בצורה שרירותית מאף אדם" (תרגום שלי – ד. ש.). הזכות לחיים ולכבוד האדם נקבעה על ידי בית המשפט החוקתי בהונגריה כמקור לכל זכויות האדם הנוספות המנויות בחוקה, ושני שופטים בבית המשפט העליון של הונגריה אף הביעו את העמדה כי חיים וכבוד האדם הנם למעשה **ערכים** שמקורם מעל לחוק ואינם זכויות אדם¹¹.

השימוש החריג השני הנו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק במדינת ישראל בשנת 1992 ומשתמע ממנו על פי סעיף 4 (לנוסח המתוקן משנת 1994) כי קיימת הזכות להגנה על כבוד האדם¹². כלומר בשעה שהמחוקק במדינת ישראל קבע את הזכות להגנה על כבוד האדם במסמך חוקתי (1992) היה הדבר חידוש של ממש – בהתחשב בכך שרק מדינה אחת פעלה באופן דומה כארבעים ושלוש שנים קודם לכן – ועמד בניגוד לאופן השימוש הרווח בביטוי זה כפי שנהוג ביתר המסמכים הלאומיים והבין-לאומיים.

השימוש החריג השלישי מצוי בחוקתה החדשה של דרום אפריקה משנת 1993¹³, היינו שנה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הבוטה בערכו היסודי של האדם חוללו תגובת נגד חברתית ואידאולוגית⁴, שביטויה המובהק מצוי בשני מסמכים מכוננים של ארגון האו"ם: במגילת האו"ם (1945) ובהצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948). מסמכים אלו מבשרים על חשיבותם העולה של הביטויים "כבוד האדם" ו"זכויות האדם", אשר עתידים להפוך למטבעות לשון שכיחות בשיח המשפטי הלאומי והבין-לאומי. הגברת השימוש בביטוי כבוד האדם ומתן תוקף מוסרי ומחייב לזכויות האדם על ידי האו"ם, לא נותרו כאות מתה בחוק, אלא אומצו על ידי המערכות המשפטיות של מדינות רבות בעולם ושולבו במסמכיהן החוקתיים הן מבחינת השימוש בביטויים אלה והן מבחינת תוקף זכויות האדם.

במבוא למגילת האו"ם (1945) ובפתיח להצהרה האוניברסלית לזכויות האדם (1948) מנוסחת לראשונה הזיקה בין כבוד האדם לזכויות האדם. אמנם טיב זיקה זו טרם זכה לצורתו ההיררכית והמפורשת, כפי שהיא עתידה להתגבש מבחינה רעיונית ומשפטית במסמכים בין-לאומיים (ולאומיים) מאוחרים יותר; אולם ברור כי ההכרה בכבוד האדם המצויה בפתיחים למסמכים מכוננים אלו, אינה מאזכרת זכות אדם, אלא בראש ובראשונה כערך-על שהנו נפרד מזכויות האדם ומקרין עליהן מכוחו. הפתיח הזהה לשתי אמנות מרכזיות לזכויות אדם מטעם האו"ם – האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות⁵ והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות⁶ (שתיהן משנת 1966) – מחדד עבורנו את הקשר ההיררכי בין כבוד האדם לזכויות אדם: *"Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person"*

למעט בהונגריה, בישראל ובדרום אפריקה, לא ניתן למצוא תימוך משמעותי לרעיון כי כבוד האדם הינו זכות

לאמור, הזיקה בין כבוד האדם לזכויות האדם מנוסחת באופן הבא: זכויות האדם – פוליטיות, אזרחיות, כלכליות, חברתיות ותרבותיות – **נגזרות** מכבוד האדם. לא זו בלבד שכבוד האדם הנו נפרד מזכויות האדם, אלא הוא אף מהווה את העילה לקיומן, שכן הוא מצוין את המאפיינים הטבעיים באנושיות המקנים לבני אדם את זכויותיהם. המסמכים השונים אינם מפרטים ומבארים את טיבה של אנושיות זו ומאפייניה: זו אמת שאינה מוטלת בספק⁷. לאדם, כך נטען במסמכי האו"ם, יש ערך וכבוד בסיסיים אשר הנם התשתית לעקרונות החירות, הצדק והשלום בעולם, כמו גם לזכויותיו השוות שאין להפקיען. על כך העירו כמה חוקרים באמרם שכבוד האדם משמש במסמכים הבין-לאומיים כמעין קביעה אוטולוגית על אודות טבע האדם הנעדרת ביסוס רציונלי אמיתי⁸. חשוב לציון כי במסמכי או"ם שונים "כבוד האדם" ו"ערך האדם" משמשים כביטויים נרדפים. עד מועד קבלת האמנה לזכויות כלכליות,

ז. מקור הזכויות

ההבחנה בין הצדקה לזכות נוגעת בדיון פילוסופי על אודות סיבת קיומן של זכויות האדם. השאלות המרכזיות בהקשר זה הן: "מדוע יש לבני אדם זכויות?" ו"האם ישנן זכויות טבעיות שאין להפקיען?". ישנן גישות ותשובות מגוונות לסוגיה זו, הנובעות מתפיסות עולם שונות על אודות טבע האדם, מקומו הראוי בעולם וטיב יחסיו החברתיים הראויים.

סקירה מקיפה של רעיון הזכויות הטבעיות חורגת מהיקפו וממטרתו של מאמר זה. לתכליתו של מאמר זה אציג להלן רק כמה גישות עקרוניות לרעיון ההצדקה של זכויות למן המאה ה-17 (עצומה של תקופת הרנסנס ותחילת עידן הזכויות הטבעיות [הליברליות]) ואילך, אשר ימחישו את מקומו ותפקידו של כבוד האדם בהיסטוריה של הזכויות הטבעיות וזכויות האדם, והצדקתן.

תפיסתו של ג'ון לוק (המאה ה-17), מתוך ספרו "המסכת השנייה על המשטר המדיני", משייכת לאדם זכויות טבעיות על יסוד "מצב טבעי" שהנו מצב של חירות ושוויון¹⁶, אך היא אינה מזכירה את כבוד האדם. עקרון הזכויות הטבעיות של לוק שימש כמצע רעיוני לניסוח הצהרת העצמאות של 13 המדינות המאוחדות של אמריקה (1776), אולם ההצדקה לזכויות אלו בהצהרה האמריקנית היא דתית, שכן נטען כי הן הוענקו לבני האדם בבריאתם על ידי האל. יתרה מזאת, כבוד האדם אינו

בסעיף 1 לחוקה מפורטים הערכים שעליהם מבוססת הרפובליקה וביניהם תופס כבוד האדם את המקום הראשון. יתרה מזאת, סעיף 17 לחוקת דרום אפריקה קובע יחס דומה לזה המצוי במסמכים הבין-לאומיים שבו זכויות האדם יונקות את חיותן מערך כבוד האדם. ברם, סעיף 10 לחוקת דרום אפריקה קובע כי קיימת זכות להגנה ולכיבוד של כבוד האדם. קביעה זו מתחזקת לנוכח סעיף 37(5) לחוקה הקובע כי כבוד האדם הנו זכות שאינה ניתנת להגבלה לעולם, אף לא בעתות חירום.

נשיא בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה, ארתור צ'סקלסון (Chaskalson) מדגיש כי את המרכזיות של כבוד האדם בחוקתה החדשה של דרום אפריקה יש להבין על רקע ההיסטוריה המיוחדת של מדינה זו, אשר כבוד האדם בה נרמס על ידי שלטון האפרטהייד¹⁴. צ'סקלסון מכיר בכך שקביעת כבוד האדם כזכות אדם בדרום אפריקה הנה בבחינת גישה משפטית חריגה במסמכים בין-לאומיים ולאומיים כאחד. דבריו בסוגיה זו הנם מאירי עיניים:

"The reluctance to give dignity the status of a discrete right in human rights instruments may be due to the breadth of its meanings and the difficulty of defining its limits [...] where this has been done, the entrenchment or implication of a residual right of dignity might be thought to have an open-ended quality which would be unmanageable"¹⁵.

ישנם שני הבדלים בולטים בין ישראל לדרום אפריקה: ראשית, לדרום אפריקה ישנה חוקה שלמה ולישראל חוקי-יסוד בלבד שטרם הושלמה חקיקתם וטרם אוגדו לכלל חוקה. שנית, חוקתה של דרום אפריקה כוללת מגילה נרחבת של זכויות אדם, ובישראל טרם נחקקו ושווינו זכויות רבות מטעמים הייחודיים למדינת ישראל. בנוסף לכך, שימוש זה בכבוד האדם כהצדקה לזכויות, כערך-על לשיטה וכזכות אדם כאחד, אינו חף מדילמות ומבעיות משפטיות, שעליהן אעמוד בהמשך.

כאמור, שלוש הדוגמאות האחרונות הן בבחינת חריגים שאינם מלמדים על הכלל. השימוש הלשוני השכיח בביטוי כבוד האדם, אשר מאפיין את כלל השימושים הלשוניים בביטוי במסגרת מסמכים לאומיים ובין-לאומיים, הנו זה המבליט את הזיקה ההייררכית בין זכויות האדם לכבוד האדם: כבוד האדם נתפס כסיבה מכוננת לקיומן של זכויות האדם המפורטות תחתיו בכל מסמך ומסמך.

מאופני השימוש בביטוי כבוד האדם הן במסמכים לאומיים והן במסמכים בין-לאומיים ניתן להסיק שתי מסקנות עיקריות. ראשית, למעט בהונגריה, בישראל ובדרום אפריקה, לא ניתן למצוא תימוך משמעותי לרעיון כי כבוד האדם הנו **זכות**. שנית, בולטת הזיקה ההדוקה בין זכויות אדם לכבוד האדם. הקשר ביניהם מתברר כיחס הייררכי שבו כבוד האדם הוא המקור והצידוק לקיומן של זכויות אדם שוות שאין להפקיען: **מאחר** שלבני האדם ישנו כבוד אנושי בסיסי נתונות להם זכויות פוליטיות, אזרחיות, כלכליות, חברתיות ותרבותיות (זכויות שעשויות לעתים להתנגש זו בזו). אם כך, קביעת הזכות לכבוד האדם בישראל היא אכן חידוש מבחינת דרך ניסוח חוקות ומגילות זכויות אדם. אין מדובר בשוני סמנטי בלבד אלא בשוני מהותי כפי שיובהר בהמשך.

4 יי אריאלי "תורת זכויות האדם, מוצאה ומיקומה בעיצובה של החברה המודרנית" **משפט והיסטוריה** (תשנ"ט), ד' גוטוויין ומי מאוטר עורכים) 26–29; D. Ullrich "Concurring Visions: Human Dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany" 3(1) *Global Jurist Frontiers* (2003) 1

5 אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, מסי' 1037, ע' 205 (להלן: "האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות").

6 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, מסי' 1040, ע' 269 (להלן: "האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות").

7 תרסה אינגליאס מכנה זאת "אמיתות יסוד" הנוגעות לקיום האנושי, אשר אינן ניתנות להוכחה מחד ומהוות בסיס לכל הוכחה מוסרית מאידך. T. Iglesias "Bedrock Truths and the Dignity of the Individual" 4 *Logos* (2001) 114

8 ראו: K. Dicke "The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights" *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (The Hague, D. Kretzmer & E. Klein eds. 2002) 111, D.N. Weissstüb "Honor, and the Concept of Human Dignity" *The Concept of Human Dignity and the Framing of Multiculturalist Values* *The Concept of Human Dignity, ibid*, at pp. 263, 265–266

9 הופט דימוס חיים כהן ז"ל טען טענה דומה: H.H Cohn "On the Meaning of Human Dignity" 13 *Israel Yearbook on Human Rights* (1983) 226, 231–232

10 Republic of Hungary Constitution, art. 54(1)

11 A. Chaskalson "Human Dignity as a Constitutional Value" *The Concept of Human Dignity, supra* note 8, at p. 136

12 ס' 4 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (ההדגשה שלי – ד.ש.).

13 The Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (להלן: "חוקת דרום אפריקה").

14 Chaskalson, *supra* note 11, at p. 139

15 *Ibid*, at pp. 135–136

16 ג' לוק **על הממשל המדיני** (מהדורה שנייה, יי אור תרגום, תשי"ט).

זכויות האדם על יסוד עקרונות אחרים. כך למשל ויליאם פרנט (Parent)¹⁹ טוען כי כבוד האדם נובע מסטטוס מוסרי משותף לכל בני האדם, המבטיח אותם מפני פגיעה שרירותית, ביזיון והשפלה מצד אחרים; אלן גוורט (Gewirth)²⁰ גורס כי כבוד האדם נובע מכך שהאדם מעריך את כוונות עצמו ומכיר בכך שלבני אדם רציונליים נוספים ישנן כוונות ורצונות המצריכים זכויות לשם הגשמתם; גילברט הרמן (Herman)²¹ טוען כי ההצדקה ההגיונית היחידה לזכויות טבעיות נהגה לרטיביוס מוסרי²²; ומקס סטקהאוס (Stackhouse)²³ תוקף הצדקות חילוניות לזכויות אדם ומסביר כי ההצדקה היחידה האפשרית לקיומן של זכויות האדם הנה תאולוגית, היינו האמונה כי הן הוענקו לו על ידי האל. הפילוסוף והמשפטן הנודע, רונלד דוורקין (Dworkin)²⁴, מצדיק את זכויות האדם על עקרון כבוד האדם ושוויונו, אף כי הוא מודה שרעיון זה הנו עמום. עם זאת, ישנם אלו הטוענים כי הצדקות פילוסופיות אלו אינן עומדות בפני ביקורת ומסיקים כי אין הצדקה טבעית, אוניברסלית או אובייקטיבית לקיומן של זכויות אדם²⁵. נראה כי אפשר לסכם דיון בלתי פתור זה בעמדתו של לואיס הנקין (Henkin)²⁶, הטוען כי ייתכן שלעת עתה הדרך היחידה להצדיק את קיומן המוסרי של זכויות האדם היא על ידי פנייה לאינטואיציה מוסרית באשר לערך כבוד האדם.

לסיכום, שאלת ההצדקה של זכויות האדם הנה עניין סבוך ושנוי במחלוקת. הדילמות הניצבות ברקע הדיון כרוכות בתפיסות עולם שונות, המכתבות יחסים חברתיים רצויים שונים. על כן ההצדקה לקיומן הטבעי (הקודם למדינה) והאוניברסלי נותרה במידה רבה בלתי מוסכמת, ובאשר לקביעה על כבוד האדם כסיבה לקיום הזכויות – אף בלתי מוסברת.

ה. הצדקה וזכות

לאור הדיון הסבוך על העיקרון הפילוסופי המכונן את זכויות האדם וחובותיו, ולנוכח הפונקציה הלשונית שממלא כבוד האדם במסמכים משפטיים לאומיים ובין-לאומיים, ניתן להבחין בשני אפיונים עיקריים של ביטוי זה בשמשו כהצדקה: ייצוגיות-סמלית והיעדר תוכן קבוע.

ראשית, יש לעמוד על הפן הייצוגי-סמלי. בהיותו מאוזכר בעקרונות היסוד של חוקות, אמנות והצהרות, שונה כבוד האדם מהותית מהתכנים המפורטים בסעיפי המסמכים הללו. קביעתו של כבוד האדם כהנחת יסוד מוקדמת לקיומן של אותן זכויות וחובות מאפשרת נקודת מוצא משותפת ומוסכמת לחקיקה. הביטוי לכשעצמו אינו קובע מהי הסיבה המכוננת מבין הסיבות האפשריות לעצם קיומן ועיוגון של הזכויות במסמך, אלא מניח בפשטות הנחת יסוד בדבר קיומה של הצדקה שכזאת ומותיר את הדיון הפילוסופי פתוח²⁷. בשיטה זו יש יתרון מרכזי בולט מכיוון שהויתור על הניסיון להגיע להסכמה **עקרונית** (או פילוסופית) בדבר מקור הזכויות והחובות – משימה שספק אם היא אפשרית בשל השוני העמוק והאמיתי בין ההנחות העומדות ביסוד תפיסות עולם שונות – סולל את הדרך להשגת הסכמה **מעשית** (או פוליטית) בדבר הזכויות והחובות שמן הראוי כי ייחקקו הלכה למעשה. זו הייתה אף השיטה שנקטו מנחם המצרה והאוניברסלית לזכויות האדם לאור המחלוקות הקשות שהתגלעו בין חברי הוועדה באשר לתוכן הסעיפים, הזכויות והמושגים שייכללו בה²⁸.



יהורם גאון מתוך הסרט "קובלן"

נזכר בהצהרת העצמאות האמריקנית ואף לא בחוקתה של ארצות-הברית. לעומת ההצדקה הדתית לזכויות בהצהרה האמריקנית, ההכרזה הצרפתית בדבר זכויותיו של האדם והאזרח כלל אינה מנמקת את מקור הזכויות הטבעיות, אלא בפשטות משייכת לו אותן א-פריורי ואינה כוללת כל אזכור של מושג כבוד האדם. ובעיצומה של המאה ה-18 ניסח עמנואל קאנט את ההצדקה החילונית לקיומן של זכויות, כאשר טענתו המרכזית היא כי ערכו (*Würde*) הייחודי של האדם (המקנה לו אף זכויות) נעוץ ביכולתו לחשוב בצורה רציונלית ולהטיל על עצמו חובות מוסריות בהתאם לצו הקטגורי הרציונלי¹⁷.

שאלת ההצדקה של זכויות האדם חופפת במידה רבה לשיח על אודות כבוד האדם¹⁸. שאלה זו העסיקה חוקרים רבים. חלקם ניסו להסביר את הביטוי "כבוד האדם" ולפרקו למרכיביו האנושיים, וחלקם ניסו לבסס את

בכך יכולים הצדדים השונים למעשה החקיקה לראות בביטוי כבוד האדם מושג המשקף את מערכת ערכיהם, ומכאן את תפיסת עולמם כמכוננת את תוכני המסמך המשותף. כך למשל בהצהרה האוניברסלית לזכויות האדם משנת 1948 משמש כבוד האדם כבסיס לעיגוןן של זכויות אזרחיות ופוליטיות לצד זכויות כלכליות וחברתיות, אף כי האחרונות הוכנסו לגוף האמנה רק בעקבות לחצו של השמאל הפוליטי הרואה את הזכויות הכלכליות והחברתיות כחלק חשוב ובלתי נפרד מכבוד האדם.²⁹ מחלוקת אידאולוגית זו מתבטאת בפיצול הזכויות השונות לשתי האמנות הנפרדות משנת 1966, האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, המתבססות שתיהן על ההכרה בכבוד האדם. דוגמה מקבילה לשימוש זה ניתן לראות בקביעה המצויה בהכרזת העצמאות של מדינת ישראל: "מתוך אמונה בצור ישראל". עמימותו של הביטוי, "צור ישראל", אפשרה ייצוג רב-ערכי ולגיטימציה של תפיסות עולם דתיות ושאינן דתיות כשותפות לכינונה של מדינת ישראל, חרף המקורות האידאולוגיים השונים. הדמיון הוא שהן "כבוד האדם" והן "צור ישראל" הנם ביטויים המייצגים בזמנית מערכות ערכים נבדלות. לשון אחר, השימוש בכבוד האדם כהצדקה מתאפשר מפני שהביטוי הלשוני הנו עמום דיו על מנת לייצג יותר ממשמעות ערכית אחת, ובתור שכזה לשמש כמעין סמל-ייצוגי-לשוני לצידוק התכנים הקונקרטיים המפורטים במסמך על בסיס שהנו משותף לכאורה.

שנית, העובדה כי תפיסות עולם נבדלות אחוזות בביטוי כבוד האדם, בשמשו כהצדקה, יוצרת מצב פרדוקסלי שבו השימוש **לכשעצמו** אינו מכיל משמעות קונקרטית-אובייקטיבית של ממש. מכיוון שכבוד האדם כהצדקה מהווה מעין מטרייה לתפיסות עולם שונות, ממילא הוא אינו יכול לייצג מערכת ערכית אחת או משמעות אחת, הנובעת ממנו באופן טבעי. אין תוכן ברור ומתחייב הנובע מכבוד האדם, ולכן **תכניו נקבעים בכל מסמך ומסמך בהתאם להסכמה הפוליטית שהושגה באותה עת**. כאן אף נעוץ יסוד ההבדל בין היקף הזכויות המפורטות במסמכים שונים שבהם נזכר כבוד האדם. ההכרה בכבוד האדם הניבה זכויות אזרחיות ופוליטיות לצד זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות. אולם לצד הזכויות היא אף הניבה חובות על הפרט בצירטר האפריקני על זכויות האדם והעמים³⁰ ובהכרזה של מדינות אמריקה הלטינית לזכויות וחובות האדם. תכניו של כבוד האדם נקבעים אפוא כתולדה של הסכמה ופשרה פוליטית בכל מסמך ומסמך בהתאם לנתונים התרבותיים, הפוליטיים, החוקתיים ואחרים, העשויים להשתנות עם חלוף הזמן.³¹ לשון אחר, הדילמות המשפטיות והפוליטיות אינן נוגעות לשאלה אם קיים כבוד האדם או לאו, אלא לשאלה, העולה בכל עת מחדש, אילו הוראות נורמטיביות מביעות את כבודו של האדם ומגנות עליו.

על כן כבוד האדם, בשמשו כהצדקה, מאפשר לקבוצות שונות ובעלי תפיסות עולם שונות לראות את התכנים הקונקרטיים של החקיקה כנובעים מתוך מערכת ערכיהם הייחודית. תוקפן של הזכויות או החובות יונק מתוך ההסכמה המעשית (או הפוליטית) המשותפת על התכנים שהוחלט כי ייחקקו הלכה למעשה, אך מבלי שהדבר יחייב הסכמה עקרונית (או פילוסופית) על אותה תפיסת עולם לצידוק אותם תכנים:

ההצדקה לכשעצמה אינה מגדירה את התכנים; לשם כך יש צורך בהסכמה פוליטית מעשית.

זכות, בניגוד להצדקה, אמורה להיות הוראה נורמטיבית לביצוע או להימנעות מפעולה.³² הזכות מטילה הגבלות וחובות על פרטים מחד ועל חברות ומדינות מאידך, על מנת להסדיר יחסים בין בני אדם. על משקל זכאות, הזכות מציינת מצב שבו פלוני (פרט או חברה) זכאי וראוי כי יתייחסו אליו בדרך מסוימת ולא ינהגו בו בדרך אחרת. הזכות נועדה להקנות תוכן לאמירות הכלליות המצויות בסעיפי העקרונות ובפתיחים למסמכים המונים זכויות וחובות, בכך שהיא מחדדת ומבהירה את ערכי-העל (כגון חירות, צדק, אושר, אחווה אנושית, ערך האדם וכבוד האדם) בציווי "עשה" ו"אל תעשה". הקביעות הערכיות הכלליות – כגון האמונה

17 ע' קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות (מהדורה שנייה מתוקנת, ש' שטיין עורך, מי שפי תרגום, תשי"י).

18 צ' בקרמן ומ' סילברמן "כבוד האדם והחינוך אליו: לקראת תרבות של אדיבות" **כבוד האדם או השפלתו! מתח כבוד האדם בישראל** (תשי"ס, א' הראבן וחי' ברם עורכים) 131.

19 W.A. Parent "Constitutional Values and Human Dignity" *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (Ithaca, New York, M.J. Meyer & W.A. Parent eds., 1992) 47 (להלן: "The Constitution of Rights").

20 A. Gewirth "Human Dignity as the Basis of Rights" *ibid*, at p. 10.

21 G. Herman "Moral Relativism as a Foundation for Natural Rights" *The Philosophy of Human Rights* (Belmont, M.E. Winston ed., 1989).

22 A. Pollis & P. Schwab *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives* (Praeger, New York, 1979); וכן: R.E. Howard "Dignity, Community, and Human Rights" *Human Rights in Cross-Cultural Perspective: A Quest for Consensus* (Philadelphia, A.A. An-Na'im ed., 1992) 81.

23 M. Stackhouse "Human Rights and Public Theology: The Basic Validation of Human Rights" *Religion and Human Rights: Competing Claims?* (C. Gustafson & P. Juviler eds., 1999) 12 (להלן: "Religion and Human Rights").

24 R. Dworkin "Taking Rights Seriously" *The Philosophy of Human Rights*, *supra* note 21, at p. 108.

25 R. Munster "A Critique of Blackstone's Human Rights and Human Dignity" *Human Dignity: This Century and the Next* (New York, R. Gotesky & E. Laszlo eds., 1970); D. Husak "Why There Are No Human Rights" *The Philosophy of Human Rights*, *supra* note 21; A. Macintyre "Some Consequences of the Failure of the Enlightenment Project", *ibid*, at p. 178.

26 L. Henkin "Human Rights: Religious or Enlightened?" *Religion and Human Rights*, *supra* note 23, at p. 31.

27 L. Henkin "International Human Rights as 'Rights'" *The Philosophy of Human Rights* (M. Winston ed., 1989) 134-135.

28 M. Novak "Human Dignity, Human Rights" 97 *First Things* (1999) 39.

29 M. Cranston "Human Rights, Real and Supposed" *The Philosophy of Human Rights* (M. Winston ed., 1989) 123.

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

31 L. Henkin "Human Dignity and Constitutional Rights" *The Constitution of Rights*, *supra* note 19, at p. 227.

32 זכות עשויה להיות פוזיטיבית או מוסרית. זכות-פוזיטיבית הנה זכות המוכרת בחוק וזוכה להגנה עבר בני אדם הנהנים ממנה בפועל; זכות מוסרית, הנה זכות שקיומה מוצדק (בכלל או במצב עניינים מסויים), אך היא איננה זוכה להגנה, ואין אנשים נהנים ממנה בפועל. ראו: Henkin, *supra* note 26; וכן: Cranston, *supra* note 29.



יתרה מזאת, כאשר כבוד האדם הופך לזכות, מתעוררת השאלה העקרונית מחדש ובמלוא חריפותה, שכן נוצר הצורך להבהיר מהי אותה זכות ואילו הוראות נורמטיביות מתחייבות ממנה. הזכות לכבוד האדם מחייבת הכרעה פילוסופית-פוליטית, ולא משפטית, על המהות של כבוד וערך האדם ויחסיו הנאותים עם החברה; וכאמור, זוהי סוגיה אידאולוגית שממנה ביקשו להימנע מנסחי הצהרות וחוקות, ועל כן הם הסתפקו בהסכמה מעשית-פוליטית. אך במצב עניינים זה, שבו נחקקת זכות לכבוד האדם, הקביעה הפילוסופית-פוליטית בדבר מהותו של כבוד האדם מועברת מידי אלו האמונים על חקיקת החוקים לפתחם של אלו המופקדים על פרשנותם ומחייבת את הכרעתם האידאולוגית או הפוליטית. לכאורה אין בדבר זה משום פסול, שכן חלק בלתי נפרד מתפקידיה של הרשות השופטת כרוך בפרשנות חוקים בכלל וזכויות אדם בפרט. ברם, כאשר הרשות השופטת נדרשת לפרשנות של "זכות לכבוד האדם" היא עלולה להיקלע למחלוקת פילוסופית-פוליטית באשר לצידוקים השונים לזכויות האדם ובאשר לתכנים הקונקרטיים הנובעים או ליתר דיוק **הצריכים לנבוע** מן הצידוקים השונים³³. זוהי, כמובן, מחלוקת שמן הראוי כי תתקיים בזירה הציבורית-פוליטית ולא בהיכלי המשפט.

בכבוד האדם – אינן מספקות קנה מידה נורמטיבי ברור ואינן מסייעות להסדרת היחסים הבסיסיים בין בני האדם, לא כל שכן בכל הנוגע לפתרון סוגיות ערכיות סבוכות. לאמור, הזכויות והחובות המנויות במסמכים השונים הן פרי הסכמה מעשית משותפת, ונועדו להבהיר מהן ההוראות הנורמטיביות הקונקרטיות שעליהן הסכימו כל הגורמים המעורבים במעשה חקיקת הזכויות.

1. המסקנות לנוכח המצוי בבחינה ההשוואתית

כאשר כבוד האדם חדל להיות הצדקה או ערך-על העומד מעל הזכויות, ומורד לדרגת זכות האמורה למלא בתוכן את אותם ערכי-על, מתערער המדרג הנורמטיבי ונוצרת מבוכה באשר להוראה הנורמטיבית המתחייבת מזכות זו. שהרי הזכויות אמורות לתת תוקף ותוכן לקביעה הערכית כי האדם באשר הוא אדם הנו בעל כבוד אנושי בסיסי – אך באיזה תוכן ממלאת "זכות לכבוד האדם" את הקביעה והאמונה בדבר כבוד האדם או ערך האדם? זהו ניסוח בעייתי שכן הוא מגדיר את כבוד האדם באופן המילים ממש. הרי לא היה עולה על דעתנו, למשל, לחוקק את זכות ערך האדם כמתן ביטוי תוכני מבהיר בדבר הקביעה החשובה על ערך האדם.

זה מדגיש את כוונת החוק המצמצמת לכבוד האדם. המושג נועד להוות ערך המעגן את אגד הזכויות הפרטני שנמנו בחוק-היסוד עצמו והשאיר את עיגון זכויות האדם האחרות לחוקי-היסוד הנוספים.³⁶

אין תוכן ברור ומתחייב הנובע מכבוד האדם, ולכן תכניו נקבעים בכל מסמך ומסמך בהתאם להסכמה הפוליטית שהושגה באותה עת

הנוסח הראשון של הצעת החוק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מטעם חבר הכנסת רובינשטיין (מרץ 1991) אזכר את כבוד האדם בסעיף 2 בלבד: "אין פוגעים בכבודו של אדם ובאשר הוא אדם"³⁷. המילה זכות או זכאות אינה נזכרת בסעיף זה, אולם בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר ש"לכל אדם זכות לחיים, לשלמות גופו ולשמירת כבודו". נוסח נוסף של הצעת החוק מנובמבר 1991 כולל את סעיף המטרה, וכן נזכרת המילה "זכאיי" בסעיף 2 בהקשר של הגנה על החיים, הגוף והכבוד; וכן חלק שני הצהרתי לאותו סעיף הקובע כי אין לפגוע בחייו, בגופו ובכבודו של האדם³⁸.

יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ אוריאל לין, העלה את הסתייגותו במהלך הדיונים מהכללת המילה "כבוד" בהקשר של המילה "זכאיי" והציע להחליפה במילה "רכושו". לדבריו: "אני הייתי מחליף את המלה 'כבודו' בסעיף זה במלה 'רכושו' [...] לא הייתי מוסיף 'כבודו' כי זה דבר ערטילאי. מה פירוש הדבר שהוא זכאי להגנה על כבודו, בפני מי?"³⁹. ח"כ לין חשש מהכללת ערך כבוד האדם בהקשר של זכאות להגנה עליו וביקש להכלילו באופן הצהרתי בלבד, תוך ביאורו בצורה מדויקת יותר על ידי פירוט הזכויות המוקנות לכל פרט. בעקבות הערתו זו התגלעה מחלוקת בין חברי הוועדה, כולל בין עמדותיהם הסותרות של נציגי משרד המשפטים בוועדה, ובעקבות זאת הציע ח"כ משה שחל ניסוח חדש של הסעיף השני במחלוקת כך שהמילים "זכאות להגנה" לא יהיו כרוכות

יתר על כן, דבר רגיל הוא ששופטים צריכים להכריע במחלוקות חוקתיות בסיסיות תוך פרשנות מושגים רחבים. אולם לעומת מושגים אחרים המכוונים לתחומי חיים וליחסים אנושיים שהם פחות או יותר ברורים, במושג כבוד האדם ניתן לכלול כמעט כל סוגיה ערכית או פוליטית. כבוד האדם – בדומה למושג הנרדף ערך האדם אך בשונה מערכים אחרים כגון שוויון (למשל בהקשר של הפליה), חירות (למשל חירות שלילית בהקשר של פעולה או של הימנעות מפעולה³⁴) וכו' – הנו מושג שאינו מוגבל ואינו מתוחם להיבט מסוים של החיים; וממילא העובדה שמושגים וערכים חשובים אחרים ניתנים לפרשנות אינה מהווה צידוק להתייחסות אל כבוד האדם כאל זכות אדם נפרדת. ערך האדם גם הוא מושג חשוב, ואף שימש כביטוי נרדף לכבוד האדם. מדוע אפוא אין משמש ערך האדם כזכות או כאמת מידה משפטית ואילו לכבוד האדם הוקנתה התכונה הכפולה הזאת? זו שאלה שראוי לדון בה בטרם מחליטים כי כבוד האדם הוא זכות או אף ערך שניתן להכריע לפיו בסוגיות משפטיות ופוליטיות סבוכות.

ז. המקרה הישראלי – הכיצד לנו הזכות לכבוד האדם?

1. רקע

נוסח סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". לאור העובדה כי הזכות לכבוד האדם מהווה מקרה חריג בנוף המשפטיים והבין-לאומיים כאחד, יש לבחון את הדיונים שהובילו לניסוח חוק-היסוד, כך ש"תישמע" ממנו הזכות לכבוד. עיון בפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת חושף את עמדתם של חברי הכנסת ונציגי משרד המשפטים בנוגע לניסוח הסעיפים המאזכרים את המילה "כבוד" וכן את חלקם של האחרונים בקביעת נוסח החוק הסופי. בנוסף, העיון בפרוטוקולים חושף את הבלבול הרב, החיפזון ואף את הרשלנות שהובילו לניסוח של חוק-יסוד במדינת ישראל.

כמה חברי כנסת העלו את חששם בהליך ההכנה של חוק-היסוד מפני ניסוח הסעיפים שבהם נזכרת המילה "כבוד", ועל כן הוצעו גרסאות שונות לסעיפים אלו. למעשה, מעיון בפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט עולה כי חברי הוועדה כלל לא התכוונו לחוקק זכות לכבוד אדם, אלא ביקשו לעגן את ערך הכבוד בסעיף הצהרתי כדוגמת השימושים הסמליים השכיחים למושג זה. כוונה זו לא יצאה אל הפועל כפי הנראה בשל החיפזון בניסוח החוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט. לבחינת השתלשלות העניינים בישיבות הוועדה נפנה כעת.

2. ניסוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בוועדת החוקה, חוק ומשפט

דבר ידוע הוא כי חבר הכנסת לשעבר אמנון רובינשטיין העלה את הצעת החוק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כאחת מתוך ארבע הצעות חוק נפרדות שמקורן בהצעת חוק-יסוד: זכויות-היסוד של האדם. למוד ניסיון מיזמות חקיקה כושלות, הבין חבר הכנסת רובינשטיין כי יקל עליו להעביר בחקיקה את מכלול זכויות האדם בעזרת כמה הצעות חוק נפרדות, אשר כדבריו "כל אחת מהן אמורה להבטיח אגד אחר של זכויות-יסוד"³⁵. רקע

33 בהקשר זה ראו את ביקורתו הנוקבת של המשפטן האמריקני ראול ברגר על השימוש המשפטי-פוליטי בערך כבוד האדם מצד השופט האמריקני ברין: R. Berger "Justice, Brennan, 'Human Dignity', and Constitutional Interpretation" *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (M. J. Meyer & W. A. Parent eds., 1992) 134.

34 יי ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חרות (יי שרת תרגום, תשמ"ז) 170.
35 אי רובינשטיין ובי מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז) 914.

36 ראו גם יי קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א (תשנ"ב) 323.

37 הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו של חבר כנסת אמנון רובינשטיין, הונחה על שולחן הכנסת ביום 11.3.91.

38 הנוסח המלא של ס' 2 הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הנו: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו; אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1991, ה"ח 60.

39 פרוטוקול מסי 342 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, מיום 5.2.1992, בע' 7 (עותק שמור במערכת).



ח"כ לין דווקא תמך בחובתה של המדינה לספק הגנה על המושגים שצוינו, אולם בלהט הוויכוח שכח, ככל הנראה, את עמדתו הקודמת שלא להכליל את מושג ה"כבוד" בסעיף השני ואת ההחלטה שהתקבלה בעניין זה בישיבת הוועדה האחרונה שהובאה להצבעה על ידו. מכל מקום, בשל רצון הצדדים להביא את החוק לכלל סיום במהרה נסוג שר המשפטים מעמדתו לאחר שראה כי לא יימצא לה רוב, ואמר "אני חושב שלא טוב לקבוע דבר כזה, אבל זה לא שווה את הויכוח. נשאר את סעיף 3 כמו שהוא"⁴⁶. גם יושב הראש הוועדה, ח"כ לין, ראה כי הדיון בסעיף זה אורך זמן רב מדי, ומאחר שכפי הנראה יצא מנקודת הנחה (שגויה) שנוסח הסעיף הקובע את הזכות להגנה על כבוד האדם הנו פרי הדיון הקודם של הוועדה, אמר את הדברים הבאים: "רבותי, יש לי הצעה נוהלית. אני מציע שנתקדם בדברים שעליהם כבר זנו וגיבשנו הסכמה. אם נתחיל עכשיו לעסוק בשינוי המבנה של הסעיפים, לעולם לא נגיע לסיום החקיקה הזאת. אם אתם אומרים שבסעיף 3 לא כללנו קניין, לא נוסף עכשיו קניין" (ההדגשה שלי – ד.ש.)⁴⁷. אלא שלאחר התנהלות עניינים זו ובאופן בלתי מוסבר העביר ח"כ אוריאל לין – יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט – "החלטה" אשר מאמצת מחדש את הנוסח הישן אשר עניינו ב"זכות לכבוד". יצוין כי החלטה זו נעשתה בלא שחברי הוועדה הצביעו עליה, ובלא התייחסות לכך כי יש בה כדי להפוך את החלטתה הקודמת של הוועדה. התנהלות דברים זו מובילה למסקנה המסתברת כי החלטתה הסופית של ועדת החוקה, חוק ומשפט לאמץ את "הזכות לכבוד", מקורה בטעות ובבלבול אשר נבעו מתהליך חקיקתי חפז במטרה לסיים במהרה את ניסוח חוק-היסוד.

זאת היא השתלשלות העניינים אשר הביאה לניסוח סעיף 4 (לנוסח המתוקן של 1994) לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו כך שתשמע ממנו הזכאות להגנה על כבוד האדם: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". כפי הנראה ניסוח זה מקורו בטעות שנפלה בהכנת הטיטרה

במילה "כבוד"⁴⁰. בעקבות זאת הוצע ח"כ יצחק לוי לחלק את סעיף 2 לשני סעיפים נפרדים, ושהסעיף האחד יעסוק בצד ההצהרתי הכולל את הקביעה שאין לפגוע בכבודו של האדם באשר הוא אדם; ואילו הסעיף האחר יפרט את הזכאות להגנה ללא אזכור המילה "כבודו" ותוך החלפתה במילה "קניינו". ההצעה הועלתה להצבעה על ידי יושב ראש הוועדה חבר הכנסת לין בניסוח הבא: "ההצעה לחלק את סעיף 2 לשני סעיפים נפרדים, סעיף ראשון שיאמר שאין פוגעים בחייו, בגופו, בקניינו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם, וסעיף שני שיאמר שכל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל קניינו – נתקבלה" (ההדגשה שלי – ד.ש.)⁴¹. חשוב להבחין כי ההחלטה שהתקבלה ברוב קולות על ידי חברי הוועדה ביום 5.2.1992 קבעה במפורש כי יש להשמיט את מושג ה"כבוד" מהסעיף שבו נזכרת המילה "זכאיי" בשל החשש לקבוע את כבוד האדם כזכות מפורשת בגוף החקיקה! ההחלטה עברה כמעט פה אחד, למעט ח"כ יוסי ביילין אשר ביקש לרשום הסתייגות "שעניין הכבוד יופיע בשני הסעיפים"⁴².

[...] דומה כי נוסחו החריג של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על הזכות לכבוד האדם שבו הנו, בין השאר, תוצאה של טעות שנפלה בניסוח חוק-יסוד במדינת ישראל

ח"כ ביילין מעולם לא נאלץ להגן על הסתייגותו. הצעת החוק עברה לניסוח מחדש לאור ההחלטות שהתקבלו בישיבה שצוינה, אך מסיבות לא ברורות, ובאופן מפתיע, הנוסח החדש לא כלל את ההחלטה בדבר ניסוח הסעיף השני ללא מושג הכבוד ועם מושג הקניין. מתוך פרוטוקול ישיבתה הבאה של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 9.3.1992⁴³, מתחוויר כי אמנם הסעיף הראשון נוסח ברוח ההחלטה, היינו "שאין פוגעים בחייו, בגופו, בקניינו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"⁴⁴; אולם הסעיף השני נוסח בניגוד גמור להחלטה שהתקבלה בישיבה הקודמת, היינו ש"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" במקום "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל קניינו". כלומר ההחלטה שהתקבלה בהצבעה בישיבה הקודמת לא יושמה בנוסח החוק המתוקן שהוגש לישיבתה הבאה של ועדת החוקה, חוק ומשפט על ידי נציגי משרד המשפטים והיועץ המשפטי האחראי לוועדה, כפי שאדגים להלן. תעלומה זו העסיקה אותי לא מעט, אך לאחר ששבתי ובדקתי את התאריכים והפרוטוקולים כמה פעמים, ואף שאלתי את העובדים בארכיון הכנסת, ברור כי לא נערכה ישיבה נוספת בין שתי הישיבות.

כאשר נפתח ועדת החוקה, חוק ומשפט לדון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ביום 9.3.1992 דומה שההחלטה מהישיבה הקודמת נשכחה, והדיון קיבל תפנית מעניינת כאשר שר המשפטים דן מרידור ויושב ראש הוועדה ח"כ לין התווכחו באשר לניסוח "זכאיי" לעומת "זכאי להגנה". שר המשפטים התנגד לניסוח הקובע את זכותו של האדם להגנה, משום שחשש שהדבר יהווה פתח לתביעות רבות מצד האזרחים נגד המדינה⁴⁵; ולעומתו

עצמו. כבוד האדם הוא אכן ערך ואינטרס חשוב, אולם ההגנה עליו בעזרת אותו המושג עצמו גורעת מעקבות חוק-היסוד. דוגמה בולטת למתח זה ניתן לראות בשיטתו הפרשנית של השופט ברק, אשר יוצר על פי "מודל הביניים", המפורט בספרו "פרשנות חוקתית"⁵¹, זכות לכבוד האדם אשר עולה בהיקפה על פסקת המטרה, שכן לדידו ערכיה של "מדינה יהודית ודמוקרטית" הם הערכים של "כבוד האדם וחירותו"⁵².

יתר על כן, בעקבות קבלת ההנחה כי כבוד האדם הנו זכות אדם נפרדת, התעוררה המחלוקת באשר לשאלה אם ניתן לגזור מתוך הזכות לכבוד האדם זכויות אדם נוספות שלא נמנו בחוק-היסוד, ולעגונן כזכויות בעלות תוקף חוקתי, חרף כוונתו של המחוקק שלא לכלול אותן בחוק-היסוד⁵³. בראש המצדדים עומד השופט ברק הגורס כי כבוד האדם הוא "זכות מסוגרת" התוחמת זכויות אדם נוספות⁵⁴. על פיו כלולות בגדרי כבוד האדם זכויות אדם נוספות שטרם נחקקו בשמן על ידי המחוקק. אי-אזכור זכויות אלו בחוק-היסוד אינו גורע מתוקפן החוקתי, וכוונת המחוקק שלא לכלול אותן אינה גורעת ממעמדן כזכויות חוקתיות מוגנות. גישה שונה ננקטה על ידי השופטת דורנר הטוענת כי אין לגזור זכויות אדם נוספות מתוך זכות כבוד האדם אלא יש להגן על זכויות שטרם נחקקו כל עת שפגיעה בהן כרוכה בהשפלה⁵⁵.

לדיון בוועדה, אולם בסופו של יום האחריות הבלעדית לניסוח זה מוטלת על כתפיה של הוועדה שאישרה את הנוסח והעבירה אותו, על סעיפיו, להצבעה במליאת הכנסת, וכמובן על האחרונה שהעבירה את החוק. הרצון לסיים את תהליך החקיקה בשלהי הכנסת השתיים-עשרה ולהימנע מעיכוב נוסף – כפי שידעו חוקי-יסוד בהיסטוריה החקיקתית – המריץ את מקדמי החוק לנצל את אי-הסדר ששרר בימיה האחרונים של הכנסת השתיים-עשרה תוך חיפזון ורשלנות בניסוח הסעיפים ועד כדי התעלמות מבלי דעת מההחלטה המפורשת שהתקבלה בעניין הזכאות לכבוד⁴⁸. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שכוונתה הראשונית של ועדת החוקה, חוק ומשפט הייתה שלא לנסח את סעיף 4 כך שתשתמע ממנו זכות כללית ובלתי מוגדרת לכבוד האדם. נהפוך הוא, הוועדה הייתה ערה לבעייתיות הטמונה בהפיכת מושג הכבוד מהצדקה לזכויות לכדי זכות נפרדת, ועל כן ביקשה להסיר את המילה "כבוד" מסעיף 4 לחוק-היסוד. אלא שבאופן בלתי מוסבר החזרה המילה כבוד לסעיף 4 לחוק-היסוד בהחלטתה המאוחרת של ועדת חוקה, חוק ומשפט. על כן דומה כי נוסחו החריג של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על הזכות לכבוד האדם שבו הנו, בין השאר, תוצאה של טעות שנפלה בניסוח חוק-יסוד במדינת ישראל.

ח. המקרה הישראלי – תוצאות קבלת הזכות לכבוד האדם

בעקבות ניסוחו של חוק-היסוד והפרשנות שזכה לה מבית המשפט העליון התקבלה ההנחה כי כבוד האדם הנו זכות אדם, אך מבלי שניתן צידוק עקרוני לכך, וללא נתינת הדעת בצורה מספקת להיעדר תקדימים שכאלה לאור ניסיון העמים. החיפזון וההסכמה כי אכן מדובר בזכות אדם הניבו שיח משפטי וחוקתי בעייתי למדי. גבולות שיח זה היו תחומים בהנחה כי אכן מדובר בזכות שיש רק לברר את תוכנה ואת גבולותיה. לא נשאלו השאלות כיצד זה שערך האדם מצדיק את הזכות לכבוד האדם כאשר הללו משמשים למעשה כביטויים נרדפים. ובהנחה שכבוד האדם אינו צידוק לזכויות אלא זכות נפרדת, אי מהו הצידוק לזכות לכבוד האדם? האם כבוד האדם כערך-על לשיטה יכול להוות צידוק לעצמו בתור זכות נפרדת? תסובכת מושגית זו בין הצדקה לזכויות ובין זכות נפרדת ניכרת בשלושה תחומים במדינת ישראל: חוקת-משטרי; משפטי; פוליטי⁴⁹.

1. ההיבט החוקתי-משטרי

בשעה שנקבע כבוד האדם כזכות נפרדת בין על פי ניסוחו ובין על פי פרשנותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נוצרה מעגליות שוטה בחוק-היסוד. מטרת החוק היא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"⁵⁰. ברם, ההתייחסות אל סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו המציינים את כבוד האדם כאל זכות כללית לכבוד האדם משמעה המידי הוא אפיון ההגנה על כבוד האדם על ידי הזכות לכבוד האדם. הדבר דומה לאמירה כי יש להגן על הצדק באופן צודק או כי יש להגן על ערך האדם בזכות לערך האדם. היינו הזכות אינה מבארת את הערך שעליו היא אמורה להגן, אלא מגדירה את ההגנה על הערך בעזרת זכות ששמה כשם הערך

40 שם, בע' 12.
 41 שם, בע' 15.
 42 שם, שם.
 43 פרוטוקול מס' 356 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, מיום 9.3.1992 (עותק שמור במערכת).
 44 ראוי לציין שגם סעיף זה לא נוסח מילה במילה בהתאם להחלטה שהתקבלה, אלא במקום "קנייניו" נכתב "קנייניו", והשוו גם לדבריה של היועצת המשפטית ר' מלחי. שם, שם. עם זאת, בישיבתה הבאה של הוועדה הופרד מושג הקניין לסעיף נפרד, הוא סעיף 3 לנוסח החוק הנוכחי.
 45 שם, בע' 36.
 46 שם, בע' 37.
 47 שם, בע' 38.
 48 למרבה הצער חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מקרה יוצא דופן, כפי שמדגים היטב במאמרו א' בנדור "פגמים בחקיקת חוק-היסוד" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 445.
 49 החלוקה נועדה להמחיש התפתחויות מרכזיות בשלושה תחומים מובחנים, אך יש להעיר כי תיחום זה, כמובן, אינו דיכוטומי, והתחומים עשויים להשפיע זה על זה.
 50 סי' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 51 ברק, לעיל הערה 2, בע' 416.
 52 השופט ברק מודע לקיומו של מתח זה אולם אינו רואה בו סתירה, והשוו: "ניתן כמובן לטעון כי מצויים אנו במעין מעגל שוטה. מחפשים אנו את מובנו של כבוד האדם וחירותו. לשם כך נעזרים אנו בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אשר לשם הבנתם אנו נוקקים לכבוד האדם וחירותו. מעגל זה אינו שוטה כלל ועיקר. כפי שתורת המעגל ההרמנויטי מלמדת, אינו ניגשים לתהליך הפרשני מתוך לוח חלק. לכל אחד מאתנו הבנה מוקדמת באשר למובנם של ביטויים ולהיקף פרשנותם של ערכים. באמצעות הבנה מוקדמת זו אנו ניגשים להבנת הטקסט, תוך דרישה מתמיד בין הטקסט לבין הפרשן. במסגרת גישה זו, אין כל מעגליות שוטה בנסיון לקבוע את היקף פרישתו של כבוד האדם וחירותו באמצעות ערכיה של מדינת ישראל, אשר מצדם מושפעים מהבנתנו את כבוד האדם וחירותו". שם, בע' 325.
 53 למיפוי המצדדים והמתנגדים בסוגיה חוקתית זו ראו את מאמרו של סומר, לעיל הערה 2.
 54 ברק, לעיל הערה 2, בע' 357–358.
 55 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 131–133 (פסקה 4 לפסק דינה של השופטת דורנר).

החוקה, חוק ומשפט, ואשר התמונה המצטיירת ממנו היא כי נוסחו הסופי של חוק-היסוד שהועבר להצבעת המליאה נעשה מבלי דעת. מכל מקום, סוגיה זו דורשת עיון נפרד.

2. ההיבט המשפטי

בקבלת עובדת קיומה של הזכות לכבוד האדם נדרשים השופטים להכריע באשר למהות ולהשתרעות תכניה של זכות זו. כל שופט ושופטת צריכים לקבל החלטה זו כל אימת שעולה בפניהם עתירה הטוענת לפגיעה בכבוד האדם. המבחן לכך אינו מבחן אובייקטיבי שניתן לקבלו בקלות. שהרי פלונית הטוענת כי פגעו בכבוד האדם שלה בכך שמנעו ממנה לנסוע בשכונתה בשבת; או פלוני הגורס שיש לאפשר לו לייבא בשר לא כשר לארץ וזאת בשם ההגנה על כבוד האדם שלו; או אלמוני הדורש שיאפשרו לו לחרוט על קבר יקירו בניגוד לנהוג באותו בית קברות וזאת בשם כבוד האדם של יקירו המנוח – לכאורה, לא תהא טענתם משוללת יסוד, ורק השופט הוא שיקבע אם יש נפקות לדבריהם על פי דבר החוק. הגנה על זכויות אזרחים הנה דבר חשוב, ולכן אם הייתה מתבצעת ההפרדה הנחוצה בין ההצדקה ובין הזכויות הנובעות ממנה ניתן היה **משפטי** לקבוע אם מדובר בפגיעה בכבוד האדם המוגדרת על פי חוק-היסוד אם לאו. ואולם בשעה שכבוד האדם הוכר כזכות יסוד כללית על ידי הרשות השופטת, מתאפשרת פרשנות רחבה הפועלת לקדם את כבוד האדם באופן שאינו מפורט בסעיפי החוק. אך כאשר השופט בוחן את המקרה שלפניו, הוא נעדר קנה מידה להכרעה מהו תחום השתרעותו של כבוד האדם, ונעדר מבחן ברור אם המקרה שלפניו נכלל בגדרי כבוד האדם שבחוק-היסוד.

היעדר קנה המידה לבירור היקף הזכויות הנובעות מכבוד האדם יוצר קשיים בהנמקת הדין במיוחד כאשר מדובר בפסיקה המבוססת על זכויות שלא נמנו בחוק-היסוד או כאשר מדובר באיוון והכרעה בין ערכים מתנגשים הנגזרים גם יחד מתוך "זכות לכבוד האדם". האיוון בין ערכים מתחרים או מתנגשים במסגרת קונפליקטים חברתיים שונים יבוא בסופו של יום להכרעה בהתאם להבנה הייחודית של השופט או השופטת את מהות הביטוי כבוד האדם. להלן כמה דוגמאות הממחישות את הבעייתיות המיוחדת הכרוכה באימוץ הזכות לכבוד האדם. הראשונה כללית ואחרות נוגעות להיבטים של שתי תפיסות נבדלות של כבוד האדם – היהודית-דתית והליברלית-חילונית.

במסגרת בג"ץ 6126/94 **סנש נ' יושב ראש רשות השידור**⁵⁸ עתרו בני משפחתה של חנה סנש נגד רשות השידור בעניין סדרת טלוויזיה על אודות "משפט קסטנר". לטענתם, סולפו העובדות ההיסטוריות בסדרה, והדבר עלול היה להביא לפגיעה בשמה הטוב של המנוחה. הם תבעו להשמיט מהתכנית כמה משפטים פוגעניים המפחיתים מכבודה של חנה סנש. השופטים נתבקשו לאזן בין ערך חופש הביטוי וחופש היצירה הנגזר ממנו מחד, לבין ערך השמירה על שמו הטוב של אדם שנפטר מאידך, וזאת לאור האמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דעת הרוב של השופטים ברק ומצא הכריעה לטובת ערך חופש הביטוי, שהנו אבן יסוד במשטר דמוקרטי (אך לא זכות אדם מוגנת על פי חוק). דעת המיעוט של השופט חשין קבעה

הדילמה הנה חוקתית במהותה, שכן אם ניתן לגזור זכויות אדם נוספות מתוך הזכות לכבוד האדם, משמע שבמדינת ישראל נחקקה מגילת זכויות אדם שלמה, ועתה על השופטים מוטלת המשימה לקבוע אילו זכויות ייכללו בזכות לכבוד האדם ואילו לא. מצד אחר, אם אין מקבלים את הקביעה שהזכות לכבוד האדם טומנת בחובה זכויות אדם נוספות הרי שעל המחוקק להשלים את חקיקת הזכויות הלא-מנויות, ועד אשר לא יזכו לעיון חוקתי הן זכות להגנה רק כאשר פגיעה בהן גורמת להשפלה. לאמור, קבלת הזכות לכבוד האדם מייצרת מתח בין הרשות המחוקקת האמונה על חקיקת הזכויות, לבין הרשות השופטת האמונה על פירוש זכויות שנחקקו. אם הרשות השופטת מאמצת את הגישה כי הזכות לכבוד האדם כוללת זכויות נוספות שטרם נחקקו, הרי שיש בגישה זו כדי לייתר, במידה רבה, את תפקידו של המחוקק להוסיף ולחוקק הוראות קונקרטיים ברורות המבארות את כבוד האדם. דברים דומים אמר יוזם החוק, אמנון רובינשטיין, שהוסיף כי על אף התוצאה הרצויה לכאורה של הגישה המרחיבה לכבוד האדם מבחינת הגנה על זכויות נוספות, ספק אם גישה זו לגיטימית, שכן גישה זו אינה מגבילה עצמה להוראות החוק אלא מקנה לפסקת המטרה מעמד פתוח שמתעלם מהוראות החוק שנועדו לבארו⁵⁶.

האיוון בין ערכים מתחרים או מתנגשים במסגרת קונפליקטים חברתיים שונים יבוא בסופו של יום להכרעה בהתאם להבנה הייחודית של השופט או השופטת את מהות הביטוי כבוד האדם

דומני כי הן אלו החושבים כי חקיקת זכויות אדם נוספות הנה רעיון טוב (ואני נמנה עמם) והן אלו החושבים אחרת יסכימו כי בחברה דמוקרטית רצוי שתפקיד זה יהא, בראש ובראשונה, מנת חלקה של הרשות המחוקקת הנבחרת על ידי העם לעצב הוראות נורמטיביות חוקתיות; מה גם שיש להכריע תחילה מהם התמהילים המתאימים בחברה הישראלית בין הזכויות האזרחיות, הפוליטיות, הכלכליות, החברתיות והתרבותיות. כידוע, אחד מתפקידיה של הרשות השופטת הוא לפרש את החוק ואף להרחיבו ולהחילו על תחומים שאינם ברורים מלשון החוק עצמו. עם זאת, פרשנות המעצבת מציאות פוליטית וחוקתית בדרך של פרשנות הזכות לכבוד האדם מעוררת שאלות מעניינות מבחינת כללי המשחק הדמוקרטיים ומבחינת יחסי הכוחות בין הרשויות. ייתכן שפרשנות שכזאת, המקושרת עם "המהפכה החוקתית" שהתרחשה עם חקיקת שני חוקי-יסוד בשנת 1992, הנה אכן פרשנות משפטית שמגשימה את עצמה מאשר מציאות מתוכננת שהתווה המחוקק, כדבריה של פרופ' רות גביון⁵⁷. עם זאת, יש להזכיר שוב כי היה זה המחוקק שהשאיר את הפתח הרחב לפרשנות זו, אלא שכאמור דומה כי פתח זה נעוץ בתהליך החקיקתי החפוז שנערך בוועדת

כי כבוד האדם מחייב את העדפת שמו הטוב של המת על פני ערך חופש הביטוי במקרה זה.⁵⁹

מחויבותו העמוקה של השופט חשין לנושא ורגשותיו העזים בפרשה זו ניכרים בפסק דינו, וציפייתו היא שביט המשפט הגבוה לצדק יקבל כתקדים את עיגון ההגנה על שמו הטוב של אדם שנפטר, ב"זכות לכבוד האדם". כבוד האדם משמש את השופט חשין בעתירה זו כאמצעי משפטי להעדפת שמה הטוב של חנה סנש על פני ערך חופש הביטוי, תוך ניסיון להפוך את פרשת סנש לתקדים משפטי מחייב. למרות הגישה המצמצמת והזהירה שנקט השופט חשין במקרים אחרים⁶⁰, נראה כי בפרשת סנש הוא משתמש במובן רחב יותר של כבוד האדם על מנת להעניק צידוק חוקתי לפסק דינו. פרשת סנש מהווה דוגמה בולטת לקלות שבה מערכת הערכים הייחודית של השופט עלולה להשפיע על הבנתו את כבוד האדם ומכאן על האיזון הנדרש בין זכויות וערכים שונים לבין כבוד האדם.

דוגמה נוספת לבעייתיות, אם כי מסוג שונה, ניתן לראות בע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**⁶¹ וכן בע"א 6024/97 **שביט נ' חברת קדישא גחש"א ראשל"צ**⁶². השאלה המשפטית שנידונה בפסקי דין אלה הייתה, מהו האיזון הראוי שבין כבוד המת ומשפחתו מחד לבין האחידות בכיתוב בבתי הקברות וחופש הדת מאידך. בשתי פרשות אלה ההרכב הוא של שני שופטים חילוניים ושופט דתי אחד, המייצגים תפיסה ליברלית-חילונית ותפיסה יהודית-דתית, בהתאמה. בפרשת **קסטנבאום** נוקטים נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט שמגר, והשופט ברק עמדה ליברלית-חילונית מובהקת של כבוד האדם המגנה על הפרט מפני ערכים קולקטיביים כגון חובת השימוש בלשון העברית ואחידות הכיתוב בבתי קברות של החברה קדישא. על פי השופט ברק, "כבוד האדם" מייצג אף מציאות נורמטיבית של ממש המחייבת מסקנות מעשיות⁶³. גלוי כי השופטים שמגר וברק, מניחים שכבוד האדם הוא דבר מוסכם העולה בקנה אחד עם מערכת ערכיהם הליברלית-חילונית.

השופט אלון מסכים כי השאלה העומדת לדיון הנה "כבודו של אדם", אך הבנתו את כבוד האדם מובילה אותו למסקנה הפוכה לגמרי מזו של השופטים שמגר וברק. לדעת השופט אלון, האיזון בין הערכים צריך להתבצע לאור תכלית החקיקה: לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. תכלית זו מזמינה ואף מחייבת את השופטים לפנות אל הערכים המצויים במורשת ישראל ולאזן בינם לבין ערכי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. איזון לאור ערכים אלו מראה כי הפגיעה בכבוד האדם של אלו שאינם מסכימים לכיתוב לועזי על המצבות בבית הקברות, אינה נופלת מזו של האדם שממנו נמנעת האפשרות לעשות כן. כבוד האדם בעיניו של השופט אלון הוא "כבוד הבריות", ומכאן מחייב בראש ובראשונה הגנה על ערכי הקהילה היהודית ועל דרכיה. בניגוד לשופטים ברק ושמגר המחזיקים בתפיסה ליברלית-חילונית המעמידה את הפרט במרכז, מחזיק השופט אלון בתפיסה היהודית-דתית של כבוד האדם, אשר מדגישה ערכי קהילה ומשקל רב יותר למורשת היהודית⁶⁴. בעקבות חילוקי דעות עמוקים אלו בדבר פרשנותו של כבוד האדם אומר השופט אלון דברים נכוחים על כבוד האדם: "ככל הנראה, דרך פרשנותו של מושג יסודי כה חשוב ועקרוני ככבוד האדם, יכול ותהא שונה מן הקצה אל

הקצה. פלורליזם זה בדרכי הפרשנות של שופטים היושבים על מדין, יש בו מן הטוב, שהרי ריבוי דעות מביא הוא לכלל העמקת העיון והרחבת הדעת. אבל תופעה זו גם חוזרת ומצביעה על הקשר – הבלתי ניתן לניתוק – בין עולמו של הדין לעולמו של הדיין, על הקשר וההשפעה החוזרת שבין אישיותו של השופט, השקפת עולמו ודעותיו על החברה וערכיה, לבין מילוי תפקידו האובייקטיבי בשבתו על כס המשפט"⁶⁵.

בפרשת **שביט** ניצב השופט אנגלרד, בדומה לשופט אלון, בדעת מיעוט כנגד דעתם של השופטים ברק וחשין. בדומה לקביעה בפרשת **קסטנבאום**, כך גם בפרשת **שביט** מסתמכים שופטי הרוב בפסיקתם במידה ניכרת על הזכות לכבוד האדם להצדקת הפסיקה לטובת העותרת כנגד החברה קדישא גחש"א בראשון לציון. השופט ברק מוסיף על פי המשוואה המופיעה בפרשת **קסטנבאום** (דהיינו הלשון העברית אל מול כבוד האדם) את חופש הדת והחופש מדת, שניהם נגזרים לידו מכבוד האדם, ומכאן מדובר בהתנגשות פנימית בגדרי כבוד האדם⁶⁶. בסיומו של תהליך השקילה, האיזון ויצירת הסינתזה בין הערכים המתנגשים מכריע ברק לטובת כבוד האדם של הפרט לעומת כבוד האדם של יתר הנפטרים ומשפחותיהם, מפני שלפיו הפגיעה בכבוד המת ומשפחתו הנה ממשית, קשה ובולטת לעין בהשוואה לפגיעה בכבודם של שאר הנפטרים ובני משפחותיהם.

לעומת השופטים ברק וחשין, השופט אנגלרד מחזק את עמדת השופט אלון בפרשת **קסטנבאום** ותוהה כיצד זה שבעיניו של ברק הפגיעה בכבוד האדם של הנפטר ומשפחתו הנה קשה וממשית ואילו הפגיעה בכבוד האדם של יתר הנפטרים ובני משפחותיהם הנה פרי רגישות ויוצאת דופן⁶⁷. על פי השופט אנגלרד, זוהי אינה סוגיה משפטית-אובייקטיבית אלא שאלה פוליטית-ערכית, ואי-אפשר להכריע בה בדרך של איזון בין ערכים. לידו, עצמת הרגשות של הנוגעים בדבר רק מחזקת את העובדה כי מדובר במחלוקת ערכית בין השקפות עולם בדבר ציונה של המדינה, ועניין שפת הכיתוב על המצבה הוא פן אחד בלבד של אותה מחלוקת

56 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 35, בע" 951.

57 ר' גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח (תשנ"ו) 21.

58 בג"ץ 6126/94 **סנש נ' יושב ראש רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817 (להלן: פרשת **סנש**).

59 **שם**, בע" 834.

60 ראו את עמדתו המצמצמת והזהירה בבג"ץ 1074/93 **ה"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מט(2) 485, וכן רע"ב 4409/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136.

61 ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (להלן: פרשת **קסטנבאום**).

62 ע"א 6024/97 **שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ**, פ"ד נג(3) 600 (להלן: פרשת **שביט**).

63 פרשת **קסטנבאום**, לעיל הערה 61, בע" 525–526.

64 לעמדה דומה בנוגע לפרשת **קסטנבאום** ראו את מאמרו של ז' שטרנהל "שתי תפיסות של יחיד, חברה ולאום" **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 167; D. Shultziner "A Jewish Conception of Human Dignity – Philosophy and its Ethical Implications on Israeli Supreme Court Decisions" *J. of Religious Ethics* [forthcoming].

65 פרשת **קסטנבאום**, לעיל הערה 61, בע" 515–516.

66 פרשת **שביט**, לעיל הערה 62, בע" 653–654.

67 **שם**, בע" 643–644.

68 **שם**, בע" 638–639.

להמתת חסד ודוחה את קנה המידה "הציבור הנאור" של השופט ברק לבירור מושג זה⁷⁴. לדבריו של השופט אלון יש להכריע בין "חובת השמירה על חייו של החולה" לבין "שמירה על כבוד החולה שמבקש את נפשו למות ומסרב לקבל טיפול רפואי שמטרתו להאריך את חייו ולשמרם, ובניגוד לשמירה על חירותו האישית של החולה, ועל האוטונומיה הפרטית שלו"⁷⁵. בסופו של תהליך האיזון בין ערכים יהודיים ודמוקרטיים, ולאחר שסקר מקרים דומים בארצות-הברית ובהולנד, חוזר השופט אלון לנקודת המוצא ומדגיש את ערך קדושת חיי האדם. לדידו לא יכולה להיווצר סתירה בין כבוד האדם לבין קדושת חייו, אלא במקרה של סבל גופני לחולה, ולדבריו "יעל אינה סובלת ואינה מתייסרת. כבודה נשמר מעל ומעבר"⁷⁶.

מכאן שהשופט אלון מזהה את כבוד האדם בראש ובראשונה עם עצם החיים⁷⁷, ולא, בלשונו של אריסטו, עם "החיים הטובים" או לחלופין עם רצונו של האדם לחיות את חייו. בהתאם לתפיסה יהודית-דתית זו, קיום חיי האדם חשוב יותר מעקרן האוטונומיה של הפרט ומרצונו החופשי לאפשר לו או לה לסיים את חייהם בכבוד. למעשה, זוהי מחלוקת יסוד הנובעת משורשי התודעה על אודות ערך האדם וקיומו המכובד. להשקפתו של השופט אלון, עצם קיום חייה של יעל שפר אף במצבם הסופני הוא "הערך הבלבדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדת בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית"⁷⁸. כפי שמעיר דוד הד, השופט אלון נאלץ להכריע בין שתי תפיסות ערכיות נבדלות של מקור ערך החיים – או לחלופין מהות כבוד האדם – זו היהודית וזו הליברלית. הראשונה אחוזה במושג "צלם אלוהים", שהנו "בלתי תלוי באינטרס, רצון, או בזכות אנושית כלשהי"⁷⁹; ואילו התפיסה השנייה, זו הליברלית-חילונית, "מעגנת את ערך החיים בראש ובראשונה באינטרס של האדם לחיותם, ומכאן בזכותו עליהם ובאוטונומיה שלו לקבוע אם ומתי הם פוסקים מלהיות ערך"⁸⁰.

הפסיקה של בית המשפט העליון כפי שהוצגה לעיל, ממחישה את הבעייתיות הרבה והמיוחדת לגישה המשפטית המרחיבה של הזכות לכבוד האדם. אמנם השקפת העולם של השופט הנה בלתי נפרדת מהכרעה בכל עניין ועניין, אך היא בעייתית במיוחד בעניין הזכות לכבוד האדם, שכן, כפי שנטען קודם לכן, היא מחייבת פנייה להכרעה פילוסופית-פוליטית וכן לאינטואיציות של השופט באשר למהות כבוד האדם – זהו מקום שבו הדעות בישראל (ובמקומות אחרים העולם) חלוקות במיוחד⁸¹.

3. ההיבט הפוליטי

בהינתן הנכונות של חלק משופטי בית המשפט העליון ליצור תקדימים בפסיקה באשר לזכויות שיתכן שהגן כלולות בזכות לכבוד האדם, ובהיעדר מבחן ברור להכרעה בסוגיות ערכיות סבוכות לאור זכות זו, הפכה הזכות לכבוד האדם למטבע לשון נפוצה בשיח המשפטי והלא משפטי כאחד. זכות זו עמדה במוקדן של סוגיות פוליטיות-ערכיות סבוכות בעבר, וגם בתקופה זו אנו עדים למגמה מתמשכת זו. עם זאת, ככל שהשימוש בזכות זו כטיעון משפטי הולך וגובר, כך הולך ומתעמעם הגבול בין התחום המשפטי האובייקטיבי המושתת על חוקים שהוראתם הנורמטיבית נהירה, לבין התחום הפוליטי המושתת על תפיסות עולם שונות. לשון אחר, ככל שגבולות הזכות לכבוד האדם מתרחבים, כמו גם שימושיה המשפטיים, כך

ערכית עמוקה⁶⁸. לאמור, כמו בפרשת **קסטנבאום**, כך בפרשת **שביט** ההכרעה בפסק הדין מתבצעת לאור התפיסה הליברלית-חילונית של כבוד האדם. מעניין לציין כי לו היה נוצר מצב שבו השופטים אלון ואנגלרד היו מזדמנים לאותו ההרכב בפרשת **קסטנבאום** או **שביט** ההכרעה הייתה ככל הנראה שונה⁶⁹.

סוגיה נוספת שבה משמש כבוד האדם את השופטים בהכרעת הדין בנושא חברתי שנוי במחלוקת, הנה בבג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**⁷⁰. נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק מבקש לאזן את הפגיעה ברגשות האוכלוסייה הדתית המתגוררת בסמוך לרחוב בר-אילן עם הזכות החוקתית לחופש התנועה הנגזרת לדבריו מכבוד האדם⁷¹. היינו על פי התפיסה הליברלית-חילונית של השופט ברק, הגנה על כבוד האדם במקרה הנידון משמעה הגנה על חופש התנועה בפנים הארץ, חרף אי-אזכורו (המכוון) של חופש זה בחוק-היסוד. על עמדה זו חולק השופט הדתי צבי טל, המתנגד לגזירתה של זכות חופש התנועה מכבוד האדם ולא כל שכן זכות הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷².

ככל שגבולות הזכות לכבוד האדם מתרחבים, כמו גם שימושיה המשפטיים, כך כבוד האדם נידון יותר ויותר בהקשרים פוליטיים מובהקים

מבחינת השופט טל, חופש התנועה אינו נגזר מכבוד האדם, ולפיכך האיזון בין ערך קדושת השבת ורגשות התושבים החרדים, לבין הפגיעה הקלה בחופש התנועה, מחייב לדעתו כי רחוב בר-אילן ייסגר במהלך כל השבת. השופט טל מחזיק בתפיסה יהודית-דתית של כבוד האדם שבה ערך קדושת השבת אינו בהכרח עומד בקונפליקט עם הגבלת חופש התנועה בשבת; ואף כאשר מדובר בהגבלת חופש התנועה של הבריות, הרי שהשופט טל אינו מתקשה להכריע לטובת ערך קדושת השבת (שכמובן אינו זכות) ואורח חייהם של התושבים הדתיים המתגוררים בסמוך לציר בר-אילן. במילים אחרות, הגנה על כבוד האדם על פי התפיסה היהודית-דתית בפרשת **חורב** משמעה הגנה על רגשות התושבים הדתיים ולא על חופש התנועה. ניתן לראות כיצד השופט ברק והשופט טל מבינים באופן מנוגד את משמעות הביטוי כבוד האדם, זה כהגנה על מערכת ערכים ליברלית-חילונית וזה כהגנה על מערכת ערכים יהודית-דתית.

הקביעה בע"א 506/88 **שפר נ' מ"י**⁷³ הנה דוגמה נוספת הממחישה את הבעייתיות באימוץ תפיסה ייחודית של כבוד האדם לצורך הכרעת הדין. בפרשה זו נדונה עתירתה של יעל שפר – ילדה בת שנתיים החולה במחלה חשוכת מרפא – באמצעות אמה, לאפשר לה לסיים את חייה בכבוד במקרה של החמרה נוספת במצבה ולא לחברה למכשירי הנשמה (או טיפול תרופתי בדרך של עירוי) בניגוד לרצונה.

השופט אלון מבקש לערוך סינתזה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כדי לברר את תוכנו של כבוד האדם בנוגע

כבוד האדם נידון יותר ויותר בהקשרים פוליטיים מובהקים. ערך כבוד האדם החשוב הופך בהדרגה לכלי פוליטי להכרעה בין תפיסות עולם מתחרות ומשמש ככלי ליצירת מציאות פוליטית דרך היכלי בית המשפט. בד בבד עם השתרותו של כבוד האדם כזכות חובקת-כול החלו עותרים משמאל ומימין לפנות לבית המשפט על מנת שיהפוך הכרעות פוליטיות בשם פגיעה בכבוד האדם.

בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר⁸², הביעו העותרים את התנגדותם להחלטתה של ממשלת ישראל לקצץ את אחוזי גמלאות הבטחת הכנסה. לכאורה נראה כי מדובר בהחלטה פוליטית מובהקת שדינה להיקבע בממשלה ובכנסת, שכן ביטול קצבאות מוגדלות למקבלי הבטחת הכנסה לזכאים מתחת לגיל 55, והפחתה דיפרנציאלית של שיעור הקצבה לכל הזכאים, הנה חלק מתוך מדיניות כוללת של ממשלה בישראל וחלק ממכלול שירותים שהמדינה מעניקה לזכאים. החלטה זו, בצירוף החלטות רבות נוספות, נבעה מתוך השקפת עולם כלכלית מגובשת והנה משוקעת בתוך אידאולוגיה ליברטנית רחבה יותר באשר לרמת המחויבות ומידת המעורבות הראויה של המדינה בכלכלה ובהענקת שירותים (למען הסר ספק, אין אני בין המצדדים באידאולוגיה זו). היינו, הממשלה אימצה מדיניות שבעינינו יש כדי להבריאה את המשק מבחינה כלכלית, אך ייתכן שקו דומה היה נקט גם ללא מצבו הקשה של המשק. כך או כך, הפחתה זו הפכה למושא עתירתה של עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי וארגונים ופרטים אחרים נגד החלטת הממשלה, אשר לטענת העותרים פגעה בזכות-יסוד חוקתית לקיום מינימלי בכבוד הכלולה בזכות לכבוד שבסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. העותרים דרשו לקבוע כי החלטת הממשלה אינה חוקתית.

בקבלת עמדת העותרים הראשונה לחייב את המדינה לקבוע רף מינימום חוקתי להגנה על הזכות לכבוד האדם בהיבטיה הכלכליים-סוציאליים נכנס בית המשפט העליון אל תוך סוגיה פוליטית סובכה המצויה בדיון ציבורי ופוליטי סוער. כל עוד הדיון על נחיצות ויעילות התכנית למשק הישראלי ולמקבלי קצבאות נערך בכלי התקשורת ובכנסת, היה הדבר חשוב ואף נחוץ כחלק מהליך דמוקרטי תקין. ואולם, בשעה שבית המשפט העליון הסכים לדון בנושא הפחתת שיעור הקצבאות במסגרת הזכות לכבוד האדם הוא אפשר לעקוף את מוקדי קבלת ההחלטות בכנסת ובממשלה ולנסות להכריע אספקט כלכלי-פוליטי אחד מתוך תכנית כלכלית-אידאולוגית רחבה יותר בהיכלי המשפט. דעת שופט המיעוט בהרכב, אדמונד לוי, הקובעת שיש לבטל את החלטות הממשלה השונות בסוגיית הקצבאות, ממחישה כי האפשרות להפיכת החלטות פוליטיות מובהקות על פיהן וליצירת מציאות פוליטית לאור הזכות הכללית לכבוד האדם קיימת וממשית. במקרים מסוימים ייתכן שהשימוש בכלי רב-העצמה של הזכות לכבוד האדם הנו מוצדק לאור אוזלת ידה של הרשות המחוקקת והמבצעת בסוגיות מסוימות; עם זאת, לא ניתן להתעלם מהבעייתיות הכרוכה בשימוש בכלי משפטי "בלתי קונוונציונלי" זה מבחינת עקרונות יסוד דמוקרטיים של הפרדת רשויות.

למעשה, הדיון התאורטי והאידאולוגי בדבר הזכות לכבוד האדם, אשר נערך בבתי המשפט, מסייע לעקוף את השיח הפוליטי-מעשי באשר לנורמות ולחוקים שמן הראוי שייחקקו. במקום לבחן מחלוקות עקרוניות

באופן מעשי ובדרך של משא ומתן בין הצדדים במסודות המיועדים לכך, מתגברת דווקא מגמת הניסיונות להכריע בסוגיות אלו בדרך משפטית, היינו להכריע אם נורמה מסוימת עולה בקנה אחד עם הזכות לכבוד האדם אם לאו בדרך של משחק סכום אפס בהיכלי המשפט.

תהליך זה משקף נדבך נוסף במגמת החיכוך שבין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת ובמגמת הפוליטיזציה של בית המשפט. ככל שהזכות לכבוד האדם הולכת ומתרחבת וכוללת עוד אספקטים של החיים הפוליטיים בתוכה, כך מוצא עצמו בית המשפט נגרר אל תוך אותם תחומים שהמחוקק טרם הסדירם בחוק. ברם, להתרחבות זו בזכות לכבוד האדם יש מחיר, שכן כאשר הזכות אוגרת נורמות כה רבות בתוכה – כפועל יוצא של הבלבול בין הצדקה לזכויות לבין הזכויות עצמן – יש לאזן את הזכות עצמה עם זכויות אחרות שנגזרו מתוכה ועם אינטרסים וערכים נוספים. לשון אחר, יש לאזן את הזכות לכבוד האדם עם עצמה. מגמה זו עשויה להפוך את הזכות לכבוד האדם לכלי משפטי-פוליטי מצד אחד ולגורם להחלשתה ולזילותה של הזכות מצד אחר. לדעתנו, זוהי מגמה שיש להימנע ממנה. כפי שאומר דוד קרצימר, כבוד האדם אינו צריך להיות מושג חובק כול: שהרי אם הוא מכיל את הכול, הוא עשוי באותה מידה שלא להכיל כלום⁸³. הגישה שנוקט בית המשפט היא בפועל גישה חובקת כול ההופכת בהדרגה את כבוד האדם למושג של תחרות פוליטית שבה הצדדים פונים לבית המשפט שיכריע ויחתוך בסוגיות פוליטיות שהצדדים לא הצליחו ליישב במישור הפוליטי. קל לראות לאן מגמה זו עלולה להוביל וכיצד הערך החשוב של כבוד האדם עלול להפוך ממושג מאחד למושג חסר תוכן או חלילה אף למושג המשקף תפיסה אידאולוגית אחת ומדיר אחרות.

69 לפרשה דומה שעניינה כיתוב חריג על מצבה בבית קברות צבאי אך תוצאתה הפוכה, ראו בבג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מוז(2) 812. בפסק הדין מוצא עצמו השופט ברק בדיעת מיעוט לעומת דעתם של השופטים גולדברג ומלך, אולם בערעור על פסק הדין בהרכב מורחב הופך בית המשפט את ההחלטה ומאמץ תפיסה אינדיבידואליסטית יותר ברוח פרשות קסטנבאום ושבזי. וראו הערעור על פסק דין זה בבג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195.

70 בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (להלן: פרשת חורב).

71 שם, בעי 20.

72 שם, בעי 182.

73 ע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87.

74 שם, בעי 102–104.

75 שם, בעי 104.

76 שם, בעי 193–194.

77 שם, בעי 188–189.

78 שם, בעי 193–194.

79 ד' הד "מעבר לחירות ולכבוד" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 649, 664.

80 שם, בעי 663.

81 לאחרונה התקבל בכנסת חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005, שהנו חוק חשוב ומפורט ביותר המסדיר את נושא המתת החסד ומסייע בהצגת קני מידה חשובים הפותרים במידה רבה את בעיית האיטוואיציה השיפוטית בהקשר של המתת חסד וכבוד האדם.

82 בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם), החלטה מיום 12.12.2005, (עותק שמור במערכת).

83 D. Kretzmer "Human Dignity in Israeli Jurisprudence" *The Concept of Human Dignity*, supra note 8, at pp. 161, 174–175.

84 וראו ר' גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידאולוגיה ומשפט" עיוני

אחד לפי תפיסתו הערכית בדבר ערך האדם ומקורו. לפיכך עדיף לקיים דיון ישיר בעניינים חשובים אלו ואחרים במוסדות המתאימים לכך ולא להסוות את השאלות הפוליטיות הקשות שיש להכריע בהן במעטה של דיון משפטי עמום בכבוד אדם.

לסיכום נקודה זו ניתן לומר כי המחלוקות והעתירות בדבר משמעותו של מושג כבוד האדם נובעות, בסופו של יום, מתוך השקפות עולם שונות באשר לנוממות, לחובות ולזכויות שמן הראוי שיגלמו את כבוד האדם. כפי שנאמר בחלקו הראשון של המאמר, אין דרך נטולת פניות מלבד מתן ביטוי קונקרטי לכבוד האדם על ידי חקיקת חוקים והוראות נורמטיביות נוספות בצורה מפורשת. אם בוחרים השופטים בדרך של פרשנות משפטית שאינה מתוחמת להימנעות מהשפלה כגישתה המצמצמת של השופטת דורנר, הם מסתכנים בכניסה לתחומו של המחוקק ובהתדיינות פוליטית ולא משפטית.

ט. סיום

במדינת ישראל התקבעה ההנחה כי כבוד האדם הנו זכות נפרדת במקום הצדקה לזכויות. במציאות הישראלית הייחודית עשויה להיות לכך הצדקה – אולם הצדקה רעיונית שכזאת מעולם לא ניתנה. במקום זאת, נקודת המוצא לדיון המשפטי והחוקתי בישראל הייתה כי זכות שכזאת אכן קיימת ושיש רק לברר את גבולותיה המשפטיים האובייקטיביים. ברי כי גבולות השיח המשפטי המשותפים על ההנחה כי כבוד האדם הנו זכות פוזיטיבית מחייבת הנם שונים מגבולות השיח שבו כבוד האדם הנו צידוק סמלי לזכויות המנויות במסמך. דומני שתובנה זו, והעדויות על הדרך שבה נוסח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, צריכים להיות ידועים למפרשי העכשוויים והעתידים.

אמנם מגמת הפנייה לבית המשפט העליון בסוגיות פוליטיות אינה חדשה⁸⁴. אך הבעייתיות היא שמגמה זו מתגברת ומתחזקת לאור גדרותיה הפרוצים והעמומים של התפיסה הקובעת שכבוד האדם הוא זכות ואמת מידה להכרעה משפטית אובייקטיבית. אופי העתירות הטוענות לפגיעה בכבוד האדם מצריך הכרעה בדבר מושג שהשופטים עצמם מודים שוב ושוב כי הוא עמום. על כן כאשר בית המשפט העליון נדרש (או בחר) להכריע אם קיצוץ מסוים באחוזים של קצבאות אבטחת הכנסה הולם את כבוד האדם או לאו, ובמקרים דומים לכך, המשמעות האמיתית היא בהיותו נדרש להכריע אם מדיניות פוליטית מסוימת נכללת בגדרי מושג כבוד האדם אם לאו – זוהי, כאמור, סוגיה חשובה שצריכה להידון ולהיות מוכרעת במוסדות המתאימים לכך. אולם בתפיסה הנוכחית של כבוד האדם כזכות אדם רחבה ואמת מידה משפטית, אין דרך לבית המשפט לעצור את סחף העתירות של פרטים, קבוצות וארגונים מכל קצות הקשת הפוליטית שיטענו לפגיעה בכבוד האדם או באי-כיבודו, ואין מבחן אמיתי שיסייע לו לקבוע ולהכריע בין שלל עתירות אלו⁸⁵.

דומני כי בית המשפט העליון החל להכיר בבעייתיות זו בבג"ץ 4128/02 **אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל**⁸⁶. גם כאן, בדומה למקרים אחרים, טענו העותרים כי הזכות לאיכות הסביבה היא חלק מהזכות הכללית לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ברם, השופט ברק קובע, ובצדק, כי "אם הזכות לאיכות סביבה ראויה כלולה בכבוד האדם, כי אז כל זכויות האדם הפוליטיות, האזרחיות, החברתיות והכלכליות נכללות בה" וכי "לא זו הדרך לפרשנות חוקתית ראויה"⁸⁷. עם זאת, השופט ברק אינו שולל את הרעיון כי מהזכות החוקתית לכבוד האדם עשויות להיגזר בעתיד זכויות נוספות⁸⁸. לדבריו, "פרשנותה הראויה של הזכות לכבוד צריכה לנווט את עצמה בין שני הקצוות" ובסוף משפט זה מפנה לדרך השלישי בספרו "פרשנות חוקתית"⁸⁹. אולם קנה המידה המוצג בספרו הנו עמום למדי, שכן השופט ברק סובר שעל פי מודל הביניים, הראוי בעיניו, ייקבע תוכנה של הזכות לכבוד האדם בהתאם לתפיסתו של הציבור הנאור בישראל⁹⁰. ברור כי קנה מידה זה אינו מבהיר מהו היקפה הראוי של הזכות⁹¹, ואף יש בו כדי להזמין ניסיונות נוספים לעצב מציאות פוליטית בישראל בדרך של הכרעה בדבר משמעותו של הביטוי כבוד האדם, במקום שהכרעה זו תיקבע בבית המחוקקים.

ההכרעה בדבר מהות כבוד האדם הנה הכרעה בדבר מהות הטוב ברמה האידיאלוגית. אנשים בעלי השקפות עולם שונות יכולים להגיע להסכמה על זכויות, על מנהגים ועל ערכים פרטניים; אולם יקשה עליהם עד מאוד להגיע להסכמה בדבר יישוב תפיסות העולם השונות שלהם כמו גם להסכמה על מהות כבוד האדם. הכרעה משפטית במובן הרחב של כבוד האדם היא למעשה הכרעה הקובעת איזו תפיסת עולם פוליטית היא נכונה יותר, צודקת יותר, יהודית-דמוקרטית יותר, נאורה יותר וכדומה. איש לא חפץ שבית המשפט יאמר לו שתפיסת כבוד האדם שלו היא צודקת או לא צודקת, נאורה יותר או פחות. זוהי הכרעה פרטית-סובייקטיבית של האדם, ולכשעצמה ספק רב אם יש לה קנה מידה משפטי. זאת הסיבה, לדוגמה, שאין טעם רב לוויכוח האידיאלוגי אם המתת חסד או הפלות תואמות את כבוד האדם אם לאו: המצדדים יצדדו והמתנגדים יתנגדו כל

משפט יט (תשנ"ה) 631; מי מאוטר "הסבירות של הפוליטיקה" תאוריה וביקורת 5 (1994) 25; ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תאוריה וביקורת 5 (1994) 7.

85 ראו לדוגמה בעניין זה ר' סיני "מאות מקבלי קצבאות יעתרו לבג"ץ כדי להוכיח שזכותם ליקיום בכבודי נפגעה" הארץ 18.12.2005.

86 בג"ץ 4128/02 **אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נח(3) 503.

87 שם, בפסקה 18 לפסק דינו של השופט ברק.

88 שם, שם.

89 ברק, לעיל הערה 2.

90 שם, בני 416.

91 לביקורת על מושג הציבור הנאור כאמת מידה משפטית ראו ד' אבנון "הציבור הנאור: יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 417; וכן מאוטר, לעיל הערה 84; שמיר, לעיל הערה 84.