

"אם כל הזכויות": הזכות החוקתית לחיים

יניב רוזנאי, * הלל סומר**

מאמר זה בוחן את מהותה והיקפה של הזכות לחיים. הזכות לחיים היא אחת הזכויות העתיקות ביותר, האוניוורסליות ביותר והחשובות ביותר בין זכויות האדם בעולם. גם בישראל הזכות לחיים זוכה במעמד בכיר, וכן בעיגון כפול בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכולל הן את האיסור לפגוע בזכות לחיים והן את הזכות להגנה על החיים. למרות מרכזיותה של הזכות לחיים, שאלות רבות הנוגעות בה נותרות במחלוקת וללא מענה ברור: מהו מועד תחילתה של הזכות? מהי המשמעות של החובה החיובית להגן על החיים ומה כלול בה? האם הזכות לחיים, לנוכח מעמדה, גוברת על זכויות אחרות בהתנגשה בהם? האם ניתן לגזור מן הזכות לחיים זכויות נוספות אשר לא זכו בעיגון עצמאי בחוק-היסוד בישראל, כגון הזכות לבריאות או הזכות לסביבה נאותה? מאמר זה דן בשאלות אלה בסיוע מבט השוואתי ותוך התייחסות לסוגיות משפטיות קונקרטיות חשובות, כגון עונש מוות, המתות-חסד, הפלות והזכות לחיים בעת סכסוך מזוין ובשטח הנתון בתפיסה לוחמתית. המאמר מציג גם הבדלים שונים בתפיסה המושגית של הזכות לחיים במדינות שונות, וכן את השינוי שחל בהבנה של הזכות לחיים לכיוון הוליסטי, המתייחס לחיים כאל חיים בכבוד, חיים שראוי לחיותם.

* פוסט-דוקטורנט בתוכנית האזור של בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת ניו-יורק ובמרכז מינרבה לשלטון החוק במצבי קיצון, הפקולטה למשפטים והחוג לגיאוגרפיה ולימודי סביבה, אוניברסיטת חיפה.

** מרצה בכיר, בית-הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. מאמר זה הוא נוסח מתוקן של פרק מתוך ספר בהכנה שנושאו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחילתו של פרויקט זה בקבוצת-מחקר שסייעה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בדיוניה בדבר הכנת חוקה לישראל. קבוצת החוקרים שהתמקדה בזכות לחיים, תחת הנחייתו של ד"ר הלל סומר, כללה את נעמה אבולעפיה, יניב רוזנאי ודולב קידר ז"ל. סגן אלוף דולב קידר ז"ל, מפקד גדוד "גפן" בבה"ד 1, נהרג בהיתקלות עם מחבלים במהלך מבצע "צוק איתן". מאמר זה מוקדש לזכרו. הכותבים מבקשים להודות לעידו צנג על סיוע במחקר, וכן לליאב אורגד ולקורא החיצוני על הערות מועילות.

מבוא

פרק א : מהותה של הזכות לחיים והיקפה

1. כללי
2. מועד תחילתה של הזכות לחיים
3. ערך קדושת החיים בחוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו
4. ההגנה הכפולה על הזכות לחיים בחוק־יסוד : כבוד האדם וחירותו

פרק ב : האיזון בין הזכות לחיים לבין זכויות־יסוד אחרות

1. כללי
2. הזכות לחיים מול חופש הביטוי
3. הזכות לחיים מול הזכות לקניין
4. הזכות לחיים כזכות יחסית

פרק ג : הזכות לחיים – סוגיות ספציפיות

1. עונש מוות
 - (א) כללי
 - (ב) עונש המוות במשפט הישראלי
 - (ג) עונש המוות במשפט המשווה

2. המתות־חסד

3. הפלות

פרק ד : הזכות לחיים כזכות־מסגרת?

1. הצגת השאלה
2. הזכות לבריאות כחלק מהזכות לחיים
3. הזכות לאיכות סביבה כחלק מהזכות לחיים

פרק ה : הזכות לחיים בעת עימות מזוין ובשטח הנתון בתפיסה לוחמתית

1. כללי
2. הזכות לחיים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית
3. הזכות לחיים ולביטחון והכניסה לישראל

סיכום

מבוא

- 1" זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.
- ... A1.
2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.
- ... 3.
4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

הזכות לחיים היא אחת הזכויות העתיקות ביותר, האוניוורסליות ביותר והחשובות ביותר בין זכויות האדם המוכרות בעולם. גם בישראל, שבה מגילת זכויות האדם מכילה באופן מפורש זכויות מעטות בלבד, זכתה הזכות לחיים במעמד בכורה ובהגנה כפולה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אולם למרות מרכזיותה של הזכות לחיים, מפתיע כי טרם נכתב בעולם המשפט הישראלי מאמר מקיף הבוחן אותה במלואה. מאמרנו זה מנסה למלא את החסר. במאמר חמישה חלקים: בחלק הראשון נבחן את מהותה של הזכות ואת היקפה. במסגרת חלק זה נבחן מהו מועד תחילתה של הזכות – שאלה שזכתה בחשיבות רבה במסגרת המחלוקת סביב שאלת ההפלות; נבחן את ערך "קדושת החיים", המעוגן אף הוא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נוסף על שני הסעיפים העוסקים בזכות לחיים; ונבחן את המשמעות של הכללת זכות זו בשני סעיפים שונים של חוק-היסוד – אחד האוסר פגיעה בחייו של אדם, ואחר הקובע כי כל אדם זכאי להגנה על חייו.

בחלק השני של המאמר נבחן את האיזון שבין הזכות לחיים לבין זכויות אחרות. במסגרת זו נקדיש דיון מיוחד לאיזון שבין הזכות לחיים לבין חופש הביטוי וכן לאיזון שבינה לבין הזכות לקניין. דיון נרחב יותר באיזון שבין הזכות לחיים לבין הזכות לחיים בכבוד וכן באיזון שבין הזכות לחיים לבין הזכות לפרטיות מתקיים בחלק השלישי, במסגרת הדיון בסוגיות של המתות-חסד והפלות.

בחלק השלישי של המאמר נבחן כמה סוגיות משפטיות חשובות שהדיון בהן, או לפחות חלקן, נעשה דרך הפריזמה של הזכות לחיים: עונש המוות, שהוא הדרך המובהקת ביותר שבה המדינה פוגעת, במישרין ובאופן מלא, בזכות לחיים; סוגיית המתות-החסד, המשלבת את הזכות לחיים עם הזכות לכבוד; ושאלת ההפלות.

יש זכויות שנהפכות ל"זכויות-מסגרת", המכילות בתוכן זכויות אחרות. אף שהתופעה קיימת גם במשפט המשווה, יש לה חשיבות יתרה במשפט הישראלי עקב הפסקתו של התהליך החוקתי למן כינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-

יסוד: חופש העיסוק לפני יותר מעשרים שנה. החלק הרביעי של המאמר בוחן את הזכות לחיים כזכות־מסגרת, ומתמקד בשאלה אם ניתן לגזור ממנה את הזכות לבריאות (שהרי פגיעה בבריאות עלולה לקצר את החיים) ואת הזכות לאיכות סביבה (שהרי סביבה מזוהמת עלולה אף היא לגרום לקיצורם של החיים).

החלק החמישי והאחרון של המאמר עוסק בזכות לחיים בעת מאבק מזוין ובשטח הנתון בתפיסה לוחמתית (בישראל השאלה רלוונטית ביחס ליהודה ושומרון); וכן בשאלה אם חשש לפגיעה בזכות לחיים מהווה שיקול ראוי ומכריע בהגבלת הכניסה לישראל. שאלות אלה הן מרכזיות במציאות הישראלית.

פרק א: מהותה של הזכות לחיים והיקפה

1. כללי

הזכות לחיים היא הזכות הבסיסית ביותר מכל זכויות האדם. ניתן לומר כי זכות זו מובנת מאליה. כל זכויות האדם תלויות בתהליך קיומו הביולוגי של האדם – תהליך זה הוא חייו של האדם, ואדם שאינו חי אינו יכול ליהנות מזכויות אחרות המוקנות לו.¹ לכן הגנה על החיים מהווה תנאי מוקדם להנאה מיתר זכויותיו של האדם, וכן הגנה על התשתית המעניקה את היכולת לדרון באופן משמעותי בזכויות האדם.² אכן, המשפט הישראלי רואה בזכות לחיים את ה"זכות היסודית ביותר של האדם"³ – "הזכות הבסיסית מכולן, זכות היסוד שביסוד, שבלעדיה אין זכויות אחרות".⁴ קדושת החיים, כאחד מערכי־היסוד של היהדות, נחשבה ערך מרכזי במשפט הישראלי עוד עובר לחקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעניין צימ חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר התייחס השופט זילברג למעמדה הרם של הזכות בתורת ישראל: "היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה

1 ראו: BERTRAND MATHIEU, THE RIGHT TO LIFE IN EUROPEAN CONSTITUTIONAL AND INTERNATIONAL CASE-LAW 9 (Council of Europe Publishing 2006). על הזכות לחיים ועל האיזמים שהגנה על זכות זו ניצבת בפניהם ראו גם את אסופת המאמרים: CHRISTIAN TOMUSCHAT, EVELYNE LAGRANGE & STEFAN OETER, THE RIGHT TO LIFE (2010).

2 רות גביוון **זכויות אדם בישראל** 14, 32 (1994). במאמר זה אנו דנים באופן בלעדי בזכותו של האדם לחיים, ואיננו דנים בשאלה אם גם לבעלי־חיים יש הזכות לחיים. לעניין החובה להגן על בעלי־חיים ראו בג"ץ 6446/96 **העמותה למען החתול נ' עיריית ערד**, פ"ד נה(1) 769 (1998). לדיון בהמתת בעלי־חיים ראו גיל יוחננוף **דיני בעלי חיים** 187–224 (2009).

3 ראו פס' 50 לפסק־דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סב(1) 507, 579–580 (2006).

4 ראו פס' ד(2) לפסק־דינו של השופט רובינשטיין בבג"ץ 5182/07 **ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, 22.6.2007).

פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תוצר חיים – של החיים, ולמען החיים... תוך המסגרת הסדירה של חיי החברה, ועל-פי סולם העדיפויות של תורת ישראל, החיים הם הנכס הקדוש ביותר...⁵ המשנה לנשיא אֶלון עמד גם הוא על חשיבותו של ערך חיי האדם: "כלל גדול ויסוד מוסד בעולמה של הלכה כי חיי אדם המה מן הדברים שאין להם שיעור, הן מבחינת ערכם, והן מבחינת אורכם. חיי אדם אינם ניתנים למידה ולמשקל, וכל שניה של חיי אנוש ערכה הסגולי כחיים של שנים רבות וארוכות."⁶ הפסיקה הישראלית הדגישה אפוא כי הזכות לחיים יושבת ראשונה במלכות: "הזכות לחיים ולכל דבר שהחיים תלויים בו – הזכות לנשום, הזכות לשותות, הזכות לאכול – היא אם כל הזכויות, היא האדם."⁷ כן הכיר בית-המשפט העליון בכך שהזכות לחיים והחובה להגן על החיים הן בין "הערכים הנעלים והמקודשים ביותר בשיטתנו המשפטית, בתולדות עמנו ובתולדות האנושות בכלל"⁸. לנוכח עליונותה, הזכות לחיים משפיעה גם על פגיעה בזכויות אחרות שיש להן השלכה על הזכות לחיים. כך, לדוגמה, ביחס לשירות הצבאי נאמר כי "שירות זה כרוך לא פעם בסיכון זכותו היסודית ביותר של כל פרט – הזכות לחיים ולשלמות הגוף... הפליה באשר ליקר מכל – החיים עצמם – היא הקשה שבאפליות. האדם מוכן ליתן חייו להבטחת מולדתו. הוא אינו מצפה לכל טובת הנאה מכך. הוא מצפה רק לכך שגם אחרים ינהגו כמוהו."⁹

ההגנה הבסיסית של המשפט על הזכות לחיים שזורה בחקיקה הישראלית בכמה רבדים: ראשית, שורה של הוראות בחוק הפלילי אוסרות פגיעה בחיי אדם וסיכון חיי אדם; שנית, קיים צידוק לפעול בדרך מסוימת על-מנת להגן על חיי אדם אף אם דרך פעולה זו הייתה אסורה אלמלא הצורך להגן על החיים; ושלישית, בנסיבות מסוימות קיימת חובה משפטית לפעול להצלת חיי אדם. להלן נפרט קמעה בנוגע לכל רובד.

החוק הפלילי אוסר – בשורה של איסורים שעונשים בצידם – פגיעה בחייו של אדם אחר. חוק העונשין מייחד סימן שלם לעברות של גרימת מוות.¹⁰ הסעיף המרכזי לעניין זה הוא כמובן עברת הרצח, אשר העונש המוטל בגינה הוא עונש-חובה של מאסר-עולם.¹¹ חומרת העונש ממחישה את החשיבות המוקנית לשמירה על החיים במשפט

5 ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז (2) 1319, 1333 (1963) (ההדגשות במקור).

6 ע"א 506/88 שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 87, 125 (1993). ראו גם ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (3) 673, 687 (1986).

7 בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח (2) 1, 25 (1994).

8 בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נו (6) 359, 377 (2003).

9 פס' 41 לפסק-דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006).

10 ראו ס' א בפרק י לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

11 ראו ס' 300 לחוק העונשין: "(א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד: (1) גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים, למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו; (2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם; (3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה; (4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח

הישראל. אולם המשפט הפלילי מטיל אחריות גם על מעשים אחרים המסתיימים במוות, גם ללא כוונה תחילה של מי שגרם את המוות.¹² נוסף על כך החוק קובע אף את סיכונם של החיים כעבירה, אף אם בפועל לא נפגעו החיים.¹³ מאידך גיסא, לגבי פעולות מסוימות הנעשות במצב של סכנת חיים החוק מקנה הגנה משפטית לעושה הפעולה או לזולת הגם שאותן פעולות אסורות בהעדר סכנת חיים (או סכנה לאינטרס מוגן אחר). בקטגוריה זו נכללים ה"סייגים לפליליות המעשה" בחוק העונשין, הכוללים את ההגנה העצמית,¹⁴ הצורך,¹⁵ הכורח¹⁶ והצידוק.¹⁷ כך, למשל, על-פי כללי השימוש בכוח בעת ביצוע מעצר, הקבועים בפקודת המשטרה,¹⁸ מוטלת על שוטר החובה לא לסכן חיי אדם וכן להזהיר לפני שימוש בכוח, אלא אם כן מתן האזהרה עלול לסכן את חיי השוטר או את חייו של אחר או לסכל את ביצוע המעצר.¹⁹

-
- לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש. (ב) מי שהורשע ברצח לפי סעיף 2(ו) לחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, תש"י-1950, דינו – מיתה."
- 12 ראו ס' 298 לחוק העונשין (הריגה, שעושה עשרים שנות מאסר); ס' 304 לחוק העונשין (גרימת מוות ברשלנות, שדינה מאסר שלוש שנים); ס' 302 לחוק העונשין (סיוע או שידול להתאבדות, שדינים עשרים שנות מאסר).
- 13 ראו, למשל, ס' 327 לחוק העונשין (שלילת כושר ההתנגדות באמצעים שיש בהם סכנה לחיי אדם או לבריאותו, שדינה עשרים שנות מאסר); ס' 332 לחוק העונשין (סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, שדינה מאסר עשרים שנה); ס' 338(א) לחוק העונשין (מעשי פזיזות ורשלנות, שדינים מאסר שלוש שנים); ס' 339 לחוק העונשין (הזנחת השמירה של "כלי יריה, חומר נפץ או חומר אחר שבכוחם לגרום נזק לאדם או לסכן חייו", שדינה מאסר שנה).
- 14 ראו ס' 34 לחוק העונשין, הקובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו".
- 15 ראו ס' 34 לחוק העונשין, הקובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".
- 16 ראו ס' 34 לחוק העונשין, הקובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו עקב כך".
- 17 ראו ס' 34 לחוק העונשין, הקובע, בין היתר, כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה: ... (3) במעשה הטעון לפי דין הסכמה, כאשר המעשה היה דרוש באופן מיידי לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו, או למניעת נזק חמור לבריאותו, ואם בנסיבות הענין לא היה בידו להשיג את ההסכמה".
- 18 פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה).
- 19 ראו ס' 77(ה) לפקודת המשטרה: "(1) שוטר המבצע מעצר כדין רשאי להשתמש בכוח כלפי אדם או רכוש, כדי להתגבר על התנגדות או על הפרעה לביצוע המעצר, או על נסיון בריחה ממעצר ובלבד, שהשימוש בכוח, לפי סעיף קטן זה, יהיה סביר ולא יהיה בו כדי לסכן חיי אדם. (2) בטרם ייעשה שימוש בכוח כאמור בסעיף קטן זה על מבצע המעצר להזהיר את מי שמתנגד או מפריע, כי הוא עומד לעשות כן, אלא אם כן מתן אזהרה כזו יסכל את אפשרות ביצוע הסמכויות האמורות, או יהיה בו כדי לסכן את חייו או שלמות גופו של השוטר או של אדם אחר."

לבסוף, המשפט הישראלי מטיל, למן שנת 1988, חובה על כל אדם להושיט עזרה לאדם אחר "הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו".²⁰

למרות ביטוייה הרבים והמגוונים של הזכות לחיים, בית-המשפט העליון אינו מציג תיאוריה קוהרנטית באשר לזכות זו. ייתכן שהדבר נובע מהיותה של זכות זו אינטואיטיבית ובסיסית כל-כך.

גם במשפט הבין-לאומי הזכות לחיים זוכה במעמד בכורה²¹ ומעוגנת במספר רב של מגילות בין-לאומיות של זכויות, ביניהן החשובות ביותר שהתקבלו, כגון ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948,²² האמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950²³ והאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966.²⁴ אף

20 ס' 1(א) לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998. למצב המשפטי עד לחקיקתו של חוק זה, ולעמדת המשפט העברי בנושא זה, ראו אליעזר בן-שלמה "החובה להציל נפשות במשפט העברי ובפסיקה של בית המשפט העליון בישראל" **אסיא** יד 67 (1994). לדיון בחוק ראו ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 – השראה ומציאות" **מחקרי משפט** טז 229 (2001); אסף יעקב "אפקטיביות החובה להציל – ניתוח פסיכולוגי" **עיוני משפט** כד 605 (2001).

21 על הזכות לחיים במשפט הבין-לאומי ראו באופן כללי: THE RIGHT TO LIFE IN INTERNATIONAL LAW (Bertrand G. Ramcharan ed., 1985).

22 G.A. Res. 217 A (III), Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948) (להלן: "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם"); "Article 3: Everyone has the right to life, liberty and security of person".

23 Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, C.E.T.S. No. 005 (להלן: "האמנה האירופית לזכויות אדם"); "Article 2: (1) Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law. (2) Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary: (a) in defence of any person from unlawful violence; (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection".

24 United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 19, 1966, 999 U.N.T.S. 171 (להלן: "האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות"); "Article 6: (1) Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life. (2) In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgement rendered by a competent court. (3) When deprivation of life constitutes

שהזכות עצמה מופיעה בכל האמנות האמורות, הגדרתה משתנה מעט מאמנה לאמנה: סעיף 3 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובע כי "Everyone has the right to life, liberty and security of person"; סעיף 2 לאמנה האירופית לזכויות אדם מתייחס ל-"the right to life"; סעיף 6 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מתייחס ל-"the inherent right to life"; סעיף 4 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם שם דגש ב-"the right to have [one's] life respected",²⁵ ודגש דומה מושם גם על-ידי סעיף 4 לצ'רטר האפריקאי לזכויות האדם והעמים.²⁶

מעבר להיותה מרכיב במשפט הבין-לאומי ההסכמי, הזכות לחיים מוכרת כזכות גם על-פי המשפט הבין-לאומי המנהגי.²⁷ המשפט הבין-לאומי מכיר אף הוא בעובדה שהחיים הם מאפיין הכרחי ותנאי לקיום האנושי, ורואה בהם תנאי-בלעדי-אין למימושן של זכויות האדם ולהנאה מהן.²⁸ על חשיבותה של הזכות לחיים במשפט הבין-לאומי ניתן ללמוד מכך שמדובר בזכות המוכרת כזכות עליונה, שהמשפט הבין-לאומי מגביל את היכולת לפגוע בה אף בעיתות חירום.²⁹

the crime of genocide, it is understood that nothing in this article shall authorize any State Party to the present Covenant to derogate in any way from any obligation assumed under the provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. (4) Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence. Amnesty, pardon or commutation of the sentence of death may be granted in all cases. (5) Sentence of death shall not be imposed for crimes committed by persons below eighteen years of age and shall not be carried out on pregnant women. (6) Nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the present Covenant".

Organization of American States, American Convention on Human Rights, Nov. 22, 1969, 25 "Article 4 – Right to Life: (1) (להלן: ACHR) O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life".

African Charter on Human and Peoples Rights, June 27, 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982): "Article 4: Human beings are inviolable. Every human being shall be entitled to respect for his life and the integrity of his person. No one may be arbitrarily deprived of this right".

Yoram Dinstein, *The Right to Life, Physical Integrity, and Liberty*, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS – THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS 114, 115 (Louis Henkin ed., 1981).

"All human beings are born ראו ס' 1 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, לעיל ה"ש 22: free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood".

ראו, למשל, האמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 23, ס' 15(1); האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 24, ס' 4; High Commissioner for Human Rights (HCHR),

2. מועד תחילתה של הזכות לחיים

אחת הסוגיות הטעונות ביותר בבחינת הזכות לחיים היא שאלת ההסדרה של הפלות בכלל ושאלת יכולתה של המדינה להגביל ביצוע הפלות לפי בחירתה של האישה ההרה בפרט.³⁰ בשיח האמריקאי הטעון סביב נושא ההפלות, כמו גם במדינות אחרות,³¹ מתנגדי ההפלות (דהיינו, התומכים בזכותה של המדינה להגביל את זכותה של אישה לבצע הפלה) מכנים את עצמם "pro life".³² בלב הטיעון של רבים ממתנגדי ההפלות עומדת הטענה כי החיים מתחילים עם ההתעברות, וכי בהפלה יש משום פגיעה בזכותו של העובר להיוולד או אף משום רצח של העובר. לפיכך השאלה מתי הזכות לחיים מתחילה היא שאלה רלוונטית מאין כמוה לדיון זה.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק את הזכויות בו ל"אדם", מבלי להגדיר מונח זה. זאת, כדרכם של חוקי-יסוד, הממעטים בסעיפי הגדרות. ניתן למצוא לפחות השראה לשאלה אם עובר יכול להיחשב "אדם" בחקיקה הרגילה, גם אם אין בה כדי לחייב את הפרשן החוקתי לפעול על-פיה בבואו לפרש חוק-יסוד.³³ כך, חוק העונשין קובע, בקשר לעברות ההמתה, כי לעניין עברות אלה "משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו הריהו נחשב אדם לענין סימן זה, בין שנשם ובין שלא נשם, בין שיש לו מחזור דם ובין שאין לו, בין שנכרת חבל טבורו ובין שלא נכרת".³⁴ גם בארצות-הברית נקבע כי עובר אינו "אדם" כהגדרתו בחוקה.³⁵

CCPR General Comment No. 6: The right to life (Art. 6) (30.4.1982), available at www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3 (להלן: הערה כללית מס' 6).

- 30 לדיון בנושא הזכות לחיים והפלות ראו להלן חלק ג' למאמר.
- 31 באוסטרליה הארגון המרכזי המתנגד להפלות מכונה "Right to Life Australia", ובסמלו מופיע הטקסט: "Life: the basic human right". ראו: righttolife.com.au.
- 32 רבים מהארגונים המתנגדים להפלות כוללים בשמם תמיכה בחיים – למשל: National Right to Life Committee (NRLC); American Life League, Inc. (ALL).
- 33 ראו, למשל, את עמדתו של הנשיא ברק בבג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נב(5) 206 (1998), שעליה חזר גם בבג"ץ 5261/04 **פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 446, 456 (2004). יצוין כי בעניין **אבני** הביעה השופטת שטרסברג-כהן עמדה נוגדת, שלפיה ניתן להסתייע בחוק רגיל לצורך פירושו של חוק-יסוד (השופט השלישי שישב בדיון לא הכריע בין שתי העמדות), וכי בפסיקה קודמת של בית-המשפט העליון אכן נעשה שימוש בחקיקה רגילה לצורך פרשנות של חוק-יסוד, לרבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו, למשל, בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 264, 241 (1999).
- 34 ס' 308 לחוק העונשין. לדיון בפרשנותו של סעיף זה ראו ת"פ (שלום צפת) 1188-05 **מדינת ישראל – פרקליטות מחוז הצפון – פילי נ' חורי** (פורסם בנבו, 18.11.2009); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1620-07-10 **מדינת ישראל נ' ציינצ'ולקר** (פורסם בנבו, 6.7.2011); יורם רבין ויניב ואקי "ההגנה על חייו של העובר במשפט הפלילי" **משפט ועסקים יט 1** (2015).
- 35 Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 158 (1973): "All this, together with our observation, supra, that throughout the major portion of the 19th century prevailing legal abortion practices

אף אם ניתן באופן עקרוני לגרוס, על בסיס פרשנות חוקתית רחבה, כי העובר עשוי להיות "אדם", לפחות בשלבים המאוחרים של ההיריון, ניתן לטעון כי הגדרת "אדם" וזכאותו של "אדם" לזכויות הן שני דברים שונים. בהקשר זה ראוי להזכיר את סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, הקובע כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". יצוין כי יש בחקיקה הישראלית הוראות המקנות זכויות מסוימות לעובר. כך, למשל, חוק הירושה, התשכ"ה-1965, קובע כי עובר שנולד תוך שלוש מאות ימים לאחר מות המוריש יורש אותו,³⁶ וכי העובר זכאי למזונות מן העיזבון לאחר לידתו.³⁷ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מתיר למנות אפוטרופוס לעובר.³⁸ עם זאת, העמדה המשפטית הרווחת היא כי "בכל מקום שהיה המחוקק סבור, שקיימת זכות של העובר, שלמען הגנה עליה יש למנות אפוטרופוס – מוצא הדבר ביטוי מפורש בחוק".³⁹ דהיינו, ברת-המחדל, בהעדר הוראה נוגדת כלשהי, היא שהעובר אינו זכאי לזכויות.⁴⁰

נראה, לפיכך, כי דינה של הזכות החוקתית לחיים כדיןן של זכויות אחרות, והיא מוקנית לכל אדם עם לידתו. זאת גם גישתו הכללית של המשפט הבינ-לאומי, המכיר בתחילתה של הזכות לחיים בעת לידת האדם. חריגים לגישה זו ניתן למצוא באמנה הבינ-לאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, הכוללת התייחסות ייחודית לזכותו של העובר שטרם נולד, בקובעה כי לא יבוצע עונש מוות על אישה הרה,⁴¹ וכן באמנה האמריקאית לזכויות אדם, המציינת מפורשות כי הזכות לחיים חלה באופן כללי ממועד ההתעברות.⁴² באשר למשפט האירופי, הוועדה האירופית לזכויות אדם (European Commission on Human Rights) קבעה בפרשת *Paton* כי אין זכות מוחלטת מרגע ההתעברות, אולם היות שנסיונות המקרה לא חייבו הכרעה בעניין, הותירה הוועדה ללא מענה את השאלה אם סעיף 2 לאמנה האירופית לזכויות אדם אינו מגן על עוברים כלל או שמא עומדת לעובר זכות לחיים בכפוף למגבלות משתמעות.⁴³ חשוב לציין כי בפרשת *H. v. Norway* ציינה הוועדה כי הואיל והחקיקה הלאומית בעניין הפלות שונה באופן משמעותי בין המדינות החברות, יש להקנות בעניין כה עדין

were far freer than they are today, persuades us that the word 'person,' as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn" Kelly J. Hollowell, *Defining a Person under the Fourteenth Amendment: A Constitutionally and Scientifically Based Analysis*, 14 REGENT U. L. REV. 67 (2002).

36 ס' 3(ב) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

37 שם, ס' 57(ד).

38 ס' 33(א)(6) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

39 ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57, 82 (1981).

40 ראו טובה שטרסברג-כהן "מעמד העובר במשפט הישראלי" *רפואה ומשפט* 28, 8 (2003).

41 ס' 6(5) לאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 24.

42 ס' 1(4) ל-ACHR, לעיל ה"ש 25.

43 *Paton v. United Kingdom*, App. No. 8416/78, 3 Eur. H.R. Rep. 408 (1980).

שיקול-דעת למדינות.⁴⁴ סוגיה זו טרם הוכרעה אפוא באופן חד-משמעי במשפט האירופי.⁴⁵

במשפט הישראלי, בפסק-הדין הידוע בעניין נחמני נ' נחמני,⁴⁶ הביעו שופטי בית-המשפט העליון דעות שונות ביחס לזכות לחיים ותוקפה בהקשר של הסכסוך על הביציות המופרות. השופט טירקל ציין כי "הזכות לחיים היא זכות יסוד שנתקדשה בתולדות עמנו ובתולדות האנושות בכלל... אינני יודע אם ניתן לייחס בכלל לביציות המופרות אינטרס להיוולד, הראוי להכרה מוסרית... אולם תחושת המוסרית מביאה אותי למסקנה שעצם קיומו של פוטנציאל חיים זה, יהא משקלו אשר יהיה, מטה את הכף לזכותה של [העותרת]."⁴⁷ השופטת שטרסברג-כהן רואה את הדברים אחרת. לדבריה:

"הביצית המופרית היא מטען גנטי של שני בני הזוג במצב פרה-עוברי המוקפא סמוך לאחר ההפריה. הוא מורכב ממספר תאים בודדים, ללא הפרדה בין מה שעתידי להיות עובר לבין מה שעתידי להיות שיליה. אין מדובר בשימור חיים קיימים, אלא בקידום פוטנציאל של חיים. אין מדובר בשימור חיים שנוצרו, אלא ביצירת חיים יש מאין. חברה שבה זכאי הפרט לתכנן את המשפחה ואת ההולדה, חברה שאינה מחייבת ליצור חיים, אף לא כצו מוסרי (למעט כצו דתי), איננה יכולה לכפות על אדם ליצור חיים בעל-כורחו בשם הזכות לחיים. יצירת חיים מהווה נושא נבדל לחלוטין משימור חיים קיימים... לא ניתן למצוא בערך המקודש והעליון של החיים עילה או הנמקה לכפות על מי מבני הזוג ליצור חיים בתהליך הפריה חוץ-גופית; לא ניתן לוותר על הסכמת מי מבני הזוג להשתלת הביציות המוקפאות בפונדקאית. לא ניתן להמשיך בתהליך ללא הסכמת שני בני הזוג שתמרו את מטענם הגנטי. אין לקדושת החיים ולא כלום עם שיקולים להמשיך תהליך ההפריה, בכפייה, בשלב מוקדם זה של טרום יצירת חיים."⁴⁸

אכן, סוגיית החלתה של הזכות לחיים על עוברים לא התעוררה במקרה זה, ויש להבחין בין הזכות לחיים של עובר לבין השאלה שנידונה בפרשת נחמני. בצדק העיר הנשיא ברק, בסיום פסק-דינו, כי "יצאתי מתוך ההנחה כי הביצית המופרית אינה 'עובר'; כי היא בשלב 'פרה-עוברי'... לא עסקנו אפוא כלל במעמד החוקתי שיש לעובר, ולא שקלנו את ההיבטים החוקתיים מזווית ראייה זו. לא עמדה לפנינו הדילמה של חיים או

44 H. v. Norway, App. No. 17004/90, 155 Eur. H.R. Rep. 73 (1992)

45 ראו: DAVID J. HARRIS, MICHAEL O'BOYLE, EDWARD P. BATES & CARLA M. BUCKLEY, LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 219 (2014); Jakob Pichon, *Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France*, 7 GERMAN L.J. 433 (2006); ELIZABETH WICKS, THE RIGHT TO LIFE AND CONFLICTING INTERESTS 73-75 (2010)

46 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).

47 שם, בעמ' 736-737.

48 שם, בעמ' 693 (ההדגשות הוספו).

אי־חיים. השאלה היחידה שעמדה לבחינתנו היא היחס בין רצונה של [העותרת] להיות אם ילדו של [המשיב], ואי־רצונו של [המשיב] בכך".⁴⁹ לפיכך סוגיית זכותו של העובר לחיים לא עמדה לבחינה חוקתית, וטרם הוכרעה באופן מוחלט.

3. ערך קדושת החיים בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיל כמה התייחסויות לזכות לחיים ולשלמות הגוף. כבר בתחילתו של חוק־היסוד בולטת ההתייחסות של פסקת עקרונות־היסוד (סעיף 1 לחוק־היסוד) לערך "קדושת החיים":

1. עקרונות יסוד

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.⁵⁰

פסקה זו, כדברי פרופ' ברק, היא "הרוח" מאחורי 'החומר' שממנו קורצו זכויות האדם.⁵¹ היא מבטאת את העקרונות המונחים בבסיס זכויות־היסוד של האדם בישראל, ונראה כי קביעת תוכן של הזכויות המוגנות תהא מושתתת על עקרונות אלה, ובכלל זה על יסוד קדושת חייו של האדם.⁵² מקור המונח "קדושת חיים" הוא דתי.⁵³ אכן, במשפט העברי הגנת החיים קשורה לשיקולים דתיים. האיסור הראשון בתורה הוא "שפך דם

49 שם, בעמ' 792.

50 ההדגשה הוספה. באופן מעניין, כותרתו של ס' 1 המקורי להצעת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, של חבר־הכנסת פרופ' אמנון רובינשטיין, הייתה "קדושת החיים" ונוסח הסעיף היה כדלקמן: "חייו של אדם קדושים הם". ראו נוסח מלא מתוך פרוטוקול ישיבה מס' 288 של הכנסת ה־12 (19.4.1991). במהלך דיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט הוחלט להשמיט נוסח זה ולהחליפו באחר. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־12 (1.7.1991).

51 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 301 (1995).

52 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב 944 (מהדורה חמישית, 1996).

53 ראו: Kurt Bayertz, *Introduction: Sanctity of Life and Human Dignity, in SANCTITY OF LIFE AND HUMAN DIGNITY* xi, xiii (Kurt Bayertz ed., 1996). דיון לגבי השורשים הדתיים של המונח התקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 20.1.2004, במסגרת הדיון בדבר הזכות לחיים. פרופ' דניאל סינקלר טען כי מקור המונח בצורות, וכי משמעותו היא ש"לכל חיים יש קדושה מהותית, ולכן אסור לקחת את החיים בשום מקרה". מיכאל ויגודה טען כי גם אם המושג "קדושת החיים" כשלעצמו אינו מופיע במקורות, הוא מבטא רעיון המושרש עמוק במקורות היהודיים, שלפיו "מדובר בדבר שרחוק מן האדם, שאסור לגעת בו, שצריך להתייחס אליו ביראת כבוד ובחזרה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 390 של הוועדה לחוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־16 (20.1.2004) main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstProtocol390.aspx.

האדם, באדם דמו ישפך"; זאת, הואיל ו"בצלם אלהים עשה את האדם".⁵⁴ אכן, רק אלוהים רשאי להמית, ואסור לאדם להמית אלא במצוות האל. נוסף על כך, הלכה מפורסמת היא שקיום המצוות ורוב האיסורים הכתובים בתורה כפוף לפיקוח נפש, כלומר, יש לקיימם רק כל עוד אין הדבר מוביל לסכנת נפשות: "וחי בהם – ולא שימות בהם".⁵⁵ נראה כי החיים, בהתאם למונח "קדושת החיים", נחשבים ערך כשלעצמם, ויש להגן עליהם ללא קשר לליקויים הפיזיים או הנפשיים של האדם, וכן בהתעלם מתועלתם החברתית של החיים.⁵⁶ עמד על כך המשנה לנשיא אֶלֶוֹן:

"... שאין אנו מוסמכים, ואין אנו רשאים, להבדיל באיזו צורה שהיא בערכו של האדם – בין עשיר בין עני, בין שלם בגופו לבין בעל מום, בין בריא בנפשו לבין לקוי בשכלו. כל בני האדם, באשר נבראו בצלם אלוהים, שווים הם בערכם ובסגולתם."⁵⁷

לפי גישה זו, אין הבדל בין ערך חייו של אדם עם לקות לבין ערך חייו של אדם בריא.

4. ההגנה הכפולה על הזכות לחיים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

נוסף על סעיף עקרונות היסוד, הזכות לחיים זוכה ב"הגנה כפולה" בחוק היסוד. סעיף 2

54 בראשית ט 6.

55 בבלי, סנהדרין עד, ע"א. עור על הזכות לחיים וקדושת החיים במשפט העברי ראו חיים ה' כהן **זכויות אדם במקרא ובתלמוד** 15–20 (1989); נחום רקובר "אשר יעשה אתם האדם נחי בהם" – על קדושת החיים ועל מסירות הנפש "פרשת השבוע" 206 (2004); ירדנה קופי-יוסף "לכם שבת מסורה, ואי אתם מסורין לשבת" – על קדושת החיים וזכויות החולה" **פרשת השבוע** 111 (2002).

56 ראו: GLANVILLE WILLIAMS, *THE SANCTITY OF LIFE AND THE CRIMINAL LAW* 30 (1958); Albin Eser, "Sanctity" and "Quality" of Life: An Historical Review from a German Perspective, 29 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 11 (2000).

57 ר"ע 698/86 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"ד מב(2) 661, 676 (1988) (ההדגשה במקור). ראו גם את דבריו של השופט אור ברע"א 5587/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר (קטין) על-ידי הוריו ואפוטרופסיו הטבעיים אכר וכהן**, פ"ד נא(4) 830, 852, 854 (1997) (להלן: **עניין אכר (קטין)**): "אכן, איננו מקבלים את הגישה, כי קטין במצבו של [המשיב], הינו פחות מבן אדם, או שהוא נמצא במצב שהוא פחות, מאיזו בחינה שהיא, מחיים... [המשיב] אינו פחות מאדם. חייו אינם פחותים מחייו של אדם בריא. איננו בוחנים את התועלת שבביצוע פרוצדורה רפואית, אשר יש בה כדי להאריך את חייו של פלוני, על-פי שיפוטנו בדבר איכות חייו, או בדבר ערכו של אותו אדם לחברה... כאשר מדובר בילד, הסובל מלידתו מליקויים – גם ליקויים קשים, כמו במקרה שבפנינו – חייו, על מוגבלותם, הם השלם שממנו נהנה אותו ילד. מבחינתו של [המשיב], דרך חיים אחרת מעולם לא באה בחשבון. איכות חייו, היא אותה איכות אשר מתאפשרת נוכח הליקויים הקשים שבהם נפגע. זהו, מבחינתו, עולם ומלואו. חיים אלה אינם ראויים להגנה פחותה מחייו של ילד אשר נולד והתפתח באופן נורמלי."

לחוק-היסוד, שכותרתו "שמירה על החיים, הגוף והכבוד", קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". סעיף 4 לחוק-היסוד, שכותרתו "הגנה על החיים, הגוף והכבוד", מוסיף וקובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". משמעותה של הגנה כפולה זו היא שהזכות לחיים, יחד עם הזכויות לשלמות הגוף ולכבוד, טומנת בחובה הן היבט שלילי (החובה לא לפגוע בחיים) והן היבט חיובי (החובה להגן על החיים).⁵⁸ יצוין כי הגנה כפולה זו מיוחדת לזכות לחיים, לזכות המשלימה אותה לשלמות הגוף ולזכות לכבוד. הזכויות החוקתיות האחרות בישראל לא זכו בהגנה כפולה.

כך כותב בהקשר זה פרופ' ברק בספרו **פרשנות במשפט**:

"הזכות הפוזיטיבית המרכזית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא ההגנה על החיים, הגוף והכבוד.⁵⁹ חוק-היסוד מבחין בין החובה המוטלת שלא לפגוע בחיים, בגוף או בכבוד,⁶⁰ לבין החובה להגן על החיים, הגוף והכבוד. החובה הראשונה היא ביטוי לחירותו של האדם ולזכותו שלא להפגע על-ידי פעולות הזולת. החובה השנייה היא ביטוי לחובת הפעולה המוטלת על הזולת 'להגנה' על החיים, הגוף או הכבוד. חובה פוזיטיבית זו מכוונת לכל רשויות השלטון. 'כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה'.⁶¹ על כן, עשויות להיות מוטלות חובות על הרשות המבצעת להגן על חייו, גופו או כבודו של האדם."⁶²

בהמשך הדברים מבהיר פרופ' ברק כי החובה החיובית להגן על הזכות לחיים עשויה להיות מוטלת גם על הכנסת, ומשמעותה היא שהכנסת תהיה חייבת, במקרה המתאים, לחוקק חוקים לצורך הגנה על חייו.

"חובות אלה עשויות להיות מוטלות גם על הרשות המחוקקת. הכנסת עשויה להדרש, אפוא, לנקוט בפעולת חקיקה הדרושה כדי להגן על חייו, גופו או כבודו של האדם מפני פגיעה בהם על-ידי הזולת. כמוכן, חופש העיצוב של ההסדר החקיקתי נתון למחוקק. עם זאת, חופש זה אינו מוחלט. המחוקק חייב לנקוט

58 אהרן ברק "הקדמה לספר" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 5 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). על מהותן של זכויות חוקתיות חיוביות ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 513–535 (2010).

59 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

60 ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

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

62 ברק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 365. ראו גם בג"ץ 161/94 **אטרי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.3.1994); בש"פ 3045/94 **עיסוי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 24.6.1994).

באותה אופציה חקיקתית, אשר יותר מכל אופציה אחרת, מגינה על החיים, הגוף
או הכבוד.⁶³

באופן מעניין, דווקא ההיבט החיובי – החובה להגן על הזכות לחיים – עמד במוקד הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעת הכנתה של הצעת חוק-היסוד. בדיון הראשון בהצעת חוק-היסוד ציין שלמה גוברמן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, כי אי-אפשר לקיים את החובה לדאוג לקיומה של הזכות לחיים, וכי "לא מוטלת על המדינה חובה לשמור על חיי התושבים". יושב-ראש הוועדה, אוריאל לין, חלק על גוברמן בנושא זה. בישיבה מאוחרת יותר ביקש גוברמן מיושב-ראש הוועדה לשקול פעם נוספת את הרעיון שכל אדם זכאי להגנה על גופו, שכן הביטוי "כל אדם זכאי להגנה" מטיל, לדבריו, חובה "שהמדינה לא תוכל לעמוד בה". לין עמד על דעתו, באומרו כי "זהו מסוג הנושאים שהייתי מזיז הרים ולא זו מדעתי – אני כל כך בטוח שחייבת להיות חובה על רשויות המדינה לתת הגנה לחייו של הפרט, ואני כל כך מצר על כך ששר המשפטים לא מקבל את השקפתי בנושא זה".⁶⁴

ההגנה הכפולה, הכוללת היבטים חיוביים ושלייליים, אינה ייחודית למשפט הישראלי.⁶⁵ כך, המשפט הבין-לאומי קובע כי ההגנה הבסיסית על הזכות לחיים מטילה חובה שלילית כללית בדמות איסור נטילה מכוונת או שרירותית של חיים, כלומר, איסור נטילת חיים לא בהתאם לחוק.⁶⁶ מדינות רשאיות כמובן להתיר שימוש בכוח קטלני לשם מניעת אובדן גדול יותר של חיים. סעיף 2(2) לאמנה האירופית לזכויות אדם, למשל, מציין את הנסיבות שבהן נטילת חיים מותרת.⁶⁷ במקרה שבו הרגה המשטרה חשודים של הצבא האירי הרפובליקאי (IRA) קבע בית-המשפט האירופי לזכויות אדם כי השימוש בכוח קטלני חייב להיות הכרחי באופן מוחלט ("absolutely necessary") לשם השגת אחת מן התכליות הקבועות בסעיף 2(2), וכי יש חובה לחפש חלופות לשימוש בכוח קטלני.⁶⁸

נוסף על החובה השלילית בדמות איסור הפגיעה בחיים, הזכות לחיים מטילה חובה חיובית על מדינות להגן על הזכות לחיים.⁶⁹ הוועדה לזכויות אדם של האו"ם

63 ברק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 365–366.

64 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 4–6 (1.7.1991); פרוטוקול ישיבה מס' 281 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 31 (15.7.1991).

65 Wicks, לעיל ה"ש 45, פרק 3.

66 Colombia v. Duentes Guerrero et al., Case 11.519, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 61/99 (adopted on Apr. 13, 1999), OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 6 rev. (1999); Moreno Moreno v. Colombia, Case 11.019, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 5/98, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., at 416 (1997).

67 ראו האמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 23.

68 Özgür McCann v. United Kingdom, 324 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 63 (1996) ראו גם Gündem v. Turkey, 2000-III Eur. Ct. H.R.

69 ראו HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 45, בעמ' 207–212.

(UNHRC), אשר הכירה בזכות לחיים כ"זכות נעלה", הבהירה כי הזכות לחיים דורשת שמדינות יאמצו אמצעים חיוביים להגנה על החיים. בהקשר זה סברה הוועדה כי רצוי שהמדינות החברות ינקטו את כל האמצעים האפשריים להפחתת תמותת ילדים ולהארכת תוחלת החיים.⁷⁰ אכן, טריבונלים בין-לאומיים קבעו כי הזכות לחיים נושאת עימה חובות חיוביות המוטלות על המדינות. בפרשת *Osman v. UK*⁷¹ קבע בית-המשפט האירופי לזכויות אדם כי סעיף 2.1 לאמנה האירופית לזכויות אדם מצווה על מדינות לא רק להימנע מנטילה מכוונת ובלתי-חוקית של חיים, אלא גם לנקוט צעדים מתאימים לשם הגנה על חיי אלה המצויים בתחום אחריותה. מדינות מחויבות להגן על החיים – בין היתר באמצעות חקיקה פלילית שתכליתה להעניש פרטים הפוגעים בזכותם של אחרים לחיים – ונדרשות לנקוט את כל הצעדים הסבירים כדי להבטיח שהזכות לחיים תהא מוגנת בתחום שיפוטן. בפרשת *Akkoc v. Turkey*⁷² קבע בית-המשפט האירופי לזכויות אדם כי טורקיה הפרה את הזכות לחיים, שכן אף שהנרצח נחשף לכמה איומי רצח, לא נקטו הרשויות הטורקיות צעדים מספיקים כדי להגן עליו מפני רצח. בפרשת *Edwards v. UK*⁷³ מצא בית-המשפט האירופי לזכויות אדם כי בריטניה הפרה את הזכות לחיים מפני שלא הגנה על חייו של הקורבן בעודו בכלא, וכן משום שלא ערכה חקירה אפקטיבית בדיעבד. באופן דומה, בפרשת *Barbato v. Uruguay*⁷⁴ שנסבה על התאבדותו של אסיר בכלא, הטילה הוועדה לזכויות אדם של האו"ם אחריות על ממשלת אורוגוואי, משום שזו לא נקטה את האמצעים המתאימים לשם הגנה על חיי האסיר.⁷⁵ הזכות לחיים מטילה על מדינות גם את החובה הפרוצדורלית לחקור נסיבות של נטילת חיים על-ידי כוחות ביטחון.⁷⁶ כך, למשל, נקבע כי מעורבותה של מדינה

70 ראו הערה כללית מס' 6, לעיל ה"ש 29.

71 *Osman v. United Kingdom*, 1998-VIII Eur. Ct. H.R. 101. להרחבה על מבחני אוסמן ראו: Franz Christian Ebert & Romina I. Sijniensky, *Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?*, 15 HUM. RTS. L. REV. 343 (2015). ראו גם: Öneriyildiz v. Turkey, 2004-XII Eur. Ct. H.R., ¶ 89 (החובה החיובית להגן על הזכות לחיים כוללת קביעת מסגרת חוקית ומנהלית שתבטיח הרתעה יעילה מפני איומים על הזכות לחיים, גם ביחס לפעילויות מסוכנות).

72 *Akkoc v. Turkey*, 2000-X Eur. Ct. H.R.

73 *Edwards v. United Kingdom*, App. No. 46477/99, 35 Eur. H.R. Rep. 19 (2002).

74 Human Rights Committee, *Barbato v. Uruguay*, Comm. No. 84/1981, para. 11, U.N. Doc. Supp. A/38/40 (1983), available at www1.umn.edu/humanrts/undocs/session38/84-1981.htm.

75 ראו את דברי הוועדה, שם, פס' 9.2: "...in all the circumstances the Uruguayan authorities either by act or by omission were responsible for not taking adequate measures to protect his life, as required by article 6(1) of the Covenant".

76 ראו HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 45, בעמ' 214–218; WICKS, לעיל ה"ש Peter Ferguson, *The Right to Life: Some Procedural Requirements*, 151 ; 68–64 בעמ' 45, NEW L.J. 808 (2001); Susan Nash, *The Right to Life*, 151 NEW L.J. 667 (2001).

בהיעלמות כפויה של אנשים מהווה הפרה של הזכות לחיים. בהחלטה פורצת-דרך של בית-המשפט הבין-אמריקאי לזכויות אדם (Inter-American Court of Human Rights), בפרשת *Rodríguez v. Honduras*,⁷⁷ קבע בית-המשפט כי מדינה אחראית להיעלמות כפויות, ומוטלת עליה החובה לחקור היעלמות. באופן דומה, בפסק-דין *Tas v. Turkey*⁷⁸ – אשר דן בעתירתו של אדם שבנו נעלם בעקבות מעצר על-ידי כוחות ביטחון והונח כי הוא מת – נמצא כי טורקיה הפרה את הזכות לחיים בשל מתדלה בחקירת נסיבות המוות.

באשר לסעדים חוקיים במקרים של הפרת הזכות לחיים, בקשות לסעדים משלבות פעמים רבות טענות בדבר הפרת הזכות להליך הוגן ויחס משפיל ולא-אנושי יחד עם הפרת הזכות לחיים. כאשר העונש המוטל הוא עונש מוות, לעיתים התרופה היא המרת העונש בעונש של מאסר-עולם. סעד נוסף הוא סירוב להסגיר עבריין למדינה שבה הוא צפוי לעונש מוות. בצמד הליכים שננקטו נגד קנדה עתרו שני נאשמים נגד הסגרתם לארצות-הברית, בטענה כי הסגרה כזו תהווה הפרה של חובתה של קנדה להגן על זכויות המוגנות באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שכן בשני המקרים היו העותרים צפויים לעונש מוות. בפרשת *Kindler*⁷⁹ דובר על הוצאה להורג באמצעות זריקה קטלנית, והוועדה לזכויות אדם של האו"ם דחתה את העתירה. לעומת זאת, בפרשת *NG*⁸⁰ דובר על הוצאה להורג באמצעות גז ציאניד, והוועדה סברה כי הסגרה בתנאים אלה תציב את העותר בפני סיכון אמיתי שהוא ייחשף ליחס משפיל ולא-אנושי. באופן דומה, בעתירה נגד בריטניה קבע בית-המשפט האירופי לזכויות אדם כי בהתחשב בזמן ההמתנה הממושך עד להוצאה להורג, הסגרת אדם הצפוי לעונש מוות תפר את זכותו לא להיחשף ליחס לא-אנושי.⁸¹ מקרים אלה מלמדים כי באמצעות האיסור המוטל

Velásquez Rodríguez v. Honduras, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4, at 291 (July 29, 1988), available at www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_12d.htm; Human Rights Committee, Herrera Rubio v. Colombia, Comm. No. 161/1983, para. 10.3, U.N. Doc. A/43/40 (1988), available at www1.umn.edu/humanrts/undocs/session43/161-1983.htm "States parties should take specific and effective measures to prevent the disappearance of individuals and establish effective facilities and procedures to investigate thoroughly, by an appropriate impartial body, cases of missing and disappeared persons in circumstances which may involve a violation of the right to life".

⁷⁸ Tas v. Turkey, App. No. 24396/94, 33 Eur. H.R. Rep. 15 (2001)

⁷⁹ Human Rights Committee, Kindler v. Canada, Comm. No. 470/1991, para. 18, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), available at www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/dec470.htm

⁸⁰ Human Rights Committee, Chitat Ng v. Canada, Comm. No. 469/1991, para. 10.5, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), available at www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/dec469.htm

⁸¹ Soering v. United Kingdom, 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1989)

על עינויים וענישה לא-אנושית ומשפילה ניתן להגן גם על הזכות לחיים. סוג נוסף של סעד חוקתי הוא הענקה של פיצויים במקרה של הרג בלתי-חוקי או היעלמות.⁸² כפי שראינו לעיל, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מטיל על המדינה חובות חיוביות ושליליות באשר להגנה על הזכות לחיים. החובה השלילית היא האיסור החל על נטילה מכוונת או שרירותית של חיים בניגוד להוראות החוק. לכך יש חשיבות יתרה ביחס להפעלת כוח על-ידי כוחות ביטחון.⁸³ בית-המשפט העליון הבהיר כי גם "שוטרים העוסקים במלאכת אכיפת החוק, הנאלצים להתמודד עם מצבים קשים, כפופים להוראות החוק".⁸⁴ בפרשה אחת, שבה שוטר אשר לא היה נתון בסכנת חיים ירה למוות בפורץ רכב שניסה להימלט, נקבע כי השוטר פעל לא בהתאם להוראות הפתיחה באש של המשטרה, וכי היו פתוחות לפניו דרכים אחרות, קיצוניות פחות, לסכל את נסיון ההימלטות.⁸⁵ על חשיבותה של הזכות לחיים בהקשר זה ניתן ללמוד מהחלטת בית-המשפט העליון להחמיר את העונש שנגזר על השוטר על-ידי בית-המשפט המחוזי, בציינו כי –

"יש לזכור כי המערער הורשע בעבירת הריגה ועל כן על העונש שהוטל עליו לשקף את ערך קדושת חיי האדם במשפטנו. על העונש להלום את חומרת מעשהו של המערער שבירי בלתי מוצדק גרם למוותו של אדם, וזאת אף אם אותו אדם היה עברייני, שאינו מעורר אהדה יתרה."⁸⁶

מעבר לחובה השלילית לא לפגוע בחיי אדם, מוטלת על המדינה כאמור גם החובה החיובית להגן על החיים. כך, למשל, נקבע כי בעת הפעלת סמכות חקירה פלילית תוך החזקת הנחקר במשמורת, מוטלת על המדינה חובה מושגית עקרונית לדאוג לשלומו של הנחקר – הן בהיבט הפיזי והן בהיבט הנפשי. כלומר, הפעלת סמכות זו מחייבת את החוקר, בין היתר, לכבד את זכותו של הנחקר לחיים, ואין הימצאותו של אדם בחקירה משטרתית כשהוא נתון בתנאי מעצר מפקיעה את זכויותיו החוקתיות להגנה על גופו ועל נפשו. בית-המשפט ציין כי אחריות המדינה להגנה על שלומו הגופני של הנחקר מתעוררת לא רק במישור המשפטי-הציבורי, אלא גם במישור של דיני הנזיקין. עוד הוסיף בית-המשפט כי קיומה של חובה זו אינו רק עניינו של הנחקר, אלא זהו עניינה של

82 עניין *Rodríguez v. Honduras*, לעיל ה"ש 77.

83 ראו, למשל, חאלד גנאים, דורון מנשה ומרדכי קרמניצר "גבולות השימוש בכוח קטלני בעת מעצר" **מחקרי משפט** כה 703 (2009) (המציעים כי יש להתנות את ההיתר לשוטר להשתמש בכוח קטלני שיש בו כדי לסכן חיי אדם בקיומה של סכנה מוחשית ומיידית לחייו של אדם או לשלמות גופו).

84 פס' 14 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש בע"פ 8133/09 **מזרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.7.2010).

85 ש.ם.

86 ש.ם.

החברה כולה, שכן בעניינים אלה – של עיצוב נורמות של זכויות אדם, מוסר ואתיקה – נבחנת רמתה המוסרית והאנושית של החברה.⁸⁷ שאלה מעניינת בדבר החובה הפעילה של המדינה להגן על הזכות לחיים התעוררה בפסק-דין מימון-כהן נ' שר החוץ,⁸⁸ שבו נידונה השאלה אם המדינה חייבת לבקש את הסגרתו – או את העברתו לישראל לצורך שיפוט – של אזרח ישראלי העומד לדין במדינה זרה שבה הוא צפוי לעונש מוות אם יורשע. בית-המשפט העליון ניסח שאלה זו כך: האם עומדת לעותר, במישור המשפט הפנימי, זכות לכפות על המדינה את ההתערבות הנדרשת לטובתו? בדונו בשאלה זו פנה בית-המשפט אל הזכות לחיים ואל ערך קדושת החיים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית-המשפט העליון פסק כי אכן החובה לכבד את הזכות לחיים אינה מתמצה בחובתה הסבילה של המדינה לא לפגוע בחיי אזרחיה, אלא כוללת גם את זכותו של אדם שחייו יזכו בהגנה פעילה מטעם המדינה. עם זאת, בית-המשפט לא נדרש להכריע בשאלה אם החובה לפעול כדי להגן על חייו של אזרח ישראלי קמה ומוטלת על המדינה גם כאשר האזרח נמצא מחוץ למדינה וגם כאשר המדינה הזרה אינה מתנכלת לו, אלא מבקשת לשפוט אותו לפי דיניה, אף אם הפעלת דינים אלה עשויה להביא עליו גזר דין מוות, וזאת לנוכח הצהרת המשיבים כי הם אינם כופרים "בתחולתם העקרונית של שיקולים אלה מתחום ההומניות והחמלה גם בתחום שבו עסקינן וגם הם אינם שוללים, מכול וכול, את מקומם של שיקולים אלה גם במסגרת של הגשת בקשת הסגרה או מעין-הסגרה".⁸⁹ בית-המשפט ציין כי הטלת עונש מוות על העותר, אם יורשע בדינו, אינה עולה כדי הפרת זכויות אדם לפי המשפט הבינ-לאומי, ואינה מקימה לישראל, במישור המשפט הבינ-לאומי, זכות להגנה דיפלומטית בעניינו של העותר כלפי תאילנד. לכן בנסיבות העניין נקבע כי אין מוטלת על המדינה החובה לפעול להעברתו של העותר לישראל ולהעמדתו לדין בה, וכי ניתן להסתפק בהצהרתה של באת-כוח המדינה "כי אם ייגזר דינו של העותר למיתה, תבקש ישראל באופן רשמי ממלך תאילנד לחון את העותר" כמילוי חובתה של המדינה בהקשר זה.⁹⁰

אולם נראה כי פרשנות ראויה מוליכה למסקנה שאם העבריין מצוי בישראל ומבוקשת הסגרתו למדינה זרה שבה הוא צפוי לעונש מוות אם יורשע, אזי הסגרה כאמור ללא קבלת התחייבות מן המדינה המבקשת את ההסגרה כי היא תימנע מהטלת עונש מוות על המוסגר תפר את הזכות החוקתית לחיים. כך נקבע גם בסעיף 16 לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954, אשר אוסר הסגרת אדם למדינה שבה העברה שבה הוא מואשם דינה עונש מוות אלא אם כן המדינה המבקשת התחייבה לא להטיל עונש כאמור. זהו גם הדין

87 פס' 5 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 4241/06 לוי נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2009).

88 בג"ץ 3992/04 מימון-כהן נ' שר החוץ, פ"ד נט(1) 49 (2004).

89 שם, בעמ' 69.

90 שם, בעמ' 70.

בהתבסס על גישת המשפט המשווה, בעיקר על-פי הפסיקה האירופית, הקנדית והדרום-אפריקאית.⁹¹

החובה החיובית המוטלת על המדינה להגן על הזכות לחיים באה לידי ביטוי במלוא עוצמתה בפסק-הדין שעסק במיגון מוסדות חינוך ב"עוטף עזה".⁹² העתירות שבנדון נגעו בשאלת חובתה של המדינה למגן את מוסדות החינוך ביישובי "עוטף עזה" מפני פגיעות של רקטות ה"קסאם" הנורות מרצועת עזה, ובסבירות החלטתה של המדינה לא למגן את הכיתות-האימהות של תלמידי כיתות ד-יב ואת כיתות-הספח במיגון מלא, אלא להסתפק לשם כך בשיטת "המרחבים המוגנים", שלפיה חלק מהכיתות ימוגנו ואילו חלק אחר לא ימוגנו כלל אך יהיו סמוכות ל"מרחב מוגן". בית-המשפט העליון קיבל את העתירה ופסק, ראשית, כי "אין מוטלת על המשיבים חובה מוחלטת להגן על התלמידים מפני כל איום או סכנה באשר הם. הטלת חובה מעין זו אינה אפשרית מבחינה מעשית, וספק אם היא ראויה מבחינה עקרונית. חובתם של המשיבים, משעה שהמדינה נטלה על עצמה את האחריות למיגון מוסדות החינוך ב'עוטף עזה', הינה ליתן מענה ביטחוני סביר לתלמידי בתי ספר החשופים לאיום של רקטות ה'קסאם', כל עוד הללו נדרשים להתייצב ללימודים באותם מוסדות חינוך".⁹³ בית-המשפט הוסיף וקבע כי שיטת "המרחבים המוגנים" אינה נותנת מענה בטחוני הולם, אולם "אין מוטלת על המדינה חובה מוחלטת להגן על כל אזרח או אף על כל תלמיד בכל מחיר מפני כל איום הנשקף לביטחונו האישי. כל אימת שהמדינה נדרשת להחליט האם להקצות סכום כספי מסוים על מנת להפחית איום ביטחוני כזה או אחר עליה לאזן בין מידת ממשותו של האיום הביטחוני; הסיכון שצפוי לחיי אדם אם אותו סיכון יתממש; העלות הכספית הכרוכה במניעתו או צמצומו של אותו סיכון; ושיקולים אחרים שעשויים להיות רלוונטיים בנסיבותיו הקונקרטיות של מקרה מסוים. האיזון בין שיקולים אלה צריך להיעשות בגדרי מתחם הסבירות הנתון לרשות המינהלית".⁹⁴

בית-המשפט ציין כי במקרה דנן העלות הצפויה של המיגון המבוקש בעתירה אומנם

91 לגישתם של המשפט הבין-לאומי, המשפט הקנדי והמשפט הדרום-אפריקאי בעניין זה ראו להלן חלק ג(א), והשוו, למשל, להחלטתה הבאה של הוועדה לזכויות אדם של האו"ם: Human Rights Committee, *Roger Judge v. Canada*, Comm. No. 829/1998, para. 10.4, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003), available at www1.umn.edu/humanrts/undocs/829-1998.html: "For countries that have abolished the death penalty, there is an obligation not to expose a person to the real risk of its application. Thus, they may not remove, either by deportation or extradition, individuals from their jurisdiction if it may be reasonably anticipated that they will be sentenced to death, without ensuring that the death sentence would not be carried out". Alexander Cogbill, *European Court of Human Rights' Dance with Death*, 29 CONN. J. INT'L L. 151, 166-167 (2013); Rrapo v. Albania, App. No. 58555/10, Eur. Ct. H.R. (2012).

92 בג"ץ 8397/06 אדוארדו נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007).

93 שם, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

94 שם, פס' 13 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

גבוהה – כ-192 מיליון ש"ח – אולם הקצאתו של סכום זה נדרשת "על מנת להגן על חיי אדם מפני איום ביטחוני שאינו איום פוטנציאלי או ערטילאי בלבד, שקיים ספק אם יתממש. מדובר באיום יומיומי, ממשי וקונקרטי, שחשופים לו אלפי תלמידי בתי ספר ביישובי 'עוטף עזה' ושדרות. איום זה, המרחף מעל ראשיהם של קטינים בבתי ספר המצויים לא הרחק ממרכז הארץ, הוא איום המתמשך תקופה ארוכה על תלמידים, רק בשל כך שמשפחותיהם מתגוררות באזור שהפך לאזור שתושביו נתונים תקופה ארוכה בסיכון לחייהם ובמתח בלתי פוסק, והוא אינו ניצב בפני תלמידי בתי ספר אחרים בישראל".⁹⁵ בית-המשפט ציין כי מיגון מוסדות הלימוד במיגון מלא, ולא בשיטת "המרחבים המוגנים", יספק הגנה טובה יותר מפני הסיכון הנשקף לחייהם ולשלמות גופם של אותם תלמידים. עובדה זו, בצירוף החובה והזכות ללמוד, מצדיקות בנסיבות המקרה דנן הטלת חובה על המדינה לספק הגנה על חייהם ושלומם של התלמידים. לכן, קבע בית-המשפט, ההחלטה להסתפק במיגון בשיטת "המרחבים המוגנים" ולהימנע ממיגון מלא הינה החלטה בלתי-סבירה במידה המצדיקה התערבות שיפוטית.⁹⁶

חשוב להזכיר כי בית-המשפט ציין כי פסק-הדין מוגבל לנסיבות המקרה דנן, וכי אין בפסיקה זו כדי לקבוע כי "קיימת חובה למגן במיגון מלא את כל הכיתות בכל בית ספר בישראל, הניצב בפני איום בטחוני כלשהו שמיגון מלא של הכיתות בו הוא רלוונטי להתמודדות מולו; או כי שיטת 'המרחבים המוגנים' הינה שיטה שאין להשתמש בה למיגונם של בתי ספר או מוסדות ציבור אחרים בישראל".⁹⁷ על-אף הסתייגות זו, אין ספק כי החלטת בית-המשפט העליון ליתן צו מוחלט המורה למדינה למגן באופן מלא, ובעלות גבוהה, את כל הכיתות-האימהות בבתי-הספר בשדרות וביתר יישובי 'עוטף עזה' ממחישה במלוא העוצמה את החובות העשויות להיות מוטלות על הרשות המבצעת כדי להגן על חיי אדם.

עם זאת, ולמרבית ההפתעה, בחר בית-המשפט לא לעגן את פסק-דינו בזכות לחיים בכלל ובחובתן של רשויות המדינה להגן על הזכות (סעיף 4 לחוק-היסוד) בפרט. הזכות לחיים נזכרת רק פעם אחת בחטף בפסק-הדין, בסקירת טענות העותרים. תחת זאת פסק-הדין מושתת במלואו על אדני המשפט המנהלי, ועל הקביעה כי החלטת הממשלה לבחור במיגון המצומצם יותר והזול יותר הייתה בלתי-סבירה. נראה לנו כי ההנמקה שנבחרה על-ידי בית-המשפט העליון – הצגת הסוגיה כסוגיה של אי-סבירות, ולא כהגנה על הזכות החוקתית לחיים – סייעה למתקפה החריפה על בית-המשפט בעקבות פסק-דין זה.⁹⁸

95 שם, פס' 14 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

96 שם.

97 שם.

98 ראו, למשל, "אולמרט ובייניש מנסים להרגיע את הרוחות" **חדשות נענעו** 10 22.7.2007 news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=502137 ("במהלך סוף השבוע מתח אולמרט עצמו ביקורת חריפה נגד בית המשפט העליון. 'לא בית משפט יחליט איפה נמגן וכמה נמגן', אמר אולמרט. 'זה בלתי נסבל ובלתי מתקבל על הדעת. הממשלה תחליט ותיקח אחריות'").

בפרשה נוספת שנסבה על מיגון מפני טילים⁹⁹ התבקש בית-המשפט ליתן צו שיחייב את ממשלת ישראל לפעול למיגונם של כשמונה מאות בתים צמודי קרקע של תושבים בעיר שדרות שגגותיהם אינם מוגנים בצורה מספקת מפני פגיעת טילי "קסאם". מכיוון שלאחר הגשת העתירה קיבלה הממשלה החלטה שלפיה ייבנו ממ"דים בבתיים צמודי קרקע בעיר שדרות, ומשנענו עיקרי הסעדים שהתבקשו בעתירה, מחק בית-המשפט העליון את העתירה. חשיבותו של פסק-הדין לעניין הזכות לחיים גלומה בכך שגם כאשר בית-המשפט מציין כי מרחב הביקורת השיפוטית על מדיניות הממשלה בענייני ביטחון המחייבים מומחיות מיוחדת של הגורם הציבורי המוסמך הינו מצומצם עד-מאוד, וכי בית-המשפט לא יחליף את שיקול-דעתה של הממשלה בשיקול-דעתו שלו אלא במצב של אי-חוקיות או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות, לזכות לחיים יש חשיבות רבה בכל הנוגע במרחב הביקורת השיפוטית:

"חרף כל האמור, נושא מיגון הבתים בשדרות, אף שהוא ענין של מדיניות המצוי בסמכותה הרחבה של הממשלה, נוגע בזכויות אדם בסיסיות ומהותיות ביותר. נושא זה קשור בזכות לחיות, בזכות לביטחון ולהגנת הפרט, בזכות להגנה על שלמות הגוף, ובזכות לחיים של שגרה באוירה של רגיעה ובטחון. הנגיעה של נושא מיגון הבתים בזכויות אדם מהותיות מקנה לעתירה זו את נפקותה המשפטית-חוקתית, ומצדיק את היוקקות בית משפט זה לעיקריה... אכן, תחומי פעולתה של הרשות הציבורית, לרבות בעניינים שבמדיניות ממשלה, אינם אטומים לחלוטין מפני בקורת שיפוטית, ובמיוחד כך הוא, כאשר יש למדיניות ולהליכי ביצועה נגיעה ישירה להיבטים של זכויות אדם. במיוחד כך הוא כאשר מדובר בזכות לחיים ולשלמות הגוף..."¹⁰⁰

סוגיית ההתערבות בשיקול-דעתם של הגורמים הבטחוניים המוסמכים בהקשר של החלטות שיש להן חשיבות לזכות לחיים עמדה במוקד עתירה מן העת האחרונה שהוגשה בעת מבצע "צוק איתן", שבה נידונה החלטת הרשויות לא להציב מיגוניות בכפרים בדוויים בצפון הנגב שהיו נתונים תחת מתקפת רקטות מרצועת עזה.¹⁰¹ בעניין זה ציין השופט דנציגר כי "אין חולק כי על המדינה מוטלת חובה עליונה להגן על חייהם ועל שלמות גופם של אזרחיה ותושביה... חובה זו חלה ביחס לכל אדם, בין אם ישיבתו באזור בו נשקפת סכנה לחיו היא 'מוכרת' ובין אם לאו".¹⁰² עם זאת, באותו פסק-דין נקבע כי אין פגם בהחלטת המדינה בעניין הקצאת המיגוניות שמצדיק את התערבות

99 בג"ץ 7844/07 כהן נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.4.2008).

100 שם, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

101 בג"ץ 5019/14 אבו עפאש נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 20.7.2014).

102 שם, פס' 5 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

בית-המשפט, שכן החלטה זו מבוססת על מספר רב של נתונים והערכות ועל שיקולים ענייניים בלבד.¹⁰³

פרק ב: האיזון בין הזכות לחיים לבין זכויות-יסוד אחרות

1. כללי

כמו כל יתר זכויות-היסוד, גם הזכות לחיים עשויה להתנגש בזכויות של פרטים אחרים בחברה.¹⁰⁴ לנוכח מעמדה הרם של הזכות לחיים, בהתנגשות בינה לבין זכויות אחרות תהא ידה על העליונה ברוב המקרים. בית-המשפט העליון ציין, למשל, כי במדרג זכויות האדם הזכות לחיים ניצבת מעל הזכות להורות ולחיי משפחה.¹⁰⁵

במקרה אחר ציין בית-המשפט כי במצבים שבהם מימוש זכויות אדם יוצר ודאות קרובה להתרחשותו של נזק חמור וכבוד לשלום הציבור, וכאשר קיימת הסתברות גבוהה לפגיעה בביטחון האישי, זכויות האדם האחרות נסוגות מפני הזכות לחיים.¹⁰⁶ בעניין קירש, שבו נידונה הגבלתן של הזכויות לחופש המידע, לחופש הביטוי ולאוטונומיה, אמר בית-המשפט העליון כי "לתכליתה של הפגיעה – שמירה על חיי אדם – חשיבות רבה, וככלל, הזכויות נסוגות מפניה אם אין מכך מנוס".¹⁰⁷ הגדיל לעשות השופט טירקל באותו עניין בצינו, בדעת מיעוט, כי –

"כאשר מדובר בהגנה על חיי אדם, במצב של פיקוח נפש, אין מקום לעשיית איזונים ולשקילת ערכים מתחרים. אמות המידה החוקתיות שמציבה פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ונוסחאות האיזון הפסיקתיות

103 שם, פס' 7 לפסק-דינו של השופט דנציגר. יצוין כי על-אף החלטה זו הורה בית-המשפט לרשויות – שם, בפס' 10 לפסק-דינו של השופט דנציגר – ליתן את הדעת למצבן של תשתיות המיגון בכפרים הברזיים ולהסביר מדוע לא ייקבעו הנחיות ברורות ושוויוניות בדבר הקמתם של אמצעי הגנה מתאימים "באופן שמקיים את הזכות להגנה על חייהם ועל שלמות גופם של תושבי הכפרים".

104 ראו דיון כללי אצל Wicks, לעיל ה"ש 45, בפרק 6.

105 פס' 18 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009). ראו גם פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006): "במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים."

106 בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449, 454 (1984).

107 השופטת דורנר בעניין קירש, לעיל ה"ש 8, בעמ' 369–370.

אינן ישימות ואינן הולמות שעה שחיי אדם – חיי ציבור שלם! – מונחים על הכף...

בפרשה שלפנינו... מדובר בסכנה ודאית, ברורה ומידית לחיי אדם, פיקוח נפש אמיתי. וכידוע, פיקוח נפש דוחה אפילו שבת... ויש אומרים שאף ספק פיקוח נפש דוחה שבת... ויש הסוברים שאולי פיקוח נפש דוחה גם את מצוות המחוקק... גישה זו מתחייבת מן ההכרה שבזכות לחיים תלויות כל הזכויות כולן, ואין להן קיום מבלעדיה. זוהי זכות קיומית שאינה בת-איזון... הזכות לחיים ולהגנה עליהם דוחה מפניה כל מה שעומד על החיים לכולתם.¹⁰⁸

באותו מקרה נידונה שאלת סמכותן של רשויות המדינה להפקיע זמן שידור לצורך שידורים בזמן חירום. בית-המשפט העליון פסק כי הפקעת זמן השידור פוגעת באופן מהותי בחופש המידע והביטוי, ואף אם מול זכויות אלה עומד הצורך להגן על חיי אדם, שהוא בוודאי ערך עליון, אין בעצם העובדה שהחלטה שלטונית הפוגעת בזכויות-יסוד מיועדת להגן על חיי אדם כדי להכשירה, ועל רשויות השלטון לעמוד אף במקרה זה בתנאייה של פסקת ההגבלה.¹⁰⁹ לגופו של עניין נקבע כי אף אם לתכלית הפגיעה – שמירה על חיי אדם – יש חשיבות רבה, האמצעים שנקטו אינם מידתיים, וזאת מכמה סיבות: ראשית, לא נבחנו חלופות אפשריות; שנית, היו אמורים לעמוד לרשות המדינה אמצעים נוספים לשם הדרכת הציבור לעניין דרכי ההתנהגות שיש לנקוט בשעת חירום; ובכל מקרה, האמצעי שנבחר אינו פוגע בזכות במידה המזערית לשם השגת תכלית הפגיעה.¹¹⁰

2. הזכות לחיים מול חופש הביטוי

במקרים אחדים נדרש בית-המשפט העליון ליחס שבין הזכות לחיים לבין חופש הביטוי. ברוב המקרים דובר בשאלה אם ניתן להגביל את חופש הביטוי בשל חשש לפגיעה בחיים אם הביטוי יצא לפועל.

מעניין בהקשר זה שמיצובו של הדיון המשפטי עשוי להשפיע במישרין על תוצאתו. במקרים רבים שבהם הצורך להגביל את חופש הביטוי נובע מטעמים בטחוניים ניתן להציג את ההגבלה בשני אופנים: כהגבלה מטעמים של בטחון המדינה או כהגבלה מפאת חשש לפגיעה בחיים. על-פי פסיקתו העקיבה של בית-המשפט העליון, הגבלת חופש הביטוי מטעמים של בטחון המדינה צריכה לעמוד במבחן הסתברותי נוקשה ולהגיע לכדי "ודאות קרובה לפגיעה ממשית" בבטחון המדינה.¹¹¹ לעומת זאת, דיון בסוגיה המשפטית באספקלריה של איזון מול הזכות לחיים מאפשר לבית-המשפט

108 שם, בעמ' 380–381.

109 שם, בעמ' 368.

110 שם, בעמ' 369–371.

111 בג"ץ 680/88 שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1988).

להגיע בקלות רבה יותר לתוצאה של הגבלת חופש הביטוי.¹¹² בעניין **טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ**¹¹³ ציין בית-המשפט כי לנוכח עוצמתה של הזכות לחיים לא נדרשת רמת ודאות קרובה בדבר הסיכון לפגיעה בה, ודי בכך שקיימת אפשרות סבירה לפגיעה בזכויות על-מנת שבית-המשפט יפעל להגנתן.¹¹⁴ כפי שציין בית-המשפט הפדרלי לערעורים בארצות-הברית, שבה חופש הביטוי נהנה כידוע ממעמד רם ומיוחד:

"Faced with a stark choice between upholding the right to continued life and the right to freedom of the press, most jurists would have no difficulty in opting for the chance to continue to breathe and function as they work to achieve perfect freedom of expression."¹¹⁵

בנימה דומה ציינה השופטת דורנר, בעניין **טננבוים**, כי "מובן הדבר כי באיזון בין עקרון חופש הביטוי לבין זכותו של אדם להגנה נוכח קיום סכנה אפשרית לחייו, גוברת הזכות לחיים".¹¹⁶

בפסק-הדין דן בית-המשפט העליון בשאלה אם ראוי להגביל את פרסום נסיבות חטיפתו של אלחנן טננבוים, לבקשת משפחתו, בעודו בשבי החיזבאללה. בית-המשפט קבע כי באיזון בין זכות הציבור לדעת לבין הזכות לחיים, הזכות לחיים ראויה לעוצמת הגנה גבוהה לנוכח ההגנה הכפולה שחוק-היסוד מקנה לה – לא רק הכרה בזכות, אלא גם קביעה חיובית כי יש להגן עליה.¹¹⁷ אולם בנסיבות העניין נקבע כי מותר לפרסם את נסיבות חטיפתו של טננבוים, מכיוון שלא הוכחה תשתית ראייתית בדבר קיום הסיכון לפגיעה בחייו ובשלומו גופו של טננבוים, וממילא פרטים בדבר נסיבות חטיפתו פורסמו בכלי התקשורת הבין-לאומית.¹¹⁸

3. הזכות לחיים מול הזכות לקניין

באיזון בין הזכות לחיים לבין הזכות לקניין נקבע כי ידה של הראשונה על העליונה: "מי הוא זה ואיזה הוא שיכפור בקביעה כי החיים ושמירתם – קיומם של החיים, משמעם כפשוטם – נעלים הם על זכויות אחרות? כי זכויות הקניין חייבות להסיג עצמן מפני

112 לדיון באופן שבו קביעת נוסחת האיזון משפיעה על תוצאות האיזון ראו מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט יט** 591 (2003);

Roscoe Pound, *A Survey of Social Interests*, 57 HARV. L. REV. 1 (1943).

113 ע"א 9185/03 **טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ**, פ"ד נח(1) 359 (2003).

114 שם, בעמ' 365–366.

115 *United States v. The Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990, 995 (W.D. Wis. 1979).

116 עניין **טננבוים**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 368.

117 שם, בעמ' 365–366.

118 שם, בעמ' 366.

הזכות לחיים?¹¹⁹ באחד מפסקי-הדין התבקש בית-המשפט העליון לבחון את חוקיותו של צו שהוציא מפקד אזור יהודה ושומרון שלפיו יש לכרות עצים המצויים בשטח מטע הנמצא כמה עשרות מטרים מבית מגוריו של שר הביטחון. הסיבה להוצאת הצו הייתה שסכך העצים במטע יצר, לדעתו של מפקד האזור, סכנה בטחונית לפעילות עוינת נגד השר ובני ביתו. העותרת, בעלת המטע, טענה כי הוצאת הצו אינה סבירה ואינה חוקית, וכי הצו גרם לה פגיעה כלכלית קשה, מעבר לנדרש על-פי שיקולי הביטחון. העותרת אף סירבה להצעה של פיצוי כספי, שכן פיצוי כאמור לא יפצה, לטענתה, על הפגיעה בקניינה, בכבודה ובקשר העמוק שלה ושל משפחתה למקרקעין, ולכן יש לבטל את הצו. בית-המשפט העליון ציין כי שתי הזכויות המתנגשות – הזכות לקניין וזכותו של אדם למגורים בכיתו בתנאים של הגנה נאותה על החיים ועל שלמות הגוף – הן זכויות חוקתיות מוכרות. עם זאת, באיזון בין השניים, הזכות למגורים בתנאים של בטחון החיים גוברת בחשיבותה על זכות הקניין בקרקע ובנטוע עליה, במיוחד כאשר אין הקניין משמש למגורים, ובתנאי שהפגיעה בזכות האחרונה תהא מוגבלת בהיקפה רק למידה ההכרחית לצורך השגת התכלית הנדרשת.¹²⁰

בעניין מוראר, שעסק בהגבלת הגישה של חקלאים פלסטינים לאדמותיהם החקלאיות מטעמים בטחוניים, קבע בית-המשפט העליון כי "כעיקרון, במצב של התנגשות חזיתית תגבר בדרך כלל הזכות לחיים ולשלמות הגוף על זכויות האדם האחרות ובכלל זה גם על הזכות לחופש תנועה ולקניין".¹²¹

בעניין אבו מדיגם דן בית-המשפט העליון בסמכותה של המדינה לבצע פעולות של ריסוס מן האוויר להשמדת יכולים חקלאיים שנזרעו או נשתלו במקרקעי המדינה לא כדין על-ידי תושבי הפזורה הבדווית, כחלק מסמכותה של המדינה לסלק ולפנות פלישות מקרקעותיה. בית-המשפט העליון קבע כי פעולות ריסוס אלה נעשו בסמכות, אולם אופן ביצוען פגע בזכויות החוקתיות של האזרחים הבדווים לשלמות הגוף, לבריאות ולכבוד, באופן שאינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²²

4. הזכות לחיים כזכות יחסית

יובהר כי על-אף מיקומה הרם של הזכות לחיים, זכות זו בוודאי אינה מוחלטת, והיא לא תגבר באופן אוטומטי על זכויות אחרות. בהקשר זה, להסתברות לפגיעה בחיים תהא חשיבות משמעותית בביצוע האיזון:

119 בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 368 (1996).
120 בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368, 379–380 (2005).

121 בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2006).

122 בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57 (2007).

"הזכות לחיים היא זכות חוקתית ראשונה במעלה של האדם, והיא ניצבת ראשונה במעלת זכויות האדם המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, ערך ההגנה על ביטחון החיים אינו עשוי מיקשה אחת. משקלו היחסי משתנה מעניין לעניין, בהתאם למידת ההסתברות למימושה של הסכנה לחיים, הנובעת מההקשר הענייני הספציפי. לעיתים, נדרש לשקול את ערך הביטחון גם כנגד ערכים אחרים בעלי חשיבות מיוחדת, על-פי משקלם היחסי."¹²³

על יחסיות זו עמד בית-המשפט העליון בהקשר של דיני הנזיקין, המוכרים במשפט הישראלי כאחד המכשירים העיקריים שבאמצעותם שיטת המשפט מגינה על הזכות לחיים:¹²⁴

"...השיקול של קדושת החיים – אין עוררין עליו, והייתי אומר שהוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה. בכל מקום, ללא הבדל דת ולאום, רואים בחיי האדם נכס יקר, שיש לשמרו מכל משמר... דא עקא, שהשיקול הנשגב הזה אינו השיקול היחיד, שעלינו להתחשב בו... אילו אפשר היה להיות מודרך אך ורק על-ידי הרעיון, שמצא ביטוי כה נלבב בדברי חברי השופט זילברג, היינו מגיעים למסקנות מרחיקות לכת, שאף הוא אינו סומך ידו עליהן. בדרך זו היינו נאלצים לפסול כל תנאי המגביל את חבותו של אדם לפצות את רעהו על פגיעה רשלנית בגופו, ולא יהא נפקא מינה, מה נסיבות ההתנאה, מי המתנה ומה מעמד המתנים זה כלפי זה... כדי להגיע לתוצאה שקולה עלינו לשקול את כל השיקולים השייכים לענין. כאן, כברוב בעיות המשפט והחיים בכללותם, לא הברירה בין טוב ורע היא המקשה עלינו את ההכרעה. הקושי הוא לברור בין שיקולים שונים, שכולם טובים וראויים לתשומת-לב, אך סותרים זה את זה, ועלינו לקבוע את סדר עדיפותם."¹²⁵

אם כן, על-אף עליונותה, יש לזכור כי הזכות לחיים, בסיסית ככל שתהא, אינה מוחלטת.

הזכות לחיים עשויה להתנגש בזכות לכבוד ולאוטונומיה של הרצון החופשי (למשל, כאשר אדם הסובל ממחלה סופנית מבקש לסיים את חייו) או בזכותם לחיים של אחרים.

123 ראו בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פס' 36 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 22.2.2010).

124 ראו בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב (1) 1, 23, פס' 25 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה), שם בית-המשפט מביא מספרו של יצחק אנגלרד פיצויים לנפגעי תאונות דרכים 9 (מהדורה שלישית, 2005): "זכות הפיצויים הבסיסית של אדם, הנפגע על-ידי מעשה עוולה, היא זכות חוקתית העולה מן ההגנה על חייו, גופו, ועל קניינו... כל הגבלה של הזכות לפיצויים בגין מעשה עוולה חייבת לעמוד במבחן החוקתי של תכלית ראויה ושל מידה שאינה עולה על הנדרש".

125 עניין מזיאר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1337.

האם מותר להרוג חפים מפשע על-מנת להציל מספר רב יותר של חפים מפשע? שאלה זו התעוררה בגרמניה, למשל. בעקבות אירועי 11 בספטמבר 2011 בארצות-הברית, התעוררה במדינות רבות הדילמה סביב האפשרות של חטיפת מטוס נוסעים והפיכתו לנשק: האם במקרה כזה יש ליירט את המטוס (פעולה שתגרום להרג של כל נוסעיו) כדי להגן על מספר חיים גדול יותר על הקרקע? בתגובה על דילמה זו החליטה גרמניה, בשנת 2004, לחוקק חוק פדרלי אשר מתיר מפורשות שימוש בכוח מזוין מקום שניתן להניח בנסיבות העניין כי יש כוונה להשתמש במטוס נגד חיי אדם, וכאשר מדובר באמצעי האחרון למניעת הסכנה המיידית.¹²⁶ מבחינת בית-המשפט החוקתי הגרמני, היתר זה להשתמש בכוח קטלני נגד חפים מפשע היה צעד אחד יותר מדי. בית-המשפט החוקתי ביטל את ההוראה כסותרת את חוק-היסוד הגרמני, אך המעניין הוא שהבסיס המרכזי להחלטת בית-המשפט לא היה הזכות לחיים (שמצוינת בפסק-הדין) של נוסעי המטוס, המעוגנת בחוק-היסוד, אלא דווקא הזכות לכבוד וההתייחסות לנוסעי המטוס כאל אובייקט ותו לא.¹²⁷ כלומר, מפסיקת בית-המשפט החוקתי נלמד כי חובת המדינה להגן על חייהם של קורבנות פוטנציאליים מהתקפת טרור היא משנית לחובה לכבד את כבוד האדם של נוסעי המטוס.¹²⁸

בפרק הבא נתמקד בסוגיות שבהן הזכות לחיים נסוגה לעיתים מפני זכויות ואינטרסים נוגדים. נדון בהטלת עונש המוות, שבה הזכות לחיים נסוגה מפני אינטרסים ציבוריים כבטחון המדינה; בשאלת המתות-החסד, שבה הזכות לחיים נסוגה מפני הזכות לחיים בכבוד והאוטונומיה של הרצון הפרטי; ובסוגיית ההפלות, שבה זכותו לחיים של העובר (ככל שזו מוכרת) נסוגה מפני זכותה של האישה לגופה והאוטונומיה של רצונה הפרטי.

Luftsicherheitsgesetz [LuftSiG] [Air-transport Security Act], Jan. 12, 2005, BGBl. I at 78 § 126.14(3) (Ger.)

BVerfG, 1 BvR 357/05, 15 Feb. 2006, para. 122, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/02/rs20060215_1bvr035705en.html:

"By their killing being used as a means to save others, they are treated as objects and at the same time deprived of their rights; with their lives being disposed of unilaterally by the state, the persons on board the aircraft, who, as victims, are themselves in need of protection, are denied the value which is due to a human being for his or her own sake" (מובא אצל Wicks, לעיל ה"ש 45, בעמ' 156). לדיון בהתמקדות בזכות לכבוד, ולא בזכות לחיים, ראו גם: 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, 768–771 (2006).

128 ראו: Jürgen Habermas, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, 41 METAPHILOSOPHY 464, 465 (2010).

פרק ג: הזכות לחיים – סוגיות ספציפיות

1. עונש מוות

(א) כללי

הטלת עונש מוות מהווה פגיעה ישירה ומכוונת של המדינה בזכות לחיים. משום כך ניתן לטעון כי מכוח ההגנה החוקתית על הזכות לחיים אין להטיל על אדם עונש כאמור.¹²⁹ ארגון אמנסטי אינטרנשיונל, הנלחם בעקיבות בעונש המוות, קובע את הדברים בשפה חריפה אף יותר:

"The death penalty is the ultimate denial of human rights. It is the premeditated and cold-blooded killing of a human being by the state. This cruel, inhuman and degrading punishment is done in the name of justice."¹³⁰

אף שבתורה קיימים איסורים הלכתיים רבים שהעובר עליהם דינו מיתה, בפועל "כבר בשלב מוקדם יחסית בתולדות המשפט העברי, עברו ובטלו 'דיני נפשות' מן העולם, ועונש המוות נעשה נדיר ביותר".¹³¹ בפרק זה נסקור את המצב המשפטי ביחס לעונש המוות במשפט הישראלי, במשפט המשווה ובמשפט הבין-לאומי.

(ב) עונש המוות במשפט הישראלי

אף שעונש המוות מצוי עדיין בצורה מוגבלת בספר החוקים הישראלי, המשפט הישראלי עבר תהליך ממושך שהפך את מדינת-ישראל ל-*abolitionist de facto* (למבטלת למעשה) של עונש המוות.

עם הקמת המדינה נקלט בישראל מן המשפט הבריטי – מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 – עונש מוות, בין היתר בגין עברת רצח, שלגביה היה זה עונש-חובה. במהלך מלחמת העצמאות, ביום 30.6.1948, נערך משפט-שדה צבאי למאיר טוביאנסקי, שנאשם במסירת ידיעות לאויב. טוביאנסקי נידון למוות בהליך מזוהזז ובלתי-תקין, והוצא להורג באופן מידי. ביוני 1949, לאחר חקירה, נקבע כי טוביאנסקי

129 ראו חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" ספר היובל של הפרקליט 9, 26 (1993).

130 Death Penalty: Support Abolition, AMNESTY INTERNATIONAL CANADA, www.amnesty.ca/our-work/issues/death-penalty-support-abolition/death-penalty-in-2013

131 ראו אביעד כהן "הוציאו ותשרף? עונש המוות – בין הלכה למעשה" פרשת השבוע 363 (2009).

היה חף מפשע.¹³² מקרה זה של הוצאה להורג שהתבררה כדיעבד כשגויה הותיר רושם עז. הוא מוזכר פעמים רבות כאשר מוצע להטיל עונש מוות בגין עברות שונות,¹³³ והייתה לו כנראה השפעה רבה על ביטול עונש המוות בעברת רצח.¹³⁴ אכן, בשנת 1954 התקבל החוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התשי"ד-1954, אשר ביטל את עונש המוות על עברת הרצח. עם זאת, עונש המוות נותר על כנו בהוראות חוק ספורות – למשל, בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התשי"ד-1950,¹³⁵ בחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התשי"ד-1950,¹³⁶ בסימן ב לפרק ז של חוק העונשין (לעניין בגידה במדינה),¹³⁷ בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-

132 על פרשת משפט-השדה של מאיר טוביאנסקי ראו צבי ענבר מאוניברסיטת חיפה: **יסודות המשפט הצבאי בישראל** כרך 1 433-484 (2005); איסר הראל **בטחון ודמוקרטיה** 113-127 (1989); מנחם פינקלשטיין "פרשת טוביאנסקי" **משפט וצבא** 20 (א) 159, 163-159 (2009).

133 ראו, למשל, מאיר בר און "עונש מוות בישראל: חוק מת-מהלך" **nrg** 10.11.2009 www.nrg.co.il/online/1/ART1/963/819.html

134 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 375 של הכנסת ה-2 (16.2.1954) www.knesset.gov.il/review/data/heb/plenum/kns2_160254.pdf, שם נידון בקריאות השנייה והשלישית החוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התשי"ד-1954.

135 ראו ס' 1 (א) לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התשי"ד-1950 (להלן: החוק לעשיית דין בנאצים): "אדם שעבר עבירה אחת מאלה – (1) בתקופת השלטון הנאצי, בארץ עויינת, עשה מעשה שהוא בגדר פשע כלפי העם היהודי; (2) בתקופת השלטון הנאצי, בארץ עויינת, עשה מעשה שהוא בגדר פשע כלפי האנושות; (3) בתקופת מלחמת-העולם השנייה, בארץ עויינת, עשה מעשה שהוא בגדר פשע מלחמה, דינו – מיתה."

136 ראו ס' 2 לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התשי"ד-1950: "האשם בהשמדת עם, דינו – מיתה; אך אם עשה את המעשה, המהווה את העבירה, בנסיבות אשר, אלמלא סעיף 6, היו פוטרות אותו מאחריות פלילית או היו משמשות עילה למחילת העבירה, והוא עשה כמיטב יכלתו כדי להקל את חומרת התוצאות שנגרמו על ידי המעשה, יהיה דינו – מאסר לתקופה של לא פחות מעשר שנים."

137 ראו ס' 97-99 לחוק העונשין:

"97. (א) מי שעשה, בכוונה לפגוע בריבונותה של המדינה, מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה, דינו – מיתה או מאסר עולם.

(ב) מי שעשה, בכוונה ששטח כלשהו יצא מריבונותה של המדינה או ייכנס לריבונותה של מדינת חוץ, מעשה שיש בו כדי להביא לכך, דינו – מיתה או מאסר עולם.

98. מי שעשה, בכוונה להביא לידי פעולה צבאית נגד ישראל, מעשה שיש בו כדי להביא לכך, דינו – מאסר חמש-עשרה שנה; התכוון לסייע לאויב, דינו – מיתה או מאסר עולם.

99. (א) מי שעשה, בכוונה לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל, מעשה שיש בו כדי לסייע לכך, דינו – מיתה או מאסר עולם.

(ב) לענין סעיף זה, 'סיוע' – לרבות מסירת ידיעה בכוונה שתגיע לידי האויב או בידועין שהיא עשויה להגיע לידי האויב, ואין נפקא מינה שבעת מסירתה לא התנהלה מלחמה."

138, 1955 ובתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. 139

מלבד משפטי-שדה בזמן מלחמת העצמאות, המקרה היחיד שבו הוצא אדם להורג בישראל בעקבות הליך משפטי הוא כידוע משפטו של אדולף אייכמן. אייכמן הורשע לפי החוק לעשיית דין בנאצים ונידון לעונש מיתה. משפט אייכמן נחשב אבן-דרך בפסיקה הישראלית ואף במשפט הבינ-לאומי הפלילי.¹⁴⁰ על-אף הטלת עונש המוות, נושא הזכות לחיים לא עלה בערעור שניתן בבית-המשפט העליון.¹⁴¹ בפרשה מאוחרת יותר הורשע איוון (ג'והן) דמיאניוק בבית-המשפט המחוזי ונגזר עליו עונש מוות, אך בית-המשפט העליון זיכה אותו.¹⁴² גם במשפטו של דמיאניוק בבית-המשפט העליון לא הוזכרה הזכות לחיים.

הספרות המשפטית הישראלית אינה עוסקת רבות בעונש המוות. ייתכן שהסיבה היא נדירותו היחסית ואי-קיומו המעשי במשפט הישראלי.¹⁴³ בועז סנג'ור, במאמרו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט",¹⁴⁴ סוקר טיעונים שונים בעד ונגד החלת עונש מוות בכלל והחלתו בגין רצח בפעולות טרור בפרט, ומציין כי הזכות לחיים "חזקה דייה כדי לשלול את עונש המוות כמעט לחלוטין".¹⁴⁵ סנג'ור מסכים כי עונש המוות הוא גמולו הראוי של הרוצח, אך גורס כי יש להימנע מענישה גמולית, בעיקר בשל האפשרות הנוראה של טעות, בשים לב למאפיינים המיוחדים של עונש המוות ולאורן של הזכויות לחיים ולכבוד.¹⁴⁶ באשר לרצח בפעולת טרור, סנג'ור מונה אותם טיעונים, ומוסיף את אחריות המדינה לבטחון אזרחיה כאחד השיקולים

ס' 96 מגביל קביעת עונש מוות ל"תקופה שבה מתנהלות פעולות איבה צבאיות של ישראל או נגדה". ס' 123 מגביל הגשת אישומים בעברות אלה לאישומים שהוגשו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו.

138 ס' 43 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, קובע שמונה עברות שדין מוות, אם ורק אם נעברה העברה בתקופת לחימה. רוב המעשים המפורטים הם מעשי בגידה, ובכך יש דמיון רב לסעיפי חוק העונשין שצוינו לעיל. ס' 197 קובע בית-דין צבאי מיוחד לצורך הדיון בעברות המיתה.

139 תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, ע"ר (ע) 855, (א) 1055, עמ' 1195 (א). תק' 58 מגדירה ארבע קבוצות של עברות ביחס לשימוש בכלי-ירייה ובחומרי-נפץ שעונשם מוות או עונש פחות מזה. תק' 56א(2)(II) קובעת כי לבית-משפט צבאי תכופ, כהגדרתו באותה תקנה, לא תהיה סמכות לגזור פסק-דין של מיתה.

140 על משפט אייכמן נכתב רבות. ראו, באופן כללי, חנה יבלונקה **מדינת ישראל נגד אדולף אייכמן** (ירושלים, 2001); HANNAH ARENDT, EICHMANN IN JERUSALEM: A REPORT ON THE BANALITY OF EVIL (1992).

141 ראו ע"פ 336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טז 2032 (1962).

142 ע"פ 347/88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(4) 221 (1993).

143 ראו, למשל, באנגלית: David Heyd, *Capital Punishment: A Comment*, 25 ISR. L. REV. 481 (1991).

144 בועז סנג'ור "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" **עלי משפט ב** 127 (2001).

145 שם, בעמ' 133.

146 שם, בעמ' 178-179.

שיתירו ענישה זו בתקופות רוויות מעשי טרור. עם זאת, במיוחד בשל סוגיית הטעות האפשרית, סנג'רו מציע שגם בנסיבות כאלה יינקטו חלופות לעונש המוות, כמאסר-עולם מלא ללא אפשרות של שחרור מסיבות פוליטיות.¹⁴⁷

לנוכח פסקת שימור הדינים,¹⁴⁸ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מביא לידי ביטולם של עונשי מוות שנקבעו בחקיקה עובר לחקיקתו. לעומת זאת, כל חקיקה חדשה שתבקש להטיל עונש מוות על פשעים נוספים תתקשה, לדעתנו, לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה.¹⁴⁹ כפי שציין חיים כהן, חקיקה כזו לא תעבור את מבחן ההתאמה לערכיה של מדינת-ישראל, לנוכח האיסור החל על שפיכת-דמים, שהוא מערכי-היסוד של המדינה, וממילא טיעונים בדבר תכלית ראויה של הרתעה מפני פשיעה לא יצלחו כנראה, הואיל והיקף הפשיעה ואכזריותה – כך מחקרים מלמדים – אינם מושפעים מעונש המוות.¹⁵⁰ ביחס לכל תכלית אחרת, כגון הרחקת פושעים מן הציבור, נדמה כי עונש המוות אינו האמצעי שפגיעתו פחותה ולכן אין הוא מידתי. גם הצורך לבחון חוק המטיל עונש מוות באספקלריה של חוק ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית¹⁵¹ עשוי להביא לידי צמצום משמעותי של עונש המוות בחקיקה חדשה, שכן עונש המוות ביהדות נדיר ביותר, כאמור לעיל,¹⁵² וברובן המכריע של המדינות הדמוקרטיות בוטל עונש המוות, כפי שנראה להלן. ייתכן שאפילו ניסיון להטיל עונש מוות באותם מקרים מצומצמים שבהם הדבר מתאפשר באמצעות חוקים השמורים בשמירת דינים ייכשל, וזאת בשל ההלכה שחוק-היסוד "צריך להשפיע על מובנו של הדין הישן... פרשנותו של הדין הישן צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹⁵³

(ג) עונש המוות במשפט המשווה

רוב מדינות העולם, תשעים ושמונה במספר, ביטלו את עונש המוות בחוק באופן מלא;

147 שם, בעמ' 202–203.

148 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

149 ראו אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5, 19 (1996): "...יש מקום להעלות את השאלה, אם עונש מוות – אם יוטל על-ידי המחוקק בעתיד – יעבור את פסקת ההגבלה. קיימת ספרות השוואתית השוללת אפשרות זו. על-פיה, חקיקה בדבר עונש מוות עשויה להיכשל בכל אחת מהתחנות של פסקת ההגבלה. קשה יהיה לו במיוחד לעבור את הדרישה כי אין הפגיעה למעלה מן המידה הדרושה."

150 ראו חיים כהן **להיות יהודי: תרבות, משפט, דת, מדינה** 406–407 (כנרת, 2006). על השאלה אם עונש המוות מרתיע ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 144, בעמ' 156–158.

151 ס' 1 א 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

152 ראו לעיל ה"ש 131 והטקסט שלידה.

153 בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, פס' 9 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק (1995).

שבע מדינות (ביניהן ישראל) הותירו אותו לפשעים ייחודיים בלבד; ¹⁵⁴ ושלושים וחמש מדינות נוספות ביטלו את עונש המוות בפועל אך מבלי למחוק אותו באופן מלא מספר החוקים. ¹⁵⁵ זהו שינוי דרמטי, שכן עד שנת 1977 ביטלו רק שש-עשרה מדינות את עונש המוות. ¹⁵⁶ בשנת 2013 התקיימו רוב ההוצאות הידועות להורג בסין, באיראן, בעיראק, בערב הסעודית, בארצות-הברית ובסומליה. ¹⁵⁷ מבין מדינות אלה רק ארצות-הברית נחשבת מדינה דמוקרטית המכבדת את זכויות האדם, ואף בה, למן שנת 2007, ביטלו שש מדינות נוספות את עונש המוות, ובכך העלו את מספר המדינות בארצות-הברית שבהן לא נהוג עונש מוות לשמונה-עשרה – יותר משליש ממדינות ארצות-הברית. ¹⁵⁸

במשפט הבין-לאומי, אף שלזכות לחיים יש מעמד של משפט מנהגי, נראה כי מוקדם עדיין לקבוע כי עונש המוות אסור במשפט הבין-לאומי המנהגי. ¹⁵⁹ המשפט הבין-לאומי מגנה את עונש המוות, אך אינו אוסר אותו באופן מוחלט, למעט כאשר מדובר בקטינים ובנשים הרות ¹⁶⁰ וכן באנשים שגילם מעל שבעים. ¹⁶¹ עם זאת, הוא מטיל חובה להגביל את השימוש בעונש המוות רק לעברות החמורות ביותר. לכן, במקרה שבו נידון שוד מזוין מצאה הוועדה לזכויות אדם של האו"ם כי הטלת עונש המוות מפרה את הזכות לחיים; ¹⁶² בית-המשפט הבין-אמריקאי לזכויות אדם, בחוות-דעת מיעצת שלו בדבר עונש המוות, ציין כי עונש זה יוחל רק בנסיבות יוצאות-דופן; ¹⁶³ ובהערה כללית מס' 6

154 ישראל נכללת בקטגוריה זו בשל השארת עונש המוות על עברות ספציפיות, כאמור לעיל ליד ה"ש 139–135.

155 ראו Death Penalty, AMNESTY INTERNATIONAL, <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty>. לדיון בעונש המוות בהקשר של הזכות לחיים ראו גם WICKS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 70–73.

156 ראו Death Penalty, שם.

157 ראו "אמנסטי אינטרנשיונל: עונש מוות 2013 – מדינות ספורות גרמו לעלייה בהוצאות להורג בעולם" אמנסטי אינטרנשיונל ישראל 27.4.2014 www.amnesty.org.il/?CategoryID=183&ArticleID=1649.

158 ראו: Ian Simpson, *Maryland Becomes Latest U.S. State to Abolish Death Penalty*, REUTERS (May 2, 2013), www.reuters.com/article/2013/05/02/us-usa-maryland-deathpenalty-idUSBRE9410TQ20130502.

159 ראו: Gino J. Naldi, *The Prohibition on the Death Penalty in International Law*, 38 NETHERLANDS INT'L L. REV. 373 (1991); Gino J. Naldi, *United Nations Seeks to Abolish the Death Penalty*, 40 INT'L & COMP. L.Q. 948 (1991).

160 ס' 6(5) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 24.

161 ס' 4(5) ל-ACHR, לעיל ה"ש 25.

162 Human Rights Committee, *Lubuto v. Zambia*, Comm. No. 390/1990, para.7.2, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/390/1990 (1995), available at www1.umn.edu/humanrts/undocs/session55/vws390r1.htm.

163 Restrictions to the Death Penalty (Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-3/83, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 3 (Sept. 8, 1983), available at www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_ing.pdf.

ציינה הוועדה לזכויות אדם של האו"ם כי אף שהמדינות אינן מחויבות לבטל באופן מוחלט את עונש המוות, מחובתן להגביל את השימוש בו רק לפשעים החמורים ביותר. עוד ציינה הוועדה כי ההתקדמות בנסיגות לבטל את עונש המוות אינה מספקת.¹⁶⁴ הקהילה הבינ-לאומית אכן קיבלה על עצמה את המשימה לנקוט צעדים לביטול עונש המוות. סעיף 6(6) לאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע מפורשות כי אין בסעיף כדי לדחות או למנוע את ביטולו של עונש המוות על-ידי המדינות החברות.¹⁶⁵ הפרוטוקול האופציונלי השני לאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות,¹⁶⁶ שמטרתו לבטל את עונש המוות, התקבל בשנת 1990 ועודנו בתוקף. הסעיף הראשון לפרוטוקול אופציונלי זה דורש ממדינות לחדול מהוצאות להורג ולנקוט את כל הצעדים הנחוצים כדי לבטל את עונש המוות. בהתאם לסעיף השני לפרוטוקול, הסתייגויות לפרוטוקול אינן מותרות. עם זאת, המדינות רשאיות לשמור את הזכות להפעיל את עונש המוות בעיתות מלחמה בעקבות הרשעה בגין עבירות חמורות ביותר בעלות אופי צבאי. מדינה המבקשת לשמור על זכות זו חייבת להודיע למזכיר הכללי של האו"ם בתחילתה ובסיומה של המלחמה. נכון לאוקטובר 2015, שמונים ואחת מדינות חברות בפרוטוקול (שלושים ושבע מדינות חתמו על הפרוטוקול, ויתר המדינות הצטרפו לפרוטוקול או ירשו אותו).¹⁶⁷

בשנת 1990 התקבל פרוטוקול לאמנה האמריקאית לזכויות אדם המבטל את עונש המוות.¹⁶⁸ שלוש-עשרה מדינות חברות בפרוטוקול זה.¹⁶⁹ נוסף על כך, האמנה האמריקאית לזכויות אדם אוסרת את החזרתו של עונש מוות לאחר שהוא כבר בוטל.¹⁷⁰ באירופה נדמה כי הצעדים לביטול מוחלט של עונש המוות מתקדמים ביותר.¹⁷¹ פרוטוקול מס' 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם, משנת 1983, מתייחס לביטול עונש המוות, למעט בגין פעולות שנעשו בזמן מלחמה (בדומה לפרוטוקול האופציונלי השני לאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות). בשנת 2002 הלכה מועצת אירופה צעד נוסף קדימה עם קבלת פרוטוקול מס' 13, המבטל את עונש המוות באופן

164 ראו הערה כללית מס' 6, לעיל ה"ש 29.

165 ס' 6(6) לאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 24.

Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 166 aiming at the abolition of the death penalty, 1642 U.N.T.S. 414, adopted and proclaimed by G.A. Res. 44/128 (Dec. 15, 1989), available at https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-12&chapter=4&lang=en.

ש.מ. 167

Organization of American States, Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty, June 8, 1990, O.A.S.T.S. No. 73 (also known as "Pact of San Jose"), available at www.oas.org/juridico/english/sigs/a-53.html

ש.מ. 169

170 ס' 4(3) ל-ACHR, לעיל ה"ש 25.

171 ראו, למשל: Christian Behrmann & Jon Yorke, *The European Union and the Abolition of the Death Penalty*, 4 PACE INT'L L. REV. ONLINE COMPANION 1 (2013).

מוחלט, ללא כל יוצא-מן-הכלל. נכון לאוקטובר 2015 חתמו על הפרוטוקול ארבעים וחמש מדינות, וארבעים וארבע מביניהן אשררו אותו (ארמניה היא המדינה היחידה שטרם אשררה את הפרוטוקול).¹⁷² אכן, רוב מדינות אירופה ביטלו את עונש המוות.¹⁷³ פסיקה אירופית חשובה, שראוי להזכירה, היא זו של בית-המשפט החוקתי של הונגריה. בעתירה שהוגשה לבית-משפט זה נטען כי עונש המוות מפר את הוראות סעיף 54(1) לחוקה, הקובע כי שום אדם לא יהיה חשוף לשלילה שרירותית של הזכויות לחיים ולכבוד. בית-המשפט ציין כי בעוד נוסחן של הוראות החוקה אינו פוסל את האפשרות לשלול את הזכויות לחיים ולכבוד באופן שאינו שרירותי, הוראות החוק הפלילי המאפשרות עונש מוות אינן עולות בקנה אחד עם הוראות סעיף 8(2), אשר אסר את הגבלת תוכן המהותי של הזכויות הבסיסיות.¹⁷⁴ בית-המשפט החוקתי הדגיש כי

172 Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, May 3, 2002, C.E.T.S. No. 187, available at www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures

173 באנגליה בוטל עונש המוות לרוצחים בשנת 1965 (Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965), ולמן שנת 1964 לא בוצע עונש מוות באנגליה. עם זאת, עד 1998 היו כמה עברות שעונש המוות בגינן עמד בעינו: בגידה, פירטיות הכרוכה באלימות, ועברות צבאיות. בשנת 1998 ביטלה בריטניה את עונש המוות גם על עברות אלה (Crime and Disorder Act 1998). בשנת 1999 חתמה בריטניה על הפרוטוקול השישי של האמנה האירופית, ובכך ביטלה לחלוטין את עונש המוות, אולם שמרה על זכותה החוקתית להחזירו. ראו: Protocol No. 6 for the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty, April 4, 1983, C.E.T.S. No. 114, available at [www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/GRUNDGESETZ \[GG\] 102 לחוק-היסוד_הגרמני, \[BASIC LAW\], § 102, translation at www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/GRUNDGESETZ_[GG]_102_לחוק-היסוד_הגרמני_[BASIC LAW], § 102, translation at www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html)

ס' 22(3) לחוקת רומניה, available at www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2_2&par1=2#t2c2s0sba22; ס' 21 לחוקת קרואטיה, CONSTITUTION OF ROMANIA, available at www.sabor.hr/fgs.axd?id=17074; ס' 6 לצ'רטר של זכויות-היסוד בצ'כיה, Charter of Fundamental Rights and Freedoms Resolution of the Presidium of the Czech National Council, Dec. 16, 1992, available at www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/prilohy/Listina_English_version.pdf; ס' 17 לחוקת סלובניה, CONSTITUTION OF SLOVENIA, available at www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/. במדינות אחדות עונש המוות עומד עדיין על כנו. ברוסיה, למשל, נקבע בס' 20(2) לחוקה כי הזכות לחיים נתונה לכל אחד (KONSTITUTSIJA ROSSIJSKOI FEDERATSII [KONST. RF] art. 20(2) (Russ.)). בהתאם לכך החוקה צופה את ביטולו של עונש המוות, אולם עד לביטולו היא מתירה להטיל עונש מוות כענישה יוצאת-מן-הכלל בגין פשעים הפוגעים כשלעצמם בזכות לחיים, תוך קביעה כי לנאשם המועמד לעונש מוות תישמר הזכות להישפט לפני חבר-מושבעים.

174 ס' 8(2) לחוקה ההונגרית משנת 1949 קבע כדלקמן: "In the Republic of Hungary the law contains rules on fundamental rights and obligations, but must not impose any limitations on the essential contents and meaning of fundamental rights". ראו: THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF HUNGARY, § 8(2), available at www.constitution.org/cons/hungary.txt

הזכויות לחיים ולכבוד מהוות זכויות בסיסיות המאפשרות הנאה מיתר זכויות האדם. הוראות החוק הפלילי, קבע בית-המשפט, לא רק מגבילות את תוכן המהותי של הזכויות לחיים ולכבוד, אלא מאפשרות את מחיקתם המוחלטת של החיים והכבוד. לכן מצא בית-המשפט החוקתי כי עונש המוות אינו חוקתי, והכריז על הוראות החוק הפלילי המאפשרות אותו כבטלות.¹⁷⁵

על השינוי שחל בגישתו של המשפט הבינ-לאומי לעונש המוות ניתן ללמוד גם מהעונשים המוטלים בטריבונלים בין-לאומיים. במשפטי נירנברג וטוקיו שנערכו אחרי מלחמת-העולם השנייה הייתה בידי הטריבונלים הסמכות להטיל עונשי מוות.¹⁷⁶ אכן, בנירנברג הוטלו עונשי מוות על שנים-עשר מהנאשמים, ובטוקיו הוטלו עונשי מוות על שבעה נאשמים.¹⁷⁷ לעומת זאת, בעת הקמתם של הטריבונלים הפליליים הבינ-לאומיים – בית-הדין הבינ-לאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY), בית-הדין הבינ-לאומי הפלילי לרואנדה (ICTR) ובית-הדין הפלילי הבינ-לאומי (ICC) – כבר ניכרה השפעה רבה של נורמות זכויות האדם הבינ-לאומיות בכלל ושל איסור עונש המוות בפרט. בטריבונלים אלה העונש המרבי האפשרי בגין עברות-הליבה הוא עונש מאסר-עולם.¹⁷⁸ אכן, העונש המרבי שהוטל באותם טריבונלים על נאשמים שהורשעו בפשעי-מלחמה, בפשעים נגד האנושות או בפשע של השמדת-עם הוא מאסר-עולם.

כפי שצינו בקצרה לעיל, גם אם עונש המוות כשלעצמו עודו חוקי, נקבע כי בנסיבות מסוימות הוצאה להורג תהא בלתי-חוקית. כך, למשל, הפרה של זכויות פרוצדורליות

175 Alkotmánybíróság (AB) [Constitutional Court], Oct. 24, 1999, 23/1990 (Hung.); ראו: LILLIAN CHENWI, TOWARDS THE ABOLITION OF THE DEATH PENALTY IN AFRICA – A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE 93–95 (2007).

176 NUREMBERG CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, ל' 27 ס' ראו ל-CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST CHARTER, available at www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml; available at avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art27; ס' 16 ל-.

177 ROBERT CRYER, HAKAN FRIMAN, DARRYL ROBINSON & ELIZABETH WILMSHURST, ראו: AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND PROCEDURE 393 (2008).

178 UPDATED STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (Sept. 2009), available at [www.icty.org/x/file/Legal Library/Statute/statute_sept09_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf); ס' 23 ל- 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 Neighbouring States, Sec. Res. 1431 (Aug. 14, 2002), available at www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx; ס' 77 ל- ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, available at www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf; ראו גם: CRYER, FRIMAN, ROBINSON & WILMSHURST, לעיל ה"ש 177, בעמ' 394–395.

וסטנדרטים של הליך הוגן מהווה גם הפרה של הזכות לחיים.¹⁷⁹ אכן, בהערה כללית מס' 6 הדגישה הוועדה לזכויות אדם של האו"ם את חשיבותה של הזכות להליך הוגן, אשר כוללת, בין היתר, שיפוט על-ידי טריבונל עצמאי, חזקת חפות וזכות ערעור ביחס לזכות לחיים.¹⁸⁰

בעוד עונש המוות כשלעצמו אינו אסור באופן מוחלט במשפט הבין-לאומי, תורת המשפט של האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ביססה את הדרישה שביצועו של עונש המוות ייעשה בצורה שתמזער את הסבל הפיזי והנפשי.¹⁸¹ כך, למשל, נקבע כאמור כי חנק באמצעות גז ציאניד מהווה ענישה לא-אנושית.¹⁸² תופעת שורת הנידונים למוות ("death row phenomenon") יוצרת סוג נוסף של התנגדות לעונש המוות המבוססת על הזכות לא להיחשף לענישה אכזרית ולא-אנושית. תופעה זו מתייחסת למצוקה הנפשית שאסיר חש כאשר הוא ממתין תקופה ממושכת לביצוע עונש המוות שנגזר עליו. בעתירה נגד בריטניה שהוגשה לבית-המשפט האירופי לזכויות אדם על-ידי אדם שארצות-הברית ביקשה את הסגרתו, ציין בית-המשפט כי אם יוטל על העותר בסופו של דבר עונש מוות בארצות-הברית, הוא יישב בכלא בין שש לשמונה שנים בהמתנה להוצאתו להורג. בהתחשב בתקופה ארוכה זו ובנסיבותיו האישיות של העותר, נקבע כי הסגרתו תחשוף אותו ליחס לא-אנושי.¹⁸³ בהקשר אחר נקבע כי ייתכן שעיכוב ממושך ממועד מתן גזר-הדין עד למועד הקבוע להוצאה להורג יהווה הפרה של הזכות לא להיחשף ליחס לא-אנושי.¹⁸⁴

הפרה של חובות פרוצדורליות בנוגע להגנה הדיפלומטית שאזרחים זכאים לה מחוץ למדינתם רלוונטית גם היא לעניין עונש המוות. במקרה אחד עתרה גרמניה לבית-הדין

179 ראו, למשל: Human Rights Committee, *International Pen and Others v. Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97 (1998), available at www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139-94_154-96_161-97.html; Human Rights Committee, *Reid v. Jamaica*, Comm. No. 355/1989, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/355/1989 (1994), available at www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws355.htm.

180 ראו הערה כללית מס' 6, לעיל ה"ש 29.

181 ראו, למשל: General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7) (10.3.1992), available at www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument.

182 פרשת *Ng*, לעיל ה"ש 80, פס' 10.6.

183 עניין *Soering*, לעיל ה"ש 81.

184 ראו Human Rights Committee, *Earl Pratt and Ivan Morgan v. Jamaica*, Comm. No. 210/1986 and 225/1987, para. 13.6, U.N. Doc. A/44/40 (1989), available at www1.umn.edu/humanrts/undocs/session44/210-1986.htm: "In principle prolonged judicial proceedings do not *per se* constitute cruel, inhuman or degrading treatment even if they can be a source of mental strain for the convicted prisoners. However, the situation could be otherwise in cases involving capital punishment as an assessment of the circumstances of each case would be necessary"

הבין-לאומי לצדק (ICJ) בשמם של שני אזרחים גרמנים שנידונו למוות באריונה, בטענה שארצות-הברית הפרה את אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים.¹⁸⁵ אחד משני האזרחים הוצא להורג, והאחר עמד להיות מוצא להורג בתוך זמן קצר. ה-ICJ הוציא צו זמני נגד ההוצאה השנייה להורג עד מתן פסק-דין סופי.¹⁸⁶ על בסיס צו זמני זה ביקשה גרמניה מבית-המשפט העליון האמריקאי להשהות את ההוצאה להורג, אולם בית-המשפט העליון סירב, וההוצאה להורג התבצעה כמתוכנן. בעקבות הוצאה להורג זו הגישה גרמניה עתירה נוספת נגד ארצות-הברית, בטענה כי בביצוע ההוצאה השנייה להורג הפרה ארצות-הברית את הצו הזמני של ה-ICJ. ה-ICJ קבע כי צו-הביניים שלו היה מחייב, וכי ההוצאה להורג הייתה על-כך בלתי-חוקית.¹⁸⁷

באפריקה סוגיית עונש המוות רלוונטית מאוד. נכון לשנת 2007, שלוש-עשרה מדינות אפריקאיות ביטלו את עונש המוות לגבי כל העברות, תשע-עשרה מדינות ביטלו את העונש הלכה למעשה, ובעשרים ואחת מדינות עונש המוות עודנו מופעל.¹⁸⁸ בחלק ממדינות אפריקה, כגון בוטסואנה,¹⁸⁹ ניגריה,¹⁹⁰ אוגנדה¹⁹¹ וטנזניה,¹⁹² נדחו עתירות שבהן נטען כי עונש המוות אינו חוקתי הואיל והוא נוגד את הזכות החוקתית לחיים. בתי-המשפט באותן מדינות קבעו כי הזכות לחיים מוגבלת, וכי עונש המוות אינו בלתי-חוקתי.

דומה כי הפסיקה האפריקאית החשובה ביותר לעניין הזכות לחיים ועונש המוות התקבלה בדרום-אפריקה, בפרשת *Makwanyane* משנת 1995, שם קבע בית-המשפט החוקתי כי עונש המוות אינו חוקתי.¹⁹³ שמונה מתוך אחד-עשר שופטים ראו בעונש המוות הפרה של הזכות החוקתית לחיים. בית-המשפט החוקתי קבע כי עונש המוות

Vienna Convention on Consular Relations, April 24, 1963, 596 U.N.T.S. 261, available at 185 legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf. אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים קובעת כי עצירים בעלי אזרחות זרה זכאים לגישה קונסולרית. עצור בעל אזרחות זרה שלא ניתנות לו זכויות גישה קונסולרית, חזקה היא כי זכויותיו נפגעו. ראו את פסק-דינו של בית-הדין הבין-לאומי לצדק בעניין *Avena and Other Mexican Nationals (Mex. v. U.S.)*, Judgment, 2004 I.C.J. Rep., at 1 (Mar. 31).

LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 186 1999, I.C.J. Rep. 1999, p. 9, www.icj-cij.org/docket/files/104/7726.pdf.

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Rep. 2001, p. 466 187 (Judgment of 27 June 2001), www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf.

ראו CHENWI, לעיל ה"ש 175, בעמ' 29–30.

189 S. v. Ntesang (1995), מצוטט שם, בעמ' 77–79.

190 Kalu v. The State (1998), מצוטט שם, בעמ' 79–81.

191 Susan Kigula and 416 Others v. The Attorney General, Constitutional Petition No. 6 of 2005 (2005), מצוטט שם, בעמ' 81–82.

192 Republic v. Mbuhuu and Another (1995), מצוטט שם, בעמ' 82–85.

193 *The State v. Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (CC) (S. Afr.) לעיל CHENWI, ראו CHENWI.

ה"ש 175, בעמ' 85–90; ZIYAD MOTALA & CYRIL RAMAPHOSA, CONSTITUTIONAL LAW – ANALYSIS AND CASES 229–230 (2002).

מטיל הגבלה על תוכן המהותי של זכויות-היסוד לחיים ולכבוד, בניגוד לסעיף 33 לחוקה הזמנית של דרום-אפריקה, ומבטלן באופן בלתי-הפיך. על-כן קבע בית-המשפט החוקתי כי עונש המוות הקבוע בחוק הפרוצדורה הפלילית אינו חוקתי ובטל.¹⁹⁴ השופט Chaskalson, אשר ביסס את החלטתו על האיסור החוקתי המוטל על ענישה אכזרית, לא-אנושית ומשפילה, ציין בפסק-הדין באשר לזכות לחיים כי –

"The rights to life and dignity are the most important of all human rights, and the source of all other personal rights... By committing ourselves to a society founded on the recognition of human rights we are required to value these two rights above all others. And this must be demonstrated by the State in everything that it does, including the way it punishes criminals."¹⁹⁵

מסקנה זו מדגישה את חשיבותה ועליונותה של הזכות לחיים. בפרשה אחרת נידונה שאלת גירושו של אדם לארצות-הברית, שם היה עתיד להיגזר עליו עונש מוות אם יורשע במשפטו.¹⁹⁶ בית-המשפט החוקתי דן, בין היתר, בשאלה אם העברתו של הנאשם לארצות-הברית מבלי לדרוש בטחונות כי לא יוטל עליו עונש מוות מפרה את זכותו החוקתית לחיים. בית-המשפט החוקתי קבע, לאחר שסקר את הפרקטיקה הנוהגת במדינות שונות, כי בעצם העברתו של הנאשם לארצות-הברית מבלי לבקש בטחונות כי לא יוטל עליו עונש מוות, לא העניקו רשויות ההגירה את השיקול הראוי להגנה על הזכות לחיים.¹⁹⁷ בית-המשפט ציין לעניין זה כי אין זה משנה אם הנאשם הוסגר או גורש, שכן בשני המקרים הוא נחשף לסכנה שיוטל עליו עונש מוות.¹⁹⁸

בקנדה עונש המוות עודנו שנוי במחלוקת. בשנת 1976 ביטל הפרלמנט הקנדי את עונש המוות לגבי רוב העבירות הפליליות שבעבר נשאו עימן עונש מוות, ביניהן עבירות הרצח, הבגידה והפירטיות. ברם, עונש המוות עודנו קיים לגבי עבירות ריגול, לגבי המרדה אלימה, וכן לגבי פשעי-מלחמה שבוצעו במהלך מלחמת-העולם השנייה.¹⁹⁹ בית-המשפט העליון של קנדה התמודד גם הוא עם השאלה אם עונש מוות מהווה הפרה של הזכות לחיים. בפסק-דין *United States v. Burns*²⁰⁰ נקרתה לפני בית-המשפט העליון הקנדי הזדמנות לבחון את סוגיית הסגרתם של פליטים למדינת וושינגטון, שבה במקרה

194 ראו פרשת *Makwanyane*, שם, פס' 83–84 לפסק-הדין.

195 שם, פס' 144 לפסק-הדין.

196 *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others* 2001 (7) 196

SA 893 (CC) (S. Afr.), מצוטט אצל CHENWI, לעיל ה"ש 175, בעמ' 90–91.

197 שם, פס' 48 לפסק-הדין.

198 שם, פס' 59 לפסק-הדין.

199 ראו: PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 44 (1992).

200 *United States v. Burns*, [2001] S.C.R. 283 (Can.), מצוטט אצל CHENWI, לעיל ה"ש 175, בעמ' 91–93.

של הרשעה הם היו צפויים לקבל עונש מאסר-עולם ללא חנינה או עונש מוות. שר המשפטים הקנדי, אשר הורה על הסגרתם של הנאשמים לארצות-הברית, לא ביקש מארצות-הברית התחייבות כי היא תימנע מלהטיל עונש מוות על הנאשמים שיוסגרו אליה. בית-המשפט העליון הקנדי נדרש לבחון אם הסגרתם בדרך זו, אשר עתידה לסכן את חייהם, מהווה שלילת הזכות לחיים בסתירה לעקרונות של צדק בסיסי ובניגוד לסעיף 7 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות משנת 1982.²⁰¹ בית-המשפט העליון הקנדי קבע, פה אחד, כי הסגרתם ללא-תנאי של הנאשמים למדינת וושינגטון בגין עברות רצח, בהעדר הבטחה שלא יוטל עליהם עונש מוות, מהווה הפרה של זכויותיהם לפי סעיף 7 לצ'רטר הקנדי.²⁰² בהמשך עבר בית-המשפט לבחון אם הפרת זכויות זו הינה סבירה ומוצדקת בחברה חופשית ודמוקרטית, כנדרש לפי סעיף 1 לצ'רטר הקנדי.²⁰³ הואיל והחלטתו של שר המשפטים לא לדרוש הבטחה כי לא יוטל עונש מוות אינה משרתת תכלית מהותית ודחופה, קבע בית-המשפט כי הפגיעה בזכויות אינה יכולה להיות מוצדקת לפי סעיף 1 לצ'רטר.²⁰⁴

לבסוף, בארצות-הברית מערכת המשפט עוסקת רבות בזכות לחיים בכל הקשור לחוקתיותו של עונש המוות. גם לאחר הצטרפותה לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, דבקה ארצות-הברית במתן לגיטימציה לקיומו של עונש מוות בנסיבות מתאימות. מחד גיסא, בית-המשפט העליון הפדרלי מתיר הטלת עונש מוות, אך מאידך גיסא, הוא מגביל את גזירתו לנסיבות חמורות ולא-שרירותיות, כהגדרתו. בית-המשפט העליון מחייב שהענישה תהא מידתית לפשע שבוצע, ולכן מתיר עונש מוות במקרי רצח, אך לא כעונש על מעשי שוד ואונס. בפסק-דין *Furman v. Georgia*²⁰⁵ נקבע, בדעת רוב של חמישה שופטי בית-המשפט העליון (שנחלקו בנימוקיהם), כי הטלה והוצאה לפועל של עונש מוות על נאשמים שחורים בשלושה מקרים (רצח ושני מקרי אונס) נוגדת את כבוד האדם, שרירותית ומפלה נגד אוכלוסיות מוחלשות, ועל-כן מהווה ענישה אכזרית ובלתי-רגילה העומדת בניגוד לתיקונים השמיני והארבעה-עשר לחוקה.²⁰⁶ פסק-הדין הוביל למורטוריום של עונש המוות ולחשיבה מחודשת על נסיבות

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part 1 of the Constitution Act, 1982, art. 7 201 (Can.): "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" (להלן: הצ'רטר הקנדי).

202 ראו עניין *Burns*, לעיל ה"ש 200, פס' 130-132.

203 ס' 1 לצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 201, קובע כדלקמן: "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"

204 ראו עניין *Burns*, לעיל ה"ש 200, פס' 14.

205 *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

206 בהכרעה ניתנו תשע דעות נפרדות של שופטי בית-המשפט העליון. לפירוט ראו: *Cruel and Unusual Punishment – The Death Penalty Cases: Furman v. Georgia, Jackson v. Georgia, Branch v. Texas*, 408 U.S. 238 (1972), 63 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 484 (1972).

הטלתו ועל ההליך השיפוטי המוביל להטלתו. אולם הביטול הלכה למעשה של עונש המוות לא נמשך זמן רב. בפסק־דין *Gregg v. Georgia*²⁰⁷ נקבע כי התיקון השמיני לחוקה, האוסר ענישה אכזרית, אינו אוסר הפעלת עונש מוות, אם כי הוא ישפיע מאוד על נסיבות גזירתו.

עם הצטרפותה לאמנה הבין־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הכירה ארצות־הברית באיסור הוצאתן להורג של נשים הרות, אך הסתייגה מן ההוראה האוסרת הוצאה להורג של קטינים, ושמרה לעצמה את הזכות להוציא להורג קטינים מתחת לגיל שמונה־עשרה.²⁰⁸ בית־המשפט העליון הפדרלי דן רבות בגיל־המינימום לענישת מוות. באחד מפסקי־הדין²⁰⁹ נקבע כי נער בן חמש־עשרה אינו כשיר לקבלת עונש מוות, אולם בהחלטה אחרת²¹⁰ התיר בית־המשפט הטלת עונש מוות על נער בן שש־עשרה. לבסוף, בשנת 2005, בפסק־דין *Roper v. Simmons*,²¹¹ קבע בית־המשפט העליון הלכה ברורה שלפיה הטלת עונש מוות על מי שביצע את פשעיו בעודו מתחת לגיל שמונה־עשרה מהווה ענישה אכזרית אסורה לפי החוקה, ולמעשה ביטל את עונש המוות לקטינים. עוד נזכיר את פסק־דין *Atkins v. Virginia*²¹² שבו קבע בית־המשפט העליון כי הטלת עונש מוות על מוגבלים שכלית מהווה הפרה של התיקון השמיני לחוקה.²¹³

עמדנו לעיל על חשיבותו של הליך משפטי הוגן בהקשר של עונש המוות.²¹⁴ אכן, בית־המשפט העליון הקפיד לקבוע כי אי־אפשר להטיל עונש מוות כעונש־חובה, וכן שחייבת להיות הקפדה יתרה על קבילות הראיות ועל הענקת אפשרות ערעור ומחילה לנידונים למוות. בשנים האחרונות, לנוכח הגישה האירופית נגד עונש המוות, נשמעו גם במערכת המשפט ובציבור האמריקאיים קריאות לביטולו או לצמצומו של עונש המוות, אולם טרם השתנתה פסיקתו של בית־המשפט העליון הפדרלי בעניין זה.²¹⁵

²⁰⁷ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

²⁰⁸ U.S. Reservation to Article 6 of the ICCPR, UN Doc. ST/LEG/SER.E/13, p. 175. ראו: P. Nanda,

The United States Reservation to the Ban on the Death Penalty for Juvenile

Offenders: An Appraisal under the International Covenant on Civil and Political Rights,

42 DEPAUL L. REV. 1311 (1993).

²⁰⁹ *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988).

²¹⁰ *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989).

²¹¹ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

²¹² *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

²¹³ בית־המשפט הותיר להחלטת המדינות את ההכרעה בשאלת ההגדרה של מוגבלות נפשית. עם זאת,

בפסק־דין *Hall v. Florida*, 134 S. Ct. 1986 (2014) צמצם בית־המשפט העליון את שיקול־דעתן

של המדינות בעניין זה, בקובעו סף מינימלי להחלטה אם על אדם להיחשב מוגבל שכלית לצורך

הכרעה בדבר הטלת עונש מוות. ראו: *Eighth Amendment – Cruel and Unusual Punishments*

– Defendants with Intellectual Disability – Hall v. Florida, 128 HARV L. REV. 271 (2014).

²¹⁴ ראו לעיל ליד ה"ש 179–180.

²¹⁵ ראו: John Henry Stone, *The International Covenant on Civil and Political Rights and the*

United States Reservations: The American Conception of International Human Rights, 7 U.

C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 1, 10–15 (2001).

הדיון האמריקאי חשוב בעיקר בהקשר של שיקולי המדיניות. ראשית, קיים דיון פוליטי בסוגיה חברתית בהקשר של עונש המוות, הנוגעת בנושא הגזע. רוב המחקרים מלמדים כי ההסתברות שנאשמים שהרגו קורבנות לבנים יידונו לעונש מוות גדולה פי 11 בהשוואה לנאשמים שרצחו קורבנות שחורים. נוסף על כך, לנאשמים שחורים שרצחו קורבנות לבנים יש הסיכוי הגבוה ביותר להידון לעונש מוות.²¹⁶ כמו-כן, שחורים נידונים לעונש מוות יותר מאחרים. למעשה, בין השנים 1930 ל-1984, יותר ממחצית המוצאים להורג היו נאשמים שחורים – שיעור גבוה פי חמישה כמעט מחלקם של השחורים באוכלוסייה.²¹⁷ הרתיעה מעונש המוות משקפת אם כן לא רק את עוצמתה של הזכות לחיים, אלא גם תופעה של פגיעה בשוויון, שביטויה הוא פגיעה לא-שוויונית בזכות לחיים.

שנית, קיימות עדויות מעטות בלבד לכך שעונש המוות מרתיע. רוב המחקרים מלמדים כי קיומו והפעלתו באופן תדיר של עונש המוות אינם משפיעים על שיעור הפשיעה החמורה.²¹⁸ גם מחקרים שמלמדים כי עונש המוות משפיע מראים כי הוא מרתיע רק במדינות שבהן הוא מבוצע באופן שיטתי, לעיתים תכופות ובמספרים גבוהים.²¹⁹ ביישום לתפיסה הישראלית, השאלה אם עונש המוות מרתיע רלוונטית לשאלת המידתיות, שכן אם העונש אינו מרתיע או אינו מרתיע באופן ממשי יותר מאשר עונש חלופי, אזי הפגיעה בזכות לחיים לא תהיה מידתית בהתאם למבחן-המשנה הראשון או השני של המידתיות, בהתאמה.

שלישית, בניגוד למקובל לחשוב, מחקרים מלמדים כי הניהול האדמיניסטרטיבי של עונש המוות, בצירוף העלויות המשפטיות הכרוכות בו, יקר יותר (פי שניים כמעט) מאשר החזקתו של אדם בחיים בכלא.²²⁰

לבסוף, קיים תמיד המרכיב של טעות, שמעלה את החשש מפני הוצאה להורג של חפים מפשע. לפי ה־American Civil Liberties Union, בארצות-הברית בלבד, אחד מכל שבעה אנשים שנגזר עליהם עונש מוות נמצא מאוחר יותר חף מפשע.²²¹ למן שנת 1973 שוחררו 123 אסירים אחרי שראיות חדשות הוכיחו את חפותם מפשעים שבגינם הם

216 ראו: DAVID COLE, NO EQUAL JUSTICE – RACE AND CLASS IN THE AMERICAN CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 132–134 (1999).

217 ראו: RUDOLPH J. GERBER & JOHN M. JOHNSON, THE TOP TEN DEATH PENALTY MYTHS: THE POLITICS OF CRIME CONTROL 43 (2007).

218 GERBER & JOHNSON, שם, בעמ' 64–65; LARRY J. SIEGEL, CRIMINOLOGY 108 (10th ed. ; 2008).

219 ראו אברהם טננבוים "האם עונש מוות מרתיע או גורם לאכזריות יתר?" **ברלתיים פתוחות** 46, 47–46 (2009).

220 HANS GÖRAN FRANCK, THE BARBARIC PUNISHMENT: ABOLISHING THE DEATH PENALTY 42 (William Schabas ed., 2003).

221 ראו: Stop the Execution of the Innocent, ACLU, <https://www.aclu.org/stop-execution-innocent>.

נידונו לעונש מוות.²²² יותר מכך, בין השנים 1973 ו-1995, 68% מן ההרשעות שבעקבותיהן נידונו המורשעים למוות נהפכו בערעור בשל טעויות משפטיות.²²³ סיכויים לטעות קיימים כמובן בכל משפט, אולם יש להם חשיבות יתרה ביחס לעונש המוות, שכן הפעלתו בלתי-הפיכה.²²⁴ שיקולי המדיניות שנסקרו לעיל עשויים להיות רלוונטיים, בשינויים המחויבים, לכל מדינה השוקלת את עונש המוות, לרבות ישראל.

2. המתות-חסד

מן הבחינה האנליטית, נושא המתות-החסד יכול להיחשב חלק מהדיון בזכות לכבוד, שכן הבסיס לרצון לסיים את חייו של חולה הצפוי לסבל ולפגיעה חמורה באיכות חייו הוא לשמור על כבודו. מאידך גיסא, ניתן לראות את הנושא גם כחלק מהדיון בזכות לחיים, שכן הסוגיה מערבת את השאלה אם ניתן להתיר למישהו לפגוע בזכות לחיים; וככל שהמדינה מאפשרת סיום חיים, לא כל שכן מסייעת בכך, היא פועלת לכאורה בניגוד לחובתה לשמור על הזכות לחיים שבסעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד.²²⁵ התפתחות הטכנולוגיה הרפואית מעלה שאלות קשות באשר לזכות לחיים. עיקרה של הקושיה באפשרות להאריך חיים באופן מלאכותי – הליך הכרוך פעמים רבות בכאב ובסבל של המטופל. בנסיבות אחרות חולה במצב קשה עשוי לבקש לסיים את סבלו ולסיים את חייו. אם אנו מתייחסים לחיים בעלי איכות כאל חיים עם תודעה, אשר חופשיים ככל האפשר מסבל ומכאב, ואשר כבוד האדם נשמר בהם, אזי ברי כי לעיתים תיתכן סתירה בין הזכות החוקתית לחיים לבין הזכות החוקתית לכבוד.²²⁶ לכן, בהקשר של הזכות לחיים נשאלת השאלה אם הזכות למות נכללת במסגרת זכות האדם לכבוד ולאוטונומיה של הפרט, ואם כן, מהו האיזון הראוי בין זכות זו לבין הזכות לחיים.²²⁷ נראה כי באופן עקרוני ראוי להבחין בין סוגים שונים של המתת-חסד. ראשית, יש להבחין בין המתת-חסד מרצון, שעניינה זכותו של אדם למות והרעיון של צוואה בחיים,

222 ראו: HENRY J. STEINER, PHILIP ALSTON & RYAN GOODMAN, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT – LAW, POLITICS, MORALS 20 (3rd ed. 2007). על "פרויקט DNA" ראו:

Peter Neufeld, *Preventing the Execution of the Innocent: Testimony Before the House Judiciary Committee*, 29 HOFSTRA L. REV. 1155 (2001).

223 Ursula Bentele, *Does the Death Penalty, by Risking Execution of the Innocent, Violate Substantive Due Process?*, 40 HOUS. L. REV. 1359, 1366 (2003–2004).

224 Michael L. Radelet & Hugo Adam Bedau, *The Execution of the Innocent*, 61 LAW & CONTEMP. PROBS. 105 (1998).

225 Paul Tiensuu, *Whose Right to What Life? Assisted Suicide and the Right to Life as a Fundamental Right*, 15 HUM. RTS. L. REV. 251 (2015).

226 רפאל כהן-אלמגור ומירב שמואלי "הזכות למות בכבוד וטיעון איכות החיים" *רפואה ומשפט* 18, 66, 76–78 (1998).

227 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 52, בעמ' 931.

לבין המתת-חסד לא מרצון, שעניינה סיום מכוון של חייו של אדם סובל ללא הסכמתו. מקרה אחרון זה מהווה פגיעה ברורה בזכות לחיים. עוד יש להבחין בין המתת-חסד סבילה לפעילה. המתת-חסד סבילה משמעה אי-עשייה למניעת מוות, כלומר, מתן אפשרות לאדם למות מבלי להפעיל אמצעי הנשמה, הפעמה והזנה מלאכותיים, מבלי להמשיך מתן טיפול רפואי במקרה סופני וכולי.²²⁸ לעומת זאת, המתת-חסד פעילה היא עשיית מעשה, כגון מתן סם מקצר חיים, במטרה להמית אדם כדי לסיים את סבלו או את קיומו חסר המשמעות.²²⁹

חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, מטיל חובות, בין היתר, בדבר טיפול רפואי נאות (סעיף 5), טיפול רפואי במצב חירום רפואי או סכנה חמורה (סעיף 11) והסכמה מדעת לטיפול רפואי (סעיף 13).²³⁰ הצעת החוק משנת 1992²³¹ כללה גם סעיף שלפיו "חולה סופני זכאי למות בכבוד ועל פי עיקרי השקפת עולמו ואמונתו, וככל שהדבר אפשרי, בנוכחות אדם שהמטופל רצה בו, והרופא המטפל והמוסד הרפואי יסייעו לו במימוש זכותו זו וימנעו כל דבר העלול לפגוע בכבודו",²³² אולם סעיף זה נמחק, ורק לאחר-מכן עברה הצעת החוק בקריאה הראשונה.²³³ חוק זכויות החולה מדגיש, בסעיף 15, את החובה ליתן טיפול רפואי, ומתיר מתן טיפול אף בניגוד לרצון החולה מקום ששקפת סכנה חמורה לחייו והוא מתנגד לקבלת טיפול רפואי אשר עשוי לשפר את מצבו.²³⁴

נטען כי ניתוק ממכונת הנשמה לאחר הסכמה מדעת מהווה המתת-חסד סבילה, אשר כבררת-מחדל אינה מהווה הפרת חובה לפי חוק זכויות החולה, לעומת המתת-חסד פעילה, אשר אסורה על-פי החוק הקיים ואין בהסכמת החולה כדי לבטל איסור זה.²³⁵ יצוין כי בעת כתיבת מאמר זה קיימת הצעת חוק ל"מוות במרשם רופא" לחולים סופניים, אשר קיבלה את אישורה של ועדת השרים לחקיקה,²³⁶ אולם הליך החקיקה נעצר עם פיזור הכנסת התשע-עשרה בדצמבר 2014.²³⁷

- 228 עמנואל גרוס "Euthanasia פאסיבית – היבטים מוסריים ומשפטיים" הפרקליט לט 162 (1989).
- 229 ראו אצל אמנון כרמי **בריאות ומשפט** 1444 (2003).
- 230 על הסכמה מדעת לטיפול רפואי ראו עפרה גולן "דרישת 'ההסכמה מדעת' כביטוי לכבוד האדם" **שערי משפט** ב 171 (2000).
- 231 ה"ח התשנ"ב 359.
- 232 שם, ס' 10 להצעת החוק.
- 233 דוד א' פרנקל "המתת חסד וחוק העונשין" **רפואה ומשפט** 12, 14 (1995).
- 234 אהובה טיכו "חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 – נוסחת 'האיזון הראוי' בין ערך קדושת החיים לבין אוטונומיות הרצון ואיכות החיים – בחינה ביקורתית" **רפואה ומשפט** 35, 32, 42 (2006).
- 235 אליקים רובינשטיין "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" **המשפט** ח 645, 659–660 (2003).
- 236 הצעת חוק החולה הנוטה למות (תיקון – מוות במרשם רופא), התשע"ד-2013, פ/1867/19. ראו גם: עמרי נחמיאס "השרים אישרו: תותר המתת חסד במרשם רופא בישראל" **וואלה** 8.7.2014. news.walla.co.il/item/2753526.
- 237 לביקורת על הצעת חוק זהה שהונחה על שולחן הכנסת השמונה-עשרה על-ידי חבר-הכנסת חיים אורון (פ/5133/66) ראו "הצעת חוק מוות במרשם רופא – הערות" **רפואה ומשפט** 41, 161, 163–165 (הערותיו של יוסי גרין) (2009).

בתי-המשפט בישראל דנו פעמים מספר בסוגיית המתת-החסד.²³⁸ ההבחנה בין המתת-חסד סבילה לפעילה באה לידי ביטוי בפסק-דין שפר.²³⁹ בית-המשפט העליון הכריע בפרשה בשנת 1988, אך את הנימוקים להכרעתו נתן רק בשנת 1993, לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפסק-דין זה התעוררה שאלת המתת-החסד במלוא עוצמתה, כאשר בית-המשפט העליון דן בשאלות בדבר זכותו של חולה לסרב להתחבר למכונת החייה.²⁴⁰ השופט אֶלון ציין, ראשית, את גישת המשפט העברי, המקנה חשיבות מיוחדת לערך העליון של קדושת חיי האדם, שכן "בצלם אלוקים ברא את האדם".²⁴¹ בהמשך הביע השופט אֶלון את גישת המשפט העברי שלפיה המתת-חסד פעילה אסורה בתכלית האיסור.²⁴² המתת-חסד סבילה, לעומת זאת, מותרת, ובנסיבות מסוימות, שבהן יש למנוע את הארכת ייסוריו וסבלו של החולה, לא רק שהיא מותרת,²⁴³ אלא קיים איסור לנקוט פעולות המעכבות את המוות הטבעי:

"נקודת המוצא לסוגיה גדולה, קשה וסבוכה זו של הלכה ורפואה הוא ערך העל של קדושת חיי האדם. ערך-על זה יסודו, כאמור, בעקרון העל של בריאת האדם בצלם אלוקים, על כל המתחייב ומשתמע מכך. אשר-על-כן, לא קיים, ולא יכול להיות קיים, קנה מידה של ערך האדם; דינו של פגום בגופו כדינו של שלם בגופו, ודינו של לקוי בנפשו כדינו של בריא בנפשו, ואין מודדים מידתה ושיעורה של בריאות הגוף והנפש. וכן לא קיים, ולא יכול להיות קיים, קנה מידה של אורך חיי האדם, חיי שעה דינם כחיים ארוכים, וגם הנר המטפטף הריהו בוער ומאיר. אשר-על-כן, החשת מוות אקטיבית, קיצור חיי אדם באופן פעיל, גם אם בשם המתת חסד תיקרא, אסורה היא בתכלית האיסור, גם אם היא נעשית לפי

238 לסקירת פסיקותיהם של בית-המשפט העליון ובתי-המשפט המחוזיים בנושא זה ראו חיה רודניצקי-דרורי "חוק החולה הנוטה למות מול חוק העונשין: עבירת המתה וסיוע להתאבדות במבחן חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" **רפואה ומשפט** 35, 48, 49–52 (2006).

239 עניין שפר, לעיל ה"ש 6.

240 באותה פרשה אובחנה המערערת כחולה במחלה גנטית חשוכת-מרפא (טיי-זקס), ולאחר שהוחמר מצבה, היא אושפזה בבית-חולים. לאחר יותר משמונה חודשי אשפוז הגישה המערערת, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית, בקשה לפסק-דין הצהרתי שלפיו אם יוחמר מצבה הבריאותי של המערערת והיא תזדקק לסיוע נשימתי או למתן תרופות באמצעות עירוי או בכל דרך אחרת, למעט מתן תרופות לשיכון כאבים על-מנת להקל את סבלה, היא תהיה זכאית לכך שלא יינתנו לה הטיפולים הללו בניגוד לרצונה. בקשה זו נדחתה בבית-המשפט המחוזי. בית-המשפט העליון דחה את הערעור ללא נימוקים. פסק-הדין המנומק ניתן בשנת 1993, כארבע שנים לאחר שהמערערת נפטרה.

241 עניין שפר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 117.

242 שם, בעמ' 132–133. על יחסו של המשפט העברי להמתת-חסד ראו גם אברהם שטינברג "זיאמר ליוסף הנה אביך חלה" – חולה הנוטה למות" **פרשת השבוע** 238 (2005).

243 עניין שפר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 133–135.

בקשתו של החולה. החובה הגדולה היא, במצב דברים זה, לשכך את הסבל והייסורים של החולה בכל דרך אפשרית שהיא.
 שונה הוא מצב הדברים משמדובר באותנזיה פאסיבית, באי-הארכת החיים, כפי שמכונה הוא בעולמה של הלכה – 'הסרת המונע'. אותנזיה פאסיבית מותרת, ולדעת חלק מן הפוסקים אף מחויבת, מתוך התחשבות בערך העל של מניעת סבל וייסורין, גופניים ונפשיים, ברצונו של החולה, בחומרה שבכפיית טיפול רפואי בניגוד לרצונו של החולה, בסוגי הטיפול השונים – שיגרתיים או לא שיגרתיים, טבעיים או מלאכותיים – ועוד.²⁴⁴

לאחר שסקר את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית, פנה השופט אֶלון לבחון אם המתת-חסד הולמת את ערכיה הדמוקרטיות של מדינת-ישראל, ולשם כך סקר את המצב המשפטי הקיים בשתי מדינות דמוקרטיות: ארצות-הברית והולנד. בארצות-הברית, ציין בית-המשפט, המתת-חסד פעילה אסורה, ומהווה עברה פלילית בכל המדינות. אולם בעוד אסור להפסיק פעולה מאריכת חיים, מותר להימנע מעשיית פעולה מאריכת חיים.²⁴⁵ על-אף הדמיון בין כללי המשפט האמריקאי למשפט העברי בעניין זה, ציין בית-המשפט כי קיים הבדל מהותי באשר לנקודת המוצא שבכל אחת משתי מערכות ערכיות אלה. במשפט העברי עקרון-העל הוא עקרון קדושת החיים, שיסודו ברעיון הבסיסי של בריאת האדם בצלם אלוקים. מקורם של הסייגים לעיקרון זה, בין היתר, בעיקרון של מניעת סבל וייסורים, גופניים ונפשיים, של כיבוד רצון החולה ושל יישום הכלל "ואהבת לרעך כמוך". במשפט האמריקאי, לעומת זאת, נקודת המוצא היא זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי מכוח העיקרון של החירות האישית.²⁴⁶ בהולנד, ציין בית-המשפט, שהיא הדמוקרטיה המערבית היחידה שבה המתת-חסד פעילה מתבצעת באופן רשמי וגלוי, החוק מכיר בהמתת-חסד פעילה בהתקיים כמה תנאים.²⁴⁷ השופט אֶלון קבע כי קבלת המשותף בין המשפט העברי למשפט הדמוקרטי משמעה קבלת עמדתו של המשפט האמריקאי ודחיית עמדתו של המשפט ההולנדי. כלומר, יש לאסור

244 שם, בעמ' 144–145.

245 שם, בעמ' 151–152.

246 שם, בעמ' 168.

247 שם, בעמ' 159–160. בית-המשפט מפרט שם את התנאים הדרושים להמתת-חסד פעילה: "החולה מצהיר בעצמו, שסבלו הגופני והנפשי הוא בלתי נסבל; החולה בעצמו מבקש ומסכים לפעולה זו, כשהוא בר כושר שיפוט מלא; הסבל והרצון למות הם קבועים ומתמידים; הסכמתו של החולה לפעולת ההמתה היא חופשית, מודעת ומתמידה; החולה מבין את מצבו, את החלופות העומדות לרשותו, ואת משמעות ההחלטה; הרופא והחולה מסכימים, שמדובר במחלה חשוכת מרפא, המלווה בסבל קשה; נעשו ניסיונות אחרים להפחית את הכאב והסבל, אך לא נמצא פתרון אחר, שהוא מתקבל על דעתו של החולה; רופא נוסף מסכים לאותם ממצאים; רק הרופא, ולא כל שליח אחר, יבצע את ההמתה; המעשה לא יגרום לאחרים סבל מעבר לצורך; ההחלטה והביצוע יעשו בזהירות מירבית; הנתונים ותהליך קבלת ההחלטה יירשמו ויתועדו באופן ברור; במקרה של ילדים – מועילה הסכמת ההורים באותם התנאים..."

החשה פעילה של מוות.²⁴⁸ לכן נקבע כי המתת-חסד פעילה אסורה באיסור מוחלט. זו גם הגישה שבאה לידי ביטוי בסעיף 309 לחוק העונשין, שלפיו "בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למותו של האחר: ... (4) במעשהו או במחדלו החיש את מותו של אדם הסובל ממחלה או מפגיעה שהיו גורמות למותו גם אילו לא מעשהו או מחדלו זה". בית-המשפט ציין כי אין הסכמתו של החולה לגרימת מותו משנה לעניין זה, שכן גם בעלותו של החולה על גופו כפופה לאינטרס החברתי של הגנה על קדושת החיים.²⁴⁹

לגופו של עניין נקבע כי "[המערער] אינה סובלת ואינה מתייסרת. כבודה נשמר מעל ומעבר. [היא] בוכה, ככל ילד, כאשר זקוקה היא להאכלה או לטיפול שיגרתני רגיל. נרה עדיין בוער ומאיר לכל מי שמצוי בקרבתה. בתנאים אלה, ובמציאות זו, קדושת חייה של [המערער], גם במצבם הסופני, היא הערך הבלעדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדת בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית".²⁵⁰

בפרשת **לובצקי** ביקש בנה של חסויה, אשר מונה לאפוטרופוס שלה, לנתקה ממכשיר הזונדה ובכך להפסיק את הזנתה. בית-המשפט המחוזי קיבל את בקשתו, אולם בית-המשפט העליון ביטל את פסק-הדין ודחה את הבקשה. המשנה לנשיא לוין ציין כי אין לראות את סירוב הבן להמשך הזנתה של אמו כסירוב של החסויה עצמה, שכן האינטרסים של השניים אינם חופפים תמיד. כמו-כן לא הוכחה די הצורך הסכמתה מראש של החסויה להפסקת הזנה, ולא היה בסיס ראייתי לכך שהפסקת ההזנה לא תגרום לחסויה סבל.²⁵¹

בפרשת **פלונית נ' מרכז רפואי "בני ציון"**²⁵² ביקשה חולה במחלת ניוון שרירים (ALS) סופנית מבית-המשפט לאפשר לה מיתת-חסד באמצעות מתן צו לאי-התערבות רפואית. בית-המשפט המחוזי קיבל את בקשת החולה ופסק כך:

"ברור לכולנו כי פעולה אקטיבית, שיש בה כדי להחיש את מותו של החולה, אסורה היא. יחד עם זאת, אין להתעלם מהפער הקיים, לדאבון הלב, בין ערך קדושת החיים והחובה לתת ולקבל טיפול רפואי לחולה, לבין הערך של איכות

248 שם, בעמ' 167–168.

249 שם, בעמ' 178.

250 שם, בעמ' 194.

251 ה"פ (מחוזי ת"א) 10403/99 **לובצקי נ' קופת חולים הכללית**, דינים מחוזי 1999 (3) 971; ע"א 3031/99 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, דינים עליון 1999 (4) 1290. פסקי-הדין התפרסמו כלשונם כנספח בכתב-העת **שערי משפט** ב(2) (2000). לסקירה ולדין בסוגיה ראו גם עפרה גולן ושרון בסן "הזנה מלאכותית בסוף החיים" **רפואה ומשפט** 31, 41 (2004). לביקורת על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ראו גם מנחם אלון "הערות והארות בעניין 'אשיות המרקם התרבותי והרוחני של חברתנו' – סוגיית המתת חסד בפרשת לובצקי" **שערי משפט** ב(2) 121 (2000).

252 ה"פ (מחוזי חי') 228/04 **פלונית נ' מרכז רפואי "בני ציון"** (פורסם בנבו, 21.11.2004).

החיים, המאפשר הימנעות מהארכת החיים של חולה סופנית, והזכות של החולה הנוטה למות לסרב לקבלת טיפול רפואי, במצב זה. אין להתעלם כאן משורה נכבדה של זכויות היסוד הקיימות, ובמרכזן 'חוק יסוד כבוד האדם וחירותו': ההגנה על חייו, גופו וכבודו של האדם וזכותו לחירות אישית, פרטיות וצנעת הפרט. על פי חירויות היסוד הטבעיות והחוקיות, כולל כמובן את אלה שהזכרנו זה עתה, והנוגעות לכבוד האדם וחירותו, רשאי אדם לפני מותו, כאשר אין לו עוד, לדאבון הלב, סיכוי לאיכות חיים, לבקש מבית המשפט המוסמך, כי יימנע ממנו טיפול רפואי ללא תכלית. זאת כדי למנוע מעצמו סבל, יסורים, תחושת השפלה עצמית וביזוי שלם האדם שבו. נתונים אלה קיימים, על פי הראיות שקבלנו, במקרה נשוא הדיון שבפנינו.

בית-המשפט קבע, לגופו של עניין, כי מאחר שנתונים אלה מתקיימים, יש מקום להיעתר לבקשת המבקשת וליתן צו הצהרתי בדבר זכותה "שלא יוארכו חייה באופן מלאכותי, שלא לקבל טיפול רפואי, שאין בו אלא כדי להאריך באופן מלאכותי את חייה, שלא לקבל סיוע נשימתי ו/או הזנה באמצעים מלאכותיים באופן מתמיד, וכן על זכותה להינתק ממכשירי ההנשמה וההזנה אליהם היא מחוברת".²⁵³

בעניין פלוני, האפוטרופוס של החסויה פלונית נ' "ארבל" מרכז גריאטרי²⁵⁴ עתרו קרוביה של אישה שהייתה נתונה יותר מחמש שנים במצב סיעודי מלא, בהכרה זעומה וללא קשר קוגניטיבי עם הסובבים אותה בבקשה לנתקה ממכונת ההזנה. הקרובים טענו כי בהזדמנויות שונות הביעה האישה את רצונה כי חייה לא יוארכו באמצעים מלאכותיים. בית-המשפט המחוזי דחה את הבקשה, בקובעו כי הזכות לחיים הינה זכות-יסוד עילאית ומקודשת, שממנה נלמדת גם החובה להגן על החיים. בית-המשפט הכיר בכך שגם הזכות לחיים, ככל הזכויות, אינה בעלת אופי מוחלט, וכי לעיתים היא מתנגשת בזכויות אחרות של אותו פרט עצמו, כגון הזכות לכבוד, כמו במקרה של חולה סופני המבקש למנוע את המשך הארכת חייו באופן מלאכותי. בית-המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות העניין יש לדחות את הבקשה מכמה סיבות: ראשית, החסויה אינה חולה במחלה סופנית כלל, ומותה לא רק שאינו קרוב, אלא אף אינו נראה באופן; שנית, הבקשה היא לנקיטת מעשה פעיל של ניתוק החסויה ממכשיר ההזנה, בניגוד למעשה סביל של אי-חיבורה מחדש למכשיר ההנשמה;²⁵⁶ ולבסוף, לא הוכח כי החסויה לא תחוש בסבל אם תנותק ממכשיר ההזנה.²⁵⁷

במאמר שפרסם בשנת 1994 טען ליאון שלף כי כדי למנוע החזקת אנשים בחיים

253 שם.

254 ה"פ (מחוזי ת"א) 603/05 פלוני, האפוטרופוס של החסויה פלונית נ' "ארבל" מרכז גריאטרי, פ"ד התשס"ד(1) 865 (2005).

255 שם, בעמ' 886.

256 שם, בעמ' 889.

257 שם, בעמ' 895.

בניגוד לרצונם בתנאים של כאב וסבל, מצד אחד, אך גם את זירוז המוות של חולים מתוך שיקולים מוטעים וידע חסר וללא בירור רצונו האמיתי של החולה, מצד אחר, יש להכיר בהמתת-חסד ולפקח עליה באופן יעיל וממשי.²⁵⁸ אכן, לאחר נסיונות אחדים להסדיר את נושא המתות-החסד בחוק,²⁵⁹ נכנס לתוקפו, בשנת 2006, חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005. חוק זה, כפי שנקבע בסעיף 1(א) לחוק, "בא להסדיר את הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות תוך איזון ראוי בין ערך קדושת החיים, לבין ערך אוטונומיית הרצון של האדם והחשיבות של איכות החיים". לפי סעיף 1(ב), החוק "מבוסס על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועל עקרונות יסוד בתחום המוסר, האתיקה והדת". סעיף 2 לחוק קובע כי "בקביעת הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות, מצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו הם השיקולים הבלעדיים". החוק קובע, בין היתר, כי חזקה על אדם שהוא רוצה להוסיף לחיות,²⁶⁰ אך מתיר את האפשרות שאדם ישאיר מראש הנחיות רפואיות לטיפול בו אם יהיה חולה הנוטה למות, כהגדרתו בחוק, ולא יהיה כשיר לקבל החלטות בעבור עצמו.²⁶¹ החוק מוסיף וקובע הוראות בדבר זכותו של חולה הנוטה למות לקבלת טיפול רפואי חריג להארכת חייו,²⁶² וכן בדבר הימנעות ממתן טיפול רפואי לחולה הנוטה למות שהוא בעל כשרות ואשר הביע במפורש את רצונו שלא יינתן לו טיפול. סעיף 15 לחוק קובע כך:

- "(א) חולה הנוטה למות שהוא בעל כשרות, אשר אינו רוצה שחייו יוארכו, יש לכבד את רצונו ולהימנע מטיפול רפואי בו.
- (ב) על המטפלים בחולה הנוטה למות כאמור בסעיף קטן (א) לעשות מאמץ סביר כדי לשכנעו לקבל חמצן, וכן מזון ונוזלים, אף באמצעים מלאכותיים, וכן לקבל טיפולים שגרתיים הנחוצים לטיפול במחלות בו-זמניות או במחלות רקע וטיפול מקל."

בהתאם, החוק מוסיף ומקנה הגנה למי שפועל מכוח הוראות החוק.²⁶³ החוק מבהיר, עם זאת, כי אין בהוראותיו כדי להתיר עשיית פעולה – אף אם היא טיפול רפואי – "המכוונת להמית, או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גם גרימת מוות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין

258 ליאון שלף "בין קדושת החיים לכבוד האדם – על ייסורי הגוף, הקדמה הרפואית, רגישות אנושית והמשפט הפלילי" **משפטים** כד 207, 210 (1994).

259 ראו משה טלגם "הטיפול בחולה הנוטה למות" וניסיונות החקיקה "המשפט ט 345 (2004).
260 ס' 4 לחוק החולה הנוטה למות.

261 ס' 5 לחוק החולה הנוטה למות. חולה נחשב לפי החוק כ"נוטה למות" אם רופא אחראי קבע כי הוא "סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים". ראו ס' 3 ו-8(א) לחוק החולה הנוטה למות.

262 ס' 13 לחוק החולה הנוטה למות.

263 ס' 54 לחוק החולה הנוטה למות. ראו גם גבריאל הלוי "האחריות הפלילית של הצוות הרפואי והמוסד הרפואי למותו של החולה הנוטה למות" **משפט רפואי וביור אתיקה** 1, 65 (2008).

שלא²⁶⁴ או "שיש בה סיוע להתאבדות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא"²⁶⁵ וכן כי "אין בהוראות חוק זה כדי להתיר הפסקת טיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות, העלולה להביא למותו, בין שהוא בעל כשרות ובין אם לאו; ואולם מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי רציף, שנפסק שלא במכוון או שלא בניגוד להוראות כל דין וכן מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי מחזורי"²⁶⁶.

באמצעות הוראות אלה המחוקק שומר על האיזון העדין בין האיסור לעשות כל פעולה ישירה המכוונת להמית את החולה לבין ההיתר להימנע מלתת לחולה טיפול למחלה סופנית, וזאת לפי בקשתו ובתנאי שהוא סובל סבל משמעותי.²⁶⁷ על-אף איזון זה, יש שטענו כי החוק נוקט גישה מצמצמת לגבי זכויות החולה הנוטה למות לסרב לטיפול רפואי, הואיל והוא נוקט הגדרה מצמצמת יחסית של המושג "חולה הנוטה למות", אוסר הפסקת טיפול רציף, וקובע דרישה לקיומו של סבל משמעותי כתנאי לכיבוד רצונו של חולה בלתי-כשיר להימנע מטיפולים מאריכי חיים.²⁶⁸

בנובמבר 2014 ניתן פסק-דין הצהרתי תקדימי המאפשר לעותר, חולה במחלת ניוון שרירים (ALS) סופנית, להפסיק את פעולתה של מכונת ההנשמה שהוא מחובר אליה, וזאת אף שהוא אינו נכנס בגדריו של חוק החולה הנוטה למות.²⁶⁹ יוסי גרין מציין כי ההיתר שניתן בבית-המשפט לרופא "להפחית את קצב ההנשמה עד למינימום" הוא למעשה ביצוע המתת-חסד בניגוד לחוק, וטוען כי בהחלטה זו חרג בית-המשפט מסמכותו.²⁷⁰

264 ס' 19 לחוק החולה הנוטה למות.

265 ס' 20 לחוק החולה הנוטה למות.

266 ס' 21 לחוק החולה הנוטה למות.

267 ראו שטינברג, לעיל ה"ש 242.

268 ראו טיכו, לעיל ה"ש 234, בעמ' 32, 37-39. לדיון ולביקורת על כך שהעקרונות העומדים בבסיס החוק – ההגדרה של "חולה הנוטה למות" והאיסור להפסיק את פעולתה של מכונת הנשמה – יוצרים אי-בהירות באשר להיקף זכותם של חולים סופניים שהחוק אינו חל עליהם. ראו רועי גילבר "עד כלות הנשימה – על הפסקת הנשמה מלאכותית בחולים סופניים לאור פסק הדין בה"פ (תל-אביב) 16813-11-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה" **המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון, מבוקי הארות פסיקה** 42, 35 (2015) www.colman.ac.il/sites/college.stage.linnovate.net/files/42_may_2015_5_gilbar.pdf.

269 ה"פ (מחוזי ת"א) 16813-11-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.11.2014). ראו רויטל חובל "ביהמ"ש התיר המתת חסד של חולה שלא עמד בתנאי חוק הנוטה למות" **הארץ** – **חדשות** 9.12.2014 www.haaretz.co.il/news/law/.premium-1.2507788; "לחיות או לחדול – על החופש לבחור בנייתוק ממכונת הנשמה בעקבות ה"פ (ת"א) 16813-11-14 המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון, מבוקי הארות פסיקה 42, 3-4 (2015) www.colman.ac.il/sites/college.stage.linnovate.net/files/42_may_2015_2_sub.pdf.

270 יוסי גרין "על צדק אנושי, חקיקה וסמכות בית המשפט בעקבות ה"פ 16813-11-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה" **המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון, מבוקי הארות פסיקה** 42, 5, 7.

עוד ראוי להזכיר בהקשר זה את חוק מוות מוחי-נשימתי, התשס"ח-2008, המסדיר את הסוגיה של קביעת מוות מוחי-נשימתי לנוכח ההתפתחות הרפואית והטכנולוגית המאפשרת קיום מלאכותי של פעולת הלב והריאות באמצעות שימוש במכשירי הנשמה. מטרתו של החוק היא לאזן בין תפיסות משפטיות, תפיסות אתיות ותפיסות דתיות שונות, בעיקר על רקע ההשלכות הרבות וכבדות-המשקל של דרך קביעת המוות המוחי-נשימתי והמחלוקות בנושא זה בישראל, במיוחד בכל הנוגע בנטילת איברים לצורך השתלות.²⁷¹

שאלת היחס בין עקרון קדושת החיים והזכות לחיים לבין הזכות למוות בכבוד יכולה להיות רלוונטית גם בהקשר של תינוקות פגומים והשיקולים השונים שעשויים להיות מעורבים בעניין, בין היתר אלה של טובת הילד וטובת המשפחה.²⁷² על חשיבותה של קדושת החיים במשפט הישראלי בנושא זה ניתן ללמוד מפסק-הדין בעניין **אכר (קטיין)**.²⁷³ באותו מקרה דן בית-המשפט בעניינו של קטין בן שמונה הסובל מפגיעה שכלית ומוטורית קשה מלידה וכן ממחלת כליות חריפה. על-מנת לפתור את בעיית הכליות, ביקשו הרופאים שטיפלו בקטין לערוך לו טיפול רפואי של דיאליזה, אשר בלעדיו היה המשיב צפוי למוות. ברם, הוריו סירבו ליתן את הסכמתם לטיפול, ולנוכח סירוב זה פנה היועץ המשפטי לממשלה לבית-המשפט לענייני משפחה על-מנת שיוורה על ביצוע הטיפול. בית-המשפט לענייני משפחה נעתר לבקשה זו, אך בית-המשפט המחוזי הפך את ההחלטה, ומכאן הערעור לבית-המשפט העליון. בית-המשפט העליון קבע, לעניין הזכות לחיים, כי זו "זכות חוקתית בסיסית, הנתונה לכל אדם בישראל. מעמדה החוקתי של זכות זו מעוגן בפיסקת עקרונות היסוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... 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".²⁷⁴ מנקודת-המבט של הזכות לחיים, ציין בית-המשפט, יש בטיפול הנידון תועלת רבה, אם לא הכרח של ממש, שכן אלמלא הטיפול (שכבר ניתן חודשיים קודם לכן לפי הוראתו של בית-המשפט העליון, בפסק-דין שניתן ללא נימוקים) היו חייו של המשיב מסתיימים בתוך ימים. הטיפול המוצע עשוי לפתור את בעיית הכליות של המשיב למשך שנתיים, עם אפשרות לטיפול נוסף שיאפשר את המשך חייו גם בחלוף תקופה זו.²⁷⁵ בית-המשפט ציין כי יש שיטות משפט שבהן עקרון קדושת החיים גובר במצב דומה על כל שיקול אחר, אולם גישת בית-המשפט שונה, שכן בשוקלו אם הטיפול הרפואי יהיה לטובת הילד, יבחן בית-המשפט אם בהליך המוצע כרוכים נטלים כבדים עד כדי כך

www.colman.ac.il/sites/college.stage.linnovate.net/files/42_may_2015_4_grin.pdf (2015)

לדין נוסף בפסק-הדין ראו גילבר, לעיל ה"ש 268.

271 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק מוות מוחי-נשימתי, התשס"ח-2008, ה"ח הכנסת 120.

272 ראו אילן הרפז "הזכות לחיים של התינוק הפגום" **רפואה ומשפט** 19, 84 (1998).

273 עניין **אכר (קטיין)**, לעיל ה"ש 57.

274 שם, בעמ' 848-849.

275 שם, בעמ' 848-850.

שיש בהם כדי לגבור בכירור על משקלה של התועלת הצפויה לו. במצבים שבהם הארכת החיים גורמת סבל פיזי, נפשי ושכלי, וכן הפרעות קשות בתפקוד היומיומי, הפגיעה בזכויות ובאינטרסים של החולה – ובראשם זכותו החוקתית לכבוד – עלולה להיות קשה עד כדי כך שתהיה הצדקה להימנעות ממתן הטיפול הרפואי.²⁷⁶ אולם לעניין זה, קבע בית-המשפט, לא הונחה תשתית המלמדת כי הטיפול המוצע כרוך בסבל שעשוי להוביל להחלטה כי אין מקום ליתן טיפול רפואי, אלא להפך – הוברר כי דווקא הפסקת הטיפול עלולה לגרום סבל משמעותי.²⁷⁷ בית-המשפט ציין כי "נוכח חשיבותו של הערך בדבר קדושת החיים, הרי שבהיעדר נתון קונקרטי בדבר סבל או כאב הנגרמים לחולה, תהיה בדרך-כלל המסקנה כי אין להימנע מטיפול רפואי מאריך חיים... אכן, התוצאה של טעות בהערכה, אשר בגינה לא יינתן טיפול רפואי, עלולה להיות קשה ובלתי הפיכה. בטרם נגיע לתוצאה כזו, עלינו להיות משוכנעים, כי במאזן בין התועלת הצפויה מן הטיפול לבין הסבל וההכבדה שהוא יגרום, אין מקום להורות על הטיפול. במקרים כאלה, מוטב לטעות לטובת החיים".²⁷⁸ הואיל וביצוע הדיאליזה דרוש כדי לשמור על שלומו הגופני של הבן, ומכיוון שסיכויי ההצלחה של הטיפול – שאינו כרוך בסבל מיוחד, בכאב או בפגיעה משמעותית באיכות חייו – הם גבוהים, קבע בית-המשפט כי כפות המאזניים נוטות בכירור לטובת מתן הטיפול לבן.²⁷⁹

הסוגיה של המתות-החסד עולה גם במדינות אחרות. בפרשת שפר שהוזכרה לעיל סקר בית-המשפט את המצב המשפטי הקיים באשר להמתות-חסד בארצות-הברית ובהולנד,²⁸⁰ אולם מעניין לראות מהו המצב המשפטי הקיים באשר לסוגיה זו במקומות נוספים.

באנגליה המתת-חסד אסורה ככלל מכוח ה-Suicide Act 1961, האוסר סיוע להתאבדות.²⁸¹ בטרם נחקק באנגליה חוק זכויות האדם,²⁸² נקבע בפסק-דין *Re A (A Minor)*²⁸³ כי ילד בן שנתיים שגזע מוחו מת נחשב מת לפי החוק, ועל-כן ניתוק ממכונת ההנשמה יהא חוקי. אף-על-פי שחלה על הרופאים החובה לעשות הכל כדי

276 שם, בעמ' 855.

277 שם, בעמ' 856–857.

278 שם, בעמ' 859.

279 שם.

280 ראו לעיל ליד ה"ש 245–247. לגבי המשפט הקיים בארצות-הברית בנושא זה ראו עוד, במיוחד, את פסק-הדין בעניין *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), שבו קבע בית-המשפט העליון האמריקאי כי הזכות לסייע להמתת-חסד אינה ניתנת להגנה באמצעות ה-*due process clause*. בית-המשפט ציין כי הואיל וסיוע להתאבדות אינו מהווה אינטרס בסיסי של חירות אישית, הוא אינו מוגן על-ידי התיקון הארבעה-עשר לחוקה.

281 *Suicide Act 1961, c. 60 (Eng.)*, available at www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60

282 *Human Rights Act, 1998, c. 42 (Eng.)*

283 *Re A (A Minor)*, High Court of Justice, Family Division; [1992] 3 *Medical Law Reports* 283.303; also published in 1 *MED. L. REV.* 98 (1993)

לשמר חיים, נקבע בפסיקה כי "The doctor who is caring for... a patient cannot... be under an absolute obligation to prolong his life by any means available to him, regardless of the quality of the patient's life"²⁸⁴. רופא רשאי לתת טיפול שעלול לקצר את חייו של חולה, אם טיפול זה ישפר את איכות חייו של החולה הסופני. לעומת זאת, אם ילד נולד עם נכות חמורה, אין ההורים או הרופאים רשאים לנקוט צעדים כדי לסיים את חייו. גם בית-המשפט אינו רשאי להורות לרופא לנקוט צעדים פעילים על-מנת לסיים את חייו של מטופל.²⁸⁵ בניגוד לכך נקבע כי הפסקת טיפול ב"צמח", כדי שייסיים את חייו בכבוד וללא סבל, היא חוקית.²⁸⁶ לאחרונה הגיחה שאלת המתת-החסד אל מרכז השיח הציבורי עם העלאתה של הצעת חוק סיוע למוות (Assisted Dying Bill), שלפיה יהיה אפשר לשקול סיוע למוותו של חולה סופני עם תוחלת חיים נמוכה מחצי שנה.²⁸⁷ הצעה זו נדחתה לאחרונה על-ידי הפרלמנט הבריטי.²⁸⁸

בקנדה המצב המשפטי הקיים מעניין: בעוד התאבדות היא חוקית, הן המתת-חסד והן מתן סיוע רפואי כדי לסיים את חייו של אדם אסורים.²⁸⁹ שלושה סעיפים בחוק הפלילי הקנדי עוסקים בהמתת-חסד ובסיוע רפואי להתאבדות.²⁹⁰ עם זאת, אדם רשאי לסרב לקבלת טיפול רפואי ולהחליט איזה טיפול רפואי יקבל ואיזה ידחה, אפילו אם

²⁸⁴ Airedale N.H.S. Trust v. Bland, [1993] AC 789, 867

²⁸⁵ In re C (A Minor), [1990] Fam 26

²⁸⁶ עניין Bland, לעיל ה"ש 284.

²⁸⁷ ראו: Assisted Dying Bill: Lords Committee Stage Day Two, PARLIAMENT.UK (Jan. 19, 2015), www.parliament.uk/business/news/2014/july/lords-assisted-dying-bill/

²⁸⁸ James Gallagher & Philippa Roxby, Assisted Dying Bill: MPs Reject 'Right to Die' Law, 288 BBC NEWS (Nov. 9, 2015), www.bbc.com/news/health-34208624

²⁸⁹ JENNIFER M. SCHERER & RITA J. SIMON, EUTHANASIA AND THE RIGHT TO DIE: A COMPARATIVE VIEW 47 (1999)

²⁹⁰ ס' 14 לחוק הפלילי הקנדי (Criminal Code, R.S.C. 1985, c C-46 (Can.)), אוסר על אדם להסכים להמתתו, וקובע אחריות פלילית שלו ושל כל אדם שיפעל על-פי הסכמה כזו: "No person is entitled to consent to have death inflicted on him, and such consent does not affect the criminal responsibility of any person by whom death may be inflicted on the person by whom consent is given". ס' 241 לחוק הפלילי הקנדי אוסר על אדם לייעץ לאדם אחר להתאבד או לסייע לו בכך: "Every one who (a) counsels a person to commit suicide, or (b) aids or abets a person to commit suicide, whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years". ס' 215 לחוק הפלילי הקנדי מקים לרופאים חובה לא לסייע רפואית לחולים להתאבד: "(1) Every one is under a legal duty... (c) to provide necessities of life to a person under his charge if that person (i) is unable, by reason of... illness, mental disorder or other cause, to withdraw himself from that charge, and (ii) is unable to provide himself with necessities of life". ס' 217 לחוק הפלילי הינו הסעיף המקביל לחוק "לא תעמוד על דם רעך" הישראלי. סעיף זה דורש מאדם לעזור לאדם אחר בעת צרה אם אי-מתן העזרה יסכן או עלול לסכן חיים. ראו SCHERER & SIMON, לעיל ה"ש 289, בעמ' 48.

דחייה כאמור תוביל בסופו של דבר למותו. בשנת 1994 נוסדה בקנדה ועדה מיוחדת של בית-המחוקקים לעניין המתת-חסד והתאבדות באמצעות סיוע רפואי. לאחר שאספה ממצאים ושמעה עדויות, הגישה הוועדה דוח שבו המליצה לא להתיר בחקיקה המתת-חסד והתאבדות באמצעות סיוע רפואי. המצב המשפטי הקיים בקנדה כיום תואם את המלצותיה של הוועדה.²⁹¹

בגרמניה, לפי הדעה המקובלת, הזכות לחיים אינה כוללת את הזכות לגזול חיי אדם או להסכים לנטילת חיי אדם. אשר על-כן, אף-על-פי שנסיון התאבדות אינו מהווה עברה פלילית בגרמניה, מותר למדינה למנוע אדם מלבצע התאבדות, והמתת-חסד נחשבת פסולה, אפילו כאשר הפרט מבקש ברצינות לסיים את חייו – לדוגמה, בשל ייסורים ממחלה סופנית.²⁹²

בעוד ב-38 מדינות אירופיות סיוע להתאבדות מהווה עברה פלילית, מדינות אחדות מתירות סיוע להתאבדות, בכפוף למגבלות.²⁹³ כך, למשל, **בשווייץ**, בהתאם לסעיף 115 לחוק הפלילי, המתת-חסד שבוצעה לא מטעמים אנוכיים אינה בת-ענישה. זאת ועוד, לא רק חולה סופני רשאי לבקש סיוע לסיום חייו.²⁹⁴ **בהולנד** חוק המתת-חסד משנת 2001 (שנכנס לתוקפו בשנת 2002) מתיר המתת-חסד וסיוע להתאבדות לפי בקשת החולה, באמצעים רפואיים הולמים, למי שרופא קבע לגביו כי סבלו מתמשך ובלתי-נסבל וכי לא צפוי שיפור במצבו. אין דרישה שהחולה יהא סופני.²⁹⁵ גם **בבלגיה** חוק המתת-חסד משנת 2002 קובע כי מי שמבצע המתת-חסד מרצון אינו מבצע עברה פלילית. החולה נדרש להיות במצב רפואי (פיזי או נפשי) קשה של סבל מתמשך ובלתי-נסבל. בשנת 2014 נהפכה המתת-חסד לחוקית גם לגבי ילדים בכל גיל, בתנאי שהילד "צלול בנפשו ובכושר שיפוטו" ובהסכמת ההורים.²⁹⁶

291 שם, בעמ' 51.

SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW – THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES 138 (1999).

293 למשל, בשוודיה ובאסטוניה אין מדובר בפשע. בלגיה, לוקסמבורג, הולנד ושווייץ מתירות מתן מרשם של תרופות קטלניות. ראו: Koch v. Germany, App. No. 479/09, 56 Eur. H.R. Rep. 195, para. 26 (2010).

294 *Switzerland – Current Law Regarding Assisted Suicide*, PATIENTS RIGHTS COUNCIL, www.patientsrightsCouncil.org/site/switzerland/. להרחבה על דיני המתת-חסד בשווייץ ראו: JOHN GRIFFITHS, HELEEN WEYERS & MAURICE ADAMS, EUTHANASIA AND LAW IN EUROPE 463–482 (2008).

295 *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*, PATIENTS RIGHTS COUNCIL (May 2012), www.patientsrightsCouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/05/Dutch_law_04_12.pdf. להרחבה ראו GRIFFITHS, WEYERS & ADAMS, לעיל ה"ש 294, בעמ' 11–256.

296 *The Belgium Act on Euthanasia of May, 28th 2002*, 9 ETHICAL PERSPECTIVES 182 (2002), available at www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?LAN=E&TABLE=EP&ID=59. ראו גם: *Belgium – Current Law Regarding Euthanasia*, PATIENTS RIGHTS COUNCIL,

בהתחשב בגיוון העמדות הנקטות, קבע לאחרונה בית-המשפט האירופי לזכויות אדם כי בכל הנוגע בסיום חייו של אדם (כמו-גם בנוגע ל"תחילת החיים") שמור למדינות מרחב שיקול-דעת רחב לא רק באשר לסוגיה של מתן טיפול מלאכותי מאריך חיים או הפסקתו, אלא גם לגבי האמצעים לעריכת איזון בין הגנה על הזכות לחיים, מחד גיסא, לבין הגנה על הזכות לפרטיות והאוטונומיה הפרטית, מאידך גיסא.²⁹⁷

3. הפלות

לשאלה בדבר היקף הזכות לחיים, ובפרט לשאלה אם גם לעובר עומדת הזכות לחיים, יש חשיבות יתרה בתחום ההפלות. אם הזכות החוקתית לחיים תחול גם על העובר שטרם נולד, תהא לכך השלכה על האיזון שבין זכותה של האישה לגופה והאוטונומיה של רצונה הפרטי לבין זכותו של העובר לחיים.²⁹⁸ באופן כללי, כפי שציינו לעיל, נראה כי הזכות החוקתית לחיים מוקנית לכל אדם עם לידתו. זו גם גישתו הכללית של המשפט הבין-לאומי, להוציא חריגים.²⁹⁹ עמדתו העקרונית של המשפט העברי, אשר ייתכנו בה חריגים הלכה למעשה, מתנגדת לביצוע הפלה מקום שאין סכנה מוחשית או נחזית לאישה.³⁰⁰

בישראל, עד שנת 1977, אסר החוק הישראלי הפלות. סעיף 175 לפקודת החוק הפלילי, 1936, קבע כי "כל אדם המתכוון להביא אשה לידי הפלה, בין שיש וולד בבטנה ובין שאין וולד בבטנה, והוא משקה אותה בניגוד לחוק או גורם לה שתשתה רעל, או כל דבר מסוכן אחר, או המשתמש בכוח מאיזה מין שהוא, או המשתמש בכל אמצעי אחר, דינו מאסר חמש שנים".³⁰¹ אולם נראה כי החוק לא נאכף, ובפועל נערכו מספר רב של הפלות בלתי-חוקיות מדי שנה.³⁰² בשנת 1977 שונה ההסדר החוקי, ואומץ הסדר המתיר

www.patientsrightscouncil.org/site/belgium/, להרחבה ראו GRIFFITHS, WEYERS & ADAMS, לעיל ה"ש 294, בעמ' 257-344.

Lambert and Others v. France, App. No. 46043/14, Eur. Ct. H.R. (2015), para. 148, 297 available at [hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-155352#{"itemid":](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-155352#{) ["001-155352"]].

298 ההוראות המגנינות על הזכות לחיים אינן חד-משמעיות באשר לתחולתן על מי שטרם נולד, ולמעשה אין הגנה מפורשת על עוברים (בניגוד להגנה משתמעת). לנוכח זאת אליזבת ויקס מציינת כי בעוד הזכות לחיים מוגבלת לעיתים עקב התנגשות בזכויות אחרות, בהקשר של הזכות לחיים של עובר ההגבלה נובעת ממרכיב ההיקף של הזכות עצמה, ולא כתוצאה מהתנגשות בין שתי זכויות. WICKS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 174.

299 ראו דיון לעיל בחלק א.2.

300 ראו רצון ערוסי "הלכה והלכה למעשה בביצוע הפלה מלאכותית במשפט העברי" דיני ישראל ח 119 (1976).

301 ראו דליה אבן "ההפלה המלאכותית – האספקט המשפטי" עיוני משפט ב 430 (1972).

302 גילה שטופלר "מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה וזכויות נשים ומיעוטים" משפט וממשל יא 473, 488 (2008); דלילה אמיר וניבה שושי "פמיניזם והעצמת נשים בישראל: מדיניות ההפלות כמקרה בוחן" העצמה במשפט 279, 289 (גיא מונדלק ומימי אייזנשטדט עורכים, 2008).

באופן כללי הפלות בכפוף לאישורה של ועדה להפסקת היריון.³⁰³ דיני הפסקת ההיריון הללו קבועים בחוק העונשין.³⁰⁴ סעיף 313 לחוק העונשין אוסר הפסקת היריון, בקובעו כי "מי שהפסיק ביודעין הריונה של אשה, בין בטיפול רפואי ובין בדרך אחרת, דינו – מאסר חמש שנים או קנס". יסוד מרכזי באיסור זה הוא יסוד הכוונה ("מי שהפסיק ביודעין"), כך שאם היריון הופסק כתוצאה מתאונה, ללא כוונה מצד גורם התאונה, הוא לא יישא באחריות לפי סעיף זה.³⁰⁵ איסור זה אינו מוחלט, כאמור. ראשית, האחריות הפלילית להפסקת היריון חלה רק על מבצעי ההפלה, ולא על האישה.³⁰⁶ שנית, סעיף 314 לחוק העונשין קובע כי רופא נשים לא יישא באחריות פלילית בשל הפסקת היריון אם ביצע את הפסקת ההיריון במוסד רפואי מוכר, וניתן מראש אישור להפסקת ההיריון על-ידי ועדה להפסקת היריון. הרכבה של הוועדה להפסקת היריון קבוע בסעיף 315 לחוק העונשין. סעיף זה מוסיף וקובע כי לפחות אחד מחברי הוועדה יהיה אישה. סעיף 316 לחוק העונשין קובע את העילות להפסקת ההיריון, וזו לשונו:

- (א) הועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האשה, לתת אישור להפסקת ההיריון אם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה:
- (1) האשה היא למטה מגיל הנישואין, או מלאו לה ארבעים שנה;
 - (2) ההריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין;
 - (3) הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי;
 - (4) המשך ההריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי.
- (ב) לענין סעיף זה, 'הסכמה מודעת' של אשה להפסקת הריונה – הסכמתה בכתב לאחר שהוסברו לה הסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בהפסקת ההריון; לענין זה הסכמתה של קטינה אינה טעונה אישור נציגה.
- (ג) לא תסרב הועדה לתת אישור בטרם נתנה לאשה הזדמנות להופיע בפניה ולמסור לוועדה את נימוקה.
- (ד) האישור יהיה בכתב ויפרש את הסיבה המצדיקה את הפסקת ההריון.³⁰⁷

303 להיסטוריה ולהליך החקיקה של חוק ההפלות הישראלי ראו דלילה אמיר וניבה שושי "חוק ההפלות הישראלי: היבט מגדרי ופמיניסטי" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 777, 787–794 (דפנה ברק-ארו, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגין' עורכות, 2007).

304 ראו ת"א (מחוזי י-ם) 3198/01 **פלוני (קטין) נ' עיריית ירושלים**, פס' 266–273 לפסק-דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 12.5.2008).

305 כרמי, לעיל ה"ש 229, בעמ' 1406.

306 לפי ס' 320 לחוק העונשין, "אשה שבוצעה בה עבירה בניגוד לסימן זה לא תשא באחריות פלילית בקשר לעבירה זו".

307 לפרשנות המונח "הסכמה מודעת" ראו אליאב שוחטמן "על דרישת ההסכמה המודעת בהפסקות היריון" **משפטים** כט 737, 737–782 (1998).

יש לציין כי במקרי חירום, אם אי-אפשר לקבל מראש את אישור הוועדה, ניתן לבצע מיידית את הפסקת ההיריון ולדווח על כך, אחרי המעשה, למנכ"ל משרד הבריאות.³⁰⁸ מאידך גיסא, חוק העונשין מבהיר, בסעיף 318, כי "אין במתן אישור לפי סימן זה כדי לחייב רופא נשים להפסיק הריונה של אשה אם הדבר הוא בניגוד למצפונה או לשיקול דעתו הרפואי".

באשר למועד הפסקת ההיריון, לפי חוק העונשין, גיל ההיריון אינו מגביל את הוועדות להפסקת ההיריון בהחלטותיהן, והן מוסמכות לאשר הפלה של עובר גם בחודשי היריון מתקדמים.³⁰⁹

אחוז האישורים של בקשות להפלה עומד כיום על 99.1%, אולם אחוז גבוה זה אינו מביא בחשבון את אותן נשים שוויתרו על הגשת הבקשה בעקבות הפנייתן לעובדת סוציאלית, בהתאם להנחיות משרד הבריאות, כדי שזו תסביר להן את הסיכונים שבהפלה ותנסה לשכנען לבחור פתרון אחר.³¹⁰

הדיון בהפלות מעורר תמיד מחלוקות עזות ברחבי העולם. מצידו האחד של הדיון ניצבים אלה אשר טוענים בזכות קדושת החיים ומאמינים כי הפלות הן רצח, ומצידו האחר ניצבים אלה הסוברים כי לאישה צריכה להיות הזכות לבחור אם להביא ילד לעולם, וכי אין לעובר זכות לחיים.³¹¹ הדיון בסוגיה זו, כפי שציין מאיר שמגר, מעורר רגישות יתרה שכן העמדות השונות בנושא הפרייה ולידה מושפעות בדרך-כלל מגישות דתיות, מן היחס לנושא המשפחה, מאמות-מידה לסוגיהן, מפילוסופיית חיים ומההתנסות האישית של כל אדם.³¹²

בארצות-הברית הגיע הדיון לשערי בית-המשפט העליון הפדרלי בשנת 1973, במקרה המפורסם *Roe v. Wade*.³¹³ בית-המשפט העליון קבע כי יש לחלק את תקופת ההיריון לשלושה חלקים. בשלושת החודשים הראשונים כל אישה רשאית, באופן חוקי, לבצע הפלה. בטרימסטר השני נשים יכולות לבצע הפלה, אולם מדינות רשאיות לקבוע הוראות המגבילות הפלות, ובלבד שמטרתן של הגבלות אלה תהיה להגן על בריאותה של האישה. בטרימסטר האחרון מדינות רשאיות לקבוע הגבלות לגבי הפלות, ואף לאסור הפלות, כדי להגן על חיי העובר. השופט Blackmun הסביר בפסק-דינו כי זכותה

308 ראו ס' 317 לחוק העונשין: "לא ישא רופא מוסמך באחריות פלילית בשל הפסקת הריונה של אשה אם נתקיימה אחת מאלה, ובלבד שניתנה על כך למנהל הכללי של משרד הבריאות הודעה מנומקת בכתב תוך חמישה ימים לאחר המעשה: (1) היה צורך להפסיק את ההריון מיד, לשם הצלת חייה של האשה או כדי למנוע ממנה נזק חמור שאין לתקנו; (2) הפסקת ההריון היתה תוך טיפול רפואי אחר בגופה של האשה ודבר ההריון לא היה ידוע לרופא קודם לכן והפסקתו היתה דרושה לאותו טיפול רפואי".

309 ראו עניין **פלוגי (קטיין)**, לעיל ה"ש 304.

310 שטופלר, לעיל ה"ש 302, בעמ' 490.

311 לדין כללי ראו: MARK A. GRABER, RETHINKING ABORTION: EQUAL CHOICE, THE CONSTITUTION, AND REPRODUCTIVE POLITICS (1999).

312 מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפרייה ולידה" **הפרקליט** לט 21 (1989).

313 *Roe v. Wade*, לעיל ה"ש 35.

של האם לפרטיות נהפכת לחשובה פחות מזכותו של העובר לחיים רק כאשר העובר יכול לשרוד מחוץ לגוף האם (לאחר תקופה של כשישה חודשים). בהתאם לכך נקבע בפסק-הדין כי התיקון הארבעה-עשר אינו חל על עוברים.³¹⁴ בפסק-דין *Planned Parenthood v. Casey*³¹⁵ נשמרה המסגרת שנקבעה בפרשת *Roe v. Wade*, אולם מבחן ה-strict scrutiny לשם בחינת חוקתיותן של הגבלות בנוגע להפלות נדחה לטובת מבחן ה-undue burden.³¹⁶ בשנים שלאחר פסק-דין *Casey* צמצמו מדינות שונות אף יותר את זכותן של נשים להפלה.³¹⁷

באנגליה חוקים אחדים מגדירים הפלה מלאכותית כעבירה פלילית, במטרה להגן על חיי עוברים, בעוד חוקים אחרים מאפשרים הפלה בהתקיים נסיבות מסוימות. אף שהמצב המשפטי לפני חוק זכויות האדם הכיר בכך שלעובר יש אינטרס שיש להגן עליו, העובר לא נתפס כבעל זכויות חוקיות.³¹⁸ יש מלומדים בריטים הסבורים כי זכות העובר לחיים תיבחן מחדש לאור החיזוק המשמעותי שקיבלה הזכות לאחר קבלת חוק זכויות האדם. כך, למשל, בעוד שבעבר הובע ספק אם הזכות לחיים מאפשרת לאב להתנגד לסיום חיי העובר על-ידי האם,³¹⁹ ניתן לטעון כי כאשר האם מסרבת לקבל טיפול רפואי (כגון ניתוח קיסרי) שביכולתו להציל את חיי העובר,³²⁰ עומדת לעובר בנסיבות אלה הזכות לחיים.³²¹

באירלנד הזכות לחיים לא קיבלה בתחילה תשומת-לב ממשית בבתי-המשפט האיריים, אולם בהמשך עמדה זכות זו במרכזו של הדיון הממושך בנושא חוקתיותן של הפלות, שאף הוביל לתיקונים בחוקה.³²² בפסק-דין *G. v. An Bord Uchtála*³²³ נקבע כי הזכות לחיים מרמזת בהכרח על הזכות להיוולד ועל הזכות לחיות חיים מוגנים.³²⁴ בעקבות משאל-עם שנערך בשנת 1983, נוספה לסעיף פסקה נוספת הקובעת במפורש

314 שם, בעמ' 157–158. ראו: SIMONE PAYMENT, ROE V. WADE: THE RIGHT TO CHOOSE 43–44 (2004); Janet Benshoof, *The Legacy of Roe v. Wade*, in ABORTION – MORAL AND LEGAL PERSPECTIVES 35, 38 (Jay L. Garfield & Patricia Hennessey eds., 2nd ed. 1984).

315 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

316 ראו שם, בעמ' 879: "Our adoption of the undue burden analysis does not disturb the central holding of *Roe v. Wade*, and we reaffirm that holding".

317 לסקירה כללית ולדיון ראו: Linda J. Wharton, Susan Frietsche & Kathryn Kolbert, *Preserving the Core of Roe: Reflections on Planned Parenthood v. Casey*, 18 YALE J. L. & FEMINISM 317 (2006); Neal Devins, *How 'Planned Parenthood v. Casey' (Pretty Much) Settled the Abortion Wars*, 118 YALE L.J. 1318 (2009).

318 RICHARD CLAYTON & HUGH TOMLINSON, THE LAW OF HUMAN RIGHTS I 346 (2000).

319 *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] QB 276.

320 ראו, למשל: *St. George's Healthcare Trust v. S.*, [1999] Fam 26 (במקרה זה נקבע כי צורכי העובר לטיפול רפואי אינם גוברים על זכותה של האם לסרב לטיפול פולשני).

321 CLAYTON & TOMLINSON, לעיל ה"ש 318, בעמ' 367.

322 J.M. KELLY, THE IRISH CONSTITUTION 749–750 (3rd ed. 1994).

323 *G. v. An Bord Uchtála*, [1980] IR 32, at 69.

324 ראו אצל CLAYTON & TOMLINSON, לעיל ה"ש 318, בעמ' 377.

את זכותו של העובר לחיים, תוך התחשבות ב"זכותה השווה לחיים" של האם.³²⁵ תיקון זה לא סיים את הדיון הציבורי. בשנת 1992 נתנה ערכאה נמוכה צו שמנע ילדה בת ארבע-עשרה, קורבן אונס, מלצאת אל אנגליה, שבה ההפלות חוקיות, על-מנת לבצע הפלה. בית-המשפט העליון ביטל את צו המניעה.³²⁶ בעקבות מקרה זה נערך בשנת 1992 משאל-עם נוסף, שאישר הוספת פסקה המתירה הן את היציאה מאירלנד למדינה אחרת לצורך הפלה והן קבלת מידע באירלנד בדבר האפשרות לבצע הפלה חוקית במדינה אחרת. בתגובה על תיקונים אלה טען O'Hanlon כי האזכורים הרבים של האל בחוקת 1937 מבססים את הטענה כי החוקה מושתתת על משפט הטבע, שהינו עליון על כל חוק פוזיטיבי, ומכיוון שהתיקונים החוקתיים סותרים את זכותו הטבעית של העובר לחיים, יש לבטלם.³²⁷ עמדה זו נדחתה בפרשת *Abortion Information*, שבה ציין בית-המשפט כי העם – ולא האל – הוא יוצר החוקה והסמכות העליונה.³²⁸

בקנדה, בפסק-דין *Borowski v. Attorney-General of Canada* נטען כי הוראות חוק המאפשרות הפלות סותרות את סעיף 7 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות, המקנה ל"כל אחד" (everyone) את הזכות לחיים. השאלה לפני בית-המשפט הייתה אם המונח "לכל אחד" כולל גם עובר. בית-המשפט העליון הקנדי ענה על כך בשלילה, בקובעו כי הזכויות לפי סעיף 7 אינן חלות על מי שטרם נולד.³²⁹ בפסק-דין מוקדם יותר, *Dehler v. Ottawa Civic Hospital*, קבע בית-המשפט הגבוה של אונטריו כי החוק אינו רואה בעובר ישות משפטית שלמה קודם ללידה.³³⁰ פסיקה זו אושרה על-ידי בית-המשפט העליון הקנדי בפרשת *Tremblay v. Daigle*.³³¹ בפסק-הדין השני שלו בפרשת *R. v. Morgentaler*³³² קבע בית-המשפט העליון הקנדי כי חקיקה פלילית המגבילה

325. Conor Gearty, *The Politics of Abortion*, 19 J. L. & Soc'y 441 (1992)

326. *Attorney-General v. X*, [1992] 1 IR 1

327. Roderick J. O'Hanlon, *Natural Rights and the Irish Constitution*, 11 IRISH L. TIMES 8 (1993)

328. Rory O'Connell, *Guardians of the Constitution: Unconstitutional*. In re [1995] IESC 9

329. Aileen, *Constitutional Norms*, 4 J. CIV. LIBERTY 48, 61–66 (1999). לסקירה ולדיון ראו גם:

Kavanagh, *Unconstitutional Constitutional Amendments from Irish Free State to Irish Republic*, in THE CONSTITUTION OF IRELAND: PERSPECTIVES AND PROSPECTS 331 (Eoin Carolan ed, 2012); Yaniv Roznai, *The Theory and Practice of 'Supra-Constitutional' Limits on Constitutional Amendments*, 62(3) INT'L & COMP. L.Q. 557 (2013)

329. *Borowski v. Attorney-General of Canada*, [1987] 39 D.L.R. 4th 731, 752, 754 (Can.) מובא

אצל: JOHN A. SEYMOUR, *CHILDBIRTH AND THE LAW* 144–145 (2000). לסקירה ראו: Martha

330. Shaffer, *Foetal Rights and the Regulation of Abortion*, 39 MCGILL L.J. 58 (1994)

330. *Dehler v. Ottawa Civic Hospital et al.*, (1979) 101 D.L.R. 3d 686, 695 מובא אצל

SEYMOUR, לעיל ה"ש 329, בעמ' 144–145.

331. *Tremblay v. Daigle*, (1989) 62 D.L.R. 4th 634 מובא אצל SEYMOUR, לעיל ה"ש 329, בעמ'

144–145.

332. *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30

הפלות אינה חוקתית, הואיל והיא מפרה את הזכות לביטחון אישי, המוגנת בסעיף 7 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות.

בגרמניה, עד חקיקת חוק ההפלות בשנת 1974, הייתה ההפלה בגדר עברה פלילית, למעט בנסיבות מיוחדות שבהן היה אפשר לקבל אישור חוקי להפלה. חוק ההפלות שימר את פליליותן של ההפלות החל ביום השלושה-עשר להתעברות, אולם קבע כי הפלה שתבוצע על-ידי רופא, בהסכמת האישה ההרה, תוכל להיות חוקית במהלך שנים-עשר השבועות הראשונים של ההיריון. כעבור שנים-עשר שבועות של היריון, הפלה יכולה להיות חוקית רק אם בוצעה על-ידי רופא, בהסכמת האישה ההרה, במטרה למנוע סיכון לחייה או לבריאותה של האישה ההרה או בשל פגם גנטי חריג וחמור שקיים אצל העובר. בשנת 1975, בפסק-הדין הראשון שבו נדרש בית-המשפט החוקתי הפדרלי לשאלה אם הזכות לחיים חלה גם על עוברים,³³³ השיב בית-המשפט החוקתי בחיוב:

"The right to life is guaranteed for everybody who 'lives'; no distinction can be made between the different stages of the developing life before birth. 'Everybody' in the meaning of Art. 2(2)(1) BL is 'every living being', or to say it differently: every human individual that possesses life; 'everybody' therefore includes the unborn human being."

בית-המשפט החוקתי הפדרלי קבע כי באיזון בין זכותו של העובר לחיים לבין הזכות לחירות ולפרטיות של האישה הרוצה לבצע הפלה, זכותו של העובר על העליונה:

"An orientation towards Art. 1(1)BL must lead to a decision in favour of the priority of the protection of the unborn child's life over the pregnant woman's right to self-determination... the protection of the fetus's life must be given priority. This priority exists in principle for the whole duration of the pregnancy and must not even be questioned during any specified period."³³⁴

בית-המשפט החוקתי הפדרלי קבע נסיבות אחדות שבהן הפלה יכולה להיות מוצדקת: כאשר חיי האישה ההרה בסכנה; כאשר קיים פגם גנטי אצל העובר; כאשר מדובר בהיריון כתוצאה מאונס; או כאשר מדובר במצוקה סוציאלית כתוצאה מההיריון. בפסק-הדין השני שנתן בנושא של הפלות, המשיך בית-המשפט עם הקביעה כי על המדינה מוטלת החובה החוקתית להגן על העובר "The Basic Law requires the state to)

.39 BVerfGE 1 (1975) 333

.146–140 בעמ' 292, MICHALOWSKI & WOODS, לעיל ה"ש 292, בעמ' 146–140.

סייגה את ההלכה הקודמת לעניין חובתה החוקתית של המדינה להשתמש במשפט הפלילי לשם ההגנה האמורה.³³⁶ אך דעת הרוב

במחקר של Koch ו-Eser, משנת 2005,³³⁷ סיכמו המלומדים כי המשפט המשווה מלמד שניתן לחלק את מידת ההגנה על הזכות לחיים של העובר לכמה רמות. ברמת הגנה נמוכה – הקיימת במדינות שבהן אין הגנה חוקתית מפורשת או משתמעת על הזכות לחיים, כגון אנגליה, מצרים ואוסטרליה – ניתן למחוקק שיקול-הדעת הרחב ביותר באשר לקביעת הכללים בדבר הפסקת לידה. מעמד חוקתי חלש אף יותר ניתן למצוא במדינות דוגמת הודו, המגינות במפורש על חירויות ההפריה של האישה. ברמה הבאה ניתן למנות מדינות כגון בלגיה, הולנד, שווייץ, טורקיה, ישראל, דרום-אפריקה, יפן וקנדה, וכן מדינות אחדות באמריקה הלטינית, שבהן חיי הנולד – אך לא חייו של זה שטרם נולד – מוגנים באופן חוקתי. לדברי הכותבים, בכמה מדינות שבהן אין הגנה פלילית על חיי העובר, הלה מוגן בכל-זאת במסגרת הזכות החוקתית לחיים. זהו המקרה באוסטריה, בזמביה, בצ'כיה ובפולין. נוסף על כך, מדינות אחדות באמריקה הלטינית, כגון אקוודור ופרו, מגינות בחוקתן באופן מפורש על חיי העובר מרגע ההתעברות. ברמה השלישית ניתן למנות מדינות שבהן הזכות לחיים של העובר מוגנת במסגרת החוק הפלילי, אך מוכרים גם חריגים חוקתיים להגנה זו, בין היתר באמצעות חלוקה של תקופת ההיריון לשלבי זמן, במיוחד על בסיס יכולתו של העובר לשרוד מחוץ לרחם (כפי שנקבע כאמור בארצות-הברית). לעיתים, כפי שנעשה בהחלטות של בתי-המשפט החוקתיים של צרפת ואיטליה, נעשה ניסיון להגביל את היכולת להפסיק היריון רק למקרי חירום. לבסוף, מידת ההגנה החזקה ביותר ניתנת באותן מדינות אשר מכירות בזכות החוקתית לחיים של העובר ובה-בעת מטילות חובת הגנה על זכות זו במסגרת החוק הפלילי. נראה שגרמניה, ספרד ואירלנד נופלות תחת קטגוריה זו. המחברים מציינים כי גם במדינות אלה זכויותיה החוקתיות של האישה ההרה, כגון הזכות לחיים, לבריאות, לכבוד ולאוטונומיה, מוכרות במידה זו או אחרת במסגרת האיזון החוקתי שבית-המשפט עורך כבואו לשקול חריגים לענישה.

BVerfG, 2 BvF 2/90, May 29, 1993, para. 145, available at www.bverfg.de/335_entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html

336 שם, פס' 165–177. ראו ניתוח אצל: Vanessa MacDonnell & Julia Hughes, *The German Abortion Decisions and the Protective Function in German and Canadian Constitutional Law*, 50 OSGOODE HALL L.J. 999 (2013).

337 ALBIN ESER & HANS-GEORG KOCH, *ABORTION AND THE LAW: FROM INTERNATIONAL COMPARISON TO LEGAL POLICY* 40–41 (2005).

פרק ד: הזכות לחיים כזכות מסגרת?

1. הצגת השאלה

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היה אמור להוות, יחד עם חוק-יסוד: חופש העיסוק, חלק ממגילת זכויות ישראלית שלמה. אלא שתהליך הכינון החוקתי בישראל נעצר ולא התחדש, כידוע, כבר יותר מעשרים שנה. החלל שנוצר גרם להרחבה שיפוטית של מגילת הזכויות באמצעות פרשנות רחבה של אותן זכויות שנכללו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובפרט של הזכות לכבוד האדם.³³⁸

הנסיגות להרחיב את הרשימה המצומצמת יחסית של זכויות שזכו בהגנה חוקתית על-חוקתית לא פסחו גם על הזכות לחיים. בפרט, במעין מהלך של חוקתיזציה של זכויות חברתיות,³³⁹ דן בית-המשפט העליון בשתי זכויות חברתיות שלא זכו בהגנה חוקתית מפורשת – הזכות לבריאות והזכות לאיכות סביבה – ובחן את האפשרות לראותן כחלק מהזכות לחיים.

2. הזכות לבריאות כחלק מהזכות לחיים

הזכות לבריאות מוכרת כחלק מן הזכויות המכוננות "זכויות חברתיות", והיא נכללה בנוסחים שונים בהצעות השונות לחוק-יסוד: זכויות חברתיות.³⁴⁰ הזכות לבריאות גם

338 ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3 (2004); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59 (2004).

339 השוו פרנסס רדאי וערן גולן "חוקתיזציה של זכויות חברתיות – על 'זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל' (יורם רבין ויובל שני עורכים) ואחרית דבר בעניין בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר" **המשפט** יא 641 (2007).

340 ראו, למשל, ס' 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, רשומות 3068, ה"ח התשס"ב 2002, שלפיה "לכל תושב הזכות לסיפוק צרכיו הבסיסיים לשם קיום בכבוד אנושי, ובכלל זה בתחומי העבודה, השכר ותנאי העבודה, בתחומי ההשכלה, הלימוד והחינוך ובתחומי הבריאות, הדיור והרווחה החברתית; זכות זו תמומש או תוסדר בידי רשויות השלטון בחוק או לפי חוק ובהתאם ליכולתה הכלכלית של המדינה כפי שתיקבע בידי הממשלה". בגרסות מאוחרות יותר שהוצעו לחוק-יסוד זה כבר זכתה הזכות לבריאות (כמו זכויות אחרות) בסעיף מפורט משל עצמה. ראו, למשל, ס' 7 להצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, פ/581/19, של חברת-הכנסת שלי יחימוביץ' ואחרים, <https://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/19/581.rtf>, שלפיה "כל אדם זכאי ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה, כולל הזכות לסביבה בריאה, הזכות לנגישות לרפואה מונעת, והזכות לטיפול רפואי באמצעות ביטוח בריאות ממלכתי. ביטוח בריאות ממלכתי מבוסס עקרונות הצדק, השוויון והעזרה ההדדית, כאשר טיפול רפואי יינתן ללא צורך בתשלום ישיר ועל פי שיקולים של צורך רפואי בלבד".

מעוגנת בחוקותיהן של כמחצית ממדינות העולם,³⁴¹ והיא הוזכרה במסמכי זכויות אדם בין-לאומיים חשובים.³⁴² אולם, כשאר הזכויות החברתיות, היא לא זכתה בשלב זה בעיגון זכות חוקתית על-חוקית במדינת-ישראל, אף שהיא זכות חוקת מוכרת, כפי שיפורט להלן, ואף-על-פי שעוד לפני חקיקת חוק-היסוד הכיר בית-המשפט העליון בזכות לטיפול רפואי כזכות-יסוד, אשר אין לשלול אותה אף מבני-אדם השוהים בישראל לא כדין.³⁴³

בהעדר עיגון עצמאי לזכות החוקתית לבריאות בישראל, ביקשו שוחרי הזכות לבריאות למצוא לה עיגון כחלק מהזכות לכבוד האדם (בין במישרין ובין כחלק מהזכות לקיום בכבוד)³⁴⁴ או כחלק מהזכות לחיים. הדיון חל הן על בריאות הגוף והן על בריאות הנפש.³⁴⁵ ככל שיימצא עיגון כאמור, הזכות החוקתית העל-חוקית לבריאות תגביל את

341 מחקר שנערך על-ידי חוקרים מאוניברסיטת UCLA מצא כי הזכות לבריאות מוגנת, ברמה כזו או אחרת, בחוקותיהן של יותר ממחצית ממדינות העולם. ראו: Jody Heymann, Adèle Cassola, Amy Raub & Lipi Mishra, *Constitutional Rights to Health, Public Health and Medical Care: The Status of Health Protections in 191 Countries*, 8 GLOBAL PUB. HEALTH 639 (2013) לסעיפי חוקה המעגנים את הזכות לבריאות ראו, למשל, ס' 27 לחוקת דרום-אפריקה; ס' 32 לחוקת איטליה; ס' 43 לחוקת ספרד.

342 ראו, בין היתר, ס' 1(25) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, לעיל ה"ש 22, המונה medical care בין הזכויות שיש לכל אדם; ס' 12 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966), אשר מעגן את זכותם של התושבים ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שניתן להשיגה, תוך שימת דגש בחובתה של המדינה לפעול למען הפחתה של שיעור הלידות של עוברים מתים ושל שיעור התמותה של תינוקות, ולמען התפתחותו הבריאה של הילד, וכן מחייב את המדינה ליצור תנאים נאותים, המבטיחים לכל אדם שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה; ס' 5.5.4 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Mar. 7, 1966, 660 U.N.T.S. 195); ס' 24 לאמנה בדבר זכויות הילד (Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3); ס' 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989); וס' 12 לאמנה לביעור כל צורות ההפליה נגד נשים (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13); ס' 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979). כן ראו, למשל: Sophia Gruskin, *Is There a Government in the Cockpit: A Passenger's Perspective or Global Public Health: The Role of Human Rights*, 77 TEMP. L. REV. 313, 320 (2004).

343 בג"ץ 332/87 **בן שלמה נ' שר הפנים**, פ"ד מג(3) 356, 353 (1989). על הזכות לבריאות בישראל ראו גיא זיידמן וארז שחם "סימפוזיון: הרפואה בניתוח משפטי" **משפט ועסקים** 9, 23–30 (2007).

344 כך, יש הטוענים כי אין אדם יכול ליהנות מן הזכויות האזרחיות והמדיניות שלו אם קיומו הבסיסי האנושי אינו מובטח. בגדר "קיום בסיסי זה", כך נטען, כלולים גם שירותי בריאות בסיסיים. ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **משפטים** כה 129, 146 (1995).

345 ראו עניין **לוי**, לעיל ה"ש 87, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה: "הזכות לחיים ולהגנה על הגוף מתפרשת גם על הזכות להגנה על בריאות הנפש, בהינתן הקשר הבל-יינתק בין הגוף לנפש...". ראו גם בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים**, פ"ד סב(1) 762 (2007).

הכנסת בקביעת הסדרים שעלולים לפגוע בזכות לבריאות, ותאפשר לבית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת בתחום זה, ובפרט לקבוע כי חקיקה כזו אינה מידתית.

בין המלומדים נשמעה הדעה כי הזכות לבריאות מהווה חלק מהזכות לחיים. כך, למשל, כתב יוסף אדרעי כי "בחנינה לשונית ודאי תחזק את המסקנה, שעל-פיה זכויות חברתיות מגוונות מעוגנות בלשון חוקי היסוד. הזכות לחיים ולגופו של אדם ודאי כוללות גם את הזכות לבריאות ולמינימום קיום".³⁴⁶ אייל גרוס כתב כי הבריאות חיונית כדי לאפשר לאדם לחיות. פגיעה בבריאות והצבת מכשול בפני הזכות לבריאות עלולות להוביל למותו של אדם.³⁴⁷ לכן ניתן לטעון כי עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוגנו לכל-הפחות היבטים מסוימים של הזכות לבריאות בגדר הזכות החוקתית לחיים. למשל, מחובתה של המדינה להגן על חייהם של התושבים ניתן לגזור את החובה לדאוג להקמת שירותי רפואה בסיסיים.³⁴⁸

הזכות החוקית לבריאות, כשלעצמה, מעוגנת בסעיף 3(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, הקובע כי "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר". נוסף על כך, סעיף 3(א) לחוק זכויות החולה קובע כי "כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל".³⁴⁹ על הקשר בין הזכות לחיים לבין הזכות לבריאות במשפט הבין-לאומי ניתן ללמוד מהערה כללית מס' 6 של הוועדה לזכויות אדם של האו"ם, אשר הבהירה כי הזכות לחיים דורשת שמדינות יאמצו אמצעים חיוביים להגנה על החיים, והוסיפה כי רצוי בהקשר זה שהמדינות החברות ינקטו את כל האמצעים האפשריים להפחתת תמותת ילדים ולהארכת תוחלת החיים.³⁵⁰ אדרעי טען כי ההגנה על זכותו של אדם לשמור על בריאותו היא למעשה כיבוד זכותו של אדם לחייו ולגופו. לכן שלילת הזכות ה"סבילה" לבריאות תתפרש כפגיעה חמורה בחייו של אדם ובשלמות גופו. קיימות הצדקות נוספות להכרה בזכות לבריאות. כך, למשל, קיימת הצדקה תועלתנית, שכן מערכת בריאות טובה משפרת את איכות החיים ומפחיתה את הסבל האנושי. מבחינת המשק הלאומי, מערכת בריאות טובה תבטיח כוח-עבודה זמין, תאפשר עבודה ללא הפרעות, תגדיל את התפוקה האישית, ותוביל בכך לגידול בתפוקה הלאומית ולצמיחה כלכלית. נוסף על כך, מציינ אדרעי, העובדה שהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מטילות חובה חיובית, ולא רק

346 יוסף מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 45, 88 (2000).

347 אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437, 438 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

348 השוו: Alicia Ely Yamin, *Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right under International Law*, 21 B.U. INT'L L.J. 325, 338 (2003) (הזכות לחיים מחייבת נגישות של תרופות ושירותי בריאות לכל).

349 על הזכות לטיפול רפואי בישראל ראו דוד א' פרנקל "הזכות לשירותי בריאות: יישומה בישראל" משפט ועסקים ו 249 (2007).

350 הערה כללית מס' 6, לעיל ה"ש 29.

שלילית, מחייבת את המסקנה כי הזכות לבריאות הינה זכות מעורבת, הכוללת גם מרכיבים חיוביים.³⁵¹

אייל גרוס מביא כמה דוגמות לגישה שיפוטית מרחיבה ממנה ניתן ללמוד על הזכות לבריאות כעל נגזרת של הזכות לחיים. בעניין **טברו נ' שירותי בריאות כללית**³⁵² נידון עניינה של חולת סרטן שרופאיה סברו כי רק תרופת הגליבק יכולה להציל את חייה, אלא שתרופה זו הייתה רשומה בישראל רק לחולי ליקמיה, ולא לסוג הסרטן שבו חלתה התובעת. בית-הדין האזורי לעבודה קבע כי חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע תחתית לשירותים רפואיים, וקופת-החולים מוסמכת ורשאית להעניק שירות רפואי או תרופה מעבר לקבוע בחוק. במקרה הנוכחי, במסגרת שיקול-הדעת שעל קופת-החולים להפעיל בבחינה אם ליתן לתובעת שירותים רפואיים מעבר לקבוע בחוק, עליה לשיקול במיוחד את השיקולים הבאים: (1) מדובר בטיפול הדרוש להצלת חייה של התובעת; (2) מחלתה הינה מחלה נדירה; (3) תרופת הגליבק היא הטיפול הרפואי היחיד המוצע לתובעת להצלת חייה. בית-הדין קבע כי לשיטתו יש לאזן בין עלות התרופה לבין הזכות לחיים של התובעת, שהינה זכות-יסוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הואיל וקופת-החולים סירבה להפעיל שיקול-דעת בעניינה של התובעת, התערב בית-הדין בשיקול המדיניות שלה. על פסק-הדין הוגש ערעור לבית-הדין הארצי, ובמעמד זה גובשה פשרה שלפיה החולה תמשיך לקבל את התרופה מבלי שקופת-החולים תודה בקביעות ובממצאים של פסק-הדין, ולנוכח זאת יבוטל פסק-הדין בערכאה הראשונה. גרוס מביא את פסק-הדין של הערכאה הראשונה כדוגמה לאחד המקרים שבהם בית-הדין לא התייחס לשאלת מעמדה החוקתי העצמאי של הזכות לבריאות, אלא התייחס לזכות לבריאות כאל נגזרת של הזכות לחיים.³⁵³

דוגמה נוספת ניתן לראות בעניין **גורן נ' קופת חולים כללית**,³⁵⁴ שם נידונה בקשתה של חולת סוכרת לקבל תרופה שלא נכללה בסל שירותי הבריאות, לאחר שתרופה אחרת, שהייתה כלולה בסל, התגלתה כלא-יעילה לחולה. בית-הדין האזורי לעבודה בחיפה פסק כי הואיל והחולה אינה נזקקת לתרופה הכלולה בסל, נותר "תקציב מיותר" שממנו הקופה יכולה לממן את התרופה, ובלבד שעלותה אינה עולה על עלות התרופה שבסל. לענייננו רלוונטית העובדה שבית-הדין ביסס את קביעתו המשפטית על סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שממנו ניתן ללמוד על העיקרון כי על הרשות להגן על חייו של אדם, בין היתר על-ידי הספקת אמצעים רפואיים סבירים, ועל חובתה של הרשות להביא לידי כך שגופים המתוקצבים על-ידיה יפעלו על-פי עיקרון זה. יש לציין, לעומת זאת, כי במקרים אחרים נדחתה הטענה כי הזכות לבריאות נגזרת מן הזכות לחיים.³⁵⁵

351 ארעי, לעיל ה"ש 346, בעמ' 112–114.

352 עב' (אזורי חי') 4037/01 **טברו – שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 18.4.2002).

353 גרוס, לעיל ה"ש 347, בעמ' 509–510.

354 עב' (אזורי חי') 3858/98 **גורן – קופת חולים כללית** (לא פורסם, 11.3.1999).

355 ראו, למשל, עב' (אזורי ת"א) 22/99 **איזק – מדינת ישראל – משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 10.12.1999).

ניתן לראות, באופן כללי, כי בתי-המשפט נוקטים שלוש גישות באשר לשאלת הזכות לבריאות: בחלק מן הפסיקות הם מפנים לזכות החוקתית לחיים;³⁵⁶ במקרים אחרים נקבע כי הזכות לבריאות הינה זכות חברתית,³⁵⁷ וכי חוק ביטוח בריאות ממלכתי חוסה בצילו של חוק-היסוד; ולבסוף, בחלק מן המקרים בתי-המשפט פונים לזכויות המעוגנות בחוק זכויות החולה לצורך החלטות שיפוטיות העוסקות במתן תרופות הדרושות במקרי חירום. גרוס סבור כי התייחסות רצינית לזכות לחיים מחייבת, במקרים המתאימים, את בחינת החלטותיהם של משרד הבריאות וקופות-החולים לגופן. כך, התייחסות נאותה אל הזכות לחיים תשפיע על החלטת בתי-המשפט באשר לטיפול הרפואי שיוענק לחולה הנוטה למות או לחולה הזקוק למכשיר שיאפשר לו לנשום בביתו. אם הטיפול המבוקש יתרום באופן משמעותי לשיפור איכות החיים, להארכת משך החיים או להצלת עצם חייו של החולה, גרוס סבור כי מן הראוי שבית-הדין יתערב באחת מן הדרכים השונות שבמסגרתן מצאו עד היום בתי-הדין את הדרך לשמור על זכויות המבוטחים.³⁵⁸

פסק-הדין המרכזי של בית-המשפט העליון בנושא מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות ניתן בפרשת **לוזון נ' ממשלת ישראל**.³⁵⁹ שלוש העתירות שקובצו בפסק-דין זה להליך אחד עסקו בדרישתם של חולי סרטן לכלול בסל שירותי הבריאות תרופות שאותן ביקשו ליטול. העותרים טענו כי "הזכות לבריאות אמנם אינה מנויה במפורש בחקיקת היסוד, אולם נטען כי היא נגזרת מהזכות לחיים ולשלמות הגוף וכן מהזכות לכבוד האדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".³⁶⁰

הנשיאה ביניש הבהירה כי לנוכח העובדה שהזכות לבריאות אינה זכות אחת, אלא "שם כולל לאגד של זכויות הקשורות לבריאות האדם, אשר חלקן נהנות ממעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית", "אין מקום לבחון את מעמדה החוקתי של הזכות האמורה כמכלול אחד, אלא יש להתייחס לטעמים המונחים בבסיס הזכויות והאינטרסים השונים המוגנים במסגרתה, בהתאם לחשיבותם החברתית היחסית ובהתחשב בעוצמת זיקתם לזכויות החוקתיות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".³⁶¹ בין מרכיבי הזכות לבריאות, אשר את שאלת מעמדו החוקתי של כל אחד מהם יש לבחון כאמור בנפרד, מנתה הנשיאה ביניש את הזכות לשמירה על פרטיותו של המטופל; את ההגנה על אוטונומיית הרצון שלו, על-ידי גילוי מידע רפואי הנוגע בעניינו וקבלת הסכמתו לטיפול הניתן לו; את הזכות לאי-הפליה בגישה לטיפול רפואי; וכן "היבטים נוספים המשפיעים על בריאות האדם, כגון – הסברה וגישה למידע בנושאי בריאות, גישה למזון ולמים

356 ראו עניין **טברו**, לעיל ה"ש 352.

357 ע"ע (ארצי) 1091/00 **שטרית – קופת חולים מאוחדת**, פד"ע לה 5 (2000).

358 ראו גרוס, לעיל ה"ש 347, בעמ' 508–511.

359 בג"ץ 3071/05 **לוזון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סג (1) (2008).

360 שם, פס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

361 שם.

ראויים לשתייה בתנאי תברואה הולמים, איכות סביבה שאינה פוגעת בבריאות האדם ועוד".³⁶²

את המקרה שעמד לדיון באותה עתירה סיווגה הנשיאה ביניש כזכות לקבל טיפול רפואי במימון ציבורי. זכות זו, ציינה, "בדומה ליתר הזכויות המכוננות 'זכויות חברתיות-כלכליות' – היא בעלת מימד 'חיובי' דומיננטי, המעורר בעוצמה גבוהה יותר שאלות שעניינן מדיניות של חלוקת משאבים חברתיים בהתאם לקביעת סדרי עדיפויות לאומיים".³⁶³

בפסיקות אחרות של בית-המשפט העליון הובעה הדעה כי "ניתן להסכים שהיבטים מסוימים של מוסד ביטוח הבריאות הממלכתי מוגנים בגדר הזכות לכבוד",³⁶⁴ כי "אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע",³⁶⁵ וכי ניתן לעגן זכות סוציאלית להספקת שירותי בריאות בסיסיים בגדר הזכות לשלמות הגוף, הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁶⁶ אולם בית-המשפט נרתע מלקבוע בצורה ישירה מהם אותם "שירותי בריאות בסיסיים" המהווים זכות חוקתית. בפרשת לוזון הסבירה הנשיאה ביניש את הדילמה בעניין זה:

"מחד גיסא, אין חולק בדבר מרכזיותה של הבריאות לקיום החיים האנושיים, לרווחתו של הפרט וליכולתו לממש את יתר זכויות האדם. כאשר מדובר בטיפול תרופתי שעשוי ברמת היתכנות כזאת או אחרת להציל חיים, להאריכם או לשפר את איכות חייו של החולה, יש ליתן משקל משמעותי לערכי קדושת החיים, שלמות הגוף והנפש, וכבוד האדם שהינם ערכים מרכזיים בעלי מעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית... מאידך גיסא, כפי שצוין לעיל, הזכות לשירותי בריאות ציבוריים בהקשר הנדון לפנינו, משמעותה הטלת חובת-עשה על המדינה שעיקרה אחריות למימון ציבורי של טיפולים רפואיים-תרופתיים. מטבע הדברים, סוגית היקפה החוקתי של הזכות האמורה כרוכה בשאלות חלוקתיות כלליות, הנגזרות מאופי המשטר הכלכלי-סוציאלי הנוהג בחברה ומהיקף משאביה הציבוריים של המדינה..."³⁶⁷

בהמשך סוקרת הנשיאה ביניש בהרחבה את הוראותיהן של האמנות הבינ-לאומיות בנושא הזכות לבריאות,³⁶⁸ ומראה כי "אמנות בינלאומיות המכירות בזכות לבריאות ולטיפול רפואי, מתחשבות במגבלות התקציביות ונוקטות זהירות בקביעת היקפה של

362 שם.

363 שם, פס' 10 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

364 בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004).

365 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, פס' 20 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2001).

366 עניין עמותת רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 364, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

367 עניין לוזון, לעיל ה"ש 359, פס' 10 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

368 ראו לעיל ה"ש 342.

הזכות הנדונה ובמידת ההגנה הניתנת לה³⁶⁹. בסופו של דבר נמנע בית-המשפט מהכרעה בסוגיה החוקתית, ומיקד את ההכרעה בפרשה זו בזכות החוקת (ולא החוקתית) לבריאות ובשיקול-הדעת של הרשויות. ביחס לזכות אחרת הכלולה באותו אגד של זכויות המכונה "הזכות לבריאות" – הזכות להיכלל במנגנון של ביטוח הבריאות הממלכתי – נקבע כי היא אינה נהנית ממעמד חוקתי על-חוקי.³⁷⁰

גם בפסיקה מאוחרת יותר נמנע בית-המשפט מהתערבות מטעמים חוקתיים בהחלטתה של הוועדה הציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות. בעניין **דוידוב נ' שר הבריאות**³⁷¹ הופנתה העתירה נגד החלטת המשיבים לא לכלול בסל שירותי הבריאות את התרופה רבלימיד, המוצעת לחולי סרטן מסוג מיאלומה נפוצה אשר מיצו את אפשרויות הטיפול האחרות הקיימות. השופט דנציגר, אשר כתב את פסק-הדין, הסביר:

"אין חולק בדבר מעמדה הרם של הזכות לחיים, שהוכרה כזכות חוקתית במסגרת חוק היסוד. ואולם, גם את הזכות לחיים, ככל זכות יסוד, ועל אף עליונותה, יש לאזן מול זכויות ואינטרסים נוגדים. יתרה מכך, 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 (שם, סעיף 12) – ובפרט נוכח הרתיעה של בית משפט זה מלהתערב בעיצובה של מדיניות כלכלית כוללת ובקביעת סדרי עדיפויות לאומיים, הנתפסים כנושאים שנמצאים בלב ליבן של סמכויות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת... מכל מקום, בהתחשב בטיב טענותיהם של העותרים בעתירה שלפנינו, ובנסיבות המקרה דנן, סבורני כי אין מקום להרחיב את היריעה ולסטות מהעקרונות שנקבעו בעניין **לוזון**, קרי אין מקום לקבוע כי הוכחה פגיעה בזכות חוקתית על-חוקתית של העותרים וודאי לא כזו המקימה חובה על המשיבים לממן את התרופה הנדונה."³⁷²

לעניין טענתם של העותרים כי החלטת המשיבים פוגעת בזכות החוקתית לבריאות, ציין בית-המשפט כי "השאלה האם קיימת זכות חוקתית לבריאות טרם הוכרעה בפסיקתנו ומכל מקום היא אינה דורשת הכרעה בעתירה שלפנינו"³⁷³. בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין **קו לעובד** ציינה השופטת ארכל כי –

369 עניין **לוזון**, לעיל ה"ש 359, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

370 עניין **עמותת רופאים לזכויות אדם**, לעיל ה"ש 364, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

371 בג"ץ 434/09 **דוידוב נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו, 3.5.2009).

372 שם, פס' 28–29 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

373 שם, פס' 30 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

"מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות טרם לוכן בפסיקה עד תומו. עם זאת, ניתן לומר כי קבלת שירותי בריאות חיוניים ברמה הבסיסית ביותר הנדרשים להגנת החיים והבריאות, היא נגזרת של הזכות לכבוד האדם, באשר הוא אדם, ושל הזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיפים 2 ו-4 לחוק). זכות זו עומדת לכל אדם, אפילו הוא שוהה בלתי חוקי בתחומיה של המדינה... מנגד, ניתן לומר בוודאות כי לא כל היבטיה של הזכות לבריאות מוגנים חוקתית... עוד ניתן לומר כי הפליה בהספקת שירותי בריאות עלולה לעלות לכדי פגיעה חוקתית בזכות לשוויון. מכל מקום, לצורך הכרעה בעתירה שבפנינו אין צורך להכריע בשאלת מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות על היבטיה השונים, שכן לא נתקפת בענייננו חקיקה ראשית. יחד עם זאת לא אסתיר כי נטיית ליבי היא להרחבת היקפה של הזכות לבריאות החוסה תחת ערך כבוד האדם ותחת המטריה החוקתית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁷⁴

ניתן אפוא לסכם כי מעמדה החוקתי האוטונומי של הזכות לבריאות נותר בסימן שאלה, אולם למצער היבטים מסוימים של הזכות לבריאות נגזרים מן הזכות החוקתית לחיים.³⁷⁵

מהי עמדת המשפט המשווה בעניין זה?

החובה החיובית להגן על החיים עשויה להטיל חובות באשר לטיפול הרפואי.³⁷⁶ בית-המשפט האירופי לזכויות אדם ציין, בעניין *Cyprus v. Turkey*,³⁷⁷ כי באופן עקרוני סעיף 2 לאמנה האירופית לזכויות אדם יכול לחול גם על תחום שירותי הבריאות, וכי תיתכן הפרה של הזכות לחיים מקום שהמדינה מסכנת את חייו של אדם על-ידי מניעת טיפול רפואי הפתוח לציבור הרחב. אולם בית-המשפט האירופי הותיר ב"צריך עיון" את השאלה באיזו מידה הזכות לחיים מטילה חובה לקיים סטנדרט מינימלי של שירותי בריאות.³⁷⁸ מכל מקום, ברי כי חובה כאמור מוגבלת בצורה כלשהי על-ידי שיקולי תקציב. לכן כל בחינה אם הזכות לחיים מטילה חובה לספק שירותי בריאות מעבר לשירותי חירום רפואיים תהא כפופה למגבלת המשאבים הפנויים לשם כך. תפקידו של בית-המשפט בהקשר זה יהא לבחון אם החלטתה של מדינה לא לספק טיפול רפואי הדרוש להצלת חיים היא בגדר שימוש סביר במשאבים כלכליים – אך תוך מתן מרחב

374 בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פס' 59 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.6.2014).

375 בג"ץ 2902/11 העמותה לילדים בסיכון נ' משרד הבריאות, פס' 37 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 4.9.2015).

376 לסקירה משווה ראו: Aart Hendriks, *The Right to Health in National and International Jurisprudence*, 5 EUR. J. HEALTH L. 389 (1998).

377 *Cyprus v. Turkey*, App. No. 25781/94, Eur. Ct. H.R. (2001), available at hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59454#{"itemid":["001-59454"]}

378 HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 45, בעמ' 212–214.

תמרון לכל מדינה בהקצאת משאביה הכלכליים – ואם המדינה אינה מפרה בהחלטתה זו נורמות של זכויות אדם בסיסיות, כגון איסור הפליה והליך הוגן.³⁷⁹ נראה כי זו הגישה השלטת באנגליה. ככל שסעיף 2 לאמנה האירופית לזכויות אדם מטיל חובה חיובית לספק טיפול כאשר יש סיכון ממשי לחיים, בתי-המשפט עשויים להתערב ולקבוע שיינתן טיפול רפואי. אולם, לנוכח השיקולים הפוליטיים המורכבים הנוגעים בתקצוב שירותי הבריאות, התערבות כאמור של בתי-המשפט האנגליים לא תקרה בנקל.³⁸⁰ בפסק-דין *R. v. Cambridge District Health Authority* סירבו רשויות הבריאות לממן טיפול מיוחד וספקולטיבי בעבור חולה ליקמיה צעיר. בית-המשפט קבע כי הרשות נתונה תחת חובה חיובית להאריך חיים אם יש סיכוי של הישרדות, קלוש ככל שיהא.³⁸¹ ברם, בית-המשפט לערעורים החליט כי רשות הבריאות פעלה כהלכה כאשר הביאה בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים, כולל מחסור במשאבים.³⁸² גישה דומה קיימת גם בדרום-אפריקה. בפסק-דין *Soobramoney v. Minister of Health*,³⁸³ נדחתה תביעתו של חולה להורות לבית-החולים לספק לו טיפול דיאליזה, כנגזרת מזכותו החוקתית של אותו חולה לחיים. בית-המשפט החוקתי קבע כי אין לגזור את הזכות לטיפול רפואי מן הזכות לחיים, וזאת מפני שהזכות לטיפול רפואי מעוגנת בהוראה חוקתית ספציפית, שבה הוגבלה הזכות לגישה לטיפול רפואי כך שהיא תחול רק במסגרת המשאבים העומדים לרשות המדינה לצורך זה. הטיעון כי על המדינה לספק את הטיפול הרפואי מציל החיים כחלק מהזכות לחיים נדחה. בהודו, לעומת זאת, שבה הזכות לחיים מהווה זכות-מסגרת רחבת-היקף,³⁸⁴ נקבע כי הזכות לקבל טיפול רפואי מציל חיים היא חלק מהזכות החוקתית לחיים. בפסק-דין

379 ש.ס.

380 Jean McHale, *Enforcing Health Care Rights in the English Courts*, in ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: THEIR IMPLEMENTATION IN UNITED KINGDOM LAW ch. 7 (R. Burchill, D. Harris & A. Owers eds., 1999); Wendy Outhwaite, *The Scope of Impact of the Human Rights Act 1998 on Healthcare and NHS Resource Allocation*, in HEALTHCARE LAW: THE IMPACT OF THE HUMAN RIGHTS ACT 1998, 49, 62–64 (Austen Garwood-Gowers, John Tingle & Tom Lewis eds., 2001).

381 *R. v. Cambridge District Health Authority*, [1995] 1 FLR 1055, 1065 ("but where the question is whether the life of a 10 year old child might be saved, by however slim a chance, the responsible authority... must do more than toll the bell of tight resources")

382 *R. v. Cambridge Health Authority*, [1995] 2 ALL ER 129; [1995] 1 FLR 1066, 1073 ("[health authorities] cannot provide all the treatments they would like... difficult and agonising judgments have to be made as to the maximum advantage of the maximum number of patients. That is not a judgment which the court can make") (Sir Thomas Bingham MR)

383 *Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, 1998 (1) SA 765 (CC) at 4–5 para. 7 (S. Afr.).

384 בשנת 2012, למשל, קבע בית-המשפט העליון ההודי כי הזכות לחיים כוללת בחובה גם את "הזכות לישון". ראו: *Ramlila Maidan Incident Dt.4/5.06.2011 v. Home Secretary, Union of India &*

*Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v. State of West Bengal*³⁸⁵ נקבע כי הזכות לחיים הופרה כאשר שישה בתי-חולים, בזה אחר זה, סירבו לטפל באדם עם פציעות ראש ושטף-דם מוחי, בשל מחסור באמצעים רפואיים או במיטות פנויות. בית-המשפט קבע כי –

"Article 21 imposes an obligation on the State to safeguard the right to life of every person. Preservation of human life is thus of paramount importance. The Government hospitals run by the State and medical officers employed therein are duty-bound to extend medical assistance for preserving human life. Failure on the part of a Government hospital to provide timely medical treatment to a person in need of such treatment results in violation of his right to life guaranteed under Article 21."³⁸⁶

כלומר, אי-מתן טיפול רפואי עלול להוות הפרה של הזכות החוקתית לחיים.³⁸⁷ באופן דומה למצב המשפטי בהודו, ובניגוד לזה שבדרום-אפריקה, בקולומביה הקשר בין הזכות לחיים לזכות לבריאות הינו משמעותי בהחלטות שיפוטיות הנוגעות בבריאות ובשירותי בריאות.³⁸⁸ בתחילת שנות התשעים גזר בית-המשפט החוקתי את הזכות לבריאות מהזכות לחיים, ומהלך זה הוביל להכרה בזכות לבריאות כזכות בסיסית הקשורה בקשר הדוק לחייו הפיזיים של האדם ולכבודו, וכזכות שפיטה כאשר קיים חשש לפגיעה בזכות לחיים או בזכות לכבוד.³⁸⁹ נראה כי את הצעד המשמעותי ביותר לאכיפת הזכות לבריאות באמצעות הזכות לחיים עשה בית-המשפט הבין-אמריקאי לזכויות אדם. עוד בשנת 1999 הכיר בית-

Rehan ל-Ors., (2012) SCALE paras. 26–29 (Judge B.S. Chauhan) (India) .אנו מודים ל-
 Abeyratne, שהפנה את תשומת-ליבנו לפסק-דין זה.
 385 *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v. State of West Bengal*, (1996) 4 SCC 37 (India)
 386 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט S.C. Agrawal.
 387 Anand Grover, Maitreyi Misra & Lubhyathi Rangarajan, *Right to Health: Addressing Inequities Through Litigation in India*, in THE RIGHT TO HEALTH AT THE PUBLIC/PRIVATE DIVIDE: A GLOBAL COMPARATIVE STUDY 423, 437 (Colleen M. Flood & Aeyal Gross eds., 2014).
 388 Katherine G. Young & Julieta Lemaitre, *The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa*, 26 HARV. HUM. RTS. J. 179 (2013).
 389 Everaldo Lamprea, *Colombia's Right-to-Health Litigation in a Context of Health Care Reform*, in THE RIGHT TO HEALTH AT THE PUBLIC/PRIVATE DIVIDE: A GLOBAL COMPARATIVE STUDY 131, 139–140 (Colleen M. Flood & Aeyal Gross eds., 2014); David Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*, 53 HARV. INT'L L.J. 401 (2012).

המשפט בכך שהזכות לחיים כוללת לא רק היבט שלילי, אלא גם היבט חיובי, שלפיו לאדם יש הזכות שלא תימנע ממנו הגישה לתנאים שיבטיחו לו קיום בכבוד.³⁹⁰ בית-המשפט נקט גישה שלפיה הזכות לחיים חייבת להיות מוכרת כזכות לחיים מכובדים. לפי גישה זו, קיימת התכנסות או חפיפה בין הזכות לחיים לבין הזכות לבריאות.³⁹¹ חשוב לציין כי האמנה האמריקאית לזכויות אדם מתמקדת בזכויות אזרחיות ומדיניות, ואינה כוללת זכות מפורשת לבריאות, אלא רק התייחסות כללית, בסעיף 26, שלפיה על המדינות לנקוט אמצעים לשם הגשמה הדרגתית של זכויות חברתיות וכלכליות. התייחסות זו אינה שפיטה, בהתאם להחלטות של בית-המשפט האמריקאי לזכויות אדם.³⁹² עם זאת, בפסיקות מספר גישר בית-המשפט על הפער המסורתי בין זכויות חיוביות לזכויות שליליות, בקובעו כי על המדינות מוטלת חובה חיובית להבטיח את הזכות לחיים, לרבות יצירת תנאי מחיה מינימליים (הכוללים גישה למזון, למים נקיים, לשירותי בריאות ולתרופות, ואף אפשרות למימושן של זכויות אחרות, כגון חינוך וזהות תרבותית) שיאפשרו חיים בכבוד.³⁹³ ודוק: הפרשנות שבית-המשפט הבין-אמריקאי לזכויות האדם מעניק למונח "חיים" אינה מסתכמת ב"הישרדות", אלא כוללת בו "קיום בכבוד".

Villagrán-Morales et al. v. Guatemala, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 63, at 144 (Nov. 19, 1999), available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf (Case of the "Street Children").

391 ראו באופן כללי: Steven R. Keener & Javier Vasquez, *A Life Worth Living: Enforcement of the Right to Health Through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights*, 40 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 595 (2009); Alexandra R. Harrington, *Right to Life under the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, 35 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 313 (2013).

392 ראו Keener & Vasquez, שם, בעמ' 601. הזכות לבריאות עצמה מעוגנת בפרוטוקול הנוסף לאמנה האמריקאית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, opened for signature Nov. 17, 1988, art. 10, O.A.S.T.S. No. 69, 28 I.L.M. 161 (entered into force Nov. 16, 1999).

393 Myrna Mack-Chang v. Guatemala, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 101 (Nov. 25, 2003), available at www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/101-ing.html; Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 125 (June 17, 2005), available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf; Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146 (March 29, 2006), www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf; Ximenes-Lopes v. Brazil, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 149 (July 4, 2006), available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_ing.pdf; Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 214 (Aug. 24, 2010), available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_ing.pdf. ראו סקירה אצל Keener & Vasquez, לעיל ה"ש 391; Harrington, לעיל ה"ש 391.

מחקר משווה שבדק ליטיגציה של תיקים הנוגעים בזכות הגישה לשירותי בריאות במדינות עם הכנסה ממוצעת בינונית או נמוכה מצא כי ב-83% מן התיקים שצולחו בבתי-המשפט (49 מתוך 59) נכרכה הזכות לבריאות עם הזכות לחיים. כלומר, כאשר מדובר במקרים הדנים בסכנת חיים, הזכות לחיים מהווה גורם תומך להכרה בזכות למתן שירותי בריאות.³⁹⁴

3. הזכות לאיכות סביבה כחלק מהזכות לחיים

בדומה לזכות לבריאות, גם לזכות לאיכות סביבה, על-אף היותה זכות חברתית, יכולה להיות השפעה רבה על הזכות לחיים. ללא אוויר נשימה, מי-שתייה, מזון אכיל ואקלים למחיה, בני-אדם אינם יכולים לשרוד על פני כדור-הארץ, קל וחומר ליהנות מזכויותיהם. מכאן שהגנה על הסביבה משמעה הבטחת הישרדותם של בני-האדם. לנוכח קשר הדוק זה, נעמוד בחלק זה על גישה העשויה לראות את הזכות לאיכות סביבה כנגזרת של הזכות לחיים.

התחום של איכות סביבה הוא תחום מרכזי בעידן המודרני בהקשר של הגנה על חיי ובריאותו של הפרט מפני מפגעים סביבתיים.³⁹⁵ אלון טל מציין כי "מצטבר לאחרונה ידע מדעי בתחום האפידמיולוגיה והטוקסיקולוגיה, המצביע יותר מתמיד על קשר בין מחלות ממאירות וכרוניות לבין זיהומים שונים".³⁹⁶ לא בכדי ציין ליאון שלף כי "הצורך בשמירה על איכות הסביבה הוא בנפשה של האנושות. בעבר היו מקרים של פגיעות קשות בבני-אדם, עקב זיהומים למיניהם... היום הסכנות אינן רק בירידה ברמת הבריאות או בחוסר נוחיות אלא באפשרות ממשית של חדלון לאנושות".³⁹⁷ ברי אפוא כי סביבה מזוהמת פוגעת בבריאות ועלולה לגרום למחלות ולפגיעה בחיים. לכן ניתן לטעון כי כנגזרת של הזכות החוקתית לחיים, עומדת לכל אדם הזכות לחיות בסביבת חיים נאותה ובריאה. כפי שדניאל פיש מציין, "התפיסה הבסיסית שלכל אדם זכות לחיות בסביבה בריאה, או לכל הפחות, סביבה שלא זוהמה על ידי אחרים, מצאה ביטוי מוחשי בשורה ארוכה מאוד של דינים בנושאים מגוונים".³⁹⁸ ההכרה בחשיבותה של איכות הסביבה לשם הגנה על בריאותו של הפרט באה לידי ביטוי גם בפסיקתם של בתי-המשפט.³⁹⁹

394 Hans V. Hogerzeil, Melanie Samson, Jaume Vidal Casanovas & Ladan Rahmani-Ocra, *Is Access to Essential Medicines as Part of the Fulfillment of the Right to Health Enforceable Through the Courts?*, 368 LANCET 305, 309 (2006) (המדינות שנבדקו היו ברזיל, בוליביה, קולומביה, קוסטה-ריקה, אקוודור, הודו, ניגריה, פנמה, אל-סלוודור, דרום-אפריקה וונצואלה).

395 ארעי, לעיל ה"ש 346, בעמ' 113, ה"ש 202.

396 אלון טל "על ערכים מוגנים ועבירות סביבתיות" הפרקליט מ 413, 415 (1992).

397 ליאון שלף (שסקולסקי) "אקולוגיה ומשפט" עיוני משפט ב 408, 417-418 (1972).

398 דניאל פיש דיני איכות הסביבה בישראל 63-64 (2002).

399 ראו, למשל, רע"פ 244/96 כים ניר ניהול שירותי תעופה ונתיבי אויר (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 529, 530-531 (1996), שם נקבע לעניין עברה של זיהום מים בניגוד לחוק המים, התשי"ט-1959, כי "עם גבור התודעה הציבורית לעבירות הקשורות באיכות הסביבה ומניעת זיהום

יובל שני טוען, במאמרו "הזכות לאיכות סביבה ראויה כזכות אדם במשפט הבינלאומי",⁴⁰⁰ כי לנוכח חשיבותה ומעמדה של הזכות לחיים נראה כי ניתן לפרש את הזכות לחיים ולבריאות באופן שיחייב את המדינה להימנע מליצור מפגעים סביבתיים המסכנים חיי אדם ולפעול למניעתם. שני טוען כי תימוכין לפרשנות כאמור ניתן למצוא אף במסמכים בין-לאומיים, בין היתר בהערה כללית מס' 6 של הוועדה לזכויות אדם, אשר נזכרה לעיל, שלפיה הזכות לחיים מטילה על מדינות את החובה לפעול למניעת סכנות הנשקפות לחיים מתת-זוונה וממחלות.⁴⁰¹ שני מביא גם את דבריו של אחד משופטי בית-הדין הבין-לאומי לצדק, אשר גרס, בדעת יחיד, כי יש לראות את הגנת הסביבה כחלק מהזכות לחיים ולבריאות:

"The protection of the environment is likewise a vital part of contemporary human rights doctrine, for it is a sine qua non for numerous human rights such as the right to health and the right to life itself. It is scarcely necessary to elaborate on this, as damage to the environment can impair and undermine all the human rights spoken of in the Universal Declaration and other human rights instruments."⁴⁰²

בעתירה שעסקה בפסולת רדיואקטיבית ציינה ועדת זכויות האדם הפועלת מכוח האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות כי העתירה מעלה שאלות קשות בדבר מילוי חובתה של המדינה הנתבעת לשמור על זכותם לחיים של העותרים.⁴⁰³ במקרה אחר קבעו שני שופטים מבית-הדין האירופי לזכויות אדם, בדעות יחיד, כי יש לדון בשאלות הקשורות למפגעים סביבתיים תחת הסעיף באמנה האירופית לזכויות אדם

מים נחלץ גם המחוקק לקביעת רמת ענישה משמעותית לעוברים על עבירות אלה... בנסיבות אלה נראה לי עונש הקנס שהושת על המבקשת מתון ביותר, על-אף העובדה שאין לה הרשעות קודמות... מדובר בעבירה חמורה, כשהיא לעצמה, שיש בה כדי לפגוע באיכות חיים של הציבור ובבריאותו".
ראו גם בג"ץ 4076/95 המועצה האזורית עמק לוד נ' שר החקלאות, פ"ד נ(1) 846, 862 (1996).

400 ראו יובל שני "הזכות לאיכות סביבה ראויה כזכות אדם במשפט הבינלאומי" המשפט ו 297, 299, 301, 303-305 (2001).

401 הערה כללית מס' 6, לעיל ה"ש 29, ס' 6.

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung./Slovk.), Separate Opinion of Judge Weeramantry, 402 1997 I.C.J. Rep. 3, at 91-92 (Sept. 25).

Human Rights Committee, E.H.P. v. Canada, Comm. No. 67/1980, paras. 7-9, U.N. Doc. 403 CCPR/C/OP/1 (1984), available at www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/67-1980.htm

ראו: Joshua P. Eaton, *The Nigerian Tragedy, Environmental Regulation of Transnational Corporations, and the Human Right to a Healthy Environment*, 15 B.U. INT'L L.J. 261, 299 (1997).

המגן על הזכות לחיים.⁴⁰⁴ לבסוף, נציבות זכויות האדם הבין-אמריקאית קבעה, בשני מקרים, כי תנאי הסביבה הירודים במקומות מגוריהם של ילידים באמריקה הדרומית, אשר היוו קרקע נוחה להתפרצות מגפות, אינם עולים בקנה אחד עם זכותם לחיים ולבריאות.⁴⁰⁵

מכל האמור לעיל שני מסיק כי במשפט הבין-לאומי קיימת תמיכה ברורה בהשקפה שלפיה יש לפרש את הזכויות לחיים ולבריאות באופן מרחיב, כך שייאסר על מדינות לפגוע בסביבה באופן המסכן חיי אדם. בנסיבות אלה ייתכן אף שתוטל על המדינות חובה חיובית להגן על איכות הסביבה.⁴⁰⁶ קיים כמובן פער בין איסור פגיעה בסביבה באופן שעלול לסכן חיים לבין החובה לספק סביבה נאותה.⁴⁰⁷

בפסיקה האמריקאית אין גישה אחידה בנוגע לשאלה אם הזכות לסביבה בריאה הינה חלק מזכויות-היסוד החוקתיות. רוב בתי-המשפט הפדרליים סירבו להכיר בזכות חוקתית מהותית לסביבה נקייה ובריאה ללא תיקון מפורש מצד המחוקק.⁴⁰⁸ **בקרוואטיה**, למשל, החוקה מחייבת את המדינה להגן על סביבה בריאה וליצור תנאים לחיים ראויים.⁴⁰⁹ מקרה מעניין התרחש דווקא **בפקיסטן**. חוקת פקיסטן קובעת, בסעיף

Guerra v. Italy, App. No. 14967/89, 26 Eur. H.R. Rep. 357 (1998) (Concurring Opinions of Judge Walsh and Judge Jambrek) 404

Inter-American Commission H.R., *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, 405 ch. 8 (1997), available at www.cidh.org/countryrep/ecuador-eng/index-ecuador.htm

Sumudu Atapattu, *The Right to a Healthy Life or the Right to a Healthy Environment under Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment under International Law*, 16 TUL. ENV'T'L L.J. 65, 99–101 (2002) 406 (המאמר עומד על הקשר בין הזכות לסביבה נאותה לבין הזכות לחיים).

PRUE TAYLOR, AN ECOLOGICAL APPROACH TO INTERNATIONAL LAW: RESPONDING TO CHALLENGES OF CLIMATE CHANGE 199 (1998): "How valid is the argument that a human right to a sound environment can be derived from existing rights to life, health, and an adequate standard of living? It is suggested that there is no logical rationale for this argument... [These rights] are obviously closely connected to the state of the environment because their realisation, in part, depends upon protection of the environment. However, this connection does not alone justify recognition of a *distinct human right to a sound environment*... [P]rotection of the environment is a prerequisite to assuring all human rights. Thus failure to provide environmental protection can amount to a violation of basic human rights. But... this may not be sufficient to protect the environment adequately" (ההדגשה במקור). 407

ראו, למשל: Ely v. Velde, 451 F.2d 1130, 1139 (4th Cir. 1971); פיש, לעיל ה"ש 398, בעמ' 71–68. 408

ס' 3 לחוקת קרוואטיה, לעיל ה"ש 173, המפרט את ערכי-היסוד של הסדר החוקתי בקרוואטיה, מונה בין ערכים אלה "conservation of nature and the environment"; ס' 52 לחוקת קרוואטיה קובע כי "the natural environment... shall enjoy its special protection"; וס' 70 לאותה חוקה קובע כי "Everyone shall have the right to a healthy life. The state shall ensure conditions for a 409

9, הגדרה קצרה של הזכות לחיים. עם זאת, בית-המשפט העליון קבע כי הזכות החוקתית לחיים משתרעת גם להגנה על איכות החיים. בעניין *Shehla Zia v. WAPDA*⁴¹⁰ טענו ארבעה תושבים, שהתגוררו באזור שבו הייתה אמורה להיבנות תחנת כוח, כי קווי המתח הגבוה יהיו סיכון בריאותי לתושבים בחומרה שיהיה בה משום הפרה של זכותם החוקתית לחיים. בית-המשפט העליון מינה ועדה שתחקור את הסתברות הסכנה, ומצא כי המילה "life" אינה יכולה להיות מוגבלת לקיום ביולוגי או לחיי צמחייה ובעלי-חיים, אלא כוללת גם את הנוחות הבסיסית שאדם הנולד במדינה חופשית זכאי לה באופן חוקי וחוקתי. בית-המשפט העליון מציין כי אף שהמונח אינו מוגדר בחוקה, יש לקבוע כי הזכות לחיים כוללת את הזכות לחיות בכבוד, על כל מה שהמונח כולל, דהיינו, תזונה מספקת, מלבוש, מחסה ואמצעים לקריאה ולכתיבה. גם בהודו נתן בית-המשפט העליון פרשנות מרחיבה לזכות לחיים, וכלל בה למעשה גם את הזכות לאיכות סביבה.⁴¹¹ במקרה שבו הוקם מפעל כימיקלים ללא האישורים הנדרשים, ותוך התעלמות מהנזק הצפוי לגופם ולשלומם של התושבים הגרים בסביבה, התערב בית-המשפט כדי להגן על אותן זכויות המוגנות בסעיף 21 לחוקה.⁴¹² פרשנויות אלה דומות לפרשנות הרחבה שנתן בית-המשפט הבין-אמריקאי לזכות לחיים בהקשר של הזכות לבריאות, כפי שראינו לעיל.⁴¹³

ומה בישראל? ראשית, נציין כי אף-על-פי שבחלק מהצעות החוקה למדינת-ישראל ומן ההצעות לחוקי-היסוד נכללה הצעה לזכות חוקתית עצמאית לאיכות סביבה,⁴¹⁴ ואף שזכות כזו נכללת בחוקותיהן של מדינות רבות בעולם ובאמנות בין-לאומיות

healthy environment. Everyone shall, within the scope of their powers and activities, accord particular attention to the protection of human health, nature and the human environment"

.*Shehla Zia v. WAPDA*, (1994) PLD (SC) 693 (Pak.) 410

.*Mullin v. Administrator, Union Territory of Delhi*, AIR 1981 SC 746 (India) 411

Indian Council for Enviro-Legal Action v. Union of India, AIR 1996 SC 1446 (India) 412

ראו T. Damodhar Rao v. Municipal Corp. of Hyderabad, AIR 1987 AP 171, 181: "The : גם slow poisoning by the polluted atmosphere caused by environmental pollution and spoliation should also be treated as amounting to violation of Article 21 of the Constitution"; *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, AIR 1986 SC 180: "...no person can live without the means of living, that is, the means of livelihood. If the right to livelihood is not treated as part of the Constitutional right to life, the easiest way of depriving a person of his right to life would be to deprive him of his means of livelihood to the point of abrogation. Such deprivation would not only denude the life of its effective content and meaningfulness but it would make life impossible to live"

413 ראו לעיל חלק ד3.

414 ראו, למשל, הצעת חוק יסוד: איכות הסביבה, ה"ח התשס"א 659; הצעת החוקה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ס' 18 בפרק השני, /main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/.ConstPRights.aspx

מרכזיות, ⁴¹⁵ הזכות לאיכות סביבה לא עוגנה כחלק ממגילת הזכויות החוקתיות העל-חוקיות בישראל. נוסף על כך, גישה שיפוטית רחבה כפי שתוארה לעיל לא התקבלה בישראל. אומנם, ניתן למצוא בפסיקה אמרות באשר לקשר שבין איכות סביבה לבין הזכות לחיים. כך, למשל, בפסק-דין **בצלאל נ' סימנטוב**, שעסק בצו מניעה נגד מטרד רעש, עמד בית-המשפט על הקשר שבין תנאי סביבה מינימליים לבין הזכות לחיים: "...גם בחיים המודרניים וגם בערים הגדולות ובריכוזי האוכלוסין הצפופים שומה עלינו להבטיח לאדם תנאים שיש בהם המינימום הדרוש של כל מה שאדם זקוק לו כדי שחיו בכלל ייקראו חיים." ⁴¹⁶ אכן, לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הובעה בספרות המשפטית הדעה כי סעיפים 2 ו-4, העוסקים בזכות לחיים, מספקים מקור חשוב לחיזוק הזכות לסביבה בריאה, ועל-כן מצב שבו חייו של אדם נפגעים כתוצאה מפעולה של יצירת זיהום, הדבר עלול להוות פגיעה בניגוד לדין בזכויות המוגנות במסגרת חוק-היסוד. ⁴¹⁷ אולם עד כה נמנע בית-המשפט העליון מלכלול את הזכות לאיכות סביבה נאותה בכבוד האדם. הנשיא ברק עמד על כך שבג"ץ **אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל**:

"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." ⁴¹⁸

עם זאת הסכים ברק כי לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש השפעה "סביבתית", אם כי מוגבלת. לשיטתו, האינטרס האנושי בסביבה ראויה מוגן על-ידי חוק-היסוד בעקיפין בלבד, באמצעות הזכות למינימום קיום אנושי ובאמצעות הגנה מפני פגיעה בחיים ובגוף. הזכות לכבוד האדם וחירותו "כוללת בחובה את הזכות למינימום של קיום אנושי". ⁴¹⁹ לגבי הפגיעה בזכות לחיים ולגוף קובע הנשיא ברק:

"אכן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן מפני פגיעה בחיים ובגוף (ראו סעיף 2 לחוק היסוד). אלא שהעותרת לא ביססה את טענתה. רבים הם הצעדים החברתיים היכולים להשפיע על איכות חייו של האדם, אך אין די בהשפעה על איכות החיים כדי להוות פגיעה בחיים או בגוף. הפגיעה בחייו של אדם או בגופו

James R. May, *Constituting Fundamental Environmental Rights Worldwide*, 23 PACE ENV'T L. REV. 113 (2006); NJCM, *The Relationship Between Human Rights and Environment* nn. 9–11 & Annex II (2011), available at www.njcm.nl/site/uploads/download/433.

416 ע"א 403/73 **בצלאל נ' סימנטוב**, פ"ד כט(1) 41, 45 (1974).

417 פיש, לעיל ה"ש 398, בעמ' 65–67.

418 בג"ץ 4128/02 **אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל**, פ"ד נח(3) 518, 503 (2004).

419 שם.

יכולה ללבוש הרבה צורות. איננו צריכים לשלול על הסף את האפשרות כי פעולתה של רשות תכנונית הפוגעת באיכות הסביבה תוכל להיות כה מסוכנת והרסנית עד שתעלה לכדי פגיעה בחייו ובגופו של האדם... אולם על-מנת לבסס פגיעה בחיים ובגוף על העותרת להראות סכנה מוחשית וממשית לחיי האדם או לגופו...⁴²⁰

אורן פרז מעיר כי עמדתו של הנשיא ברק מרוקנת מתוכן, במידה רבה, את הפן הסביבתי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן קשה לדמיין חוקים שיפרו את אמות-המידה הדווקניות לפגיעה שנקבעו על-ידי ברק, דהיינו, פגיעה בתנאים המזעריים הנדרשים לקיום אנושי או יצירת סיכון מוחשי וממשי לחיים ולגוף.⁴²¹ מרשה גלפי מציינת כי עמדה זו של בית-המשפט העליון מספקת הגנה מינימלית בלבד מפני בעיות סביבתיות, שכן כמעט בכל המקרים של זיהום סביבתי אי-אפשר לחזות מראש מיהו הפרט שייפגע. הגישה המקובלת לשמירת איכות הסביבה אינה מתמקדת במקרים שבהם הנזק כבר נגרם, אלא מדגישה בעיקר את מניעת הנזק. כדי למנוע את הפגיעה, אין להמתין עד שקיימת אפשרות להראות סכנה מוחשית וממשית, ויש להתמודד עם הירידה באיכות הסביבה עוד קודם לכן.⁴²² עם זאת, במקום אחר הביעה גלפי עמדה שלפיה העדרה של זכות-יסוד לאיכות סביבה אינו פוגע ביכולת להגן על איכות הסביבה בדין הישראלי.⁴²³

פרק ה: הזכות לחיים בעת עימות מזוין ובשטח הנתון בתפיסה לוחמתית

1. כללי

הזכות לחיים נתונה בסיכון בעיקר בעיתות חירום ומשבר.⁴²⁴ האם ההגנה החוקתית על זכות זו חלה גם במצבי קיצון, כגון מלחמה ועימות מזוין? לעניין זה נודעת חשיבות רבה

420 שם, בעמ' 519. לניתוח של פסק-הדין ראו נורית ענבל ועומר בכמן "..." וחתיכת שמיים – בעקבות בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל" הארת דין א 95 (2004).

421 אורן פרז "זכויות חברתיות-כלכליות ואיכות הסביבה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 725 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

422 מרשה גלפי "ההצדקה העקרונית לכינון זכות חוקתית לאיכות סביבה בארץ ישראל" מאוני משפט ה 199 (2006).

423 מרשה גלפי "מדוע היעדר זכות יסוד לאיכות הסביבה אינו פוגע בפיתוחם של דיני איכות הסביבה?" קרית המשפט ט 167 (2011).

424 לדין כללי ראו Wicks, לעיל ה"ש 45, פרק 4.

במשפט הישראלי, שכן בין ישראל לבין ארגוני מחבלים שונים הפועלים מיהודה ושומרון ומרצועת עזה קיים מצב מתמשך של עימות מזוין. במשפט הבין-לאומי הזכות לחיים זוכה במעמד מיוחד במסמכים בין-לאומיים, בכך שבניגוד לזכויות-יסוד רבות אחרות, זוהי זכות שאי-אפשר לגרוע ממנה או להגבילה בעיתות של חירום או עימות מזוין.⁴²⁵ אולם האמנה האירופית לזכויות אדם מחריגה מהסעיף האוסר גריעה מן הזכות לחיים את אותם מקרי מוות שהתרחשו כתוצאה ממעשים חוקיים של מלחמה.⁴²⁶ הזכות לחיים מהווה מכנה משותף לדיני המלחמה ולדיני זכויות האדם, ונקודת המוצא המשותפת למשפט זכויות האדם ולמשפט ההומניטרי היא כיבוד הערך האנושי וכבוד האדם.⁴²⁷ קיים אומנם ויכוח בקהילה המשפטית הבין-לאומית באיזו מידה משפט זכויות האדם הבין-לאומי ממשיך לחול אף בעת עימות מזוין,⁴²⁸ אולם הובהר, מכל מקום, כי הזכות לחיים מוסדרת על-ידי דיני הלחימה, לכל-הפחות כ-*lex specialis*. כך קבע בית-הדין הבין-לאומי בחוות-דעתו המייעצת בדבר חוקיותם של האיום או השימוש בנשק גרעיני:

425 ראו, למשל, ס' 4 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 24, וס' 15 לאמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 23. על גריעה מזכויות אדם בשעת חירום באופן כללי ראו: Rosalyn Higgins, *Derogations under Human Rights Treaties*, 48 BRIT. Y.B. INT'L L. 281 (1976); Thomas Buergenthal, *To Respect and Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS: THE COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS 72 (Louis Henkin ed., 1981); Christoph Schreuer, *Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency*, 9 YALE J. WORLD PUB. ORD. 113 (1982).

426 ראו את ס' 15(2) לאמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 23.
427 Kenneth Watkin, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict*, 98 AM. J. INT'L L. 1, 9–10 (2004)

428 על היחס בין דיני המלחמה לדיני זכויות האדם ראו הילי מודריק-אבן חן "דיני מלחמה" **משפט בינלאומי** 521, 523–524 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, 2010). להרחבה על החלת זכויות האדם בעת עימות מזוין ועל היחס בין משפט זכויות האדם הבין-לאומי לבין המשפט ההומניטרי ראו, למשל: Michael J. Dennis, *Non-Application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflict*, 40 ISR. L. REV. 453 (2007); Barry A. Feinstein, *The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupied Territories: The Case of Israel's Security Barrier*, 4 NW. J. INT'L HUM. RTS. 238 (2005); Cordula Droegge, *Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law*, 90 INT'L REV. RED CROSS 501 (2008); Françoise J. Hampson, *The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Treaty Body*, 90 INT'L REV. RED CROSS 549 (2008); Marco Sassòli & Laura M. Olson, *The Relationship Between International Humanitarian and Human Rights Law Where It Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts*, 90 INT'L REV. RED CROSS 599 (2008); Noam Lubell, *Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict*, 87 INT'L REV. RED CROSS 737 (2005).

"In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself."⁴²⁹

כלומר, השאלה אם נטילת חיים הינה שרירותית תוכרע בהתאם לדיני המלחמה.⁴³⁰ אכן, המשפט ההומניטרי כולל כמה עקרונות מרכזיים שתכליתם להגן על החיים, ביניהם העיקרון של הגנה על האוכלוסייה האזרחית ועל אתרים אזרחיים; עקרון ההבחנה בין לוחמים לבין אלה שאינם לוחמים; איסור השימוש בסוגי נשקים שאינם מאפשרים הבחנה כאמור (indiscriminate weapons); איסור השימוש בנשקים שגורמים סבל שאינו הכרחי או נזק מופרז; הגבלות בנוגע לאופן בחינתם של שיטות לחימה ואמצעי לחימה; וכן הגבלת זכות ההגנה העצמית על ידי דרישת הצורך הצבאי ודרישת המידתיות.⁴³¹

429 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 429 (July 8) 226, at 240. אכן, לזכות לחיים יש חשיבות מיוחדת ביחס לשימוש בנשק גרעיני. ראו: A.A. Tikhonov, *The Inter-Relationship Between the Right to Life and the Right to Peace; Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass-Destruction and the Right to Life*, in THE RIGHT TO LIFE IN INTERNATIONAL LAW 97 (B.G. Ramcharan ed., 1985). הוועדה לזכויות אדם של האו"ם ציינה, בהערה כללית מס' 14, כי נשק גרעיני הינו בין האיומים הגדולים ביותר על הזכות לחיים שהאנושות ניצבת בפניהם. לכן, סברה הוועדה, יש לאסור ייצור, בחינה והחזקה של נשק גרעיני, ובוודאי שימוש בו, ופעולות כאמור צריכות להיות מוכרות כפשעים נגד האנושות. General Comment No. 14: Nuclear weapons and the right to life (Art. 6) (9.11.1984), [available at www.refworld.org/docid/453883f911.html](http://www.refworld.org/docid/453883f911.html). בניגוד לעמדת הוועדה לזכויות אדם של האו"ם, ציין בית-הדין הבין-לאומי לצדק כי הוא אינו יכול לקבוע באופן מוחלט אם האיום או השימוש בנשק גרעיני יהיו חוקיים או בלתי-חוקיים בנסיבות קיצוניות של הגנה עצמית מול איום ממשי על עצם קיומה של המדינה, וכי בהתחשב במתח בין המנהג המתמשך של הרתעה גרעינית לבין צמיחת המנהג האוסר ייצור והחזקה של נשק גרעיני ושימוש בו, החזקה בלבד של נשק גרעיני אינה מהווה הפרה של המשפט הבין-לאומי. ראו Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, לעיל, בעמ' 243–245, 267–265.

430 YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 86 ראו: (2009).

431 Irina A. Lediakh, *Protecting the Right to Life During Armed Conflicts*, in INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW IN RUSSIA AND EASTERN EUROPE 207, 215 (Roger Clark, Ferdinand Feldbrugge & Stanislaw Pomorski eds., 2001).

כיצד הוחלה הזכות לחיים במשפט הישראלי בהקשר של עימות מזוין? שאלה זו התעוררה במלוא עוצמתה בעתירה שהוגשה בעניין "הסיכולים הממוקדים",⁴³² שבה התבקש בית-המשפט העליון להורות לממשלה לבטל את מדיניות "הסיכולים הממוקדים" ולהימנע מביצוע פעולות במסגרת מדיניות זו. יש להבהיר כי בפסק-דין זה לא נידונה סוגיית הזכות החוקתית לחיים, אלא הזכות לחיים כחלק מהמשפט ההומניטרי. אכן, בית-המשפט ציין כי אזרחים נהנים מהגנה מקיפה על חייהם, וכי במרכז הדינים ההומניטריים שנועדו לשמור על האוכלוסייה האזרחית ניצבת הזכות לחיים.⁴³³ עם זאת, בית-המשפט דחה את העתירה וקבע כי אין לקבוע מראש כי כל "סיכול ממוקד" הוא חוקי כשם שאין לקבוע מראש כי כל "סיכול ממוקד" הוא בלתי-חוקי.⁴³⁴ דיני "הסיכול הממוקד" קבועים במשפט הבין-לאומי המנהגי, וחוקיותה של כל פגיעה פרטנית צריכה להיקבע לאורם. אכן, בהתאם למשפט הבין-לאומי,⁴³⁵ אזרחים ייהנו מן ההגנה מפני תקיפה למעט במשך אותו זמן שבו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. בהתאם להחלטת בית-המשפט, לא כל מעורבות בפעילות חבלנית תהווה נטילת "חלק ישיר במעשי האיבה", והבחינה תיעשה בכל מקרה לגופו. בית-המשפט קבע ארבעה עקרונות לעניין "הסיכול הממוקד": נדרש מידע מבוסס בטרם יסוג אזרח כנוטל חלק ישיר במעשי האיבה; אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה, כגון מעצר; לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל באותו זמן חלק ישיר במעשי האיבה, יש לערוך בדיקה יסודית ועצמאית באשר לדיוק זהותו של הנפגע ולנסיבות הפגיעה בו. במקרים מתאימים יהא מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים.⁴³⁶ בית-המשפט הוסיף וציין כי אם הפגיעה אינה רק באזרח המשתתף באופן ישיר במעשי האיבה, אלא גם באזרחים תמימים המצויים בקרבתו, אזי הפגיעה בהם הינה אובדן נלווה, וככזו היא צריכה לעמוד במבחן המידתיות, שלפיו אסורה תקיפה שהנזק הנלווה אליה – בדמות פגיעה באזרחים

432 עניין הועד הציבורי נגד העינויים בישראל, לעיל ה"ש 3.

433 שם, פס' 29 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ראו גם בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת"); פסק-דינה של השופטת ביניש בעניין מוראר, לעיל ה"ש 121.

434 עניין הועד הציבורי נגד העינויים בישראל, לעיל ה"ש 3, פס' 64 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
435 ראו ס' 51(3) לפרוטוקול הראשון משנת 1977 לאמנת ג'נבה הרביעית, Article 51(3) of the Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I) (with annexes, Final Act of the Diplomatic Conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts dated 10 June 1977 and resolutions adopted at the fourth session), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3

436 עניין הועד הציבורי נגד העינויים בישראל, לעיל ה"ש 3, פס' 31–40 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

תמימים – אינו שקול כנגד תועלתה הצבאית.⁴³⁷ נוסף על כך ציין בית-המשפט כי מאחר שהעתירה נוגעת בזכותו היסודית ביותר של האדם – הזכות לחיים – הדוקטרינה של אי-שפיטות מוסדית אינה יכולה למנוע את בחינתה של שאלה זו.⁴³⁸ לפסיקה זו של בית-המשפט העליון יש חשיבות גדולה לגבי המשפט הבין-לאומי של דיני השימוש בכוח, והיא עוררה הד גדול במישור הבין-לאומי.⁴³⁹

2. הזכות לחיים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית

באופן כללי, הגנה על האוכלוסייה האזרחית היא דאגתן המרכזית של הנורמות הבין-לאומיות לעניין תפיסה לוחמתית (או שטח כבוש).⁴⁴⁰ בהקשר הישראלי של הזכות לחיים ושטחים הנתונים בתפיסה לוחמתית נשאלת השאלה באיזו מידה הזכות החוקתית לחיים חלה בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית.⁴⁴¹

בית-המשפט העליון הכיר בכך שהזכות לחיים היא הזכות הבסיסית העומדת במרכז הדינים ההומניטריים שנועדו להגן על האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון בתפיסה

437 שם, פס' 46 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

438 שם, פס' 50 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

439 ראו, למשל: Michelle Lesh, *The Public Committee Against Torture in Israel v the Government of Israel – The Israeli High Court of Justice Targeted Killing Decision*, 8 MELB. J. INT'L L. 373 (2007); Kristen E. Eichensehr, *On Target? The Israeli Supreme Court and the Expansion of Targeted Killings*, 116 YALE L.J. 1873 (2006–2007); Roy S. Schondorf, *The Targeted Killings Judgment – A Preliminary Assessment*, 5 J. INT'L CRIM. JUST. 301 (2007); Amichai Cohen & Yuval Shany, *A Development of Modest Proportions – The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case*, 5 J. INT'L CRIM. JUST. 310 (2007); Orna Ben-Naftali, *A Judgment in the Shadow of International Criminal Law*, 5 J. INT'L CRIM. JUST. 322 (2007); William J. Fenrick, *The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities*, 5 J. INT'L CRIM. JUST. 332 (2007); Antonio Cassese, *On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings*, 5 J. INT'L CRIM. JUST. 339 (2007). עוד על "סיכולים ממוקדים" ראו עמנואל גרוס "סיכול פעולות טרור על-ידי פגיעה במבצעייהן או במפקדיהן כאקט של הגנה עצמית, האם הוא מותר? – זכויות אדם מול חובת המדינה להגן על תושביה" **קרית המשפט** ב 189 (2002) (הטוען כי מדינת-ישראל פועלת כדין כל עוד היא נוקטת מדיניות של סיכול בדרך של הרג כאמצעי מניעה אחרון; אין לנקוט אמצעי זה אם קיים אמצעי פוגעני פחות, אולם אם האמצעי הפוגעני פחות עלול לסכן יתר על המידה את חיי חיילינו ושלמות גופם, אין להביאו בחשבון). לניתוח של "סיכולים ממוקדים" באספקלריה של תיאוריה פוליטית ראו יונתן יובל "החי על המת: שוויון החיים ומות השוויון או כולם רוצים לחיות" **משפט וממשל** ח 521 (2005).

440 DINSTEN, לעיל ה"ש 430, בעמ' 286.

441 לדין בתחולתם של חוקי-היסוד ראו ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" **משפט וממשל** יב 145 (2009).

לוחמתית,⁴⁴² ושכל התושבים באזור – הפלסטינים והישראלים – זכאים אפוא ליהנות מהזכות לחיים. על-כן שיקול מרכזי ועיקרי שעל המפקד הצבאי לשקול בבואו להחליט על סגירת שטחים הוא השיקול של הגנה על חייהם של כל התושבים באזור.⁴⁴³ כך, בין היתר, בפרשה שעסקה בחוקיותו של נוהל "אזהרה מוקדמת",⁴⁴⁴ שבמסגרתו הסתייעו חיילי צה"ל בתושב פלסטיני מקומי בבואם לעצור פלסטיני חשוד בפעילות חבלנית עוינת, פסק בית-המשפט כי באיזון שבין ערך חיי אדם, שהינו ערך מרכזי בדינים ההומניטריים החלים על התפיסה הלוחמתית, לבין חובתו של הצבא התופס להגן על חייו וכבודו של אותו תושב מקומי, ידם של השיקולים האוסרים על הצבא לעשות שימוש בתושב מקומי על העליונה. לכן נקבע כי נוהל "אזהרה מוקדמת" נוגד את המשפט הבין-לאומי.⁴⁴⁵

ביחס לתחולתה של הזכות החוקתית לחיים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית קבע בית-המשפט כי זכות זו חלה בוודאי על האזרחים הישראלים המתגוררים באזור:

"הטעם השני המצדיק את מסקנתנו כי המפקד הצבאי מוסמך להורות על הקמת גדר הפרדה אשר נועדה להגן על חייהם ולהבטיח את ביטחונם של המתיישבים הישראלים באזור הוא זה: הישראלים המתגוררים באזור הם אזרחים ישראליים. מדינת ישראל חייבת להגן על חייהם, על ביטחונם ועל שלומם. אכן, הזכויות החוקתיות שחוקי היסוד שלנו והמשפט המקובל שלנו מעניקים לכל מי שמצוי בישראל מוענקים גם לישראלים המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית והמצויים בשליטה ישראלית."⁴⁴⁶

בית-המשפט עמד על תחולה זו בפרשת המועצה האזורית חוף עזה:

"לדעתנו, חוקי היסוד מעניקים זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח

442 פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת", לעיל ה"ש 433, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק; עניין מוראר, לעיל ה"ש 121, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת ביניש. ראו גם בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004).

443 עניין מוראר, לעיל ה"ש 121, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

444 פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת", לעיל ה"ש 433.

445 על נוהל "אזהרה מוקדמת" והמשפט הבין-לאומי ראו: Roland Otto, *Neighbours as Human Shields? The Israel Defense Forces' "Early Warning Procedure" and International Humanitarian Law*, 86 INT'L REV. RED CROSS 771 (2004). לדיון כללי על השימוש באזרחים כמגן אנושי ראו: Michael N. Schmitt, *Human Shields in International Humanitarian Law*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 292 (2008–2009); Amnon Rubinstein & Yaniv Roznai, *Human Shields in Modern Armed Conflicts: The Need for a Proportionate Proportionality*, 22 STAN. L. & POL'Y. REV. 93 (2011).

446 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 477 (2005).

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.⁴⁴⁷

לכן ישראלים המצויים באזור הנתון בתפיסה לוחמתית נהנים – כמו כל מי שמצוי בישראל – מן הזכות החוקתית לחיים, וכנגד זכות זו עומדת חובת המדינה לא לפגוע בזכות לחיים ולהגן עליה.⁴⁴⁸ עם זאת, בית-המשפט העליון ציין כי היקף הזכויות של הישראלים באזור ומידת ההגנה עליהן שונים מהיקף הזכויות של הישראלים המצויים בישראל וממידת ההגנה עליהן. זאת, בשל אופיו של האזור כשטח הנתון בתפיסה לוחמתית ומעמדו של המפקד הצבאי.⁴⁴⁹

לעומת זאת, בפסק-הדין בעניין **המועצה האזורית חוף עזה** הותיר בית-המשפט ב"צריך עיון" את שאלת תחולתם של חוקי-היסוד על מי שאינו אזרח ישראלי ומצוי באזור.⁴⁵⁰ בהזדמנות אחרת, בעוסקו בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, ציין בית-המשפט העליון כי –

"ככלל חקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלית. כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או פעולות שמחוץ לישראל, צריך הדבר להיאמר בחוק (במפורש או במשתמע). אכן, חזקה היא כי חוקיה של ישראל חלים על יחסים משפטיים בישראל, והם אינם מכוונים להסדיר יחסים משפטיים מחוץ לישראל. כך הדין בחקיקה פלילית בישראל; כך הדין בחקיקה שאינה פלילית. חזקה זו ניתנת לסתירה... דין זה חל גם לעניין תחולתה של חקיקה ישראלית באזור. יהודה, שומרון וחבל עזה אינם חלק ממדינת ישראל; לא הוכרו לגביהם כי 'המשפט והשיפוט והמינהל של המדינה' חל בהם. חזקה היא כי דברי חקיקה ישראלים חלים בישראל ולא באזור, אלא אם נקבע בדבר חקיקה (במפורש או במשתמע) שהוא חל באזור... דין דומה חל גם לעניין חוקי היסוד. חזקה היא, איפוא, כי חוקי היסוד השונים חלים על פעולות בישראל."⁴⁵¹

לגבי השאלה אם אין לומר כי חזקה זו נסתרת כאשר חוק-היסוד עוסק בזכויות אדם,

447 בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 560, 481 (2005).
 448 ראו בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 461, 443 (2004); בג"ץ 3680/05 **ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 9 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 1.2.2006).
 449 בג"ץ 2645/04 **נאסר נ' ראש הממשלה**, פס' 27 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 25.4.2007).
 450 עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 447, בעמ' 560.
 451 עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 124, פס' 22 לפסק-דינו של הנשיא ברק. לדיון בחסינותה של המדינה בגין פעולות מלחמתיות ראו אסף יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'" **משפטים** לג 107 (2003).

ציינ בית-המשפט כי מדובר בשאלה יפה שאין לה תשובה פשוטה, אולם באותו מקרה אין מקום, לדעת בית-המשפט, לבחון את שאלת תחולתו הטריטוריאלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן הזכויות שתיקון מס' 7 פוגע בהן הן זכויות בישראל. שאלה זו נותרה אפוא בלתי-פתורה.⁴⁵²

3. הזכות לחיים ולביטחון והכניסה לישראל

חובתה של המדינה להגן על חיי תושביה, שלומם ובטחונם משפיעה גם על כניסת נתינים של מדינת אויב לישראל, בוודאי בעיתות של עימות מזוין. בפרשת **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, אלוף פיקוד דרום**,⁴⁵³ ביקש העותר, פלסטיני החולה במחלת הסרטן, להיכנס מרצועת עזה לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי מציל חיים. בדחותו את העתירה, הסביר בית-המשפט העליון כי מתן טיפול רפואי לנזקק כאשר מדובר בהצלת חיים הוא אומנם ערך הומניטרי שראוי לחתור להגשמתו ככל האפשר, גם כאשר מדובר במי שאינו ישראלי וגם אם הוא גר בארץ אויב, אולם במקרה זה, בצד הטעם ההומניטרי, ניצב הערך של הגנה על בטחון הפרט. במסגרת האיזון בין ערכים נוגדים אלה יש לאמוד את מידת הצורך בסעד המבוקש, את חומרת מצבו של הנזקק לסעד, ובאיזו מידה פתוחה לפניו האפשרות לקבל סעד חלופי במקום אחר, וכן לשקול את הסיכון הבטחוני העלול להתהוות מכניסתו של הנזקק לסעד לישראל. לגופו של עניין קבע בית-המשפט כי בנסיבות העניין אין בסירובה של הרשות המוסמכת להתיר את כניסת העותר לישראל כדי להצדיק התערבות שיפוטית, שכן לא נמצאה אי-סבירות בסירוב להתיר כניסה לישראל של אדם המאיים בדרך התנהלותו על בטחון המדינה והציבור, בהינתן שבעניינו של העותר יש מידע ממשי המצביע על סכנה מוחשית הנשקפת ממנו ומגורמים שהוא מצוי בקשר עימם. חובתה העליונה של ישראל

452 בפסק-דין ת"א (מחוזי חי') 371-05 **עזבון RACHEL ALIENE CORRIE נ' מדינת ישראל**, **משרד הביטחון** (פורסם בנבו, 28.8.2012) דחה בית-המשפט המחוזי בחיפה תביעת פיצויים שהוגשה נגד המדינה על-ידי עזבונה של רייצ'ל קורי – אזרחית ארצות-הברית אשר מצאה את מותה לאחר שנדרסה על-ידי בולדוזר שפעל באזור רפיח לשם הריסת אחד הבתים במקום כאשר ניסתה לעוצרו. במסגרת התביעה נטען כי המדינה "קיפחה את זכות המנוחה לחיים ובכך פעלה בניגוד להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (שם, פס' 19 לפסק-הדין). מבלי לדון בתחולתו של חוק-היסוד באזור התרחשות המקרה, דחה בית-המשפט טענה זו בקובעו כי "אכן, המנוחה מצאה את מותה באירוע נשוא התביעה. אלא שבענייננו **הנתבעת לא הפרה את זכותה של המנוחה לחיים**. המנוחה הכניסה את עצמה לסיטואציה מסוכנת. היא עמדה אל מול דחפור גדול מימדים במקום שבו נהג הדחפור לא יכול היה לראותה. גם כשהיא ראתה את ערימת העפר מתקרבת אליה ומסכנת אותה, היא לא התרחקה מן המקום כפי שכל אדם בר דעת היה עושה. המנוחה החלה לטפס על ערימת העפר, הסתבכה בה, נפלה, ובסופו של דבר מצאה את מותה" (שם, פס' 20 לפסק-הדין; ההדגשה במקור).

453 בג"ץ 1912/08 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, אלוף פיקוד דרום** (פורסם בנבו, 16.4.2008).

היא להגן על שלום תושביה, וזו עשויה לגבור על החובה לפעול למען הגשמת ערכים הומניטריים. במקרה זה האיזון שהוביל לשלילת הבקשה היה קל יותר, לנוכח האפשרות של העותר להיזקק לטיפול רפואי באחת מהמדינות הערביות, ואף לצאת משם למרכז רפואי אחר במערב. בנסיבות אלה נמצא כי החלטתה של הרשות המוסמכת היא מידתית, ומיישבת בין מכלול האינטרסים הרלוונטיים.

דיון סוער בהקשר של הגבלת הכניסה לישראל אל מול הזכות לחיים ולביטחון התרחש בפסק-הדין בעניין **חוק האזרחות והכניסה לישראל**.⁴⁵⁴ פסק-דין זה דן בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003,⁴⁵⁵ אשר נחקק על רקע מציאות בטחונית קשה. החוק קבע כי שר הפנים לא יעניק אזרחות לתושב של יהודה, שומרון או חבל עזה (להלן: האזור), ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל. החוק הוסיף וקבע כי מפקד האזור לא ייתן לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל, אף לא לצורך איחוד משפחות.⁴⁵⁶ להוראה זו נקבעו כמה סייגים.⁴⁵⁷ כן הטילה ההוראה מגבלות על הקשר בין הורה תושב ישראל לבין ילדו הרשום במרשם האוכלוסין באזור. נטען כי מטרת החוק היא בטחונית,⁴⁵⁸ וכי הוא נועד למנוע את התממשותה של הסכנה – שכבר התממשה בעבר – שבן-זוג מהאזור, שתיתן לו האפשרות לחיות בישראל עם בן-זוגו הישראלי, יסייע למי שמעורבים בפעילות חבלנית עוינת. נגד חוקתיותו של החוק הוגשו כמה עתירות לבג"ץ. בית-המשפט העליון אישר את חוקתיותו של החוק ברוב דחוק של שישה שופטים מול חמישה,⁴⁵⁹ ודעת הרוב החליטה כי החוק אינו פוגע בזכויות

454 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין **חוק האזרחות והכניסה לישראל**).

455 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.

456 הוראה זו אינה חלה על ישראלים המתגוררים באזור. להרחבה ראו: Ruth Lapidoth & Ofra Friesel, *Some Reflections on Israel's Temporary Legislation on Unification of Families*, 43 *ISR. L. REV.* 457 (2010).

457 ס' 3, א3, כ3 ו-ג3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל קבעו סייגים לגבי תושבים של יהודה, שומרון או חבל עזה (להלן: תושבי אזור) שגילם מעל שלושים וחמש שנים, לשם מניעת הפרדתם מבני-זוגם השוהים כדין בישראל, ולגבי קטינים תושבי אזור, לשם מניעת הפרדתם מהוריהם המשמורנים השוהים כדין בישראל; סייגים למטרת טיפול רפואי, למטרת עבודה בישראל או למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים; וסייגים לגבי תושבי אזור שמזדהים עם מדינת-ישראל ויעדיה, ואשר הם או בני משפחתם פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או עניין חשוב אחר של המדינה, או שהענקת האזרחות, מתן הרישיון לישיבה בישראל או מתן ההיתר לשהייה בישראל, לפי העניין, הם מעניינה המיוחד של המדינה. ראו חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005, ס"ח 730.

458 יש הטוענים כי מטרת החוק היא דמוגרפית, אך רוב השופטים דוחים טענה זו. ראו עניין **חוק האזרחות והכניסה לישראל**, לעיל ה"ש 454, פס' 79–81 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פס' 13–14 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 134–135 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין, פס' 24 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן ופס' 4 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

459 ברוב דעות של המשנה לנשיא השופט חשין והשופטים ריבלין, לוי, גרוניס, נאור ועדיאל, בניגוד לדעתם של הנשיא ברק והשופטים ביניש, פרוקצ'יה, ג'ובראן וחיות.

חוקתיות, ואף אם קיימת פגיעה כאמור, היא מידתית.⁴⁶⁰ בעקבות פסק-הדין התקבל במרס 2007 תיקון לחוק, הכולל כמה שינויים מהסדרי החוק העיקרי, ביניהם הרחבת איסור השהייה או הישיבה בישראל גם לתושב של מדינת אויב כהגדרתה בחוק, וכן הוספת הוראה בדבר היתר ורישיון במקרים הומניטריים חריגים.⁴⁶¹ עתירות שהוגשו נגד חוק זה נדחו בבג"ץ, אשר קבע – שוב ברוב של שישה שופטים נגד דעתם החולקת של חמישה – כי היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה, הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, אינו משתרע כדי מימוש הזכות דווקא בישראל, וכן כי ככל שיש פגיעה בזכויות חוקתיות, לרבות הזכות לשוויון, מדובר בפגיעה אשר עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה ולכן היא חוקתית.⁴⁶²

פרשות אלה מעלות כמובן סוגיות רבות באשר לזכות לחיי משפחה, לזכות השוויון ולבטחון המדינה,⁴⁶³ אולם בחלק זה נתמקד בדעותיהם של השופטים בפרשת **חוק האזרחות והכניסה לישראל** באשר לזכות לחיים. בעוד הנשיא ברק מתאר את הערך המוגן כאינטרס ציבורי – בטחון הציבור, השופט חשין מתמקד בזכותם של תושבי המדינה לחיות, ולחיות בביטחון: "זכות זו של היחיד לחיים ולביטחון עוצמה רבה לה. ראשונה במלכות היא במיסדר זכויותיו של היחיד, וברי כי מישקלה הכבד יש בו כדי להשפיע באורח מכריע על האיזון שבין הנזק לבין התועלת. זכות זו לחיים שהיא תכלית החקיקה, בכוחה להורותנו כי המיתחם שבתוכו ייערך מעשה האיזון יהיה מיתחם רחב למדי."⁴⁶⁴ אל מול הזכות לחיים, לפי השופט חשין, מונחת על כף המאזניים הזכות לנישואים ולחיי משפחה. לשיטתו של השופט חשין, הפגיעה בזכות לחיי משפחה הינה מצומצמת, ונדחית מפני זכותם של אזרחי ישראל ותושביה לחיים ולביטחון. היקף הנפגעים באיזון זה מהווה גם הוא שיקול מרכזי: כנגד זכותם של מקצת אזרחי המדינה

460 יש לציין כי השופט לוי סבר כי החוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון במידה העולה על הנדרש, אולם קבע כי ראוי לאפשר למדינה פרק-זמן של תשעה חודשים על-מנת לגבש הסדר חקיקתי חלופי, ועל-כן הצטרף לדעת הרוב שדחתה את העתירות.

461 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2007, ס"ח 295.

462 בג"ץ 466/07 גלאון – מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).

463 להרחבה בעניין זה ראו אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוח יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח 315 (2006); גיא דיודוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" **משפט וממשל** ח 643 (2005); יעקב בן-שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה" **משפט וממשל** י 47 (2006); אייל גרוס "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר – בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" **המשפט** יג 141 (2008); ליאב אורגד "הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום (בעקבות בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים)" **מחקרי משפט** כה 485 (2009); ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה" **משפטים** לט 47 (2009); Lapidoth & Friesel, לעיל ה"ש 456; Daphne Barak-Erez, *Israel: Citizenship and Immigration Law in the Vise of Security, Nationality, and Human Rights*, 6 INT'L J. CONST. L. 184 (2008).

464 עניין **חוק האזרחות והכניסה לישראל**, לעיל ה"ש 454, פס' 120 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

לממש את זכותם לנישואים ולחיי משפחה בישראל ניצבת אפוא זכותם של כלל התושבים לחיים ולביטחון.⁴⁶⁵

השופט ריבלין ציין כי אכן לכאורה מול הזכות לשוויון ולחיי משפחה עומד ערך מסוג אינטרס, אלא שבמקרה זה מתחדדת דמות הציבור ומתמקדת הסכנה, ואין מדובר עוד בחשש ערטילאי לשלום הציבור, אלא "בזכות לחיים ממש... [של] בני אדם מסוימים, יחידים, מוסלמים, יהודים, נוצרים ובודהיסטים, החיים עימנו".⁴⁶⁶ לפי דבריו של השופט ריבלין, גם אם אין הם ניצבים לפני בית-המשפט בגופם, זכותם ניצבת בבית-המשפט, ולנוכח כל זאת "הגבולות בין אינטרס הציבור וזכות הפרט – מאבדים במקרה זה מכוחם".⁴⁶⁷

הנשיא ברק דחה בפסק-דינו את הגישה הזו:

"אילו העמדנו כך את השאלה – חיים מול איכות חיים – היינו בוודאי קובעים כי מותר – אולי אף חייבים – לענות טרוריסט המהווה 'פצצה מתקתקת' וזאת כדי למנוע פגיעה בחיים; כי מותר – אולי אף חייבים – להעביר את מקום המגורים של בן משפחה תמים של טרוריסט כדי להשפיע עליו להימנע מטרור ולמנוע פגיעה בחיים; כי יש להעמיד את גדר הביטחון במקום שהמפקד הצבאי ביקש להעמידו, שכן בכך מוגנים החיים של אזרחי המדינה וכל פגיעה באוכלוסייה המקומית – יהיה היקפה אשר יהא, כל עוד אינה פוגעת בחייהם ממש – אינה שיקול כנגד הפגיעה בחיי אזרחי המדינה".⁴⁶⁸

נראה כי קיים טשטוש לעניין זה בין המונחים "בטחון המדינה" ו"שלום הציבור", הבאים להצביע על אינטרס ציבורי, לבין "הזכות לחיים", הבאה לציין זכות של פרט.⁴⁶⁹ בשל כך, הזכות לחיים משמשת לעיתים עוגן מינוחי המצדיק פגיעה בזכויות ובאינטרסים נוגדים אף כאשר הערך המוגן אינו חייו של אדם, אלא אינטרסים כלליים וערטילאיים יותר, כשלום הציבור או בטחון המדינה. לפיכך יש להקפיד הקפדה יתרה בעת בחינת אינטרסים שונים על כפות המאזניים, שכן אין מדובר בסמנטיקה בלבד:

465 שם, פס' 122 לפסק-דינו של השופט חשין. יש לשים לב כי לידו אין מדובר בליבתה של הזכות לחיי משפחה, שכן הזכות לנישואים ולחיי משפחה, במובנה הצר והגרעיני, לא נפגעה, ואדם המבקש לחיות עם אשתו וילדיו יוכל לעשות כן, אולם לא בתוככי מדינת-ישראל בתקופת הזמן הקצובה, כי אם במקום שבו אין צפויה סכנה לתושבי ישראל ולאזרחיה.

466 שם, פס' 16 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

467 שם.

468 שם, פס' 110 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

469 ראו באופן כללי אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97 (2011); יניב רוזנאי "ביטחון אנושי – מקסם שווא או שינוי פרדיגמטי ממשי בשיח הבין-לאומי?" **קרית המשפט** י 213, 251–255 (2014); Yaniv Roznai, *The Insecurity of Human Security*, 32 Wis. INT'L L.J. 95, 130–133 (2014).

להתייחסות לאינטרס מוגן כאל "הזכות לחיים" תיתכן נפקות משמעותית באשר לתוצאת האיזון, לנוכח חשיבותה ומשקלה של זכות זו.⁴⁷⁰

סיכום

הרעיון של הגנה על הזכות לחיים במסגרת דיני זכויות האדם נתפס לעיתים כאלמנטרי. הזכות לחיים מצויה בלב ההגנה על זכויות אדם, ובהעדר הגנה על החיים, ההגנות האחרות על זכויות אדם הן חסרות משמעות כמעט. אכן, הזכות לחיים – לנוכח חשיבותה ומעמדה – מעוגנת במספר רב של מסמכים בין-לאומיים, אזוריים ומדינתיים, החוצים תרבויות ושיטות משפט. אולם ניסוחה של הזכות, פרשנותה (בעיקר לעניין מועד תחילתה), תחום היקפה והחובות המוטלות מכוחה משתנים בין מסמכים שונים ובין מדינות שונות, כפי שהראינו במאמר זה. על-כן דווקא לגבי זכות הנתפסת על פניה כה מובנת מאליה נדמה לנו כי יש חשיבות למחקר השוואתי שיעמוד על ההבדלים השונים בתפיסתה המושגית. זאת, בעיקר היות ששאלות שונות הנוגעות בזכות נותרו בעת הזו ללא מענה ברור בשיטת המשפט הישראלית (למשל, תחולתה החוץ-טריטוריאלית של הזכות ומעמדן החוקתי של זכויות הנגזרות ממנה).

עוד חשוב לציין כי על-אף מעמדה המרכזי וחשיבותה, ההגנה המשפטית על הזכות לחיי אדם אינה יכולה להיות – ואינה צריכה להיות – מוחלטת. יש אינטרסים מנוגדים אשר בנסיבות מוגדרות היטב, ונדירות על-פירוב, עולים על הערך של חיי אדם. כאלה הם, למשל, מקרי מוות בעת סכסוך מזוין, כל עוד הם נחוצים ומידתיים; וכזה הוא, בזמנים של שלום, הרג הכרחי וכמוצא אחרון לשם מניעת איום על חייהם של חפים מפשע. הזכות לחיים נסוגה אפוא לעיתים מפני אינטרסים חברתיים, ואף מפני זכויות-יסוד אחרות. כך קורה, למשל, כאשר זו מתנגשת בזכות לחיים בכבוד ובאוטונומיה של הרצון הפרטי של החולה הנוטה למות המבקש לסיים את חייו. אולם לנוכח משקלה הסגולי, ברוב ההתנגשויות בזכויות-יסוד אחרות ידה של הזכות לחיים תהא על העליונה. עליונות זו יכולה להסביר את הניסיון להציג לעיתים הגנה על אינטרסים ציבוריים כגון שלום וביטחון כהגנה על הזכות לחיים, כדי לחזקה באיזון מול אינטרסים מתנגשים. הזכות החוקתית לחיים כוללת לא רק היבט שלילי של איסור נטילה מכוונת או שרירותית של חיים (אשר יש לו חשיבות יתרה ביחס להפעלת כוח על-ידי כוחות

470 ראו, למשל, פס' 120 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין בעניין **חוק האזרחות והכניסה לישראל**, לעיל ה"ש 454. לדיון כללי יותר ראו בירנהק, לעיל ה"ש 112, בעמ' 606 ("אינטרסים, ערכים וזכויות ניתנים להצגה, ברמות הפשטה שונות, בשני כיוונים הפוכים: הצגת זכות כאינטרס ממעיטה מעוצמתה, ואילו הצגת אינטרס כזכות או כערך מעלה אותו בדרגה. האפשרות להציג מושגים שונים בדרכים שונות מכתובה את סוג האיזון שיש להפעיל, והאיזון בתורו מכתוב במידה רבה את תוצאת ההתנגשות"); Pound, לעיל ה"ש 112.

ביטחון), אלא גם היבט חיובי של הגנה על הזכות. היבט חיובי זה מטיל על המדינה חובה לנקוט צעדים של הגנה על הזכות לחיים, הכוללים הן חובות מהותיות, כגון חקיקת חוקים לצורך הגנה על חיי האדם והסדרת פעילויות ונסיבות העלולות להוות איום על חייו של אדם (כגון החובה לדאוג לשלומם של נחקרים), והן חובות פרוצדורליות (למשל, החובה לחקור נסיבות של נטילת חיים על-ידי כוחות ביטחון). ההיבט החיובי עשוי להיות כרוך גם בהקצאת משאבים לשם הגנה על חייהם של תושבים הנתונים באיום בטחוני (למשל, מיגון בתי-ספר המצויים באזור החשוף לסכנה בטחונית קונקרטיה).

לעניין היקפה של הזכות לחיים, נראה כי הזכות לחיים יכולה להתפרש בצמצום, בעיקר בהקשר הפלילי של נטילת חיים, או באופן רחב יותר, כדי להגן על הזכות לחיים בהקשר של חיים בחברה. נדמה לנו שכדי להבין משמעם של חיים מהו, וכדי להגן על פרטים, על קהילות ועל קדושת החיים כמונח הוליסטי, אי-אפשר למצות את היקף הזכות לחיים אך בחובת הממשלה להימנע מהרג, כפי שהיה נהוג אולי לחשוב בעבר. הבנה אינטגרטיבית של דיני זכויות האדם ושל כבוד האדם מחייבת הרחבה מסוימת של הזכות לחיים. כפי שציינו Keener & Vasquez:

"The protection of life, if it is to retain meaning, necessitates protection of those things that make life possible and which make life worth living."⁴⁷¹

אומנם, מחד גיסא, לנוכח ההיבט החיובי הכלול בזכות לחיים, שלפיו מוטלת על המדינה החובה להגן על החיים, יש לנקוט משנה זהירות בטרם מרחיבים את היקף הזכות. מאידך גיסא, דווקא היבט חיובי זה, המטיל על המדינה נטלים של חובות עשה, מלמד כי הזכות לחיים מכילה בחובה היבטים שונים הנוגעים בחובת המדינה לספק משאבים – בוודאי בתחומי הביטחון, אך גם בתחומי הבריאות, המזון והסביבה – לשם הגנה על החיים.⁴⁷² כלומר, אנו עדים לשינוי בהבנת הזכות לחיים לכיוון הוליסטי, כוללני ומקיף המכיל תחומי חיים רבים. אלה הם החיים בכבוד; חיים שראוי לחיותם.

471 ראו Keener & Vasquez, לעיל ה"ש 391, בעמ' 624. השוו לפרשנותה של הזכות לכבוד ככוללת קיום "מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו [לאדם] להתקיים בחברה שבה הוא חי". ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, פס' 15 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005).

472 כפי שניתן ללמוד, למשל, מפסקתו של בית-המשפט הבין-אמריקאי לזכויות אדם. ראו Harrington, לעיל ה"ש 391, בעמ' 334. לעניין אופייה המשתנה של הזכות לחיים ראו גם: Paul Harpur, *The Evolving Nature of the Right to Life: The Impact of Positive Human Rights Obligations*, 9 U. NOTRE DAME AUSTL. L. REV. 95 (2007).