

# אהרון ברק - "מבחר כתבים (כרכים ג'-ד')"

אהרון ברק - מבחר כתבים, הוצאת נבו, תשע"ז  
- 2017, כרך ג' 916 עמ', כרך ד' 492 עמ'.

כתביו של פרופ' אהרון ברק, הנשיא בדימוס של בית המשפט העליון, הם תמיד סיבה לחגיגה לאנשי המשפט הישראלי. שני ספרים אלו המצטרפים לשלל כתיבתו, אינם יוצאי דופן. הם מצטרפים לשני הכרכים הקודמים המכילים מבחר כתבים שהתפרסמו עוד בשנת 2000. חלק מהכתבים התפרסמו בכתבי עת משפטיים אך חלקם לא התפרסמו וזוהי הופעתם הראשונה בדפוס. הרשימות בשני הכרכים מגוונות מבחינת הבמות בהן נאמרו. הן כוללות מאמרים אקדמיים של ממש שהתפרסמו בכתבי עת שפיטים ובעלי רמה אקדמית גבוהה. אולם הן גם כוללות דברים שנאמרו במסיבות פרישה של שופטים/ות, בימי עיון שונים, בעיתונות יומית, ואפילו בטקס חילופין של יו"ר ועדה זו או אחרת בכנסת. ההבדל בין הסוגים ניכר בהקפדה אקדמית על מקורות ברורים, בסדר ובארגון השונים, אך אלו ואלו דברי ברק חיים.

כרך ג' עוסק בעיונים חוקתיים למיניהם. השער הראשון עוסק בחוקה הישראלית שאיננה קיימת בצורה פורמלית, אך חוקי היסוד שבה היוו לגרסת ברק מהפכה חוקתית שהוא עוסק בה רבות. השער השני עוסק בזכויות האדם



על כל היבטיהן. החל מההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם (משנת 1948) ועד לזכויות הקיום האנושי בכבוד, זכות האסיר, הזכות להשכלה, ועוד. השער השלישי עוסק במידתיות במשפט החוקתי על היבטיה השונים. החל מדיון פילוסופי בתיאוריה החוקתית, ועד לשאלה המאוד ריאליסטית של חלותם של חוקי יסוד שאין בהם פיסקת הגבלה.

כרך ד' עוסק בבית המשפט ובשופטיו, ורובו עיבוד של דברים שבעל פה שנאמרו בהזדמנויות שונות. בין השאר הוא כולל עשרות נאומים שנישאו לכבוד שופטי העליון שפרשו, ולהבדיל, דברים לזכרם של שופטים שנפטרו. בעיקרו עוסק ספר זה בשאלת תפקידו של שופט בחברה דמוקרטית, ובמתחים שבין ניסיונו לעשות צדק יחד עם הכורח לאזן דרישה זו עם דרישות רבות אחרות.

קשה לעבור על כל הנושאים שכרכים אלו עוסקים בהם, אולם בין הבולטים הוא מונח הדמוקרטיה שנדון בו בקצרה. ידועה תפיסתו של ברק עליה הוא חוזר רבות גם כאן. לגישתו, לדמוקרטיה שני מובנים משלימים. האחד הפורמלי, הוא כי רוב (מספרי) של העם הוא הקובע מי יהיו נציגיו, וכיצד יפעלו אלה. המובן השני הוא ערכי הדמוקרטיה הכוללים בין השאר הפרדת רשויות, זכויות אדם, שלטון החוק, ועוד. על פי פרשנותו, דמוקרטיה בה הרוב רומס ערכים אלו, לא דמוקרטיה היא. רעיון זה של שני פנים לדמוקרטיה מושך את הלב, אך מתעלם משאלה בסיסית אחת. מיהם אלו הקובעים את 'ערכי הדמוקרטיה'? מהן בדיוק זכויות האדם ואלו מהן עדיפות? הזכות לחופש ביטוי או הזכות לטיפול רפואי? גישה למי שתייה נקיים או בחירות חופשיות יותר? חופש תנועה או ביטחון אישי? וכמובן שוב, מי יהיו אלה שיחליטו? כשמבקשים אנו לפרוט לפרוטות רעיון זה, עולה תמיהה גדולה.

בזמנו מקובל היה לדבר על 'הציבור הנאור' כקובע את ערכי הדמוקרטיה. אלא שביטוי זה בעייתי משום שיש בו מעין התנשאות וקביעה כאילו יש 'ציבור לא נאור' שאפילו אם הוא הרוב, אין הוא רשאי לקבוע את 'ערכי הדמוקרטיה'. מה גם שכל ציבור טוען כמובן שהוא 'הציבור הנאור'. רבים גם טוענים כי הניסיון העולמי מלמד שמסוכן יהיה להשאיר זאת בידי בתי המשפט וארצות הברית תוכיח. כך למשל פסק הדין בעניינו של דרד סקוט שבו קבע בית המשפט העליון של ארצות



פרופ' אהרן ברק.  
צילום: אתר הרשות השופטת

הברית (מסיבות חוקתיות) כי שחורים הם נחותים ואינם יכולים להיות אזרחים שווי זכויות; או פסק דין לוכנר שבו קבע בית המשפט העליון כי פס"ד המגביל עבודת אופים לעשר שעות עבודה ביום איננו חוקתי משום שהוא פוגע ב - 'ערכי החוקה' המגינים על חופש החוזים של הצדדים. נדגיש כי בפסק דין זה התנגש בית המשפט העליון האמריקאי חזיתית עם דעת הציבור שהתבטאה בחקיקה שסברה שאסור להרשות עבודת פרך של שעות רבות אפילו אם העובד מסכים לכך ומבקש זאת. כיום, לא יהיה מי שיחלוק שהציבור ולא בית המשפט העליון האמריקאי, הוא זה שצדק בקביעתו (לאחר עשרות שנים, שינה אכן בית המשפט העליון האמריקאי את עמדתו).

הפתרון הדמוקרטי המקובל הוא כי אותו הרוב המחליט, הוא גם זה שקובע את אותם 'ערכי הדמוקרטיה'. ומכיוון שהרוב יודע כי ייתכן ומחר הוא יהיה המיעוט, הוא מטיל על עצמו סייגים ומגבלות כדי למנוע מרוב מקרי וזמני לפגוע באחרים. זאת על ידי חוקה ו/או מגבלות אחרות. כמובן, גם בדרך זו ישנם קשיים ומהמורות, אך רבים סוברים כי היא עדיפה. בעניין זה חייבים לציין כי גם בספר הנוכחי אין התמודדות מספקת עם הקשיים שגישת ברק מעלה. בעיקר יש כאן חזרה על עמדותיו הידועות.

אולם גם אם יש קושי מסוים לקבוע מיהו הגוף שיחליט על אותם ערכי דמוקרטיה שיש להגן עליהם, אין חולק על קיומם ועל נחיצותם. חלק הארי של כרך ג' עוסק בנייתוחם ובירורם של אותם ערכים שהתבטאו בחוקי היסוד. מהו היקפה של זכות הקניין? האם וכיצד לקבוע זכות לקיום בכבוד? זכויות האסיר, זכויות העובד, ועוד. בכולן דן ברק בלשונו המלוטשת והברורה ומנסה לעבד פתרונות בהירים ששופט מכהן יוכל להשתמש בהם.

**הפתרון הדמוקרטי המקובל הוא כי אותו הרוב המחליט, הוא גם זה שקובע את אותם 'ערכי הדמוקרטיה'. ומכיוון שהרוב יודע כי ייתכן ומחר הוא יהיה המיעוט, הוא מטיל על עצמו סייגים ומגבלות כדי למנוע מרוב מקרי וזמני לפגוע באחרים.**

אי אפשר גם להתעלם מהממד האישי בכרכים אלו. ברק מספר ומתאר מספר פעמים את מאורעותיו במלחמת העולם השנייה. הוא היה ילד צעיר בזמן השואה ובין הבודדים מילדיה היהודים של ליטא שהצליח להינצל. מהגטו הוברח בתוך שק על עגלה וזכה לחיות בזמן שבו רוב בני גילו היהודים לא זכו לכך. מעטים הם האנשים שמסלול חייהם החל ממאבק נואש על החיים והגיע לפסגת המעמד השיפוטי במדינה. ברק כותב כי שני לקחים הפיק הוא מכך. ראשית, הצורך במדינה יהודית עצמאית, ריבונית, וחזקה. שנית, שמירה על מרכזיותו ועצמאותו של האדם, והגנה על כבוד האדם באשר הוא אדם. בלתי אפשרי שלא להסכים עם מסקנות אלו.

תפיסתו המשפטית של הנשיא ברק שנויה במחלוקת מרה. במקביל למעריציו הרבים יש לו מבקרים לא מעטים, איש באמונתו יחיה. אולם דומני שאין חולק כי הוא האישיות המשפטית המשפיעה ביותר על התפתחות המשפט הישראלי. שני כרכים חדשים אלו, מסבירים גם מדוע.

מומלץ לכל מי שמתעניין במשפט חוקתי ובזכויות אדם. ובעיקר, למתעניינים בתוקפם של חוקי היסוד והדרכים לפרשנותם.

## **מעטים הם האנשים שמסלול חייהם החל ממאבק נואש על החיים והגיע לפסגת המעמד השיפוטי במדינה.**