

ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם - דרך קצרה והכרחית

אלי מרזל* מתן גוטמן** ואלון רודס***

מבוא

1. התפתחות מוסדות לאומיים שאינם שיפטיים להגנה על זכויות האדם
2. התפתחותם של מוסדות הביקורת ומוסדות בירור תלונות הציבור
3. השילוב והעירוב בין מוסדות הביקורת
ובירור תלונות הציבור הקלאסיים לבין הגנה על זכויות האדם
 - א. המודל המשתמע המוצנע
 - ב. המודל המשתמע הדקלרטיבי
 - ג. המודל המפורש
 - ד. מודל הדו-קיום
5. מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בישראל
כמוסד לאומי להגנה על זכויות האדם
6. צעד בכיוון הנכון

סיכום

מבוא

"מוסד לאומי, שאינו שיפוטי, להגנה על זכויות האדם" - מוסד המכונה באנגלית (NHRI) National human rights institution (להלן - "מוסד לאומי להגנה על זכויות האדם" או "נציבות זכויות האדם") - פועל כיום ביותר ממאה מדינות ברחבי העולם.¹ עד כה התפיסה המקובלת

* מנכ"ל משרד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור.

** ראש המטה של מנכ"ל משרד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור. תלמיד לתואר דוקטור בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן, מוסמך במשפטים (LL.M.) מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד בארצות הברית.

*** מוסמך במשפטים (LL.M.) מבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למנהל. הכותבים מודים לפרופ' יורם רבין, היועץ המשפטי למבקר המדינה, על קריאת הטיטות של רשימה זו ועל הערותיו המעולות והחשובות.

1 ALENTIN AICHELE, NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS AN INTRODUCTION (2010); Ryan M. Welch, *National Human Rights Institutions: Domestic Implementation of International Human Rights Law*, 16 JUR. OF HUMAN RIGHTS 96 (2016).

הייתה כי בישראל לא פועל מוסד של נציבות זכויות האדם. ברשימה זו נטען כי, באופן שאינו תואם את התפיסה המקובלת, כי מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור הישראלי (להלן – מבקר המדינה) משמש כנציב זכויות האדם של מדינת ישראל.

ברשימה זו נתאר שתי מגמות עיקריות המשפיעות על הקשר שבין מוסדות ביקורת המדינה העליונים (Supreme Audit Institution) והמוסדות לבירור תלונות הציבור (OMBUDSMAN) לבין המוסדות הלאומיים להגנה על זכויות האדם: **הראשונה**, התפתחותם של המוסדות הלאומיים שאינם שיפוטיים להגנה על זכויות האדם; **השנייה**, הסבתם של מוסדות הביקורת ובירור תלונות הציבור "הקלאסיים" למוסדות העוסקים בין היתר בהגנה על זכויות האדם. לאחר מכן נבסס את טענתנו כי מוסד מבקר המדינה בישראל הוא הגוף המתאים לשמש נציב זכויות האדם בישראל. בחלק זה נענה על השאלה האם ראוי שמבקר המדינה יקבל עליו תפקיד זה והאם נתונה בידיו הסמכות לעשות כן.

1. התפתחות מוסדות לאומיים שאינם שיפוטיים להגנה על זכויות האדם

מאז תום מלחמת העולם השנייה אנו עדים ל"מהפכת זכויות האדם" או "עידן זכויות האדם".² הגנה על זכויות האדם והאזרח, קידומן וכיבודן הפכו לחלק בלתי נפרד מכל פעילות אנושית, בין שמדובר בפעילות שלטונית ובין שמדובר בפעילות פרטית.³ לאחר מלחמת העולם השנייה נכרתו אמנות בין-לאומיות רבות הנוגעות לזכויות האדם ולשמירה עליהן.⁴ זכויות האדם עוגנו גם בחוקות לאומיות רבות. לצד ההגנות שנקבעו במסגרות אלו, החלו לקום בשנות השבעים של המאה העשרים מוסדות לאומיים להגנה על זכויות האדם. בסוף שנות השמונים של המאה העשרים, לאחר התפרקות הגוש הקומוניסטי והקמתן של הדמוקרטיות החדשות של מזרח אירופה, החלה תנופת הקמה של מוסדות לאומיים להגנה על זכויות האדם. בשנת 2012, פעלו מוסדות לאומיים להגנה על זכויות האדם בכ-115 מדינות, ו-60 מדינות נוספות

2 אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 128 (2004).

3 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פס" 1 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1995) (להלן: פרשת **בנק המזרחי**).

4 הדוגמה הבולטת ביותר היא "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" אשר נחתמה על רקע תוצאות מלחמת העולם השנייה. ראו: JOHANNES MORSIK, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, DRAFTING AND INTENT (1999).

החלו לפעול להקמת מוסדות כאלו.⁵ עם המוסדות הלאומיים לזכויות האדם ניתן למנות מוסדות כגון: Civil rights protector; Human rights commission; Human rights institute (or center); הגדרתו של האו"ם מוסדות אלו הם מוסדות מדינתיים, שאינם בתי משפט, והם בעלי מנדט חוקתי או חוקי להגן על זכויות האדם ולקדםן.⁷ החל משנות השמונים של המאה העשרים עודד האו"ם באופן נמרץ מדינות להקים מוסדות לאומיים להגנה על זכויות אדם, ובשנת 1991 כונסה בפרז' ועידה בחסות האו"ם וקבעה עקרונות המגדירים את המאפיינים של מוסד לאומי להגנה על זכויות אדם, ומכונים "עקרונות פריז". העצרת הכללית של האו"ם אימצה עקרונות אלה בשנת 1993.⁸ "עקרונות פריז" קובעים כי מוסד לאומי לזכויות אדם צריך לכלול את המרכיבים המרכזיים הבאים:

1. אי-תלות בממשלה;
2. מנדט פעולה רחב המוקנה בחוקה או בחקיקה;
3. יכולת להגן על זכויות האדם והאזרח ולקדםן;
4. תקציב נאות ועצמאי;
5. סמכות נאותה לחקור תלונות ציבור ולבצע בדיקות רוחביות;
6. אחריות וסמכות לפרסם דוחות, המלצות וחוות דעת;
7. אחריות לקדם חקיקה לאומית שתעלה בקנה אחד עם ההתחייבויות הבינ-לאומיות ויודא יישומן של ההתחייבויות הללו.

עקרונות אלו משמשים עד היום כ"אורים ותומים" לצורך הגדרתם ובחינת אופן תפקודם של מוסדות לאומיים לזכויות אדם. בוועידת וינה לזכויות אדם שהתכנסה בשנת 1993 הודגשה

- 5 SONIA CARDENAS, CHAINS OF JUSTICE: THE GLOBAL RISE OF STATE INSTITUTIONS FOR HUMAN RIGHTS 7-9 (University of Pennsylvania Press, 2014). בספר נבדק מדוע בוחרות מדינות ליצור מנגנון "ריסון עצמי" בדמות מוסד לאומי להגנה על זכויות האדם, ואחת ממסקנותיו היא כי קידום זכויות האדם אינו המטרה היחידה של הקמת המוסד, ומדובר באמצעי שעשוי להפחית ביקורת חיצונית על פעולות המדינה. שם, בעמ' 57-58; נציין כי יש החולקים על מספרן של המדינות האמורות שהוצג בספר - בסקירת ספרות מקיפה שביצע מוסד זכויות האדם בדנמרק ציינו מחקרים ולפיהם מספר המדינות האמורות היה שונה, ראו: STÉPHANIE LAGOUTTE, ANNALI KRISTIANSEN & LISBETH A. N. THONBO, REVIEW OF LITERATURE ON NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS 1 (2016) ELKINS, TOM GINSBURG & ZACHARY. ראו גם: JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS 993-994 (KINDLE LOCATIONS, 2009) כי אין בנמצא חוקה מודרנית שאינה מייסדת גופים חוקתיים כגון מוסדות להגנה על זכויות ולבירור תלונות ציבור: "One can hardly find a new constitution written in the last twenty years without distinct commissions for judicial appointments, electoral oversight, human rights, and counter-corruption – bodies that were not considered by drafters in the nineteenth century. New constitutional offices, such as an ombudsman or independent central bank, have similarly expanded the scope of constitutions"
- 6 HENRY J. STEINER, RYAN GOODMAN & PHILIP ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT LAW. POLITICS, MORALS, (2008) 1087-1144; רחל בנימין **נציבות זכויות אדם בישראל - מחקר השוואתי ומודל מוצע** 34 (מרכז מינרבה לזכויות אדם, 2001).
- 7 NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS, HISTORY, PRINCIPLES, ROLES AND RESPONSIBILITIES 13 (2010) ("State bodies with a constitutional and/or legislative mandate to protect and promote human rights. They are part of the State apparatus and are funded by the State")
- 8 LINDA C. REIF, THE OMBUDSMAN, GOOD GOVERNANCE, AND THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM 5 (2004); G.A. Res. 134, UN GAOR, 48th Sess., 85th mtg., U.N. Doc. A/RES/48/134 (1993); ראו גם:

החשיבות שבהקמת מוסד לאומי להגנה על זכויות אדם בהתבסס על "עקרונות פריז"⁹. מאז ועד היום חוזרים ומדגישים מוסדות האו"ם את החשיבות הרבה שבייסוד מוסד לאומי עצמאי ואפקטיבי להגנה על זכויות האדם ולקידומו. למשל, בדצמבר 2014 חזרה העצרת הכללית של האו"ם והדגישה את התפקיד החשוב שממלאים מוסדות לאומיים לזכויות האדם במדינות שבהן הם פועלים וקראה למדינות החברות באו"ם לחזק את המוסדות הללו למען מימוש זכויות האדם.¹⁰

2. התפתחותם של מוסדות הביקורת ומוסדות בירור תלונות הציבור

הביקורת על פעולותיהם של רשויות השלטון ונציגי ציבור היא אחת מאבני היסוד של שיטת ממשל המבוססת על נציגים וקיימת כבר מקדמת דנא. ניצנים של חובת נציגי הציבור ליתן לציבור דין וחשבון על מעשיהם ניתן למצוא כבר בפרשת פקודי בספר שמות,¹¹ וכן בסין לפני 3,000 שנים.¹² ניצנים של ביקורת המדינה ניתן למצוא גם באנגליה בשנת 1314 עם ייסודו של תפקיד מבקר האוצר של המלך.¹³ יסודותיו של מוסד ה"אומבודסמן" (נציב תלונות הציבור) נטועים בחוקה השוודית משנת 1809, שעייגנה את מוסד ה-justiteombudsman, פקיד ציבור שאותו מינה הפרלמנט על מנת שיפקח על המינהל הציבורי ויבטיח כי פקידי הציבור ממלאים

- 9 (1993): Vienna Declaration and Programme of Action, adopted June 25, 1993, 32 I.L.M 1661, 1672 para. 36 "The World Conference on Human Rights reaffirms the important and constructive role played by national institutions for the promotion and protection of human rights [...]"
- 10 Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2014 "The role of the Ombudsman, mediator and other national human rights institutions in the promotion and protection of human rights"
- 11 עת"מ (מחוי י-ם) 454/02 **חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' משרד התחבורה**, פס' 65 לפסק הדין (פורסם בבנו, 20.5.2004) ובו מצוין כי "מצאנו במשפט העברי מקורות לכך כי קיימת חובת ביקורת פנימית, וכי התוצאות של אותה ביקורת מופצות לציבור וזכות לפרסום מלא ורחב. הדוגמא המרכזית אשר משמשת את הכותבים המודרניים - ולפניהם את חכמי ההלכה - לאותה ביקורת פנימית, הוא מנהיג עם ישראל, משה רבנו. וכך מספר לנו המדרש מדוע נכתבה פרשה שלמה (פרשת פקודי), בסיום ספר שמות, העוסקת בדיווח על הביצוע בפועל של בניית המשכן וכליו, אף שקודם לכן בפרשות תרומה ותצוה מפורטים כל הציוויים לבניית המשכן וכליו"; ראו את האסמכתאות של פרשני ההלכה המופיעות בהמשך פסק הדין; ראו גם, דודי נהיר "והייתם נקיים מה' ומישראל" **שבתון** 1, 612 (התשע"ג).
- 12 אגודת הביקורת הסינית "תולדות ביקורת המדינה בסין והתפתחותה" 131 **ביקורת המדינה בישראל הלכה ומעשה (קובץ מאמרים ומקורות)** (אשר פרידברג עורך, 1990).
- 13 דוד דיואר "שווי תמורת כסף": 800 השנים הראשונות" שם, 73 בעמ' 74. דיואר מתאר את פיתוחה של שיטת הביקורת הבוחנת "value for money" להבדיל מהביקורת החשבונאית המסורתית. שיטה זו באה לידי ביטוי בבדיקה של עקרונות יעילות וחיסכון בקרב הגופים המבוקרים.

את תפקידם נאמנה.¹⁴ מוסדות ביקורת המדינה ומוסדות לאומיים לבירור תלונות ציבור המשיכו להתפשט ברחבי העולם בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה.¹⁵ כיום רוב מדינות העולם, ובפרט מדינות דמוקרטיות, ייסדו בחוקה או בחוק מוסד משפטי אשר תפקידו לבחון את פעולותיה של הרשות המבצעת וכן לקבל ולחקור תלונות על המינהל הציבורי ופקידיו, להמליץ על צעדים מתקנים ולהוציא דוחות בנושאים שונים.¹⁶

למוסדות אלה תפקיד חשוב באכיפת כללי המשפט הציבורי, בקידום מינהל ראוי (good administration) ובהבטחת האחראיות של המינהל הציבורי כלפי הציבור והפרלמנט.¹⁷ הפופולריות הרבה של מוסדות הביקורת ובירור התלונות, כגורמים מפקחים על הרשות המינהלית, אינה מפתיעה כלל ועיקר. עקב התפתחותן של המדינה המינהלית ומדינת הרווחה ובד בבד התרחבות הבירוקרטיה, בשנים שלאחר מלחמת העולם השנייה, הפך המינהל הציבורי לחלק בלתי נפרד מחיי היום-יום של כל תושב במדינה המודרנית. המדינות החלו לספק לתושביהן שירותים רבים ולממן שירותים אחרים באמצעות גורמים שלישיים, וגורמים ממשלתיים הפכו לגופים מאסדרים ומפקחים בתחומים רבים נוספים. למעשה, הרשות המינהלית מלווה כל צעד ושעל בחיי הפרט, בדרך זו או אחרת.¹⁸ ואולם המעורבות העמוקה של

14 Walter Gellhorn, *The Swedish Justitieombudsman*, 75 YALE L.J. 1 (1965); Eklundh Claes, *The Swedish Parliamentary Ombudsman System*, In HUMAN RIGHTS COMMISSIONS AND OMBUDSMAN OFFICES 423 (Hossain et al eds, 2000), ברבות הזמן ה"אומבוסדמן" שינה את תפקידו והפך מגוף פרלמנטרי פיקוחי טהור לגוף אשר גם מקבל מהציבור תלונות על מעשי השלטון, ראו: REIF, לעיל ה"ש 8; ראו גם *British Columbia Development Corporation v. Friedmann (Ombudsman)*, [1984] 2 S.C.R. 447, 458 ("As originally conceived, the Swedish Ombudsman was to be Parliament's overseer of the administration, but over time the character of the institution gradually changed. Eventually, the Ombudsman's main function came to be the investigation of complaints of maladministration on behalf of aggrieved citizens and the recommendation of corrective action to the governmental official or department involved"; לסקירה היסטורית של התפתחות מוסד האומבוסדמן המודרני ראו: מאמרו של יצחק בקר "לידתו של רעיון האומבוסדמן המודרני", בחוברת זו, בעמ' 105 (2018).

15 REIF, שם, בעמ' 6; ראו גם: אשר פרידברג "מבוא" **ביקורת המדינה בישראל הלכה ומעשה (קובץ מאמרים ומקורות)** יא, יב (אשר פרידברג עורך, 1990).

16 REIF, שם, בעמ' 11; להגדרת מוסד ה"אומבוסדמן" לבירור תלונות הציבור ראו: Ombudsman Committee, International Bar Association Resolution (Vancouver: International Bar Association, 1974) ("An office provided for by the constitution or by action of the legislature or Parliament and headed by an independent high-level public official who is responsible to the legislature or parliament, who receives complaints from aggrieved persons against government agencies, officials and employees or who acts on his own motion, and who has the power to investigate, recommend corrective action, and issue reports עליונים The International Organisation of Supreme Audit Institutions (INTOSAI), חברים 191 מוסדות ביקורת עליונים מרחבי העולם.

17 ראו: (2011, 5TH, 9, 3, ADMINISTRATIVE LAW, PETER CANE, שם מציין המחבר כי: "many public decisions can be the subject of an internal review by the relevant department or agency, or an appeal to a tribunal (or a court); citizens may complain about the conduct of a public administrator to the relevant agency or to an ombudsman. Bureaucratic bodies may also be subject to various types of auditing and inspection, and to scrutiny by a Parliamentary committee. Such accountability mechanisms not only provide means for dealing with citizens' grievances and for resolving disputes with the administration but also incidentally generate norms that regulate public administration. Some such regulatory norms have the status of hard law (if they are made by courts or tribunals), but others are soft law—for instance, one of the things ombudsmen do is develop and promulgate 'principles of good administration' based on lessons learned from handling citizens' complaints"

18 ראו: דפנה ברק-ארו **אזרח נתין צרכן משפט ושלטון במדינה משנתה 20 (2012)**; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א, 34 (מהדורה שנייה, 2010).

הרשות המינהלית והבירוקרטיה בחיי הפרט היא בעלת פנים כפולות, פניה פני יאנוס. מחד גיסא, המנגנונים הבירוקרטיים של הרשות המינהלית נועדו לשרת את הפרט במדינה המודרנית, הם מספקים לו חיי רווחה ומבטיחים את מימוש זכויותיו. מאידך גיסא, בסמכות ובכוח שניתנו בידי הרשות המינהלית גלום פוטנציאל הרסני, שכך הם עלולים לפגוע באינטרס הציבורי, לגרום לכך שכוח השררה ינוצל לטובתם האישית של עובדי הרשות, לפגיעה בפרט ולרמיסת זכויותיו. זו הדילמה הייחודית שניצבת בפני המדינה המודרנית - ככל שמבקשים לקדם יותר את רווחת הציבור יש להקנות כוח רב יותר לרשות המינהלית ולפקידיה. ככל שמתרבות ומתרחבות הסמכויות של הרשות המינהלית ושל פקידיה גוברת סכנת הפגיעה באינטרס הציבורי ובזכויות הפרט.¹⁹ מטרתם העיקרית של מוסדות הביקורת וביור התלונות היא לסייע בהתמודדות עם דילמה זו - להבטיח כי יתבצעו פיקוח ובקרה על המינהל הציבורי רב העוצמה. מוסדות אלו, אשר מקבלים תלונות ישירות מהציבור ולצד זאת בוחנים ביוזמתם נושאים פרטניים ומערכתיים באופן שיטתי וזוהם, הם מוסדות ייחודיים אשר "מחפים" על חוסר היכולת המובנית של הרשות השופטת והרשות המחוקקת להתמודד עם עוולות יום-יומיות של המינהל הציבורי אדיר המימדים והבירוקרטיה. עמד על כך בית המשפט העליון של קנדה:²⁰

"The traditional controls over the implementation and administration of governmental policies and programs—namely, the legislature, the executive and the courts—are neither completely suited nor entirely capable of providing the supervision a burgeoning bureaucracy demands. The inadequacy of legislative response to complaints arising from the day-to-day operation of government is not seriously disputed. The demands on members of legislative bodies is such that they are naturally unable to give careful attention to the workings of the entire bureaucracy. Moreover, they often lack the investigative resources necessary to follow up properly any matter they do elect to pursue. The limitations of courts are also well-known. Litigation can be costly and slow. Only the most serious cases of administrative abuse are therefore likely to find their way into the courts. More importantly, there is simply no remedy at law available in a great many cases."

מצב דברים זה השפיע ישירות על התפתחותם של מוסדות הביקורת. "החלשותם של המוסדות המחוקקים והתחזקותם של הגופים המבצעים, זרזו את הקמתן של מסגרות ביקורת שנועדו לתת בידי המחוקקים כלי לפיקוח על פעולות הגופים המבצעים. תהליך התחזקותה של מדינת הרווחה וריבוי תכניותיה, הדגישו עוד יותר את הצורך בהגברת הפיקוח מטעם הרשות המחוקקת על הגופים המבצעים."²¹ עקב היעדר היכולת המובנית של הרשות המחוקקת והרשות השופטת להתמודד באורח אפקטיבי עם הרעה החולה של מינהל בלתי תקין ובלתי

19 זמיר, שם, בעמ' 39; ראו גם "[i]n the modern state... democratic action is possible only through the instrumentality of bureaucratic organization; yet

"bureaucratic power—if it is not properly controlled—is itself destructive of democracy and its values).
20 ראו: 2 S.C.R. 447, 459-460 (1984), [1984] British Columbia Development Corporation v. Friedmann (Ombudsman).
21 פרידברג "מבוא", לעיל ה"ש 15.

רגיש לפרט ולצרכיו הפכו מוסדות הביקורת - ובייחוד המוסדות לבירור תלונות ציבור - למוסדות רבי חשיבות ברוב מדינת העולם הדמוקרטי. למוסדות אלו הוקנו סמכויות ייחודיות, אם כי מתונות יותר מאשר אלו שניתנו לרשות השופטת, על מנת לפקח על הכוח הרב שהופקד בידי הרשות המינהלית:

"The Ombudsman represents society's response to these problems of potential abuse and of supervision. His unique characteristics render him capable of addressing many of the concerns left untouched by the traditional bureaucratic control devices. He is impartial. His services are free, and available to all. Because he often operates informally, his investigations do not impede the normal processes of government. Most importantly, his powers of investigation can bring to light cases of bureaucratic maladministration that would otherwise pass unnoticed... In short, the powers granted to the Ombudsman allow him to address administrative problems that the courts, the legislature and the executive cannot effectively resolve."²²

3. השילוב והעירוב בין מוסדות הביקורת ובירור תלונות הציבור הקלאסיים לבין הגנה על זכויות האדם

השינוי הנורמטיבי במעמדן של זכויות האדם והמקום המרכזי שהן החלו לתפוס בפעילות השלטונית, הציבו אתגר בפני מוסדות ביקורת המדינה ומוסדות בירור תלונות הציבור (להלן - מוסדות הביקורת) והניעו אותם לבחון מהו תפקידם הראוי מבחינת הגנה על זכויות האדם במדינה שבה הם פועלים וביסוסן של זכויות אלה. מחד גיסא, מרבית המאפיינים של "עקרונות פריז" חלים עליהם ועל דרך פעולתם, בייחוד בכל הנוגע להיבט העצמאות ומנדט הפעולה הרחב.²³ מאידך גיסא, מוסדות אלה לא חרטו על דגלם במפורש את ההתחייבות להעמיד במוקד פעילותם את המאבק למען זכויות האדם. במתכונתם הקלאסית התמקדו מוסדות אלה במאבק במינהל לא תקין ובשחיתות ציבורית, וכן בביקורת בתחום הכספים וכדומה.²⁴

22 British Columbia Development Corporation v. Friedmann (Ombudsman), לעיל ה"ש 20, עמ' 461; על היתרונות שבפנייה למבקר המדינה על פני נקיטת הליך שיפוטי ראו אליעזר גולדברג "נציבות תלונות הציבור - עקרונות ויישומם" **עיונים בביקורת המדינה**, חוברת 59, 9 (2002). כך נאמר גם בהצעת חוק להקמת נציבות תלונות הציבור "אף על פי שהמערכת השיפוטית הוכיחה שהיא מכשיר רב עצמה לשמירה על זכויות האזרח במגעו עם המינהל, עדיין יש תחומים ועניינים שמסיבות שונות אינם עומדים לביקורת ערכאות, אם בשל אופיים ואם משום שהאזרח נמנע מהביאם לערכאות, בשל הקשיים והמגבלות שבהפעלתן, גם אם לדעתו יש מקום לתלונה" (הצעת חוק תשכ"ט, עמ' 402).

23 ראו לדוגמה את קווי הדמיון המשותפים לעקרונות פריז ולעקרונות הצהרת לימה משנת 1977, ולהצהרת מקסיקו בדבר עצמאותם של מוסדות ביקורת עליונים; (1977) The Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts; (2007) The Mexico Declaration on SAI Independence.

24 HERBETS A. SIMON, ADMINISTRATIVE BEHAVIOR (4th ed. 1977).

החל משנות השמונים של המאה העשרים, מסתמן כי חלק ממוסדות הביקורת החלו לשנות את תפקידם המסורתי ולעסוק באופן הולך וגובר בהגנה על זכויות האדם. כפי שציין John Hopkins:²⁵

"'human rights' (or 'hybrid') models combine the concept of the National Human Rights Institution (NHRI), as outlined in the Paris Principles [...] with that of the 'classical' ombudsman, placing human rights at the core of the ombudsman enterprise. This model is now particularly prevalent in Latin America, Eastern Europe and parts of Africa. The link between ombudsmen and rights has become increasingly obvious even among those ombudsmen which are not formally recognized as NHRIs. Many 'classical' ombudsmen, for example, now exercise jurisdiction in areas which require consideration of the Paris Principles [...] The nature of the ombudsman institution is therefore not as clear-cut as was originally the case but, despite debate over its exact definition, its development has been one of the most important constitutional innovations of the late twentieth century".

תופעה זו של עירוב בין מוסדות ביקורת ובירור תלונות ציבור לבין מוסד לאומי לזכויות האדם עשויה לבוא לידי ביטוי במסגרת מודלים שונים. מודלים אלו משקפים את האופן שבו הסדיר המחוקק את סמכותם של מוסדות הביקורת להגן על זכויות האדם, וכן את האופן שבו מפרשים מוסדות הביקורת הסדרה זו.²⁶

א. המודל המשתמע המוצנע

בשיטות שבהן קיים מודל זה, המחוקק לא הקנה למוסד הביקורת סמכות מפורשת לעסוק בהגנה על זכויות אדם ובקידום, אך מהסמכות לעסוק בנושאים אחרים נלמדה באופן משתמע סמכות זו. למשל, על אף היעדר ההסמכה כאמור, קיימת הבנה ולפיה זכויות האדם הן חלק אינטגרלי ממינהל תקין ומשלטון החוק. התפיסה של מוסדות הביקורת המשתייכים למודל זה היא כי מינהל תקין וממשל רגיש לפרט כוללים בחובם, באופן משתמע, גם הגנה על זכויות האדם. תפיסה זו משמעה כי אף במסגרת ההגנה על זכויות האדם, המינהל התקין הוא עדיין מרכז הכובד של פעילות מוסדות הביקורת ומוסדות בירור תלונות הציבור. במסגרת מודל זה מוסד הביקורת או בירור תלונות הציבור יכול להיות מושפע מדיני זכויות האדם, אולם הם אינם משמשים מוטיב מרכזי בעבודת הביקורת ובירור התלונות, אלא מוטיב נלווה בלבד לביקורת תקינות המינהל. לדוגמה, כאשר מדינה מסוימת אימצה למשפטה הפנימי הוראות מהאמנה

25 John W. Hopkins, *Ombudsman*, in Max PLANCK ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (Oxford, 2016)
 26 לגישה שונה לגבי מודלים אחרים שבהם משמשים מוסדות אומבודסמן כמגנים על זכויות אדם ראו גם: John Robertson, *The Ombudsman Around the World*, in THE INTERNATIONAL OMBUDSMAN YEARBOOK 112, 115-116 (Linda C. Reif ed., 1998); Benny YT Tai, *The Hong Kong Ombudsman and Human Rights Protection Revisited*, 17 ASIA PAC. L. REV. 95 (2009).

הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות²⁷ והוראות מהאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות,²⁸ רואים עצמם מוסדות הביקורת שלה מוסמכים לבחון את מידת הקפדתה על היישום של הוראות אלו ושל התחייבויותיה במישור הבין-לאומי הנוגעות לכיבוד זכויות האדם, וזאת במסגרת בחינת המינהל התקין. מודל זה אומץ במוסדות ביקורת הפועלים במדינות כגון ניו-זילנד,²⁹ הונג-קונג ואוסטרליה.³⁰

ב. המודל המשתמע הדקלרטיבי

בשיטות שבהן קיים מודל זה המחוקק לא הקנה למוסד הביקורת במפורש את הסמכות לעסוק בזכויות האדם ולקדמן (בדומה למודל המשתמע המוצנע), אך מוסדות ביקורת אלו, והעומד בראשם, קבעו לעצמם כי מתפקידם להגן על זכויות האדם ולקדמן, ואף הצהירו על כך. לשון אחר, מוסדות אלו פרשו את המנדט שהוקנה להם בחוק או בחוקה ככולל בין היתר את השמירה על זכויות האדם, אף שתפקיד זה לא הוטל עליהם במפורש. אימוצו של המודל המשתמע הדקלרטיבי על ידי מוסד ביקורת או נציבות תלונות ציבור משמעו כי המוסד אינו מסתפק בבחינת מידת עמידתה של המדינה בכללי מינהל תקין, וכי הוא פועל בבירור ובמפורש לקידום ההגנה על זכויות אדם. כלומר, מוסד הביקורת קובע מפורשות כי חלק בלתי נפרד מתפקידו, נוסף על תפקידיו המסורתיים, הוא בחינה וטיפול בפגיעות מצד המינהל הציבורי בזכויות האדם והאזרח. זאת ועוד, מוסדות הביקורת שאימצו מודל זה נוקטים עמדה ולפיה כל דבר חקיקה תקנה ונוהל של המינהל הציבורי כולל בחובו כלל פרשני של הגנה על זכויות האדם והאזרח. ההבדל בין מודל זה לבין המודל המשתמע המוצנע נעוץ הן במישור ההצהרתי, הנוגע לאופן שבו תופס מוסד הביקורת את תפקידו בהגנה על זכויות האדם ובקידומו, הן במישור הפרקטי שבו מרכז הכובד של פעילות מוסד הביקורת נע לעבר תפיסת ההגנה על זכויות האדם כתפקיד מרכזי. עם זאת, גם במסגרת מודל זה, עדיין ניתן משקל נכבד לתפקידים המסורתיים של ביקורת כגון בדיקת נושאים הנוגעים למינהל תקין, שחיתות ציבורית וממשל ראוי. המודל המשתמע הדקלרטיבי קיים בין היתר באירלנד ובבריטניה.³¹ מעניין לציין כי מדינות אלה אימצו מודל זה לאחר קליטתה של האמנה האירופית לזכויות האדם למערכת המשפט המדינתית הפנימית. משמעותה של התפתחות זו היא, כי קליטתה

27 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966, אושררה בישראל ב-1991).

28 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966, אושררה בישראל ב-1991).

29 Anand Satyanand, *The Ombudsman Concept and Human Rights Protection*, 29 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 19, 23 (1999).

30 John McMillan, *The Ombudsman's role in human rights protection: an Australian perspective*, PAPER TO THE 11TH ASIAN OMBUDSMAN ASSOCIATION CONFERENCE (2009).

31 Emily O'Reilly, *Human Rights and the Ombudsman*, BRITISH AND IRISH OMBUDSMAN ASSOCIATION (UNIVERSITY OF WARWICK, 2007); Nick O'Brien and Brian Thompson, *Human rights and accountability in the UK: deliberative democracy and the role of the ombudsman*, 5 EUROPEAN HUMAN RIGHTS L. REV., 504, 506 (2010); Carolyn Hirst & Emma Gray, *Human Rights and the Scottish Public Service Ombudsman*, 37 SCOTTISH HUMAN RIGHTS JOURNAL (2007).

של האמנה האירופית לזכויות האדם העלתה את מעמדן המשפטי של זכויות האדם למעמד מעין חוקתי,³² והדבר שימש כזרז להצהרה מפורשת של מוסדות הביקורת במדינות אלו כי במסגרת תפקידם הם שמים בראש מעייניהם את השמירה על זכויות האדם. המודל המשתמע הדקלרטיבי מיושם גם בהולנד, בנורבגיה³³ ובספרד.³⁴ ראוי להדגיש כי תשובה לשאלת סיווגו של מוסד ביקורת למודל המשתמע המוצנע או הדקלרטיבי תלויה **בפרשנות** של הסמכות החוקית או החוקתית שנוקט המוסד. על כן אימוצם של מודלים אלו תלוי בעיקר בגישה שנוקטים מוסדות הביקורת והעומדים בראשם. לצורך אימוצם של מודלים אלו אין כל צורך בשינוי חקיקתי או בתיקון חוקתי, אלא בשינוי תפיסה של מוסד הביקורת לנוכח מהפכת זכויות האדם.

ג. המודל המפורש

בהתאם למודל המפורש מתוקנים החוק או החוקה המסמיכים את מוסד הביקורת באופן המקנה למוסד הביקורת במפורש את הסמכות לפעול לשמירה והגנה על זכויות האדם והאזרח ולקידומן. במצב דברים זה, מטיל החוק המסמיך על מוסד הביקורת את תפקיד ההגנה על זכויות האדם וקידומן. בדרך זו בחרה, למשל, פינלנד בשנת 1995.³⁵ המודל המפורש הוא גם המודל שעליו ממליצים המוסדות האירופיים. למשל, מועצת השרים של הקהילה האירופית המליצה לחברי הקהילה להעניק לאומבודסמן הלאומי סמכות מפורשת לשמור ולהגן על זכויות האדם.³⁶

ד. מודל הדו-קיום

במדינות שבהן הוקמו לאחר מהפכת הזכויות מוסדות לאומיים להגנה על זכויות האדם, כגון נציבות זכויות האדם, התעוררה שאלת היחס בין מוסדות חדשים אלו לבין מוסדות הביקורת הוותיקים שעסקו אף הם בהגנה על זכויות האדם (בין אם אומץ בהם המודל המשתמע המוצנע, המודל המשתמע הדקלרטיבי, או המודל המפורש). מודל הדו-קיום מתקיים במדינות שונות והוא נותן מענה לשאלה זו. בהתאם למודל הדו-קיום נקבע כי אין רע בפיצול שבין המוסדות שתפקידם לקדם ולהגן על זכויות האדם והאזרח וראוי לגבש שיתוף פעולה, השלמה והרמוניה בין כל המוסדות הללו. בין המוסדות לא שוררת תחרות אלא השלמה וסינרגיה. באמצעות שיתוף הפעולה ביניהם יתרמו כלל המוסדות לקידום זכויות האדם והאזרח במדינה

32 AILEEN KAVANAGH, CONSTITUTIONAL REVIEW UNDER THE UK HUMAN RIGHTS ACT (2007)

33 REIF; NORWEGIAN PARLIAMENTARY OMBUDSMAN, ANNUAL REPORT 1990 22-23 (1990), לעיל ה"ש 8.

34 Hopkins, לעיל ה"ש 25, בפס' 32.

35 Parliamentary Ombudsman Act (2002) (Fin) סעיף 109 לחוקה של פינלנד קובע כי: "In the performance of his or her duties, the Ombudsman monitors the implementation of basic rights and liberties and human rights"

36 Recommendation No R(85)13 of the Committee of Ministers to Member States on the Institution of the Ombudsman adopted by the Committee of Ministers (1985)

ולשמירה עליהם.³⁷ מודל הדו-קיום נפוץ באירלנד, שבה אימצו מוסדות הביקורת את המודל המשתמע הדקלרטיבי. מוסדות אלו פועלים בשיתוף עם המוסד הלאומי להגנה על זכויות האדם ובד בבד עמו.³⁸ מודל הדו-קיום מתקיים גם בדרום אפריקה, אשר אימצה לאחר תקופת האפרטהייד חוקה מודרנית המעמידה בראש סדר העדיפויות את ההגנה על שלטון החוק וזכויות האדם. סעיף 181 לחוקה של דרום אפריקה מעגן את מעמדם החוקתי של כמה מוסדות שלטוניים - התובע הכללי, נציבות זכויות האדם, נציבות לקידום זכויות והגנת זכויות תרבותיות, דת ושפה, נציבות לשוויון זכויות מגדרי, ועדת הבחירות ומוסד ביקורת המדינה - שתפקידם, כולם כאחד, לתמוך בדמוקרטיה החוקתית בדרום אפריקה ולחזקה. נקבע כי עליהם לפעול בעצמאות מלאה, בכפיפות לחוקה ולחוק למען מימוש סמכויותיהם.³⁹ כל הגופים הללו פועלים בהרמוניה ובהשלמה למען מימוש החוקה, שהמרכיב העיקרי בה הוא ההגנה על זכויות האדם. עמד על כך Hopkins:⁴⁰

"South Africa remains a model for the operation of a divided system but emphasizes the need for co-operation in such examples. It also marks part of a wider global trend for ombudsmen to see their role increasingly through a Human Rights lens".

המודלים שתוארו לעיל עסקו בעיקר ביחס בין מוסד האומבדסמן "הקלאסי" למוסדות לאומיים להגנה על זכויות האדם, אך המודלים רלוונטיים גם ליחס בין מוסדות ביקורת עליונים למוסדות לאומיים להגנה על זכויות האדם. בשנים האחרונות הושם דגש על ערכם של מוסדות הביקורת ועל תרומתם לחברה ולפרט, ועל כך שעבודת הביקורת צריכה לתרום לשיפור חייו של הפרט. למשל, תקן 12 של ארגון INTOSAI מטמיע את התפיסה כי מוסדות ביקורת צריכים לחולל שינוי בחייו של הפרט במדינה, כי עליהם להיות ערים לשינויים המתרחשים בחברה

37 ראו והשוו: אהרן ברק "על ערכים, שיפוט ודמוקרטיה בישראל" **עיונים בביקורת המדינה**, חוברת 59, 21, 25 (2002). מאמר זה מתאר את היחס שבין בית המשפט העליון ביושבו כבג"ץ לבין מוסד מבקר המדינה הישראלי כך: "גם בית המשפט וגם הנציבות דנים בפתרון סכסוכים בין הפרט לרשות. אין בינינו תחרות. ענינו אינה צרה בכך. 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".

38 O'Reilly, לעיל ה"ש 31.

39 ראו: ס' 181 לחוקת דרום אפריקה הקובע כי: 1. The following state institutions strengthen constitutional democracy in the Republic: a. The Public Protector; b. The South African Human Rights Commission; c. The Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities; d. The Commission for Gender Equality; e. The Auditor-General; f. The Electoral Commission. 2. These institutions are independent, and subject only to the Constitution and the law, and they must be impartial and must exercise their powers and perform their functions without fear, favour or prejudice. 3. Other organs of state, through legislative and other measures, must assist and protect these institutions to ensure the independence, impartiality, dignity and effectiveness of these institutions. 4. No person or organ of state may interfere with the functioning of these institutions. 5. These institutions are accountable to the National Assembly, and must report on their activities and the performance of their functions to the Assembly at least once a year.

40 Hopkins, לעיל ה"ש 25, בפס' 28.

ולהגיב לכך, וכי עליהם להביא לידיעת הציבור את ממצאי הביקורת בדרך אפקטיבית.⁴¹ על מנת ליישם תפיסה זו, על הביקורת המערכתית לכלול, בין היתר, בחינה של תכניות ממשלתיות בנושאים חברתיים המעניקות שירותים והטבות לתושבים, וכן לבחון את האופן שבו הרשות המבצעת שומרת על זכויות הפרט. למשל, על תפקידם החשוב של מוסדות הביקורת העליונים בשדה הזכויות החברתיות עמד הנשיא לשעבר של בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה, השופט Ngcobo, בכנס של הארגון הבין-לאומי של מוסדות ביקורת המדינה העליונים (INTOSAI) שהתקיים בשנת 2010:⁴²

"The adoption of the Universal Declaration of Human Rights, followed by the adoption of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which was ratified by some 130 countries, and the various regional instruments and national constitutions and statutes embodying socio-economic rights, underscore the importance of these basic amenities of life [...] **The work of supreme audit institutions is crucial to the fulfilment of socio-economic rights** [...] The people of each nation have a variety of needs, ranging from health-care and education to communication and transport. Each state has an obligation to fulfil these needs. The ability of each nation to meet this obligation depends on how public funds are spent. Irresponsible government spending, corruption, under-spending and inaccurate budgets will undermine the achievement of these constitutional goals".

5. מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בישראל כמוסד לאומי להגנה על זכויות האדם

ברוב מדינות העולם פועל מוסד ביקורת עליון (Supreme Audit Institution), אשר תפקידו העיקרי לבחון את החוקיות, המינהל התקין, החיסכון, היעילות והמועילות של הגופים הציבוריים הנתונים לביקורת. לצד מוסד הביקורת העליון פועלים ברוב מדינות מוסדות לאומיים נפרדים לבירור תלונות ציבור (Ombudsman), שתפקידם העיקרי לברר, שלא בדרך שיפוטית, תלונות מאת הציבור על רשויות המדינה. במדינות השונות נהוגה הפרדה בין מוסד הביקורת לבין מוסד האומבודסמן. לעומת זאת, בישראל קיים הסדר ייחודי שבו שלובים שני

41 ראו: התקן הבין-לאומי של ארגון מוסדות הביקורת העליונים: ISSAI 12 – The Value and Benefits of Supreme Audit Institutions – making a difference to the lives of citizens. זמין ב- www.intosai.org/issai-executive-summaries/view/article/issai-12-the-value-and-benefits-of-supreme-audit-institutions-making-a-difference-to-the-liv.html (נבדק לאחרונה ב-7.12.2017).

42 Sandile Ngcobo, *Why do Supreme Audit Institutions Exist? a Reflection on Their Role in Society and the Pre-conditions Necessary for Them to Perform This Role* (XX INCOSAI, 23 Nov. 2010)

המוסדות הללו לכדי גוף אחד.⁴³ בפרק זה ננסה לבסס את הטענה כי ראוי לאמץ בישראל את "המודל המשתמע הדקלרטיבי" ולפיו הגנה על זכויות האדם בישראל וקידומן הן מתפקידיו המרכזיים של מבקר המדינה, ומכאן שהוא משמש כמוסד הלאומי בישראל להגנה על זכויות האדם. על מנת שיאומץ מודל זה, צריכים להתקיים שני תנאים: **התנאי הראשון** הוא שאימוץ התפקיד של מוסד לאומי להגנה על זכויות האדם בישראל וקידומן, על-ידי מבקר המדינה, וההצהרה על כך ייחשבו לצעד **ראוי; התנאי השני** הוא כי ניתן לבסס את **סמכותו** של מוסד מבקר המדינה לבחון את פעילות הגופים המבוקרים, בהתאם לנורמות חוקתיות של זכויות האדם. בהתקיים תנאים אלו, יש לבחון האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן חוק-יסוד: מבקר המדינה, למעשה מטילים על מבקר המדינה את **החובה** לממש את סמכותו בתחום ההגנה על זכויות האדם. אם מבקר המדינה נמצא ראוי לאמץ את תפקיד המוסד הלאומי להגנה על זכויות האדם, ואם סמכותו מאפשרת לו לעשות כן (ייתכן כי הדבר אף מתחייב), יש לעמוד על **היתרונות** הגלומים בכך שמבקר המדינה יטפל בזכויות האדם, נוסף על תפקידיו המסורתיים.

האם ראוי שמבקר המדינה יפעל במישור זכויות האדם - האם ראוי שמוסד מבקר המדינה בישראל יהיה בעל תפקיד משמעותי בתחום ההגנה על זכויות האדם במדינת ישראל וקידומן? לטעמנו, מבקר המדינה הן בכובעו "האופקי" (הביקורת הכללית - ביצוע ביקורת רוחב על רשויות השלטון) והן בכובעו "האנכי" (נציב תלונות הציבור - בירור תלונות פרטניות על הגופים הנילוניים) הוא בעל מאפיינים מתאימים לשמש כמוסד העוסק בהגנה על זכויות האדם ובקידומן, לצד מוסדות נוספים כגון בית המשפט.⁴⁴ על הפוטנציאל של מבקר המדינה, בכובעו כנציב תלונות הציבור, לשמש מוסד מקביל לבית המשפט בתחום ההגנה על זכויות האזרח, ניתן ללמוד מרוח דברי ההסבר להצעת החוק שבה עוגנה והוסדרה סמכותו של מבקר המדינה למלא את תפקיד נציב תלונות הציבור:⁴⁵

"הפיקוח והבקורת על פעולות המינהל מופעלים כיום בשני שטחים עיקריים – הפיקוח הפנימי של המינהל גופו, ובכלל זה בתי הדין המינהליים למיניהם, והביקורת מצד גופים שמחוץ למערכת המינהל, בכלל זה הכנסת ומערכת בתי

43 מרים בן-פורת **חוק יסוד: מבקר המדינה** 33-26 (יצחק זמיר עורך, 2005) (להלן: בן פורת **חוק יסוד: מבקר המדינה**); יש לציין כי גם טרם שהוקנו למבקר המדינה סמכויות של נציב תלונות הציבור עסקה ביקורת המדינה גם בקבלת תלונות הציבור על רשויות השלטון ובטיפול בתלונות אלה, על כך ראו: יצחק א' נבנצל "פיקוח הפרלמנט על המינהל הממשלתי, תפקידם של מוסדות ביקורת עליונים" **ביקורת המדינה בישראל הלכה ומעשה** 40, 42 (אשר פרידברג עורך, 1990). מדינה עם הסדר דומה, ובה הוקמה רשות שלטונית נפרדת הכוללת גם מוסד לבירור תלונות וגם מוסד ביקורת מדינה היא טאיוואן, אשר בה במסגרת ה-Control Yuan אוגודו פונקציות של ביקורת ובירור תלונות, ראו פס' 106-90 לחוקה של טאיוואן.

44 מרים בן-פורת "יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה" **המשפט** חוברת 26, 3, 6 (2008) ("בהטילו את התפקיד של בירור תלונות הציבור על המבקר כנציב, יצר המחוקק דרך בירור שאינה שיפוטית או מעין שיפוטית, אלא מסלול חלופי לשיפוט. כאשר התלונה המוגשת היא בנושא הכפוף לביקורת שיפוטית, ניתנת למי שנפגע על-ידי הפעולה הלא חוקית (הכפופה לסמכות בתי המשפט ה"רגילים"), או הלקויה מבחינה מנהלית (הכפופה לסמכות בג"ץ), בררה בין שני מסלולים: רוצה – הוא פונה לערכאה השיפוטית המתאימה; רוצה – הוא מגיש תלונה לנציב."). על היחס בין בג"ץ לבין מבקר המדינה ראו בבג"ץ 453/84 **איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת**, פ"ד לח(4) 617 (1985); מיכל טמיר **מבט ביקורתי על ביקורת המדינה** 49-57 (2009).

45 הצעת חוק מבקר המדינה (תיקון מס' 5), התשכ"ט-1969, ה"ח תשכ"ט 858, בעמ' 402.

המשפט ובראשם בית המשפט הגבוה לצדק. אך אף על פי שהמערכת השיפוטית הוכיחה שהיא מכשיר רב עצמה לשמירה על זכויות האזרח במגעו עם המינהל, עדיין יש תחומים ועניינים שמסיבות שונות אינם עומדים לביקורת בערכאות, אם בשל אופיים ואם משום שהאזרח נמנע מהביאם לערכאות, בשל הקשיים והמגבלות שבהפעלתן, גם אם לדעתו יש מקום לתלונה".

על תפקידו של מבקר המדינה בהגנה על הדמוקרטיה וזכויות האדם במדינת ישראל עמדה גם מבקרת המדינה לשעבר, מרים בן-פורת:⁴⁶

"Allow me to add a few words about the Comptroller as a defender of Democracy and human rights, beyond the classical basic rights and social and economic rights contained in the Declaration of the United Nations of 1948. The reports of the Comptroller cover a wide spectrum of rights. We deal with vital questions of defence and security, some of them, for obvious reasons, in reports unknown to the public. We deal with a variety of subjects from many angles: education; health; the treatment of the weak population and minorities; adoption; pollution of air and water resources; whether pecuniary support extended to various institutions complies with criteria of equality and fairness; finance, salaries, pensions, shares; wiretapping as an invasion of privacy, if not used properly and only as a last resort to detect crime, and so on. These are only examples which indicate that not only the Ombudsman, but also the Comptroller concerns himself with human rights. Whilst the former does so directly, giving redress to the individual complainant, the latter contributes to the preservation of basic rights indirectly, by dealing in his reports with to pics which concern many individuals. A better administration is better suited to provide good services".

לפי השקפתנו, לנוכח המצב השורר כיום, המתאפיין בחסר מוסדי בתחום ההגנה על זכויות האדם בישראל, ישנה חשיבות לכך שמוסד מבקר המדינה ישמש בין היתר כמוסד לאומי להגנה על זכויות האדם, וזאת על מנת למלא חסר זה. כאמור, ההגנה על זכויות האדם באמצעות בתי המשפט או באמצעות גופים אחרים⁴⁷ אין בה די, והיא אינה משמשת תחליף אפקטיבי לקיומו של מוסד עצמאי להגנה על זכויות, ובוודאי שאינה מייתרת את הצורך בו.⁴⁸ על כן ראוי שמוסד מבקר המדינה יאמץ באופן מפורש תפקיד זה.

46 מרים בן פורת "האומבוסמן כמגן הדמוקרטיה וזכויות האדם" **עיונים בביקורת המדינה**, חוברת 57, 82, 90 (1997) (אנגלית).

47 גופים כגון נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות או נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, וכן ראו: הצעת חוק נציבות זכויות הילד, התשע"ה-2014.

48 כאמור לעיל, נציבות זכויות אדם הוגדרה כמוסד לאומי **שיפוטי** להגנה על זכויות אדם. על כן רשות שופטת, חזקה ככל שתהיה, אינה משמשת תחליף למוסד לאומי עצמאי.

האם מבקר המדינה אוזח בסמכות לפעול במישור זכויות האדם - סמכותו של מבקר המדינה, בדומה לסמכויות של שלוש הרשויות הקלאסיות - המחוקקת, השופטת והמבצעת - מעוגנת במישור החוקתי בחוק-יסוד: מבקר המדינה.⁴⁹ מבקר המדינה הוא "שחקן חוקתי" בעל תפקיד חשוב בשמירה על ערכי הדמוקרטיה בישראל ובהבטחת השמירה על האיזונים והבלמים במשטר הדמוקרטי בישראל. סמכויותיו של מבקר המדינה המעוגנות בחוק-יסוד: מבקר המדינה אינן משוריינות מהבחינה הפרוצדורלית, אך כשאר חוקי היסוד ניתן לשנותן רק באמצעות חוק יסוד.⁵⁰ בעידן החוקתי נודעת חשיבות רבה לעובדה כי המבקר יונק את סמכותו מהנורמה החוקתית. מעמדו החוקתי של מבקר המדינה משפיע על האפשרות **לשנות** את סמכותו החוקתית;⁵¹ או **לפגוע** בה.⁵² יש לכך השפעה בכל הקשור **לפרשנות סמכותו החוקתית**. האם ניתן ללמוד מכך כי יש למבקר המדינה **סמכות** לבחון את פעולות הגופים המבוקרים בהתאם לזכויות האדם החוקתיות? לדעתנו התשובה היא חיובית.

על סמכותו של מבקר המדינה לבחון את פעולות הגופים המבוקרים בראי זכויות האדם החוקתיות ניתן ללמוד מהסמכות המעוגנת בסעיף 2(ב) לחוק-יסוד: מבקר המדינה, הקובע כי "**מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות** [של הגופים המבוקרים]". כיצד ניתן לפרש ביטוי חוקתי זה? פרשנות לטקסט חוקתי צריכה להביא בחשבון את אופייה המיוחד של החוקה. אופי מיוחד זה נובע ממעמדה של החוקה כעומדת בראש הפירמידה הנורמטיבית של דברי החקיקה, וכמעצבת דמותה של המדינה. בית המשפט העליון עמד על האופן שבו יש לפרש את חוקי היסוד וציין כך:⁵³

"יש לתת ביטוי לאופיים של חוקי היסוד, אשר נועדו לעצב את דמותה של החברה ואת שאיפותיה במהלך ההיסטוריה; אשר באו לקבוע את תפיסותיה הבסיסיות של המדינה ואת היסוד לערכיה החברתיים; אשר מבקשים לקבוע את שאיפותיה, מחויבותה ומגמותיה של המדינה. חוקי היסוד נועדו לכוון את ההתנהגות האנושית לתקופה ארוכה. הם משקפים את אירועי העבר; הם מניחים את היסוד להווה; הם נועדו לקבוע את פני העתיד. הם פילוסופיה, פוליטיקה, חברה ומשפט גם יחד".

49 ראו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3; אהרן ברק **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית** 46 (התשנ"ד). ברק מציין כי "הכנסת כרשות מכוננת מחוקקת את פרקיה של החוקה. כל פרק עומד על רגליו הוא. תוקפו החוקתי טבוע בו על-פי הוראותיו, בהיותו פרי חקיקתה של הכנסת כרשות מכוננת. אין צורך להמתין לסיום המפעל החוקתי כדי להעניק תוקף נורמטיבי על-חוקי לפרקים השונים. תוקף זה ניתן להן על-ידי הקבוע בהם."

50 בן פורת **חוק יסוד: מבקר המדינה**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 73.

51 כאמור אפשר לשנות את סמכותו החוקתית של המבקר רק בחוק יסוד, אך חוק היסוד אינו משוריין ולכן ניתן לעשות כן ברוב רגיל; ראו ס' 13 לחוק יסוד: מבקר המדינה, כי העברת המבקר מכהונתו מצריכה רוב מיוחד.

52 בג"ץ 5113/12 **פרידמן נ' כנסת ישראל** (פורסם בבנו, 7.8.2012).

53 בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בבנו, 11.5.2006).

בפרשה אחרת נקבע כי:⁵⁴

"בפרשנו חוק יסוד עלינו להגשים את תפקידה של הנורמה החוקתית. נורמה זו קובעת את סדרי השלטון והמשפט. נורמה זו מעצבת את זכויות הפרט. מעצם טיבה, היא משקפת את תפיסות היסוד של החברה, המשפט והמשטר. היא ביטוי לתפיסותיה הפוליטיות הבסיסיות של המדינה. היא מניחה את היסוד לערכיה החברתיים. היא קובעת את שאיפותיה ומגמותיה. בפרשנותו של טקסט חוקתי יש לתת ביטוי לאופי מיוחד זה של הטקסט".

נורמה חוקתית צריכה להתפרש "מתוך מבט רחב".⁵⁵ "הפרשנות החוקתית נעשית על פי המידה של התכלית החוקתית. התכלית החוקתית נלמדת מהלשון, מההיסטוריה, מהתרבות ומעקרונות היסוד. הוראה חוקתית לא הוחקה בחלל חוקתי, והיא איננה מתפתחת באינקובטור חוקתי. היא מהווה חלק מהחיים עצמם".⁵⁶ כך צריכה להתפרש גם ההוראה שנקבעה בחוק-יסוד: מבקר המדינה ולפיה המבקר יבחן את "**חוקיות הפעולות**" של הגופים המבוקרים. הפרשנות הראויה של ההוראה החוקתית בחוק יסוד: מבקר המדינה בדבר בחינת חוקיות פעולות הגופים המבוקרים היא למעשה כי על מבקר המדינה לבחון האם הגופים המבוקרים פועלים בהתאם **לשלטון החוק במובנו הרחב**. עמדה על כך מבקרת המדינה לשעבר, מרים בן-פורת: "הלשון 'חוקיות הפעולות' היא רחבה [...]. לסמכותו של מבקר המדינה לבדוק את חוקיות פעולותיהם של הגופים המבוקרים נודעת חשיבות רבה [...] זהו אמצעי רב משקל בהגנה על ערכים יסודיים ולשם שמירה על שלטון החוק".⁵⁷ כבר לפני שנים רבות עמד על כך הכת במאמרו:⁵⁸

"הסמכת מבקר המדינה לערוך בקורת החוקיות משקלה רב ביותר. אמנם מופקדות שמירת החוק והפעלתו בראש וראשונה בידי השופטים. הם לבדם מפרשים אותו פירוש מוסמך. אולם השפעתם יש בה משום מקריות, כיוון שאינם יכולים לחוות את דעתם אלא אם נקראו לכך על ידי בעלי המשפט. מבקר המדינה, לעומת זאת יכול ליזום מרצונו ולתכנן את פעולתו תכנון שיטתי [...] הסמכה אשר מקנה לביקורת המדינה השפעה לא מבוטלת בשמירת משטר החוק. הביקורת המשפטית⁵⁹ אינה באה ליעל, בהכרח ובמישרין את הגוף המבוקר במילוי תפקידו. אולם היא מעמידה לרשות המבקר אמצעי חשוב כדי להגן על ערכים מדיניים יסודיים, הזקוקים להגנה זו".

54 בג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(5) 206, 210 (1998).

55 אהרן ברק "פרשנותם של חוקי-יסוד" **משפטים** כב 31, 52-53 (התשנ"ג).

56 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 429.

57 בן פורת **חוק יסוד: מבקר המדינה**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 227, 229.

58 אריאל הכת "שאלת החוקיות בביקורת המדינה" **הפרקליט** יח 338, 343 (התשכ"ב).

59 הכת מפריד במאמרו בין תפקידיו של מבקר המדינה במסגרת ביצוע ביקורת "כלכלית", לבין תפקידיו במסגרת ביצוע ביקורת "משפטית" שעניינה הביקורת על חוקיות הפעולות.

בחברה דמוקרטית משקפות זכויות האדם ערכים הזקוקים להגנה מתמדת. על שלטון החוק בהיבט המהותי להגשים את ערכי הדמוקרטיה, ובראשם - זכויות האדם.⁶⁰ הדמוקרטיה עצמה מבוססת על שלטון הרוב ועל שלטונם של הערכים, ובראשם זכויות האדם.⁶¹ דברים אלה מקבלים משנה תוקף בעידן החוקתי שבו אנו חיים. על כן, כל הוראת דין צריכה להתפרש בהתאם להוראות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, וכך גם חוק-יסוד: מבקר המדינה. מבקר המדינה אינו יכול להישאר אדיש לנוכח שינויים כה מרחיקי לכת במשפט הישראלי וחובה עליו, בהתאם לפסיקותיו של בית המשפט העליון, לתת פרשנות חדשה לסמכויותיו באופן שהן יכללו הגנה על זכויות האדם, פיתוחן וקידומן כחלק מרכזי ועצמאי בפעילותו, לצד תפקידיו המסורתיים כגון בחינה של מינהל תקין וטוהר מידות. בחינת חוקיות הפעולות משמעה גם בחינה האם פעולות הגופים המבוקרים פגעו שלא כדין בזכויות האדם החוקתיות המוכרות בדין הישראלי.

הנה כי כן, סמכותו של מבקר המדינה להגן על ערכי המשטר הדמוקרטי, ובראשם זכויות האדם, היא סמכות חוקתית. פעולה של גוף הנתון לביקורתו של מבקר המדינה הפוגעת באופן בלתי מידתי בזכויות האדם היא פעולה בלתי חוקית, ועל מבקר המדינה לבקר פעולה זו. במסגרת סמכותו של מבקר המדינה, עליו לבחון אם פעולות של גוף מבוקר אינן מאזנות כראוי בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל. על כן, לביקורת המדינה תפקיד חשוב ביותר במשטר הדמוקרטי הישראלי בעידן החוקתי. על מבקר המדינה לבחון אם פעולות הגופים המבוקרים נעשות בהתאם לדיני זכויות האדם החוקתיות, ואם מתגלה פגיעה בזכויות, קרי שפעילות הגופים המבוקרים אינה עולה בקנה אחד עם דינים אלה, עליו לבחון את חוקיותה בהתאם לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. עמד על כך ברק במאמר שהוקדש לנושא זה:⁶²

"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 האם הרשות המבצעת מגנה כראוי על הזכויות החוקתיות של הפרט כנגד המדינה".

מקור נוסף לסמכותו של מבקר המדינה לבחון נושאים הקשורים להגנה על זכויות האדם ולקידומן במסגרת פעילות הגופים המבוקרים הוא "סעיף הסל" שבסעיף 2(ב) לחוק היסוד,

60 אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 467 (2010) (להלן: ברק **מידתיות במשפט**); אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" **משפט וממשל** ה' 375 (2000); NICHOLAS EMILIOU, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EUROPEAN LAW 40 (1996) ("Substantive rule of law requires the realization of a just legal order. Above all it subjects state power to substantive, definite and unmemorable constitutional principles and material basic values. The emphasis of state activity should not be primarily on the establishment of a scheme of formal guarantee of freedom, It should rather be on the attainment, preservation and award of substantive justice within the sphere of the state and those spheres susceptible to state influence") ראו גם בג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מ(3) 505, 622 (1986); בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 229 (1993).

61 אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 91 (2004).

62 דבריו של פרופ' אהרן ברק רואים אור בחוברת זו. ראו מאמרו של אהרן ברק "מבקר המדינה וזכויות האדם בישראל", בחוברת זו, בעמ' 37 (2018).

הקובע כי מבקר המדינה מוסמך לבחון כל "עניין אחר שיראה בו צורך". נוסף על שני מקורות סמכות אלו, בהחלט ראוי לבחון הצעות לתיקוני חקיקה שיקנו למבקר המדינה סמכויות ייחודיות בתחום ההגנה על זכויות האדם בישראל, כגון הסמכות להעביר לטיפולו של היועץ המשפטי לממשלה מקרים של פגיעה בזכויות האדם, כדי שהלה יוכל לנקוט הליכים משפטיים בנושא, וכן סמכויות בנושא חינוך והסברה בתחום זכויות האדם. בעבר ניסה מבקר המדינה, השופט (בדימ') אליעזר גולדברג, להביא לכך שמדינת ישראל תאמץ את "המודל המפורש" באמצעות תיקונם של חוק-יסוד: מבקר המדינה וחוק מבקר המדינה, באופן שיקנה למבקר המדינה את הסמכות המפורשת לבדיקת פגיעה בזכויות האדם. על פי הנוסח המוצע בסעיף 2(ב) לחוק היסוד, ייכתב בחוק זה במפורש כי על מבקר המדינה לבדוק אם בפעולות הגופים המבוקרים נשמרות זכויות האדם.⁶³ ברוח דומה הוצע לתקן את חוק מבקר המדינה. בדברי ההסבר להצעות החוק נכתב כי "עיגון שמירת זכויות האדם כנורמה, אשר מבקר המדינה יבדוק את קיומה בגופים המבוקרים במסגרת הביקורות השוטפות, נועד לחזק את הפיקוח על שמירת זכויות האדם ולבצרן, והוא נגזר מחיזוק מעמדן של זכויות האדם במשפט החוקתי של המדינה. בזכות עצמאותו והעדר התלות, בכוחו של מבקר המדינה לתרום לשמירת זכויות האדם, ותפקיד זה משתלב עם מטרתו העיקרית של מוסד המבקר, הלא היא הגנה על אופיה הדמוקרטי של המדינה". בהקשר זה ציין המבקר לשעבר גולדברג כי התיקון המוצע "מבקש, בין היתר, לעגן בחוק את תפקידו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בהגנה על זכויות האדם והאזרח. אמנם, אין זה חדש כי מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בוחן במסגרת תפקידו את השמירה על זכויות האדם והאזרח ומברר תלונות על הפרתן, אך יש חשיבות לעיגון עניין זה בלשון מפורשת בחוק, והוא משתלב עם המטרה להגן על אופיה הדמוקרטי של המדינה".⁶⁴ לא ניתן אלא להצטער על כך שהצעות חוק אלו לא התקבלו בסופו של דבר.

חובה חוקתית כללית להגן על זכויות האדם - לא זו בלבד שהפעולה של מבקר המדינה בתחום זכויות האדם היא ראויה ואפשרית מכוח סמכותו, אלא שהיא גם מתחייבת. סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". מבקר המדינה נמנה עם רשויות השלטון, ועל כן הוא מחויב לכבד את הזכויות החוקתיות, כשאר רשויות השלטון.⁶⁵ לזכויות החוקתיות יש שני היבטים - שלילי וחיובי. מההיבט השלילי מבקר המדינה מחויב שלא לפגוע בזכויות החוקתיות בחוקי היסוד, ואם הוא פוגע בזכויות אלה עליו לפעול במידתיות בהתאם לפסקת ההגבלה, על מנת שפגיעותיו בזכויות יהיו חוקתיות. זאת, למשל, בכל הנוגע למתן זכות טיעון למבוקר אשר עלול להיפגע בעקבות פרסום דוח מבקר המדינה. בפרשת **טרנר** קבע בית המשפט העליון כי מבקר המדינה מחויב להעניק זכות טיעון למי שעלול להיפגע בעקבות פרסום דוח שלו, וזאת מכוח

63 הצעת חוק-יסוד: מבקר המדינה (תיקון), התש"ס-2000.

64 נציב תלונות הציבור "הקדמה" דו"ח שנתי 27 לשנת 2000 (2001).

65 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 467.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶⁵ עמד על כך מבקר המדינה השופט (בדימ') יוסף שפירא, בנאום השבעתו, ובו ציין כי "מבקר המדינה הינו גוף ייחודי אשר כפועל יוצא מדוחותיו חירותו של אדם אמנם לא נשללת, אולם שמו הטוב עלול להיפגע [...] ביקורת חדה ונחרצת אינה עומדת בסתירה להגיונות כלפי המבוקר, לשמירה על כבוד האדם, ובעיני, אלה יכולות לדור בכפיפה אחת".⁶⁶ ההיבט השלילי בהגנה על כבודו של המבוקר מהווה רק צד אחד של מטבע הזכויות החוקתיות. הצד השני, הוא ההיבט החיובי של הזכויות החוקתיות. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב את מבקר המדינה גם לפעול באופן אקטיבי לשם הגנה על זכויות האדם וקידומו. אכן "שני ההיבטים (ה'שלילי' (הפסיבי) וה'חיובי' (האקטיבי)) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר [...] איסור הפגיעה בכבוד וחובת ההגנה על הכבוד מטילים שניהם חובות משמעותיות על המדינה ועל הפרטים החיים בה".⁶⁷ במסגרת ההיבט החיובי, מחויב מבקר המדינה לפעול במסגרת כל פעולותיו וכובעיו באורח אקטיבי להבטחת קידומו ומימושן של הזכויות החוקתיות. המבקר צריך לפרש את סמכותו החוקתית לבצע ביקורת ולברר את תלונות ציבור בהתאם לחובתו החוקתית להגן על זכויות האדם ולקדם באופן אקטיבי. כשם שהחובה לקדם את זכויות האדם מוטלת על כל רשות שלטונית במסגרת מימוש הסמכויות הנתונות לה בדיון, גם מבקר המדינה מחויב לעשות כן במסגרת סמכויותיו. על כן, במסגרת קביעת תכנית העבודה של עבודת הביקורת ובמסגרת מלאכת בירור תלונות הציבור, על מבקר המדינה לפעול לקידום ההגנה על זכויות האדם במדינת ישראל, למימושן ולקידומו.

החובה החוקתית הספציפית להגן על זכויות האדם - כפי שציינו לעיל, סעיף 2(ב) לחוק-יסוד: מבקר המדינה קובע כי "מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות" של הגופים המבוקרים. לא זו בלבד שהוראה זו מקנה סמכות למבקר המדינה, אלא שגלומה בה החובה להפעיל סמכות זו. על מנת שמבקר המדינה יוכל לבחון את השפעת הפעולות של רשויות השלטון על זכויות האדם במסגרת בחינת חוקיות הפעולות, עליו לאמץ במפורש כחלק מרכזי בעבודתו את תפקיד ההגנה על זכויות האדם וקידומו. "מודל הדו-קיום" ו"המודל המפורש" אינם רלוונטיים לישראל, שכן לא הוקם בה מוסד עצמאי המשמש מוסד לאומי להגנה על זכויות האדם, ותפקיד זה לא הוטל במישרין על מבקר המדינה. גם "המודל המשתמע המוצנע" אינו מתאים לאימוץ בישראל שכן לפי מודל זה ההגנה על זכויות האדם והטיפול בנושא הם מרכיב משני בלבד, שכן המודל מתמקד בבדיקה של המינהל התקין וביישומו של ההוראות

65 בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771, 790 (1994) ("הערך המוגן של כבוד האדם, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף הוא מחייב את המסקנה כי גם פגיעה בכבוד האדם לתכלית ראויה, לא ראוי לה שתיעשה קודם שמיצה, מי שכבודו עלול להיפגע, את זכות הטיעון, במובן של קבלת חומר הראיות בשלמותו והזדמנות להגיב עליו, זכות שהיא "חגורת ביטחון" כנגד פגיעה "העולה על הנדרש"; בדומה לכך, בבג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד מז(4) 577, 602 (2003) נקבע כי "כאשר מדובר בחשש לשמו הטוב של אדם עקב פעולת הביקורת, זכות העיון של המבוקר מחייבת ככלל העברה אליו של כל החומר הרלבנטי לצורך הביקורת, אלא אם קיימים טעמים בעלי חשיבות מיוחדת הנעוצים בצרכי תפקידה של מערכת הביקורת המצדיקים להימנע מכך. כלל זה מתחייב מהחובה ליתן למבוקר הזדמנות מלאה להשיב על הטענות המועלות נגדו, ויש בכך כדי לנטוע בו ובציבור אימון למערכת הביקורת שתעשה מלאכתה בלא דעה קדומה, ובלא משוא פנים".

66 נאום ההשבעה במליאת הכנסת 4.7.2012.

67 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 479, 464 (2005).

הנוגעות לזכויות האדם אשר נקלטו ונקבעו בדין המדינה.⁶⁸ לעומת זאת, מודל אחר - "המודל המשתמע הדקלרטיבי" - מקנה מקום מרכזי לזכויות האדם במסגרת עבודתו של מבקר המדינה, ואימצו מתבקש מלשון חוק-היסוד.

יתרון מוסדי בהגנה על זכויות האדם - למבקר המדינה יתרון מוסדי בהגנה על זכויות האדם, שכן מדובר במוסד יוזם אשר יכול לפעול באופן אקטיבי להשגת מטרתו. תחומי הביקורת רבים ומגוונים ונוגעים לכל תחומי החיים, הביקורת היא מערכתית ובוחנת את כל פעולות הגופים המבוקרים ובהם רשויות השלטון. במסגרת זו, מבקר המדינה אף יכול ליזום בדיקה בדבר מידת יישום התחייבויותיה של ישראל במסגרת אמנות בין-לאומיות שונות אשר לא נקלטו לדין הפנימי, ובכלל זה אף אמנות שבית המשפט לא ייתן סעד בשל הפרתן.⁶⁹ אמנם אשרור אמנה בין-לאומית אינה מאמצת אותה לדין הפנימי, אך לנוכח חזקת התאמת הדינים והעובדה כי הרשות המבצעת עצמה אימצה את האמנה, מבקר המדינה יכול להשתמש בסטנדרטים שנקבעו באמנות הבין-לאומיות כנורמת ביקורת ("סרגל") כדי לבחון את אופן התנהלותם ותפקודם של הגופים המבוקרים, וכן כדי לבחון אם ישראל עומדת בהתחייבויותיה לפי אמנות אלו.⁷⁰ כמו כן, מוסד המבקר, במבנה הייחודי הפועל בישראל, מקבל בתוקף תפקידו כנציב תלונות הציבור מידע רב בדבר מקרים של הפרה ופגיעה בזכויות האדם. הדבר מקנה למוסד זה יתרון משמעותי, שכן אין הוא "מוגבל" לביקורת יזומה מראש, אלא הוא בעל הגמישות הנדרשת ליזום בזמן אמת בדיקה של תלונות שהוא מקבל. בזכות מבנה ייחודי זה, אם נשלחות לנציבות תלונות הציבור תלונות פרטניות רבות בנושא מסוים, עשוי הדבר להביא ליזומה של ביקורת מערכתית רוחבית במסגרת ביקורת המדינה. עוד יש לציין כי המבקר אמון כאמור לא רק על בחינת חוקיותן של פעולות אלא גם על בחינת טוהר המידות, הניהול התקין ומידת השמירה על עקרונות היעילות והחיסכון.⁷¹ לכל אחד מתחומים אלו השפעה מכרעת בדבר ההגנה על זכויות האדם. ניתן להסביר יתרון זה באמצעות דבריה של מבקרת המדינה לשעבר השופטת (בדימוס) מרים בן פורת ולפיהם "אין הביקורת יכולה להסתפק בהצבעה על מקרים שבהם נהגה הרשות באורח בלתי-חוקי. היעד שביקורת המדינה מבקשת להשיג היא

68 על כן, מודל זה מתאים יותר למדינות אשר אימצו במסגרת המערכת החוקית אמנות בדבר זכויות אדם, לרבות זכויות חברתיות וכלכליות.

69 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721, פס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר (2000) "אשרור אמנה בינלאומית המעגנת דין הסכמי בלבד לא הופך את האמור בה לחלק מן המשפט המקומי. לשם כך נדרש אימוץ האמנה בחוק. עם זאת, הפסיקה קבעה חוקה פרשנית, שלפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שלהן מדינת ישראל מחויבת, וכי חוקי המדינה יתפרשו - ככל שהדבר ניתן - כעולים בקנה אחד עם הדין הבינלאומי [...]". כך בכלל, וכן על-אחת-כמה-וכמה בעניינים הנוגעים לזכויות בסיסיות"; לחזקת התאמת הדינים בהקשר של חתימת ישראל על האמנה בדבר זכויות הילד ראו: אלון רודס "טובת הילד?" הפרקליט נד 247, 251-252 (2016); פרופ' ברק מציין בספרו כי במקרים שבהם המשפט הפנימי לא אימץ את נורמות המשפט הבין-לאומי, יש הצדקה מיוחדת לקיים את החוקה ולפיה תכלית החוק הפנימי היא לממש את עקרונות המשפט הבין-לאומי ולא לסתור אותו. ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה 576 (התשנ"ג).

70 דוגמה לכך היא דוח אשר בחן את מידת עמידתה של המדינה בהתחייבויותיה לפי האמנה בדבר זכויות הילד; ראו מבקר המדינה דו"ח שנתי 64 - הטיפול בקטינים חסרי מעמד אזרחי בישראל (2014); דוגמא נוספת ניתן למצוא בדוח אשר בחן את מידת עמידתה של המדינה בהתחייבויותיה לפי האמנה הבין-לאומית בדבר מעמדם של פליטים: ראו מבקר המדינה דו"ח שנתי 67 - הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל (2018).

71 ס' 2 לחוק-יסוד: מבקר המדינה.

רשות שלטונית נבונה ויעילה, ולא רק רשות שלטונית סבירה, הפועלת באורח תקין וחוקי.⁷² כלומר, במסגרת הביקורת אפשר לבחון גם את יעילות התכניות הממשלתיות והפעולות השלטוניות השונות שתפקידן להבטיח את מימוש זכויות האדם. למשל, אפשר לבחון את מידת היעילות של פעולותיהם של גורמי אכיפת החוק ביישום הוראות הדין הנוגעות להגנה על זכויות קטינים במסגרת ההליך הפלילי.⁷³

יתרון מיוחד בשדה הזכויות החברתיות - למוסד המבקר יש כוח מוסרי אותו ניתן לרתום לשם "חינוך" למימוש ולהגשמת זכויות חברתיות. הקושי המשפטי בקידום ההגנה על הזכויות החברתיות נעוץ בכך שאכיפתן כרוכה בחובה אקטיבית למימון מימושו של הזכויות החברתיות – מימון שהוא בעל השפעות ניכרות מהבחינה התקציבית.⁷⁴ למבקר המדינה יש אפוא יתרון בולט בהגנה על זכויות אלו, וזאת דווקא בשל האופי הבלתי מחייב של ממצאי הביקורת שלו. אופי בלתי מחייב זה, מחזק את אכיפת הזכויות החברתיות כלפי הרשות המבצעת ו"מחנך" את הרשות המבצעת לשים דגש על נושא הזכויות החברתיות. זאת בהתחשב בכך שנשמעו לא פעם דעות ולפיהן התעלמות מהממצאים של מבקר המדינה ומהמלצותיו עשויה להיות פעולה בלתי סבירה.⁷⁵ יוצא שממצאי הביקורת, וכן המלצותיה, משמשים כקו מנחה לרשויות השלטון אשר צריכות, בדרכן, להתמודד עם הממצאים. דוגמאות לכך ניתן למצוא בדוחות המבקר העוסקים בנושאים כגון ביטחון תזונתי או דיור ציבורי.⁷⁶

מן האמור לעיל עולה כי סמכויותיו של מוסד מבקר המדינה מאפשרות לו לקבל על עצמו את תפקיד נציב זכויות האדם בישראל, ודעתנו כי ראוי שיעשה כן. לא זו אף זו, נראה לנו כי זוהי חובתו מתוקפם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: מבקר המדינה. בגישה דומה אוהז פרופ' אהרן ברק:⁷⁷

"ראוי הוא – כל עוד אינה מצויה חקיקה מיוחדת בעניין ה- Human Rights Commission – כי מבקר המדינה – הן בתפקידיו הכלליים והן כנציב תלונות

- 72 מרים בן-פורת "מבקר המדינה ופסיקת בית המשפט העליון" ספר זיכרון לגד טדסקי - מסות במשפט אזרחי 98, 93 (התשנ"ו).
- 73 דוגמה לביקורת מסוג זה בדוח מבקר המדינה העוסק בנושא היבטים בטיפול המשטרה בקטינים המעורבים לכאורה בפלילים, ראו: מבקר המדינה דו"ח שנתי 2013 - לשנת 2012 ולחשבונות שנת הכספים 2012 401 (2014).
- 74 על כן מסווגות זכויות אלו כ"זכויות חיוביות", ראו: ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 513-522; יורם רבין **הזכות לחינוך** 59, 85-86 (2002).
- 75 בג"ץ 384/71 **דודאי נ' הראל**, פ"ד כה (2) 554, 555 (1971); בג"ץ 9223/10 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פס' 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן (טרם פורסם, 19.11.2012): "יובהר: גם אם המלצות מבקר המדינה אינן מחייבות במשרין את הרשות לנהוג על-פיהן, הרי שהן משפיעות על האופן שבו עליה להפעיל את שיקול דעתה. אם הגוף המבוקר אינו מיישם את ההמלצות, רובץ עליו נטל לנמק את החלטתו בנימוקים בעלי משקל [...] ברי כי התעלמות גורפת ובלתי מנומקת מהמלצות המבקר, לא תוכל להיחשב לסבירה. גם אי-מתן משקל מספק להמלצות המבקר עלול, בנסיבות מסוימות, לעלות כדי אי-סבירות. על הגוף השלטוני לבחון את ההמלצות לגופן, תוך שהוא מעניק להן את המשקל הראוי [...] שקילה ואיזון ראויים עשויים, בחלק מן המקרים, להצדיק אימוצן של מסקנות המבקר והמלצותיו, ובמקרים אחרים – להביא לתוצאה שונה".
- 76 לדוגמה: מבקר המדינה דו"ח **ביקורת מיוחדת - פעולות הממשלה לקידום הביטחון התזונתי** (2014); מבקר המדינה דו"ח **ביקורת מיוחדת - משבר הדיור** (2015).
- 77 ברק "מבקר המדינה וזכויות האדם בישראל", לעיל ה"ש 62

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. אכן, לכל זכות חוקתית היבט אזרחי. הפגיעות בהן מדובר הינן פגיעות המתרחשות על ידי פעילות יתר של המדינה שיש בה כדי לפגוע בזכויות חוקתיות 'שליליות' והן פגיעות המתרחשות על ידי פעילות חסר של המדינה שאין בה כדי להגן מספיק על זכויות חוקתיות 'חיוביות'."

על כן מבקר המדינה צריך להגדיר באופן מפורש ומוצהר שתפקידו הוא הגנה על זכויות האדם והאזרח בישראל וקידומן. כאמור לעיל, עליו להפוך עצמו לגורם מרכזי בהגנה על זכויות האדם בישראל ועל קידומן, ובכלל זה להפיץ בקרב הציבור הרחב מידע בנושא זכויות האדם ומימושן ובכך להנגישו.

6. צעד בכיוון הנכון

כאמור לעיל, מוסד מבקר המדינה הוא לדעתנו הגורם המתאים והראוי לשמש כנציב זכויות האדם בישראל. אף שכבר הושמעו בעבר הצהרות ולפיהן מוסד ביקורת המדינה תורם להגנה על זכויות האדם,⁷⁸ הוא עדיין לא נתפס בקרב הציבור הישראלי כמוסד לאומי להגנת זכויות האדם או כמוסד ה"מתמחה" בהגנה על זכויות האדם.⁷⁹ ואכן, על אף מהפכת הזכויות שהתחוללה בדין הישראלי בתחום זכויות האדם, זכויות אלו לא תפסו נפח מרכזי בעבודת המבקר, והעיסוק בהן לא עמד במוקד פעילותו. למשל, משרד מבקר המדינה לא יישם באופן תדיר את עקרון המידתיות, שהוא העיקרון המרכזי והחשוב ביותר בתורת הזכויות החוקתיות, על שלושת מבחניו.⁸⁰ עד כניסתו של השופט (בדימ') יוסף שפירא לתפקיד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, בשנת 2012, מוסד מבקר המדינה אף לא הגדיר את עצמו במפורש כמוסד בעל מנדט רחב בהגנה על זכויות האדם ובקידומן. אלא, שסמוך לאחר כניסתו לתפקיד הדגיש מבקר המדינה שפירא בכמה הזדמנויות את חשיבות ההגנה של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור על זכויות האדם. במבוא לדוח השנתי הראשון שפורסם בתקופת כהונתו כתב המבקר שפירא כך:⁸¹

78 ראו למשל דבריו של השופט (בדימ') מיכה לינדשטראוס בהקדמה לדוח נציב תלונות הציבור **דו"ח שנתי 35 לשנת 2008** (2009), ולפיהם: "הנציבות תתמיד במאמציה להצדיק את אמון הציבור בה כמוסד התורם להגנה על זכויות האדם".

79 בנימין, לעיל ה"ש 6, עמ' 10.

80 חיפוש באתר מבקר המדינה שנערך בשנת 2014 העלה כי המילה "מידתיות" מופיעה רק בכ-15 מסמכים שפרסם משרד מבקר המדינה וברובם המונח לא שימש בהקשרו החוקתי, קרי, בהקשר של הפעלת שלושת מבחני המשנה של המידתיות.

81 מבקר המדינה **דו"ח שנתי 63 - לשנת 2012 ולחשבונות שנת הכספים 2011**, מבוא (2013)

"ההגנה על זכויות הפרט אינה פעולה הנעשית מתוך רצון טוב בלבד אלא היא חובה חוקתית וחוקית הנגזרת ממארג הדינים הפנימי של מדינת ישראל וכן מחובותיה של המדינה הנובעות מהדין הבין-לאומי. הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד אינן אידאל נשגב או מטרה נעלה אלא מטילות חובות משפטיות אשר להן השלכות אופרטיביות על תפקודן של רשויות השלטון".

לאחר דברים חשובים אלו הצהיר המבקר שפירא באופן חגיגי כך:⁸²

"אני רואה במוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור כנציב זכויות האדם במדינת ישראל, וזו מדיניותי בכובעי אלה".

הצהרות אלו היו צעד חשוב לקראת אימוץ התפיסה ולפיה מבקר המדינה משמש כגורם מרכזי בהגנה על זכויות האדם ובקידומן, לצד המשך פעילות ביקורת ענפה בכל שאר התחומים כגון מינהל תקין, טוהר המידות, המלחמה בשחיתות שלטונית, וכן שמירה על היסודות, יעילות ומועילות בפעילות הגופים המבוקרים. בהתאם למגמה זו מבקר המדינה שפירא פרסם בשנים האחרונות דוחות ביקורת רבים וחשובים העוסקים בתחומים של הגנה על זכויות הפרט, כגון ביטחון תזונתי,⁸³ טיפול המדינה בזרים ומבקשי מקלט,⁸⁴ חינוך לחיים משותפים ומניעת גזנות,⁸⁵ אי-מיצוי זכויות חברתיות,⁸⁶ תעסוקה של בני מיעוטים ובעלי מוגבלות,⁸⁷ טיפול המדינה בקשישים סיעודיים⁸⁸ ועוד. בדוחות אלו נעשה שימוש רב יותר מבעבר בשפת זכויות האדם ובנורמות מחקיקת היסוד ומאמנות בין-לאומיות העוסקות בזכויות האדם. כמו כן, בהליכי בירור תלונות הציבור של נציב תלונות הציבור ניתן לזהות שימוש הולך וגובר בנורמות חוקתיות בבירור התלונות, ובדוח של נציבות תלונות הציבור אף יוחד פרק שלם לאופן שבו הנציבות מגנה על זכויות האדם.⁸⁹ למשל, הנציבות ביררה תלונות בנוגע לפגיעה בחופש הביטוי בשל מחיקת תגובות מדפי פייסבוק של אנשי ציבור,⁹⁰ וכן ביררה תלונה של מפוני היישוב מגרון לפי התנאים הקבועים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובאמנות בין-לאומיות רלוונטיות⁹¹ וכן ביררה תלונות רבות נוספות

82 יוסף חיים שפירא "דברי פתיחה - כנס מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בסביבה חברתית משתנה" (המרכז הבינתחומי הרצליה, 11.7.2013).

83 מבקר המדינה דו"ח ביקורת מיוחד - פעולות הממשלה לקידום הביטחון התזונתי (2014).

84 מבקר המדינה "זרים שאינם בני הרחקה מישראל" דו"ח שנתי 164 - לשנת 2013 ולחשבונות שנת הכספים 2012 (2014). ראו גם "הטיפול בזרים שאינם בני הרחקה מישראל - דוח מעקב" דו"ח שנתי 168 (2018).

85 מבקר המדינה דו"ח ביקורת מיוחד - חינוך לחיים משותפים (2016).

86 מבקר המדינה "אי-מיצוי של זכויות חברתיות" דו"ח שנתי 165 - לשנת 2014 ולחשבונות שנת הכספים 2013 (2015).

87 מבקר המדינה "פעולות המדינה לעידוד שילובה של האוכלוסייה הערבית בתעסוקה" דו"ח שנתי 166 - לשנת 2015 ולחשבונות שנת הכספים 2014 (2016); מבקר המדינה "פעולות הממשלה לשילובם של אנשים עם מוגבלות בתעסוקה" דו"ח שנתי 164 - לשנת 2013 ולחשבונות שנת הכספים 2012 (2014).

88 מבקר המדינה דו"ח ביקורת מיוחד - טיפול המדינה בקשישים סיעודיים השוהים בביתם (2017).

89 ראו נציב תלונות הציבור - דו"ח שנתי 43 לשנת 2016 37 (2017).

90 שם, עמ' 39

91 ראו: החלטה של נציב תלונות הציבור בעניין פינוי היישוב מגרון מיום 4.3.2014 זמין באתר משרד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בכתובת <http://www.mevaker.gov.il/he/Ombudsman/NTZAbout/Pages/HachlatotNTZ.aspx>

הנוגעות להגנה על זכויות הפרט.⁹² בדוח הנציבות אף נקבע מפורשות כי "נציבות תלונות הציבור, בדומה למוסדות אומבוסמן אחרים ברחבי העולם, נותנת פרשנות עדכנית לסמכויותיה ורואה בנורמות החוקתיות והחוקיות בדבר זכויות האדם במדינת ישראל אבן יסוד שבירור תלונות צריך להיות מושתת עליה".⁹³

אולם חשוב להדגיש, כי לא די בכך שמשרד מבקר המדינה ישתמש במונח "זכויות האדם" במסגרת עבודתו השוטפת והגדרת פעילותו. השינוי צריך להיות עמוק ומשמעותי. מוסד מבקר המדינה צריך להתמקצע בדיני זכויות האדם הפנימיים והבין-לאומיים ולהכשיר את עובדי משרדו לטפל בנושאים אלו במסגרת עבודתם. אין ספק, הצעד שעשה מבקר המדינה הוא צעד בכיוון הנכון לקראת הפיכתו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לנציב זכויות האדם במדינת ישראל, אך יש להתמיד בכך ולהטמיע - הן פנימה כלפי עובדי המשרד, והן החוצה כלפי שאר רשויות השלטון והציבור - את התפיסה ולפיה מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, הוא גם נציב זכויות האדם במדינת ישראל.

סיכום

עם כניסתה של ישראל לעידן החוקתי באמצע שנות התשעים של המאה העשרים השתנתה ללא הכר שיטת המשפט במדינה. חוקי היסוד בדבר זכויות האדם עיגנו בנורמה חוקתית על-חוקית את החובה להגן על זכויות האדם בישראל ולקדמן. החובה להבטיח את השמירה על ערכי הדמוקרטיה, ובראשם זכויות האדם, מוטלת על כל גוף שלטוני במדינת ישראל, אך ההגנה על זכויות האדם לא תהיה שלמה ללא מנגנוני הגנה אפקטיביים. ברשימה זו ביקשנו לבסס את הטענה כי אחד ממנגנוני ההגנה החשובים בתחום זכויות האדם הוא מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור. מוטלת על מבקר המדינה החובה והזכות לקחת חלק מרכזי בהבטחת השמירה על ערכי הדמוקרטיה במדינת ישראל, ובראשם זכויות האדם. במסגרת מימוש סמכויותיו החוקתיות הנרחבות חייב מבקר המדינה למלא את החובות החוקתיות המוטלות עליו - השמירה על כבוד האדם וחירותו. גם אם גופי השלטון יפעלו ביעילות מרשימה, בחסכנות, תוך שמירה על כללי מינהל תקין, בדייקנות וביעילות, עליהם לבסס את פעילותם על ערכים דמוקרטיים ראויים ובראשם השמירה על שלטון החוק וזכויות האדם.

מוסד מבקר המדינה צריך להיות קשוב לרחשיו של העם ולצרכיו ולשמש כ"מגן העם". לא ניתן לבצע ביקורת מדינה ובירור תלונות ציבור ללא התמקדות בערכים ובראשם זכויות האדם

92 למשל, המבקר שפירא ציין בהקדמה לדוח השנתי של נציב תלונות הציבור לשנת 2015 כלהלן: "נושא כיבוד זכויות האדם והאזרח, קידומן וההגנה עליהן הפך לחלק בלתי נפרד מכל פעילות שלטונית במשטר דמוקרטי. נוכח חשיבותו ומרכזיותו של נושא זכויות האדם והאזרח בחיינו, החלטתי כי בתקופת כהונתי כמבקר המדינה ונציב תלונות הציבור ישים מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור דגש בקידומו של נושא זה. לגבי פעילותה של הנציבות, הייתה החלטה זו קלה יחסית ליישום, שכן מיום היווסדה פועלת הנציבות כדי להגן על זכויותיהם של הפונים אליה. המעיין בדוח זה ימצא דוגמאות למכביר של תלונות שבהן מנעה הנציבות פגיעה חמורה בזכויות יסוד: הזכות לפרטיות, זכות הקניין וזכויות חברתיות וכלכליות, כגון הזכות לדיוור והזכות לחינוך".

93 נציב תלונות הציבור דו"ח שנתי 42 לשנת 2015 37 (2016).

וכבוד האדם. כיום אין בישראל מוסד אחר שיכול לבצע ביקורת בנושאים כלכליים-חברתיים באופן יזום ושיטתי כמו מוסד מבקר המדינה. מוסד מבקר המדינה עונה על ההגדרה של **מוסד לאומי, שאינו שיפוטי, לזכויות האדם**, ויתרה מזו, מוסד זה עונה על הרכיבים המרכזיים שנקבעו ב"עקרונות פריז". לאחר שנעשה צעד חשוב בכיוון הנכון - מבקר המדינה הצהיר כי הוא מקבל עליו את תפקיד נציב זכויות האדם בישראל, וגישתו החלה לבוא לידי ביטוי בדוחות ביקורת ובירור תלונות - עליו להמשיך להטמיע במשרדו את נושא ההגנה על זכויות האדם והטיפול בנושא ובכך להשלים את הדרך שבה החל לצעוד - דרך קצרה והכרחית.

