

ההגנה על זכויות האדם בביקורת המדינה בעידן החוקתי

השופט (בדימ') יוסף חיים שפירא, מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור

כבוד נשיא המדינה, מר ראובן רובי רבלין

כבוד נשיאת בית המשפט העליון, השופטת מרים נאור

כבוד נשיאת בית המשפט העליון הקנדי, השופטת בברלי מקלקלין

כבוד נשיאי בית המשפט העליון בדימוס, השופטים מאיר שמגר, אהרון ברק,

דורית ביניש ואשר גרוניס

מכובדיי כולם,

לפני למעלה מעשרים שנה, בעקבות כינון חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ופסק הדין המכונן **בפרשת בנק המזרחי**,¹ שינה המשפט הישראלי את פניו, ומדינת ישראל הפכה לדמוקרטיה חוקתית.² מאותה העת, במדינת ישראל קיימים ערכים דמוקרטיים – כגון זכויות אדם, שלטון החוק והפרדת הרשויות – המעוגנים בנורמות חוקתיות. מאותה העת, הכנסת, הממשלה וכל יתר גופי השלטון כפופים לחוקי היסוד.

לשם שמירת עליונות הערכים החוקתיים-דמוקרטיים, קיימים בכל דמוקרטיה חוקתית מנגנונים המבטיחים שערכים אלו יוגשמו הלכה למעשה, כאשר המנגנון העיקרי להגשמת הערכים הדמוקרטיים ואכיפתם הוא הביקורת השיפוטית באמצעות הרשות השופטת.³

¹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995).

² ראו אהרון ברק שופט בחברה דמוקרטית 79 (2004).

³ שם, עמ' 80 ("תפקידו של השופט הוא להגן על החוקה ועל ערכיה, לשמור עליהם ולקדמם. דבר זה נובע מעצם מעמדו של השופט בדמוקרטיה המודרנית; הוא משתמע מערכיה של הדמוקרטיה. 'השופטים הם שומרי החוקה'").

בקצירת האומר, אסביר מדוע, גם לגישתי, מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור (Ombudsman), יכול וצריך אף הוא לתרום להגנה וקידום הערכים הדמוקרטיים-חוקתיים במדינת ישראל.

מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור ממלא תפקיד מרכזי במשטר הדמוקרטי במדינת ישראל והוא פועל מכוח נורמה חוקתית - חוק יסוד: מבקר המדינה, ובוחן את חוקיות הפעולות, טוהר המידות, הניהול התקין, היעילות והחיסכון של הגופים המבוקרים.

קיומה של ביקורת חיצונית, עצמאית ואובייקטיבית מבטאת את העיקרון המרכזי שעובדי ציבור במדינה דמוקרטית הם נאמניו ומשרתיו של הציבור.

ביקורת מדינה, עצמאית מכל השפעה פוליטית, מהווה אף מנגנון מרכזי להגברת הנשיאה באחריות של עובדי הציבור כלפי הציבור (Accountability) ובשמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי.

יתר על כן, פרסום ממצאי הביקורת ברבים לציבור הרחב והגשתם לכנסת, משרתים אף את העקרונות החוקתיים בדבר חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת.

בעידן החוקתי בו אנו נמצאים, בעקבות "מהפכת הזכויות", מוטלת על ביקורת המדינה ועל נציבות תלונות הציבור החובה והזכות לקחת חלק מרכזי בהגשמת הדמוקרטיה החוקתית בה אנו חיים.

בהתאם למדיניות, מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בוחן האם פעולות הגופים המבוקרים נעשות בהתאם לדיני זכויות האדם במובנם הרחב.

המבקר בוחן האם הגופים המבוקרים מגשימים את זכויות האדם החוקתיות אשר מעוגנות בחוקי היסוד במדינת ישראל;

וכן האם הגופים המבוקרים נותנים משקל ראוי לזכויות האדם המעוגנות באמנות בינלאומיות המחייבות את מדינת ישראל; על מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לבחון האם הפגיעה בזכויות האדם נעשית בהתאם לדיני המידתיות. יתר על כן, מבקר המדינה צריך להיות גורם מרכזי בהכוונת הרשות המבצעת בכל הקשור לקידום והגשמת זכויות האדם החוקתיות בדרך יעילה ונבונה.

גישתי זו עולה בקנה אחד עם התפתחויות במדינות שונות בעולם ובמשפט הבינלאומי, בהן הוקמו בעשורים האחרונים מוסדות לאומיים להגנה על זכויות אדם (National Human Rights Institutions). מוסדות אלו הוגדרו על ידי ארגון האומות המאוחדות כמוסד מדינתי שאינו בית משפט, אשר יש לו מנדט להגן ולקדם זכויות אדם.⁴ כמו כן, מוסדות ביקורת ובירור תלונות ציבור שינו את פניהם והם מתמקדים בהגנה וקידום זכויות אדם. בהיעדר גורם ייחודי שכזה במדינת ישראל, מוטלת משימה זו, באופן טבעי, לפתחו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור. לכך התייחס פרופ' אהרן ברק, וציין ש"ראוי הוא ... כי מבקר המדינה – הן בתפקידו הכלליים והן כנציב תלונות הציבור – יראה זאת כאחד מתפקידיו להיות נציב זכויות האדם", וכן כי: "מתפקידו של מבקר המדינה הוא לבדוק את פעולות הגופים המבוקרים בתחום הפגיעות בזכויות החוקתיות."⁵

לפעילותו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בשדה זכויות האדם יש יתרונות רבים ומגוונים וביכולתו לתרום רבות להגנה, קידום והגשמת זכויות האדם

⁴ REIF THE OMBUDSMAN, GOOD GOVERNANCE, AND THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM לעיל ה"ש 2, עמ' 83. ראו גם את ההגדרה למוסד לאומי להגנה על זכויות אדם ב 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".)

⁵ הרצאה ברק

במדינת ישראל, לצד פעילותן של רשויות השלטון הנוספות, ובראשן הרשות השופטת בתחום זה, וזאת ממספר טעמים עיקריים:

טעם הראשון הינו, שמשד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור ועובדיו מקיימים יחסים ארוכי טווח ודיאלוג פורה עם הגופים המבוקרים. שימוש תדיר בביקורת ובבירור תלונות בנורמות עליונות, כגון זכויות חוקתיות ואמנות בינלאומיות, יתרמו רבות להטמעת נורמות אלו בפעילות השגרתית של עובדי הרשות המבצעת.

טעם שני הינו, שמבקר המדינה, בכובע הביקורת הכללית, הוא מוסד אקטיביסטי, היוזם וקובע את תכנית עבודתו. בכך הוא נבדל הוא מבית משפט, אשר לרוב הוא מוסד אשר אומר את דברו במסגרת דיון בנושא פרטני, אשר מובא לפניו על ידי הצדדים להליך. לעתים נשמעת האמירה של בתי המשפט כי "קצרה ידו של בית המשפט מלהושיע"⁶, אמירה אשר מבטאת את ההכרה במגבלותיו של השופט, אשר מלבד מחוייבותו לדין המהותי ולצדק, הוא מחוייב גם לצדדים הדיוניים של המשפט.

להבדל זה יש משמעות רבה בתחום ההגנה וקידום זכויות האדם. למבקר ישנה אפשרות לבחון במבט-על את פעילות הרשות המבצעת בתחום ההגנה וקידום זכויות האדם ולקבוע מראש תכנית ביקורת אשר תעסוק בתחומים בהם יש צורך בטיפול דחוף ומשמעותי ביותר. כמו כן, מבקר המדינה יכול לבצע בדיקות מערכתיות, מקיפות וארוכות טווח במספר גופים מבוקרים במקביל, ולתרום בכך להגנה אפקטיבית יותר על מימוש זכויות האדם על ידי הרשות המבצעת. עמד על כך שופט בית המשפט העליון סלים גיבראן אשר אמר כי "**היכולת של המבקר**,

⁶ ראו לדוגמה בג"ץ 788/08 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואפרים ארליך נ' מפכ"ל המשטרה ואח' (6.7.08), שם, על אף דחיית העתירה, סיים השופט א' רובינשטיין בדברים אלו: "מכל מקום, אנו מאמינים ומקוים כמובן כי המשטרה תפעל באופן שיהא הוגן ומאוזן, וכך גם העותר."

באופן אקטיבי, ליזום ביקורת, מאפשרת לו להסיט את הזרקור לקבוצות אוכלוסייה שאינן זוכות לבמה, ואשר זכויות האדם שלהן נפגעות ...⁷.

טעם שלישי הינו, היתרון המיוחד שקיים בכל הקשור להיקף פעילותה של ביקורת המדינה, כאשר זו בוחנת את פעולות הרשות המבצעת הנוגעות להגשמת זכויות אדם, שהרי הביקורת מכוח חוק היסוד מתייחסת גם לשאלות של חסכון, יעילות ומועילות.

בכובעו כנציב תלונות הציבור, רשאי מבקר המדינה אף לקבוע כי הצדק עם המתלונן אף כאשר מדובר "רק" בנוקשות יתרה או חוסר צדק של המבוקר, לא בכדי הנציב אינו כבול בסדרי הדין ובדיני הראיות. אין הכרח כי נעשתה עוולה המעוגנת בחוק על מנת ליתן סעד מוסרי למתלונן.

לטעם זה התייחסה מבקרת המדינה לשעבר כבוד השופטת מרים בן-פורת ז"ל, בציינה: **"אין הביקורת יכולה להסתפק בהצבעה על מקרים שבהם נהגה הרשות באורח בלתי-חוקי. היעד שביקורת המדינה מבקשת להשיג היא רשות שלטונית נבונה ויעילה, ולא רק רשות שלטונית סבירה, הפועלת באורח תקין וחוקי"**.
אכן, יעילות ומועילות יכולות להיבחן גם בכל הקשור להגנה וקידום זכויות אדם בתוכניות ממשלתיות.

טעם רביעי. למבקר המדינה יש יתרון מיוחד דווקא בתחום הזכויות החברתיות. בעולם המשפטי-אקדמי ניטש ויכוח עז האם בתי המשפט הם המוסדות הראויים לאכיפת הזכויות חברתיות.⁸

⁷ הרצאה גיבראן ביום המבקר 2012

⁸ ברק מדינה עמ' 154, רות גבזון עמ' 57, דוידוב עמ' 354

מבלי להיכנס ללב ויכוח זה, אומר שיש היום בעולם הכרה כי מוסדות ביקורת ובירור תלונות ציבור שאינם שיפוטיים (court audit), הם מוסדות ראויים ומתאימים לבחינת הגשמתן של זכויות חברתיות על ידי הרשות המבצעת. במדינות רבות בעולם אימצו גופי הביקורת את תפקיד 'סוכן הזכויות החברתיות' וצוידו בסמכויות ייחודיות לביקורת, בירור תלונות ואכיפה. כך למשל, דרכי פתרון סכסוך אלטרנטיביות (A.D.R) בבירור תלונות ציבור ובביצוע ביקורת, יכולים להוות בסיס משמעותי להגשמת הזכויות החברתיות בדרך של הסכמה, פשרה ואיזון. **דווקא האופי הבלתי מחייב של המלצות המבקר משמש מנוף יעיל להגנה על זכויות חברתיות**, וכפי שציין בית המשפט בבג"צ תנועת נאמני הר הבית⁹: **"להמלצותיו של מבקר המדינה אין תוקף מחייב וחוות דעתו אינה בבחינת פסק דין או הליך שיפוטי... ודוק, אין המדובר בנקודת תורפה, כי אם במקור כוחה של ביקורת המדינה."**

בהקשר זה ניתן לציין כי לאחרונה התיר בית המשפט המחוזי בחיפה לניזוקים מאסון השריפה בכרמל, להגיש את דוחות מבקר המדינה כראיה לצורך הוכחת המלצות המבקר¹⁰. מבלי להיכנס לשאלה המשפטית אשר מעלה החלטה זו, לאור הוראות החוק הקובעות שדוחות מבקר המדינה אינם מהווים ראיה בהליך משפטי (סעיף 30 לחוק), החלטה זו מעידה על מעמדן הציבורי של המלצות מבקר המדינה ומוכיחה כי להשקפת הציבור יש לקיים המלצות של מבקר המדינה.

הטעם החמישי עניינו ביכולת המעקב של מבקר המדינה. למבקר המדינה יכולות מעקב ארוכות טווח ומקיפות בכל הקשור ליישום ההמלצות ותיקון הליקויים שנמצאו במהלך הביקורת. יכולות אלו חשובות במיוחד בתחום ההגנה וקידום

⁹ בג"ץ 3989/11 תנועת נאמני הר הבית בארץ ישראל נ' ועדת הכנסת לביקורת המדינה (מאגרים משפטיים, 27.12.2012).
¹⁰ תא (חי) 52925-02-12 קונדיטוריה שפיק בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (25.2.15)

זכויות האדם, שכן לרוב תהליך מימוש הזכויות באמצעות תוכניות ממשלתיות אורך זמן רב ומצריך רפורמות במינהל הציבורי.

והטעם האחרון נוגע למבנהו הייחודי של משרד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור הישראלי.

ברוב מדינות העולם קיימת הפרדה בין מוסד הביקורת העליון לבין מוסד בירור תלונות הציבור. אולם, דווקא שילוב הסמכויות הייחודי בישראל מהווה יתרון בתחום ההגנה על זכויות האדם. שתי הזרועות – הביקורת, ונציבות תלונות הציבור – יכולות להפרות ולתרום אחת לשנייה בתחום קידום זכויות האדם כגון על ידי העברת מידע ומיפוי התחומים בהם יש צורך בטיפול דחוף, הן מתוך הסתכלות כוללת והן מתוך הסתכלות פרטנית בעקבות בירור תלונות הציבור. הסינרגיה בין זרוע הביקורת וזרוע התלונות מביאה למצב הרצוי, בו השלם גדול מסך חלקיו.

חשיבות השיח החברתי-חוקתי נדרש על מנת ליצור חברה מתוקנת, וראוי להדגישו בעיקר בימים אלו שבין פסח לעצרת. בימים אלו, על פי המסורת, מתו 12 אלף זוגות מתלמידי רבי עקיבא מפני "שלא נהגו כבוד זה בזה". גישה דומה אנו מוצאים במקורות ביחס לסיבה שהביאה לחורבנו של בית המקדש. על כך אומר רבי יוחנן ש"לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה", ומסביר התלמוד שהכוונה היא "שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עבדו לפנים משורת הדין"¹¹.

ללא ההגנה על כבודם של כל אחד ואחת מאזרחי ותושבי המדינה, אף שלא על פי הדין דווקא, לא ניתן לקיים חברה צודקת ומתוקנת.

¹¹ בבלי, בב"מ לי ע"א.

עקרונות אלו לא אקדמיים בלבד המה, אלא מיושמים הם, הלכה למעשה, דבר יום ביומו, בעבודת משרד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור.

בחודשים האחרונים פירסמתי מספר החלטות שניתנו במסגרת בירור תלונות בנציבות תלונות הציבור, המעידות הלכה למעשה על העשייה הרבה בתחום זה, ועל האופן המקצועי בו הדברים נבחנים, ללא מורא וללא משוא פנים.

במסגרת תלונה שהוגשה על ידי משפחות שפונו ממגרון נטען כי אופן ביצוע הפינוי, בדגש על פינוי הילדים, נעשה תוך פגיעה בכבודם ובשלום הילדים. בירור התלונה נעשה לאור הערכים החוקתיים של כבוד האדם וכן לאורן של האמנות הבינלאומיות המחייבות את מדינת ישראל, בין היתר בתחום ההגנה על שלום הילד. הבירור העלה כי אכן אופן ביצוע הפינוי נעשה תוך פגיעה בזכויותיהם של המפונים וילדיהם, וכי ישנה סחבת ממשית בהסדרת נוהלי הפינוי בהתאם לדיני זכויות האדם המדינתיים והבינלאומיים.

בהחלטה נוספת, קבעתי כי שירות בתי הסוהר כשל במתן טיפול רפואי לאסיר בטחוני. על אף תלונות של האסיר על כאבים בידו, הוא לא הופנה לטיפול רפואי ואף נאזק באזיקים. בדיעבד התברר כי ידו של האסיר היתה שבורה. ואלו דוגמאות מיני רבות.

ההגנה על זכויות האדם מיושמת גם בתחום הביקורת.

לפני כשנה, פרסמתי דוח מיוחד בנושא: "פעולות הממשלה לקידום הביטחון התזונתי".

בהקדמה לדוח ציינתי שהוא עוסק באחד מצורכי הקיום הבסיסיים ביותר, והוא המשך ישיר של מדיניותי בדבר ההגנה על זכויות האוכלוסיות החלשות במדינת

ישראל. הממצאים אשר עלו מהדוח היו קשים ביותר, ולימדו כי במובנים רבים המדינה לא עמדה במחויבותה לקדם את הביטחון התזונתי של תושביה, ולא גיבשה מדיניות ממשלתית כוללת המגובה במשאבים הראויים להתמודדות יעילה עם התופעה של אי-ביטחון תזונתי. לאור הליקויים הרבים שנמצאו בתחום זה, קבעתי בסיומו של הדוח, כי אחריות זו מוטלת בראש ובראשונה לפתחה של המדינה, ואל לה לסמוך רק על נדיבותו של המגזר השלישי. המלצתי, בין היתר, כי על משרד הרווחה לקבוע ללא דיחוי מדיניות כוללת ותכנית פעולה בנושא, ועל הממשלה להבטיח כי הן יגובו במשאבים מתאימים.

כמו כן, הדוח השנתי לשנת 2014, אשר יפורסם בימים הקרובים, כולל פרק בנושא **"אי-מיצוי של זכויות חברתיות"**. בראשיתו אני מבהיר שהמבחן האמיתי להגשמתן של זכויות האדם הוא ההגנה על זכויותיהן של השכבות החלשות בחברה, וכן כי הבטחת הצדק החברתי אינה תלויה רק בעצם קיומן של זכויות חברתיות, אלא גם במימושן והענקתן לכלל הזכאים להן. לאור כל הליקויים אשר מועלים במסגרת דוח הביקורת, כתבתי: **"בחברה צודקת, המושתתת על ערכי צדק ושוויון, יש לצפות כי הדרך למיצוי הזכויות תהיה פתוחה ומונגשת לציבור רחב ככל האפשר. על הרשות הציבורית, שהיא נאמן הציבור, חלה חובה לתת את הזכות לזכאים לה, ומן הראוי שתפעל לספק לציבור את המידע המצוי ברשותה, ובייחוד מידע על עצם קיום הזכות ועל התנאים לקבלתה, באופן מלא ושקוף."**

מובן מאליו שזכויות האדם אינן צריכות להיות מוגנות רק ביחס לשכבות החלשות. לאחרונה, לאחר שהעברתי טיוטה סופית לעיונם של ראש הממשלה ושר הפנים בנושא המאגר הביומטרי, פורסם כי בכוונתם להמשיך ולקדם את החלת החובה על כל אזרח להצטרף למאגר. לפיכך, בצעד חריג, דרשתי לקבל דיווח על תיקון

הליקויים שנמצאו בדוח הביקורת, כאמור – עוד טרם פרסומו. צעד זה, לגיştתי, מהווה חלק בלתי נפרד מליבת תפקידו של מבקר המדינה להגן באופן אקטיבי על זכויות האזרח והפרט של אזרחי המדינה.

אני מודה לך, אדוני הנשיא, על קיום כנס זה ועל מחוייבותך לנושא ההגנה על זכויות האדם, וכן לכל המכובדים אשר משתתפים בכנס חשוב זה, ואני מתחייב להמשיך ולעסוק בנושא ולא להרפות, לטובת כלל אזרחי ישראל ותושביה.