

## מבקר המדינה זכויות האדם בישראל\*

אהרן ברק\*\*

### על זכויות האדם בישראל

במדינת ישראל נוהגות שלוש רמות של זכויות האדם כנגד רשויות השלטון. הרמה הראשונה היא הרמה ההלכתית. מאז הקמת המדינה הכיר בית המשפט העליון ברשימה ארוכה של זכויות אדם, כגון חופש העיסוק,<sup>1</sup> החירות,<sup>2</sup> חופש הביטוי,<sup>3</sup> זכות ההתאגדות<sup>4</sup> וההפגנה.<sup>5</sup>

הרמה השנייה היא הרמה הסטטוטורית. אלה הן זכויות אדם חקוקות, שהוכרו על ידי הכנסת. החשובות שבהן הן הזכות לשוויון האישה, שוויון ההזדמנויות בעבודה והזכות לפרטיות.<sup>6</sup>

הרמה השלישית – בה אתמקד בחיבור זה – היא הרמה החוקתית. אלה הן זכויות אדם שהוכרו (במפורש או במשתמע) על ידי חוקי היסוד. רובן מעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכיר בזכויות הבאות כזכויות ברמה החוקתית: הזכות לחיים,<sup>7</sup> הזכות לגוף,<sup>8</sup> הזכות לכבוד האדם,<sup>9</sup> הזכות לקניין,<sup>10</sup> הזכות לחירות אישית,<sup>11</sup> זכות היציאה מישראל והכניסה אליה<sup>12</sup> והזכות לפרטיות ולצנעת הפרט.<sup>13</sup>

על פרשנותן של זכויות האדם חלה הפרשנות התכליתית.<sup>14</sup> פרשנות זו מבקשת לתת לטקסט המשפטי את המובן המגשים את התכלית החברתית המודרנית המונחת ביסודו. הפרשנות של

\* הרצאה במסגרת יום עיון בנושא "מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בסביבה חברתית משתנה", המרכז הבינתחומי הרצליה, 11.7.2013. ההרצאה תורגמה לאנגלית ופורסמה ב-OFFICE OF THE STATE COMPTROLLER AND OMBUDSMAN OF ISRAEL, STATE AUDIT AND HUMAN RIGHTS 6 (2014). הדברים פורסמו גם במבחר כתבים כרך ג - עיונים חוקתיים 81 (2017).

\*\* נשיא בית-המשפט העליון בדימוס; בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.  
 1 בג"ץ 1/49 ב'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80, 82-83 (1949).  
 2 בג"ץ 95/49 אל כורי נ' ראש המטה הכללי של צבא ההגנה לישראל, פ"ד ד 34, 37 (1950).  
 3 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953).  
 4 בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151 (1961).  
 5 בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169 (1980); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984).  
 6 ראו: חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, ס"ח 248; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38; חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128.  
 7 ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.  
 8 שם.  
 9 שם.  
 10 ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
 11 ס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
 12 ס' 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
 13 ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
 14 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות חוקתית 285 (1994) (להלן ברק פרשנות חוקתית).

הזכויות נעשית מתוך "מבט רחב". הפרשנות אינה לגליסטית או פדנטית.<sup>15</sup> היא עניינית ומשקפת את האמונות ארוכות הטווח של החברה הישראלית. בפרשנות אשר בית המשפט נותן לזכויות האדם הוא לומד ממשפט זכויות האדם הבינלאומי ומהמשפט החוקתי המשווה. אלה כמובן אינם מחייבים. בית המשפט מודרך על ידי פסיקתו הענפה באשר לזכויות האדם מאז קום המדינה.

הזכויות החוקתיות בישראל הינן ברובן זכויות-מסגרת.<sup>16</sup> הן מהוות אגד של זכויות. הן זכויות-אם מהן יש לגזור זכויות-בת המשקפות את ההיבטים השונים של זכות-האדם.<sup>17</sup> מבין זכויות אלה, החשובה ביותר היא כבוד האדם. זכות זו משתרעת על כל פגיעה באנושיותו של האדם כאדם. כבוד האדם הוא חופש הבחירה של האדם, האוטונומיה של רצונו: זו אישיות האדם, ה"אני" שלו המבטיח את זהותו כאדם. זהו החופש של הפרט לכתוב את סיפור חייו ולהשפיע על תוכנו; זה החופש מפני השפלה וביזוי; זו מניעת הפיכתו של האדם לאמצעי בלבד לסיפוק רצונו של אחר; חופש זה פועל בגדריה של החברה. זכות-האדם של כבוד האדם כוללת את זכויות-הבת הבאות: הזכות לאישיות, הזכות לשוויון, הזכות לשם-טוב, הזכות לחופש ביטוי, הזכות לחופש המצפון והדת, הזכות לחינוך, הזכות למשפחה (כגון נישואין והורות), הזכות לעבודה, הזכות לבריאות, הזכות לחופש התנועה בגדרי המדינה, זכויות במשפט, זכות לקיום אנושי בכבוד. רשימה זו כמובן אינה רשימה סגורה. בגדרה של הזכות לכבוד האדם נכללות זכויות-בת בעלות היבט אזרחי וחברתי גם יחד; הן הגרעין של הזכות והן המעטפת שלה הם חלק מזכות-הבת וממילא גם של זכות-האדם. כבוד האדם מטיל הן חובה "שלילית" שעניינה האיסור על המדינה להגביל את הזכות, והן זכות "חיובית" שעניינה החובה להגן על הזכות מפני פגיעה בה על-ידי אחרים.<sup>18</sup> היקפן של זכויות-הבת, כגון הזכות לשוויון ולחופש ביטוי, שונה מהיקפן של זכויות אלה אילו הוכרו כזכויות עצמאיות. זכויות-הבת הן חלק מהאגד המכונה כבוד האדם. על כן זכות-הבת לשוויון משתרעת רק על אותם היבטים של השוויון הקשורים בכבוד האדם. הפליה שאינה פוגעת בכבוד האדם אינה חלק מזכות-הבת לשוויון, גם אם יכולה הייתה להיות חלק מהזכות העצמאית לשוויון אילו הוכרה אצלנו. כל הזכויות החוקתיות – ובהן כל זכויות-הבת של כבוד האדם – הן זכויות של האדם נגד רשות שלטונית. אין הן חלות ביחסים בין פרטים.<sup>19</sup>

כל הזכויות החוקתיות – וממילא גם הזכות לכבוד האדם על בנותיה – הן זכויות יחסיות. אין הן מוחלטות. משמעותה של יחסיות זו הינה כי ניתן להגבילן. ההגבלה היא חוקתית רק אם היא מידתית. דיני המידתיות (המפורשים והמשמטמעים) קובעים כי ההגבלה (או הפגיעה) בחוק בזכות החוקתית היא חוקתית, אם ההגבלה נעשית לתכלית ראויה; אם קיים קשר רציונאלי בין הגשמת התכלית לבין האמצעים שהחוק נקט בהם; אם לא ניתן להגשים את התכלית הראויה

15 ראו: שם, בעמ' 289.

16 ראו: אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** כרך א 303 (2014) (להלן ברק **כבוד האדם** א).

17 על המושגיות של זכות-אדם וזכות-בת ראו אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** כרך ב 533 (2014) (להלן ברק **כבוד האדם** ב).

18 בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד סה(3) 1, פס' 54 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (2012); ראו גם: ברק **כבוד האדם** א, לעיל ה"ש 16, בעמ' 347.

19 ראו: שם, בעמ' 379.

באמצעים חלופיים שפגיעתם בזכות האדם פחותה; ואם קיים איזון ראוי בין התועלת השולית הצומחת לאינטרס הציבורי או לזכות המוגנת מהשימוש באמצעים שהחוק נוקט בהם לבין הנזק השולי שאמצעים אלה גורמים לזכות החוקתית.<sup>20</sup>

## על ההגנה על זכויות האדם בישראל

### פגיעות נורמטיבית

האם הזכויות החוקתיות מוגנות כראוי בישראל? האם הן נפגעות? כדי להשיב על שאלה זו יש להבחין בין פגיעות נורמטיביות בזכויות החוקתיות לבין פגיעות פיזיות בהן. הפגיעה היא נורמטיבית אם היא מעוגנת בנורמה משפטית תת-חוקתית (בין חקיקה ובין משפט מקובל). הפגיעה היא פיזית כאשר היא אינה מעוגנת בנורמה משפטית.

לעניין הפגיעה הנורמטיבית, ראוי לציין כי מרבית החקיקה החדשה בישראל – זו שנחקקה לאחר כינונם של שני חוקי היסוד – מקיימת את הציוויים החוקתיים. גם אם חקיקה זו מגבילה זכות חוקתית היא מקיימת ברוב המקרים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. מיעוט העתירות לבית המשפט העליון בעניין חוקתיותה של החקיקה החדשה אינו מצביע על גישה מחמירה של בית המשפט העליון, אלא על עבודתם הראויה של היועצים המשפטיים – בממשלה ובכנסת – הדואגים לכך שהכנסת לא תקבל חקיקה הפוגעת באופן לא מידתי בזכויות חוקתיות.

תמונה שונה מצטיירת בכל הנוגע לחקיקה הישנה – זו שנתקבלה לפני כינונם של שני חוקי היסוד. חלק ניכר מחקיקה זו פגעה בזכויות חוקתיות באופן בלתי מידתי. כך, למשל, דיני הנישואין והגירושין בישראל – שאינם מכירים בנישואין וגירושין אזרחיים, או בברית הזוגיות – פוגעים באופן לא מידתי בזכות למשפחה הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם.<sup>21</sup> בעניין זה כבולות ידיו של בית המשפט, שכן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בפסקת שמירת הדינים כי:<sup>22</sup>

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

כבילה זו אינה חלה על המחוקק, שבידו הכוח – לדעתי גם החובה – לתקן את החקיקה הישנה באופן שתעלה בקנה אחד עם הזכויות החוקתיות. צר לי, כי בעניין זה נעשה רק מעט לתיקון המצב, וזאת חרף הוראותיו של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** הקובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". "כל רשות מרשויות השלטון"

20 ראו: אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 419 (2010).

21 אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" **משפט ועסקים** טז 13, 54–50 (2013). ראו: גם ברק **כבוד האדם**, ב, לעיל ה"ש 17, בעמ' 632.

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

כוללת בראש ובראשונה את הכנסת עצמה. פסקת שמירת הדינים אינה משחררת את הכנסת מחובתה זו, אם כי היא מונעת כל סעד שיפוטי ישיר בעניין.

## פגיעות פיזיות

רבות הן הפגיעות הפיזיות בזכויות החוקתיות. בעניין זה קובע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בסעיף 11 כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". "כל רשות מרשויות השלטון" כוללת, כפי שראינו, את הרשות המחוקקת. היא כוללת גם רשויות נוספות, ובהן גם הרשות המבצעת, הרשות השופטת ורשויות מקומיות. כל רשות סטטוטורית היא רשות שלטונית. מבקר המדינה הוא בוודאי "אחת מרשויות השלטון".

המדינה – והזרוע המשטרתית שלה – חייבות כמוכן לקיים מערך שיבטיח הגנה על הזכויות החוקתיות של הפרט כנגד רשויות השלטון. בית המשפט, במסגרת הביקורת השיפוטית על פעולות הרשות המבצעת חייב כמוכן לדון בטענות שעניינן פגיעה בזכותו החוקתית של האדם והאזרח. מבקר המדינה – הן בתפקיד הביקורת הכללית והן כנציב תלונות הציבור – חייב להבטיח את כיבודן של הזכויות החוקתיות. אכן, הוראת סעיף 2(ב) **לחוק-יסוד: מבקר המדינה** קובעת כי:

"מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות [...] של הגופים המבוקרים".

הוראה זו מסמיכה את מבקר המדינה לבחון אם הרשות המבצעת מגנה כראוי על הזכויות החוקתיות של הפרט כנגד המדינה.

לדעתי, בכך לא די. במדינות דמוקרטיות חוקתיות רבות, כגון, אוסטרליה, ארצות הברית (לעניין הזכות לשוויון בלבד ובמספר מדינות כגון מסצ'וסטס), אנגליה, דנמרק, דרום אפריקה, ניו זילנד וקנדה (הן במישור הפדרלי והן במישור הפרובינציאלי), מקובל המוסד של ה-Human Rights Commission (נציבות זכויות האדם).<sup>23</sup> נציבות זו חשובה בהגנה על זכויות האדם. היא עוסקת בפעולות שונות, אשר בית המשפט – המגן העיקרי על זכויות האדם – אינו יכול לעסוק בהם. כוונתי ליוזמות הדיונים על הפרת זכויות האדם, קידום ההגנה על זכויות האדם על ידי פעולות שאינן משפטיות, כגון חינוך והסברה, איסוף מידע והבעת עמדות ציבוריות. עוד בתקופת כהונתו של השר יוסי ביילין כשר המשפטים עלה הרעיון להקים, בדרך החקיקה, נציבות לזכויות האדם. על פי בקשת השר ביילין נערך במרכז מינרבה באוניברסיטה העברית ב-2001–2000 מחקר מקיף וחשוב בעניין זה, ואף הוכנה הצעת חוק.<sup>24</sup> למרבה הצער ההצעה לא קודמה. חסרונו של מוסד זה מורגש. עד כמה שיש מחלוקת בראייתו כרשות סטטוטורית העומדת על רגליה היא, ניתן לראותו כחלק מביקורת המדינה.

HUMAN RIGHTS COMMISSIONS AND OMBUDSMAN OFFICES: NATIONAL EXPERIENCES THROUGHOUT THE WORLD (Kamal Hossain et al. eds. 2000)

24 הצעת חוק נציבות זכויות אדם, התשס"ו–2006, פ/1561.

ראוי הוא – כל עוד אינה מצויה חקיקה מיוחדת בעניין ה-Human Rights Commission – כי מבקר המדינה – הן בתפקידו הכלליים והן כנציב תלונות הציבור – יראה זאת כאחד מתפקידיו להיות **נציב זכויות האדם**. אכן, מתפקידו של מבקר המדינה הוא לבדוק את פעולות הגופים המבוקרים בתחום הפגיעות בזכויות החוקתיות. לעניין זה, דין פגיעות בזכויות חוקתיות "אזרחיות" – כגון חופש ביטוי ושוויון – כדין פגיעה בזכויות חוקתיות "חברתיות" – כגון, בריאות וחינוך.<sup>25</sup> אכן, לכל זכות חוקתית היבט אזרחי. הפגיעות בהן מדובר הינן הפגיעות המתרחשות על ידי פעילות יתר של המדינה, שיש בה כדי לפגוע בזכויות חוקתיות "שליליות" והן הפגיעות המתרחשות על ידי פעילות חסר של המדינה שאין בה כדי להגן מספיק על הזכויות חוקתיות "החיוביות".

פעילות זו של המבקר, אינה באה במקום הפעילות של בתי המשפט, אלא בנוסף לה. היא אינה תחליף לפעילות השיפוטית, ולו בשל כך בלבד שאין היא מחייבת, אם כי ההנחה צריכה להיות שאי קיום המלצה של מבקר המדינה היא התנהגות בלתי סבירה. אין גם לראות בה "סעד חלופי" שיש למצותו בטרם תהיה פניה לבית המשפט. פעולתו של המבקר בתחום זכויות האדם היא חשובה, שכן פריסתה רחבה יותר מהפעילות השיפוטית. בית המשפט אינו בוחן את היעילות והתבונה של הפעילות השלטונית, אלא רק את סבירותה. לא כן מבקר המדינה המוסמך לבחון את "הניהול התקיין, היעילות והחיסכון של הגופים המבוקרים".<sup>26</sup> במסגרת זו הביקורת של מבקר המדינה רחבה יותר מביקורת של סבירות או מידתיות. גם פעולות שהן במסגרת מתחם הסבירות או מתחם המידתיות יכולות להיות פעולות שאינן נתפסות כיעילות. אכן, חוסר יעילות בהגנה על זכויות האדם נופלת לגדר סמכותו של מבקר המדינה. למותר לציין, כי ביקורת המדינה אינה חסינה מביקורת שיפוטית. על היחסים בין בית המשפט לביקורת המדינה, עמדתי במקום אחר בצייני:<sup>27</sup>

"מבקר המדינה בתפקידו כנציב תלונות הציבור דואג, כמו בתי המשפט, לצדק היעיל. כמונו הוא עצמאי בהחלטותיו, ואין עליו מרות זולת מרותו של הדין. מבצע הוא את תפקידו בהגינות, באובייקטיביות, ומתוך תחושת השליחות המוטלת עליו. גם בית המשפט וגם הנציבות דנים בפתרון סכסוכים בין הפרט לרשות. אין בינינו תחרות. עינינו אינה צרה בכס. נהפוך הוא: נשמח אם תעמיקו את הביקורת ותרחיבו אותה, ותפתרו בעיות שללא פתרון מתגלגלות אלינו. שני המוסדות – בית המשפט והנציבות – פועלים להשלטת החוק. לא תחרות יש בינינו, אלא השלמה".

אכן, כל המרבה בהגנה על זכויות האדם הרי זה משובח, שכן זאת יש לזכור: בלי זכויות אדם אין דמוקרטיה, ועל הדמוקרטיה על כולנו להגן, שכן אם לא נגן על הדמוקרטיה, היא לא תגן עלינו.

25 ברק **כבוד האדם**, ב, לעיל ה"ש 17, בעמ' 793; ראו גם: יורם רבין **הזכות לחינוך** 304 (2002).

26 ס' 2(ב) לחוק-יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30.

27 אהרן ברק "על ערכים, שיפוט ודמוקרטיה בישראל" **עיונים בביקורת המדינה**, חוברת 59, 21, 25 (2002).

