

הנציב שאיש לא מינה

הרחק מעיני הציבור, וללא כל החלטה של הרשויות הנבחרות, מקדמים במשרד מבקר המדינה תפיסה שלפיה המבקר יהיה לנציב זכויות האדם. כמו במהפכה החוקתית, גם כאן צומח בשקט גורם שיערער את האיזונים של המשטר

הימין בישראל עוד מנהל קרב מאסף נגד המהפכה החוקתית ורעידות המשנה שלה, אך אדריכלי המהפכה כבר סימנו את היעד הבא: מוסד מבקר המדינה. לאחרונה מתגבש רעיון לקשירת כתר נוסף לראשו של מבקר המדינה – שכבר מתפקד גם כ"נציב תלונות הציבור" – והוא כתר "נציב זכויות האדם" בישראל. משמעויות המהלך עלולות להיות מרחיקות לכת ולהשפיע באופן דרמטי על האיזון העדין בין יכולת ה'משילות' של נבחרי הציבור לבין גורמי המקצוע המפקחים עליהם. ביחס הפוך לפוטנציאל ההשפעה של השינוי המוצע, כך הוא גם נחבא אל הכלים, והצליח לחמוק עד עתה מעיני הציבור.

הרעיון בראשיתו נשמע בכנסים אקדמיים ובמכוני מחקר שונים,¹ אך בעת האחרונה הוא כבר קרם עור וגידים, וכיום הוא נישא בפי בכירים במשרד מבקר המדינה, ואף נשמע מפיו של מבקר המדינה בעצמו. הגיליון האחרון של כתב העת של משרד מבקר המדינה² מגויס כולו לטובת הביסוס המשפטי של הפיכת מבקר המדינה לנציב זכויות האדם. מובא בו מאמר מאת אדריכל המהפכה החוקתית, השופט בדימוס אהרן ברק, הטוען שראוי "כי מבקר המדינה – הן בתפקידיו הכלליים, הן כנציב תלונות הציבור – יראה זאת כאחד מתפקידיו להיות נציב זכויות האדם".³ מצורף לו מאמר פרי עטו של המשנה (בדימוס) לנשיאת בית המשפט העליון, השופט סלים ג'ובראן, שהצטרף

מתנאל בראלי הוא סטודנט לפילוסופיה והגות יהודית במרכז האקדמי שלם.

אף הוא לחגיגה והודיע על גישתו שלפיה "למוסד מבקר המדינה יש תפקיד חשוב בהבטחת מימושן הרחב של זכויות האדם", ובמיוחד בהגנה על זכויות חברתיות.⁴ נדפס בו מאמר מאת אלי מרזל (מנכ"ל משרד מבקר המדינה), מתן גוטמן (ראש מטה מנכ"ל משרד מבקר המדינה) ואלון רודס, הנושא את הכותרת "ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם: דרך קצרה והכרחית".⁵ ולבסוף, מופיע בו ראיון עם מבקר המדינה, השופט בדימוס יוסף שפירא, המצהיר קבל עם ועדה על כך שאחת ממטרותיו המרכזיות בתפקידו היא "מיצוב מעמדו של מבקר המדינה כגורם משמעותי בהגנה על זכויות האדם, זכויות הפרט וההגנה על השכבות החלשות".⁶

מבקר המדינה הוא מוסד חשוב מאין כמוהו במדינה המודרנית. מאז התרחבות תחומי הפעילות של המדינה במחצית השנייה של המאה ה-19 התפתח מנהל ציבורי גדול ומסועף, ונוצרו מערכות בירוקרטיות סבוכות ורבות עוצמה. במנהל הציבורי מרוכזים משאבים כספיים אדירים, ונוצר צורך למיסוד דפוסי פיקוח שיטתיים ומקצועיים עליו. כך נולדו מוסדות ביקורת המדינה, במטרה למנוע תופעות בלתי רצויות כגון שחיתויות, בזבוז כספים, חוסר יעילות, מינויי מקורבים וניגודי אינטרסים.⁷ בשל חשיבותו זכה מוסד ביקורת המדינה בישראל להיקבע ב'חוק יסוד: מבקר המדינה', ואכן ידיו רב לו במניעת שחיתויות ובשמירה על מנהל תקין במדינה. עם הזמן התרחבו תחומי הביקורת של המבקר, והוא החל לפרסם דו"חות בנושאים ציבוריים חשובים כגון חלוקת מסכות הגז בעת מלחמת המפרץ, טיב האימון בטירונות בצה"ל, או מוכנות גורמי החירום במדינה.

דווקא בשל חשיבותו המרובה של המוסד יש לשמור מכל משמר על מעמדו האיתן בציבור בישראל ועל האמון הרב שניתן בו כגורם מפקח אובייקטיבי ובלתי-תלוי. הפיכת מבקר המדינה לנציב זכויות אדם עלולה לפגוע באמון זה: היא תדחק את מבקר המדינה אל עמדה שבה הוא מהווה כלי שרת לקידום ערכים ומדיניות השנויים במחלוקת ציבורית ורעיונית עמוקה.

לפני שנבחן את המשמעויות של רעיון זה ונדון בו לגופו של עניין, חשוב לתת את הדעת גם על הדינמיקה של התהוותו – דינמיקה המתרחשת מול עינינו. דינמיקה זו אינה מבושרת טובות, לפחות לא למאמינים בחיוניותם של איזונים משטריים עדינים, והיא מזכירה את הדינמיקה של מה שמכונה 'המהפכה החוקתית'. את הפרק הראשון אקדיש אם כן לתזכורת קצרה על אודותיה.

המהפכה החוקתית: תזכורת קצרה

המהפכה החוקתית הפכה זה מכבר למטבע לשון שחוקה ומוכרת, ולא אפרוש כאן יריעה רחבה בעניינה אלא רק אציין כמה מאפיינים מרכזיים שלה.

המאפיין הראשון קשור להנמקה שבה משתמש בית המשפט כדי להצדיק את



פסיקותיו. בעבר היה בית המשפט העליון מנמק את ביקורתו על רשויות השלטון בשפה פורמלית, המתבססת בעיקר על פרשנות לשונית של החוקים. העתירות שהגיעו לפתחו הועמדו למבחן על פי "עקרון חוקיות המנהל", שבחן את תחום הסמכות שהחוק קבע למוסדות ולבעלי תפקידים שונים, אך הוא לא מתח ביקורת מהותית על החלטותיהן. כחלק מהמהפכה החוקתית עבר בית המשפט העליון בפסיקותיו לצורת הצדקה הנשענת גם על טעמים ערכיים, כולל כאלו שאינם מובעים בלשון החוק באופן מפורש. בכך אפשר בית המשפט לעצמו להפעיל גם ביקורת מהותית במסגרת הדיון בעתירות השונות.⁸

חל גם שינוי במקומו של בית המשפט העליון לעומת מוסדות המדינה האחרים. בתחילה אחז בית המשפט בתפיסת עולם שהבחינה באופן ברור בין הפוליטיקה למשפט. "על פי תפיסה זו", כתב פרופ' מנחם מאוטנר, "מאבקים על הערכים שישוירו במדינה ועל הקצאת המשאבים נחשבו מאבקים פוליטיים שמקומם בכנסת. המשפט, לעומת זאת, נתפס כתחום בלתי פוליטי שבו פועלים מקצוענים – עורכי דין ושופטים – המפעילים ידע מומחי".⁹ בתפיסה זו, בית המשפט לא אמור לתרום ליצירת המשפט או להשפעה עליו: דברים אלה שמורים לכנסת המייצגת את רצון העם. אולם המהפכה החוקתית יצרה מודל חדש של יחסים. לפי התפיסה החדשה, בית המשפט העליון אמור להשתתף בצורה פעילה ביצירת המשפט במדינה, וכפועל יוצא מכך בעיצוב הערכים של החברה ובאופן חלוקת המשאבים הציבוריים. כך מיצב בית המשפט את עצמו כשחקן נוסף על מגרש המשחקים הפוליטי: "לא עוד גוף שעיקר תפקידו להחיל את המשפט הקיים... אלא גוף התורם תרומה משלו... בקביעת תוכן המשפט החל במדינה", בלשונו של מאוטנר.¹⁰ כדאי לשים לב לאופן הפעולה הזה: מוסד קיים מולבש מחלצות חדשות, ובכך זוכה למטמורפוזה של מעמדו ותפקידו במסגרת מוסדות המדינה. בקרוב נפגוש דפוס זה בשנית.

היבט שלישי של המהפכה החוקתית עולה ממחקר נרחב שערך מאוטנר, המתאר את המהפכה החוקתית על רקע ירידת ההגמוניה של תנועת העבודה בסוף שנות השבעים. לדבריו, אובדן השליטה של ההגמוניה גרם לה להעתיק את זירת המאבק הפוליטי אל בית המשפט העליון, המוסד במדינה שזוהה באופן מובהק עם ערכי הליברליזם המערבי. בית המשפט, מצידו, פתח את שערי לרווחה ושיתף פעולה עם המגמה הזו: "באמצעות השינויים הנרחבים שחולל בית המשפט בפסיקתו בשנות השמונים והתשעים הוא הפך עצמו לזירה חשובה למאבקים של ההגמונים לשעבר בעידן החדש שהחל בשנות השבעים", כותב מאוטנר, ומסכם:

התמונה העולה מניתוח זה ברורה: קבוצה חברתית שמצאה עצמה מאותגרת פוליטית ותרבותית הפכה את בית המשפט העליון – במקום הכנסת, שבה איבדה חלק משמעותי מכוחה – לאתר חשוב לפעילות הפוליטית שלה, תוך שהיא מצמצמת עצמה לקידום ענייניה... ונמנעת מפעילות פוליטית של ממש בקרב הקבוצות החברתיות האחרות.¹¹

המשמעות של צעד זה ברורה אף היא. הוויתור ההגמוני על ניהול המאבקים הפוליטיים במרחב הציבורי שיקף ייאוש מאפשרות הגיוס של שכבות נרחבות בציבור לתמיכה בעמדות ההגמוניה. המעבר מהפוליטיקה אל המשפט פירושו העדפת אנשי המקצוע על פני המון העם, ובמילים אחרות – העדפת היסודות האריסטוקרטיים על פני הדמוקרטיים.

ולבסוף, מאפיין אחרון (לענייננו) של המהפכה החוקתית נוגע לאופן החשאי שבו התקבלה, הלכה למעשה, חוקה לישראל – הרחק מעיניו ומתודעתו הפקוחה של הציבור. אירוע כינון חוקה אמור להיות חגיגי, בפרסום ובפאר גדול – כפי שנעשה במדינות רבות בעולם. תחת זאת, המהפכה החוקתית "התרחשה בשקט, כמעט בהיחבא", כלשונו של ברק עצמו.¹² חקיקת חוקי היסוד של שנת 92' נעשתה "באיזה יום, נכון יותר לילה, באווירה נטולת חגיגות לחלוטין, הביאו שני חוקים להצבעה, פחות מחצי מחברי הבית נכחו פה", כפי שתיאר זאת חבר הכנסת מיכאל איתן, והוסיף:

איש לא דיבר על כך שיש פה אספה מכוננת, איש לא דיבר על כך שמדובר במהפכה, ואיש לא אמר שמבצעים שינוי קונסטיטוציוני כלשהו. הצביעו. לאחר חודשים מספר מודיעים לעם ישראל: התחוללה מהפכה. נו, המהפכה הראשונה שנעשתה בלי שהציבור ידע עליה. רק בדיעבד נודע לו שהייתה מהפכה.¹³

אין ספק שיש מן התמיהה בכינון חוקה, שחלק נכבד ממי שהיה שותף לכינונה טוען שלא התכוון לעשות זאת כלל וכלל. מנתוני ההשתתפות הנמוכים בהצבעה ומ"דממת האלחוט התקשורתית" ששררה לאחריה ניכר שהיה זה "ניצול מתוחכם של אווירת 'סוף העונה' השוררת בכנסת בימיה האחרונים", כפי שתיאר זאת בלשון ציורית פרופ' קלוד קליין, מומחה למשפט חוקתי.¹⁴ הטענה הזו קיבלה חיזוק של ממש משופט בית המשפט העליון מישאל חשין, שכתב בחוות דעת המיעוט שלו בפסק דין המזרחי:

ואולם מעשה שייעשה יהיה כמעשה כל העמים: תנוסח חוקה ותובא למשאל עם; תתקבל חוקה בשש קריאות שתתפרשנה על פני שתי כנסות; ייעשה כל מעשה, ובלבד שתהא בו חריגה מהותית מדרכי החקיקה הרגילות, והעם יהיה מעורב בחקיקתה של החוקה... אתנגד בכל כוחי כי נכיר סמכות לכנסת לחוקק חוקה על דרך פסיקה של בית המשפט... על-פי תפיסות שנויות במחלוקת, תפיסות שלא קנו להן אחיזת-סלע בחברה בישראל. והעם היכן הוא? וכי לא ראוי שנשאל את דעתו? ... כל שאינני מסכים לו הוא, כי תחוקק חוקה ואת פי העם לא שאלנו.¹⁵

לא באתי בדברים אלו לספר את סיפורה של המהפכה החוקתית, שהרי "הכול סופר ונשמר, תויק ודווח", כלשונו של שלומי שבן.¹⁶ מיד אצלול לסוגיית נציב זכויות האדם. אך במהלך הקריאה, אתם מוזמנים לשמור בתודעה את ארבעת המאפיינים של המהפכה החוקתית שתיארתי כעת: מעבר מביקורת פורמלית לביקורת ערכית,

הפיכת בית המשפט העליון ממוסד מקצועי לפוליטי, חיזוק הממד האריסטוקרטי על פני הדמוקרטי, וחשאיות המהלך. הם ישמשו לנו נייר לקמוס לבחינת המהפכה השקטה המתחוללת במעמדו של מבקר המדינה על רקע המהפכה החוקתית.

נציבות זכויות אדם: מה זה בכלל?

מאז אימוץ ההכרזה האוניברסלית לזכויות אדם ע"י העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1945, התקבלו אמנות בינלאומיות שונות הנוגעות לזכויות אדם, ומדינות רבות עיגנו אותן בחוקותיהן. בשנת 1978 ועדת זכויות האדם של האו"ם הציעה להקים ברחבי העולם "מוסדות לאומיים לזכויות אדם" – National human rights institution (NHRI).¹⁷ המניע היה הטענה שאין די בעיגון זכויות אדם בחוק, או בהגנה עליהן שמספקת המערכת המשפטית, וכי יש צורך להקים גופים ממלכתיים מיוחדים שיהיו אמונים על שמירת זכויות האדם במדינה. תפקידם של מוסדות אלו לבצע פעולות חינוך והסברה לקידום זכויות אדם, ליעץ לגופים שלטוניים בעניינים הנוגעים לזכויות אדם, לפרסם חוות דעת והמלצות לרשות המבצעת והמחוקקת, לטפל בתלונות פרטניות על פגיעה בזכויות אדם וכיוצא באלה.¹⁸

בשנת 1991 נקבעו ב"ועידת פריז" של האו"ם קריטריונים מנחים שמוסדות מעין אלה צריכים לעמוד בהם – כגון חוסר תלות בממשלה, הענקת מנדט וסמכויות נרחבות בחוק, ומתן ייצוג לקבוצות שונות באוכלוסייה.¹⁹ "עקרונות פריז" התקבלו על ידי העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1993, ומאז הם משמשים כקריטריון הערכה ל"מוסדות לאומיים לזכויות אדם" ולאופן פעילותם. לפי דו"ח של 'הברית העולמית של מוסדות לאומיים לזכויות אדם' (GANHRI) משנת 2018, קיימים כיום ברחבי העולם 122 מוסדות לאומיים לזכויות אדם, ולטענת מחבריו רובם הגדול עומד בצורה כזו או אחרת בהתאמה לאותם "עקרונות פריז".²⁰

הגל העולמי לא פסח על מדינת ישראל. כשהתמנה יוסי ביילין לשר המשפטים בשנת 1999 הוא הכריז על כוונתו להקים נציבות זכויות אדם בישראל. לשם קידום הרעיון הוא פנה ל'מרכז מינרווה לזכויות אדם' באוניברסיטה העברית, וביקש לערוך מחקר בנושא ולגבש הצעת חוק להקמת נציבות כזו בישראל. ועדה בראשות מנכ"ל משרד המשפטים ישבה על המדוכה, ואף התייעצה עם גורמים משפטיים בכירים ביניהם מבקר המדינה אליעזר גולדברג, נשיא בית הדין לעבודה, ונשיא בית המשפט העליון אהרן ברק. לבסוף גיבשה הוועדה הצעת חוק להקמת נציבות זכויות אדם בישראל, אך זו לא הצליחה להתקדם במעלה מסלול החקיקה.²¹ מאז נעשו עוד כמה ניסיונות לקדם הצעות חוק דומות מצד חברי כנסת ממרצ ומהסיעות הערביות, ואף הם לא צלחו.

כאשר נכשלו המאמצים להוביל שינויים בחברה בדרך המלך הדמוקרטית, דחינו באמצעות חקיקה, החלה לפעול אותה דינמיקה המוכרת לעיפה: מה

שהאריסטוקרטיה לא מצליחה לקדם דרך שכנוע ציבורי ופוליטי, היא מנסה לשנות בדרכים משפטיות עוקפות-ציבור.

וכשם שבמהפכה החוקתית הכתיר בית המשפט העליון את עצמו כבית משפט חוקתי, כך מוצע גם ביחס למוסד מבקר המדינה. מסתבר שאין כלל צורך להקים נציבות זכויות אדם בישראל, שהרי זו כבר קיימת – בדמות מוסד 'מבקר המדינה'. אומנם, כדברי אנשי משרד המבקר בגיליון האחרון של ביטאון, מוסד זה "עדיין לא נתפס בקרב הציבור הישראלי כמוסד לאומי להגנת זכויות האדם או כמוסד ה'מתמחה' בהגנה על זכויות האדם"²² – אך מה שנדרש לשם כך הוא רק "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"²³.

גם המהלך הזה יכול היה להיעשות דרך שינוי חקיקתי. מבקר המדינה לשעבר אליעזר גולדברג הבין זאת, וכתב:

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 אופייה הדמוקרטי של המדינה.²⁴

הוא אכן ניסה לתקן את חוקי מבקר המדינה כדי "לעגן בחוק את תפקידו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בהגנה על זכויות האדם והאזרח", אך מהלך זה לא צלח.

לדרך הנסללת בימים אלו ממש יש תקדימים בכמה ממדינות העולם. ועדיין, בישראל היא עוברת בנופים משלה, ועליהם יסופר עתה.

מסמכות למחויבות

הקומה הראשונה של המהלך מתבססת על הענקת פרשנות מרחיבה ביותר לחוק המגדיר את תפקיד מבקר המדינה – 'חוק יסוד: מבקר המדינה'. סעיף 2(ב) של החוק מגדיר במפורש את התחומים הנכנסים תחת שבט הביקורת: "מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות, טוהר המידות, הניהול התקין, היעילות והחיסכון של הגופים המבוקרים, וכל ענין אחר שיראה בו צורך". ברור ששמירה על זכויות אדם לא מוזכרת במפורש כאחד מתחומי אחריותו של מבקר המדינה.

אך כזכור, אחת מקביעותיו של אהרן ברק בפסק דין המזרחי הייתה שחוקי היסוד זוכים ל"עליונות נורמטיבית"²⁵ על פני שאר החוקים הרגילים. על אף שהמוסכמה החוקתית המקובלת הייתה שרק חוקי יסוד 'משוריינים' (כלומר – חוקים המציבים דרישת רוב מיוחדת כתנאי לשינויים) זוכים למעמד חוקתי, ברק קבע שכל חוקי היסוד

זוכים לעליונות נורמטיבית.²⁶ לפי קביעה זו עולה שגם 'חוק יסוד: מבקר המדינה' זכה למעמד חוקתי מיוחד. מה המשמעות של המעמד הזה?

מהאופי החוקתי של חוקי היסוד נולדה גם צורת פרשנות מיוחדת, שבה נקרא ומתפרש ה"טקסט חוקתי", הנובעת "ממעמדה של החוקה כעומדת בראש הפירמידה הנורמטיבית של דברי החקיקה, וכמעצבת דמותה של המדינה"²⁷. כך כתב ברק:

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.²⁸

ממילא, כשניגשים לפרש אותו "טקסט חוקתי", מהלך הפרשנות צריך להיעשות "מתוך מבט רחב", שבמסגרתו לשון החוק היא רק פרמטר אחד להבנת "התכלית החוקתית" שלו. הפרשנות המלאה צריכה להביא בחשבון מרכיבים נוספים:

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.²⁹

מהם אותם רעיונות הנלמדים מ"ההיסטוריה", "התרבות" או "עקרונות היסוד"? מי קובע מה מכיל ה"אינקובטור החוקתי", או מהם "החיים עצמם"? האם אלו לא בדיוק השאלות העומדות בבסיס המחלוקות הערכיות והתרבותיות במדינה?

יהיו התשובות לשאלות אלו אשר יהיו, ההנחיה ההרמנויטית של אהרן ברק לקריאת ה"טקסט החוקתי" מיושמת במלואה על 'חוק יסוד: מבקר המדינה'. כזכור, לשון החוק קבעה שמבקר המדינה יבחן, בין היתר, את "חוקיות הפעולות" של הגופים המבוקרים. הפרשנות החוקתית המרחיבה מלמדת ש"על מבקר המדינה לבחון האם הגופים המבוקרים פועלים בהתאם לשלטון החוק במובנו הרחב". מהו אותו "מובן רחב" של שלטון החוק?

בחברה דמוקרטית משקפות זכויות האדם ערכים הזקוקים להגנה מתמדת. על שלטון החוק בהיבט המהותי להגשים את ערכי הדמוקרטיה, ובראשם – זכויות האדם. הדמוקרטיה עצמה מבוססת על שלטון הרוב ועל שלטונם של הערכים, ובראשם זכויות האדם. 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.³⁰

או במילים אחרות: מעל החוק הדמוקרטי (ונניח רגע לשאלה אם רק בחברה

דמוקרטיה יש צורך בהגנה על זכויות האדם) שורה היבט מהותי של החוק שאינו כתוב בו במפורש, והוא ההגנה על זכויות האדם, מה שכונה בלשוננו של ברק במקום אחר "מטרייה נורמטיבית הפרושה מעל דברי החקיקה כולם".³¹ כיוון שכך, לשונו המפורשת של החוק צריכה להתפרש על פי אותו "היבט מהותי": זכויות האדם "הפכו להיות נקודת משען נורמטיבית הקובעת את תוקפם של דברי החקיקה כולם".³² ה"מטרייה הנורמטיבית" הזאת מייצרת את הפרשנות הבאה:

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.³³

זוהי אפוא הפרשנות המרחיבה שניתנת למונח "חוקיות הפעולות" ב'חוק יסוד: מבקר המדינה'. לשון החוק המסמיך את מבקר המדינה צריכה להתפרש על פי אותו "היבט מהותי", על אף שזכויות האדם או ערכי הדמוקרטיה אינם מופיעים בו כחלק מתחומי האחריות של המבקר. את הדרך לפרשנות זו סלל כבר אהרן ברק במאמרו הנזכר, שם טען במפורש:

...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.³⁴

אילו היינו מסתפקים בקביעה שבסמכות מבקר המדינה לבחון את השמירה על זכויות האדם, דיינו. לשם כך אפילו לא היה צורך להשתמש באותה "פרשנות חוקתית" מרחיבה, ומספיק היה להסתמך על סעיף 2(ב) ל'חוק יסוד: מבקר המדינה', המכונה "סעיף הסל", המעניק למבקר סמכות רחבה לבחון "כל עניין אחר שיראה בו צורך".

אלא שמהלך זה איננו מספיק לאלו הרוצים להפוך את המבקר ל"נציב זכויות אדם", כיוון שהוא מותיר את הדבר להחלטתו ולשיקול דעתו של המבקר המכהן, הקובע את סדרי העדיפויות בפעולות הביקורת – ולא זו המטרה של מחוללי המהפכה. לשם כך הטענה משתכללת יותר, וצועדת למקום רדיקלי בהרבה: מבקר המדינה לא רק מוסמך, אלא גם חייב להגן על זכויות האדם במדינת ישראל. כיוון שכך, מבקר שיבחר שלא לקיים את סוג הביקורת הזו מועל בתפקידו.

אני מציע להטות אוזן לטרמינולוגיה שנבחרה בקפידה, השמה דגש במחויבות המבקר למימוש הדוקטרינה האמורה:

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.³⁵

קשה להחמיץ את ההוראה למבקר המדינה המובעת בטקסט הזה: על מבקר המדינה מוטלת החובה לפרש את סמכויותיו מחדש, ולהוסיף להן את האחריות על ההגנה על זכויות האדם, קידומן ופיתוחן. ובניסוח אחר: "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 וקידומן...". אימוצו של תפקיד זה הוא לא פחות מאשר "מתבקש מלשון חוק-היסוד", ובמשתמע מכך – אם יבחר המבקר שלא להגדיר את סמכויותיו מחדש באופן האמור, הוא יחטא בכך להוראת החוק המגדיר את סמכויותיו!³⁶

לשם השלמת המהלך מגויס לא אחר מאשר 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', המורה בסעיף 11 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.³⁷ עד כאן טוב ויפה. אך פה מגיעה פרשנות לא טריוויאלית: חובה זו של המבקר איננה רק חובה שלילית, המטילה על המבקר את האחריות שלא לפגוע בזכויות האדם, אלא גם חובה חיובית שבה "מחויב מבקר המדינה לפעול במסגרת כל פעולותיו וכובעיו באורח אקטיבי להבטחת קידומן ומימושן של הזכויות החוקתיות".³⁸ אם כן, גם מכוח 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' מחויב המבקר להגן על זכויות האדם המעוגנות בו.

לא צריך להיות משפטן מבריק כדי להבין מדוע פרשנות זו מרחיקת לכת; מכוח הבנה זו של החוק ניתן לומר על כל אחת מרשויות השלטון השונות שמוטלת עליה חובה אקטיבית לקדם ולממש את הזכויות החוקתיות!

אלא שזוהי בדיוק הדרך שבה נולד מיתוס "שומר סף" חדש. בשום מקום בחוק לא נאמר שמבקר המדינה אחראי להגן על ערכי המשטר הדמוקרטי, או על זכויות האדם. חוק מבקר המדינה לא הזכיר את זה משום שהוא נכתב בעידן הישן והטוב, שבו נשמרה האבחנה החדה שבין הרשויות השונות במדינה; עידן שבו עיצוב הערכים הציבוריים נותר בידיה האמונות של הרשות המחוקקת; עידן שבו הגורמים המקצועיים התרחקו מעיסוק בשאלות ערכיות הדורשות הכרעה פוליטית כמפני אש, ולא קפצו עליהם כמוצאי שלל רב; עידן שבו המשפט "נתפס כתחום בלתי פוליטי שבו פועלים מקצוענים – עורכי דין ושופטים – המפעילים ידע מומחי", בניסוחו של מאוטנר שהובא לעיל.

העידן הזה איננו כה רחוק כפי שניתן היה לטעות ולחשוב. כך למשל, בנייר מדיניות של המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2009, העוסק ב"מבט ביקורתי על ביקורת המדינה", מוצע כי –

בהתוויית תחומים זו יש להדגיש כי עניינה של ביקורת המדינה הוא ביעילות ובמינהל תקין, ועניינה של הביקורת השיפוטית בחוקיות, מידתיות וסבירות משפטית. חשוב לזכור כי שיטתנו שונה מהשיטה האמריקנית, שבה ההבחנה בין פוליטיקה למדיניות ולמשפט חדה פחות. בשיטתנו על בית המשפט להתרכז בביקורת שעיקרה משפטית: בחינה של חוקיות, סבירות ומידתיות של עניינים ספציפיים המובאים לפניו; ואילו על המבקר להתרכז בביקורת מנהלית על תקינות (במובן של עמידה בכל הוראות הנורמות החלות: חוקים, תקנות, הוראות מינהל) ויעילות של מדיניות עקרונית של רשות, להבדיל מתוכנה של המדיניות ולהבדיל מבחינה של עניינים ספציפיים.³⁹

אך המעבר המהיר מביקורת פורמלית לביקורת מהותית של "ערכי הדמוקרטיה" כבר מופיע באתר מבקר המדינה, המציג את השמירה על זכויות הפרט כאחד מההיבטים שעליהם מופקד המבקר, לצד ההיבטים ה'קלאסיים' והמוכרים כגון "חוקיות וסדירות", "חיסכון ויעילות" או "טוהר המידות" – כביכול מאז ומתמיד הוא היה שם.⁴⁰

יתרון המבקר על בית המשפט

אני מניח שחלק נכבד מהקוראים בלאו הכי לא מעניק משקל רב במיוחד להמלצותיו ולדוחותיו של מבקר המדינה; אלה הרי יוצאים חדשים לבקרים, מככבים למשך כמה ימים בכותרות העיתונים, ולמחרת כבר עוטפים בהם דגים.

זהו רושם מעט מוטעה. למבקר המדינה ולדוחותיו יש השפעה. וטוב שכך. אומנם החוק איננו מעניק להמלצות מבקר המדינה סמכות שיפוטית מחייבת, אך בשנת 2001 נוספו לחוק מבקר המדינה שני סעיפים הקשורים ביישום המלצות המבקר: אחד המחייב את הגוף המבוקר להקים צוות לתיקון הליקויים, ושני הקובע שראש הגוף המבוקר ידווח למבקר על ההחלטות שהתקבלו בעקבות עבודת הצוות, כולל אפשרות לדחייה מנומקת של ליקויים מסוימים. המצב הנתון תואם את המקובל ברוב המדינות המודרניות: למבקר המדינה אין סמכות לאכוף את המלצותיהם, והדרך לתיקון ההמלצות עוברת בפרלמנט ובדיון הציבורי-תקשורתי.⁴¹

אבל במשרד המבקר לא הסתפקו בכך. המשפטנים במשרד מבקר המדינה הניחו תשתית נורמטיבית להתנגשות אפשרית בין המבקר לגוף המבוקר. במצב שכזה, על אף ש"להמלצות המבקר אין אופי מחייב", כפי שמודים מחברי המאמר, "נשמעו לא פעם דעות ולפיהן התעלמות מהממצאים של מבקר המדינה ומהמלצותיו עשויה להיות פעולה בלתי סבירה. יוצא שממצאי הביקורת, וכן המלצותיה, משמשים כקו מנחה לרשויות השלטון אשר צריכות, בדרך, להתמודד עם הממצאים".⁴² כסמך לאמירה זו מצטטים המחברים את דבריו של השופט עוזי פוגלמן, שקבע:

גם אם המלצות מבקר המדינה אינן מחייבות במישרין 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.⁴³

גם אהרן ברק התנסח בצורה דומה: "ההנחה צריכה להיות שאי קיום המלצה של מבקר המדינה היא התנהגות בלתי סבירה".⁴⁴ הקו המצטייר מהאמירות הללו הוא מעט חמקמק בהילוכו בין הטיפות, אך הכיוון הכללי שלו ברור: אומנם למבקר המדינה אין סמכות מחייבת להורות לרשויות השלטון כיצד לנהוג, אך מאידך גיסא אותן רשויות לא יוכלו להתעלם מהמלצותיו בקלות רבה. האיזון הזה – בין עצמאות הרשויות ובין מחויבותן להישמע לביקורת – נשמע סביר אם מבקר המדינה אכן ישמור על אופיין המקצועי של ביקורותיו; אך אם תחומי הביקורת יגלוש לנושאים ערכיים ופוליטיים מובהקים, לא יהיה מנוס מסיוג כוחו של המבקר – והדבר יוביל לפגיעה באפקטיביות שלו גם בתחומי ביקורת אחרים.

שהרי כפי שלמדנו בסוגיית היועצים המשפטיים "שומרי הסף", טווח ההשפעה האפשרית של מהלך שכזה לא נמדד רק בנקודת הסיום, במצב קצה של התנגשות בין הרשויות. הדינמיקה הפנימית של משרדי הממשלה ורשויות השלטון היא כזו שהן מנסות להימנע מראש, ככל הניתן, מעימותים או מדו"חות ביקורתיים בעלי חשיפה תקשורתית גבוהה. כיוון שכך, למהלך הפיכתו של מבקר המדינה לנציב זכויות אדם עלולות להיות השפעות רחבות ורבות, על אף שהוא לא נהנה מאותה סמכות מחייבת של המערכת המשפטית.

שאלה אחת מרחפת כל העת מעל הדברים, וזה הזמן להתייחס אליה ברצינות. אם אכן אנו חיים בעידן החוקתי החדש, שבו האקטיביזם השיפוטי הפך לעובדה מוגמרת ובית המשפט מוכן לבחון גם חוקי יסוד שחוקקה הכנסת, מדוע יש צורך עוד בעין פקוחה נוספת על שמירת זכויות האדם? מה יתרונותיו של המבקר – שכפי שראינו אין לו סמכות מחייבת – על פני המערכת המשפטית? האם בתי המשפט לא מספקים סעד מספק בהגנתם על זכויות האדם במדינה?

הדוברים המרכזיים המקדמים את המהלך נתנו את דעתם על שאלה זו, ושמו דגש במהלך הרצאת הדברים על הצגת היתרונות שיש למבקר המדינה על פני בתי המשפט בשמירה על זכויות האדם. סקירה מהירה של רשימת היתרונות תסייע לנו להבין כמה מרחיקות לכת יכולות להיות ההשלכות של הפיכת המבקר לנציב זכויות האדם.

חלק מהיתרונות פרוצדורליים באופיים. כך למשל המערכת המשפטית מוגבלת לעיסוק בנושאים המגיעים לפתחה דרך העתירות המוגשות אליה, וזאת בשונה ממבקר המדינה, שהוא "מוסד יוזם אשר יכול לפעול באופן אקטיבי להשגת מטרתו".⁴⁵ ובלשונו של המבקר עצמו:

מבקר המדינה, בכובע הביקורת הכללית, הוא מוסד אקטיביסטי, היוזם וקובע את תכנית עבודתו. בכך הוא נבדל 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", אמירה אשר מבטאת את ההכרה במגבלותיו של השופט, אשר מלבד מחויבותו לדין המהותי ולצדק, הוא מחויב גם לצדדים הדיוניים של המשפט.⁴⁶

נוסף על כך, מוסד מבקר המדינה בישראל משלב (באופן ייחודי בעולם, מלבד טיוואן) את "ביקורת המדינה" עם "נציב תלונות הציבור". בהקשר של שמירה על זכויות האדם, המבנה הזה מהווה יתרון כיוון שהמבקר "מקבל בתוקף תפקידו כנציב תלונות הציבור מידע רב בדבר מקרים של הפרה ופגיעה בזכויות האדם", ו"בזכות מבנה ייחודי זה, אם נשלחות לנציבות תלונות הציבור תלונות פרטניות רבות בנושא מסוים, עשוי הדבר להביא לייזומה של ביקורת מערכתית רוחבית במסגרת ביקורת המדינה",⁴⁷ מה שלא היה מתאפשר במערכת המשפטית.

ולבסוף, למשרד מבקר המדינה יש כבר התשתית למעקב ארוך טווח ומקיף אחר היישום של המלצות המבקר. מבקר המדינה יוסף שפירא הסביר בנאומו בבית הנשיא כי "יכולות אלו חשובות במיוחד בתחום ההגנה וקידום זכויות האדם, שכן לרוב תהליך מימוש הזכויות באמצעות תכניות ממשלתיות אורך זמן רב ומצריך רפורמות במנהל הציבורי".⁴⁸

אולם למבקר המדינה יש גם יתרונות מהותיים יותר, המלמדים על המשמעויות הממשיות שיכולה להיות להפיכתו לנציב זכויות האדם.

ראשית כדאי לדעת שישראל, כמדינות רבות אחרות בעולם, חתומה על אמנות בינלאומיות שונות בתחום זכויות האדם – אך רק לאמנות שנקלטו אל תוך הדין הפנימי הישראלי יש תוקף מחייב מבחינה משפטית. כיוון שכך, בתי המשפט לא יכולים להעניק סעד לתביעות המבוססות על אותן אמנות, גם אם ישראל חתומה עליהן, כל עוד הן לא אומצו בדין הישראלי. אך במקום שידי בית המשפט ככולות, ידיו של מבקר המדינה נותרות חופשיות:

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 בהתחייבותיה לפי אמנות אלו.⁴⁹

במילים אחרות, המחויבות של רשויות השלטון לחוק הישראלי עלולה להתחלף למחויבות אוניברסלית לאמנות בין-לאומיות שונות. משמעות הדבר היא החלשה ניכרת של הריבונות הפוליטית.⁵⁰ יש בכך בכדי לפתוח פתח אפשרי לכפיית סטנדרטים אידיאליים מחמירים – החקוקים באמנות בין-לאומיות – על המציאות המורכבת

בארץ, שבכוונת מכוון לא אומצו אל החוק הפנימי הישראלי בדרך המלך של חקיקה פרלמנטרית. לחילופין, ייתכן שמהלך כזה יוביל לנסיגה של מדינת ישראל מחתימה על אמנות בין-לאומיות, מחשש שהן יסנדלו את מדיניות הממשלה בעתיד. גם כאן נסמכים מחברי המאמר על אהרן ברק, שכתב בספרו:

במקרים שבהם המשפט הפנימי לא אימץ את נורמות המשפט הבין-לאומי, יש הצדקה מיוחדת לקיים את החזקה ולפיה תכלית החוק הפנימי היא לממש את עקרונות המשפט הבין-לאומי ולא לסתור אותו.⁵¹

למעשה, המהלך הזה כבר החל להתממש בעבודת המבקר. בדו"ח של מבקר המדינה הנושא את הכותרת "מבצע 'צוק איתן' – פעילות צה"ל בהיבטים של המשפט הבין-לאומי", ואשר תורגם באופן נדיר גם לאנגלית, מסתמך המבקר על המשפט הבינלאומי כדי לנמק את דרישתו להגברת הפיקוח על המערכת הצבאית בצה"ל, להמליץ שכל חייל בצה"ל יעבור הדרכה ביסודות החוק הצבאי הבינלאומי בדגש על סוגיית המידתיות, ולהציע לרמטכ"ל להציב יועצים משפטיים קרוב "ככל הניתן גם לדרג השטח הלוחם". את כל זאת תמך המבקר בטענה כי "אין ביטחון לאומי ללא שמירה על ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם".⁵²

בדו"ח אחר שערך המבקר, בנושא "הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל", נמתחה ביקורת על החלטתו של שר הפנים דאז, גדעון סער, שלא להזמין את נציג נציבות האו"ם לפליטים להיות נוכח בדיוני הוועדה המייעצת לענייני פליטים. שר הפנים נימק את החלטתו בפני המבקר באופן ברור:

נוכח העמדות והגישה העוינות של נציבות האו"ם לפליטים כלפי מדיניות הממשלה בכל הקשור לטיפול במסתננים בלתי חוקיים – עניין אשר התבטא, בין היתר, בהצטרפות הנציבות לעתירה כ'דיד בית המשפט' כנגד ממשלת ישראל, כנסת ישראל ושר הפנים – סברתי שאין שום מקום וחובה לשתתף בדיוני הוועדה המייעצת אשר מורכבת מנציגי משרדי ממשלה... עמדת זו גובשה, בין היתר, לאחר קבלת המלצה בנושא ממשרד החוץ. קרי, הנושא נשקל ונשלל.⁵³

על אף השיקול המדיני המפורש שהציג סער בפני המבקר, לא נמנע זה מלהביע את דעתו כי "נוכחות של נציג הנציבות בדיוני הוועדה המייעצת חשובה לצורך שקיפות של דיוני הוועדה", ולהורות לשר הפנים "לשקול לזמן שוב את נציג הנציבות להיות נוכח בחלק הפתוח של דיוני הוועדה המייעצת".⁵⁴

יתרון נוסף של מבקר המדינה על פני המערכת המשפטית נובע מראייתו כסוכן שינוי אפשרי ביחס לפעילות רשויות השלטון השונות:

משרד מבקר המדינה ונציגי תלונות הציבור ועובדי 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.⁵⁵

שלא כבתי המשפט, משרד המבקר עומד בקשר קבוע עם גורמים שלטוניים, וקיימת ביניהם מערכת יחסים דיאלוגית – וכך יכול המבקר להטמיע נורמות וערכים במנהל הציבורי. במילים ברורות אלו של מבקר המדינה משתקפת תפיסתו העצמית החדשה כגורם משפיע, מחנך ומעצב בתוך מגרש המשחקים הפוליטי, ולא כגורם מפקח – כפי שהוא אמור להיות.

ולבסוף, למבקר המדינה יש יתרון מובהק על בית המשפט גם בסוג הביקורת שהוא עורך, ובקריטריון המשמש אותו לשם כך – 'מבחן היעילות'. לשם הבנת העניין צריך להבהיר כמה מונחים משפטיים, הקשורים לאחד השינויים שקרו במהפכה החוקתית.

כפי שהוזכר בקצרה בפתיחת המאמר, בעידן שלפני האקטיביזם השיפוטי בג"ץ לא ראה את עצמו כמי שמפעיל ביקורת מהותית על החלטות רשויות השלטון, אלא כמי שקובע אם המוסדות ובעלי התפקידים פעלו בתחום סמכותם או מחוצה לו. "בג"ץ פעל אפוא כ'שומר הגבולות' של הסמכות שהוקצתה לרשות המינהלית", כתב מאוטנר. "בהמשך לכך, כאשר בג"ץ פסל החלטה מנהלית הוא ניסח את טעמי הפסילה לא במונחים המתייחסים לעצם ההחלטה גופה, אלא בכך שההחלטה נחשבה כמי שהתקבלה בחריגה מסמכות".⁵⁶

לעומת זאת, מאז שנות השמונים נטש בית המשפט העליון את הגישה הזו. תחתיה הוא פיתח שני קריטריונים נוספים, שהפכו להיות אמות המידה העיקריות לפיקוח על רשויות השלטון: 'מבחן הסבירות' ו'מבחן המידתיות'. 'מבחן הסבירות' בוחן אם החלטה מסוימת מאזנת באופן סביר בין השיקולים הרלוונטיים, הן המשפטיים הן המקצועיים. החלטה שלפי שיקול דעתו של בית המשפט חורגת מתחום הסבירות עתידה להיפסל. 'מבחן המידתיות' לעומתו מניח שההחלטה הייתה סבירה אך בודק אם היחס בין המטרה הרצויה לבין האמצעים שנבחרו לממש אותה הוא יחס ראוי ומידתי. הבדיקה הזו נעשית באמצעות שלושה מבחני משנה נוספים.⁵⁷

מבקר המדינה, לעומת זאת, פועל על פי מבחן מסוג אחר: 'מבחן היעילות'. המבחן הזה, בשונה מהמדדים שראינו עד כה, בודק את מידת היעילות והתועלת של פעולה או החלטה מסוימת. גם פעולות "שהן במסגרת מתחם הסבירות או מתחם המידתיות יכולות להיות פעולות שאינן נתפסות כיעילות" כלשונו של אהרן ברק,⁵⁸ וממילא פעולות אלו יכולות לעמוד תחת הביקורת של מבקר המדינה. המבקר הנוכחי, יוסף שפירא, אף הצהיר בעצמו על הכוח הרב העומד לרשותו מכוחו של 'מבחן היעילות':

הביקורת מכוח חוק היסוד מתייחסת גם לשאלות של חסכון, יעילות ומועילות. ככובעו כנציב תלונות הציבור, ראוי מבקר המדינה אף לקבוע כי הצדק עם המתלונן אף כאשר מדובר "רק" בנוקשות יתרה או חוסר צדק של המבוקר; לא בכדי הנציב אינו כבול בסדר

הדין ובדיני הראיות. אין הכרח כי נעשתה עוולה המעוגנת בחוק על מנת ליתן סעד מוסרי למתלונן.⁵⁹

מעתה, המתלונן נגד פעולות והחלטות שעמדו ברף המחמיר של 'מבחן הסבירות' ו'מבחן המידתיות' יוכל לקבל "סעד מוסרי" ממבקר המדינה, ש"לא כבול לסדרי הדין ולדיני הראיות". אמת המידה הבוחנת "נוקשות יתרה" ו"חוסר צדק" נתונה כמובן לשיקול דעתו הבלעדי של המבקר, ולא מנוסחת בצורה בהירה בשום מסמך חוקי מחייב.

כל מי שמשלילות נבחרה הציבור חשובה לו צריך להיות חרד מפני המהלך המתגלגל אל מול עינינו. ניתן להעלות על הדעת בקלות התערבות עתידית של מבקר המדינה בשורת נושאים קריטיים, הנוגעים לאתגריה הביטחוניים והלאומיים של מדינת ישראל: המדיניות כלפי פליטים ומבקשי מקלט בישראל; בקשות אזרחי והגירה; הריסת בתי מחבלים וענישה קולקטיבית; החזרת גופות מחבלים; יישום דיני הקרקעות ביהודה ושומרון; מדיניות הממשלה כלפי רצועת עזה; הפעלת כוחות הביטחון ומוסר הלחימה, והרשימה עוד ארוכה. הנושאים הללו עומדים בליבת המערכה הפוליטית והציבורית יום יום, וכבר היום בית המשפט נוטה להתערבות עמוקה בהם. אם המהלך יצלח, מבקר המדינה יוצב כשחקן התערבות מרכזי ונוסף במגרש הפוליטי; בכך הוא יצטרף לגורמים לא-נבחרים המתערבים בהכרעות המדיניות והאסטרטגיות החשובות ביותר של ממשלת ישראל.

זכויות חברתיות: תיקוף חוקתי לעמדה פוליטית

תומכי האקטיביזם השיפוטי נוהגים לטעון שערכי זכויות האדם הם ערכים בעלי חשיבות עליונה שלרוב אין צידוק לפגיעה בהם, ובשל הצורך "להגן על עצמנו מפני עצמנו", יש להעניק לבית המשפט את הכוח למנוע פגיעה דמוקרטית בזכויות. הנחתם היא שדיון פוליטי על זכויות עלול להוביל לפגיעה פופוליסטית בזכויות האדם, אף אם יתנהל בדרך דמוקרטית; בית המשפט העליון, לעומת זאת, יכול לשמור על האובייקטיביות הראויה והבהירות המחשבתית הנדרשת כדי להכריע בשאלות כגון אלו. סביר להניח שאותם אנשים גם יראו בעין טובה את הפיכתו של מבקר המדינה לנציב זכויות אדם, כצעד משלים לביקורת הנדרשת על רשויות השלטון.

אלא שלא מדובר "רק" בזכויות אדם. כבר עכשיו מצהירים גורמים בכירים במשרד מבקר המדינה ובמערכת המשפט על סמכות המבקר לבחון גם את השמירה על "הזכויות החברתיות". בכך הם מקדמים מהלך השנוי במחלוקת גדולה, ומלמדים על הקלות שבה עלול להיחצות הגבול החמקמק שבין שמירה על זכויות ובין מעורבות פוליטית; נראה שגם תומכי האקטיביזם השיפוטי יודו שגבול זה עלול להיחצות בקלות, כפי שנראה מיד.

בשיח זכויות האדם נהוג לחלק את הזכויות לשתי קבוצות עיקריות: אחת המכונה זכויות אזרחיות ופוליטיות (או "זכויות מהדור הראשון"), וכוללת זכויות כגון כבוד האדם, חופש הביטוי, הדת, והשמירה על הקניין; וקבוצה אחרת המכונה זכויות חברתיות (או "זכויות מהדור השני"), והיא נוגעת לענייני רווחה שונים כגון הזכות לדיוור נאות או לביטחון תזונתי. שתי קבוצות הזכויות זכו להכרה בשתי אמנות בינלאומיות שונות, ורוב הדמוקרטיות הליברליות מכירות בשתייהן.

עם זאת, מעמדן אינו זהה. הזכויות "מהדור השני" הן "זכויות חיוביות", הכרוכות מיניה וביה בהשקעה כספית אדירה של המדינה, והן נוגעות לליבת המחלוקת הפוליטית בשדה החברתי-כלכלי: שאלות של "ממשלה גדולה", מיסוי והתנהלות תקציבית משפיעות על זכויות אלו ומושפעות מהן.⁶⁰

לא אכנס במסגרת זו לכל הפרטים הסבוכים בסוגיה. רק אציין שהצעת 'חוק יסוד: זכויות חברתיות' הונחה על שולחן הכנסת בגרסאות רבות, אך אף לא אחת מהן התקדמה בתהליך החקיקה עד כה. בראשית המהפכה החוקתית נמנע גם בית המשפט העליון מביקורת שיפוטית בנושא זכויות חברתיות. הוא אף זכה בשל כך לביקורות רבות, שטענו כי בית המשפט מגן על העשירים ומתעלם מהעניים, או שפסיקותיו משקפות תפיסת עולם ליברטריאנית מובהקת.⁶¹ אך לקראת סוף שנות התשעים שינה אהרן ברק את דעתו, והחל להביע בשורה של פסקי דין את הדעה שזכויות חברתיות מסוימות כבר נכללות ב"זכות לכבוד", וראויות בשל כך להיכנס תחת מטריית ההגנה החוקתית.⁶² בשלב זה, בית המשפט נותר בסוגיה זו בעיקר בשדה הרטורי.⁶³

אך במקביל לדיונים הערים המתנהלים בנושא זה באקדמיה, בבימות ציבוריות שונות ובבית המחוקקים, מקודם המהלך של הענקת הסמכות למבקר המדינה לדאוג לשמירה על 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 שאכיפת כרוכה בחובה אקטיבית למימון מימושן של הזכויות החברתיות – מימון שהוא בעל השפעות ניכרות מהבחינה התקציבית. 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.⁶⁴

להמלצות מבקר המדינה עשויות להיות משמעויות תקציביות אדירות – אף שהוא אינו נוטל חלק בדיון הציבורי והפוליטי המתנהל בשאלות אלו, ואינו נושא בעול האחריות המונחת על כתפי הרשות המחוקקת והמבצעת בנוגע לקביעת סדרי העדיפויות הלאומיים.

ה"כוח המוסרי" של המבקר, שמעולם לא ניתן לו, נרתם כאן לטובת "חינוך" הרשות

המבצעת. בכך מקודם מהלך שלא צלח את משוכות החקיקה הדמוקרטית, ונמצא בעייתי למימוש אף באמצעות האקטיביזם השיפוטי. גם על כך יעידו דברי המבקר בעצמו, שבהרצאה בבית הנשיא הצהיר:

למבקר המדינה יש יתרון מיוחד דווקא בתחום הזכויות החברתיות. בעולם המשפטי-אקדמי ניטש ויכוח עז האם בתי המשפט הם המוסדות הראויים לאכיפת הזכויות חברתיות... דווקא האופי הבלתי מחייב של המלצות המבקר משמש מנוף יעיל להגנה על זכויות חברתיות.⁶⁵

שוב אנו רואים את זניחת הניסיון לשכנע את הציבור בדרכים פוליטיות, ולבכר המרה של מוסד קיים באופן שיקדם את תפיסת עולמה של "ההגמוניה", בלשונו של מאוטנר.

הממד הפוליטי המובהק של שאלת הזכויות החברתיות עולה דווקא מדבריו של השופט סלים ג'ובראן, כשתיאר את הנסיבות הציבוריות שהעלו את הצורך בהרחבת סמכויות מבקר המדינה:

הצורך להרחיב את שיח זכויות האדם אל מעבר לסוגיות הנדונות בבתי המשפט בלט במיוחד בקיץ 2011 לאור המחאה החברתית שפרצה במדינה כולה. הצורך של כלל רשויות המדינה לשפר ולפתח את דרכי ההגנה על זכויות הפרט בחברה הוא צורך מתמיד, ובמישור זה קיימת למבקר המדינה תרומה רבה וחשובה.⁶⁶

כדוגמה מצוינת להבהרת ההשלכות האפשריות של מהלך שכזה ישמש לנו דו"ח של האגודה לזכויות האזרח העוסק ב"שיטות ממשלות ישראל לצמצום השירותים החברתיים". בתואנה של פגיעה בזכויות החברתיות מנסח הדו"ח כתב אישום חריף נגד המדיניות הכלכלית של ממשלות ישראל בעשורים האחרונים, הכוללת הפחתת מיסים, הפרטת שירותים חברתיים וקיצוץ תקציבי רווחה. את הוויכוח בשאלות מדיניות וכלכליות, כמו היקף השירותים הציבוריים שהמדינה צריכה לממן ולהעניק לאזרחיה – מציעים מחברי הדו"ח להמיר בשיח הזכויות החברתיות:

אנו מציעים להשקיף על מדיניות ממשלתית מכל סוג שהוא מנקודת המבט של זכויות חברתיות וכלכליות, אשר עשויה לספק לדוגלים באידיאולוגיות חברתיות-כלכליות שונות אמת מידה מוסרית לבחינת החלטות הממשלה ביחס להוצאותיה הציבוריות ולמעורבותה בשוק. שכן חינוך, בריאות, דיור, תעסוקה ורווחה אינם מוצרי צריכה אלא זכויות יסוד המגיעות לכל אחד מאיתנו.⁶⁷

זוהי דוגמה הממחישה כיצד ניתן בקלות לעבור מדיון לגיטימי של מדיניות כלכלית לטרמינולוגיית פגיעה בזכויות חברתיות המעמידה "אמת מידה מוסרית". הרי בדיוק על כך ניטשת המחלוקת העמוקה: חסידי השוק החופשי רואים בעקרונות אחרים – כגון חירות הפרט וזכות הקניין – אמות מידה מוסריות לבחינת מדיניות כלכלית.

האם בעתיד נראה את מבקר המדינה מבקר את אופי המימון הציבורי של מערכת הבריאות או סל התרופות, תהליכי הפרטה מסוימים במערכת החינוך, או את תנאי הזכאות לקבלת קצבת הכנסה – וכל זאת בשם פגיעה ב"אמת המידה המוסרית" של הזכויות החברתיות? האם יוכל המבקר לתקוע מקלות בגלגלי המדיניות הכלכלית הממשלתית, באמצעות הכפפתה לשיח הזכויות – שכידוע לכול, לא ניתן כיום לערער או לחלוק עליו?

חשוב לציין שהמתנגדים לאכיפה חוקתית של הזכויות החברתיות לא שוללים בהכרח את חשיבותן או את עצם קיומן; הוויכוח מתנהל בשאלה מהו המרחב שבו אמור להיקבע היקף הזכויות וצורת היישום שלהן בכל מדינה ומדינה. בין כך ובין כך, הניסיון להכתיב צורת ביקורת נוספת על זכויות אלו בלי לשתף את הציבור נראה תמוה.

הרוח הנושבת

חשוב להבין: כל האמור עד כה אינו מתייחס לרעיונות תיאורטיים או דיבורים בעלמא, אלא הוא מבטא נאמנה את הרוח הנושבת זה מכבר במסדרונות מבקר המדינה. על עומק השתרשותה של תפיסה זו ילמדו דבריו של המבקר שפירא עצמו, שהצהיר בשנת 2015: "עקרונות אלו לא אקדמיים בלבד המה, אלא מיושמים הם, הלכה למעשה, דבר יום ביומו, בעבודת משרד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור"⁶⁸; כבר בכנס שהתקיים במרכז הבינתחומי בהרצליה ב-2013 הודיע המבקר שהוא "רואה במוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור נציב זכויות האדם במדינת ישראל, וזו מדיניותי בכובעיי אלה"⁶⁹.

בהקדמתו לדו"ח של שנת 2015, המבקר סקר את תולדות המהפכה החוקתית, והכריז על מתן "פרשנות עדכנית" לסמכויותיו:

בשנת 1995 קבע בית המשפט העליון כי חוקי היסוד האלה חוללו "מהפכה חוקתית" במדינת ישראל. מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור ממלא תפקיד מרכזי במשטר הדמוקרטי במדינת ישראל, והמהפכה החוקתית בנוגע לזכויות האדם והשינוי המהותי במעמדן הנורמטיבי של זכויות אלה משפיעים גם על ביקורת המדינה ועל פעילותה של הנציבות. בהיעדר גורם ממלכתי ייחודי במדינת ישראל המתמקד בהגנה על זכויות האדם ובקידומן, רואה עצמו מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור מי שממלא תפקיד זה... 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.

ה"פרשנות העדכנית" לסמכויות המבקר כבר מופיעה כחלק אינטגרלי מתפקידיו בסרטון התדמית של "משרד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור":

משרד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור הוא חלק בלתי נפרד מהשיטה החוקתית במדינת ישראל, ויש לו תפקיד מרכזי בהגברת הנשיאה באחריות הציבורית של עובדי הציבור ונבחרי, בשמירה על האינטרסים הציבוריים, במאבק למען טוהר המידות וכנגד השחיתות השלטונית, ובהגנה על זכויות האדם וערכי הדמוקרטיה.⁷⁰

אלא שהצהרות המבקר שהוא כבר רואה את עצמו כנציב זכויות האדם אינן מספקות את מחברי המאמר, והמשימות להמשך העבודה מנוסחות על ידיהם בבהירות:

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.⁷¹

הציפייה מהמבקר היא להוביל חריש עמוק בצורת העבודה השוטפת ולהתמקצעות של עובדי המשרד בדיני זכויות האדם. כך למשל נכתב בביקורתיות כי "משרד מבקר המדינה לא יישם באופן תדיר את עקרון המידתיות, שהוא העיקרון המרכזי והחשוב ביותר בתורת הזכויות החוקתיות, על שלושת מבחניו".⁷² גם אימוץ הז'רגון החוקתי חשוב בהקשר זה, ולכן נזכר גם הנתון הבא:

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.⁷³

את המאמר מסיימים המשפטים הבאים:

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 וברור תלונות – עליו להמשיך להטמיע במשרדו את נושא ההגנה על זכויות האדם והטיפול בנושא ובכך להשלים את הדרך שבה החל לצעוד – דרך קצרה והכרחית.⁷⁴

כל המוסיף גורע

אהרן ברק קבע בהתייחסו למהלך זה כי "כל המרבה בהגנה על זכויות האדם הרי זה משובח". אני סבור שבהקשר זה נכון יותר לנקוט כלל אחר: "כל המוסיף גורע". זאת, לא בשל התנגדות לזכויות אדם או המעטה בחשיבות ההגנה עליהן. אני מתנגד להפיכת מבקר המדינה לנציב זכויות האדם משום שערוב התחומים בין המישור הפוליטי-ציבורי למישור המקצועי פוגע בזכותו הדמוקרטית של הציבור לקבוע את ערכיו בעצמו, ומנציגו לממש את מדיניותו; משום שהוא מעניק כוח רב מדי למערכת ערכים אחת, בלי לאזנה עם עולמות ערכים אחרים, איזון שאמור להיות מושג דרך המערכת הפוליטית; משום שהוא נעשה בדרך לא דמוקרטית, שבה בעל תפקיד

משנה בעצמו את סמכויותיו ותחומי אחריותו באופן רדיקלי, ומבלי להיוועץ בשולחיו שהעניקו לו את סמכויותיו; ומשום שהוא עתיד לפגוע במוסד מבקר המדינה ובאמון הציבור בו.

כידוע, זכויות האדם הן יחסיות ולא מוחלטות; במקרים רבים זכויות מתנגשות – זו עם זו, או עם האינטרסים הציבוריים. בניסוח אחר: כל חוק או תקנה ציבורית, במהותם, פוגעים בזכות כלשהי של היחיד. הדוגמאות לכך טריוויאליות ומוכרות: הסדרי חנייה פוגעים בחופש התנועה, ואיסור על הסתה פוגע בחופש הביטוי. כמעט תמיד זכויות מסוימות נפגעות, ותמיד יש לשאול: האם הפגיעה מוצדקת, ובאילו זכויות? מתי גוברת תועלתו של הציבור, ומתי חשובה יותר זכותו של הפרט? איך מכריעים במקרים אלו, מי אמור להכריע בהם, ומתוך איזה עולם ערכי? – אלו הן שאלות היסוד של המשפט החוקתי.

חסידי האקטיביזם השיפוטי יטענו שבית המשפט הוא המקום שבו השאלות הללו צריכות להיות מוכרעות. לשם כך אהרן ברק התאמץ לטעון פעמים רבות מספור שלשופטים יש יכולת שיפוט אובייקטיבית טהורה, ושהם מסוגלים להתעלם מההיבטים הסובייקטיביים שלהם בהכרעות השיפוטיות. טענתו של ברק לא מתיישבת עם העמדה המקובלת בקרב חוקרי משפט חוקתי בעולם;⁷⁵ אך יתרה מכך, חוסר האיזון בפסיקות בית המשפט העליון מורה שאין זה המצב במדינתנו הקטנה. או כפי שניסח זאת ידידיה שטרן: "אובייקטיביות שיפוטית היא חזון... ששופטים עמלים קשות למימושו, אך בניגוד למשתמע מהספר 'שופט בחברה דמוקרטית' [מאת אהרן ברק], אין להתייחס אליה כאל עובדה".⁷⁶ ניתן היה ליצור איזון שקול יותר באמצעות הגברת האיזון בין השקפות העולם בבית המשפט העליון, וזאת באמצעות שינוי שיטת המינויים – אך זהו נושא למאמר אחר.

לענייננו, בין אם צודק ברק ובין אם לא, המקרה של מבקר המדינה שונה ממקרה בתי המשפט. בעוד בבתי המשפט ההכרעה מתקבלת בידי מספר רב של שופטים, מה שמאפשר באופן תיאורטי מגוון רחב של דעות, הרי חוק מבקר המדינה הוא חוק פרסונלי, המעניק סמכויות נרחבות למוסד שבראשו עומד אדם אחד. כל עוד מצטמצם תפקידו של המבקר לעריכת ביקורת שאיננה משלבת היבטים ערכיים, כפי שהיה נהוג עד כה, אין בכך פגם. אך ההצעה להפוך את מבקר המדינה לנציב זכויות אדם מפקידה כוח רב מדי להפעלת שיקול דעת בשאלות ערכיות בידי גורם יחיד המונע – כמו כולנו – מעולם ערכים ואמונות משלו.

הטענה הזו איננה ספקולטיבית; היא עולה באופן ברור מדבריו של המבקר בראיון שנערך עמו, שם הוא סיפר בצורה מפורשת על עמדותיו הפוליטיות ויחסן למוסד שבראשו הוא עומד:

בתחילת כהונתי הצבתי לעצמי שתי מטרות מרכזיות... השנייה היא מיצוב מעמדו של מבקר המדינה כגורם משמעותי בהגנה על זכויות האדם, זכויות הפרט וההגנה על השכבות החלשות. מוניתית לתפקיד בסמוך לאחר המחאה החברתית של קיץ 2011, אשר הייתה בעלת השפעה על השיח הציבורי ובמידת מה גם על אופן שילובם של שיקולים חברתיים במסגרת קבלת החלטות בנושאים כלכליים במדינה. בנאומי בכנסת ביום הצהרת האמונים כיניתי את המחאה החברתית "אות המבשר טובות", והוספתי כי "הקריאה לצדק חברתי היא הוכחה לכך שהציבור בישראל איננו אדיש ושהוא מתכוון – בצדק – לתבוע מנבחריו בכנסת ובממשלה לבצע את המוטל עליהם כשליחיו של הציבור". גם היום אמירה זו היא נר לרגליי.⁷⁷

הקריאה לצדק חברתי חשובה ללא ספק, אך נראה שאם היא עומדת כנר לרגליו של המבקר – יתכבד נא ויציע עצמו לבחירת הציבור; אם הלה ייתן בו את אמונו, יקיים בכנסת את המוטל עליו כשליחו של הציבור. כל עוד הדבר לא נעשה, ייטיב המבקר לעשות אם יתמקד במילוי סמכויותיו שהוגדרו לו בחוק, ויותר את ההכרעות המוסריות של החברה לנציגיה.

אך גם אם היה המבקר שומר על אובייקטיביות טהורה, ההצעה להפוך אותו לנציב זכויות אדם נועדה באופן ברור ומוצהר להשלים את המהפכה החוקתית במקומות שבהם היא מוגבלת, ולהעצים עוד יותר את הרכיבים האריסטוקרטיים על חשבון היסודות הדמוקרטיים במבנה השלטוני בישראל. בכך, הרעיון הזה מהווה חוליה נוספת בכרסום המתמשך בסמכויות השלטוניות של נבחרי הציבור ובהפיכתם של הבירוקרטים למעצבי מדיניות. מבקר המדינה יצטרף בכך לרשימה ההולכת וגוברת של המוסדות המקצועיים, הנוטלים לעצמם את הסמכות להכריע בשאלות הקרדינליות של החברה הישראלית: בתי המשפט, היועץ המשפטי לממשלה והיועצים המשפטיים במשרדי הממשלה.

כמעט כל סוגיה שנויה במחלוקת במדינת ישראל נוגעת להיבטים של זכויות האדם. פעולות ביטחון, מדיניות הגירה ופליטים, זכויות נישואין ומשפחה, יחסי דת ומדינה, ועוד. כל עמדה התומכת בפרטיקולריזם הישראלי נתונה במגננה מפני האתוס האוניברסלי של זכויות האדם. המרחב הפוליטי הוא זה שבאפשרותו לייצר איזונים עדינים בין האתוסים המתנגשים; אך הפיכת מבקר המדינה לנציב זכויות האדם עלולה להחריב את האפשרות לקיימו.

לא קשה יהיה להגדיר את המהלך כרעידת-משנה של המהפכה החוקתית. מצאנו בו את כל רכיבי המהפכה שמנינו בפתח המאמר: מעבר מפורמליזציה לערכים ומהות, ערבוב בין המוסדות המקצועיים לפוליטיים, וזניחת המאמץ לחולל שינויים ציבוריים באמצעות המרחב הפוליטי. מצאנו בו גם אותו מצב אבסורדי שבו בעל תפקיד מעניק "פרשנות מעודכנת" לסמכויותיו וממנה את עצמו למפקח-על מבלי למסד זאת דרך תהליך חקיקתי מוסדר. סמכות צריכה להיות מוענקת על ידי בעל הסמכות, ומתוך

מודעות והסכמה – ולא להילקח מאחורי גבו של הציבור. מהלך מסוג זה חייב להיעשות מתוך דיון ציבורי רחב ובאמצעות חקיקה.

לבסוף, אני סבור שכניסתו של מבקר המדינה – מוסד חיוני לשמירה על איכות המנהל הציבורי בישראל – כשחקן למגרש הפוליטי תפגע אנושות בלגיטימציה הציבורית ובאמון הציבור שהוא זוכה להם כיום; אמון שכבר עתה נמצא בירידה בשל תחושה של התערבות יתר בעניינים פוליטיים.⁷⁸ כרבים מהמוסדות הדמוקרטיים, כוחו של מוסד מבקר המדינה נובע מהלגיטימציה והאמון שהציבור נותן לו, כפי שכתבה מרים בן-פורת, מבקרת המדינה לשעבר: "המתלוננים סומכים על נציבות התלונות גם משום שאין היא גוף פוליטי... אמון הציבור הוא עיקר כוחה של הנציבות".⁷⁹

יש ללמוד את לקחה של המהפכה החוקתית, שפגעה קשות בלגיטימציה הציבורית של בית המשפט, כפי שניסח את הדינמיקה הזו המשפטן מנחם הופנונג:

אחת ההשלכות הבולטות של המהפכה החוקתית... היא גרירת ביהמ"ש ללב המחלוקת הפוליטית. במציאות חדשה זו, שוב אין שופטי ביהמ"ש העליון נחשבים ע"י כל הציבור כפוסק אובייקטיבי במחלוקות משפטיות. חלקים נרחבים בציבור... רואים את המערכת המשפטית האזרחית כמשתתף אקטיבי בוויכוח הפוליטי.⁸⁰

אם יוביל מאמר זה לניהול דיון ציבורי ער ונוקב בסוגיה זו, תושג מטרתו. משמעויות המהלך, שהסתתר עד כה בכינוסי מלומדים ובכתבי עת משפטיים, גדולות מכדי לאפשר להן להישאר במחשכים אלו, ויש להסב אליו את תשומת לב הציבור – שיידע, כיכר וישפוט כראות עיניו. טוב יעשו נבחרי הציבור אם יטלו את מושכות ההנהגה חזרה לידיהם, וימנעו את קידום המהלך בטרם יהיה מאוחר מדי.

אך דבריי מופנים גם למשרד המבקר עצמו: הגיליון של 'עיונים בביקורת המדינה', שממנו ציטטנו כאן בהרחבה, נפתח ב"דבר המנכ"ל" המספר על כך שמאז שנת 2011 "נעשו רפורמות גדולות ביותר בתחומים מקצועיים רבים במשרד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, שגולת הכותרת שלהן היא כתיבת התורה והמדריך המעודכן לביקורת המדינה הרואה אור בימים אלה".⁸¹ לא נותר אלא לקוות ששינוי זה לא מצא כבר את דרכו לאותו "מדריך מעודכן", הרואה אור בימים אלה.

תקופת כהונתו של מבקר המדינה קצובה לשבע שנים. המבקר הנוכחי, יוסף שפירא, החל את תפקידו ביולי 2012, ועתיד לסיימו בקיץ הקרוב. מתוקף תפקידו, שפירא נושא באחריות העיקרית לקידום המהלך בזמן הארוך שבו הופקד על המוסד החשוב הזה. המבקר הבא, יש לקוות, יבלום את הפיכת המוסד שהוא מופקד עליו לנציבות זכויות האדם. הוא ישכיל להבין את ההשלכות ההרסניות שעלולות להיות למהלך על מוסד המבקר ועל המדינה כולה, ולא יתפתה לאפשרות ליטול לעצמו כוח וסמכות לא לו; בכך, הוא יקנה את עולמו כמגן האמיתי על ערכיה ואופייה של מדינת ישראל.

תודתי נתונה לד"ר אסף מלאך, מאיר רובין, זאב גינזבורג וארד פירר-פרישר, שקראו גרסאות מוקדמות של המאמר, ומצאתי את הערותיהם עליו מועילות וטובות.

1. ראו דוד חרמץ, "ברק מציע: נציבות זכויות אדם במוסד המבקר", news1, 11.7.13. להצעה עדכנית יותר ברוח זו ראו יובל שני, "הגיע הזמן להקים נציבות זכויות אדם בישראל", הארץ, 10.12.18.
2. עיונים בביקורת המדינה: כתב עת של משרד מבקר המדינה ונציגי תלונות הציבור, 63, התשע"ח-2018.
3. שם, עמ' 41. מאמר זה מבוסס, כפי שנכתב שם, על "הרצאה במסגרת יום עיון בנושא 'מוסד מבקר המדינה ונציגי 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. הדברים פורסמו גם אצל אהרן ברק, מבחר כתבים, כרך ג – עיונים חוקתיים 81 (2017).
4. שם, עמ' 43.
5. שם, עמ' 49.
6. שם, עמ' 8.
7. גד ברדילי ודוד נחמיאס, מוסד ביקורת המדינה: סמכות ואחריות, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1998, עמ' 8-7.
8. מנחם מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת, עם עובד, המכללה האקדמית ספיר, אוניברסיטת תל-אביב, תל-אביב, 2008, עמ' 131-132.
9. מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, עמ' 166.
10. שם, עמ' 167.
11. שם, עמ' 18.
12. אהרן ברק, מבחר כתבים, כרך א, 401, 415-416.
13. מצוטט אצל גדעון ספיר, המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד, אוניברסיטת בר-אילן, אוניברסיטת חיפה וידיעות אחרונות, 2010, עמ' 70, הערה 107.
14. קלוד קליין, "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – הערכה נורמטיבית ראשונה", המשפט א (1993), עמ' 123.
15. ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) (1995), פס' 63 לפסק דינו של השופט חשין.
16. בשירו "תרגיל בהתעוררות". לקריאה נוספת על המהפכה החוקתית: ספיר, המהפכה החוקתית; דניאל פרידמן, הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה, תל-אביב: ידיעות אחרונות, 2013.
17. National Human Rights Institutions:
- History, Principles, Roles and Responsibilities, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, New York and Geneva, 2010. P.7.
18. רחל בנוימן, נציבות זכויות אדם בישראל – מחקר השוואתי ומודל מוצע, מרכז מינרבה לזכויות אדם, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשס"א, עמ' 3.
19. בנוימן, נציבות זכויות אדם בישראל, עמ' 4.
20. Chart of the Status of National Institutions, Global Alliance of National Human Rights Institutions, August 2018.
21. ראו על כך בכתבתו של עקיבא אלדר "כך נקברה נציבות זכויות האדם במגירה של כבוד השר", הארץ, 26.03.2002.
22. אלי מרזל, מתן גוטמן, ואלון רודס "ממבקר המדינה לנציגי זכויות האדם - דרך קצרה והכרחית", עיונים בביקורת המדינה 63, עמ' 70.
23. שם, עמ' 72.
24. מתוך הקדמתו לדו"ח השנתי של "נציגי תלונות הציבור", מס' 27, שנת 2000. אחרי פרסומו הצהיר המבקר לשעבר מיכה לינדנשטראוס בהקדמתו ל"נציגי תלונות הציבור - דוח שנתי 35 לשנת 2008" כי "הנציבות תתמיד במאמציה להצדיק את אמון הציבור בה כמוסד התורם להגנה על זכויות אדם". ראו גם מרים בן-פורת, "נציגי תלונות הציבור כמגן הדמוקרטיה וחכויות האדם", ספר תמיר, בורסי, (1999), עמ' 43-60.
25. עניין בנק המזרחי, פס' 35 לחוות דעתו של הנשיא אהרן ברק.
26. ספיר, המהפכה החוקתית, עמ' 89-92.
27. מרזל, גוטמן ורודס, ממבקר המדינה לנציגי זכויות האדם, עמ' 63.
28. מצוטט שם, עמ' 64.
29. שם.
30. שם, עמ' 65.
31. אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א 9, 10 (התשנ"ב).
32. שם, עמ' 12.
33. מרזל, גוטמן ורודס, "ממבקר המדינה לנציגי זכויות האדם", עמ' 65.

34. אהרן ברק, "מבקר המדינה וזכויות האדם בישראל", **עיונים בביקורת המדינה**, 63 (2018), עמ' 40.
35. מרזל, גוטמן ורודס, "ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם", עמ' 65.
36. שם, עמ' 68.
37. שם, עמ' 66.
38. שם, עמ' 67.
39. מיכל טמיר, **מבט ביקורתי על ביקורת המדינה**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 81, ירושלים: 2009, עמ' 38.
40. תחת הכותרת "שמירה על זכויות הפרט" נכתב: "בדיקת עמידתם של הגופים המבוקרים בנורמות החוקתיות והחוקיות בדבר הגנה והגשמה של זכויות אדם, המתחייבות מחוקי היסוד, מההסדרים החוקיים ומפסיקת בתי המשפט". זמין במרשתת.
41. סקירה של יהושע רוט ממשרד מבקר המדינה; מצוטט אצל טמיר, **מבט ביקורתי על ביקורת המדינה**, עמ' 106.
42. מרזל, גוטמן ורודס, "ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם", עמ' 69.
43. בג"ץ 9223/10, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסקה 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
44. ברק, **מבקר המדינה וזכויות האדם בישראל**, עמ' 41.
45. מרזל, גוטמן ורודס, ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם, עמ' 68.
46. יוסף שפירא, **ההגנה על זכויות האדם בביקורת המדינה בעידן החוקתי**, נאום בבית הנשיא, 29.4.15. זמין במרשתת.
47. מרזל, גוטמן ורודס, ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם, עמ' 68.
48. שפירא, **ההגנה על זכויות האדם בביקורת המדינה בעידן החוקתי**.
49. מרזל, גוטמן ורודס, "ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם", עמ' 68.
50. ראו על כך במאמרו של אלעד ליסון, "דת אורחית ותיאולוגיה פוליטית: על מעמד המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל", **עלי משפט** יד, 2018, עמ' 60.
51. אהרן ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה**, תשנ"ג, עמ' 576.
52. דו"ח מבקר המדינה, "מבצע 'צוק איתן' – פעילות צה"ל בהיבטים של המשפט הבין-לאומי בעיקר בנוגע למנגנוני הבדיקה והבקרה של הדרג האזרחי והדרג הצבאי", 2018, עמ' 15. ראו ביקורת חריפה על הדו"ח
53. אצל יגאל כנען, "רב אלוף יוסף שפירא: מבקר המדינה מנסה לכבוש את צה"ל", **אתר מידה**, 22.3.18.
54. מבקר המדינה, דו"ח שנתי 68 ג, כך שלישי, "משרד הפנים, רשות האוכלוסין וההגירה, הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל", 2018, עמ' 1450.
55. שם, עמ' 1451.
56. שפירא, **ההגנה על זכויות האדם בביקורת המדינה בעידן החוקתי**.
57. מאוטנר, **משפט ותרבות בישראל**, עמ' 132.
58. שם, עמ' 133–136.
59. ברק, **מבקר המדינה וזכויות האדם בישראל**, עמ' 41.
60. שפירא, **ההגנה על זכויות האדם בביקורת המדינה בעידן החוקתי**.
61. ראו על כך במאמרה של רות גביון, "על היחסים בין זכויות אורחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות", **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל**, 2004, עמ' 25–67; אבי בן-בסט, מומי דהן, **זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית**, מחקר מדיניות 49, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2004.
62. ראו למשל אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", **משפט וממשל** ד, עמ' 133–160; עלי זלצברגר ואלכסנדר קדר, "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית", **משפט וממשל** ד, עמ' 489–520.
63. ראו על כך אצל ספיר, **המהפכה החוקתית**, עמ' 113–115; יורם רבין ויובל שני, "הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו", **זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל**, רמות – אוניברסיטת תל-אביב, 2004, עמ' 11–14.
64. ספיר, **המהפכה החוקתית**, עמ' 115.
65. מרזל, גוטמן ורודס, **ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם**, עמ' 69.
66. שפירא, **ההגנה על זכויות האדם בביקורת המדינה בעידן החוקתי**.
67. סלים ג'ובראן, "תפקידו של מבקר המדינה בהגנה על זכויות אדם – זכויות חברתיות כמקרה בוחן", **עיונים בביקורת המדינה** 63, 2018, עמ' 47.
68. טלי ניר, **בין מימוש ליבוש: שיטות ממשלת ישראל לצמצום השירותים החברתיים**, האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2012, עמ' 3.
69. שפירא, **ההגנה על זכויות האדם בביקורת המדינה בעידן החוקתי**.
70. יוסף שפירא, בכנס "מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בסביבה חברתית משתנה" (המרכז הבינתחומי הרצליה, 11.7.2013), מצוטט אצל מרזל, גוטמן ורודס, "ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם", עמ' 71.

78. טלי חרותיסובר, "תחקיר 'מבט שני' על מבקר המדינה: 'מוסד שהולך ונחלש, מעמדו הציבורי נמצא בשפל חדש'", *TheMarker*, 25.1.2017; חן מענית, "אי-אמון במבקר המדינה? ירידה במספר תלונות הציבור", *גלובס*, 6.7.2017; גלעד צוויק, "הנתונים שמבקר המדינה ניסה להסתיר", *מידה*, 6.7.2017.
79. בן-פורת, "נציב תלונות הציבור כמגן הדמוקרטיה וזכויות האדם", עמ' 50.
80. מנחם הופנונג, "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית", *משפטים כח* (1997), עמ' 232–233.
81. דבר המנכ"ל אלי מרזל, *עיונים בביקורת המדינה* 63, עמ' 3.
70. <https://www.youtube.com/watch?v=pkbuwvVZLSE>.
71. מרזל, גוטמן ורודס, "ממבקר המדינה לנציב זכויות האדם", עמ' 70.
72. שם.
73. שם, הערת שוליים מס' 80.
74. שם, עמ' 73.
75. ספיר, *המהפכה החוקתית*, עמ' 174, 177.
76. מצוטט אצל ספיר, שם.
77. "שאלות ותשובות עם מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, השופט (בדימוס) יוסף שפירא", *עיונים בביקורת המדינה* 63, עמ' 8.