

## על כבוד של כל אדם באשר הוא אדם

מאת

אהרן ברק\*

### א. על הזכות החוקתית לכבוד האדם

הזכות לכבוד האדם הוכרה בהיבטים מסוימים שלה עוד בטרם כונן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הייתה זו זכות שהוכרה על ידי הפסיקה.<sup>1</sup> היבטים אחרים הוגדרו על ידי החקיקה של הכנסת.<sup>2</sup> הוראה מפורשת בחוק יכלה להגבילה. השינוי העיקרי במעמדה של הזכות לכבוד האדם התרחש עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>3</sup> כבוד האדם – ועמו הזכויות האחרות הכלולות בחוק היסוד (חיים, גוף, קניין, חירות אישית, כניסה לישראל ויציאה ממנה, פרטיות) – הועלו לדרגה חוקתית.<sup>4</sup> חוק של הכנסת – יהא הרוב שבו התקבל אשר יהא, יהא ניסוחו מפורש כאשר יהא – אינו יכול לפגוע בזכות לכבוד האדם, אלא אם כן החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, נועד לתכלית ראויה ופגיעתו בכבוד האדם אינה עולה על הנדרש. הפגיעה תהא אפוא חוקתית רק אם היא מידתית.<sup>5</sup>

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים [...] בכבודו של אדם באשר הוא אדם",<sup>6</sup> וכי "כל אדם זכאי להגנה על כבודו".<sup>7</sup> מהו כבוד האדם בחוק היסוד?<sup>8</sup> כבוד האדם בחוק היסוד הוא כבודו של האדם באשר הוא אדם. כבוד האדם הוא ההומניות שבאדם. זהו כוחו של כל אדם לכתוב את סיפור חייו על פי רצונו ועל פי האוטונומיה הפרטית שלו. כמובן, סיפור החיים של האחד פוגע בסיפור החיים

- \* נשיא בית המשפט העליון (בדימוס); בית הספר למשפטים על שם רדזינר, המרכז הבינתחומי, הרצליה.
- 1 ראו אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם 106 (מהדורה שנייה, 2005); אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה 111 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם).
  - 2 ראו למשל חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; זכויות נאשם בדין הפלילי בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.
  - 3 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
  - 4 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 211 (1995).
  - 5 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("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").
  - 6 שם, ס' 2.
  - 7 שם, ס' 4.
  - 8 לשאלה זו ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 244.

של האחר. סיפור החיים של הפרט עשוי לפגוע באינטרסים של הכלל. מכאן התפיסה שהזכות החוקתית לכבוד האדם אינה זכות מוחלטת. זו זכות יחסית.<sup>9</sup> היא ניתנת להגבלה, ובלבד שההגבלה מידתית.

מה נכלל בגדריה של הזכות לכבוד האדם? היו שסברו כי כבוד האדם נועד להגן על הפרט מפני השפלה, ביזוי ועינויים בלבד.<sup>10</sup> גישה זו לא התקבלה בבית המשפט העליון.<sup>11</sup> כבוד האדם אינו מעניק אך הגנה בפני השפלה, ביזוי ועינויים. כבוד האדם משתרע על מכלול אנושיותו של האדם. הוא נועד לאפשר לכל אדם לטוות את סיפור חייו.

בחוקות רבות מוכרות זכויות עצמאיות רבות המגנות על אנושיותו של האדם כאדם.<sup>12</sup> מגילת הזכויות בחוקות אלה מלאה. בישראל מגילת זכויות האדם היא חלקית. רבות מהזכויות המוכרות בחוקות העולם אינן מוכרות אצלנו כזכויות עצמאיות. מכאן התפקיד המרכזי של כבוד האדם כזכות חוקתית. עם זאת, לא ניתן לקלוט בגדריו של כבוד האדם את כל הזכויות העצמאיות המגנות בחוקות השונות על אנושיותו של האדם. כל שניתן לקלוט הוא אותם היבטים של אנושיות האדם הקשורים "בקשר ענייני הדוק"<sup>13</sup> לכבוד האדם. רק היבטים דיגיטריים של הזכויות העצמאיות המוכרות בחוקות השונות, ואשר אינן מוכרות אצלנו כזכויות עצמאיות העומדות על רגליהן, נתונים להכרה בישראל באמצעות הזכות לכבוד האדם. ושוב: הזכות לכבוד האדם – כשאר הזכויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – היא זכות יחסית. היא ניתנת להגבלה על ידי חקיקה של הכנסת או פסיקה של בתי המשפט, ובלבד שהגבלה זו היא מידתית. זאת ועוד: הזכות לכבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא זכות כלפי רשויות השלטון. המשפט התת-חוקתי (חקיקה, משפט מקובל) נותן ביטוי לכבוד האדם ביחסים בין פרטים, ובלבד שהוא מידתי.<sup>14</sup>

הנה דוגמאות מספר להיקפה של הזכות לכבוד האדם, כפי שהן עולות מפסיקתו של בית המשפט העליון. כבוד האדם מגן על אישיותו של האדם<sup>15</sup> – הגדרתו העצמית, ביטוי העצמי ואישיותו. מכאן ההגנה על התפתחותו העצמית של האדם. מוכר תחום שהוא אישי לאדם ואינו מעניק לאחר זכות לחדור לתוכו. ההגנה על אישיותו של האדם מגנה על שמו ועל זכותו לדעת מי הם הוריו.<sup>16</sup> היא

9 על ההבחנה בין זכויות מוחלטות לזכויות יחסיות ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 53–56 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).

10 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 128–145 פסק דינה של השופטת דורנר (1995). ראו גם דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001).

11 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

12 ראו ס' 1 לחוק היסוד הגרמני משנת 1949 (GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND) [(GG) [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I, art. 1 (Ger.)]; ס' 10 לחוקה של דרום אפריקה משנת 1996 (S. AFR. CONST., 1996, art. 10); ס' 21 לחוקה של רוסיה משנת 1993 (KONSTITUSIJA ROSSIJSKOI FEDERATSII [KONST. RF] [CONSTITUTION] art. 21 (Russ.)).

13 פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 650–651.

14 ראו אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 363 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2013).

15 ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, פסק דינו של השופט ברק (1993), שבמסגרתו נפסק כי "שמו של אדם הוא חלק מאישיותו [...] הכרה בכוחו של אדם לשנות את שמו היא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, המהווה זכות אדם בכלל חברה דמוקרטית [...]".

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

מבטיחה לו זכות לקיום יחסי משפחה ומגנה עליו מפני אחריות ללא אשמה. היא מבטיחה לו שליטה על מידע הנוגע לו. אישיותו של האדם מגנה על נפשו, מינו, זהותו, לשונו, צורת לבושו, רגשותיו, תדמיתו ותרבותו. היא מגנה עליו מפני הטרדות (מיניות ואחרות).

כבוד האדם כולל בחובו היבטים דיגניטריים של זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות.<sup>17</sup> מכאן ההכרה בזכותו של כל אדם לקיום אנושי בכבוד.<sup>18</sup> קיום אנושי זה אינו מוגבל אך לעצם החיים. קיום אנושי בכבוד מכוון לתנאי מחיה בסיסיים, אשר יאפשרו לאדם לממש את חירותו כבן אנוש. זהו כל הנדרש להיות החיים ראויים. מכאן הזכות למזון,<sup>19</sup> למים,<sup>20</sup> למגורים,<sup>21</sup> לבריאות,<sup>22</sup> לביטחון סוציאלי<sup>23</sup> ולחינוך<sup>24</sup> – וכל זאת רק בהיבטים הדיגניטריים שלהם.

כבוד האדם מגן על ההיבטים הדיגניטריים הנוגעים לשמו הטוב של האדם,<sup>25</sup> חופש הביטוי שלו<sup>26</sup> וחופש התנועה שלו ברחבי המדינה.<sup>27</sup> כן מגן כבוד האדם על היבטים דיגניטריים של חופש המצפון.<sup>28</sup> זהו החופש לפעול על פי צוים פנימיים שהוא תופס אותם כמחייבים, ואשר הפגיעה בהם תפגע עמוקות בזהותו כאדם. גם חופש הדת – עד כמה שהוא קשור בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם – זוכה להגנה חוקתית במסגרת הזכות לכבוד האדם.<sup>29</sup> חופש הדת כולל בחובו את החופש להאמין באל ולנקוט את כל הפעולות שאמונתו מחייבת, ולהימנע מכל הפעולות שאמונתו אוסרת, והכול כדי להגשים את אמונתו הלכה למעשה. מהזכות לכבוד האדם נגזר גם החופש מדת, כלומר החופש להיות אפיקורס, אגוניסטי או אתאיסט.

הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה היבטים של שוויון הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם.<sup>30</sup> על כן הפליה על בסיס מין, נטייה מינית, צבע עור וגזע פוגעת בכבוד האדם. הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את ההיבטים הדיגניטריים של הזכות לחיי משפחה.<sup>31</sup> היא כוללת את הזכות לזוגיות<sup>32</sup> והזכות להורות.<sup>33</sup> בגדרי הזכות לזוגיות מוכרת הזכות ליצירת קשר משפחתי. זו זכותו של כל אדם ליצור קשר של זוגיות. דין המונע מבני זוג מאותו מין ליצור קשר זוגי פוגע בכבוד האדם של כל אחד מהם. הזכות למשפחה משתרעת גם על הזכות להורות – אם בהולדה (בכל דרכי ההפריה) ואם באימוץ. כאשר תא

17	ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 566.
18	שם, בעמ' 598.
19	שם, בעמ' 602.
20	שם.
21	שם.
22	שם, בעמ' 603.
23	שם, בעמ' 604.
24	שם, בעמ' 793.
25	שם, בעמ' 615.
26	שם, בעמ' 707.
27	שם, בעמ' 781.
28	שם, בעמ' 758.
29	שם, בעמ' 769.
30	שם, בעמ' 688.
31	שם, בעמ' 629.
32	שם, בעמ' 670.
33	שם, בעמ' 675.

משפחתי קיים, משתרעת הזכות לכבוד האדם על ההיבטים הדיגיטריים של חיי המשפחה, ובהם זכות ההורים וזכות הילדים. לבסוף, כבוד האדם כולל לא רק את הכניסה לחיי המשפחה אלא גם את היציאה מהם.<sup>34</sup> על כן, זכותו של אדם שהמדינה תבטיח דינים שיש בהם כדי לסיים את הקשר המשפחתי בין בני זוג.

הזכות לכבוד האדם משתרעת על ההיבט הדיגיטרי של הזכות לעבודה.<sup>35</sup> זוהי זכותו של אדם שהמדינה תבטיח לכל פרט את האפשרות להשתתף בשוק העבודה. זכות זו כוללת את הזכות שהעובד יוכל להתפרנס מעבודתו בכבוד,<sup>36</sup> הזכות לתנאי עבודה הוגנים,<sup>37</sup> הזכות להתפטר והזכות שלא להיות מפוטר מטעמים שרירותיים.<sup>38</sup> כן נכללת במסגרת זו הזכות של מעביד ועובד להתארגן,<sup>39</sup> לנהל משא ומתן קבוצתי,<sup>40</sup> לשבות ולהשבית.<sup>41</sup> לבסוף, הזכות לכבוד האדם כוללת את הזכות להליך (אזרחי, פלילי, מינהלי) הוגן, ובלבד שזכות זו קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם.<sup>42</sup> כבוד האדם היא זכותו של כל אדם באשר הוא אדם. צעיר ומבוגר, גבר ואישה, בריא וחולה בגופו או בנפשו, אסיר, עציר, תמים דרך, אזרח, תושב או זר – לכל אחד מהם עומדת הזכות לכבוד האדם.<sup>43</sup> הזכות מתחילה עם הלידה.<sup>44</sup> ניתן להכיר באינטרס הציבורי להגן על העובר בטרם הלידה.<sup>45</sup> כבוד האדם מסתיים עם המוות,<sup>46</sup> אם כי ניתן להכיר בזכויות של קרובים ובאינטרס הציבורי להגן על כבודו של אדם גם לאחר מותו. לדעתי, הזכות לכבוד האדם היא "אישית" לאדם ואינה זכות קבוצתית.<sup>47</sup> ליחיד קהילת הלהט"ב הזכות לכבוד האדם. לקהילה בתור שכזו לא עומדת זכות זו. ממילא, הזכות לכבוד האדם אינה נתונה לתאגיד.<sup>48</sup>

### ב. על הזכות החוקתית לכבוד האדם של הלהט"ב

מבנה חוקתי זה מכיר בזכותו של כל אדם לכבוד האדם, תהא נטייתו המינית אשר תהא. על כן, לכל אדם הזכות לשנות את מינו. כל אדם המשתייך לקהילת הלהט"ב זכאי לכבוד האדם ככל אדם אשר אינו משתייך לקהילה זו. חקיקה אשר אינה מאפשרת ליחיד קהילת הלהט"ב להגשים את מלוא היקף זכותו

שם, בעמ' 680.	34
שם, בעמ' 827.	35
שם, בעמ' 845.	36
שם, בעמ' 846.	37
שם, בעמ' 849.	38
שם, בעמ' 850.	39
שם, בעמ' 856.	40
שם, בעמ' 857.	41
שם, בעמ' 868.	42
שם, בעמ' 379.	43
שם, בעמ' 382.	44
שם.	45
שם, בעמ' 383.	46
שם, בעמ' 384.	47
שם, בעמ' 385.	48

לכבוד האדם לעניין זכויות אזרחיות וחברתיות אינה חוקתית, אלא אם כן היא מידתית. כך למשל, חקיקה שאינה מעניקה ליחיד קהילת הלהט"ב ביחסיהם ההדדיים את הזכות לנישואין, לברית זוגיות ולהורות – פוגעת בזכות לכבוד האדם, שכן היא פוגעת בזכות לאישיות, בזכות לשוויון ובזכות לחיי המשפחה בהיבטים הדיגיטריים שלהם. רק אם פגיעה זו היא מידתית, היא חוקתית. ודוק: איני טוען שכל הפגיעות הללו, ורבות אחרות, אינן חוקתיות. אני טוען שהן פוגעות בזכות החוקתית לכבוד האדם. פגיעות אלה עשויות להיות חוקתיות אם תהיינה מידתיות. הדבר מחייב בדיקה של כל פגיעה ופגיעה. במיוחד יש לבדוק אם תוספת היתרון החברתי הנגרמת בשל הפגיעה בכבוד האדם שקולה כנגד תוספת הנוק שהיא גורמת לכבוד האדם.<sup>49</sup>

### ג. על שמירת תוקפו של הדין הישן ושינויו

החקיקה הישראלית שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פוגעת בהיבטים שונים של הזכות לכבוד האדם של כל אדם, לרבות חברי קהילת הלהט"ב. חרף זאת, חוקתיותו של הדין הישן טרם נבחנה בבתי המשפט. ההסבר לכך הוא שהוראה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בדבר "שמירת דינים" מונעת ביקורת שיפוטית על חוקיותו של הדין הישן, לרבות כל ההוראות שבו הפוגעות בזכויות האדם. וזו לשון ההוראה:<sup>50</sup>

"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

מכוחה של הוראה זו נשלל כוחו של בית המשפט לבטל דין ישן הפוגע באופן לא מידתי בכבוד האדם. כמו כן, בית המשפט אינו יכול להורות לכנסת כיצד לפעול בתחום זה, שכן אילו עשה כן היה פוגע בהוראה בדבר שמירת הדין הישן. הוראה זו "מחסנת" את הכנסת מביקורת שיפוטית באשר לתוקפו של הדין הישן. כמובן, כל דין חדש יהא נתון לבחינת חוקתיותו.<sup>51</sup> הוראה זו היא בעלת תחולה כללית. היא חלה על כל הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא חלה על כל בעלי הזכות. היא חלה על הטרנססואלים, הומוסקסואלים, לסביות, ביסקסואלים, טרנסג'נדרים, אנשים אינטרסקס ומיעוטים מיניים אחרים. עם זאת, פגיעתה קשה במיוחד לחברי קהילת הלהט"ב, בין השאר משום שחלופות העומדות לבני זוג הטרנססואלים, כגון נישואין על פי דין דתי (כגון יהודי או מוסלמי), אינן עומדות לבני קהילת הלהט"ב.

פתרון הבעיה הוא בידי המחוקק. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".<sup>52</sup> חובה זו מוטלת כמובן גם על הרשות המחוקקת. חובתה לכבד את כבוד האדם של כל אדם; חובתה גם לשנות דין ישן הפוגע באופן לא מידתי בכבוד האדם של כל אדם. ההוראה בדבר שמירת הדינים אינה שוללת ממנה את הסמכות לעשות

49 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 419.

50 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 391.

51 ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995).

52 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כן, נהפוך הוא: היא מטילה על המחוקק את החובה לחוקק דין חדש שיגן באופן מידתי על כבוד האדם של כל אדם, לרבות חברי קהילת הלהט"ב. טבעי הוא שדין חדש זה לא ייתן הגנה מלאה לכבוד האדם של כל אדם ואדם, שכן הגנה על האחד פוגעת באחר או באינטרס הציבורי. חובתו של המחוקק היא לקבוע דין חדש ומידתי. תוכנו של דין חדש זה נתון לשיקול דעתה של הכנסת, ובלבד שהדין החדש, הגם שאינו מגשים את מלוא היקפה של הזכות לכבוד האדם, יהא מידתי.

מקווה אני שהספר שלפנינו יתרום להבנת זכויותיהם של יחידי קהילת הלהט"ב, ובעיקר לזכותם החוקתית לכבוד האדם, שהיא הבסיסית בזכויות כולן. מי ייתן והגברת הבנה זו תוביל את כנסת ישראל לעיין בשאלה הכללית עד כמה יש מקום להמשיך בשמירת הדין הישן, ובשאלה המיוחדת של תיקון מצבם המשפטי של יחידי קהילת הלהט"ב בכל הנוגע לזכויותיהם החוקתיות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.