

משפט מנהל

פרופ' אריאל בנדור



אבישג טל

שנה ג

תש"פ | 2019

משפט מנהלי - הוא הענף המשפטי שעוסק במנהל הציבורי/ברשות המבצעת על שלוחותיה השונות (במובן הרחב, כולל רשויות מקומיות וגופים דו מהותיים המאוגדים במסגרת המשפט הפרטי אך עדיין ממלאים פונקציות ציבוריות).

נעסוק במנהל הציבורי ברובו, שהוא המדינה+משרדי הממשלה+התאגידים הציבוריים השונים+הרשויות המקומיות= המהווים את התאגיד הגדול ביותר גם מבחינה כלכלית במדינה. עליהם חל המשפט המנהלי.

המשפט המנהלי הוא הדין המסביר את הפעולות ואת הסמכויות, ההליכים, שיקוה"ד והשפיטה בכל הנוגע לרשויות וגופים של הרשות המבצעת.

פעמים רבות שאלות הנוגעות למשפט מנהלי מתעוררות באופן יומיומי בהקשרים מובהקים של משפט פרטי (לדוג' - תביעה נזיקית המוגשת נגד המדינה שהיא הנתבע הנזיקי הגדול ביותר מבחינת כמות התביעות. דיני נזיקין במקרים אלה הם דיני נזיקין רגילים משולבים בכללי המשפט המנהלי, כמו חוזה שהמדינה/המנהל הציבורי מבצעים ויש בהם רכיבים של דיני חוזים+אך מבחינה מהותית כל הקשור לדיני חוזים של המשפט המנהלי הוא למעשה משפט מנהלי עם היקט קטן לדיני חוזים בלבד).

אי אפשר לעסוק בתחום המשפטים מבלי לשלוט בתחום זה, המסביר חלק גדול מדיני המקרקעין במדינה. משפטנים לא יכולים לתפקד מבלי להכירו, וגם אלה שעוסקים במשפט פרטי בלבד מחוייבים לדעת אותו (רוב הקרקעות בישראל הן לא פרטיות למשל; ועליהן חל משפט מנהלי שיש בו נגזרות של דיני הקניין). קשה מאוד למצוא כיום שאלות משפטיות שאין בהן רכיב של משפט מנהלי.

שתי הבעיות במשפט המנהלי:

1. המשפט המנהלי אינו קבוע בחוק למרות שרוב התקנות עוסקות בו - בעיה זו מועצמת על רקע החשיבות להכירו.

הבעיה בתחום היא שמצד אחד רוב התקנות הן של משפט מנהלי, אך רוב הנהלים והעקרונות בתחום זה אינם קבועים בחוק. זהו תחום המשפט היחיד שעקרונותיו הבסיסיים מהווים תושבע"פ, כיוון שהם אינם מעוגנים בחקיקה אך קיימים בפסיקה ובמקורות אחרים.

אין חקיקה כללית במשפט המנהלי מכיוון שבמהלך השנים לא הגיעו לכך למרות שהוגשו הצעות.

לפי בנדור, אם הוא היה צריך לבחור לחוקק רק חוק אחד - הוא היה בוחר לחוקק את חוק המשפט המנהלי משיקולים פרקטיים, מכיוון שהוא תחום יחסית חריג שהיה טוב אם אנשים שאינם מומחים במשפטים בהכרח היו מכירים אותו. (רישוי עסקים, רישיון נהיגה וביטולו, הליכי בחינות לשכת עוה"ד - כולם נשלטים ע"י המשפט המנהלי, ורוב האנשים שעוסקים בתחומים בסיסיים אלה אינם מבינים במשפט).

הנחיות מנהליות - חוזר מנכ"ל/כללי מדיניות. מבחינת האזרחים ומבחינת הרשויות המנהליות (הכוללות עובדי ציבור רבים), קיים נוהג לעשות בדיוק מה שכתוב בהנחיות והוא נחשב כחוק בעוד הנחיה מנהלית אינה מהווה כלל מחייב; אין חובה מוחלטת לפעול על פיהן ואף אם יש מקרה המצדיק חריגה לעתים הרשות חייבת לסטות מהן.

לדוג' - יודעים שלא התבצעה עבירה כאשר אין יסוד נפשי שהוא הכרחי. (אדם הלוקח דבר שלא שלו שחשב שהוא שלו ללא יסוד נפשי, לא ייחשב כעבריון). הבחנות מעין אלה לא קיימות במשפט המנהלי שלא מחוקק ולא יודעים איך לפעול בפועל עפ"יו, בשונה ממדינות אחרות שבהן ישנם חוקים גדולים המסדירים את המשפט המנהלי שלהן.

במשפט המנהלי, החלק הכללי אינו כתוב בשונה מדיני עונשין למשל ולכן חשוב שהרשויות והעוסקים בדבר יהיו בקיאים בכללים אלה.

2. המשפט המקובל (common law) - בחלק ניכר מהנורמות הכלליות של המשפט המנהלי, ישנה עמימות

בנושאים אלה מכיוון שמבחינה מוסדית השימוש הוא במונחים עמומים של שיקו"ד שיפוטי ושל הרשויות המנהליות. שאותו מפתחים בתיהמ"ש, ויש בו מידה רבה של עמימות מכיוון שהוא לא נוסח מראש בצורה אחידה, ולכן הוא מפוזר על פני פס"דים רבים של העליון ומחולק לפי גישות רבות של שופטים שונים שסותרים עצמם כל הזמן, ויש בו מונחים עמומים. ביהמ"ש אינו עקבי וזו לא בסמכותו לפתח משפט מקובל המסדיר את המשפט המנהלי, ויגדירו מונחים רבים, למשל: "זמן סביר", "תקופת התיישנות" - במשפט המנהלי יש **שיהוי** שמשמעותו היא שאסור להגיש עתירה לאכוף זכות מנהלית אם עבר זמן בלתי סביר מאז קבלת ההחלטה (לעתים ביהמ"ש יאריך את התקופה רק במידה והנושא חריג).

המשפט המנהלי עוסק ב-4 נושאים מרכזיים לפי בנדור:

1. **דיני הסמכות וההסמכה** - עוסק בכל הקשור לסמכויות של הרשויות, הכללים הרחבים שקשורים אליהן (לדוג' **עקרון חוקיות המנהל** - אדם יכול לעשות מה שהוא רוצה כל עוד לא הוגבל בחוק בעוד המדינה חייבת להצביע על מקור סמכות כלשהו במידה והיא רוצה לעשות דבר מסוים).

מבחינה מעשית, הסמכויות מבחינה משפטית מתונות יחסית למעט מאוד גופים (למשל חלק גדול מהסמכויות המנהליות של הרשות המבצעת נתונות לשרים, שלחלק מהם יש כמות אדירה של סמכויות).

בפועל, רוב עובדי המדינה עוסקים בגישור בין לשון החוקים הספציפית הנותנת סמכויות לכמות מוגבלת של עובדי ציבור ורשויות מוסמכות בחוק לבין צורכי המציאות במנהל התקין, כך שנוצר גנון מנהלי גדול. ייתכן גם מצב הפוך שבו החוק ייתן סמכות פורמלית לבעל תפקיד זוטרי בעוד לשר הממונה תהיה סמכות אחרת באותו נושא. עוסק בשאלות כגון "מהי סמכות? מה היא כוללת? האם יש חובות המצויות מחוץ לסמכות?" מושג הסמכות מעורר שאלות ובעיות רבות כיוון שהמשפט המנהלי עדיין בעל כללים (עמומים, אך עדיין קיימים).

סיווג הסמכויות - פרקטית, חלק מהחשיבות של המשפט המנהלי היא שלרשויות מנהליות יש סמכויות מכל שלושת סוגי הסמכויות:

- **סמכויות ביצוע** - לכאורה רק של הרשות המבצעת. בפועל, לא שייך רק לה.
- **סמכויות חקיקה** - רוב החקיקה במדינה היא אינה חקיקה של הכנסת אלא תוצר של רשויות מנהליות - תקנות המתקבלות ע"י רשות מנהלית כמו שר או גורם אחר, ומוסדרת ע"י המשפט המנהלי.
- **סמכויות שפיטה** - פעמים רבות יש סמכויות שפיטה לבתי דין מנהליים מסיבות יעילות. למשל בחוק הגנת הצרכן, הערכאה הראשונה של השיפוט של הרשת המפרה תהיה ברשות המנהלית, או במקרה של רופא העובר עבירת משמעת, מי שיחליט על עונשו יהיה שר הבריאות.

הדבר חשוב מכיוון שפעמים רבות עלינו לסווג סמכות של רשות מנהלית לאחת מהקטגוריות הנ"ל כדי להכיל כללים אחרים של משפט מנהלי, והסיווג קריטי כיוון שהשיפוט תלוי בסוג הסמכות וישנם כללים שונים לגבי סוגים שונים של סמכויות (למשל אין **זכות טיעון** בהליכי חקיקה לפני שרשות מנהלית מתקינה חקיקה).

שאלה: איך מגדירים את כל אחד מסוגי הסמכויות?

משום שכללים רבים של המשפט המנהלי שונים הם מוחלים באופן שונה בהתאם לסיווג הסמכות. הכללים שחלים על סמכויות שונות אינם אותם כללים בהכרח ולכן במקרים לא מעטים יש לדעת מהם הכללים של המשפט המנהלי הרלוונטיים לסמכות מסוימת. התאמה בין כללי המשפט המנהלי לסוג הסמכות אינם שרירותיים ונובעים ממאפייני הסמכויות המצדיקים להטיל נורמות שונות על סוגי סמכות שונים ← דבר ההופך את שאלת הסיווג לחשובה.

לדוג' - פס"ד **חטר ישי** שבו התעוררה שאלה האם הסמכות היא שיפוטית או בעלת אופי שיפוטי או שהיא מנהלית, כיוון שהחלטות בעלות אופי שיפוטי הן בעלות חסינות.

הקריטריונים לסיווג החלטה בעלת אופי חקיקתי:

- לחקיקה מנהלית יש חובה לפרסם ברשומות (אסור לקבל החלטות סודיות ולדרוש מהציבור לפעול, בין אם הנושא הוא חקיקתי או ביצועי)
- החלטה מנהלית תהיה בעלת אופי כללי שלא תתייחס לאדם מסוים אלא תהיה בעלת אופי מופשט וכללי ללא ספציפיות.

הקריטריונים לסיווג החלטה בעלת אופי ביצועי:

- כל מה שאיננו חקיקתי או שיפוטי מסווג באופן שיורי כביצועי וחלים עליו כללי המשפט המנהלי שחלות על החלטות בעלות אופן מנהלי-ביצועי.

הקריטריונים לסיווג החלטה בעלת אופי שיפוטי:

- הגישה הקלאסית - הכרעה בסכסוך, אופי שיפוטי מובהק. לפי פס"ד **חטר ישי נ' ארבל**, החלטה בעלת אופי שיפוטי היא כזו אם הרשות המחליטה מכריעה בסכסוך/מחלוקת בין צדדים שאינם הרשות. בפס"ד זה אין הכרעה בסכסוך אלא שמירה על איזוני אינטרסים ושמירה על שלטון החוק;

לכן פס"ד זה לא משכנע את בנדור מכיוון שכמעט כל ההחלטות המנהליות הן בעלות שיקו"ד ואיזון שיקולים ואינטרסים, ואם נסווג את כולם בתור סמכות שיפוטית, תהיה חסינות שיפוטית לכל החלטה שתיתן ולדעתו אין לומר בהכרח שאלו הקריטריונים לסינוג סמכות כשיפוטית

עצמאות בעל הסמכות - השאלה מתעוררת כיוון שכמעט תמיד הכנסת נותנת את הסמכות לגוף/אדם מסוים, בעוד במדינות אחרות הסמכות שייכת למדינה (המיוצגים ע"י עובדים). ישראל ירשה מסורת מאנגליה וארצות המשפט המקובל לפיה הכנסת לא נותנת סמכות למדינה למעט מקרים ספציפיים, אלא נותנת סמכות לגוף ספציפי כמו שר, פקיד שומה, שוטר, פסיכיאטר מחוזי וכו'.
הרציונל הוא שהכנסת רוצה להתאים את מפעיל הסמכות לסמכות עצמה ולכישורים שהיא דורשת. אם הסמכות ניתנת לגוף בכיר וגבוה היררכית כמו שר, לא מתעוררת בעיה של הפעלה עצמאית של הסמכות. הביקורת היא כפולה:

- הדבר מנוגד לעקרון המנהל התקין מכיוון שיש צורך בהיררכיה וגם אם החוק העניק לגוף סמכות מסוימת הוא לא יכול להתעלם מההיררכיה הניהולית הדרושה.
- לפי תפיסת המנהל ההיררכי הניהול התקין היא לפי טעם נוסף לביקורת הוא שהלכת מייכלין אינה מציאותית כי באופן טבעי כאשר אדם בעל ממונים מעליו, הוא יפעל בהתאם לדעתו שלו לפעמים.
- הדבר אינו פרקטי מכיוון שבפועל ישנם טריקים לעקיפת ההלכה - למשל עובד ציבור יכול להתייעץ עם הבוס שלו והוא יכול לאמץ כל פרט שהבוס אומר ברעיון שלו; הדבר נחשב כהתייעצות שעומדת בתוקפה.
- לגוף העניין, רשות מוסמכת אוטומטית מקבלת החלטה מבלי להפעיל שיקו"ד כמו בפס"ד כפר ורדים: רשימה שנקבעה לצורכי הצבא אינה זהה בהכרח לרשימת שיקולים של יישובים סובלים כתוצאה ממיקומם באיזור הגבול. שר בעל אחריות כללית בתחום מסוים יכול לקחת לעצמו את הסמכות של רשות מוסמכת מכוח חוק אחר ולהפעיל אותה בעצמו. בפירמידת הנורמות מדובר על נורמות שבאותה דרגה, אך כאן למשל חוק גובר על תקנה כמו שח"י גובר על חוק רגיל ומאפשר לשר סמכות ליטול את הסמכות של הרשות המוסמכת כך שהוא הופך אליה ← כדי למנוע שיקו"ד בלתי עצמאי הוא נוטל אותה ומפעיל.

← דיני הסמכות:

הלכת מייכלין מעוררת קשיים עקרוניים וגם קשיים מעשיים.

- קושי עקרוני - מנהל תקין לא נמצא רק בארגונים פרטיים אלא גם ברשויות ציבוריות, ככלל צריך להיות מבוסס על היררכיה ולא ראוי שכל רשות מוסמכת תוכל להפעיל את הסמכות כפי שנראה בעיניה מבלי ליישם את המדיניות שנקבעה ע"י גורמים בכירים יותר. לא נכון שיהיה מצב שגורם בדרג נמוך לא יהיה כפוף לגורם בדרג גבוה יותר אשר ממונה עליו מבחינת הארגון המנהלי. לא נכון שסמכויות תופעלנה ע"י אנשים שונים בדרכים שונות - התוצאה לכך תוכל להיות פגיעה בשוויון ואפליה וכו'. דוגמה לכך היא דוח אשר השוטר רושם על מהירות מסוימת, ואילו שוטר אחר על מהירות אחרת. כל זאת בהיבט העקרוני.
- קושי מעשי - לא ניתן לצפות מעובדי ציבור בדרגה היררכית נמוכה להתעלם מדעתן של הרשויות הממונות עליהן. אדם אשר עובד בארגון, טבעי כי יקיים את הוראות הממונה עליו והדרגים הבכירים בארגון, ולכן לא סביר כי עובד ציבור ברשות מסוימת יתעלם מדעתם של הבכירים עליו והציפייה שדבר זה יקרה איננה מציאותית.

קשיים אלה היו עשויים לכאורה להביא לכך שההלכה הזאת הייתה אמורה להתבטל כבר לפני שנים רבות. בין המתנגדים לה לדוגמה השופט זמיר. הלכה זאת עדיין לא בוטלה. ניתן להסביר זאת כי במהלך השנים פותחו במנהל הציבורי ובפסיקת בית המשפט דרכים לעקוף את ההחלטה, בין אם בדרכים פיקטיביות או כאלו ישירות הסותרות את ההלכה. ישנם פעמים בהם משתמשים באמצעים אשר הדין מאשר אותם.

למרות הבעיות שהוסברו בהלכת מייכלין, אכן עשויים להיות מקרים שבהם הלכה זו תהיה הלכה ראויה. הקושי בהלכה איננו גורף. יש לכך מספר דוגמאות:

- רשויות שהן מאוד מקצועיות, אשר אין בהם היבטים פוליטיים או אידיאולוגיים, ולכן לא ניתן להביא על הדעת שהסמכות המקצועית בהם תינתן ע"י הגורם הבכיר (שר הבריאות - מנהל ביה"ח - רופא בפועל).
 - יש גורמים שבמהותם הם גורמים עצמיים אשר בתוכם ייתכן ותהיה היררכיה, אך כגורם מקיף הוא עצמאי - לדוגמה הפרקליטות/מערך התביעה וכו'. הגוף הוא חלק ממשרד המשפטים, אך שר המשפטים או המנכ"ל אינם מוסמכים לתת הוראות לגוף. [הסיבה לכך היא איננה הלכת מייכלין אלא כי זה נכון כי הגופים הספציפיים הללו יהיו עצמאיים]
 - ישנה דוגמה הנוגעת לרגולטורים ונדבר עליה במהלך הקורס לעומק. יש רגולטורים מסוימים אשר מבחינה טכנית הם חלק ממשרדי ממשלה או קשורים אליהם, אך בכוונה בנו אותם כרשויות עצמאיות גם אם הם משולבים במשרדי הממשלה (מועצת הרשות השנייה / בנק ישראל לדוגמה).
- יש מקרים בהם אכן החוק המסמיך תאם את הרציונל של הלכת מייכלין, אך ברוב המקרים בודקים את התכלית של החוק שקבעה רשות מוסמכת כזאת או אחרת. כדי להכיל את הלכת מייכלין מבחינת הדין הרצוי, יש צורך שבנסיבות החוק המסוים זאת תהיה התכלית שלו במסגרת השיקולים שצוינו (עצמאות, מקצועיות וכו').

← דיני ההסמכה:

יש פער בין מספר הרשויות המוסמכות לבין מספר עובדי הציבור אשר באמת נדרשים על מנת להפעיל את הסמכויות שנתנו בחוקים השונים. ע"פ לשון החוק, אם סמכות מסוימת ניתנה לשר – הוא אמור להפעיל את הסמכות, אך השר לבד אינו יכול להפעיל לבד את הסמכות. כדי לגשר על הפער בין החוק היבש אשר מסמיך גורמים מסוימים לסמכויות מסוימות – לבין המציאות אשר אינה מאפשר מספר מוגבל של רשויות להפעיל סמכות כפי שהיא מוגדרת בחוק (ובד"כ אדם אחד – משרד X=שר הX). מדגיש שוב כי יש פער בין החוק למציאות. על מנת לגשר על פער זה קיימים דיני ההסמכה שמטרתם לגשר על הפער בין לשון החוק אשר קובעת באופן נוקשה לגבי כל סמכות מי מוסמך להפעילה, לבין צרכי המציאות אשר אינם מאפשרים למנהל הציבורי לפעול באופן תקין אילו היו פועלים לפי לשון החוקים המסמיכים. הרי רק במקרים מסוימים בחוק אכן מצוין כי האדם המוסמך רשאי להסמיך אדם אחר או שמא שני גופים יכולים "לטפל" בסיטואציה.

אם כך, מטרת דיני ההסמכה היא לגשר על מיעוטן של הרשויות המוסמכות ויכולתן להפעיל סמכות לבין הצורך בפועל. לפי בנדור, על אף שנדון המון בדיני הסמכה, דינים אלה לא פותרים את כל הבעיות. גם לאחר שמפעילים אותם, נשארות המון בעיות בתחום המשפט בהם האינטואיציה שלנו אשר קובעת כי משהו הגיוני אך ללא דוקטרינה המאשרת זאת – יש הקוראים לסמכות זאת סמכות עמומה =

סמכות עמומה – לא ניתן לעקוב אחר הדרך המשפטית בהם הגורם קיבל את סמכותו, אך לגורם נתונה סמכות ידועה ומקובלת על כולם.

לדוג' – פס"ד פדרמן: עוסק בסמכות השיורית של הממשלה אשר קובעה כי בתנאים מסוימים שבהם אין רשות מוסמכת לטפל בעניין מסוים אזי הרשות המוסמכת לכך היא הממשלה. ממשלת ארה"ב החליטה שצריך לשפר את רמת המשטרה בהאיטי, ולא נוח היה לארה"ב לעשות זאת בעצמה מסיבות פוליטיות אז היא רצתה להראות שהעולם כולו מסייע לכך. היא פנתה למדינות רבות וביניהם ישראל לשלוח נציגים לקורס שבו ילמדו את שוטרי האיטי להיות שוטרים טובים יותר. היה צורך בהשאלת שוטרים ממשרד לביטחון הפנים למשרד החוץ או למשרדי הממשלה. נשאלת אם הסמכות של הממשלה מאפשרת זאת. זוהי דוגמה לכך שהסמכות של ראש הממשלה והשרים אשר בצורה עקיפה הם אלו האחראיים לשוטרים והם כפופים לשר המתאים ולראש הממשלה, אך כמובן שראש הממשלה לא יטוס להאיטי רק בגלל שהוא אחראי על השוטרים.

לפי בנדור, זוהי סמכות עמומה מכיוון שלא ניתן לעקוב אחר הדוקטרינה שקובעת שיש לממשלה את הסמכות להעביר את השוטרים מתפקידם.

מספר קטגוריות לדיני ההסמכה:

- **היעזרות באחרים** - כשמדובר בהיעזרות באחרים כלומר כאשר הסמכות מופעלת בעיקרה ומהותה ע"י הרשות והיא רק נעזרת בסמכות, כל עוד לא נאמר אחרת בחוק ספציפי אחר, אז היעזרות באחרים מותרת. **מותר לרשות המוסמכת להיעזר באחרים**. ישנם המון מקרים טריוויאליים שבהם האחר רק עוזר לרשות. לדוגמא החלק הלוגיסטי או המפעיל של כל משרד ממשלה – מזכירות, מאבטח וכו'. אך למרות שרוב המקרים הם יחסית פשוטים, יש גם לא מעט מקרים אשר הם מקרים גבוליים (לחלק מהם יש פסיקה ולחלק אין) אשר לא פשוט בהם להבחין בין היעזרות המותרת באחרים לבין הפעלת הסמכות ע"י כביכול עוזרים. – האם אדם אשר נתונה לו זכות הטיעון יכול לטעון טיעונים באוזני אדם אחר ללא הסמכות אשר עוזר לאדם בעל הסמכות לקבל את ההחלטה. בפס"ד עמותת אלעד, למרות הפעילות של הענפה של העמותה היא עדיין בנדר עזרה של לרשות [סומך עליך שקראת את הפס"ד ואת מבינה יותר טוב ממני מה זה]. גם בית המשפט התלבט ונימק בהרחבה, וגם בפועל היעזרות באחרים הם לא רק עניינים טכניים. ביהמ"ש הבין שאם הוא נתפס על הפסיקה אשר קובעת כי העזרה היא רק בעניינים טכניים אז הוא מסתבך. הוא מכליל בתוך העזרה אלמנטים של שיקול דעת ומידתיות. כל עוד ההחלטות החשובות מתקבלות ע"י הרשות המוסמכת אז גם שק"ד לגוף האחר לא קובע כי העוזר מפעיל את המסכות בעצמו. בפס"ד אין מבחן משפטי ברור. לכאורה אסור לרשות להאציל את סמכותה אך כל עוד זה בנגזרת העזרה דבר זה מקובל.

- **קטגורית הראי של היעזרות באחרים היא אצילת סמכות** - ניתן לשים לב כי בחומר הקריאה לכאורה יש סתירה פנימית בשאלה הבסיסית האם מותר או אסור כברירת מחדל מותר לאצול סמכות או אסור. בחו"י: הממשלה כתוב כי בתנאים כאלו ואחרים ניתן לאצול סמכות – הממשלה כגוף ושרים. בפס"ד עיר-עמים כתוב כי אסור לאצול סמכות. חוק יסוד הממשלה קובע ברירת מחדל בהסדר הבסיסי (אשר כפוף לחריגים) שקובע כי ניתן לאצול. ואילו פס"ד אחר קובע שכעיקרון אסור להאציל סמכות – אז מהי ברירת המחדל? בנדור קובע כי אין סתירה ומסביר:

חו"י הממשלה מתייחס לרה"מ ולשרים, ההלכה פסוקה הינה הדין הכללי. כל עוד לא נאמר אחרת בחוק ספציפי אחר. חוק היסוד הינו חוק ספציפי לכן הוא מתיר להאציל סמכות. היחס ביניהם הוא ספציפי וכללי ולכן הספציפי גובר. אמנם חוק יסוד הממשלה הוא ספציפי אך הוא בעצמו כללי אשר לא מדבר על כל סמכויות הממשלה והשרים אך עוסק בכלום באופן עקיף. רוב החוקים בישראל נותנות סמכות כלשהי לשר המצוין בחוק.

לפי העיקרון הכללי אסור לאצול סמכויות לפי הרציונל של מייכלין. חוק יסוד הממשלה קבע בסמכויות שבהם הרשות המוסמכת היא הממשלה או שר (בכפופות לסייגים בסעיף) ניתנת בהם אצילת סמכויות).

שאלה: מהי האצלת סמכות?

תשובה: **האצלת סמכות ≠ העברת הסמכות**. אצילה היא הסמכה של רשות נוספת ולא העברת הסמכות. כל עוד לרשות יש סמכות היא אינה יכולה להעביר אותה. האצלה היא הסמכה של גורם נוסף. הלכת מייכלין אומרת שאסור לרשות מוסמכת לקבל מרשות שלא, אך מובן מאליו שניתן לקבל הוראות וסמכות מהרשות המוסמכת. אין אצילה שהיא לקיחת סמכות מרשות מסוימת, זוהי העברת סמכות באישור הכנסת.

תמיד באצילת סמכות, הרשות המוסמכת המקורית כפי שנקבעה בחוק ממשיכה להחזיק בסמכות ובעלת סמכות עודפת/עליונה על פני הרשות הנאצלת. הרשות הראשית רשאית להורות לרשות הנאצלת מה לעשות והלכת מייכלין איננה חלה משום שהרציונל שלה הוא עקיפת הסמכות, שלא חלה במקרה זה. הלכת מייכלין במהותה מקבילה לאיסור על העברת סמכות.

רצוי שהרשות האוצלת תפקח על הרשויות האחרות שמפעילות את הסמכות שניתנה להן, לרשות המוסמכת עדיפות בפיקוח.

אסורה אצילה כפולה ורשות נאצלת לא יכולה להיות אוצלת (רשות נאצלת לא יכולה לאצול שוב, כי אז הדבר מנתק את הסמכות מהרשות המקורית). ← א' יכול לאצול לב' אך ב' לא יכול לאצול לג'.

- **אין לאצול לגופים פרטיים** - איסור ברירת מחדל. קיימת הסתייגות רחבה מאצילה לגורמים פרטיים גם כאשר יש הצדקה לחרוג מהסייג בחוק, כדי שלא תהיה אופציה להפעלת סמכות שלטונית על אזרחים ותרחש פגיעה מהותית בז"א ע"י גופים שאינם ממשלתיים.

- **קושי לפקח על גורמים פרטיים** - אנשים פרטיים יסכימו לקבל סמכות ציבורית באצילה מתוך אינטרס שעשוי להיות שונה מהאינטרס הציבורי ומהאיזון בין אינטרסים ציבוריים (עובד ציבור הוא שונה) - לדוג', פסיקה שבה פקחים התנדבו לכתוב דוחות על הפרת חוק שעות עבודה ומנוחה. הדבר היה נוח לעירייה כיוון שלא הייתה צריכה לשלם להם משכורת. מתנדבים אלה היו בעלי עסקים שומרי שבת וביהמ"ש פסל זאת מכיוון שלא ניתן לפקח עליהם בהיעדר דין משמעותי והיעדרן של זכויות בסיסיות כמו זכות הטיעון.
- **ניגוד עניינים בין האינטרס הפרטי לציבורי** - כאשר אוכפים קיים שיקו"ד וניתן להכניס בו אידיאולוגיה אישית וכאשר היא נמצאת בידי אדם פרטי, האידיאולוגיה שלו לא תמיד עולה בקנה אחד עם האידיאולוגיה הציבורית/שמיטיבה עם הציבור והוא עלול להעדיף קידום אג'נדה פוליטית/רווח כלכלי וכו' על פני טובת הציבור.

- במידה וישנה חזקה הניתנת לסתירה (חוק המאפשר לאצול סמכות), ברירת המחדל אינה חלה. - במקרים שיש שתיקה בחוק, על הרשות מוטל נטל להראות שהדבר היה הוגן ומוצדק.

היקף שיקו"ד הניתן לבעל הסמכות הוא:

- ככל שניתן לו יותר שיקו"ד ← כך פחות מוכנים לאצילה.
- ככל שיש פחות שיקו"ד ← כך יותר מוכנים לאצילה (מכיוון שאז לא אכפת אם יעזרו באחרים ומישהו אחר או רשות אחרת יפעיל שיקו"ד).

ס'33 לחו"י הממשלה: נורמה המתייחסת לסמכויות השלטון שרובן נתונות לממשלה (והשרים בה) עפ"י חוק. 5 סעיפי משנה:

- **ס'33א- סמכות הנתונה עפ"י דין לממשלה** - רשאית הממשלה לאצול לאחד השרים. קיימת סמכות אצילה רחבה (כל סמכות נתונה) ומצומצמת (רק לשר אחד).
 - **סמכות רחבה** - הרציונל הוא מכיוון שהממשלה הוא גוף שלא מתאים כ"כ להעביר סמכות מכיוון שהוא גוף מסורבל שמתכנס אחת לזמן רב והשארית סמכות בלעדית בידי הממשלה עלולה להיות בעייתית ← לכן הרחבת כל סמכות הנתונה עפ"י דין לממשלה ניתנת לאצילה.
 - **סמכות מצומצמת** - הממשלה יכולה לאצול רק לשרים מכיוון שכך ניתן לעקוב אחריהם באופן מבוקר יותר.
 - **ס'33ב- סמכות שהועברה לשר** למעט סמכות להתקין תקנות השר רשאי לאצול כולה, מקצתה או בסייגים לעובד ציבור. סמכות זו צרה יותר מכיוון שהיא אוסרת תקנת תקנות. הקושי הוא שתקנות דומות לחקיקה ולכנסת אין יכולת תמיד לחוקק חוקים ולכן היא מסמיכה את הרשות המבצעת (לרוב שר) להתקין תקנות ← במידה והשר יאצול שוב הוא מבצע אצילה כפולה; לכן הכנסת קוראת לכך אצילה ולא הסמכה. = זו לא אצילה כפולה כי הכנסת מראש לא אמורה להיות גוף שיפוטי/ביצועי, אלא חקיקתי = כלומר היא מעבירה את הסמכות ולא מאצילה אותה. אין חקיקה לגבי גופים דו מהותיים.
 - **ס'33ג- מאפשר אצילה כפולה**. סמכות שהמדינה אצלה במקור לשר (למעט סמכות להתקין תקנות), השר רשאי לאצול לעובד ציבור. הוא יכול לאצול זאת רק במידה והממשלה הסכימה שיאצול את סמכותו לעובד ציבור. מדובר על האצלה של סמכות ביצועית/שיפוטית (ולא חקיקתית=תיקון תקנות), שהשר יכול לאצול סמכות שנאצלה לו ע"י הממשלה - ועדיין לא באופן אוטומטי.
 - **ס'33ד- הבחנה בין סמכויות רשות לחובה**. סמכות יכולה להיות סמכות רשות או חובה (רוב הסמכויות רשות, שיש שיקו"ד בהפעלתן וחלק מהן חובה, שרק בהתקיים תנאים מסוימים ניתן להפעילן). סעיף זה מיותר לדעת בנדור.
 - **ס'33ה- קובע הסדר מפורט**. הוראות סעיף זה חלות אם אין כוונה אחרת **משתמעת** מן החוק המקנה את הסמכות/שמטיל את החובה. **הקושי** בביטוי "משתמע" - יוצר מידה של חוסר וודאות ומראה כביכול ניתן לחרוג מחוק היסוד גם כאשר חוק אחר חורג באופן "משתמע" ולא בהכרח מפורט.
- ס'32-** את הסמכויות בסעיף זה ניתן לאצול מכיוון שהן חשובות ורבות לשר ע"י הממשלה או לעובד ציבור ע"י שר.

ס'34- נטילת סמכות. שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות למעט כזו בעלת אופי שיפוטי הנתונה עפ"י אותו חוק לעובד המדינה אם אין כוונה אחרת המשתמעת מהחוק והוא רשאי ליטול סמכות לעניין/תקופה מסוימת. לסעיף זה סייגים שונים ע"מ ליצור סייג להלכת מייכלין כדי לאפשר לשר לקחת את הסמכות לעצמו (לא בהכרח כולה ולא לתמיד) אלא כמו לקיחה של נושא מסוים כמו סגירת רחוב מסוים כאשר יש צורך. (דוג': שר החקלאות רפול היה ממונה על חוק המים שהעניק סמכויות לעובד מדינה- נציב המים). מספר סייגים:

- החוק צריך לקבוע ששר מסוים ממונה על ביצוע החוק עצמו (למשל חוק המים קובע ששר החקלאות ממונה עליו)
- מותר ליטול סמכות רק מרשות מוסמכת שלפי החוק מהווה עובד מדינה (ישנם חוקים שנותנים סמכויות לא רק לעובדי מדינה; לא כל עובד ציבור הוא עובד מדינה- היפותטית אם יש חוק בנק ישראל שהממונה על ביצועו הוא שר האוצר, עובדי בנק ישראל אינם מהווים עובדי מדינה ובנק ישראל מהווה רשות נפרדת מבחינה מנהלית. מנגד, שופטים למשל, הם עובדי מדינה למרות שרוב סמכויותיהם הן שיפוטיות).
- לא יכול ליטול לעצמו סמכות שיפוטית- מכיוון שפעמים רבות הכנסת נותנת סמכויות שיפוטיות בחוק ששר מסוים מופקד על ביצועו (למשל בפקודת בתי הסוהר השר הממונה הוא השר לבטחון פנים ובמסגרת הפקודה ישנם הסדרים הקשורים לועדות שחרורים, המהווה גוף שיפוטי עצמאי. לכאורה, הדבר מהווה נטילת סמכות שיפוטית, אך ישנם מקרים גבוליים כמו זה). מבחינת אצילה כפולה ← יעדיפו שלא לאצול לאדם פוליטי כמו שר הבריאות ליצמן, אלא במידה ורוצים לאצול לעובד ציבור אחר שאינו בהכרח סמכות שיפוטית- האצילה תתאפשר במקרים מיוחדים לאחר שיקו"ד בנסיבות והאינטרסים גם להם.

2. **ההליך המנהלי**- פרוצדורה. במשפט המנהלי בשונה מתחומים משפטיים אחרים, ההליך הוא הדבר החשוב ביותר מכיוון שיש שני רציונלים להליך:

- **מיקסום טיב ההליך**- ההליך המנהלי הוא כלי העבודה של המשפט המנהלי לקדם החלטות טובות במקרים שבהם המשפט המנהלי אינו יכול להחליט מה לעשות במקרה מסוים. בחלק גדול מהמקרים יש שאלות של סמכות ופעמים רבות יש שיקו"ד מקצועי/אידאולוגי/ערכי/פוליטי לרשות המוסמכת. המשפט המנהלי לא מתיימר להסתייר ולחייב באופן מלא את הרשות לפעול בצורה קונקרטיית (למשל יש סמכות מנהלית לפסיכיאטר מחוזי להוציא צו אשפוז בכפיה לחולה נפש המסכן את הציבור או את עצמו).
- המשפט המנהלי נותן חופש רב כאשר ההגבלות שהוא נותן אינן כבדות, כך שהרשות יכולה לבחור בין חלופות במקרים שהמשפט אינו יודע לתת את ההחלטה הטובה ביותר בנושאים שהוא לא בקיא בהם. לכן קיים ההליך המנהלי. הרעיון בבסיס הוא למקסם את טיב ההחלטה שלא תתבסס על שיקולים שאינם רלוונטיים. לדוג': זכות הטיעון, ניגוד עניינים וחובת היוועצות (אין כללים משפטיים מובהקים אך עדיף לקיים חובה זו כדי להיטיב עם ההחלטה).
- **הליך הוגן**- הערך שיש בהליך הראוי, ללא קשר לתוצאה. חשיבות נוספת מעבר לתוצאה האולטימטיבית, המטרה היא לקיים הליך הוגן כדי לתת לאדם הזדמנות שווה להביע את עמדתו לפני גזירת הדין, ללא קשר לתועלת שהוא מביא לשיפור ההחלטות השלטוניות.

2 כללי הצדק הטבעי:

(1) **זכות הטיעון + חובת השימוע/השמיעה**- למשל, המשפט המנהלי אינו יודע אם צריך לבטל רישיון אך ההנחה הסטטיסטית היא שאיכות ההחלטה שרשות תקבל תהיה טובה יותר אם ישמעו טיעונים כי המשפט לא יודע בכל מקרה מה הדבר המיטבי לעשות ולכן עליו להיעזר בטיעונים. זכות לטעון טענות לפני קבלת החלטה בעניינו. תחולתה תלויה כעיקרון בסיווג ההחלטה. זכות הטיעון תלויה בסוג ההחלטה; באופן גס:

- בחקיקה - היא חלה
- בשפיטה - חלה
- בביצוע - לא כל אינטרס יכול לפגוע בה

בחקיקת הכנסת ההנחה היא שאם יתנו זכות טיעון בעת התקנת תקנות, הטיעונים יימשכו זמן רב ולא יוכלו להתקין אותן. מכיוון שמצויים במהלך החקיקה בכנסת גופים וארגונים העוסקים בנושא מתחומים שונים, דבר זה מהווה בעצמו את זכות הטיעון ולכן בהליכי התקנה לא צריך את זכות הבחירה. כל עוד לא נאמר בחוק אחרת, אין חובה לתת זכות טיעון לפני התקנת תקנות גם אם התקנות פוגעות בזכויות של אנשים. השר לא צריך לשמוע כל אדם שעלול להיפגע לפני שהוא מתקן תקנה. למשל, בחוק התכנון והבניה נאמר במפורש כי יש אפשרות להתנגד. יש כאן קיצוניות לשני הצדדים: מצד אחד, לא ניתן לתת לכל מי שהתקנה פוגעת בו זכות טיעון כי זה יכול להגיע למיליוני אנשים, אך מצד שני, זה קיצוני לומר כי אין לתת לאף אחד זכות טיעון. ניתן למצוא איזון בין שתי הקצוות. הרשות השופטת היא הרשאית לשנות את המשפט המנהלי (המקובל) למרות שאינו מעוגן בחוק ולקבוע תקדימים ולכן יש לו אפשרות לשנות את ההלכה ולקבוע שאין פטור ממתן זכות הטיעון בעת חיקוק חוק ולחייב לקבוע שימוע מתאים (שלא יפגע באינטרס הציבורי). בהליכים בעלי אופי שיפוטי יש זכות טיעון; השופטים שומעים את טיעוני הצדדים ומכריעים. גם בבימ"ש ישנם חריגים כמו טיעון במעמד צד אחד כאשר מסתמכים על חומר חסוי. ליבת הסמכויות של המנהל הציבורי היא סמכויות ביצועיות, שבהן זכות הטיעון קיימת אך לא תמיד. המגמה מרחיבה את מתן זכות הטיעון והרשויות נוטות לתת אותן, ועדיין לא כל אינטרס תיאורטי יקנה את זכות הטיעון.

חוץ מחריגים - נקודת המוצא היא ששמיעה מתרחשת לפני קבלת ההחלטה. היא לא נועדה לשכנע רשות לבטל החלטה שקיבלה אלא לפני שהרשות מקבלת את ההחלטה היא צריכה לשמוע את הטענות, ובמקרה שקיבלה את ההחלטה ולא נתנה את זכות הטיעון לפני - ייתכן שלעתים לא יאפשרו לקבל החלטה כיוון שהיא תיחשב כפסולה. המועד למתן זכות הטיעון הוא לפני קבלת ההחלטה. זכות הטיעון כוללת אמירה לאזרח בדיוק מהן העובדות, מהם שיקולי המדיניות ומה הראיות הקיימות כדי שידע למה להתייחס. ישנם פס"דים רבים שבהם אמנם נתנו לאזרח זכות טיעון אך לא נתנו לו זמן להיערך למקרה זה. במדינות שבהן יש חוק משפט מנהלי ישנם סעיפים רבים העוסקים בזכות הטיעון בסיטואציות שונות; בארץ עדיין לא חוקק "חוק סדר הדין המנהלי".

(2) איסור ניגוד עניינים + משוא פנים - סטטיסטית יש סיכוי גדול יותר שרשות המצויה בניגוד אינטרסים תתן החלטה

גרועה יותר ולא מקצועית. כדי לשפר את טיב ההחלטות מעדיפים למנוע ניגוד עניינים. מכיוון שמצבים אלה אובייקטיביים ← זו הפרת הכלל. פרקטית, הבעיות העיקריות - נוגעות לניגוד עניינים (הקשור לטוהר המידות).

- כללי הצדק הטבעי אינם צודקים יותר מאחרים; לא משתמשים בביטוי "כללי הצדק הטבעי" אלא אם מתכוונים רק לשני הכללים הנ"ל.

- כללי הצדק הטבעי נוגעים להליך ולצורת קבלת ההחלטה ולא לתוכנה. העובדה שהתקבלה החלטה טובה או רעה אינה רלוונטית לכללי הצדק הטבעי מכיוון שהם חלים עד רגע קבלת ההחלטה ולא לאחריה.

- נקודת המוצא: המשפט המנהלי ברובו הוא המשפט המקובל - כללי הצדק הטבעי מצויים במשפט המקובל והם כלליים - ולכן העקרון הוא שכלל שחוק ספציפי של הכנסת סותר את כללי הצדק הטבעי - הוא חל מעליהם מכיוון שהוא מאוחר וספציפי יותר ונמצא מעל המשפט המקובל בפירמידת הנורמות (זכותה של הכנסת לשנות את המשפט המקובל). ניתן לחרוג מהמשפט המקובל באמצעות פרשנות תכליתית או אחרת של חוק שחוקקה הכנסת. שתי סמכויות:
 - אחת קשורה לעיגון החוקתי - כאשר העליון פירש את חו"י כבו"ה הוא פירש שהוא כולל את הזכות להליך הוגן. חוק שפוגע בכללי הצדק הטבעי עשוי להיות לא תקף במידה והוא לא מקיים את כללי פסקת ההגבלה ← במידה והכנסת תחוקק חוק שעשוי לפגוע בכבוד האדם הוא עשוי להתבטל אם ייקבע שהוא פוגע בזכות להליך הוגן בניגוד לתנאי פסקת ההגבלה.

המשפט המנהלי אינו מעוגן בחוק ורק במשפט המקובל ← ולכן חוק גובר על כללי הצדק הטבעי ← יפעלו לפי החוק ולא לפי המשפט המקובל במקרה של התנגשות ביניהם.

בפועל הכלל מורכב יותר מכיוון שלפי חוק כבו"ה קיימת הזכות לכבוד האדם שניתן לפגוע בה גם אם הפגיעה מתקיימת רק בתנאים מסוימים (לתכלית ראויה ומידתיות וכו') ← לכן ההלכה היא שהליך הוגן הוא חלק מכבוד האדם (חוק גובר על כללי הצדק הטבעי). מצד שני, חוק שפוגע בהליך ההוגן כחלק מכבוד האדם אינו בהכרח חוקתי. כלומר ישנם היבטים של המשפט המנהלי שאינם חלק מהמשפט המקובל והם חוקתיים ואז לא ניתן לפגוע בכללי הצדק הטבעי במקרים אלה.

לכאורה נוצר המצב: **כללי הצדק הטבעי > חוק רגיל > חוק יסוד.**

מתעורר קושי: מדוע חוקים קובעים הסדרים ספציפיים הנוגעים לכללי הצדק הטבעי אם הם חופפים פעמים רבות את מה שגם ככה עולה מהם?

תשובה: מכיוון שלעתים המשפט המקובל עמום והחוק בא להבהיר מצבים מסוימים, כלומר- אם יש התלבטות (למשל אם מתקיים ניגוד עניינים)- החוק מגדיר מקרה מסוים ככזה:

במקרים רבים החוקים קובעים סנקציות על הפרתם שחורגות מהתרופות שניתנות ע"י המשפט המנהלי (שהוא מקובל). לכן, לפעמים מחוקקים חוקים החופפים את המשפט המנהלי כי ככל שההפרה היא לא רק של המשפט המנהלי אלא של התחום הכללי- ניתן לתת תרופות נוספות שלא קשורות לתחום בלבד, כמו ענישה פלילית.

השניה קשורה להסדרים- לעצם העובדה שחוק קובע הסדר בנושא הנוגע לאחד מכללי הצדק הטבעי לא אומר שלא מכילים בהכרח את כללי הצדק הטבעי של המשפט המקובל. (ככל שהחוק חד משמעית לא סותר את כללי הצדק הטבעי, עצם העובדה שהוא נוגע לנושאים שקשורים לכללים לא אומר שהם לא חלים מעבר לאמור בחוק). למשל, החוק נותן זכות טיעון לא וב' אך הדבר לא אומר שלג' אין זכות טיעון, גם אם הדבר לא רשום בחוק. כל עוד החוק לא אסר על ג' את זכות הטיעון, היא תעמוד לו. כלומר לא מכירים בהסדר שלילי בתחום כללי הצדק הטבעי: העובדה שחוק כלשהו מפרט היבטים שקשורים לכללי הצדק הטבעי לא אומר שמפרשים את החוק כמתכוון לומר שההיבטים האחרים של כללי הצדק הטבעי לא חלים.

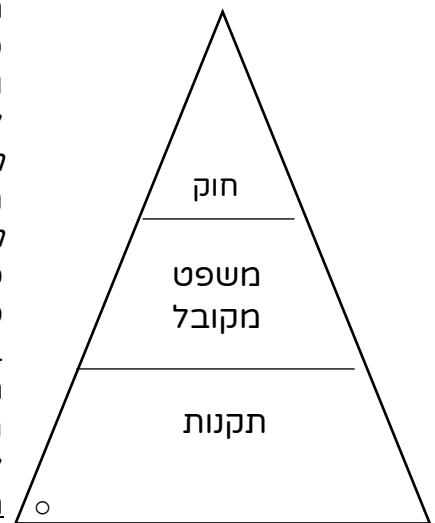
הכלל הבסיסי של המשפט המנהלי: זכות הטיעון אינה חלה בהליכי חקיקה (לפני שרשות מתקינה תקנות היא חייבת לתת את זכות הטיעון לכל מי שעלול להיפגע מהתקנות).

משוא פנים הוא מצב אובייקטיבי המעמיד את הרשות המנהלית בנטיה מעבר להכרחי לכיוון אינטרס מסוים. מתבטא בפס"ד **בן דוד**.

אין כלל האוסר על ניגוד עניינים ותמיד יהיה אינטרס כלשהו (לדוגמה גם לבנק ישראל יש חשבון בנק כדי לקבל את משכורתו...) ← לכן **השאלה** היא מה עוצמתו של ניגוד העניינים שיביא למניעה מאדם למלא תפקיד או לקבל החלטה בנושא מסוים ומהם המבחנים לקביעתה:

תשובה- מספר מבחנים לקביעת עוצמת ניגוד העניינים (בפס"ד מושלב):

- **מבחן החשש הסביר-** האם ההחלטה תושפע מהאינטרס האישי של מקבל ההחלטה. במצב של ניגוד עניינים, האינטרסים האישיים של מקבל ההחלטה אינם עולים בקנה אחד עם האינטרסים שעפ"יהם אמורים להפעיל את הסמכות בצורה תקינה. **מבחן אובייקטיבי** הבודק האם האדם הסביר עשוי לקחת בחשבון אינטרס פרטי בעת ביצוע ההחלטה.
- נטים לחשוב שאנשים המצויים במצב של ניגוד עניינים יקבלו החלטה לטובתם או לטובת מקורביהם; בפועל דבר זה עלול לגרום לדבר ההפוך- להחליט נגד האינטרס האישי שלהם (ומצב זה לא הגון גם כן).
- מבחן זה לא דורש רמה מסוימת לוודאות אך דורש מצב שבו עלולה להיות השפעה מהותית של האינטרס הזר על ההחלטה של האדם הסביר.
- **מבחן האפשרות הממשית:** מדברים עליו בדר"כ במבחן החשש הסביר. הזכירו גם את מבחן האפשרות הממשית. לא בדיוק ברור מתי האפשרות ממשית



והחשש סביר. אך ברור שאפשרות ממשית היא הסתברות גבוהה יותר שיילקחו שיקולים זרים. סתם לדוג': חשש סביר - 20%. אפשרות ממשית - 40%.

בפסיקה הוזכרה אפשרות שכאשר ניגוד עניינים איננו בין האינטרס הציבורי לבין אינטרס אישי אלא כשמדובר באינטרס נוגד שמקורו בתפקיד ציבורי אחר של הרשות המוסמכת כאן אפשר להקל במידה מסוימת עם המנהל הציבורי. הנימוק שהוזכר הוא שיש ערך ציבורי בכך שאנשים טובים ימלאו יותר מתפקיד ציבורי אחד. גם מבחינת השיקולים הערכיים, שיקולי ההליך ההוגן, מבחינת טוהר המידות אפילו זה דבר בעייתי יותר אפילו שעובדי ציבור מקבלים החלטות בהם יש להם אינטרסים פרטיים, לעומת מצב בו האינטרס הנוגד הוא תפקיד ציבורי אחר. וויכוח בעניין ניגוד עניינים של שני אינטרסים ציבוריים נותר בעינו ולא ניתנה החלטה: האם יש להשתמש במבחן החשש הסביר או מבחן האפשרות הממשית. מדוע בסופו של דבר לא ניתנה הכרעה בדבר? מאחר שלא נמצא עד היום מקרה שבו ביהמ"ש אמר שיש חשש סביר אך אין אפשרות ממשית. אך מאחר ששני הביטויים מעורפלים, יש הערכה תלויה מקרה בנסיבות העניין. בפועל ביהמ"ש במקרים אלו של ניגוד עניינים קובע או שאין חשש סביר או שיש אפשרות ממשית. לא היה מקרה ביניים.

פס"ד מלאך - יש סדרה של פסיקה שהייתה קשורה בהקמת אצטדיון הכדורגל בירושלים. בשלב מוקדם יותר, שנים טרם הוחלט להקים את האצטדיון, התוכנית המקורית הייתה להקים את האצטדיון בשכונת קטמון והשכנים לא אהבו זאת. הם הגישו התנגדויות. ההתנגדויות היו אמורות להישמע ע"י הוועדה המחוזית לתכנון ובניה בירושלים. יו"ר הוועדה היה רפי לוי. היו מאות מתנגדים והוא קבע את הדיון בהתנגדויות במשרד קטן והקציב לכך שעתיים או שלוש. חוץ מזה הוא התבטא בראיון בעיתונות שהוא רוצה לסיים את הדיונים בעניין כי הוא רוצה שיוקם כבר האצטדיון. ביהמ"ש פסל אותו מלשבת בדיון בהתנגדויות, כי דעתו הייתה קבועה מראש. **ביהמ"ש ציין, כי כשמדובר במשוא פנים להבדיל מניגוד עניינים הפסילה צריכה להיות מאוד זהירה.** בניגוד עניינים מחמירים. לעומת זאת, משוא פנים כמעט לא נראה בפסיקה כעילה וביהמ"ש הרבה יותר זהיר. משוא פנים זו מעין קבלת דעה מראש, אך זה פחות חמור, מאחר שדנים בעניין מסוים כשנוטים לקבל החלטה מסוימת ולכן זה פחות נורא. לא מזמינים סתם באופן היפותטי את הנפגעים הצפויים. רק במקרה קיצוני שהדעה נעולה ואין טעם בכלל בהמשך הליכי קבלת ההחלטה, לרבות הליך השימוע/זכות הטיעון אז יכולים לפסול, כי מהות התפקיד הביצועי בשונה מהשיפוטי הוא לקבל את ההחלטה שבה מדובר. אך כשמקבלים החלטה סופית לפני שימוע אז מדובר במשוא פנים. אין הכרח בהכרזה מפורשת אך יש להעיד על גילוי התנהגות שמעיד על משוא פנים.

כלל איסור ניגוד עניינים ואיסור משוא פנים - יש להפעיל באופן מידתי. קרי, פסילה מוחלטת של רשות מלמלא תפקידה נעשית רק כשהתפקיד במהותו מעמיד את הרשות בפני ניגוד עניינים. אך אם אפשר שהרשות תמלא התפקיד ורק בתיק מסוים יהיה ניגוד עניינים רק באותו הדיון פוסלים. למשל **בעניין מושלב** לא אמרו שחבר קיבוץ לא יכול לכהן בוועדת תכנון מחוזית בה נמצא הקיבוץ אלא רק בענייני בקשות הנוגעות ישירות לקיבוץ וניגוד העניינים יצור חשש סביר. פסילה מוחלטת רק כשאין ברירה. אצל היועמ"ש היה הרבה פעמים תלונות של ניגוד עניינים כי מצד אחד הוא צריך לאפשר את המשילות ולמצוא את הדרכים המשפטיות לעזור להם לממש את מהווייתם ומצד שני הוא האחראי להעמיד אותם לדיון.

- תופעה הולכת וגוברת המנוגדת לאקטיביזם השיפוטי: ביהמ"ש רואה את כללי הצדק הטבעי עצמם ככאלה שאינם מוחלטים אלא כפופים לאיזון אינטרסים וסבירות. בג"ץ האגודה לזכויות האזרח - נטען שמטרת ההרתעה עלולה להיפגע אם ההריסה לא תהיה מידית, ועדיין חובה לתת את זכות הטיעון (כללי הצדק הטבעי). ביהמ"ש ביצע איזון: במקרה של

הריסה שהיא בלתי הפיכה יש לתת את הזכות, במקרה של אטימה שהיא הפיכה לא נותנים. עקב ההקשר הבטחוני, ביהמ"ש קבע שבענייני בטחון יש משקל לאיזון על חשבון הזכות. **עקרון הצורך** - לא אוסרים על דבר שמחויב המציאות לבצעו. במשפט המנהלי, כללי הצדק הטבעי הם הליכי המנהל לקבלת ההחלטות. לכן במקרה שבהם יישום של כללי הצדק הטבעי ימנעו לחלוטין את האפקטיביות של ההחלטה מתקיים צורך ← ולפי כללי הצדק הטבעי עצמם הם לא יחולו (כמו בדוגמה של אי מתן זכות טיעון במקרה שהיא מסכלת את ביצוע ההחלטה). בעתירות הקשורות לשופטי העליון (כמו נהלי הועדה לבחירת שופטים).

חובת הפרסום של הנורמה המנהלית: (מרצה אורחת - ד"ר שרון ידון)

חובת הפרסום של הנורמה המנהלית: החובה לפרסם נורמות והחלטות מנהליות היא חלק מחובת השקיפות הכללית של רשויות המדינה. זה מאפשר לפרט ולתאגיד לתכנן את מעשיהם ולבקר את השלטון. בנוסף, זה נחשב לביטוי עיקרון דמוקרטי בו המנהל הוא נאמן של הציבור ולכן חייב לתת לו דין וחשבון. חובת השקיפות הכללית של המדינה לא מעוגנת בחוק, אך כן מעוגנת בפסיקה. הפרסום גם מבטא את הכלל לפיו "**אין עונשין אלא אם מזהירין**". גם במשפט המנהלי יש עונשים. כל איסור שהרשות המנהלית מטילה, אנחנו חייבים לדעת עליו מראש על מנת שיהיה צדק ולא נרגיש שהכלל שרירותי.

הסמכות החקיקתית: הרשות המנהלית מחזיקה ב3 כובעים מרכזיים:

1. סמכות ביצועית
2. סמכות מעין שיפוטית
3. סמכות מעין חקיקתית.

רשות מנהלית יכולה לחוקק תקנות (חקיקת משנה). תקנה מוגדרת **בס' 3 לחוק הפרשנות:** "הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת פועל תחיקתי".

"בת פועל תחיקתי" - מהו?

פסה"ד המנחה בעניין זה הוא פס"ד אלכסנדרוביץ - פסה"ד בעניין בולי מס על מוצרי מותרות. השאלה כאן היא האם קביעת מנהל המכס - היא **תקנה בת פועל תחיקתי** או **הוראת מנהל**. כלומר, האם מדובר בסמכות חקיקתית או ביצועית של מנהל המכס. למה זה משנה?

אם מדובר בסמכות חקיקתית ← חייב פרסום ברשומות.
אם מדובר בסמכות ביצועית ← אין חובה לפרסום ברשומות.

השופט זוסמן קבע כי קביעת המכס חידשה את המצב באופן שלא היה קודם ובנוסף הקביעה הייתה כללית שתקפה לכל מי שמוכר מוצרי ריהוט, זה לא היה תקף רק לזוג הנ"ל.

ע"מ שהוראה מנהלית תיחשב "חוק" עליה לקיים שני תנאים מצטברים כדי להיות תקנה בעלת פועל תחיקתי:

1. **נורמטיביות** - התקנה תקבע נורמה משפטית ותביא בדרך זו לשינוי במשפט הנוהג במדינה. שינוי נורמטיבי נחשב לשינוי גם אם הוא שינוי לטובה וגם אם לרעה, בין אם מדובר בזכות או בחובה חדשה.
2. **כלליות** - הנורמה תהא כללית או "מופשטת", כלומר, נורמה המופנית אל הציבור כולו, או לפחות אל חלק בלתי מסוים ממנו, שלא נקבע לפי שמותיהם של האנשים אליהם מכוונת התקנה.

תקנה בת פועל תחיקתי טעונה פרסום לפי **ס' 17 לפקודת הפרשנות**. הצורך בפרסום נובע מן העיקרון הידוע כי חזקה על אדם שהוא יודע את החוק. לכן, מן ההכרח שתהא לאדם לפחות האפשרות לדעת את הלכות החוק המחייבות במדינה, ולאפשרות זו משמש הפרסום ברשומות.

תקנה הוא מונח משפטי שמתאר שינוי מצב משפטי קיים ושהוא כללי והמשמעות שלו היא שהוא חייב בפרסום. צריך לבדוק את תוכן התקנה זה יכול להיקרא גם כלל/ צו וכדומה.

נבחן את הנורמטיביות:

עלינו לשאול האם הנורמה מטילה איסור או חובה על האזרחים. למשל: צו של מפקד צבאי שמורה על סגירת שטח מסוים מכוח תקנות ההגנה לשעת חירום. האם מדובר ביישום ביצועי של נורמה או הנורמה עצמה? (תקנות ההגנה רק מסמיכות את המפקד לסגור שטח). השופטים נחלקו בדעותיהם אך נקבע כי הצו הוא נורמה חדשה ולא רק יישום התקנות.

יש לשאול כשאלה מנחה: האם קביעת הרשות מוסיפה חובה/ זכות שבלעדיה לא הייתה קיימת? האם היא יוצרת דין? למלאכת הסיווג פותחו מבחנים בפסיקה, עדיין יש מקום לפרשנות במקרים גבוליים.

תקנות בנות פועל תחיקתי הן בעלות אופי של חקיקה. הן קובעות נורמות כלליות- כללי התנהגות שיש להם תחולה רבה. ניתן לקרוא להן **חקיקה מנהלית**. לפיכך, הן דורשות פרסום בדומה לחוקים.

אם הנורמה החקיקתית לא פורסמה כדין:

- אין לה תוקף (בטלות מוחלטת, פס"ד אלכסנדרוביץ).
- אכיפה כלפי מי שידע עליה (בטלות יחסית, פס"ד פלונית). בתי המשפט קובעים שאם הנמען קיבל מכתב הבייתה ובו כתובה הנורמה אז גם אם היא לא פורסמה אך ידעו עליה, לא נבטל אותה לגמרי.
- פס"ד פלונית- היא ידעה על הנורמה ולכן החילו עליה את הנורמה, למרות שהנורמה לא הייתה מפורסמת.

בעבר, אי פרסום ברשומות היה מוביל בוודאות לבטלות מוחלטת.

כיום, בתי המשפט יהיו מוכנים לקבל תקנות שבטלים רק בבטלות יחסית כלומר בטלים רק כלפי מי שבאמת לא ידע עליהם.

הוראות מנהל:

ס' 3 לחוק הפרשנות: "הוראה או מינוי, לרבות הודעה, מודעה, רישיון, היתר וכיוצא באלה- שניתנו בכתב ואינם בני פועל תחיקתי". **הוראת מנהל אינה בעלת פועל תחיקתי** (אחרת הייתה תקנה). היא אינה כללית או נורמטיבית.

חלק עיקרי מסמכויות הביצוע של המנהל מתבצע באמצעות הוראות מנהל. אין עליהם חובת פרסום ברשומות. (רק אם יש בהן חובה ספציפית אז הן צריכות להתפרסם בילקוט הפרסומים).

למשל, אם שוללים לי רישיון נהיגה ← זה נחשב כהוראת מנהל משום שזה לא כללי, זה שלילת רישיון לי באופן ספציפי + זה בכתב. לכן, אין חובה לפרסם ברשומות, אך מן הראוי למסור הודעה בדבר.

הוראת מנהל היא אינה בת פועל תחיקתי- היא אינה כללית/ אינה נורמטיבית/ אינה שניהם. + היא בכתב.

דוגמאות להוראות שאינן כלליות (אך יש שינוי נורמטיבי):

- מתן היתר או רישיון למפעל או לאדם ספציפי, למשל, רישיון חפירה שניתן לפי חוק העתיקות.
- אישור שנתנה הרשות השניה לדני רופ כאיש חדשות לפרסם חברת מוצרי איטום ובידוד לבית
- צו של הצנזורה לעיתון מסוים למנוע פרסום ידיעה.

דוגמאות להוראות מנהל שאינן משנות את המשפט הנוהג:

- רשימות מועמדים לכנסת העשרים (הודעה לציבור).
- מינוי חברים לוועדות ערר... (אין כאן שינוי של המצב המשפטי, אלא שינוי לאדם ספציפי).

דוגמה: הודעה בדבר מתן רישיון לחיפוש נפט והפקתו ללפידות ← נקבו בשם ספציפי "לפידות" ולכן זה נחשב להוראת מנהל (לא עמד באחד משני התנאים המצטברים של תקנה בת פועל תחיקתי- זה לא כללי).

אז למה בכל זאת זה פורסם ברשומות? משום שחוק הנפט קובע שיש לפרסם ברשומות למי יש רישיון. לעיתים יש הוראות מנהל המחויבות בפרסום ברשומות אם החוק מחייב לכך (מכוח חוק פרטני) או באופן וולנטרי (רשויות מנהליות מפרסמות את הוראות המנהל למרות שאין להם חובה לעשות כך). עדיין קיימות הוראות מנהל רבות שאינן גלויות לציבור על אף שיש להן חשיבות ציבורית. למשל, מרבית הזיכיונות במשק אינם מתפרסמים.

לאחרונה נצפית מגמה של חיוב בחוק לפרסם באינטרנט/ בעיתון הוראות מנהל או תקנות.

הנחיות מנהליות הן הנחיות שרשות מנהלית קובעת לעצמה לצורך ביצוע סמכותה על פי דין, כמו קריטריונים לאישור בקשות אימוץ.

ס' 6 לחוק **חופש המידע** קובע: "רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המנהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור".

תחילת התוקף של החלטות/נורמות מנהליות (היבט/תחולת הזמן):

תחולה בזמן

מספר סוגים:

פרוספקטיבית:	אקטיבית רטרואקטיבית:	רטרואקטיבית:
<p>ההסדר החדש יכנס לתוקף בתאריך עתידי דחיית המועד שבו מתקיימות ההתנהגויות שהנורמה תחול עליהן לזמן עתידי לאחר קבלת הנורמה. ע"מ לאפשר לציבור/למדינה/לאנשים פרטיים להיערך לנורמה החדשה ולהתכונן להפעלתה כדי למזער את הפגיעה בהסתמכות כדי למנוע מצבים שבהם לא מעשי להפעיל את הנורמה בן רגע. למרות שהיא אינה ברירת המחדל לעתים הדין מחייב תחולה זו.</p>	<p>התחולה ברירת המחדל. סוג של תחולה אקטיבית. חלה באופן אקטיבי=משנה את התוצאות המשפטיות של מצבים והתנהגויות מרגע קבלת הנורמה לרבות פרסומה לגבי הנורמות שחלה לגביהן דרישת הפרסום. סוג של אקטיבית ולא של רטרואקטיבית. לכאורה לפי ס'17 לפקודת הפרשנות (תקנות בנות פועל תחיקתי) יש אפשרות שהנורמה תחול ביום פרסומה מיידיית כל עוד לא נקבע אחרת. נורמה היא אקטיבית אם היא משנה את התוצאות/המעמד המשפטי של מצבים או פעולות המתקיימים מרגע קבלתה של אותה נורמה. היא מהווה מצב שהתקיים בעבר אך הנורמה חלה רק מרגע קבלתה (למשל כאשר מעלים את שיעור המס על רכישת נכס; הנכס עשוי להירכש בעבר לפני קבלת הנורמה אך אם מכירתו מתבצעת אחרי קבלתה של הנורמה והיא תוחל על מכירה זו ← התחולה היא רטרואקטיבית ולא רטרואקטיבית. ההופך תחולה רטרואקטיבית לבעייתית היא ערך ההסתמכות: גם אם מחילים את הנורמה החדשה רק מכאן ואילך - התחולה עלולה לפגוע בהסתמכות מכיוון שאדם רכש נכס מסוים מתוך ציפיה שהחזקה בו או השכרתו תביא לרווח מסויים שנפגע עקב התקנה החדשה. ← מכך התפתחו דינים העוסקים בתחולה פרוספקטיבית.</p>	<p>שינוי התוצאות המשפטיות של פעולות שנעשו בעבר, על פי הנורמה החדשה. ישנם חוקים שונים (כמו חוק העונשין שבו נקבע כברירת מחדל שחובה להחיל באופן רטרוא' נורמה פלילית חדשה מקלה ואסור להחיל באופן רטרוא' נורמה פלילית מחמירה) שבהם הוראות מפורשות בנוגע לתחולה. גם כאשר אין הסדר ספציפי לגבי נורמות, המשפט המנהלי יקבע שהפעלת הסמכות כפופה להגבלות של המשפט החוקתי והמנהלי: זכות חוקתית כזו היא הזכות לכבוד ← לעתים יש קושי בעצם מתן פרשנות מחמירה יותר שביהמ"ש נתן לחוק. ככל שתחולה זו פוגעת בזכות חוקתית, לא די בהצדקה לחרוג מברירת המחדל האקטיבית לטובתה אלא יש צורך שגם הכנסת תסכים ותחוקק חוק שיסמיך במפורש את הרשות לקבל החלטות ולהפעיל את שיקו"דתה באופן רטרוא' עליה לקיים את התנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה. גם רטרוא' מיטיבה יש לבדוק בקפדנות משום שהטבה עם אחד עלולה לפגוע באחר וכך ערך השוויון נפגע.</p>

3. **דיני שיקול הדעת** - שיקוה"ד המנהלי. לפי פרופ' יצחק זמיר, כל החלטה מנהלית היא החלטה שבשיקו"ד. לדעת בנדודר זוהי הגזמה, ושיקוה"ד בהקשר של משפט מנהלי אינו מדבר על המובן המילולי של שיקו"ד אלא על מצב שבו יש סמכות לבחור מבין כמה חלופות החלטה. כמעט כל הסמכויות המנהליות הן סמכויות של שיקו"ד כיוון שהרשות המנהלית אינה מחויבת ע"י המשפט המנהלי, שמעניק לה בחירה מבין מספר חלופות. דינים אלה מגבילים את הבחירה, שהוא רחבה אך לא מוחלטת. כאן מוגדרים **דיני שיקול הדעת המנהלי** - דיני הגבלת הבחירה של הרשות המנהלית. ההגבלות שחלות על דיני שיקוה"ד, כמו איסור התחשבות בשיקולים זרים, חובת התחשבות בשיקולים רלוונטיים, מידתיות (שנזכרה בחוק לפני חוקי יסוד, ומצמצמת את חופש הבחירה ומחייבת לקיים את מבחני המידתיות). ישנם מקרי קיצון שבהם יש אופציה לבחירה, וגם בהם לאחר צמצום קיימת רק אופציה אחת (למשל נסיבות שבהן שיקוה"ד של רה"מ לפטר שר יגרמו לחלופה אחת להחלטה והיא פיטור השר בלבד). הלכת נרי פנחס - בכתב אישום בעבירה חמורה, חייב רה"מ להדיח את השר מתפקידו. לסיכום, שיקוה"ד רחב בדר"כ אך לא מוחלט.

דיני שיקוה"ד הם הדינים שמגבילים את הבחירה. ישנם מקרים יוצאים מן הכלל שבהם יש בחירה מראש, אך בנסיבות מסוימות - לאחר הפעלת דיני שיקוה"ד, עלולים להיות מקרים שבהם נותרת רק חלופה חוקית אחת (במקרים חריגים - ואז נוריד חלופה אחת ותישאר דרך אחת לפעול). הנקודה היא שדינים אלה ביסודם מגבילים את הפעלת שיקוה"ד. אין שיקו"ד מוחלט; עצם העובדה שהחוק המסמיך נותן אפשרות לבחור בחלופה מסוימת לא אומר שבהכרח מותר לבחור באותה חלופה ← כל אחת מהחלופות מגלמת שיקול אינטרסים מסוים (במכרזים הרשות מחליטה מראש כמה אחוזים לתת לכל קריטריון בבחירת נותן השירות). משמעות הבחירה בין חלופות היא שכל אחת מהן המצויה במסגרת הגדרת הסמכות של הרשות מייצגת שקלול יחסי מסוים של האינטרסים שהיא לוקחת בחשבון. דוג' - מכרזים ציבוריים; לפי תקנות חובת המכרזים - על רשות שעורכת מכרז לתת שקלול באחוזים לכל שיקול ולפרסם זאת למען השקיפות וכדי שאנשים ידעו אם ברצונם לגשת למכרז. הבחירה בין החלופות נחשבת כמתן משקל שונה באחוזים לאינטרסים ושיקולים שונים. לכל סמכות בנפרד יש רשימת שיקולים ואינטרסים שהיא לוקחת בחשבון:

- **חוק/תקנות המסמיכים** - בחקיקה העכשווית, בד"כ נאמר בהתחלה מה מטרת החוק.
- **תכלית החוק/ההקשר שלו**: שיקולים המשתמעים מהחוק/מהתקנות - ניתן להבין מההקשר, לדוג' - ישנן 2 סמכויות צנזורה בישראל (הצנזור הצבאי שלו שיקול בטחוני והועדה לביקורת סרטים שלה שיקולים של פגיעה ברגשות הציבור או הגבלת גיל).
- **עקרונות כלליים של המשפט הישראלי** - לדוג' ז"א. אם סמכות מסוימת יכולה לפגוע בזכות אדם בין אם היא קבועה בחו"י או לא, מתחשבים בזכות.

קיימים 4 סוגים לכללי שיקול הדעת:

1. **התחשבות במכלול השיקולים** - רשות נדרשת לקחת בחשבון את כל השיקולים. דנג"ץ ויכסלבאום נ' **משרד הבטחון**. הרעיון המשפטי הוא:
 - לקדם אינטרסים ולחשוב עליו
 - לא לתת משקל אפסי לאינטרס מסוים
2. **איסור שיקולים זרים** - שוחד הוא המקרה הברור. שיקולים שיהיו רלוונטיים לרשות אחת, לא יהיו רלוונטיים לאחרת ויחשבו אצלה כשיקולים זרים למרות שהם לא מהווים ניגוד עניינים. (לדוג' הצנזור). בג"ץ רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים. על החלופה שתיבחר לקדם את השיקול או את האינטרס מבחינה מעשית. אסור לבחור בחלופה שמשמעותה המעשית הוא מתן שקלול אפסי לשיקול רלוונטי. יש לברר האם מדובר בשיקול ענייני או זר שאין לשקול אותו והוא ייפסל. **שיקול זר הוא לא לא מוסרי בהכרח אלא פשוט לא נועד לקדם את ההחלטה באותן נסיבות**.
3. **סבירות + מידתיות** - מניחים שהתחשבו בכל השיקולים ושלא התחשבו בשום שיקול זר. מתייחסות לסיטואציה שבה מניחים נלקחו בחשבון כל השיקולים הרלוונטיים שהיה צריך לשקול ומגבילות את השקלול היחסי שניתן לשיקולים. שניהם עוסקים במצב שבו החלטה מבוססת ומשקפת את כל השיקולים הרלוונטיים ללא שיקולים

זרים אך הרשות עדיין לא יכולה לבחור בכל חלופת החלטה אך יש להגביל את האיזון והשקלול שהרשות עושה. הרשויות בוחרות כמה אחוזים לתת לשיקולים הרלוונטיים בלבד במתן ההחלטה.

- **סבירות** - על כל ההחלטות להימצא במתחם הסבירות. עילה זו משמשת לצורך ביקורת שיפוטית. חיסרון הוא שהדבר לא מתפקד ככלל משפטי אלא כעילה לביקורת שיפוטית התלויה בכך שילכו לביהמ"ש. השימוש במתחם הסבירות נעשה במקרים כמו זכות הטעון וכו'. התפיסה המקובלת היא שהתפתחות הסבירות מבטאת אקטיביזם שיפוטי: האמת היא ההפך. מכיוון שהרטוריקה והחשיבה הקשורה לסבירות היא קיצונית, והמתחם כולל מספר חלופות. מצד אחד המשפט הופך להיות עמום יותר אך מצד שני השימוש בסבירות לא מאפשר לרשות לדעת האם היא פועלת בסבירות או לא.
- מתחם שיקוה"ד הוא רחב במיוחד לפי ביהמ"ש ועילת הסבירות חונקת את שיקוה"ד של ביהמ"ש. עילת הסבירות המודרנית מוגדרת ע"י ברק כדבר שיורי, ולכן ניסו לפתח את המידתיות; עליה היה לקבוע אמות מידה מדויקות להפעלת שיקו"ד מנהלי. הדבר לא הצליח למרות יתרונות המידתיות ועל השופטים היה להיפרד משיקוה"ד שמעניקה להם הסבירות.
- **מידתיות** - החלה במשפט המנהלי. כדי שהחלטה מנהלית תהיה מידתית היא צריכה לקיים 3 מבחני משנה:

- מבחן ההתאמה/הקשר הרציונלי** - מספיק שרשות סבירה בנסיבות העניין תראה שהדבר שעשתה אינו מופרך. ניתן להסתייע גם במתחם הסבירות והדבר תלוי גם בקשר רציונלי חזק יותר במקרים שמדובר בזכות חשובה כדי לממש את מטרת ההחלטה.
- מבחן הפגיעה הפחותה/הצורך** - אם חלופה מסוימת פוגעת בזכות פחות מאחרת או שהיא מקדמת את המטרה פחות מאחרת, לא חייבים לבחור בחלופה זו. מבחן שרירותי כיוון שיש בו מתחם סבירות שתמיד ניתן לטעון לו.
- מבחן המידתיות במובן הצר/יחסיות** - מובן אחר של פרופורציות. אם בחלופה שנבחרה יש כדי לקדם את השגת התכלית ובמידה ואין חלופה אחרת שיכולה לקדם באותה מידה ועלות את השגת התכלית, עדיין המבחן דומה למבחן הסבירות - האיזון שההחלטה מבטאת בין הנזק שלה לזכות/לאינטרס לבין התועלת לקידום התכלית צריך להיות איזון סביר העומד במתחם הסבירות. החלטה מתונה בנסיבות העניין.

מבחני משנה אלה נמצאים בפס"ד בן עטייה.

4. שוויון -

שוויון חוקתי	שוויון מנהלי
<p>אין להתבסס בהחלטה על אמות מידה קבוצתיות מסוימות כמו: נטייה מינית של האדם/ גיל/ מין וכו'. הזכות החוקתית לשוויון היא לא מוחלטת, כמו שאר חוקי היסוד, ניתן לפגוע בה כאשר מתקיימים תנאים מסוימים - דרישות פסקת ההגבלה. (מכוח חוק+ שהחוק יהלום את ערכי מדינת ישראל+ לתכלית ראויה+ הפגיעה מידתית - 3 מבחנים)</p> <p>פס"ד אליס מילר: אישה רצתה להיות טייסת אך לא קיבלו אותה כי היא אישה. עצם ההבחנה מהווה פגיעה בזכות לשוויון, בלי קשר אם היא צודקת או לא. הצבא טען כי ההחלטה נסמכת על שיקולים ענייניים - עלות ההכשרה יחסית לזמן השירות של נשים גבוהה יותר משל גברים. משום שנשים פורשות מוקדם יותר כדי לבנות חיי משפחה. לאחר שנקבע כי יש פגיעה בשוויון יש לבחון אם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.</p> <p>תכלית ראויה להבחנה - מתקיים.</p>	<p>כלל העקביות. לא מספיק שהרשות ביצעה את 3 הכללים הראשונים בעת קבלת ההחלטה, אלא הבחירה צריכה להיות עקבית ולא יכולה להיות שרירותית או מקרית.</p> <p>השוויון המנהלי - רעיון של עקביות ולא מבוסס על שלילת שיקולים מסוימים. ניתן לקבל החלטות שונות כל עוד הן מצויות במתחם הסבירות.</p> <p>הרעיון הוא:</p> <ul style="list-style-type: none"> • התייחסות זהה למקרים זהים במהותם • התייחסות שונה למקרים שונים • פרופורציה בין מידת השוני בין המקרים לבין מידת השוני בהתייחסות <p>לדוג', שני אנשים שמרווחים אותו סכום יצטרכו לשלם אותו סכום מס. במידה ויוטל מס שווה על אנשים שמרוויחים סכום שונה, הדבר לא יהיה הוגן. כלומר כאשר מדובר במקרים שונים - מבחינת השוויון האריסטוטלי חייבת להיות התייחסות שונה כחלק</p>

<p>מידתיות- שלילה גורפת מנשים לקבל הזדמנות שווה להיות טייסור ✕ זה לא מידתי. הצבא רשאי לומר שיקבל פחות נשים מגברים אך לא לשלול באופן מוחלט. השוויון החוקתי זוכה בהגנה משמעותית בגלל שהוא חלק מכבוד האדם. רעיון של השוויון המנהלי הוא עקביות. צריך להתייחס באותה צורה למקרים שווים. לרשות מנהלית אסור לפגוע בשוויון החוקתי אלא אם כן ההחלטה הפוגעת מקיימת את הדרישות של פסקת ההגבלה. פס"ד אליס מילר- היה הבדל רלוונטי בין קבוצת הנשים לקבוצת הגברים בעת ההכשרה של כל אחד משני המינים לצורך היותם טייסים. ההכשרה של נשים משתלמת פחות כיוון שהתועלת נמוכה יותר כשנשים משרתות 10 שנים מול גברים שמשרתים 30 שנה. מבחינת הבדיקה לפי פסקת ההגבלה/המידתיות- הפגיעה אמנם לתכלית ראויה (שימוש נכון בתקציב הבטחון).</p>	<p>מהשוויון. לא ניתן מס של 1,001 ₪ לאחד ו1000 ₪ לאחר כיוון שהשוני אמנם מקיים את שני התנאים הראשונים אך עליו להיות פרופורציונלי.</p>
---	---

מידתיות- שלילה גורפת מנשים לקבל הזדמנות שווה להיות טייסות זה לא מידתי. הצבא רשאי לומר שיקבל פחות נשים מגברים אך לא לשלול באופן מוחלט. השוויון החוקתי זוכה בהגנה משמעותית בגלל שהוא חלק מכבוד האדם.

הרעיון של השוויון המנהלי הוא עקביות. צריך להתייחס באותה צורה למקרים שווים.

יותר קל להוכיח פגיעה בשוויון החוקתי מאשר במנהלי. ניתן להגן הגנה חלשה יותר על השוויון המנהלי מאשר על השוויון החוקתי ממספר סיבות:

- ישנם מקרים רבים שבהם בלתי אפשרי לקיים את השוויון המנהלי ואת העקביות. הכלל מאפשר רק 2 סוגי החלטות אפשריות אך ההתייחסות זהה. (דוג' - הציונים במבחני הלשכה). אין אפשרות לוגית לשמור על השוויון המנהלי במקרים אלה וחייבים לפגוע בו.
 - ישנו צורך בחיתוך שרירותי פעמים רבות במיוחד כאשר מדובר בהקצאות תקציביות וכל עוד החיתוך שרירותי ולא מבוסס על הפרת השוויון החוקתי, הדבר עומד. **לא ניתן להגן באופן הדוק על השוויון המנהלי בצורה שבה אנו מגנים על השוויון החוקתי.** השוויון המנהלי עדיין מוגן אך במקרים חד משמעיים ופשוטים.
 - מבחינה מעשית לא באמת ניתן ולא רצוי מכך שפעם אחת קיבלתי החלטה באיזשהו עניין, לגזור את ההחלטות שאקבל בנושא לנצח. לא יהיה שיקול דעת- אפשרות בחירה. לדוגמא: אם פעם אחת אדם ביקש רישיון לפתוח מכולת ונתנו לו, מכאן והלאה אין שיקול דעת יותר, חייבים תמיד לתת כאשר הנסיבות דומות. היינו גוזרים מהחלטה זו את כל ההחלטות העתידיות בעולם המנהלי. מתבטל הרעיון של שיקול הדעת. מעבר לכך, ניתן גם לשנות מדיניות. גם אם החלטנו פעם אחת משהו אחד אפשר בפעם הבאה להחליט משהו אחר אם זה יראה לנו ראוי יותר. דרישה מוחלטת לעקביות תגרום לקושי עתידי.
 - לעיתים לא ניתן משיקולים של משאבים כלכליים. לדוגמא: הייתה פגיעה באיזור מסוים והחליטו לתת לבעלי חנויות מסוימים פיצוי מסוים ולמי שנפגע קצת פחות לא נתנו פיצוי בכלל. עשו זאת מטעמים של משאבים מוגבלים. אם היו נתנים לכולם פיצוי, אז הפיצוי יהיה מזערי ולא ישפיע. הדבר מתקבל ולא נחשב לפגיעה בשוויון בשל כך שמדובר בחיתוך שרירותי, כל עוד זה לא מתבסס על משהו שאינו חוקתי כמו הבדל בגין מין, דת וכו'.
- לא תמיד ניתן לדעת אם שני מקרים זהים מהבחינות הרלוונטיות. מי מחליט מהן הבחינות הרלוונטיות? איך יודעים איזה קריטריון רלוונטי לשוני? איך יודעים שההבדלים הם לא רלוונטיים ועל כן המקרים זהים וצריכים לחול עליהם דין זהה. בעולם האמיתי אין שני מקרים זהים לחלוטין. יותר קל להוכיח פגיעה

בשוויון החוקתי כי מדובר על קבוצות שונות למשל: גברים מול נשים. לעומת הוכחה של פגיעה בשוויון מנהלי משום שלא ניתן לדעת אף פעם מתי מקרים באמת שונים או זהים.

בהרבה פסקי דין יש עמימות בין שוויון מנהלי לשוויון חוקתי ומבלבלים ביניהם, אך הם שונים. לא ניתן להחיל את פסקת ההגבלה על השוויון המנהלי משום שאם ההבחנה מוצדקת- פסקת ההגבלה תתקיים ואם ההבחנה לא מוצדקת פסקת ההגבלה לא תתקיים. אין לפסקת ההגבלה נפקות כאשר מדברים על שוויון מנהלי.

הנחיות מנהליות דומות לתקנות ועוסקות בהפעלת שיקו"ד בקשר לסמכות מסוימת. אלה הם כללים שלפיהם הרשות המנהלית יכולה ואף חייבת להפעיל את שיקול דעתה. הרעיון הוא להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים ולהתאים את החלטה לנסיבות הקונקרטיות של המקרה (ע"י התאמת ההחלטה ע"ס מכלול הניסיון, הכישורים המקצועיים, היבטים פוליטיים/אידיאולוגיים לגיטימיים לנסיבות המקרה). הנחיות מנהליות נועדו להשיג מספר יעדים:

- **יעילות בקבלת החלטה**- כשרשות מקבלת החלטה בדר"כ מדובר בעניין שיש לחקור. מכיוון שהחקר לא מעשי ההנחה היא שהן מייעלות זאת ושההחלטות יהיו איכותיות יותר.
- **הנחיות מנהליות מאפשרות לקבל החלטות עקביות**- סמכויות רבות ניתנות לאנשים שיש להם את אותו התפקיד. ניתן מדיניות שוויונית ע"י הנחיות/כללים שעפ"יהן כל הרשויות שיש להן את שיקוה"ד פועלות; כך נתנים מדיניות שוויונית ואחידה ומגשימים את העקביות.
- **אצילת סמכויות**- סמכויות הנתונות לשרים או לאדם בכיר שאינו מסוגל להתמודד עם הסמכות לבדה רשאי להאציל את סמכותו לאנשים רבים ← רשות מוסמכת יכולה לפקח על הפעלת שיקוה"ד שלה ע"י קביעת הנחיות המנחות את הנאצלים באיזו דרך להפעיל את הסמכות.

המיוחד בהנחיות מנהליות הוא שניתן לסטות מהן אם יש הצדקה מיוחדת בנסיבות העניין ולעתים אף חובה לסטות מהנחיה. אין עדיין פס"ד המחייב לכתוב את ההנחיות אלא מקובל להוציא חוזרי מנכ"ל וכו'. לא מפעילים שיקו"ד אינדיבידואלי בחלוקת כסף, כיוון שהדבר עלול להביא לשחיתות. במידה ורשות רוצה לחלק תקציב עליה לקבוע קריטריונים מראש ולהוציא קול קורא עפ"יהם.

כאשר מדובר בסמכות של שיקו"ד, הוא צריך להיות חוקי ועצם כך שהרשות מוסמכת לא אומר שהסמכות מוחלטת ויש להגביל אותה באמצעות דיני שיקוה"ד.

ש: במידה ורשות יכולה לקבל החלטה על דעת עצמה אך בפועל התייעצה עם רשות אחרת, עולה השאלה האם במידה ותרצה לבטל את החלטתה עליה להתייעץ שוב עם אותה רשות?

ת: פרשנותו של בנדור הוא שסעיף זה מדבר על הליך שהיה צריך לנקוט בו מכוח חובה משפטית ולא על ההליך שבפועל הרשות נקטה בו.

ס'15 לחוק הפרשנות מעורר קושי בניסוח: הסעיף לא מתייחס למצב שבו המשפט המנהלי הכללי (המקובל) דורש את זכות הטיעון. לפי הסעיף כדי לתת לאדם רישיון לא צריך לתת לו זכות טיעון ולכן גם כשמבטלים את הרישיון שלו לא צריך לתת לו את הזכות ← מצב זה אינו מתקבל על הדעת. מפרשים את הסעיף כמי שלא גורע מהמשפט המנהלי הכללי כל עוד לא נאמר בצורה מפורשת שהוא גורע, וחזקה שכללי המשפט המקובל חלים אלא אם כן נקבע אחרת.

ברור שדיני שיקוה"ד הכלליים חלים גם בעניין תיקון או ביטול, אך יש להם גם כללים מיוחדים. למה צריך דין מיוחד דווקא לשינוי או ביטול של החלטות ולא לקבלת החלטות מלכתחילה? בגלל ההסתמכות.

לפני שמקבלים את ההחלטה- אין עדיין הסתמכות. אך לאחר שההחלטה התקבלה האדם כבר הסתמך: למשל נתנו לאדם רישיון לפתוח עסק ורצו לבטל לו את הרישיון והוא נאלץ לסגור את העסק- בעל העסק כבר הסתמך על ההחלטה והשקיע כספים ומשאבים בשל ההחלטה.

בנושא שיקוה"ד בעת שינוי או תיקון- ישנה חשיבות לסיווג הנורמה שעליה מדובר (ביצועי/חקיקתי/שיפוטי):

- **החלטה בעלת אופי שיפוטי**- ניתן לשנות רק במקרים חריגים מאוד.
- **החלטה בעלת אופי חקיקתי**- במהותה, החלטה מנהלית היא חקיקתית גם אם אינה תקנה מכיוון שהיא עוסקת בהסדר כללי ולא עניין ספציפי של אדם מסוים.

○ החלטה בעלת אופי ביצועי- ישנה מידה מסוימת של הסתמכות לגיטימית ובפס"ד שללם ביהמ"ש נגד גישה המצמצמת את שיקוה"ד כך שרק במקרים של הטעיה ניתן להשתמש בה.

שתי הדוקטרינות עוסקות במצבים בהם לא הופעלה סמכות משפטית או הופעלה כזו שלא בדרך חוקית, ולמרות זאת נוצרה הסתמכות של אנשים/תאגידים שכלפיהם הרשות קיבלה את ההחלטה. תורות אלה נותנות תוקף גם להחלטה שהיא לא הפעלת סמכות משפטית- ומכל מקום, גם אם היא נחזית כהפעלת סמכות משפטית- נפל פגם משפטי בהחלטה כך שבכל זאת התקבלה החלטה והרשות עשתה דבר מה שעורר ציפייה או הסתמכות.

בד"כ, הסיבה לרתיעה משימוש בדוקטרינות שביהמ"ש פיתח אינה גלויה בתוך הפס"ד, אך בנדור מציע הסבר לפיו השופטים סבורים כי במדינת ישראל השימוש בתורות אלה עשוי לעודד מנהל לא תקין (ייתכן שבמדינות אחרון בהן התרבות המנהלית מסודרת יותר הדבר יעבוד- אך לא בישראל). החלטת תורות אלה בישראל עלולות להיות פתח לניצול לרעה ולפגיעה מהותית במנהל התקין.

תורת ההשתק	תורת ההבטחה המנהלית
<p>Estoppel. מקור תורה זו במשפט האזרחי הדיוני; זוהי טענה דיונית במשפטים אזרחיים. במשפט האזרחי בד"כ טענת ההשתק לא חלה ולא רלוונטית יותר בישראל.</p> <p>במשפט הפרטי לא קיימים יותר דיני היושר המכילים את תורת ההשתק מכיוון שהם הוחלפו. אף בחוקים האזרחיים כתוב שהכנסת חוקקה בעבר עשרות חוקים אזרחיים המבטלים את הקודמים (המשפט המקובל).</p> <p>מאחר שהמשפט המנהלי הכללי נשאר משפט מקובל, עדיין מתעוררת השאלה האם מתקיים ההשתק כיוון שהמשפט המנהלי הכללי אינו חקוק עדיין ואין הסדר ממצה בתחומו. כלל ההשתק הוא כלל דיוני מכיוון ש</p>	<p>המצאה של ביהמ"ש העליון מפי השופט צבי ברנזון באמצע שנות ה-90.</p> <p>חובת ההגנות היא מוגברת וגם אם אדם רגיל אומר התחייבות כלשהי שאינה חוזה או הסכם ג'נטלמני, כשמדובר ברשות מנהלית קיימת עליה חובה להגנות והיא מחייבת לקיים את ההבטחה שלה.</p> <p>עצם זה שרשות שלטונית הבטיחה ← ההגנות דורשת שתקיים את הבטחתה.</p> <p>השופט ברנזון קבע מספר סייגים שפורשו באופן מרחיב ומחמיר, וביהמ"ש הוסיף סייגים נוספים מעבר להלכה שנקבעה.</p> <p>הדרישה שהבטחה תהיה מסוימת, מפורטת ונטולת סייגים שאינה תלויה בדבר אינה מתקיימת. במתווה הגז לדוגמה היא מתקיימת מכיוון שהמקרה מיוחד.</p> <p>הבטחה מנהלית ניתנת דווקא כשאין את המסוימות והפירוט.</p>

שני הבדלים חלים בין שתי התורות:

- בהשתק צריך הסתמכות שהיה שינוי המצב לרעה בעוד בתורת ההבטחה אין צורך. עצם העובדה שהרשות הבטיחה. אין צורך שהאזרח ישנה את מצבו לרעה בשביל קיום ההבטחה.
- השתק מתקיים כאשר כאשר הוצג מצג שווא ולצידו הייתה הסתמכות בתום לב, ההסתמכות היא סבירה והיה שינוי המצב לרעה. כאשר המצב העובדתי לא נכון אם מחילים את הלכת ההשתק אז דנים במשפט כאילו שלא היה פגם וההחלטה מחייבת, כאילו שהמצג הלא נכון הוא כן נכון. המשפט הציבורי הוא לא קוגטיננטלי ואז אין בעיה להשתק במידה והייתה הטעיה. כאשר פקיד הטעה אחר, לא הוא יסבול אלא הרשות המנהלית שתחתיה הוא עובד.

חוזים והסכמים של גופים ציבוריים

חוזים מנהליים הם בסופו של דבר סוג של חוזה.

עד לתחילת שנות ה-60 רווחה התפיסה במשפט הישראלי שצריך להתייחס לחוזים מנהליים כמורכבים מ-2 קטגוריות שונות:

- המדינה או גוף מנהלי אחר מתקשר באותם נושאים שאנשים פרטיים מתקשרים. אם המדינה קונה או מוכרת וכדומה. בעניינים דומים למשפט הפרטי.

- סמכויות שלטוניות- למשל: חוזה לאישור תוכנית בנייה.

כאשר מדובר ברשות מנהלית שניתן לה שיקו"ד לקבלת ההחלטה הראויה, היא אינה פועלת למען השאת הרווחים הכלכליים כמו אדם פרטי אלא מתוקף הגדרתה היא מחויבת לפעול למען השיקולים הרלוונטיים לסמכות (חוזה הוא למעשה פעילות ציבורית). לפי זמיר, העובדה שהמדינה יכולה להתקשר בחוזים קשה לסיווג כיוון שאמנם היא עושה למען הציבור אך קשה לסווג את החוזים ככאלה בעלי אופי ציבורי או שלטוני.

תופעת המכרז היא התופעה המוכרת ביותר בנושא החוזים המנהליים. השאלה היא האם הצדדים התכוונו להסכם משפטי מלכתחילה; לדוג' - בהסכמים קואליציוניים לא תמיד מתכוונים להסכם משפטי במובן שבו הצדדים מחויבים משפטית מכוח דיני החוזים לקיימו, וגם לא תמיד קיימת בחוזים אלה גמירת דעת. בנושאים ציבוריים מובהקים שאינם דומים לחוזים רגילים בהתקשרות רגילה בין אנשים, בהסכמים מסוג זה נחיל את המשפט הציבורי בלבד.

הסכם ציבורי הנשלט רק ע"י המשפט הציבורי- לא מדובר בחוזה אלא בהסכם שנשלט רק ע"י המשפט הציבורי. קיימת בעייתיות כפולה:

- אין דין הסכמים ציבוריים: אין משפט ציבורי.
- אין דבר עקרוני בחוק החוזים חלק כללי החל רק על סוג מסוים של חוזים: חוזה הוא הסכם מחייב ולא חייב להיות מסחרי, כלכלי או בנושא אחר. לא ניתן לקבוע כללים מיוחדים לגבי זאת כיוון שאין את "כללי המשפט הציבורי".
- לפי בנדור- על הסכמים שהצדדים התכוונו שיהיו מחייבים חלים דיני החוזים הכלליים בנוסף לכללים שניתן לפתח אותם מכוח המשפט המנהלי (המקובל).
- אחד ההיבטים החשובים הוא חובת המכרזים; גוף/אדם פרטי מתקשר בחוזה בהליך מו"מ של הצעה וקיבול המוסדר בס' 12 לחוק החוזים (כללי) ע"י חובת תו"ל. גוף פרטי יכול לקבוע דרך אופטימלית מבחינתו לניהול המו"מ באמצעות מכרז אך אין חובה משפטית לכך. רשויות ציבוריות רבות מחויבות להתקשר בחוזה ע"י מכרז באמצעות תחרות מאורגנת כאשר כללי התחרות נקבעים עפ"י דין.

הבעיה העקרונית בחוזים והסכמים של הרשויות: (התקשרות המדינה או רשויות המנהל בחוזה או בהסכם זה דבר שכיח במשק). **מצד אחד, מי שמתקשר בחוזה מאבד את שק"ד** (שלפני היה לו מכוח החוק). מתנגש עם התפיסה שלמדינה בכל רגע יש שק"ד לקבל את ההחלטה הנכונה ולא לכבול את עצמה. בעייתיות שרשויות יכבלו את עצמן ויהיו חייבות לעשות משהו גם אם הוא נוגד את טובת הציבור. **מצד שני, אינטרס ציבורי שהמדינה תתקשר בחוזים**- לטובת הציבור, המדינה לא יכולה להתנהל כמשק סגור.

פתרון המשפט המנהלי: קביעת דינים שיתנו למנהל הציבורי את הכלי להתקשר בחוזה, אך לא ימנעו באופן מוחלט מהמדינה לפעול לפי אינטרס הציבור ברגע נתון. אם מדובר בחוזה רגיל- חלים עליו דיני החוזים הרגילים יחד עם דינים מיוחדים שחלקם מהמשפט המקובל- שמטרתם התאמת מוסד החוזה לצורכי המשפט המנהלי. ניתן לומר שדיני המכרזים זה חלק- בחוזה רגיל דיני מו"מ לפני חוזה נשלטים ע"י **ס' 12 לחוק החוזים**, ובמשפט מנהלי מוסיפים מערך שלם של חובת המכרזים שמסדירות את מו"מ באופן שמתאים לייחוד ולמטרות הייחודיות של המשפט המנהלי. יש כללים בחוזה עצמו, בקיומו ובסעדים בהפרתו. כשמדובר בהסכם שאיננו חוזה לפי חוק החוזים הרגיל- המשפט המנהלי קובע הסדרים מיוחדים.

תמחור הסיכון החוזה: דיני החוזים המנהליים עוצבו בשנות 60-80- ביהמ"ש חשב שהציבור ייחנה מהגמישות וגם ממחיר רגיל של חוזים בשוק, אך בפועל הגמישות שניתנת למדינה גובה מחיר- היא מגולמת מראש במחיר החוזה. **המרצה:** בעקרון הכלי של דיני החוזים + דינים מיוחדים זו הדרך הנכונה.

חוזה מסחרי שלא קשור לסמכות שלטונית מיוחדת

הלכת ההשתחררות: בעבר ניסו לעשות הבחנות ולא הצליחו להגדיר בצורה משפטית מדויקת הבחנות בין חוזים שונים ולומר שיש חוזים בהם המדינה היא בדיוק כמו אדם רגיל, מכיוון שאם היא מוצאת

לפתע עסקה זולה יותר- מדובר בכספי ציבור, ולכן-המשפט פיתח את הלכת ההשתחררות: המדינה (ולא הצד שנקשר אליה) יכולה שלא לקיים את החוזה והשתחררות לא תיחשב כהפרה- כשיש הצדקה ציבורית מיוחדת (אין רשימה סגורה).

מתי יש הצדקה מיוחדת? אין רשימה סגורה, כעיקרון- שינוי עובדות, כשניתן להשיג מחיר הרבה יותר זול, כשכבר אין צורך. ברירת המחדל- הלכת ההשתחררות באה עם פיצויי הסתמכות (אך לא ברור כמה והאם יינתנו). הלכת ההשתחררות- קוגנטית ולא ניתן להתנות בחוזה, כמו שהמדינה לא יכולה להתנות שלא לבטל חוזה (חלק מההסמכה שניתנת לה ע"י החוק- סמכות שלעיתים הופכת לחובה לבטל). מתווה הגז- ס' שאוסר שינויים לכמה שנים- מעלה בעיות משפטיות. לרשות יש שק"ד בהחלטה האם להשתחרר, לעיתים היא חייבת להשתחרר (אם זה סביר ביהמ"ש לא יתערב), ניתן לעתור שההחלטה לא להשתחרר נבעה מניעים זרים.

חילוקי דעות ביישום: פ"ד חברת החשמל פורקצה'- יש הצדקה מיוחדת להשתחרר, אך אולי (אין צורך במקרה הזה) המדינה תחויב בפיצויי הסתמכות- לא מצוין איך יחושבו ואם באמת במקרה מתאים אכן יינתנו (לא גבוהים עמ"נ שלא ירתיע את המדינה להשתחרר כשיש צורך ציבורי). נאור- אין הצדקה מיוחדת. אולי ניתן לעשות היקף להלכות מיוחדות של ביטול החלטות המנהל (סבירות וכו').

האם יש "חוזה לא חוקי" (תחומים שהמדינה לא יכולה להתקשר לגביהם) ייחודי לגוף ציבורי? (מעבר לחוזים לא חוקיים בחוק החוזים הרגיל). דג'- תובע עושה הסדר טיעון בו נקבע שגם אם יתגלו עבירות נספות חמורות יותר לא יעמידו עליהם לדין. זה 'חוזה לא חוקי'? לא ברור מה יכול להחיל להסדר טיעון, ספק אם יהיה מותר להכניס דברים שלא ידועים עדיין.

רשויות עליהן חל המשפט המנהלי:

- **רשויות הפועלות מכוח חוק** ועוסקות בסמכות ביצוע של המדינה, משרדי ממשלה וכדו',
- **תאגידים ציבוריים** (רשויות סטטוטוריות) בנק ישראל וכדו'. רשויות עצמאיות אבל חלק מהמדינה במובן הרחב.
- **גופים דו מהותיים?** מאוגדים פורמלית במשרד פרטי אבל חלקים מסוימים בתחום המשפט המנהלי או החוקתי חלים עליהם- לעיתים מכוח חוק כמו חובת מכרזים. אין תשובה לשאלה האם הלכת ההשתחררות חלה על גופים כאלה. בד"כ חושבים על גופים כאלה כגופים עם חובות מיוחדות- צריכים יותר לכבד את זכויות האדם
- **חברה קדישא נ' קסטבראום** חייבו את קדישא (חברה פרטית) לכבד את זכויות האדם לפי סטנדרטים מוגברים- האם יש להם זכויות יתר כמו הלכת ההשתחררות? **המרצה**: במקרים המתאימים ביהמ"ש עשוי להכריע שכן.

חובת המכרז:

דיני מכרזים הם ענף בפני עצמו שפועל לפי חוק. חל גם על רשויות מנהליות וגופים עם תפקידים ציבוריים. זה בנוסף לדיני מו"מ (ס' 12) שחלים על חוזים רגילים. חוזה זה סוג של הטבה (לשני הצדדים) ולכן רשות ציבורית לא יכולה לתת אותו בהליך שרירותי, צריכה לנהל הליך תחרותי.

שלושה רציונליים שמשפיעים על תוכן ופרשנות דיני המכרזים:

- שוויון: חלוקת הטבות צריכה להיעשות בדרך שוויונית- לאפשר לכל מי שמסוגל להשתתף בתחרות שוויונית.
- טוהר המידות: הניסיון מראה שזו תוצאה אפשרית בהיעדר חובת מכרז או הסדר משפטי אחר (קריטריונים).
- יעילות: הנחה- תחרות יוצרת חוזים טובים יותר (כל אחד יציע את ההצעה הטובה ביותר עמ"נ לזכות). **המרצה**: לא בטוח בזה- אם זה באמת היה הכי יעיל, גם גופיים פרטים היו נוקטים בשיטת המכרזים. בפסיקה- כשיש התנגשות בין היעילות לשוויון ולטוהר המידות- האחרונים גוברים, אם החוזה הוא היעיל ביותר אך יש סטייה בנוגע לשוויון ולטוהר המידות- החוזה יתבטל.

סוגי מכרזים:

- המכרז הקלאסי: תחרות עפ"י כללים שקובעים בתקנות ובתנאים ספציפיים של כל מכר- כל העומד בתנאי הכשרות שהרשות קבעה יכול לגשת למכרז וההצעה הטובה ביותר תזכה- לרוב המשמעות

- הדומיננטית (ולעיתים היחידה) למחיר המוצע, יכולה לקבוע עוד קריטריונים, כלל חייבת לקבל מראש את המשקל היחסי לכל קריטריון.
- סוגים מיוחדים של מכרזים:
 - א. מכרז סגור: לאור הבעיה שבכל מכרז כל המתאימים ייגשו (הכנת הצעה כרוכה בהוצאות שיגולמו במחיר העסקה) - קובעים רשימה של ספקים שעומדים בדרישות התחום הרלוונטי - ובכל פעם שעושים מכרז מהסוג הזה פונים למספר מסוים מתוכם (באופן אקראי או לפי סדר ברור) - תחרות יעילה יותר.
 - ב. קריטריונים פחות נוקשים עם מו"מ: אין קריטריונים נוקשים והרבה מתגבש במו"מ במקרי עסקאות מורכבות כשלא ניתן לקבוע מראש בדיוק (קריטריונים נוקשים יכולים להוות מכרז תפור לספק מסוים).
 - ג. גילום ערכים אחרים: כשהמדינה מבקשת לעודד ערכים נוספים מלבד ההצעה היעילה ביותר - למשל מתן עדיפות לתוצרת הארץ (מוסיפים באופן פיקטיבי להצעות מתוצרת חוץ 15% למשל במחיר ואז עושים חישוב ובחרים את ההצעה המשתלמת ביותר - כשהערך גולם במשוואה בצורה פיקטיבית). מכרזי העדפה מתקנת בחוק שירות המדינה - אותו רעיון אך לא מגולם בצורה נוחה של משוואה - כי מערב שק"ד.

מגמת הפרשנות הפסיקה בדיני המכרזים - פורמליזם ונוקשות: בטלות יחסית כמעט ולא קיים - השוויון וטוהר המידות גוברים ולכן חוץ ממקרים נדירים גם הצעה עם פגם זעיר תפסל. למשל - במכרז נדרש ערבות בנקאית מסוימת - נתנו ערבות טובה יותר ממה שנדרש וזה פסל את ההצעה כי הערבות צריכה להיות בדיוק כפי שנוסח במכרז. אחד הרציונליים שביהמ"ש נתן - מי שלא מסוגל לתת ערבות כמו שביקשו לא בטוח שניתן יהיה לסמוך עליו אח"כ בהתחייבויותיו, וגם צריך לעמוד בנוסח המדויק. מטרת הפורמליזם - לאור ניסיון החיים והשכל הישר של ביהמ"ש - ברגע שיאפשרו חריגות ונמישות זה עשוי להוות פתח לדברים בלתי רצויים (פגיעה בטוהר המידות וכדו') ולשק"ד שיפגע בשוויון.

דיני החוזים המנהליים וחוק החוזים הכלליים: חוזים מנהליים - חוזה מיוחד, והנורמה הספציפית לגבי חוזים מנהליים גוברת על הכללית (דיני החוזים הכלליים). בפסיקה יש סוגי הסכמים שחוקי החוזים לא חלים עליהם - יכולים לחול מכוח ההיקש במקרים המתאימים אבל מראש הם לא חוזה. חוזה או הסכם לא חוקי (הרשות התחייבה לדבר שאסור לה להתחייב) בעקרון הוא בטל (ס' 30 לחוק החוזים, ולעיתים יש בטלות יחסית ס' 31).

הסכמים מנהליים (בחינה - האם ההסכם משפטי? האם ההסכם הוא חוזה?):

האם זה הסכם משפטי? תלוי בכוונת הצדדים - פ"ד אל-חאג' בהסכם הקואליציוני - חזקה שאין כוונה משפטית, חזקה שניתן להפריכה. בחוזים רגילים החזקה שיש כוונה משפטית. כשיש כוונה משפטית נבחן האם ההסכם הוא חוזה -

האם זה חוזה? יש הסכמים שמכירים בתוקפם המשפטי לפי המשפט המנהלי (מכוח חובת ההגינות של רשויות לפעול לפי ההסכמים) אך לא רואים אותם כחוזה. שאלה שעדיין לא הוכרעה - האם עסקת טיעון (שהיא מחייבת) היא חוזה (ואז חלים דיני החוזים עם תוספות של הלכת ההשתחררות ועוד), או שלא חלים עליה דיני החוזים וחלים דינים שהפיתוח שלהם נמצא עוד בראשיתו. הסדר הטיעון לא מתאים למסגרת דיני חוזים - אך יש דברים שניתן לעשות היקש - טעות והטעייה - כל עוד הנאשם לא הודה המדינה יכולה לחזור בה, ניתן להקיש שבמקרי הטעייה היא יכולה לסגת ושבמקרי טעות יחולו דיני הטעות. גישה - בתוך ההסדרים הציבוריים הסדר הטיעון הוא מיוחד ולא ניתן לשבצו אפילו כהסכם ציבורי. הסדר טיעון - מחייב לפי ביהמ"ש אך לא מתאים כ"כ לחוק החוזים:

1. בחוזה מחויבות הדדית (ולזה דיני החוזים ערוכים), ואילו בהסדר טיעון הנאשם לא מחויב (לא ניתן לאכוף אותו).
2. חלק גדול מהנושא הצדדים לא יכולים להסדיר אותו (ולכן ספק אם דיני החוזה נועדו להסדיר) - הצדדים יכולים להסכים על תוכן כתב האישום ומה הנאשם יודה - אך לביהמ"ש שק"ד בנתינת העונש (בהתחשב בהסדר הטיעון).
3. סעד הפיצוי הכספי לא חל (סעד מרכזי בחוזים), אם המדינה הפרה יש רק אכיפה אם בכלל (פ"ד **ארביב** לא נאכף).

מתי הסכם (דיני מיוחדים שהתפתחו במשפט המקובל) ומתי חוזה (דיני חוזים מנהליים וחוק החוזים הכללי)? רמיה- כשמדובר בהסכם להפעלת סמכות שלטונית (למשל רשות מתחייבת לתת רישיון) זה לא חוזה. הסדר טיעון בדומה- המדינה פועלת לפי חוק. שונה ממקרים שהמדינה פועלת כאדם פרטי ומתקשרת בחוזה שלא קשור לשימוש בסמכות שלטונית שלה (קניית שירותים למשל). היישום של ההבחנה קשה- כל מה שהרשות עושה היא עושה מכוח סמכותה (גם קניית כלי כתיבה), ולכן אנו בתחום האינטואיציה והשכל הישר- מתי נראה מתאים להחיל על הסכם תקף את דיני החוזים המנהליים ואת חוק החוזים הרגיל, ומתי לא- מתי מתאים להפעיל את דיני ההסכמים הציבוריים במסגרת המשפט המנהלי.

4. השפיטה בעניינים מנהליים (כולל תרופות וסעדים שביהמ"ש נותן על הפרת כללי המשפט

המנהלי)- במשפט המנהלי יש בתימ"ש מיוחדים (לעניינים מנהליים, הגבוה לצדק העוסק בעיקר במנהלי, בתי דין מנהליים, סמכויות שונות של משפט מנהלי גם לבתימ"ש שלום ואף בתוך הליכים מסוימים כמו חוזים או נזיקין). הסעדים והעיסוק בתחום אינם מוגדרים. למשל, בעבר לא היה סעד כספי במשפט מנהלי ולכן לא היה אפשר לתבוע כסף ← לכן נוצר כלל שמאפשר זאת. מכאן גם התדמית המוגזמת של המשפט המנהלי שבו יש שיקו"ד רחב לביהמ"ש (ביקורת שיפוטית למשל, וחושבים שביהמ"ש מתערב יתר על המידה בהקשרים של משפט מנהלי).

נושאים אלה אינם משקפים את המורכבות הקיימת במשפט המנהלי בהכרח, מכיוון שאין נושאים שניתן לשבח אותם לאחד מהתחומים בלבד. למשל כללי שינוי החלטה שדווקא מוסדרת בחוק בס' 15 לחוק הפרשנות. אינם נוגעים רק להליך, לסמכות או לשיקוה"ד. ההליכים לשינוי החלטה אינם ברורים בהסדר ומעוררים שאלות רבות. ישנם כללים מיוחדים לשיקו"ד החלים על ביטול החלטה קיימת למשל. כלומר לפי בנדור, המשפט המנהלי אכן עוסק ב-4 הנושאים הנ"ל אך לעתים יש בתוך המשפט המנהלי נושאים המשלבים היבטים של סמכות, הליך, שיקו"ד ואף שפיטה.

במקרים של הפרת המשפט המנהלי ניתן לתת מספר תרופות. ההתמקדו היא בסעדים (תוצאות ותרופות) מההיבט של המשפט המנהלי;

תוצאות = הכוונה לתקפות המשפטית של החלטת הרשות, שיכולה להיות נורמה כללית או החלטות מנהליות שלה. מתעורר בשאלת העוסקות בחוזים (שאלת התוקף - האם ההחלטה או הנורמה הבלתי חוקית שקיבלה רשות מנהלית תקפה/בטלה/במקרים מסוימים וכו').

התפתחות המשפט המנהלי- בעבר, הפגמים בהחלטתה של רשות מנהלית היו מחולקים ל-2 קטגוריות:

1. פגמים של סמכות - החלטה במובן הרחב של נורמה מנהלית שהתקבלה ע"י רשות בלתי מוסמכת, הייתה בטלה.
2. מעשים/פעולות/החלטות שנעשו במסגרת הסמכות אך היו פגומים בכך שההליכים לא היו תקינים - ששיקוה"ד הופעל בצורה בלתי תקינה, ההחלטה הייתה ניתנת לביטול אך לא בטלה מעצם מהותה אוטומטית. לא ניתן לומר שההחלטה בטלה מעיקרה.

ישנם 3 ההבדלים משמעותיים עיקריים בין בטלות אוטומטית לבין החלטה שניתנת לביטול:

1. צורת התקיפה - תקיפה ישירה מול תקיפה עקיפה. בנורמה ללא משמעות משפטית נוכל להעלות בכל שלב את הטענה שהנורמה לא התקבלה בסמכות ע"י הרשות. לדוג' מעמידים אדם למשפט פלילי עקב עבירה של חריגה מתכנית בניה והרשות לא הייתה מוסמכת לקבל את התכנית. לאדם תעמוד הטענה שלא חרג מדבר שמלכתחילה לא היה מוסמך ולכן הוא מזוכה. דוג' נוספת- בריחה ממשמורת חוקית כשהמעצר היה בלתי חוקי והעוצר היה בלתי מוסמך לעצור; גם במקרה זה הוא יזוכה תקיפה עקיפה מעוגנת בסמכות ביהמ"ש. אם הפגם הוא כזה ההופך את החלטה לניתנת לביטול בלבד, יש לפנות לביהמ"ש המוסמך ולא ניתן להעלות זאת כבדרך אגב.

2. מידת שיקוה"ד של ביהמ"ש - אם אין סמכות, אין לביהמ"ש שיקו"ד, כך הדבר קורה בהחלטה המבוטלת מעיקרה. לעומת זאת, כאשר מדובר בפגם שהופך את ההחלטה לניתנת לביטול בלבד -
3. תחילת התוקף של הביטול - בהחלטה מבוטלת מעיקרה התוקף הוא למעשה רטרואקטיבי ומעולם לא היה תקף. בהחלטה הניתנת לביטול, ההחלטה היא בעלת תוקף אקטיבי או פרוספקטיבי ולא מבטל בדיעבד את העבר כיוון שעד מועד פסה"ד ההחלטה הייתה תקפה.

ההבחנה בין פגם של סמכות לבין פגם אחר היא אבחנה בעייתית משני בחינות:

1. במקרים רבים קשה להגדיר האם הפגם היה של סמכות או פגם אחר. קושי זה עולה במיוחד לאור צורת התפתחות המשפט המקובל (common law) מתוך הסמכות. בעניין ההבחנה בין פגמים של סמכות לבין אחרים
2. האינטואיציה לפיה פעולה בלי סמכות היא חמורה במידה שמצדיקה לראות את ההחלטה כבטלה היא לא נכונה. יכולים להיות פגמים קלים וחסרי משמעות של סמכות (לדוג' - פס"ד גיספן). מצד שני, פגמי שיקו"ד הם חמורים.

הגישה משתנה - בהדרגה הכניסו הכול לחוסר סמכות ואז בהדרגה שינו לבטלות יחסית:

- הגישה עוררה בעיות משונות: **פ"ד טחן (עיריית פ"ת)** שוחט במשחטה העירונית שפוטר - המשיך לבוא לעבודה במשך שנים מבלי לעבוד. לקראת תום תקופת ההתיישנות הגיש תביעה על הלנת שכר, והוא זכה. לא נתתם לו שימוע ולכן בעצם לא פיטרתם אותו - לא הייתה סמכות לפטר ללא שימוע - לרשות אין סמכות להפר את כללי הצדק הטבעיים. הגיעו למסקנה שההבחנה בין בטל, ניתן לביטול, צורת הפעלה, חוסר בסמכות, רטרואקטיבי ופרוספקטיבי בעייתיות. התחילו לשנות ל"בטלות יחסית" (**בניספן** כונה "התוצאה המתאימה" אך זה לא תפס). התהליך היה איטי (בתחילה: הבטלות היחסית נועדה להתמודד רק עם מקרים חריגים שבהם מתעורר קושי מיוחד בהכרה בבטלות ההחלטה):
1. התחיל כדעת יחיד ב**פ"ד דרעי** בתחילת שנות ה-70 - סמכות לבטל שחרור מוקדם מהכלא במקרה שהמשוחרר עובר עבירה חדשה - בחוק נאמר שהסמכות לבטל קיימת רק במהלך תקופת הכליאה אלמלא שוחרר מוקדם - הוועדה התכנסה רגע לפני שהתקופה המדוברת פגה - רצו לעשות באופן מהיר בגלל החשש שסמכותם תפוג - ולכן לא נתנו זכות טיעון. הוגשה על כך עתירה - שני שופטים דחו בגלל עקרון הצורך, שופט אחד - בנסיבות האלו לא היה למשוחרר מה לטעון ולכן ספציפית בנסיבות הללו, למרות שזו חריגה בסמכות, זה לא בטל (ההלכה מצומצמת רק למקרים שאין מה לטעון - לא היה חשש לעוול.
 2. התיאוריה הראשונה מומשה ב**פ"ד שפירא** ע"י ברק - מושג הבטלות הוא תמיד יחסי. נניח הפגם היה שלא פרסמו את ההחלטה בערבית כשצריך - אז היא תהיה בטלה לגבי דובר ערבית אך לא למי שידע על ההחלטה והיה מודע לה - ז"א לעיתים הבטלות יכולה להיות לגבי קבוצה מסוימת.. בטלות זה קונסטרוקציה משפטית מלאכותית ועצם האמירה בטלות זה לא משהו שבהכרח פותר את הבעיה אלא צריך לעצב את הכללים בהתאם לצורך. למשל - מעצר על סמך חוק לא חוקי (צמח) לא ניתן לשחרר אותם רטרואקטיבית - כבר היו במעצר בעבר.

ההלכה כיום - "בטלות יחסית": זמיר **בניספן** - ביהמ"ש ישקול את כל השיקולים ויחליט על התוצאה - ההבחנה אם יש סמכות זו הבחנה טכנית, מה שחשוב זה אם הפגם היה חמור. בחינת מעורבות צדדי ג', העוול שנגרם מהפגם, התוצאה שתשרת את האינטרס הציבורי, שיקולי מדיניות (מתי הוא רוצה לעודד תקיפה עקיפה ומתי ישירה) - לפי נסיבות העניין. אין קשר בין שאלת הבטלות לצורת התקיפה ולשאלת הרטרואקטיביות. ביהמ"ש הטיל מאסר על תנאי ל-3 שנים, כשהיה רשאי להטיל רק לשנתיים - ובפועל האדם עבר עבירה אחרי כמה חודשים (לא הייתה נפקות גם אם ביהמ"ש היה מטיל מאסר לשנתיים כמו שהיה מותר בחוק). דעת מיעוט - כל העניין בטל לאור הפגם בסמכות. דעת הרוב - הכל יחסי - ק"ו השופט שנתן 3 שנים בחוסר סמכות - ניתן גם אחרי כמה חודשים. אבל - אם השופט חשב שתקופת המאסר המקסימלית היא 4 והוא הטיל 2 - יש חוסר סמכות כי אולי אם היה יודע שתקופת המקסימום היא שונה (למשל 3 שנים) היה מטיל פחות מ-2.

פס"ד הראל - רישיון הנהיגה נפסל מנהלית והאישה המשיכה לנהוג. העמידו אותה לדין והיא טענה שלא ניתנה לה זכות הטיעון. זמיר: לא רוצה לעודד נהיגה לאחר פסלות - הייתה צריכה ללכת לבג"ץ מבלי להמשיך לנהוג - דוחה את טענת האישה, אך אומר שאולי אם הייתה פונה לבג"ץ ההחלטה הייתה בטלה ומבוטלת - רואים שתוצאת ביהמ"ש תלויה

בנסיבות- בד"כ החלטות פגומות אינן בהכרח בטלות. לרוב טענת הבטלות היחסית עובדת לטובת המדינה- מכיוון שההליכים עובדים בצורה הבאה: הייתה הפרה (אם לא- מסתיים כאן) ואז המדינה טוענת לבטלות יחסית (השלכות תקציביות, איזון אינטרסים), לעיתים חריגות עובד לטובת האזרח.

שימוש בבטלות יחסית לטובת האזרח: פס"ד בית הרכב החוק קבע- חוזה תקף רק עם חתימת ראש העיר. לא הייתה חתימת אך ביצעו את החוזה, ואח"כ העירייה דרשה עוד כסף (ההנחה שניתנה לא הייתה תקפה כי לא הייתה סמכות לקבל את ההחלטה). ביהמ"ש חשב שזו תוצאה לא צודקת (תשלום גדול נוסף בעקבות הבעיה עם החתימה) ומכוח שק"ד הכריע שהחברה תשלם חצי מהסכום (מהחוק הייתה צריכה לשלם הכל).

ביקורת דפנה ברק ארז על היישום של בטלות יחסית: מחליש את הזכות המנהלית- לפי חוק החוזים תרופות ברירת המחל היא אכיפת הזכות החוזים, ולא מכריעים כל פעם מראש מה התרופה המתאימה (הבחנה נעשית רק אם האכיפה לא מתאימה)- אך בבטלות יחסית בוחנים מאופן חופשי האם לבטל או לבטל למחצה, ואין ברירת מחלל של ביטול במקרה שהרשות עשתה פעולה בלתי חוקית. **המרצה:** הביקורת מוצדקת, לעיתים בטלות יחסית תהיה מוצדקת (למשל- פגיעה בצדדים שלישיים), אך כשהרשות מצווה על אדם לעשות דבר לא חוקי- הוא לא רשאי להתעלם ויש עליו נטל לפנות לבג"ץ- זה בעייתי. לעיתים בטלות יחסית היא דבר מוצדק, אך הבעיה שברירת המחלל זה לא ביטול- לא מדובר בחריג אלא יש שק"ד בכל מקרה (גם הש' פוגלמן הביע הסתייגות מהתרבות הבטלות היחסית). לפי המרצה בטלות יחסית צריכה להישאר חריג- נק' המוצא של דעה זו זה עקרון שלטון החוק (פגיעה בזכות המנהלית), ולא לתמרץ את המדינה לפעול באופן בלתי חוקי.

פיצויים במשפט המנהלי:

במשפט המנהלי הקלאסי לא היה סעד פיצויים: בהגדרת בג"ץ- **ס' 15(ג)**- סמכות כללית של בג"ץ לדון בעניינים למען הצדק שאינם בסמכות ביהמ"ש אחר. **ס' 15(ד)**- מבלי לפגוע בסעיף הקודם יש רשימת סעדים (רק צווים ללא פיצויים). הבינו את זה בעבר- שהסעד היחיד במנהלי- צווים ולא פיצויים. ואילו היה ההפך במשפט המקובל בתחומי המשפט האזרחי (חוזים ונזיקין) היה רק סעד כספי ללא אכיפה. המצב השתנה עם חקיקת **חוק החוזים תרופות**- סעד האכיפה הוא המרכזי, פיצויים זה משני. במשפט המנהלי נעשה תהליך הפוך- פיתוח סעדים כספיים לצד קביעת בטלות והוצאת צווי עשה ואל תעשה- ע"י ברנזון **בינוי ופיתוח**.

בעבר- פיצויים במנהלי לפי ס' 15(ג): בפ"ד בינוי ופיתוח: המציא את סעד הפיצויים במנהלי כי לעיתים לא ניתן לאכוף (הדבר נעשה ולא ניתן להוציא צו עקב השלכות בעייתיות)- לדעת ברנזון צריך לעגן את ההלכה הזו בחקיקה. **(המרצה-** לא בטוח שצריך עיגון חקיקתי). היום כשיש בטלות יחסית זה מאפשר גמישות גדולה. **בעבר- פיצויים במשפט המנהלי לפי ס' 15(ג)- פיצויים לפי סמכות ביהמ"ש לתת סעד למען הצדק** כשאין דרך אחרת צודקת וסבירה לעשות צדק. היאחזות בס' הזה לצורך פיצויים בעייתי- הס' מדבר על סמכות בג"ץ, ומכאן גוזרים פיצויים במשפט המנהלי? פיצויים זה דין מהותי ולא אמור להיגזר מסמכות ביהמ"ש מסוים- קודם צריך להיות דין מהותי ואח"כ תובעים בביהמ"ש המוסמך (דווקא בג"ץ פחות מתאים לפיצויים- אין שם ראיות וכו'- הפיצוי הכספי לפי הצדק- בעיה בג"ץ לא יודע לחשב סכומים מדויקים ולכן ייתן אומדן כללי- **המרצה-** ביהמ"ש אחר צריך לחשב- לפי ראיות וכו' השבת המצב לקדמותו פסקה הבאה:).

כיום- פיצויים במנהלי לפי זכות מהמשפט המקובל: פ"ד מינדה: ברק סידר (הודגש בפ"ד מליבו): זכות לסעד כספי כשיש הפרה מנהלית ללא הפרת חוזה- צריך זכות עמ"נ לגזור את הסעד (במשפט המקובל הסעד נגזר מהזכות- ואילו פה אין חוק מנהלי כללי לגזור את הסעד)- הזכות נגזרת מהמשפט המקובל- במקרה המתאים כשאין סעד אחר מתאים המשפט המקובל יכול להקנות כל סעד שנדרש עמ"נ לקיים את הזכות. זו, ולא דרך **ס' 15(ג)**, הדרך הנכונה (כך מתאים גם לערכאות אחרות שדנות במשפט מנהלי- ולא רק בבג"ץ). סעד הולך אחרי הזכות- השבת המצב לקדמותו- כשהרשות הפרה את החוק- מבררים את המצב הכספי של האזרח אילו הרשות לא הייתה פועלת בצורה שפעלה. **מליבו-** היו אמורים לזכות במכרז וכך להרוויח- ניתן לחשב את הרווח שהיה אמור להיות פחות ההוצאות- ולכן יביאו אותה למצב אילו הרשות הייתה פועלת בצורה חוקית. לכאורה מליבו חולל מהפכה- אבל בפועל לא הולכים אחריו כי מכניסים שיקולים מתורת הבטלות היחסית.

פס"ד רשות הנמלים- בייניש- קודם צריך לטעון אכיפה, אם נניח ניתן מכוח תו"ל לטעון לפיצויים- המדינה לא יכולה לשלם כ"כ הרבה כסף בסיטואציה של מכרז (כי כבר שילמה לאחר על המכרז)- פוגע בציבור שהמדינה משלמת כפול- כדורשים מאדם פרטי לשלם כפול זה הוגן (טעות שלו)- אך כשדורשים מהמדינה יש השלכות על הציבור בכללותו. ולכן-

ייתנו אומדן, כמה מתקבל על הדעת לשלם. הפרקטיקה- הכירו שלעיתים לא ניתן לאכוף (בטלות לא צודק) ולכן נחשב כסף- אך לא לפי הדין האזרחי- צריך להיות מעט כסף, עפ"י אומדן ולא חישוב מדוקדק, ולא רק בג"ץ מוסמך לדון בזה (בג"ץ כבר אמר- לא יכול להורות על ביטול ואם רוצים פיצויים שיתבעו מהמחוזי). צריך לתבוע ביטול מבג"ץ ואם לא לפנות לפיצויים.

פס"ד עבדה- אם בנסיבות לא ראוי לאכוף השתק, לא אפשרי אכיפה- אז תביעת פיצויים במחוזי או בשלום- בג"ץ לא מתעסק בזה, אין מספיק הוכחות אפילו לאומדן כללי (במכרזים- הוראות ספציפיות לביה"ד לעניינים מנהליים). בתחילה בג"ץ פסק פיצויים- ראה את זה חלק מהסמכות למען הצדק, היום זה נדיר- וככל שהוא סובר שפיצויים זה הסעד הסביר ואין סעד אחר- הוא ידחה את העתירה ויצוין שהעותר רשאי להגיש תביעת פיצויים נפרדת (וראוי לפצות). אבל- קודם ללכת לבג"ץ לבטל או לבטל יחסית ואז הפעלת שק"ד להפנות לפיצויים.

סיכום: יש פיצויים, המקור בהגדרת סמכות אבל כבר מוסכם שסעד נובע מזכות. בגלל האופי המיוחד של המשפט המנהלי ותורת הבטלות היחסית (נרתעים מהטלת חיוביים כספיים על המדינה)- אין נוסחה ברורה של פיצויים, אלא הערכה מה יהיה צודק לשלם בנסיבות העניין. כשאין השלכות מקרו- לעיתים יטילו על המדינה סכומים גדולים. ברירת המחזל זה אכיפה, עדיף בלי פיצויים אם ניתן.

סמכויות השיפוט בעניינים של משפט מנהלי

במשפט המנהלי לעיתים קשה להבחין בין הדין המהותי להיבטים שקשורים בשפיטה- מתוך הסמכות התפתח סעד הפיצויים. הגדרת סמכות ביהמ"ש שלום ומחוזי- לא כוללים את התרופות באותו התחום. הקשר לשיפוט- מדברים על ההיבטים הדיוניים והמהותיים וקשה להפריד ביניהם.

בג"ץ הוא ביהמ"ש המרכזי שדן במשפט המנהלי- ביקורת: אין ערעור: תחושת הצדק היא שיהיה ערעור (וד"נ זה דבר נדיר). היבט הראיות וקביעת העובדות הוא עלוב בעליון. פורמלית ניתן להזמין עדים ולחקור אותם אך מאז שנות ה-50 לא עשו את זה (העליון לא מסכים לבקשת הצדדים להביא עדים). נותן יתרון למדינות ולרשויות הציבוריות- מתקיימת חזקת התקינות (חזקה שהמדינה פעלה באופן תקין)- אין חקירות נגדיות שהיו יכולות להפריך את החזקה.

הסיבה ההיסטורית לכך ויתרונות: שריד מימי המנדט תוך היפוך האידיאולוגיה- באנגליה ניתן לערער על בג"ץ (הוא בדרגת מחוזי). הסיבה המנדטורית שבג"ץ הוא עליון במנדט בארץ- כל השופטים היו אנגליים בשונה מביהמ"ש אחרים שם היו שופטים יהודים וערבים- ולא רצו שהם יתערבו בהחלטות בג"ץ. זה עבר אלינו- ביהמ"ש היחיד שמופיע בחוק יסוד- פיצלו את חוק היסוד לחוק יסוד שפיטה (שם הכניסו את בג"ץ) וחוק יסודות המשפט. פותרה אידיאולוגיה בהתאם- יתרונות: בגלל שמדובר בביהמ"ש עליון הוא יעמוד בביטחון ובסמכותיות מול רשויות אחרות (שופטים אחרים עלולים להסס בנתינת צווים לכנסת למשל), ומתוך הנחה שהעליון רואה שיקולים רחבים ושיקולי מדיניות. כשהעליון פוסק נגד השלטון (לעיתים כשהממשלה גוררת רגליים בעשיית פסק דין) יש אלמנט של סמכויות וביטחון מבחינה מוסדית- מבחינת הרשות המבצעת לפ"ד של העליון משמעות חשובה. בפרקטיקה עדיין ביהמ"ש המרכזי והבסיסי בתחום המנהלי הוא בג"ץ. סיבות להקמת ביהמ"ש מנהליים: היה עומס רב מידי על העליון ולכן ייסדו את ביהמ"ש לעניינים מנהליים (וגם כי רצו שיהיה ערעור על עניינים מנהליים)- הרבה ממה שנדן בעבר בבג"ץ עבר לשם. הערעור הוא לבג"ץ. ביהמ"ש המנהליים נטו להיות יותר מידי אקטיביסטיים והעליון ריסן את זה.

מאיפה הסמכות המנהלית של בג"ץ? יש את נוסח חוק היסוד ס' 15(ג)- אך הנוסח מעורפל. לא אומר במפורש בג"ץ עוסק בעניינים המנהליים, אך ניתן להבין שיש לו סמכות שירות- כשאין ביהמ"ש מוסמך ויש צורך בדיון- בג"ץ ידון אם יש צורך למען הצדק. יש הבנה שמדובר במשפט מנהלי (הבנה שנובעת ממסורת משפטית שחורגת מהטקסט הפשוט), תמיכה בהבנה: **ס' 15(ד)-** צווים נגד רשויות המדינה וביהמ"ש שונים- הוא פחות חשוב כי אינו גורע מסמכות בג"ץ לפי 15(ג)- מעשית **ס' 15(ד)** לא כ"כ חשוב- כי בג"ץ דן לפי שק"ד גם מעבר לס' (למשל עתירות נגד ביהמ"ש שלא נופלות להגדרות הספציפיות בסעיף) ולא דן לעיתים גם במה שנכנס לס'. **ס' 15(ד)2** רומז שמדובר בביהמ"ש מנהלי (ביאס קורפוס) - כי מדובר במתן צווים וזה רומז למשפט המנהלי- צווים לרשויות מדינה ורשויות מקומיות ופקידיהם לעשות או שלא לעשות מעשה, ואם התמנו שלא כדיון- להימנע מלפעול. זה רומז למרות שמנהלי יש סעדים נוספים. לביהמ"ש לפי **ס' 15(ג)** יש סמכות חריגה- יכול להחליט שמהו איננו מן הצדק ולכן לא ידון בזה.

סמכויות שאין לביהמ"ש אחרים: ס' 40 לחוק ביהמ"ש- מחוזי ידון בכל עניין פלילי ואזרחי שלא בסמכות השלום. עניין אזרחי לפי התפיסה המקובלת (אזרחי זה כל מה שלא פלילי) יכול להיות גם מנהלי. לכאורה- המחוזי הוא גם שירותי. נראה שלבג"ץ אין בכלל סמכות! עוד לפני שנקבע בחוק, לאור העומס בג"ץ העביר סמכויות מנהליות מסוימות למחוזי

(למשל עניינים מכרזים), יכול להיות גם לשלום- תלוי מה ביקשו. תכנון ובנייה- מעורבים עניינים אזרחיים ומנהליים כשהתייחסו בין העניינים בעייתי, ולכן בג"ץ העביר את התחום לביהמ"ש אחר. **ס' 15(ג)** מרכזי, לא ברור מה הוא אומר- אומר מעט.

התפיסה המקובלת- שני תנאים מצטברים לכך שבג"ץ ידון (פרשנות ס' 15(ג)), בכפיפות לסמכות ביהמ"ש מנהליים:

1. המשיבה העיקרית תהיה **רשות שפועלת מכוח חוק= רשות ציבורית ממלכתית** (רשויות המדינה וכו').
2. תחום העתירה- **משפט מנהלי\ חוקתי** (לא קנייני ולא הפרת חוזה).

למשל- תובעים את המדינה על הפרת חוזה (תנאי 1 מתקיים ותנאי 2 לא)- זה ביהמ"ש רגיל. גוף דו מהותי (התאגד בדרך פרטית כמו אונ' אך חלים על הגוף עניינים מנהליים מסוימים) כשהנושא חוקתי\מנהלי (תנאי 2 מתקיים ותנאי 1 לא- לא גוף שפועל מכוח חוק)- לא הולכים לבג"ץ. רשות אחרת שבנושא מסוים חל עליה משפט מנהלי- **כסטלבאום**- חברה קדישא זה גוף לא מכוח חוק אך חלים עליו עניינים מנהליים מסוימים- לא לבג"ץ. דג'- הסוכנות היהודית- ציבורי ולא מהותי, אך לא גוף של מדינת ישראל ולכן בג"ץ קבע שזה לא בסמכותו. לכאורה מה שעומד בתנאים הוא בסמכות בג"ץ ולא בסמכות ביהמ"ש\ביה"ד אחר- אך לכאורה כל דבר הוא גם בסמכות המחוזי- ולכאורה יכול לדון בכל מה שבג"ץ דן (ובג"ץ מעביר כשיש עומס רב מידי). ההסבר הפורמלי הטכני: מאחר שלבג"ץ מגישים עתירות (בשונה מהגשת תביעות לביהמ"ש אחר)- אז מבחינת סוג ההליך זה לא בסמכותו המפורשת של ביהמ"ש אחר. אם כך, אז איך בג"ץ מעביר למחוזי? לא מן הצדק לדון בזה ולכן תגישו סוג אחר של הליך- במקום עתירה תגישו תביעה- ההסבר הפורמלי טכני הזה לא ממש טוב.

בג"ץ דן רק כשמתקיימים שני התנאים, ועדיין רואה עצמו כפועל בשק"ד- ויכול להחליט להעביר עניינים שעומדים בשני התנאים לביהמ"ש אחרים (דג'- דיני תכנון ובנייה ומכרזים- בגלל העומס ובגלל שיש אלמנטים של משפט פרטי יחד עם המנהלי): **פ"ד צ'רני** פרוקצ'יה- גם כשביהמ"ש מנהלי קיים, בג"ץ תיאורטית יכול לומר שיש עוד דברים שהוא לא רוצה לדון בהם, אך כשיש ביהמ"ש מנהלי (וחשבו הרבה מה ייכנס לשם) זו בעיה שבג"ץ ירחיב את סמכות המחוזי והשלום, גם כשיש לו סמכות לעשות זו-לבג"ץ יש סמכות פורמלית להעביר למחוזי עניינים שאינם בסמכות ביהמ"ש מנהליים כי חוק רגיל לא יכול לפגום בסמכות בג"ץ לפי חוק יסוד, אך בפועל הוא יעשה את זה רק בפעמים נדירות מאוד (מכיוון שהכנסת גילתה דעתה וקבעה מה יעבור לביהמ"ש מנהליים) דג' מתי יעביר- היפותטית אולי כשמדובר בחישוב פיצויים בעתירה מנהלית- כמו נזיקין (בפיצויים במכרזים לא כי זה בסמכות ביהמ"ש מנהליים לפי החוק). **כשיש סמכות לבג"ץ אך גם לביהמ"ש מנהלי- בג"ץ עדיין יכול לדון בזה, סמכות מקבילה** (כי סמכות ביהמ"ש מנהליים זה בחוק וזה לא יכול לצמצם את סמכות בג"ץ בחוק היסוד- אך הוא לרוב דוחה ואומר שצריך ללכת בדרך המלך לביהמ"ש מנהליים). **ס' 6 בחוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים**- קובע במפורש (תכלס מיותר) שעניינים בעלי דחיפות וקושי מיוחדים- לבג"ץ עדיין סמכות לדון בהם, ביהמ"ש מנהליים יכולים לעביר את העניינים הללו לבג"ץ- הוא עושה זאת לעיתים רחוקות. בג"ץ לעיתים מקבל עתירות שנמצאות בסמכות ביהמ"ש מנהליים- אם זה דחוף ומורכב.

פס"ד אייזנברג- נגד הממשלה. נטען- זה בסמכות ביה"ד לעבודה, יש סמכות מקבילה לבג"ץ ולרוב נשלח לביה"ד לעבודה אבל בגלל שזה רשות ציבורית (נגד הממשלה שהחליטה על מינוי גנוסר לשר הבינוני והשיכון) והטענות מנהליות בעיקרן (גם אם זה דיני עבודה זה החלק ציבורי= עובדי ציבור)- **בג"ץ הכריע שהוא ידון בזה כי העניין מאוד חשוב למרות שזה גם בסמכות ביה"ד לעבודה אך הוא לא יעשה זאת לעיתים קרובות**. יש מקרים שהוא לא ידון בערעור על ביה"ד רבני לפני שהגישו ערעור לביה"ד הרבני הגדול. לעיתים בג"ץ סוטה מהתנאי השני במצב כזה- כשמדובר בבג"צים על ביה"ד לעבודה או דתי- יכול להתייחס גם לשאלות הלא מנהליות או החוקתיות אך רק במקרים חריגים הוא דן בבג"ץ על ערכאת ערעור- מחליט שלמען הצדק הוא רוצה לדון ולכן חורג בתנאי השני.

ביהמ"ש מנהליים: לאור העומס על בג"ץ הקימו ביהמ"ש מנהליים- השופטים שם הם שופטים מחוזיים- אבל כאלו שקיבלו מינוי למנהלי ולא כולם (רק כאלו מנוסים עם רקע קודם שהכשיר אותם לדון בעניינים מנהליים) דנים בנושאים שמפורטים בשלוש תוספות בחוק- רשימה ארוכה של נושאים (לדג'- ענייני מכרזים, את רוב ענייני התכנון והבנייה), וניתן לערער לביהמ"ש עליון כביהמ"ש לערעורים. מה שמיוחד בתוספות- אין צורך בחקיקת חוק עמ"נ לשנות אותן. יש הליך יותר גמיש, ולרוב רק מרחיבים את הסמכויות- דרך החלטה משולבת של שר המשפטים, וועדת חוק חוקה ומשפט ונשיא העליון (החלטת שר המשפטים עם הסכמת הרשות השופטת והמחוקקת).

דנים בשלושה סוגי הליכים:

1. זהה לעתירות שמגיעות לבג"ץ - רק מחוזי ושופט אחד בד"כ.
2. מוסמכים לדון בעניינים מנהליים - ערעורים על החלטות מעין שיפוטיות של הרשויות (למשל ערעורים על החלטות של וועדת השחרורים) ועניינים מנהליים של השלום.
3. תובענה לפיצויים - בגין הפרת דיני המכרזים: תובענה, עניינים בעלי אופי דיוני.

מה שלא בסמכות ביהמ"ש המנהליים - נשאר בסמכות בג"ץ (כמו וועדת התכנון הארצית שנשארה בסמכות בג"ץ - בגלל שזה עניין מאוד חשוב והעדיפו שידון ישירות בביהמ"ש הגבוה בישראל).

שמיעת ראיות: אידיאולוגיה בבג"ץ שעברה כהנחיה לביהמ"ש מנהליים שלא שומעים ראיות למען דיון מהיר ויעיל - למרות שאחד הרציונליים המרכזים של המחוקק לייסוד ביהמ"ש המנהליים¹ היה שמיעת ראיות, העליון אמר שזה מכביד וזה עבר לביהמ"ש המנהליים. לעיתים רחוקות בג"ץ כן שומע עדים (דג': 400 המגורשים - שטייניץ היה עד לא פורמלי, ונתנית רשות הדיבור למשפחה שכולה). לא נכון שתהיה זכות אוטומטית לעו"ד להזמין את מי שהם רוצים לצורך חקירה מצד שני העובדה שאין בכלל אפשרות כזו (קיימת אך לא משתמשים בה לא בבג"ץ ולא בביהמ"ש מנהליים) היא גם בעייתית ולדעת **המרצה** אין הצדקה (במיוחד כי זה מתנגש עם כוונת המחוקק בהקמת ביהמ"ש מנהליים).

שק"ד בהפעלת סמכות השיפוט בעניינים של משפט מנהלי

דיון בבג"ץ ובביהמ"ש מנהליים אמור להיות בעניינים למען הצדק: הדיון בעניינים שביהמ"ש רואה לנכון להביא בהם סעד מהצדק (ס' 15(ג) **וחוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים**) ולכן מבחינה משפטית אם אין צורך לתת סעד למען הצדק ניתן לדחות את העתירה על הסף. אבל "סעד למען הצדק" תורגם ממונח אנגלי שם צדק הוא במובן 'צדק' של מוסר וגם במובן של משפט באופן כללי. למרות זאת היו מקרים בהם בג"ץ דחה את העתירה בגלל שנושא העתירה לא היה צודק גם אם הייתה הפרה של החוק. **פ"ד בפרשת רישיון הצייד** ששם הייתה עתירה לאדם שסירב לתת לו רישיון ציד. בג"ץ איננו דן בעתירות של אנשים שרוצים לקטול בע"ח לצורך שעשוע - העתרה נדחית והעותר ישלם הוצאות. **ביקורת כפולה על פ"ד: 1.** פ"ד איננו מנומק, הנימוק "לקטול בע"ח" לא מספק. 2. לקח את הביטוי צדק במובן המילולי - גם אם יש זכות משפטית דחו את העתירה בגלל נושא הצדק מבלי לדון בשאלות המהותיות. מקרה הפוך - בג"ץ נתן סעד למען הצדק בניגוד לחוק - **פרשת הגנישוון** - תוצאת החוק לא צודקת, בג"ץ: **אנו בחו"י ביהמ"ש למען הצדק, מכוח סמכותנו לתת סעד למען הצדק - ניתן סעד צודק בניגוד לחוק - מבלי לפסול את החוק עקב סתירה לחו"י.** אבל - **אלו פ"ד חריגים, בד"כ השימוש בקטגוריית הצדק נעשית לפי עילות במצויות בשק"ד ביהמ"ש - רשימת עילות (לא לגמרי סגורה) שאת רובה ירשנו מתקופת המנדט.**

דוגמאות לעילות לעניינים המצויים בשק"ד ביהמ"ש ("למען הצדק"): דג': שפיטות, זכות עמידה, שיהוי, ניקיון כפיים, אי מיצוי הליכים, בשלות (בג"ץ לא ידון בעתירות כלליות נגד חוקים אלא כאשר מתעורר נושא ספציפי שבו החוק כבר יושם.

בעיה - למרות שיש זכות משפטית לא דנים כי לא נכנס לעילות: בעקרון דבר בעייתי במקרה שיש זכות משפטית מתחום המשפט המנהלי ניתן שלא לתת את הזכות בגלל כל מיני עילות. **אולי מי שבא בחוסר ניקיון כפיים נשיט עליו הוצאות אבל למה לדחות על הסף כשיש טענה ממשית של הפרה? די בי אס:** התנהלות של בזק, העותרת טענה שהיא זכאית לפעול בצורה מסוימת - ביהמ"ש: **אולי יש ממש בטענות בזק אבל בגלל שהיא עשתה דין לעצמה ופעלה בצורה המעוררת מחלוקת לפני שפנתה לבג"ץ - דוחים על הסף.** דג' נוספת - טוענים שרשות פעלה באופן בעייתי אך לא ניתן זכות עמידה לאיש (העניין לא היה קשור לפגיעה בזכות) - וידחו על הסף כי אין זכות עמידה. **לאור הבעייתיות יש מנמת ליברליזציה:** בהיבטים רבים של שק"ד חלה ליברליזציה (לא עקבי) - בזכות העמידה (הרחיבו את זכות העמידה עמ"נ לצמצם מצבים שרשות פועלת בצורה בלתי חוקית אבל ביהמ"ש דחה על הסף לאור שק"ד). **אסולין - ליברליזציה בנושא השיהוי.** המגמה הכללית (מזוהה במיוחד עם שמגר וברק): להכיר בבעייתיות שבעצם קיומו של שק"ד לדחות עתירות על הסף מבלי לדון לגופו של עניין, אך עדיין שק"ד הזה קיים ויש חוסר עקביות וחוסר וודאות איך שהוא מופעל. עדיין נותר שק"ד גדול - ביהמ"ש יכול להגיד שהוא מקבל את העתירה למרות אי ניקיון הכפיים אך במקרה אחר ידחה על הסף - הפעלת שק"ד.

¹ ביהמ"ש מנהליים = בית משפט לעניינים מנהליים

סקירת העילות (לא רשימה מלאה):

1. **שפיטות.**
2. **זכות עמידה:** הגישה הבסיסית (המצב בשיטות אנגלו אמריקניות אחרות) - חוץ מקרים נדירים ביותר בג"ץ לא דן סתם בטענה להפרת חוק, אלא רק בטענה שנפגעה זכות אישית של העותק- לפחות אינטרס ספציפי. במקור היו חריגים מצומצמים - למשל אם טוענים טענה ממש לשחיתות או טענה שקשורה לשיטת הבחירות (אולי ניתן לטעון לכל בוחר זכות אישית שיהיו בחירות תקינות) אז כן היו דנים. התוצאה - כר נפרד להפרת חוק במקרים של חוקים של עוסקים בזכויות וחובות של אנשים ספציפיים. **רסלר** - ביהמ"ש שינה את הגישה - ככלל יש בעיה בכך שהחוק מופר אך אין דרך לתקן את ההפרה אם אין פגיעה אישית - כעקרון ברירת המחדל היא שיש זכות עמידה ולכן אם אדם נפגע באופן אישי מצפים שהוא יעתור ולא גוף אחר (לא ייתנו לגוף אחר לעתור או יפנו לנפגע וישאלו אותו אם הוא מעוניין להצטרף לעתירה - עדיין קיים שק"ד לדחות את העתירה בגלל שהנפגע לא עתר) - אבל בפ"ד נקבע שגם כשאין פגיעה אישית בג"ץ יקבל עתירה בנושא ציבורי. **היקינג** אזרח ארה"ב הגיש עתירה - בג"ץ קבע שעתירה ציבורית זה לציבור הישראלי ולא כל זר יבוא ויטען שרשות ישראלית פעלה באופן לא חוקי (אלא אם כן זה פגע בזכותו האישית). ז"א - עתירות ציבוריות שלא קשורות לפגיעה אישית - יקבלו עתירה רק ע"י אזרח או גוף ישראלי.
3. **שיהוי:** עד אסולין ביהמ"ש נהג להתחשב בשני היבטים בהקשר לדחייה על הסף: היבט שיהוי סובייקטיבי ושיהוי אובייקטיבי. סובייקטיבי - שיהוי אם העותרים לאחר שנודע להם על עילת העתירה, על הפגיעה בזכותם, השתהו ללא סיבה סבירה בהגשת העתירה. גם אם העותרים ניהלו התכתבות והידיעות ממושכת מידי עם הרשויות וברגע סביר לא חתכו והלכו לביהמ"ש - עלולים לפסוק שהיה שיהוי סובייקטיבי. מצד אחד תנאי מיצוי הליכים - לפני שמגשים עתירה צריך לפנות לרשות ולתת לה זמן סביר, אך מצד שני אם נותנים יותר מידי זמן לרשות זה כבר נופל לגדר שיהוי. שיהוי סובייקטיבי הוא לא דבר נוקשה. יש תקופה שכן נקצבה בהקשר הזה - **חוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים** - תקופה קצרה של 45 יום, אבל לביהמ"ש מנהליים יש סמכות לאשר תקופה ארוכה יותר - והעליון הנחה את ביהמ"ש המנהליים די להתעלם מהתקופה של 45 יום (אם בנסיבות המקרה היה סביר להשתהות יותר מ-45 יום זה בסדר). התקופה לא ברורה - בהתאם לדחיפות, נסיבות העניין והסתמכות של צדדים שלישיים. עדיין יכולים להיות מצבים בהם לא נגרם נזק מיוחד, הסתמכות מיוחדת כתוצאה מהשיהוי - וביהמ"ש ידחה על שיהוי סובייקטיבי כי השתהו הרבה זמן. יכול להיות מצב של היה שיהוי אובייקטיבי - תוצאה מההשתהות נוצרו מעשים עשויים, הסתמכות, נפגעו צדדים שלישיים - גם אם העותרים לא השתהו ניתן לומר שבנסיבות מסוימות הדרושה האובייקטיבית מחייבת פנייה זריזה במיוחד עמ"נ למנוע נזקים כתוצאה מחלוף הזמן. ההבדל הפרקטי - בשיקול האובייקטיבי בודקים גם מה קרה בחלוף הזמן. במשפט המנהלי יש 7 שנות התיישנות ויש ציפייה לפנייה זריזה. **אסולין** - לעניין זכות עמידה של התחשבות בשלטון החוק - ביהמ"ש אמר שבודקים את מידת החומרה של הפרת החוק הנטענת - אם מדובר בטענה להפרת חוק חמורה, לפעולה מושחתת או כזו שחרגה באופן חמור מהסמכות וכדו', אז תקופת השיהוי יותר ארוכה. אם טוענים להפרת חוק אך לא מדובר בהפרה חמורה או חד משמעית אז תקופת השיהוי יכולה להיות קצרה יותר. מכונה "מקבילית כוחות" - ככל שההפרה יותר חמורה פחות מסתכלים על משך תקופת השיהוי האובייקטיבית או הסובייקטיבית, אך כשיש הפרה בלי פגיעה חמורה בשלטון החוק - יינתן משקל גדול יותר לשיהוי האובייקטיבי והסובייקטיבי. הרושם: מאז הלכת אסולין גישת ביהמ"ש יותר ליברלית ואין הרבה מקרים בהם יש טענות חמורות של הפרות במשפט המנהלי ולא יקבלו עקב שיהוי אובייקטיבי או סובייקטיבי, אלא אם כן השתנה המצב והיה מצב של שיהוי אובייקטיבי וסובייקטיבי - אבל המגמה היא של ליברליזציה.
4. **אי ניקיון כפיים: שני סוגים:** 1. עשיית דין עצמית (די בי אס) - קשור למהות ההתנהלות של העותרים בקשר לנושא העתירה, הפרת החוק או התעלמות מדרישותיה של הרשות מבלי לחכות לפסיקת ביהמ"ש עשוי להביא לדחייה על הסף. 2. כשהעתירה לא חשפה את כל העובדות הרלוונטיות - העלימה עובדות, הטעתה את ביהמ"ש, נכתבו בעתירה דברים שאינם נכונים - עשוי להיחשב חוסר ניקיון כפיים שעשוי להביא לדחייה על הסף. גם כאן בשלב מסוים ביהמ"ש (די בי אס) הוסיף קריטריון שלישי - מידת החומרה של ההפרה - מצב שהעותר נהג בחוסר ניקיון כפיים אבל הטענה כ"כ חמורה שביהמ"ש מוצא לנכון לדון ולהכריע לגוף העניין. השיקול הזה נכנס לפעולה אם התקיים אחד משני הסוגים של אי ניקיון כפיים. **המרצה:** העילה בעייתית במיוחד גם אם לוקחים בחשבון את המקרים שביהמ"ש כן דן כשיש חומרה. למה? כי העילה בלתי מידתית - העונש של דחייה

על הסף יכול להיות עונש מאוד חמור ביחס לאי ניקיון הכפיים המדובר. לעיתים אפילו העותר כשלא גילה עובדה מסוימת לא עשה זו בזדון אלא כי לא חשב שזה רלוונטי, ושיש משמעות כספית גדולה פה הרבה כסף והעונש על אי ניקיון כפיים- על הדבר הזה הוא מפסיד את כל זכותו (היה ניתן להטיל עליו הוצאות מסוימות אבל לא לדחות על הסף). במיוחד בהתחשב בעובדה שלרוב אין נזק והמשיבה תמיד רצה לביהמ"ש וטוענת להעלמת העובדה. למרות הביקורת עדיין יש עילה כזו לדחיית העתירה עם ליברליזציה מסוימת במקרים חמורים. אותה בעיה יכולה להתעורר בעשיית דין עצמי- כי המשמעות המהותית של עשיית דין עצמית היא שאדם חייב לציית גם להחלטות בלתי חוקיות (גרונים- בטלות יחסית, אולי ביהמ"ש לא היה מבטל אלא נותן משהו אחר- אחת מהבעיות בבטלות יחסית)- גם אם הרשות פועלת בצורה בלתי חוקית העותר חייב לציית. גם כאן קושי של חוסר מידתיות- בין עוצמת החטא לסנקציה (יכולים להיות השלכות קשות לדחייה על הסף)- לאור הבטלות היחסית היה ניתן להניח שביהמ"ש היה נותן סעד חלקי שמתחשב בהתנהלות הפגומה של העותרים אבל זה שונה מדחייה על הסף גם במקרים שאולי העותרים צדקו.

אי סימטריות: אם המדינה הטעתה את ביהמ"ש- הוא יגער בה או יטיל הוצאות גבוהות אך הוא לא ייתן את הסעד לעותר למרות שלא מגיע לו- ז"א יש פה משהו לא סימטרי, במובן הקיצוני של דחיה על הסף- דורשים רק מהעותרים ולא מהמשיבים.

5. **אי מיצוי הליכים**: יש משהו נוקשה, לעיתים העותר פונה, הרשות לא עונה בהמשך שבועיים והוא עותר. לעיתים הרשות משיבה כבר באי מיצוי ההליכים לגופו של עניין- ודחיית עתירה בגלל אי מיצוי הליכים כשכבר ברור שהרשות לא השתכנעה (מה שקורה הרבה פעמים)- יש בזה משהו פורמליסטי ובלתי מידתי. נכון שמן הראוי להתחיל בתלונה לפני העתירה, אך במקרה שהעותרים לא עשו זאת אך ברור שלא באמת ריאלי שהפנייה שלהם הייתה בכוחה לשנות את עמדת הרשות זה רק פורמלי. ניתן היה לבטא את פגם אי מיצוי ההליכים בהטלת הוצאות (מקסימום הוצאות לטובת אוצר המדינה). פה אין ליברליזציה של ביהמ"ש- דחייה על הסף אם לא פנו לרשות לפני או שפנו אך לא נתנו זמן מספק לרשות. לעיתים ביהמ"ש מוחק ולא דוחה ואז ניתן להגיש שוב (אך זה נדיר). התוצאה יכולה להיות בלתי מידתית- מתן גושפנקא לפעולה בלתי חוקית, מקרים שאולי יש טענות אמיתיות, במיוחד שיש גם פגיעה ציבורית ולא אישית.

6. **בטלות = עתירה מוקדמת**: התפתח בעיקר בתחומים חוקתיים ובמנהליים. הכוונה לא בפניה (אי מיצוי) אלא- שתקנות או הנחיות (בהקשר מנהלי) או חוקים (בהקשר חוקתי) עדיין לא מומשו. ביהמ"ש לפי שק"ד (הייתה מגמת אנטי ליברליזציה- הרחיבו את השימוש בבטלות בשנים האחרונות) יכול לומר שהוא לא רוצה לדון בטענות אבסטרקטיות- הרשות תממש את זה ואז תפנו, מעדיפים לדון בעובדות קונקרטיות. כשיקול של מדיניות זה אפשרי, וגם לעיתים אם אין מימוש ביהמ"ש מעדיף שלא להתעמת עם הרשויות. אבל- **המרצה**- יש שיקולי נגד:

- יכולים להיות חוקים, תקנות והנחיות שישפיעו על התנהגות למרות שעדיין לא מומשו, אדם מראש לא יבקש משהו כי יש תקנה שאוסרת.
- אם כבר אדם או גוף עתרו לביהמ"ש זה צריך להיות שיקול למה כן לדון. במיוחד לאור העובדה שכשאנשים רואים חוק- או תקנה או הנחיה אנשים לא ממש מבחינים- מראש לא הולכים נגדו לביהמ"ש, אז כשמישהו בא מראש נדחה אותו?
- לעיתים אנשים יפנו אחרי שנים ואז למרות שיכלו לפסול מראש עכשיו ההחלטה הבעייתית קיימת וממומשת שנים וזה יוצר בעיות- יפעילו את הלכת הבטלות היחסית ולא יבטלו הכול- לאור הלכת הבטלות היחסית יש לדון לעיתים גם בעתירות אבסטרקטיות.