



ברירת המחדל צריכה להיות חשד כלפי השלטון

שי דותן*

פסק הדין בעניין בר (Bare)¹ מתחיל באירוע חמור ביותר של הכאתו והשפלתו של נער בידי שוטרים. אירוע זה מוכיח כי המשטרה כשלה בניסיונותיה לחנך את שוטריה ולהרתיע אותם מחריגה מסמכויותיהם תוך שימוש באלימות שלא לצורך, לפחות במקרה זה. אמנם, כל פעילות אכיפה מלווה בסיכון של חריגה מסמכות והפעלת כוח עודף כדי למלא את המשימה. אך מהעובדות העולות בפסק הדין מתברר כי הכשל במקרה הזה היה חמור הרבה יותר. במקרה דנן לא דובר בשוטרים שחרגו מעבר לגבול המותר מתוך ניסיון אמתי למלא את תפקידם, אלא ככל הנראה בשוטרים שפעלו באלימות והשפילו אדם מטעמים גזעניים.

למרבה הצער, מקרים חמורים כאלו מתרחשים בכל שיטת משפט ובמרבית מדינות העולם, גם באלו המתקנות ביותר. לא ניתן ללמוד ממקרה בודד זה כשלעצמו על שלטון החוק במדינת ויקטוריה שבאוסטרליה בכללותו. ניתן להניח שמרבית המקרים מסוג זה לא נחשפים לעולם, במדינה זו כבמדינות אחרות, ואינם מאפשרים ענישה הולמת של השוטרים והרתעת אחרים מביצוע פעולות דומות. אך כאשר המקרה כן נחשף ומגיע לידי הרשויות הרלוונטיות, כפי שארע במקרה זה בזכותו של ארגון המגן על זכויות של נערים, חובה על הרשויות לחקור את המקרה באופן הולם. זו הייתה ליבת תביעתו של בר במקרה זה, הוא עמד על כך שיש לו זכות לא רק לכך שלא יושפל ויוכה, אלא גם לכך שאם זכויות אלו יופרו תיערך חקירה אמיתית לבדיקת הנושא. רק אם הפרות של הזכות יחקרו באופן הולם תימצא ערובה להגנה על הזכות עצמה.

השאלה המרכזית במקרה כזה היא איך ניתן להבטיח שחקירה אכן תהיה אמיתית והולמת. נקודת המוצא שממנה יצאו הרשויות הרלוונטיות במקרה הזה, ובהן המחלקה לחקירת שוטרים, היא שניתן לבטוח במשטרת ויקטוריה שתחקור את המקרה באופן ראוי כל עוד אין נתונים המלמדים על כך שחקירתה לא תהיה הולמת, קרי אין צורך לפנות לגוף חקירה נפרד ועצמאי. כלומר ברירת המחדל לדעת השלטונות במקרה הזה הייתה שכל עוד שאין ראיות המעלות בסיס לחשד לחוסר אובייקטיביות מצד המשטרה ניתן לבטוח בה שתנהל את החקירה כראוי בעצמה.

ניתן להתווכח בשאלה אם המקרה הצדיק חקירה על ידי הגוף הנפרד לחקירת שוטרים או על ידי ועדה לאתיקה בתוך משטרת ויקטוריה עצמה. התשובה לשאלה זו תלויה בנתונים עובדתיים שאינם בפני, כגון, מה היקפם של מקרים מסוג דומה במשטרה ומה הסיכוי להרתיע אותם? בכמה תיקים יכול הגוף הנפרד לחקירות שוטרים

* חוקר בכיר, תכנית Global Trust, אוניברסיטת תל-אביב. מרצה מן החוץ, האוניברסיטה העברית. דוקטור למשפטים.
1 *Bare v. Small* [2013] VSC 129 (Unreported, 25 March 2013) (Austl.)



לטפל בשנה? וכדומה. לאור זאת אין בכוונתי להביע דעה בשאלה אם כעניין עובדתי יכלה משטרת ויקטוריה להתמודד עם החקירה בעצמה באופן ראוי ואם הייתה אלטרנטיבה טובה יותר לחקירת המקרה. יחד עם זאת, ברצוני לבקר את ברירת המחלל שעמדה בבסיס ההחלטה להותיר את החקירה בידי משטרת ויקטוריה. לדעתי, כפי שאפרט להלן, גם אם אין כל ראייה שמשטרת ויקטוריה איננה חוקרת את עצמה באופן הולם נקודת המוצא צריכה להיות כזו של חשד כלפי המשטרה, כל עוד אין טעמים טובים להאמין לה. גם לו היו נתונים המראים כי מעשה האלימות הנידון כאן איננו פרקטיקה נוהגת במשטרת ויקטוריה והוא בבחינת חריג בלבד, ברירת המחלל צריכה להיות עדיין שפיקוח עדיף על אמון עיוור ברשויות השלטון. כלומר נקודת המוצא צריכה להיות שעל החקירה להיות עצמאית וידרשו טעמים טובים וקונקרטיים כדי לסתור את ברירת המחלל הזו ולהעביר את החקירה למשטרת ויקטוריה עצמה.

הפילוסופיה הפוליטית במאות השנים האחרונות מאוחדת בתפיסה כי גישתו של החוק צריכה תמיד להיות כזו של חשד כלפי בעלי שררה. אין פירוש הדבר שכל אוהז בשררה מנצל את סמכויותיו שלא כדן, אך ההנחה חייבת להיות שאנשי השלטון אינם חסינים מחולשות אנוש והדרך היחידה לרסן אותם היא באמצעות פיקוח הדדי על ידי גופים המתחרים איתם. גישה זו עומדת ביסוד הפרדת הרשויות המודרנית כעולה מכתביו של מונטסקייה.² הגישה נוסחה בבהירות ובחזות בכתבי הפדרליסט האמריקאי ובראשם בפדרליסט מס' 51 המבהיר כי השלטון חייב להכיר בכך שבני אדם אינם מלאכים ויש לתת להם תמריצים נכונים לרסן זה את שאיפותיו של זה.³ כאשר אדם ממלא תפקיד בתוך מערכת הוא נוטה להזדהות איתה ומפתח אינטרס בהצלחתה המקצועית ובהגנה על עצמו ועל עמיתיו מפני תביעות או סנקציות משמעתיות. לא ניתן לבטוח באדם או בגוף מקצועי שירסנו את עצמו. לשם כך יש צורך בגוף נפרד שחלק מתפקידו הוא לבקר אותם. ברגע שמדובר בגוף עצמאי ונפרד שהחברים שבו רואים אתגר מקצועי דווקא באיתור פגמים בפעולתם של גופים אחרים, ניתן להאמין שעבודת החקירה והביקורת תהיה אמיתית וכנה. אומנם גם גוף חוקר עלול לעתים לאמץ את נקודת המבט של הגוף הנחקר ולא למלא את תפקידו נאמנה, אך לרוב ניתן לבטוח הרבה יותר בגוף חוקר עצמאי מאשר בגוף החוקר את עצמו.

ריבוי גופים שמבקרים זה את זה ומתחרים זה בזה בהחלט יכול לגרום לחוסר יעילות. הוא עלול לגרום לבזבז משאבים של הרשות, להרתעת יתר של הגורמים המופקדים על השלטון ואפילו לביקורת שאיננה מוצדקת

² ראו: MONTESQUIEU, THE SPIRIT OF THE LAWS (Book 11, chapter 4), p. 155: "[B]ut it has eternally been observed that any man who has power is lead to abuse it; he continues until he finds limits [...] So that one cannot abuse power, power must check power by the arrangement of things"

³ James Madison, *The Federalist No. 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*, INDEPENDENT JOURNAL, Feb. 6, 1788, available at <http://www.constitution.org/fed/federa51.htm>



ונזקה עולה על תועלתה. מטבע הדברים תחת אילוץ משאבים לא כל החלטה יכולה לעמוד לביקורת של גוף עצמאי. יחד עם זאת, נקודת המוצא צריכה תמיד להיות שלא ניתן לבטוח בגוף שאיננו מפקח שיעשה את עבודתו נאמנה. נדמה שזו איננה נקודת המוצא שהנחתה את הרשויות במקרה זה.

בית המשפט העליון של ויקטוריה איננו מאתר פגם בסיסי זה בנקודת המוצא של הרשות אלא לוקה בו בעצמו. בית המשפט מאמץ פרשנות שלא מאפשרת ביקורת שיפוטית על החלטת הועדה לחקירת שוטרים שלא להמשיך בחקירתו של נושא מסוים שהגיע לפתחה. הסיבה לפרשנות זו היא רצונו של בית המשפט לאפשר למוסד לחקירות שוטרים לפעול ללא ה"נטל" של הליכים משפטיים שבדקים את החלטותיו, מעבר לטעמים הפורמליסטים של פרשנות החוק. הביקורת שהצעתי לעיל על ברירת המחדל הבעייתית של הרשות לחקירת שוטרים רלוונטית אף כאן ואפילו ביתר שאת. גם אם הרשות לחקירת שוטרים היא גוף אמין בדרך כלל, נקודת המוצא צריכה להיות של חשד שמא במקרה נתון לא ביצעה את חובותיה באופן תקין ואובייקטיבי, ובפרט כאשר ישנן האשמות חמורות כמו במקרה דנן. בכדי להבטיח שהמוסד יפעל באופן הולם ככל האפשר, אין מנוס מביקורת שיפוטית על החלטותיו. אומנם אם מוסד פועל באופן מושלם חשיפתו להליכים משפטיים אולי תהפוך אותו למעט פחות יעיל, אך זהו מחיר שדמוקרטיה צריכה לשלם. ההנחה צריכה להיות שאף מוסד איננו מושלם ובעולם של בעלי תפקידים שאינם מושלמים ביקורת שיפוטית איננה נטל, להפך, היא מאפשרת לשמור שגופי השלטון יבצעו את עבודתם נאמנה.

בית המשפט גורס כי מענה מתאים להפרות של הזכות ימצא בפעולתם הרגילה של בתי המשפט האזרחיים והפליליים.⁴ לדעתי, מענה זה ייכשל במקרים רבים: בכדי להגיש תביעה אזרחית זקוק התובע לאינפורמציה שאיננה בידיו. גם רשויות התביעה הפלילית זקוקות לאינפורמציה שאיננה בידיו הקורבן כדי להשתכנע שיש לפתוח בהליכים פליליים. הבעיה חמורה עוד יותר שכן האינפורמציה הנחוצה לא רק שאיננה בידיו הקורבן, בהעדר חקירה היא גם לא תהיה בידיו הרשות מכיוון שהיא מעולם לא חשפה את ההפרות שבוצעו ולא תיעדה אותן. הרשות יכולה לזכות לחסינות למעשה אם ההפרות שביצעה כלל לא יחשפו. זו הסיבה שבתי משפט וארגונים בין-לאומיים כמו בית הדין האירופאי לזכויות אדם והוועדה לזכויות אדם של האו"ם אליהם מפנה פסק הדין גרסו חד משמעית שהגנה על הזכות פירושה גם חקירה אפקטיבית של הפרתה.⁵ רק על ידי חשיפת העובדות ניתן להבטיח שהפרות מסוג זה לא יחזרו על עצמן.

עניין *Bare*, לעיל ה"ש 1, פס' 162 לפסק הדין.

הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא פסק דינו של בית הדין האירופאי לזכויות אדם בעניין *Assenov v. Bulgaria* [1998] שמצוטט בפס' 151 לעניין *Bare*, לעיל ה"ש 1. פסק הדין קובע כי האמנה האירופאית מחייבת קיומה של חקירה עצמאית במקרה של חשד להתעללות של שוטרים או רשויות המדינה.



התובנה שלמען הגנה על זכות אדם יש צורך בחשיפת העובדות על הפרתה מקימה לנפגע זכות להגנה על הזכות הבסיסית באמצעות חקירה אפקטיבית של הפרתה לכאורה, כפי שטען בר בתיק זה. נקודת המוצא המוצדקת של חשד כלפי רשויות השלטון, כולל הרשות החוקרת, מובילה למסקנה כי חקירה אפקטיבית צריכה להיות עצמאית. הדו"ח השני של ועדת טירקל⁶ הדגיש לאחרונה מסקנה זו והציב את עיקרון העצמאות של הגוף החוקר הן מבחינה מוסדית והן מבחינת החוקרים המעורבים כתנאי בסיסי לחקירה אפקטיבית. מכל האמור נובע כי הרשות לחקירת שוטרים הייתה זקוקה לטעמים טובים מדוע לא לדון במקרה בעצמה ולהחזיר את החקירה למשטרת ויקטוריה ששוטריה הם אלו שפעלו לכאורה שלא כדין. מאותם עקרונות ממש נובע הצורך בביקורת שיפוטית משמעותית על החלטת הרשות, רק ביקורת כזו תבטיח את חשיפת העובדות הרלוונטיות ותחסן את הרשות כנדרש. מקריאת פסק הדין עולה שבית המשפט והרשות לחקירת שוטרים לא נהגו באופן זה מכיוון שאימצו ברירת מחדל שגויה – נקודת המוצא שלהם הייתה אמון כלפי הרשות, במקום חשד כלפיה.

⁶ ועדת טירקל הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 – דו"ח שני 105–111 (2013)
www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20website%20-%20hebrew.pdf