ביקורת המדינה, נציבות תלונות הציבור והטמעת עקרון השוויון בישראל

סלים ג'ובראן*

תקציר

בישראל לא פועל מוסד לאומי רשמי להגנה על זכויות האדם. מאמר זה מתאר כיצד מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור יכול וראוי למלא גם את התפקיד האמור לעיל של מוסד לאומי לשמירה על זכויות אדם, וכיצד הוא למעשה ממלא תפקיד זה בפועל.

בפרק הראשון של המאמר מתוארים המקורות הנורמטיביים לפעולת מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור המסמיכים את מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לדון בחוקיות של פעולות הגופים המבוקרים. נוסף על כך, לנציב תלונות הציבור סמכות מיוחדת לדון במקרים של אי-צדק בולט ונוקשות יתרה. הסמכה זו שבחוק מאפשרת בחינת עוולות חוקתיות, גם כאשר הגופים המבוקרים פועלים על פי החוק היבש. נוכח ההוראות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעת בחינת פעולותיהן של רשויות המינהל מוטלת על מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור החובה לפעול באופן אקטיבי לשם הגנה על זכויות האדם ולהפעיל את סמכויותיו להבטחת קידומן ומימושן של הזכויות החוקתיות.

בפרק השני של המאמר מתוארים היתרונות שיש למוסד ביקורת המדינה ונציבות תלונות הציבור במילוי תפקיד זה, כגון האפשרות לבחון את האיזון החוקתי שערכה הרשות בכלים שונים מאלו שיש למערכת בתי המשפט; אופי העבודה של מוסד ביקורת המדינה ונציבות תלונות הציבור, אשר מאפשר הצגת תמונת מצב רחבה; ונגישות המוסד לכלל הציבור, ובכלל זה לאנשים הנמנים עם אוכלוסיות מוחלשות.

הפרק השלישי דן בחשיבות ערך השוויון ובשאלה כיצד בפועל ביקורת המדינה ונציבות תלונות הציבור ממלאות תפקיד בשמירה על ערך זה, לעיתים תוך תיקון מערכתי של נהלים וכללים שיצרו תוצאה מפלה. נוסף על כך מודגש בפרק כי לביקורת המדינה ונציבות תלונות הציבור תפקיד חשוב בהגברת אכיפת פסקי דין שקבעו נורמות כלליות בנוגע לשוויון.

* סלים ג'ובראן הוא שופט (דימ') בית המשפט העליון ולשעבר המשנה לנשיאת בית המשפט העליון.

מבוא | סמכותו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בתחום ההגנה על זכויות האדם | היתרון המוסדי של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בתחום זכויות האדם | מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור וההגנה על הזכות לשוויון | סיכום

מבוא

בישראל לא פועל מוסד לאומי רשמי להגנה על זכויות האדם.[1] בסוף שנות השמונים של המאה העשרים החלה בעולם תנופת הקמה של מוסדות לאומיים אלה, וכיום הם פועלים בכ-120 מדינות, ו-60 מדינות נוספות החלו לפעול להקמתם.[2] לפי הגדרתו של האו"ם, מוסדות לאומיים להגנה על זכויות האדם הם מוסדות מדינתיים שאינם בתי משפט, אשר מחזיקים במנדט חוקתי או חוקי להגן על זכויות אדם ולקדמן.[3]

ברשימה זו אטען, בדומה לאחרים לפניי, כי חלף מוסד לאומי רשמי לזכויות אדם התפתח בישראל דגם ייחודי של מוסד ביקורת המדינה ונציבות תלונות ציבור (אומבודסמן), אשר משמש בפועל כנציב זכויות האדם של מדינת ישראל.[4] ברשימה קצרה זו אתמקד בתרומתו של מוסד זה להגנה על עקרון השוויון במדינת ישראל ולביצורו, ואעמוד על היתרון המוסדי הייחודי של מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בשמירה על עקרון השוויון במציאות הישראלית המורכבת.

סמכותו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בתחום ההגנה על זכויות האדם

סמכותו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, בדומה לסמכויות של שלוש הרשויות הקלסיות במשטר הדמוקרטי - הרשות המחוקקת, הרשות השופטת והרשות המבצעת - מעוגנת במפורש במישור החוקתי בחוק-יסוד: מבקר המדינה. לאור זאת, מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור הוא "שחקן חוקתי" בעל תפקיד חשוב בהגנה על ערכי הדמוקרטיה בישראל ובהבטחת שימורם של האיזונים והבלמים במשטר זה. סמכויותיו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור אומנם אינן משוריינות מהבחינה הפרוצדורלית, אך כשאר חוקי היסוד ניתן לשנותן רק באמצעות חוק יסוד.[5]

---

1 נתן מיליקובסקי **פרויקט מוסד זכויות אדם מדינתי - דוח מסכם** (2019).

2 SONIA CARDENAS, CHAINS OF JUSTICE: THE GLOBAL RISE OF STATE INSTITUTIONS FOR HUMAN RIGHTS 7-9 (2014). ראו: STÉPHANIE LAGOUTTE, ANNALI KRISTIANSEN & LISBETH A. N. THONBO, REVIEW OF LITERATURE ON NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS 1 (2016). ראו גם: ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS 993-994 (2009), שם מתארים הכותבים 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".

3 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").

4 להרחבה ראו אלי מרזל, מתן גוטמן ואלון רודס "ממבקר המדינה לנציב זכויות אדם - דרך קצרה והכרחית" **עיונים בביקורת המדינה** 63, 49 (2018).

5 מרים בן-פורת **חוק-יסוד: מבקר המדינה** 73 (פירוש לחוקי-היסוד, יצחק זמיר עורך, 2005).

בעידן החוקתי נודעת חשיבות רבה לעובדה כי סמכותו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור נכללת בהסדרים החוקתיים. מעמדו החוקתי של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור משפיע על האפשרות לשנות את סמכותו החוקתית[6] או לפגוע בה,[7] ויש לכך חשיבות בכל הקשור לפרשנות סמכותו החוקתית. האם ניתן ללמוד מכך כי למבקר המדינה ונציב תלונות הציבור יש סמכות לבחון את פעולתם של הגופים המבוקרים והנילונים בהתאם לזכויות האדם החוקתיות? האם סמכותו החוקתית מאפשרת לו לפקח באופן אפקטיבי ודומיננטי על ההליך המינהלי ועל ההחלטות המינהליות? האם מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור יכול לראות עצמו כ"נציב זכויות האדם" במדינת ישראל? לדעתי התשובה לשאלות אלה היא חיובית.[8]

ניתן ללמוד על סמכותו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לפקח באופן אפקטיבי ודומיננטי על ההליך המינהלי ועל תוכן ההחלטות המינהליות - ובתוך כך לבחון את פעולותיהם של הגופים המבוקרים בראי זכויות האדם החוקתיות - מהסמכות המעוגנת בסעיף 2(ב) לחוק-יסוד: מבקר המדינה, הקובע כי "מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות [של הגופים המבוקרים]". כך עולה גם מסמכות בירור התלונות המעוגנת בסעיף 37 לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב], אשר קובע שניתן להגיש תלונה על מעשה שהוא "בניגוד לחוק או ללא סמכות חוקית או בניגוד למינהל תקין, או שיש בו משום נוקשות יתירה או אי-צדק בולט; לעניין זה, 'מעשה' - לרבות מחדל ופיגור בעשיה". סמכות זו מעניקה למבקר כר פעולה רחב, שבגדרו הוא יכול למצוא פגמים בשיקול הדעת המינהלי גם כאשר ההחלטה המינהלית מעוגנת בהוראות הדין הפורמליות אך תוצאותיה לפרט קשות או בלתי הוגנות, באופן המחייב חשיבה מחודשת מצד הרשות המינהלית.

נוקשות יתרה ואי-צדק בולט הם מושגי שסתום המאפשרים לנציב תלונות הציבור בחינה מעמיקה של ההחלטה המינהלית לגופה, גם אם אין בנמצא עילה משפטית ברורה ופורמלית שאותה הפרה הרשות המינהלית:

> ליקויים שביקורתם הולמת במיוחד את תפקידו של האומבודסמן. אי-תקינות המינהל, התנהגות נוקשה מדי של הרשות או מעשה בלתי־צודק (אף אם אינו בלתי חוקי) כשאי־הצדק נראה לעין, עשויים לפגוע בפרט לא פחות מפעולה ללא סמכות או החלטה הנגועה בטעות משפטית. בתי המשפט וטריבונלים מינהליים לא תמיד מוסמכים או מוכנים לברר ליקויים כאלה. מלאכת האומבודסמן תוכל, איפוא, למלא את החלל.[9]

אי-צדק בולט ונוקשות יתרה הם מושגים שיש לפרשם, בדומה למושגי השסתום תום הלב, תקנת הציבור ורשלנות, ולהעניק להם מובן עדכני ההולם את הערכים החוקתיים המעוגנים בחוקי היסוד. הנשיא ברק עמד על כך שמושגים אלה הם דוקטרינות, אשר משמשות "כלים שבאמצעותם מוזרמים עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אל תוך המשפט הפרטי".[10] עיקרון זה נכון גם לגבי עילות הבחינה של הנציב בדבר אי-צדק בולט ונוקשות יתרה. על מבקר המדינה בכובעו כנציב תלונות הציבור להעניק למושגים אלה את משמעותם הראויה והנכונה. המחוקק לא השחית מילותיו לריק, ולא בכדי הוענקה לנציב תלונות הציבור סמכות כה ייחודית לבחון את פעולות המינהל באזמל דק, ולאו דווקא בכלים משפטיים פורמליים.

---

6 אפשר לשנות את סמכותו החוקתית רק בחוק יסוד.

7 בג"ץ 5113/12 **פרידמן נ' כנסת ישראל** (2012).

8 ראו אהרן ברק "מבקר המדינה וזכויות אדם בישראל" **מבחר כתבים כרך ג - עיונים חוקתיים** 81 (2017).

9 יצחק קלינגהופר "נציב תלונות הציבור" **משפטים** ד 148, 152 (1972).

10 בע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 532 (1992).

הינה כי כן, סמכותו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור להגן על ערכי המשטר הדמוקרטי, ובראשם עקרון שלטון החוק וזכויות האדם, היא סמכות חוקתית. פעולה של גוף מבוקר או נילון הנתון לביקורתו של המבקר והנציב אשר פוגעת באופן בלתי מידתי בזכויות האדם היא פעולה בלתי חוקית, בלתי צודקת ובעלת נוקשות יתרה, ועל מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לבקרה ולהצביע לפני הרשות על הפגמים שבה. בדומה לכך, פעולה של גוף מבוקר שאינה מאזנת כראוי בין האינטרסים השונים, אינה מעניקה משקל ראוי לזכויות הפרט ובוחרת לפעול מחוץ למתחם הסבירות היא פעולה בלתי חוקית ובלתי צודקת, ועל מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לומר את דברו במצבים מסוג זה. בגדר סמכותו, על מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לבחון אם פעולות של גוף מבוקר אינן מאזנות כראוי בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל.

על כן, לביקורת המדינה ולנציבות תלונות הציבור יש תפקיד חשוב ביותר במשטר הדמוקרטי הישראלי בעידן החוקתי. על מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לבחון אם פעולות הגופים המבוקרים נעשות בהתאם לדיני זכויות האדם החוקתיות, ואם מתגלה פגיעה בזכויות - קרי, שפעילות הגופים המבוקרים והנילונים אינה עולה בקנה אחד עם דינים אלה - עליו לבחון את חוקיותה בהתאם לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. עמד על כך פרופ' ברק במאמר שהוקדש לנושא זה:

> 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.[11]

לא זו בלבד שהפעולה של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בתחום זכויות האדם היא ראויה ואפשרית מכוח סמכותו החוקתית והחוקית, אלא שהיא, לדעתי, גם מתחייבת. סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". לזכויות החוקתיות יש שני היבטים - שלילי וחיובי.[12] מההיבט השלילי, מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור מחויב שלא לפגוע בזכויות החוקתיות הקבועות בחוקי היסוד, ואם הוא פוגע בהן - עליו לפעול במידתיות בהתאם לפסקת ההגבלה, על מנת שפגיעותיו בזכויות יהיו חוקתיות. מכוח חובה זו, למשל, על נציב תלונות הציבור להעניק זכות טיעון למי שעלול להיפגע ממסקנותיו. לצד ההיבט השלילי של איסור פגיעה, מחויב מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לפעול גם באופן אקטיבי לשם הגנה על זכויות האדם,[13] ולהפעיל את סמכויותיו להבטחת קידומן ומימושן של הזכויות החוקתיות. על מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לפרש את סמכותו החוקתית לערוך ביקורת ולברר את תלונות הציבור בהתאם לחובתו זו. כשם שהחובה לקדם את זכויות האדם מוטלת על כל רשות שלטונית כחלק ממימוש הסמכויות הנתונות לה בדין, גם מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור מחויב לעשות כן במסגרת סמכויותיו. על כן, בקביעת תוכנית העבודה של עבודת הביקורת ולצורך מלאכת בירורן של תלונות הציבור, על מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור להגן על זכויות האדם ולפעול למימושן ולקידומן.

---

11 אהרן ברק "מבקר המדינה וזכויות האדם בישראל" **עיונים בביקורת המדינה** 63, 37 (2018).

12 שם, בעמ' 513.

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

היתרון המוסדי של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בתחום זכויות האדם

בתי המשפט בוחנים רק את חוקיות הפעולות של הרשות במובנן הצר, קרי: אם האיזון שערכה הרשות הוא האיזון הסביר, הנופל במתחם הסבירות או המידתיות. לעומת זאת, מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור מוסמך לבחון אם האיזון שביצעה הרשות הוא האיזון הרצוי. על תפקידו הרחב של מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור עמדה מבקרת המדינה לשעבר, השופטת (בדימ') מרים בן-פורת, 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.[14]

מכאן שעל מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור גם לבחון את צדקתה של ההחלטה המינהלית לגופה, ולשאול אם היא אינה נוקטת נוקשות יתרה או שמא היא מגלה אי-צדק בולט. לא רק שורת הדין עומדת כנורמה לפני המבקר והנציב, אלא גם השאלה אם היה על הרשות לנהוג "לפנים משורת הדין". אל לו לנציב תלונות הציבור לוותר על השימוש בנורמות חשובות אלה, וחובה עליו לבחון את ההחלטות המינהליות לא רק מבעד לשאלה הפורמלית של הדין הצר, אלא גם מבעד לעקרונות ולערכים הנמצאים בבסיס הוראות הדין. בהקשר זה ניתן לזהות שלושה תפקידים חוקתיים הייחודיים למבקר המדינה ונציב תלונות הציבור.

התפקיד הראשון הוא, כאמור, בחינת האיזון החוקתי שנעשה בפעילות הרשות. מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור אינו חייב להסתפק בבחינת האיזון הסביר, וביכולתו להצביע על החלטות שבהן ניתן משקל חסר לזכות זו או אחרת, או על פעולות המובילות, הלכה למעשה, לפגיעה בזכות אדם. קביעה זו אין משמעותה כי החלטת הרשות הייתה לא חוקית, אך היא מבקשת להראות לרשות כי היה ביכולתה לקדם הגנה חזקה וטובה יותר על זכויות האדם.

שנית, תפקידו של נציב תלונות הציבור הוא אינקוויזיטורי, וביכולתו לבחון ולחקור את הרשות ועובדיה ביחס לתלונה שהוגשה לו, לצד ייזום ביקורת רוחב על הגופים המבוקרים בכובעו כמבקר המדינה, בהתאם לשיקול דעתו, לרבות ביקורות רוחביות וביקורת מעקב. לאור אלו, לפני מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור עומדת תמונה רחבה של מצב זכויות האדם בגוף המבוקר או הנילון, כזו העולה הן מדוחות הביקורת והן מהליכי בירור התלונות שמעלים גם כשלים מערכתיים - זאת בשונה מבית המשפט, הדן רק בעתירות נקודתיות המגולגלות לפתחו על-ידי מי שהופרו זכויותיו, ומשכך אינו יכול ליזום מהלך של הגנה רוחבית על זכויות האדם. כך למשל, בעקבות תלונות פרטניות על אודות חסימות של משתמשים ברשת הפייסבוק (Facebook) על ידי אישי ציבור ורשויות מקומיות, קבע נציב תלונות הציבור כי מדובר בבעיה מערכתית המצריכה טיפול מערכתי, וכי על גוף ציבורי או איש ציבור המפעיל דף פייסבוק ציבורי לפרסם מדיניות בדבר השימוש בדף ולקבוע נהלים:

> על נוהלי השימוש לעלות בקנה אחד עם הזכות לחופש הביטוי ולכלול אמצעי תגובה מידתיים שיינקטו נגד המפרים את מדיניות השימוש בדף, כגון אזהרה קודם מחיקה או חסימה לזמן מוגבל בתגובה על ההפרות הראשונות.

---

14 מרים בן-פורת "מבקר המדינה ופסיקת בית המשפט העליון" **ספר זיכרון לגד טדסקי - מסות במשפט אזרחי** 93, 98 (תשנ"ו).

עוד הוא קובע שהסנקציות צריכות להיות מנומקות ויש לתעד את הטלתן.[15]

שלישית, מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור מסוגל לשמש פה למי שמתקשים למצוא אוזן קשבת בגופים המבוקרים ולתת מקום גם לזכויות האדם של הקבוצות החלשות והמוחלשות ביותר. היכולת של המבקר ליזום ביקורת באופן אקטיבי או לחקור תלונות ציבור מאפשרת לו להסיט את הזרקור אל קבוצות אוכלוסייה שאינן זוכות לבמה ואשר זכויות האדם שלהן נפגעות, גם אם לא בכוונת מכוון. היבט זה חשוב במיוחד בעבודתו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, שכן המבחן האמיתי להפנמתן של זכויות האדם הוא ההגנה על אותם יחידים וקבוצות שאינם יכולים לעמוד על זכויותיהם, ואשר מתקשים להעלות את טענותיהם לפני בתי המשפט או הרשויות.

ההגנה על זכויות האדם סובלת מבעיה מובהקת של חוסר נגישות לצדק ואכיפה מופחתת, במיוחד כאשר עסקינן בזכויות של אוכלוסיות מוחלשות. רמת נגישותן של קבוצות אלה לבתי המשפט היא נמוכה, ובעניינן נחוץ אם כן טיפול שונה ואינטנסיבי. ארגוני זכויות אדם יכולים לנסות ולתקן עוולות במקרים מעטים בלבד, וההליך השיפוטי אורך זמן רב ומצריך משאבים רבים. נוסף על כך, חלק מן הפגיעות אינן מתבטאות בהפרות חוק ברורות אלא בחוסר יעילות, זלזול והיעדר תשומת לב לצורכיהן של קבוצות אוכלוסייה אלה. יתרונו הגדול של הליך בירור תלונות הציבור הוא בנגישות הקלה של נציבות תלונות הציבור למתלונן. כמו כן, ביכולתו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור לאסוף עובדות וראיות ביעילות תוך שיתוף פעולה עם הרשות, בתהליך מהיר, ללא צורך בעילה משפטית דווקנית לצורך התערבות, תוך מעקב אחר יישום ההערות וללא עלות ובירוקרטיה. מכאן היתרון המוסדי העצום של מוסד מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור בשדה זכויות האדם.[16]

על דברים אלה, ובייחוד על היתרון של מוסד האומבודסמן, עמד בית המשפט העליון של קנדה:[17]

> 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.

15 ראו נציב תלונות הציבור **דוח שנתי 43 לשנת 2016** 37 (2017).

16 סלים ג'וברא"ן "מבקר המדינה כמגן הזכויות החברתיות" ICON-S-IL Blog (10.12.2019). לגרסה נוספת של דברים אלו ראו סלים ג'וברא"ן "תפקידו של מבקר המדינה בהגנה על זכויות אדם - זכויות חברתיות כמקרה בוחן" **עיונים בביקורת המדינה** 63, 43 (2018).

17 British Columbia Development Corporation v. Friedmann (Ombudsman), [1984] 2 S.C.R. 447, 459-460.

מצב דברים זה השפיע ישירות על התפתחותם של מוסדות בירור תלונות הציבור:

> 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.[18]

מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור וההגנה על הזכות לשוויון

מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור מחזיק ביתרון מובהק בבחינתן של סוגיות הנוגעות להפרת הזכות לשוויון. הזכות לשוויון היא חלק בלתי נפרד מהמשפט הישראלי,[19] ומאז קום המדינה חזר בית המשפט העליון וקבע כי השוויון הוא "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".[20] הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם, ואין תחושה קשה יותר עבורו מאשר תחושת האפליה הבלתי מוצדקת. בית המשפט קבע כי השוויון:

> מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם.[21]

לעקרון השוויון פנים רבות, אשר המשותף להן הוא "האיסור על הבחנה בלתי עניינית בין שווים - היא ההפליה".[22] מכאן שעקרון השוויון אינו מחייב זהות בטיפול בכל אדם ואדם, אלא תפיסת השוויון משמעותה יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים:

---

18 שם, בעמ' 461. על היתרונות שבפנייה לנציב תלונות הציבור על פני נקיטת הליך שיפוטי ראו: אליעזר גולדברג "נציבות תלונות הציבור - עקרונות ויישומם" **עיונים בביקורת המדינה** 59, 9 (2002). כך נאמר גם בהצעת החוק 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 מבקר המדינה (תיקון מס' 5), התשכ"ט-1969, ה"ח 403, בעמ' 402).

19 בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995).

20 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969).

21 בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988).

22 בע"מ 919/15 **פלוני נ' פלוני** (נבו 2.7.2017).

> הפליה משמעותה יחס שונה אל שווים ויחס שווה אל שונים... לעתים לשם השגת השוויון נדרש לפעול מתוך שונות. לא כל טיפול שונה הוא טיפול מפלה. עקרון השוויון מבוסס אפוא על תפיסת הרלוונטיות.[23]

היטיב להביע זאת הנשיא אגרנט, בציינו:

> המושג "שוויון", בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לענין המטרה הנדונה, "טיפול שווה" (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרות הטיפול.[24]

משנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכרה הזכות לשוויון כחלק מזכותו של האדם לכבוד על פי מודל ביניים של הנשיא ברק.[25] עמדתי על חשיבותה הרבה של הזכות לשוויון ותוכנה באחת הפרשות:

> הזכות לשוויון, כידוע, נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... על-פי גישה זו, השוויון מוסבר באמצעות מושג הרלבנטיות, ולא מאפשר להבחין בין אנשים מטעמים לא עניינים... כאשר נערכת הבחנה מטעמים שאינם רלבנטיים הרי זו הפליה. נהוג להבחין בין שני סוגים של הפליה. הפליה מסוג אחד עלולה להתקיים כאשר ההבחנה האסורה לוקה בחוסר רלבנטיות בהיותה שרירותית ובכך טועה להבחין כראוי בין פרטים. ההפליה מסוג נוסף יכולה להיעשות על בסיס קטגוריות זהות מוגדרות כגון לאום, גזע, או שיוך עדתי. הפליה זו מכונה בפסיקה "הפליה גנרית", והיא נתפסת כהפליה קשה שעולה כדי פגיעה בכבוד האדם.[26]

פעמים רבות הוכחת הפגיעה בשוויון היא קשה ומורכבת. הפגיעה בשוויון אינה נמדדת בכוונת להפלות, שהרי פעמים רבות הכוונות טובות ונכונות, אלא היא נמדדת במבחן התוצאה המפלה, ללא קשר לשאלה אם הייתה כוונה להפלות או לאו. התנהגות לא שוויונית די בה כדי להצביע על התנהגות לא חוקית, ואין צורך להוכיח כוונה סובייקטיבית להפלות.[27] תוצאה שאינה שוויונית די בה כדי להצביע על התנהגות לא ראויה:

> בכך נותנת החברה ביטוי לסלידתה מיצירת סטריאוטיפים... ההתנהגות הפסולה היא אם כך אובייקטיבית, ואין אנו בוחנים את כוונת מבצעה, הן אם לא התכוון להפלות, הן אם כוונתו הייתה טובה... הנה-כי-כן, הן בגלל הקושי להוכיח כוונה ובעיקר בגלל מקומה של הזכות לשוויון בסולם הערכים שלנו, אין לדרוש הוכחת כוונה.[28]

הוכחת התוצאה המפלה אינה פשוטה - בוודאי כאשר בוחנים תקנות, נהלים, תוכניות ציבוריות וביצוע של החלטות ממשלה מורכבות. פעמים רבות נהלים ונורמות שנקבעו על ידי רשויות המדינה מבוססים על רציונלים שנראים על פניהם הגיוניים ורלוונטיים, ואולם תוצאתם מפלה וקשה. בנקודה זו יש יתרון מוסדי עצום למבקר

---

23 בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, נח(2) 358 (2004).

24 ד"נ 10/69 **בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל**, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971).

25 בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פסקאות 36 - 40 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006).

26 בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (נבו 17.9.2014).

27 בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עירית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988); בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי**, פ"ד מד(4) 749 (1990); בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 654; בג"ץ 7052/03 **עדאללה נ' שר הפנים**, בפס' 51 (2006).

28 דב"ע נו/ 3-129 **פלוטקין נ' אחים אייזנברג בע"מ**, פד"ע לג 481, 492 - 495 (1997).

המדינה ונציב תלונות הציבור: בזכות דרך הפעולה החקירתית ביכולתו לשאול את השאלות הנכונות ולקבל את המידע הנדרש מכמה רשויות במקביל, ובכך ביכולתו לסייע בבחינת תוצאות מפלות של יישום נורמות והחלטות של רשויות המינהל הציבורי. עיון בדוחות נציב תלונות הציבור מהשנים האחרונות מדגים יפה כיצד בכוחה של הנציבות לתקן עוולות של פגיעה בשוויון, תוך תיקון מערכתי של נהלים וכללים שיצרו תוצאה מפלה וקשה.

כך למשל, בדוח מספר 45 של נציב תלונות הציבור מתוארת תלונה של אישה בת 62 שקיבלה תעודת עיוור, וביקשה לקבל דמי ליווי כסיוע ליציאה למקום עבודתה.[29] בקשתה של המתלוננת נדחתה נוכח ההנחיה הקובעת שנשים אינן זכאיות לקבל דמי ליווי אם קיבלו תעודת עיוור לאחר גיל 62, שהוא גיל הפרישה משוק העבודה לנשים, ללא קשר לשאלה אם הן עובדות בפועל אם לאו. המתלוננת טענה שיש הפליה בזכאות לדמי ליווי בין נשים לגברים, שמקבלים תעודת עיוור עד גיל 67, וממילא מקבלים עד גיל זה דמי ליווי. משרד העבודה טען בתגובה כי אין כל כוונה להפלות, וכי נהליו מבוססים על ההגדרות בחוק גיל פרישה, התשס"ד-2014, אשר מבחין בין גיל הפרישה לגברים לגיל הפרישה לנשים. נציבות תלונות הציבור, בצדק רב, לא קיבלה טיעון זה. היא מצאה שתכליתם של דמי הליווי היא לסייע הן לגברים והן לנשים בעלי לקות ראייה במילוי צורכיהם המוגברים, ואין הצדקה להבחנה ביניהם בעניין קבלת דמי הליווי. עוד מצאה הנציבות שמשרד העבודה לא נתן טעם שיש בו כדי לשכנע שההפליה בין המינים בנוהלי המשרד היא עניינית ומתחייבת מנסיבות העניין. הנציבות הטעימה כי חוק גיל פרישה, התשס"ד-2004, מיטיב למעשה עם הנשים, ואולם השימוש שנעשה בנוהלי המשרד בחוק גיל הפרישה כאמת מידה לזכאות לדמי ליווי פוגע בנשים ומפלה אותן לרעה. המשרד בחן את עמדת הנציבות וקיבל את הטענה כי הנוהל מפלה, ובכך הושג תיקון כללי-מערכתי ובוטל הנוהל הלא-שוויוני.

דוגמה נוספת הממחישה את חשיבות פעילות נציב תלונות הציבור בשדה ההגנה על הזכות לשוויון ניתן למצוא בבירור תלונה בנושא הדיור הציבורי שפורסמה בדוח השנתי מס' 44.[30] המתלונן, ערבי תושב העיר לוד שהינו אב לשישה, התגורר עם משפחתו בדירת דיור ציבורי בת שני חדרים בעירו. הוא פנה למשרד השיכון בבקשה לקבל דירה בת ארבעה חדרים שתתאים למשפחתו, אשר הוא זכאי לה נוכח מספרם של בני משפחתו. חרף זאת, הוא לא קיבל משך תקופה ארוכה דירה גדולה יותר. בבירור מעמיק של התלונה על ידי נציבות תלונות הציבור נחשפה מדיניות חמורה ביותר ומפלה של משרד הבינוי והשיכון, של התחשבות בקריטריון "צביון" הרחוב שבו נמצאת הדירה במסגרת הקצאת דירות בדיור הציבורי - כך שהמשרד אינו מקצה דירות לערבים בשכונות בעלות רוב יהודי, ולהפך. הנציבות העמיקה חקר ומצאה במסגרת בירור התלונה הפרטנית כי מדובר במדיניות גורפת בערים מעורבות. נמצא כי בשנת 2016 פסח המשרד על 87 זכאים ערבים בעיר בתל אביב-יפו ואכלס במקומם זכאים יהודים, ובדומה לכך פסח על 53 זכאים ערבים בעיר חיפה ואכלס במקומם 49 זכאים יהודים. הנציבות העירה למשרד כי מדובר במדיניות מפלה ופוגענית, המביאה בחשבון שיקולים זרים שאינם רלוונטיים להקצאה של דיור ציבורי. בעקבות הערות הנציב בוטלה המדיניות המפלה של המשרד, והמתלונן קיבל דירה בת ארבעה חדרים אשר לה היה זכאי לפי דין.

דוגמה נוספת ליכולותיה הייחודיות של נציבות תלונות הציבור לברר תלונות על הפליה, שייתכן מאוד שהיה קשה לבררן במסגרת הליך שיפוטי, מצויה בדוח נציב תלונות הציבור מס' 47.[31] המתלוננת היא עובדת עיריית ירושלים אשר משמשת מזכירה בבית ספר ערבי במזרח העיר. היא טענה כי על אף הוותק שלה, לא קידמה אותה העירייה לדרגה 8 - דרגת השיא במתח הדרגות במשרתה. במסגרת הבירור עלה כי עיריית ירושלים נקטה מדיניות מפלה

29 נציב תלונות הציבור **דוח שנתי 45 לשנת 2018** (2019).

30 נציב תלונות הציבור **דוח שנתי 44 לשנת 2017** (2018).

31 נציב תלונות הציבור **דוח שנתי 47 לשנת 2020** (2021).

בין בתי ספר במערב העיר לבתי ספר במזרחה. דרגת השיא למזכירה בבתי ספר במגזר היהודי עמדה על 8, ואילו דרגת השיא למזכירה בבתי ספר במגזר הערבי עמדה על 7. הנציבות קבעה בצדק רב כי אין הצדקה להבחנה בין שני המגזרים ולקביעת מתח דרגות שונה לאותה משרה. נראה כי מדובר היה בהבחנה שאינה רלוונטית ומפלה. העירייה קיבלה את עמדת הנציבות, ובעקבות כך הושווה מעמדן של מזכירות בבתי הספר במגזר הערבי למעמד המזכירות בבתי הספר במגזר היהודי.

לצד בירור תלונות פרטניות המובילות לתיקון רוחבי ומערכתי לשם הגשמת הזכות לשוויון, עוסק המבקר במסגרת הביקורת המערכתית בתחומים רבים המגבירים את מחויבותה של המדינה למימוש הזכות לשוויון. כך למשל, בשנת 2019 פרסם מבקר המדינה דוח מקיף על השירותים החברתיים לאוכלוסייה הערבית במזרח ירושלים.[32] בביקורת נמצא, בין היתר, כי בבתי הספר ובגני הילדים במערכת החינוך הרשמית במזרח ירושלים חסרות כ-2,000 כיתות, ובפועל תלמידים לא זוכים לממש את זכותם לחינוך חינם כמתחייב בחוק. מבקר המדינה ציין כי המחסור החמור בכיתות לימוד במערכת החינוך הרשמית במזרח ירושלים, אשר אינו מאפשר קליטת ילדים במוסדות חינוך רשמיים, מביא לידי פגיעה בזכותם החוקתית של ילדי האזור לשוויון בחינוך.

בדוח אחר עסק מבקר המדינה במצוקת הדיור הקשה ביישובי הערבים,[33] וממנו עלו ממצאים קשים לגבי הטיפול בהליכי תכנון ובנייה ביישובים אלה. נמצא כי שיעור הייצוג של האזרחים הערבים במועצה הארצית לתכנון ולבנייה, בוועדת התשתיות הלאומיות ובוועדות המחוזיות לתכנון ולבנייה הוא דל ביותר: רק 2 מחברי מליאת המועצה הארצית (כ-6%) הם נציגי האזרחים הערבים, ורק 4 מבין 54 חברי המליאות של ועדות התכנון המחוזיות במחוזות צפון, חיפה ומרכז (כ-7%) הם נציגי האזרחים הערבים. יתרה מכך, במליאת הוועדה המחוזית צפון רק אחד מ-17 החברים (6%) הוא בן החברה הערבית, אף שהאוכלוסייה הערבית מונה כ-54% מכלל האוכלוסייה במחוז. עוד נמצא כי תוכניות ממשלתיות רחבות-היקף ומתוקצבות היטב לא יושמו בפועל, ונשארו "על הנייר". כך למשל, בהחלטת הממשלה 922 נקבעה תוכנית מערכתית שבמסגרתה הוקצו כ-1.2 מיליארד ש"ח למימון תכנון מתארי, תכנון מפורט של קרקעות מדינה ושל קרקעות פרטיות, סבסוד הפיתוח של קרקעות מדינה, בניית מוסדות ציבור ושיווק קרקע מדינה למגורים - אך התוכנית לא מומשה בעיקרה: עדיין לא הוקמו ועדות מקומיות ברשויות המקומיות הערביות, דבר שהיה אמור לאפשר לרשויות עצמאות תכנונית; הליכי התכנון של קרקעות פרטיות נמשכים זמן ארוך יתר על המידה, וחסרות תוכניות מאושרות שניתן לבנות מכוחן יחידות דיור; ביישובים רבים אין עתודות קרקע מדינה זמינות לבנייה; וביישובים רבים לא שווקו קרקעות כדי לתת מענה לצורכי הדיור של תושבים אשר אין בבעלותם קרקעות.

דוגמה נוספת ליתרון המוסדי של ביקורת המדינה ונציבות תלונות הציבור נוגעת להגברת אכיפת פסקי הדין שקבעו נורמות כלליות בנוגע לשוויון. בפעולות הביקורת ובירור התלונות מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור יכול לשמש מנגנון ליישום החלטות שיפוטיות ולאכיפתן על ידי הרשות המבצעת וזרועותיה. פסיקותיו של בית המשפט ניתנות על רקע עתירות פרטניות שהוגשו אליו. פסקי הדין בנושאים הפרטיים פורסים בחלק מהמקרים, ובייחוד בפסיקות בג"ץ, יריעה נורמטיבית רחבה בתחומים שונים העולים מהעתירה. פעמים רבות הקביעות הנורמטיביות בפסקי הדין בדבר הפירוש הנכון של הדין הן קביעות כלליות המחייבות את הגופים המבוקרים, בייחוד עת עסקינן בפסיקותיו של בית המשפט העליון. ברוב המכריע של המקרים, הרשות המינהלית הנוגעת בדבר מבצעת את הצו האופרטיבי של פסק הדין במקרה הפרטני. אם הרשות אינה עושה כן, יש בידי העותר אפשרות לפעול לאכיפת הצו שניתן באמצעות פקודת ביזיון בית משפט. אולם במקרים רבים, הרשות שהייתה מעורבת בהליך המשפטי

32 מבקר המדינה **פיתוח וחיזוק מעמדה של ירושלים - חלק שני** (2019).

33 מבקר המדינה **דוח שנתי 69ב: פעולות הממשלה בנושא מצוקת הדיור ביישובי המיעוטים** (2019).

הפרטני ורשויות אחרות שלא היו מעורבות בו אינן מפנימות את השלכות הרוחב הנורמטיביות של פסק הדין, ואת הפרשנות הראויה של הדין העולה מההלכה הפסוקה. בתפר החשוב הזה בין ההוראות הנורמטיביות שנותן בית המשפט במקרה פלוני לבין המציאות בשטח מצוי מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור. תפקידה של ביקורת המדינה ונציבות תלונות הציבור הוא להבטיח כי הכללים הנורמטיביים שקבע בית המשפט מתורגמים על ידי הגופים המבוקרים הלכה למעשה.

דוגמה לכך ניתן למצוא בדוח ביקורת שעסק בהסדרי חניה ציבורית בתחומי הרשויות המקומיות ובהפעלתם.[34] בביקורת זו בחן המבקר, בין היתר, כיתוב תמרורים בערבית בערים שבתחום שיפוטן מתגוררים אזרחים ערבים. בית המשפט העליון קבע כי חובה על הרשויות המקומיות שבתחום שיפוטן מתגוררים אזרחים ערבים להשתמש בשפה הערבית, לצד העברית, בכל השלטים העירוניים.[35] לגבי לוחות הזמנים להוספת הכיתוב קבע בית המשפט שלושה טווחי זמן: לגבי שלטים חדשים ושלטים ישנים שהתבלו והם מוחלפים בחדשים, יש לפעול עם מתן פסק הדין; לגבי שלטים ברחובות ראשיים, במוסדות עירוניים וברחובות הצדדיים באזורים שבהם יש אוכלוסייה גדולה דוברת ערבית, יש לבצע זאת בתוך שנתיים; ולגבי שאר השלטים העירוניים, יש לבצע זאת בתוך ארבע שנים מיום מתן פסק הדין. בביקורת נמצא כי עיריית תל אביב-יפו לא קיימה את האמור בפסק הדין, כך שהתמרור הנוגע לחניה כתוב עברית בלבד. יתרה מזו, אף שבאזור יפו יש ריכוז ניכר של דוברי ערבית, למרות עמדת העירייה כפי שהוצגה בבג"ץ, ועל אף הזמן הרב שעבר מאז מתן פסק הדין - העירייה טרם הוסיפה לשלטים כיתוב בערבית, ובמועד כתיבת הביקורת הם היו כתובים בעברית בלבד. בביקורת עלה חשש כי רשויות מקומיות נוספות אינן מקיימות את הכללים הנורמטיביים שקבע בית המשפט. לכן ציין המבקר כי בהתחשב בפסיקת בג"ץ, על משרד הפנים ומשרד התחבורה להנחות את הרשויות המקומיות שבהן אוכלוסייה מעורבת בכל עניין הנוגע לכיתוב בשפה הערבית בתמרורים שבתחומן. בדרך זו הוא וידא כי ההלכה הפסוקה בנוגע לעקרון השוויון אינה נשארת אות מתה, אלא מתקיימים מנגנונים המוודאים בפועל את יישומה בשטח.

סיכום

בסיכומו של דבר, הביקורת השיפוטית וביקורת המדינה ונציבות תלונות הציבור הן גורמים משלימים במערך האחריותיות החיצונית על הרשות המבצעת. שתיהן משרתות תכלית חשובה של פיקוח על הרשות המבצעת ועל זרועותיה באופן אובייקטיבי ומקצועי למען שלטון החוק, המינהל התקין והשמירה על זכויות הפרט. אין מדובר במוסדות מתחרים, אלא במוסדות הפועלים זה לצד זה למען השלטת החוק ודאגה לפרט.[36] פעילותה של ביקורת המדינה ונציבות תלונות הציבור בשדה זכויות האדם היא מבורכת וחשובה, ובמסגרת זו יש לה תרומה אדירה לעיגון הזכות לשוויון בחברה הישראלית ולביצורה.

34 מבקר המדינה **דוח ביקורת בשלטון המקומי לשנת 2014: הסדרי חניה ציבורית בתחומי הרשויות המקומיות** 275 (2014).

35 בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393 (2002).

36 אהרן ברק "על ערכים, שיפוט ודמוקרטיה בישראל" **עיונים בביקורת המדינה** 59 21, 25 (2002): "מבקר המדינה בתפקידו כנציב תלונות הציבור דואג, כמו בתי המשפט, לצדק היעיל. כמונו הוא עצמאי בהחלטותיו, ואין עליו מרות זולת מרותו של הדין. מבצע הוא את תפקידו בהגינות, באובייקטיביות, ומתוך תחושת השליחות המוטלת עליו. גם בית המשפט וגם הנציבות דנים בפתרון סכסוכים בין הפרט לרשות. אין בינינו תחרות. עינינו אינה צרה בכם. 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".