

משפט מנהלו

קובץ סיכומי פסיקה



אבישג טל

הוסיפו: ליאת ברקוביץ' ודויד

טויטו

שנה ג

תש"פ | 2019

הסמכויות של רשויות המינהל-

פסיקה:

1. בג"ץ 6665/12 אי.סיג בע"מ המנהל הכללי של משרד הבריאות (3.12.2014):
 המשיבים (מנכ"ל משרד הבריאות ומנהלת אגף הרוקחות במשרד) החליטו להחיל על ייבוא ושיווק של סיגריות אלקטרוניות את הוראות פרק ז' לפקודת הרוקחים, המונעות את ייבואן ושיווקן בישראל. העותרת (אי.סיג בע"מ) היא חברה המייבאת ומשווקת סיגריות אלקטרוניות ומוצרים נלווים, ולאחר מספר פניות ויידוא אם הייבוא חוקי נתקלה באיסור הנ"ל ← הגישה עתירה לביהמ"ש.
טענת העותרת היא שהחלטת המשיבים ניתנה בחוסר סמכות כיוון שסמכותם מוגבלת רק לסעיף 48 לפקודה שהיא פיקוח על רעלים לצרכים רפואיים ולא חלה על מוצרי צריכה שאינם רפואיים כמו סיגריות אלקטרוניות+ושבשל הפגיעה הצפויה בחופש העיסוק שלה כתוצאה מכך אין די בהסמכת משתמעת בפקודה אלא יש הכרח בהסמכה מפורשת ושניתן ללמוד ממארג החקיקה שהסדיר שימוש בסיגריות רגילות שהמחוקק לא ביקש בפקודת הרוקחים להסמיך את המשיבים לאסור שיווק מוצרי עישון.
טענת המשיבים היא שבידיהם הסמכות לפקח על הסיגריות האלקטרוניות לפי פרק ז' הנ"ל, ושניקוטין נחשב רעל רפואי לפי ס' 48 לפקודה.
השאלה היא האם מצויה בידי המשיבים סמכות חוקית לפי ס' 48 ופרק ז' לפקודה להגביל עד כדי איסור ייבוא ושיווק והאם ניקוטין נחשב רעל רפואי?
הדין היה בהגדרות החוק והחומרים, ונמצא שס' 48 לא מסייג מפורשות ושכאשר יש שתי פרשנויות יש לבחור בזו שמגשימה את תכלית החקיקה לפי ברק, ויש ללמוד אותה מהמכלול השלם של דבר החקיקה תוך הסתמכות על ההיסטוריה החקיקתית בנושא. לכן הפרשנות היא פירוש פרק ז' כשימוש לצרכים רפואיים ומגשימה את תכלית הפקודה. חריג לפקודת הרוקחים שמטרתה שמירה על בריאות הציבור היא מוצרי צריכה, שמסמיך את שר הבריאות להטיל פיקוח על מוצרי צריכה רעילים. ההבדל בין פרק ז' לזה שאחריו הוא שהמחוקק ייחד פרק בפקודה לטיפול בסוגיית הרעלים והוסיף בתיקון מאוחר יותר את הרעילות במוצרי צריכה. נוכח זאת, המגבלות חמורות יותר על רעלים בשימוש רפואי לעומת במוצרי צריכה, ושם מוזכר גם ניקוטין או אצטון שהם רעילים אך משמשים כמוצרי צריכה.
המסקנה היא שהחלטת המשיבים ניתנה בלא מקור סמכות, וכלל יסוד במשפט המנהלי המבוסס על עקרון חוקיות המנהל הוא שלרשות מנהלית אין סמכות מעבר לזו שהוענקה לה עפ"י חוק ע"מ להבטיח את שלטון החוק ואת ההגנה על זכויות הפרט. יש להקפיד יותר כשזו פעולת רשות מנהלית המשפיעה על ז"א.
נקבע שס' 48 ופרק ז' לא מקנים למשיבים את הסמכות להגביל את פעילותה של העותרת כיוון שהיא מגבילה את חופש העיסוק שלה מבלי להצביע על מקור סמכות כלשהו (לפי חו"י: חופש העיסוק לשם פגיעה בו נדרשת הסמכת מפורשת בחוק שאינה קיימת במקרה זה).
 הסעד - ביטול ההחלטה כי פעולה של רשות מנהלית שנעשתה ללא סמכות נעדרת תוקף ובטלה מעיקרה.
לסיכום, העתירה התקבלה, הצו על תנאי בוטל והמשיבים חויבו לשאת בהוצאות העותרת כולל שכר טרחת עו"ד בסך 20,000 ₪.
2. בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501 (1989), סעיף 6:
 העתירות נסבו על החלטת שר הבטחון ושר האוצר לא לצרף את היישובים כפר ורדים ועין יעקב לרשימת היישובים שבתוספת לתקנות הנחות מס הכנסה ביישובי גבול הצפון.
הטענה בפסקה (שלא התקבלה) היא ששר האוצר לא שקל את הקריטריונים הראויים לקביעת היישובים הזכאים להנחה לפי התקנות, ושלו הסמכות לפי ס' 11 לפקודה אלא אימץ רשימה של יישובי "קו קדמי" שהוכנה לו ע"י צה"ל בלבד וכך לא הבין את ההבחנה בין היישובים.
השאלה היא אם יישוב מסוים בצפון מצוי בעומס וצרכים בטחוניים מיוחדים נוסף לכלכלי ולאיש?
נקבע שמידע זה מצוי בצה"ל ורצוי שהוא יספק אותו ואין פסול בהסתמכות על רשימה כזו, ושכשרשות מנהלית פועלת בתחום סמכותה עליה להפעיל שיקו"ד עצמאי משלה תוך הסתייעות בחו"ד ומידע של מומחים בנושא (כמו צה"ל במקרה זה), ועל ביהמ"ש להשתדל לא להתערב במקרים אלה כיוון שהוא לא בקיא בנושא.
לסיכום אין פסול בכך שהשר קבע את רשימת היישובים לפי חוזה"ד של צה"ל ולכן שיקוה"ד וההחלטה הם שלו מכיוון שהעובדות וחוזה"ד הומצאו לו ע"י גורם מוסמך שעליו סמך.

3. בג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר-הבריות, פ"ד ד 319 (1950) עמ' 139 במחשבות:
 העובדות: שר הבריות הוציא צו הקובע מחירי מקסימום לעניין אספקת ציוד רפואי. העותרים הם יבואני ציוד רפואי שמבקשים לבטל את הצו וטוענים שהוא לא חוקי בגלל שהוא ניתן בחוסר סמכות ובניגוד להוראות הממשלה. השאלה המשפטית: האם הצו שהוצא ע"י שר הבריות בטל מכוח היותו בלתי חוקי? נפסק: העתירה נדחתה והשופט דונקלבלום קבע כי:
- הסמכות להוצאת הצו- הוא הוצא מכוח הסמכות שהוענק בתקנות שעת חירום, שהן (יחד עם תקנות ההגנה וכל הפקודות והצווים שהוצאו לפי תקנות אלה עומדות בתוקפן וניתן להשתמש בהן).
 - פעולה בניגוד להוראות הממשלה- התקנה המסמיכה מקנה סמכות לרשות המפקחת, ואינה מחייבת אותה להישמע להוראות השר הממונה עליה. אם חוק מעניק את הסמכות למוסד נתון הוא לא חייב להישמע להוראות גורם אחר ואף אסור לו להישמע לו, ועליו להפעיל את שיקוה"ד בעצמו.
4. ע"א 6356/99 חטר-ישי נ' ארבל, פ"ד נו(5) 254 (2002), סעיפים 6-7:
 המשיבה (פרקליטת המדינה) הורתה כממלאת מקום היועמ"ש לפתוח בחקירה פלילית ולאחר שהמשרה מסרה המלצות היא כתבה את חוות דעתה, שבעקבות פרסומה המערער (יושב ראש לשכת עוה"ד) הגיש תביעה נגדה בגין לשון הרע. המחוזי דחה את התובענה מפאת היעדר עילה ← מכאן הערעור. דורנר דנה במסגרת הנורמטיבית ושואלת:
השאלה: האם פרסומה של חו"ד ע"י נציגת התביעה שכוללת את שיקוליה המקצועיים בהעמדה לדין של חשודים פליליים הוא שימוש כדין בסמכות מעין שיפוטית?
התשובה: כן. לרשויות התביעה תפקיד ייחודי וחשוב בשמירה על שלטון החוק במובן הרחב ולכן יש להן שיקו"ד בהפעלת סמכותן בבחינת הסוגיות המשפטיות ומשקל הריאיות ובהחלטתן לגבי ההעמדה לדין רשויות התביעה לוקחות בחשבון את טובת הציבור כדי לשמור על בטחונו+טובת הפרט שטרם הורשע כדי למנוע פגיעה משמעותית בזכויותיו. היא מצטטת את פרופ' קרמניצר- לפיו תפיסת תפקידו המעין שיפוטי של התובע נובעת גם מהצורך לתגבר את חשיפת האמת ומניעת הרשעת חף מפשע. לפיה,
 ← החלטה להעמיד לדין היא אחריות כבדה שמתקבלת לאחר איזון שיקולים לאחר שרשויות התביעה אומדות אובייקטיבית את כל העובדות, האינטרסים והזכויות, כאשר כדי לשמור על שיקוה"ד שלהן הן אינן כפופות להנחיות של גורמים מנהליים הגבוהים מהן היררכית.
 ← החלטה לא להעמיד לדין חייבת להיות מנומקת ונמסרת למתלונן בכתב כדי שיוכל להגיש ערר, ובעבירות מסוג פשע זכאי להגיש בקשה שלא להעמידו לדין ועליהן לדון בכך בהוגנות.
 כלומר אלה המאפיינים של הליך בעל אופי שיפוטי, כמו שקבעה ועדת אגרנט בדבר סמכויות היועמ"ש- שתפקידו לפסוק בין הציבור לבין הפרט ולהכריע בין אינטרס ציבורי אחד לאחר, אמנם ההחלטה להגיש/לא להגיש כתב אישום היא מנהלית אך מגיעים אליה בדרך שיפוטית. למלאכת התביעה אופי שיפוטי.

דיני הסמכה-

תחיקה:

1. חוק-יסוד: הממשלה, סעיפים 31, 33-34-

- **תפקוד הממשלה-** הממשלה רשאית באישור הכנסת לשנות את חלוקת התפקידים בין השרים למעט רה"מ, להעביר את כולה או מקצתה של סמכות או חובה הנתונה עפ"י חוק לשר אחר, לאחד/לבטל/להקים משרדים חדשים ולהעביר שטחי פעולה ביניהם, למנות ועדות שרים קבועות/זמניות/לעניינים מסוימים ורשאית לפעול באמצעותה, ולקבוע את סדריה, דיוניה ואופן קבלת החלטותיה.
- **אצילת סמכויות-** הממשלה רשאית לאצול סמכויות הנתונות לה חוץ מאלה הנתונות בחו"י זה להוציא סעיף 32 עפ"י דין לאחד השרים, וסמכות הנתונה לאחד השרים או שהועברה לו השר רשאי לאצול לעובד ציבור. במידה ורה"מ מכהן כשר, הוא רשאי לאצול את סמכותו (כולל חובה) גם לסגנו.
- **נטילת סמכויות-** שר הממונה על ביצוע חוק רשאי ליטול לעצמו לעניין/תקופת מסוימת כל סמכות הנתונה עפ"י חוק לעובד מדינה אם אין כוונה אחרת המשתמעת מהחוק (חוץ מסמכות בעלת אופי שיפוטי).

פסיקה:

2. בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (26.3.2012)-
 העתירה המנהלית עוסקת בביטול/אי הארכתו של הסכם שנחתם בין הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים לבין עמותת א.ל.ע.ד והעניק לה סמכויות ניהול בשטח הגן הלאומי תל עיר דוד, ע"מ להחזיר את ההחזקה וניהול האתר לידי הרשות או לידי רשות סטטוטורית אחרת שהיא בעלת המומחיות הנדרשת לניהולו.

טענות העותרת:

1. **האצלת הסמכויות על פי ההסכם משנת 2005** מנוגדת לדין ולכללי מינהל תקין. בהקשר זה נטען כי חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, תשנ"ח-1998, מאפשר אצילת סמכויות לרשות מקומית אשר בתחומה נמצא הגן הלאומי, ולה בלבד. ההסכם האמור ואופן יישומו בפועל מעבירים מרט"ג לאלע"ד את הסמכויות המרכזיות שהוענקו לרט"ג על פי דין, ומשכך נחצה הגבול בין הסתייעות מותרת באחר, לבין האצלה שלא כדין של סמכויות שבשיקול דעת הרשות המוסמכת.
2. **על רט"ג חלה חובה** לערוך מכרז פומבי ושיווינוי בטרם התקשרה בהסכם משנת 2005. בית המשפט העליון התבקש, אפוא, להורות על בטלות ההסכם האמור, ולחילופין - להורות כי ההסכם לא יחודש בתום תקופת תחולתו. במסגרת הדיון בבית המשפט העליון הביעה פרקליטות המדינה את עמדתה העקרונית, לפיה: אין מיניעה שרט"ג תסתייע בגופים חוץ שלטוניים לשם ביצוע תפקידיה, ועצם ההתקשרות עם אלע"ד אינה פסולה ואינה מעוררת קושי משפטי. +פרקליטות המדינה הפנתה לקושי האינהרנטי בניהולו של הגן הלאומי אשר זכויות החזקה באתר תיירותי המצוי בליבו אינן בידי רט"ג. +עם זאת, היו לפרקליטות המדינה הערות שונות, שהתייחסו בעיקרן להדרכות באתר, לגביית אגרות ולקיום אירועים. ← **לכן המליץ העליון** במהלך הדיון הראשון שהתקיים בעתירה, כי יגובש נוסח מתוקן להסכם נשוא העתירה. המלצה זו התקבלה על דעת כל הצדדים, לרבות העותרים.

כללי הצדק הטבעי - חלק ראשון**פסיקה:**

1. **בג"ץ 9351/17 עיריית ראשון לציון נ' הוועדה לבדיקת מינויים (23.7.2018)** - בפסק דין זה דחה בית המשפט העליון עתירה נגד החלטת הוועדה לבדיקת מינויים שלא לאשר את מינויו של מנכ"ל עיריית ראשון לציון כדירקטור בתאגיד המים והביוב העירוני, לצד ראש העירייה המכהן אף הוא כדירקטור בתאגיד. הוועדה לבדיקת מינויים החליטה שלא לאשר את מינוי המנכ"ל כאמור על ידי מועצת העירייה, מהטעם שכהונתו לצד כהונת ראש העירייה בתאגיד עלולה, לפיו נדרש העדר 2001 - לחוק תאגידי המים וביוב, התשס"א 60 להפר את האיזון שנקבע בסעיף ניגוד עניינים בין עיסוקיו האחרים של המועמד לתפקידו כדירקטור בתאגיד. בפסק הדין נקבע כי על (ב) לחוק קובע כי כהונתו של אדם כחבר מועצה או עובד של רשות מקומית שהיא 60 אף סעיף בעלת אמצעי שליטה בחברה, לא תיחשב כיוצרת ניגוד עניינים כאמור, אין פירושה כי בהכרח לא קיים ניגוד עניינים בכהונה מקבילה שכזו. ניגוד עניינים מוסדי קיים בכהונה כנבחר ציבור או כעובד רשות מקומית (החב חובת אמונים לרשות המקומית) ובמקביל כדירקטור בתאגיד מים וביוב, החב חובת אמונים לתאגיד, וזאת במיוחד על רקע התכלית המרכזית של הקמת תאגידי המים והביוב - יצירת הפרדה ניהולית ותקציבית בין הרשות המקומית לתאגיד. עם זאת, ניגוד עניינים כאמור "נסבל" מכוח החוק על רקע שאר המגבלות שהחוק מטיל, שיש בהן כדי לאזן את ניגוד העניינים המוסדי. החוק מתיר מינוי ראש רשות מקומית כדירקטור, ואינו אוסר מינוי מנכ"ל רשות כדירקטור, אך אינו עוסק בשאלה האם ניתן למנותם יחדיו. מכאן שסמכות הוועדה לבדיקת מינויים לבחון קיומו של ניגוד עניינים לגבי מועמד מקרב עובדי או נבחר הרשות המקומית אינן נשללות, והטענה כי אין בסמכות הוועדה לבחון את סוגיית ניגוד העניינים במינוי דירקטורים מטעם הרשות המקומית נדחתה. כל שהחוק קובע הוא שעובדה זו (כהונה מקבילה) כשלעצמה אין בה די כדי לפסול את המועמד, אך עדיין נדרשת בחינה פרטנית של ניגוד עניינים אישי או מוסדי על רקע השלכות המינוי על הגשמת תכליות החוק ועל האיזון הכולל שנקבע בו. בעניין זה נקבע כי החלטת הוועדה הנדונה סבירה, וכי אין עילה להתערב במסקנתה לפיה נוכח קיומם של יחסי כפיפות מובהקים בין המנכ"ל לראש העירייה, כהונת המנכ"ל לצד ראש העירייה בדירקטוריון תאגיד המים והביוב עלולה לפגוע בעצמאות שיקול הדעת של המנכ"ל בתפקידו כדירקטור. בשולי פסק הדין התייחס בית המשפט לסוגיה של עיון חוזר בפני הוועדה. הודגש כי אמנם ככלל פניה לעיון חוזר בהחלטת הוועדה צריכה להיות מעוגנת בשינוי נסיבות או במידע רלבנטי להחלטה שלא הונח קודם לכן לפני הוועדה, אולם אין הוועדה צריכה לראות עצמה מנועה מלקיים עיון חוזר למשל כאשר מדובר בסוגיה עקרונית תקדימית אף בהעדר שינוי נסיבות או מידע רלוונטי כאמור לפי פניה של בעל הסמכות או גורם רלבנטי אחר. בהקשר זה הוסיף השופט אלרון כי כאשר מדובר במועמד שמועמדותו נדחתה, אין לחסום את דרכו ולמנוע ממנו את האפשרות להגיש בקשה לעיון חוזר, וזאת לנוכח הפגיעה האפשרית בשמו הטוב. כלומר - כל עוד החוק לא מחייב ששני אנשים לא יהיו במצב של ניגוד עניינים בוועדה, ניתן למנות רק אחד מהם. לפי כללי הצדק הטבעי של המשפט המנהלי יש ניגוד עניינים אך כל עוד החוק לא דיבר על מצב של ניגוד עניינים - ביהמ"ש יכול לפסול אותם מתפקידם.

2. ע"מ 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה (7.1.2014), סעיפים 43-50 לפסק-דין של השופט אורי שהם, סעיף 2 לפסק-דין של השופט יצחק עמית וסעיף 7 לפסק-דין של השופט סלים ג'ובראן-

המשיבה, רשות שדות התעופה פרסמה מכרז פומבי לצורך שדרוג מסלולים בנמלה"ת בן גוריון, שבו המערערת הגישה את הצעתה תוך פירוט העלות הכספית כולל הסכום הסופי והתקבלה ע"י הועדה ← לאחר מכן נכנסו למחלוקת לגבי הערבות של החברה.

נקבע כי תקנה 16.ב.ב.16 לתקנות חובת המכרזים העוסקת בחילוט ערבות של מציע במכרז בהתנהגות הנוגעה בערמה או תכסיסנות- עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחו"י: "כבו"ה והנה חוקתית, ושאופן המימוש של הסמכות הקבועה בתקנה זו ע"י רשות מנהלית הוא הוגן.

השופט אורי שהם - טען כי זכות הטיעון לצד שעלול להיפגע צריכה להינתן טרם קבלת ההחלטה המנהלית ("חובת השימוע"), ושימוש הזכות לשימוע צריך לכלול 3 דרישות:

- הצגת מהות האשמה- מהווה תנאי מוקדם למתן זכות טיעון אפקטיבית
- על הטיעון להיעשות לפני ההחלטה ולא אחריה
- ההזדמנות לטעון חייבת להיות הוגנת- בהתחשב במכלול נסיבות העניין ונדרשת התראה מספקת לגבי המועד כדי לאפשר לבעל הזכות להיערך לכך.

+הפרט רשאי להיות מיוצג בפני הרשות המנהלית ע"י עו"ד גם אם הדבר עלול לגרום לסרבול+הפרה של זכות הטיעון תביא בד"כ לביטול ההחלטה המנהלית בהתאם **להלכת הבטלות היחסית**, שחלה גם בזכות הטיעון במכרז ציבורי במידה ומתקיים **מבחן הפגיעה** (זכות הטיעון במסגרת המכרז יכולה להיות חקיקתית או הלכתית).

בנוגע לזכות הטיעון החקיקתית- לפי תקנה 21 לתקנות חובת המכרזים, הועדה תבחר את ההצעה הטובה ביותר ובמידה ולא- זכות מי שלא נבחר להביא את טענותיו בפניה.

זכות הטיעון החקיקתית- ניתנת גם זכות טיעון רחבה יותר בתקנות המסדירות את מכרזי השלטון המקומי, שם זכות טיעון ניתנת באחד משלושה מצבים:

1. כאשר ועדת המכרזים מתכוונת לפסול הצעה עקב תכסיסנות
2. כאשר היא מתכוונת לפסול הצעה שמבוססת על הבנה מוטעית של נושא המכרז/מחירים לא סבירים

3. כאשר אין כוונה להמליץ על בחירת המציע הזול ביותר

זכות הטיעון ההלכתית- ניתנת למציע בנסיבות שבהן שלילת זכייתו/השתתפותו במכרז מושתתת על הערכה סובייקטיבית, ואז ניתנת לו הזכות להשמיע את טענותיו.

← **עמדת הפסיקה** היא שזכות הטיעון במכרזים ציבוריים תינתן למציע כאשר זכות לכאורית שמגיעה לו עלולה להיפגע כתוצאה מהחלטתה של ועדת המכרזים, וזכות הטיעון משתנה ממקרה למקרה **תוך איזון בין חובת ההגנות לשמירה על היעילות המכרזית**.

מושא הערעור- תקנה 16.ב.ב.1- חילוט ערבות: כדי שזכות הטיעון תתקיים יש להביא לידיעתו של המציע בכתב את מהות הטענות כלפיו ולהבהיר לו מפורשות שמשקלת האפשרות לחלט את כל/חלק מערבותו בשל אחת העילות המצויות בתקנה, תוך מתן פרק זמן סביר להכנה והתייעצות עם גורמים משפטיים תוך איפסור עו"ד, ושמיעת טענות המציע בפתיחות כיוון שוועדת המכרזים אינה טריבונל שיפוטי ולכן אין למציע זכות להביא עדים, ורק לאחר מכן ועדת המכרזים תיתן את החלטה המנומקת.

נקבע שהישיבה שהתקיימה אינה שימוע בנוגע לחילוט הערבות, וכי לא פורטו במכתבי ההתראה הסיבות שנטענו לחילוט הערבות (הצעה תכסיסנית), ובפתח הישיבה לא נעשתה הפניה לתקנה הרלוונטית.

← לכן השופט קבע כי לא ניתנה למערערת זכות טיעון אמיתית ואפקטיבית כדי להתגונן כראוי ובשל הפגמים- ההחלטה לחלט מיליון ש"ח מסכום ערבותה של המערערת בטלה.

- למרות זאת, נבחנה **השאלה**: "האם מדובר בהצעה/התנהגות תכסיסנית של המערערת?"

השופט יצחק עמית- לדעתו, הפגם העיקרי בהליך השימוע היה היעדר ההפניה לחלופה הספציפית של תקנה 16.ב.ב.4 הכוללת 4 חלופות ובגלל שהתקנה חדשה ולא נעשה בה שימוש, הציפיה הייתה שהזימון לשימוע ייעשה לפרטי פרטים.

- למרות זאת, בחן את **השאלה**: "האם היה די בפרט הזמן שניתן למערערת לצורך השימוע ואם היה צריך ליידע אותה לגבי זכותה להיות מיוצגת בהליך, בהתחשב בכך שהליכי מכרז אמורים להיות זריזים ויעילים ושממילא המציע מלווה בייעוץ משפטי בהליך?"

השופט סלים ג'ובראן- מתייחס לדרישה השלישית של השופט שהם לאופן מימוש זכות הטיעון- המתכונת ההוגנת. לפיו, נוכח אופיה המתואר של התקנה ושיקוה"ד הרחב של הועדה- ראוי לאפשר למציע זכות טיעון גם בשאלת גובה החילוט ולא רק בשאלת החילוט עצמה, ומסכים שההתראה הקצרה שניתנה למערערת פגמה

בזכות הטיעון שלה, ושהכרזת הזוכה במכרז טרם השימוע גרמה לכך שגם אם היה ניתן זמן נוסף להתכונן לטיעון, הדבר לא היה מגביל את התנהלות ועדת המכרזים.

3. בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529 (1989)-

עניינה של העתירה בהנהגת דרכי ערעור קבועות וכלליות באיו"ש ועזה, בעקבות צו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה שעת חירום העוסקות בהריסה/אטימה של מבנה/ חלק ממנו.
טענת האגודה לזכויות האזרח: יש להעניק זכות טיעון לבעלים של בית/למתגורר בו לפני הפגיעה ברכושו ושעת החירום אינה מבטלת את כללי הצדק הטבעי שפגיעה בהם יכולה להיות מוצדקת רק מטעמים של מניעת סכנה חמורה או של מניעת סיכול מוחלט של הפעולה השלטונית.
השאלה המשפטית: האם נסיבות המקרה מונעות זכות טיעון לנפגעים מן ההחלטה המנהלית?

פסיקת שמגר:

- תפקידו של מפקד צבאי באיזור הוא שמירה על הבטחון - באחריות המפקד גם הבטחון והסדר הציבורי באיזורו, ובמסגרתה גם לשמור על בטחון צה"ל והמנהל הציבורי ולקיים קווי תחבורה. עליו לוודא את הפעלתם האפקטיבית של דיני העונשין ולמנוע פגיעה ואנרכיה, כך שתושב השטח הפועל באלימות נגד הצבא עובר עבירה וצפוי להעמדה לדין ולנקיטה של כל סנקציה המותרת לפי הדין המקומי או תחיקת הבטחון.
 - חשיבותה ומהותה של זכות הטיעון -
 - הריסת מבנה הוא אמצעי עונשין חמור שההרתעה בו אינה מפחיתה מאופיו כיוון שתכונתו המרכזית היא שהוא בלתי הפיך ולא ניתן לתיקון (ולכן חשוב שהמעורב יוכל להשיג לפני המפקד לפני ההריסה כדי להביא בפניו עובדות ושיקולים שלא היה ער להם).
 - הקיום של כללי דיון הוגנים בעניינו של אדם מתבטא בכך שבמידה וצפויה פגיעה קשה בנפש/ברכוש - תינתן הודעה מראש ותוענק לו הזדמנות להשיג, כך גם כאשר החוק מתיר פעולה מיידית כמו החרמת רכוש
 - החריג לזכות הטיעון הוא צורך צבאי מבצעי -
 - חוץ ממקרים של צורך צבאי מבצעי, ראוי שתיכלל בצו הודעה בדבר מתן אפשרות לבחור פרקליט לניתן הצו ולפנות למפקד הצבאי לפני הפעלתו תוך זמן קצוב ומתן שהות נוספת קצובה בזמן לפני לבג"צ לפני הפעלתו.
 - האיזון בין הצורך לפעול ביעילות ומהירות לבין מתן האפשרות לפנות בהשגה למפקד או לבג"צ מתבטא גם ע"י מתן זכות קדימה שאותה ביהמ"ש יכול להעניק למקרים דחופים
 - במקרים דחופים - יכולה להתבצע אטימה על אתר עוד לפני קיום הערעור/העתירה בשונה מהריסה שהיא בלתי הפיכה ולכן תינתן הודעה לפני כך שבה יובהר כי זכות ההשגה/העתירה קיימת לו עדיין.
- ההחלטה:** העתירה התקבלה.

כללי הצדק הטבעי - חלק שני

1. בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, סעיפים 27-36 (2004)-

מכוח ההסכמים הקיבוציים בין המדינה להסתדרות הכללית פועלת ועדת השקילויות של משרד החינוך המעריכה תארים אקדמיים שמחו"ל לצורך הענקת הטבות. בעקבות חקירה פלילית מקיפה שנפתחה בנוגע לפעילות של שלוחת האוניברסיטה בלטיביה, משרדי הממשלה והרשויות החליטו להקפיא את אישורי השקילויות ← במרץ 2003 התקבלה ע"י נציב שירות המדינה והממונה על השכר החלטה סופית שלא להעניק אישורי שקילות לבוגרים אלה ← מכאן העתירה.

השאלה המשפטית: האם נפגעה זכות השימוע והטיעון של העותרים?
נפסק (השופט אור):

- זכות השימוע והטיעון בעת פגיעה בזכות -
 - לעותרים נגרמה פגיעה קשה מהחלטת המדינה (שיללתן של הטבות כספיות ניכרות שהם זכאים להן כבעלי תארים אקדמיים עפ"י ההסכמים הקיבוציים).
 - כלל יסוד הוא שרשות מנהלית לא תפגע באדם אלא אם ניתנה לו לפני כן הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפניה. זכות הטיעון עומדת כזכות מרכזית בחשיבותה גם לרשותו של עובד ביחסי העבודה בינו למעבידו.

- אופן השימוע - על השימוע להיערך לפני ההחלטה אך אין חובה לשמוע את העלול להיפגע אישית. טיעונו יכול להישמע ע"י נציג מטעמו/עו"ד/נציג של הציבור שאליו הוא שייך, אך כדי שנציג מטעמו יוכל להציג - צריך שיביא גם את דברו האינדיווידואלי של העלול להיפגע ואם יש צורך - גם את ראיותיו.
 - מועד השימוע -
 - ההחלטה העקרונית של המדינה לבטל את ההכרה התגבשה לפני שקיימה זכות הטיעון של נוגעים בדבר העלולים להיפגע ולכן השימוע שהתקיים לאחר פרסום עיקרי ההחלטה מהווה שימוע מאוחר.
 - השימוע שקיימה המדינה לאחר גיבוש עמדתה העקרונית ניתן לנציגים של ארגוני המורים, צה"ל שס"ס ובאי כוח העותרים - ולכן זהו שימוע מאוחר שבמסגרתו לא ניתן לנציגי העותרים לעיין בחומר החקירה המשטרתי שעליו מבוססת החלטת המדינה.
 - העובדה שלא נערך לכל אחד מהעותרים שימוע פרטני ושלא ניתן להם לעיין בחומרי החקירה, שללה מהם את האפשרות לשכנע את המדינה כי האמור בחקירה לא חל על ענייניהם כך שלא יצטרכו לשאת בעוון מעשיהם של אחרים.
- ההחלטה:** העתירה התקבלה.

2. בג"ץ 3132/92 מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון, פ"ד מז(3) 741 (1993) -
- מושלב הוא בעלים של חלקת קרקע באבו סנאן הגובלת בכביש שלומי אחיהוד, וקיבוץ כברי הוא בעלים של קרקע באותו צד של הכביש במרחק של 15 ק"מ מאדמת מושלב. שניהם מבקשים להקים תחנת דלק ומסעדה הטעונה אישור של תכניות מפורטות מכוח חוק התכנון והבניה. אדמות מושלב נמצאות במרחב תכנוני הנשלט ע"י הוועדה המקומית בגליל המרכזי שהיו"ר שלה הוא חבר קיבוץ כברי, ולשם העביר מושלב את התכנית של אבו סנאן בעוד שהתכנית של קיבוץ כברי עברה מסלול קצר יותר ופורסמה לפניו.
- מכיוון שלא ניתן לאשר את הקמתן של 2 תחנות דלק באותו צד של הכביש הוועדה המחוזית מינתה חוקר שהמליץ לקבל את תכניתו של הקיבוץ מכיוון שלטענתו תכנית הכפר מקימה את התחנה בעיקול שבדרך ← מכאן העתירה.
- השאלה המשפטית:** האם נפל פגם בהחלטת הוועדה המחוזית לתכנון ובניה הנגועה במשוא פנים?
- נפסק (דורנר):**
- התקיימות ניגוד העניינים -
 - הרעיון ביסוד האידיאולוגיה הקיבוצית הוא שיתוף מלא בין חבריה המבוסס על הזדהות חברתית של הפרט עם הקבוצה וטובת הנאה של הקיבוץ = של כל אחד מחבריו ולכן הקמת התכנית הנ"ל מהווה ערך כלכלי ניכר לקיבוץ ולכל אחד מחבריו
 - לגבי **ס' 47 לחוק התכנון והבניה** - קיימת זהות בין חבר קיבוץ לבין קיבוצו עד כדי כך שיש לראות בטובת הנאה של הקיבוץ ככזו שיש לחבר בעצמו ולכן כשהשתתף חבר הקיבוץ בדיון בוועדה בנושא של קיבוץ יש בו עניין, פעל שלא כחוק.
 - ס' 47 לחוק התכנון והבניה נגזרת מהעיקרון הכללי האוסר להימצא במצב של ניגוד עניינים, המתקיים כאשר עניין שאדם מופקד עליו עשוי להתנגד עם עניינו האישי/אחר שהוא מופקד עליו
 - עקרון זה מושתת על החשש שההחלטה המתקבלת ע"י מי שנמצא במצב של ניגוד עניינים תושפע משיקולים פסולים שמקורם באינטרסים זרים, והאמון הציבורי במע' השלטונית יפגע אם עובדי הציבור יפעלו כך.
 - מהו ניגוד העניינים אשר יביא לפסלות ההחלטה?
 - לא כל ניגוד עניינים פוסל את ההחלטה המנהלית - פסלות היא פועל יוצא מעוצמת הניגוד, ולכן ניגוד רחוק המקים חשש תיאורטי להשפעה של אינטרסים זרים על ההחלטה לא מביא לפסילתה
 - המבחן לניגוד עניינים בין עניין ציבורי לפרטי הוא מבחן החשש הסביר - עפ"יו עובד הציבור מנוע מלדון בנושא שבו יש לו עניין פרטי אם מתקיים חשש סביר שההחלטה תושפע מעניינו הפרטי אף אם הוא אינו עולה כדי אפשרות ממשית (מבחן האפשרות הממשית).
 - מבחן זה מבוסס על אמת מידה אובייקטיבית שבה השאלה היא מהי עוצמת הניגוד בין העניין הציבורי לפרטי של עובד הציבור, ולא מהן אישיותו ותכונותיו של העובד. עוצמת ניגוד העניינים נקבעת עפ"י הקרבה בין האינטרסים המנוגדים.
 - ביהמ"ש לא צריך לבדוק פרטנית כשקיימת הוראה סטטוטורית האוסרת ניגוד עניינים, המכניסה את הנשוא המוסדר לתחום ניגוד העניינים האסור ומעידה על השקפת המחוקק שניגוד העניינים פוגע בתקינות המנהל ובאמון הציבורי בו.
- ההחלטה:** העתירה התקבלה בחלקה.

3. ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ) (11.2.2008), סעיף 39-

ערעור על פס"ד של ביהמ"ש לעניינים מנהליים בת"א שדחה את עתירת המערערות נגד מכרז שפרסמה רשות הנמלים והרכבות לזיכיון לניהול והפעלה של ממגורות נמל חיפה, שהוחזקו בידי דגון בתי ממגורות לישראל מאז '51, והפעילה אותה באמצעות זיכיון מממשלת ישראל. לקראת פקיעת הזיכיון ב-2003 פרסמה הרשות מרכז, שהזכות בו הן שתי חברות שבכוונתן להתאגד ולהקים חברה מיוחדת להפעלת הממגורות. אחת מהן גורם עסקי פעיל בשוק התבואות שלפי המבנה החדש יחזיק ב-36% שליטה בחברה החדשה, וכדי למנוע ניגוד עניינים נכללו תנאים מסוימים במכרז.

השאלות העולות נועדו לבחון מה דינו של זכיון מונופוליסטי רב שנים של מתן שירות ציבורי חיוני הניתן במרכז למפעיל פרטי הנזקק בעצמו לאותו שירות, האם הסדר כזה מהווה ניגוד עניינים פסול, האם התנאים ואמצעי הפיקוח שהוטלו על המפעיל עשויים להפיג את החשש, האם הסדר כזה עומד בחוק, ומה תוצאותיו המשפטיות של המכרז לאור תנאי הסף המתירים לעסק להחזיק באמצעי שליטה במפעיל נוכח זכייה במכרז של קבוצה.

נקבע: האיזון בין הכלל הפוסל ניגוד עניינים לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים-

האיסור על ניגוד עניינים במשפט הציבורי אינו מוחלט ומחייב איזון ראוי. משקל הניגוד נקבע ע"י עוצמת הפסול וקיומן של דרכים להסתרתו או החלשתו, כך שלעתים ניגוד שהוא בבחינת חשש תיאורטי עשוי להצדיק מינויים בעלי ערך ורמה מיוחדים לשירות הציבורי, כדי להשיג תכלית ציבורית של איוש משרות ברמה גבוהה (מאזכרים את מושלב).

במסגרת איזון השיקולים יש לשקול אפשרות של קיום מגבלות שונות שיפחיתו את החשש לניגוד עניינים, הננקטת במקום שהאינטרס הציבורי הכולל מביא להעדפה של פתרון ביניים על פתרון קצה המחייב לוותר לחלוטין על אחד משני האינטרסים המנוגדים. לאיזון בין שני הערכים:

- ערך האיסור על ניגוד העניינים

- הצורך להתחשב בתכלית ציבורית נוגדת,

יש קווים אדומים כאשר המגבלות עלולות לפגוע בתכלית התפקיד או הפונקציה או כאשר האיזון לא יצלח, וההגמשה לא יכולה לרדת מתחת לרף המינימלי הראוי. יש להשתמש באיזון רק במצב חריג של "כורח" המאפשר פעולה במצבים שאינם מותרים חלופה סבירה אחרת.

ההתמודדות עם ניגוד עניינים בשירות הציבורי מצריכה שני שלבים:

- איפיון של נקודות המגע בתחום פעולתו של הגורם הציבורי העלולות ליצור חיכוך בין האינטרס הציבורי לזר ולתת את הדעת על מהות הנושאים שמתקיימים לגביהם ניגודי עניינים ומה עוצמתם

- באם מתגלים ניגודים אפשריים המעלים חשש ← יש לבחון האם סביר להטיל מגבלות על נושא התפקיד הציבורי והאם הן מאיינות או מפחיתות את החשש האמור באופן ניכר. (הבחינה נעשית באופן אפקטיבי כדי לנטרל את הניגוד הקיים וכדי שלא יפגעו בתכלית התפקיד הציבורי וישמרו את אמון הציבור במערכת).

דיני האיסור על ניגוד עניינים מתחשבים במציאות המורכבת ולוקחים אותה בחשבון על לגבול הנורמטיבי הראוי, כיוון שהשאלה מורכבת- לרוב הצורך יהיה בקפדנות לשמירה על טוהר השירות ויעילותו, ובחלק יש למצוא את נקודת האיזון הראויה- יש לעמוד על הערך הנורמטיבי הראוי האוסר על הניגוד ולשאוף להשיגו ככל הניתן בשים לב לאפשרויות ולצרכים החיוניים שהמציאות מכתובה.

4. בג"ץ 1356/96 בן דוד נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נ(1) 661 (1996)-

העותר הוא מנהל אנף שירותי הדם במד"א, ועם פרוץ המשבר בנוגע לאי שימוש בתרומות דם שתרמו עולים מאתיופיה שגררה הפגנה אלימה שגרמה נזק רב- נתבקש להשעות את עצמו ע"י שר הבריאות וסירב ← פנה לביה"ד האזורי לעבודה שהוציא במעמד צד אחד צו מניעה זמני האוסר להשעות את העותר.

בנוסף, מר אדיסו מסאלה מראשי הקהילה האתיופית הגיש עתירה נוספת שנמחקה ודרש למצות את הדין עם בן דוד, והצהיר כי לעדה האתיופית אין דבר כנגד העותר באופן אישי- אלא רק דרישה לאחריות לגבי התנהגות בלתי תקינה כאשר העותר מעולם לא פגע באופן אישי במי מבני העדה+אדיסו ציין כי מעולם לא ביטא את דעתו האישית בתקשורת אלא רק את עמדת הקהילה, וכי פסילתו מלכהן כחבר בוועדת הבירור מהווה פסילת חברותו של כל בן העדה האתיופית בוועדה, וכי פגיעה בחברותו בוועדה עלולה לפגוע בכל העדה.

הוועדה שמונתה ע"י רה"מ נועדה לבדוק את פרשת התרומות ונקבע שהיא רשאית להתמקד בהיבטים מסוימים לאור טענות ועובדות שיובאו בפניה, ולכן תדון גם בתפקודו של העותר ← ולכן ישנו כלל בסיסי האוסר על משוא פנים החל באשר לחברותו של אדיסו מסאלה בוועדה. כלל זה מטיל על כל חבר בוועדה איסור על הימצאות במצב שבו קיימת אפשרות ממשית של משוא פנים או דעה משוחדת ופוסל את חברותו של אדם בוועדה אם גיבש לעצמו עמדה סופית בעניין נושא דיוניה של הוועדה ("משחק מכור"). ← המסקנה היא שבחברותו של מר אדיסו מסאלה יש משום הפרה של הכלל, כיוון שהוא בעל דעה קדומה על תוצאות דיוני הוועדה והביע אותה בפומבי, ע"י עמידה

בראש ההפגנה האלימה, העתירה שהוסרה, והפרסומים בתקשורת שגיבשו לו עמדה פסקנית שממנה לא נסוג. קיומה של אפשרות ממשית למשוא פנים נמדד אובייקטיבית- ולכן תפיסתו הסובייקטיבית של אדיסו קובעת. מביאים כדוגמה חברה נוספת בעדה האתיופית שחברותה בועדה לא נפסלה מכיוון שלא התנהגה כמו אדיסו. **נקבע** כי הסעד לו זכאי העותר (בן דוד) הוא שחברותו של אדיסו מסאלה בועדה תיפסק, ולכן הוצע לו להתפטר מרצונו ולא נענה לכך ← לכן ניתן פס"ד הצהרתי הקובע שחברותו בועדה מתבטלת. המשיבים: רה"מ, שר הבריאות, יו"ר הועדה והוועדה ישאו בהוצאות העותר בסכום כולל של 10,000 ₪.

5. בג"ץ 11745/04 **רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה** (4.9.2008), סעיפים 13-19- העתירות מופנות כנגד תכנית המתאר שנועדה להביא להקמתה של שכונת מגורים חדשה בגבעת מצפה נפתוח ליד שכונת רמות בירושלים.

השאלה: האם אושרה התכנית כדין?

נפסק: השתתפות מתכנת המחוז בדיון הפנימי של חולנת"ע-

הטענה הייתה לגבי השתתפות פסולה של מתכנת מחוז ירושלים בדיון הסגור של משרד הפנים בחולנת"ע שבו אושרה התכנית- העותרים טוענים שיש בהשתתפותה כדי לפסול את ההחלטה כיוון שמתכנת המחוז הייתה חברה בוועדה המחוזית שהגישה את התכנית לארצית והמליצה על הפקדתה- מכאן שהייתה מצויה במצב של ניגוד עניינים, ושהגינות ההליך נפגמה בכך שניתנה לה הזדמנות ליטול חלק בדיון הסגור בעוד שלעותרים לא. הדיון היה בנוגע להוראת ס'105 לחוק התכנון והבניה הקובע שהמועצה הארצית תדון בהתנגדויות לתכנית מתאר מחוזית המסמיך את הארצית למנות ועדות קבועות מבין חבריה ולאצול להן מסמכיותיה ← לכן המתכנת כן הייתה רשאית ליטול חלק בהליך שמיעת ההתנגדויות ולהשמיע את עמדתה, והבעיה היא רק בחלק הסגור שהוא שלב ההכרעה, שבו מתקיימת התייעצות פנימית סגורה של מוסד התכנון שלא חייבים להזמין אליה את הצדדים שטיעוניהם נשמעו בשלב ההתנגדויות.

נקבע כי השתתפות המתכנת גורמת ל2 פגמים המבטלים את החלטת חולנת"ע:

• הימצאותה של מתכנת המחוז במצב של ניגוד עניינים מוסדי בעצם השתתפותה בדיון הפנימי-

הכלל בדבר איסור ניגוד עניינים קובע שאסור לעובד ציבור להימצא במצב כזה בין אינטרס הקשור בהפעלת סמכותו לבין אינטרס אחר שהוא קשור אליו.

המבחן לקיום ניגוד עניינים הוא מבחן אובייקטיבי- האם אדם סביר היודע את כל פרטי העניין היה מוצא שמילוי תפקיד ציבורי מסוים ע"י עובד ציבור נעשה ללא משוא פנים על אף תפקיד אחר שיש לאותו עובד או על אף עסקיו הפרטיים? או שמא עיסוקיו האחרים של העובד מצביעים על כך עפ"י ניסיון החיים שלא יוכל לפעול במסגרת תפקידו ללא דעה קדומה ומשוא פנים?

מצד אחד אין צורך בחשש תיאורטי, ומצד שני מספיק בפוטנציאל כדי לגרום לניגוד. בעת הפסיקה, לא נפלה עדיין הכרעה בסוגיה של רמת ההסתברות לניגוד עניינים המספיקה כדי למנוע מעובד ציבור לעסוק בנושא מסוים ← ולכן יש לזכור שגם כשמדובר בשאלת האפשרות למלא תפקיד בעל פוטנציאל, פסילה מוחלטת היא האמצעי הקיצוני ביותר שעדיף לא להשתמש בו.

ס47 לחוק התכנון והבניה אוסר מפורשות על הימצאות חבר במוסד תכנון בניגוד עניינים, אך סעיף זה לא חל ישירות כיוון שמתכנת המחוז אינה חברה בחולנת"ע. עם זאת נקבע שאין לפרש חקיקה בנושא זה כהסדר שלילי המונע את תחולת הכלל במקרים נוספים+הסעיף מראה שאחת מהסיטואציות מעוררת אפשרות ממשית לקיום ניגוד עניינים מוסדי כאשר נציג של גוף יוזם התכנית משתתף בדיון שנערך בקשר להתנגדות לאותה תכנית+נקבע כי אסור לחבר בוועדה הדנה בהתנגדות לתכנית מתאר מסוימת להשתתף בדיון הסגור של הוועדה לגבי אותה ההתנגדות ← לכן האיסור חל גם על עצם ההשתתפות בדיונים הפנימיים של ועדת התכנון גם ללא נטילת חלק בהצבעה.

+ למרות שעובד הציבור רק נוטל חלק בהליך קבלת ההחלטה, עדיין אין בכך כדי לשלול את תחולת האיסור מכיוון שהוא חל על מלוא היקף פעולות העובד (כולל ייעוץ לגוף שמוסמך לקבל את ההחלטה והשתתפות בדיונים הפנימיים).

מהנתונים עולה שמתכנת המחוז לא הייתה גורם נייטרלי ובלתי מעוניין בנוגע לאישור התכנית, ולמרות שפעלה בתו"ל ובהתאם לשיקו"ד המקצועי אין בכך כדי לשלול את האפשרות שהייתה מצויה במצב של ניגוד עניינים מוסדי כאשר השתתפה בדיון הפנימי.

+ היועמ"ש פרסם הנחיה האוסרת על מהנדסי ערים וועדות מקומיות ליטול חלק בשלב הדיון הפנימי, כדי למנוע ניגוד עניינים מוסדי ומתן זכות טיעון מוגברת לאחד הצדדים.

• קבלת ההחלטה תוך שמיעת עמדת מתכנת המחוז שתמכה באישור התכנית ובלא שמיעת המתנגדים-

במקרה זה אמנם אין צורך לקבוע כלל לגבי הנסיבות שבהן יידרש מוסד התכנון להשתמש בסמכות הניתנת לו בתקנה 20 לתקנות הדיון בהתנגדויות ולהזמין את כולם, אך מצופה שכאשר מוסד התכנון יזמין לדיון את אחד הצדדים שעמדתו נשמעה בהליך שמיעת ההתנגדויות בפני החוקר- יידרש להזמין לדיון גם את

הצד שכנגד, דבר שכאשר לא מתבצע עומד בניגוד לכללי הצדק הטבעי ולעקרונות העומדים בבסיס המשפט המנהלי. חובה זו היא חלק מחובת ההגנות המוטלת על הרשות המנהלית בכל פעולותיה- גם אם הוא תפקיד מעין שיפוטי וגם אם לא.
העתירה התקבלה.

פרסום

תחיקה

1. פקודת הפרשנות [נוסח חדש], סעיף 17

תחילת תוקפן של תקנות בנות פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות ויתחילו להיות תקפות ביום פרסומן אם אין הוראה אחרת בעניין.

פסיקה

2. ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957)-

עוסק בהליכי חקיקת המשנה, פרסום תקנות ומהי "תקנה בת פועל תחיקתי".

המשיבים הואשמו וזוכו בביהמ"ש השלום שמכרו רהיטים כסחורות טעונות מס מבלי להדביק עליהם בולי ערך ממוספרים (סימן הזיהוי שקבע מנהל המכס), מכיוון שנקבע כי קביעת המנהל מהווה "תקנה בת פועל תחיקתי" לפי ס'17 לפקודת הפרשנות, ומכיוון שלא פורסמה ברשומות השופט סבר שהקביעה לא נכנסה לתוקף=לא נעברה העבירה. ערעורו של היועמ"ש נדחה ע"י המחוזי ברוב.

השאלה המשפטית: האם קביעת המנהל מחייבת פרסום ברשומות בהיותה תקנה בת-פועל תחיקתי או שהיא פטורה מפרסום בהיותה תקנת מנהל?

נפסק (זוסמן):

• לתקנה בת פועל תחיקתי שני סימני היכר:

- על התקנה לקבוע נורמה משפטית וכך להביא לשינוי במשפט הנוהג במדינה
- על הנורמה להיות כללית/מופשטת (מופנית אל הציבור או את חלק ממנו שלא נקבע לפי שמות האנשים). תקנה שאין בה נורמה או שלא הופנתה אל הציבור בעילום שם אינה בעלת פועל תחיקתי הטעונה פרסום לפי ס'17 לפקודה.

• חובת פרסום תקנה בת פועל תחיקתי-

הצורך בפרסום התקנה נובע מהעקרון לפיו חזקה על אדם שהוא יודע את החוק (ולכן חוסר ידיעת החוק אינה בבחינה הגנה לנאשם ולא משחררת אותו מאחריות פלילית), וכדי שביהמ"ש יוכל להשתמש בעקרון כלפיו- לאדם צריכה להיות לפחות האפשרות לדעת את הלכות החוק המחייבות במדינה ולכן קיים הפרסום ברשומות. באין פרסום כזה היסוד המוסרי להפעלת העקרון לא מתקיים.

הערעור נדחה.

3. ע"פ 402/63 רון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 172 (1964)

השופט ויתקון: המערער נמצא אשם בעבירה על-פי סעיף 5(ב)(1) לחוק עזר לירושלים (העמדת רכב וחנייתו), תשכ"א-1960. אין הוא חולק על העובדה שהעמיד את מכוניתו במקום אשר בו הוצב תמרור האוסר חניה זו. אך טענתו הייתה בערכאות הראשונות וגם לפנינו, כי החלטת ראש העיריה בדבר הצבת התמרור, או לחלופין, עצם הצבה זו, העם גם בחינת תקנה בת-פעל תחיקתי הצריכה פרסום ברשומות (סעיף 17 לפקודת הפרשנות). טענה זו נדחתה על-ידי שופט התעבורה ועל-ידי בית המשפט המחוזי, ולדעתנו, בדיון נדחתה על ידם.

השאלה העיקרית היא, אם אמנם יש לראות בקביעת המקומות, שבהם מותר או אסור לחנות כלירכב – ואם מותר, מתי ובאיזה תנאים – תקנה בת-פעל תחיקתי, במשמעות הסעיף 17 לפקודת הפרשנות, הצריכה פרסום ברשומות. למעשה, השאלה אינה מצומצמת לתמרורים אלה, אלא היא מתעוררת לגבי כל התמרורים המוצבים כיום לאורך כבישי הארץ וברחובות כל עיר וכפר, ונקל לראות, לאיזו תוצאות נגיע, אם כל תמרור יצריך פרסום. זוהי מסקנה שאין הדעת סובלתה, ולעתים אין היא אפילו בת ביצוע. אך כפי שבצדק ציין בית המשפט המחוזי, אם זהו הדין, אין להירתע מכך, ויהא זה ענין למחוקק לתקן את החוק ולפטור את התמרורים מגזירת הסעיף 17, כפי שעשה במקרים אחרים. היה פס"ד בו הוחלט שלא היה צורך לפרסם ברשומות את ההחלטה להציב תמרורים. בפס"ד נוסף נאמר שקביעת מקומות חניה מוסדרים היא תקנה בת-פעל תחיקתי, אך הבחין שם ביהמ"ש בין התפקיד לקבוע מקום חניה מסויים כמקום "מוסדר" לבין תפקיד הסדרת החניה על-ידי השימוש בסדרן או במדחן. על התפקיד האחרון נאמר שהוא מינהלי גרידא. הלא הדין גם בתפקיד לקבוע את שיעור האגרה, שאדם המחנה את רכבו במקום המוסדר חייב לשלם באמצעות המדחן.

טענות היועמ"ש: 1. עצם ההחלטה להציב תמרורים אינה מצריכה פרסום. 2. אפילו יש לראות בה תקנה כזאת, די בפרסום הניתן לציבור ע"י התמרור עצמו המודיע על משמעותו. אתחיל בנימוק האחרון: הוא לא מתקבל, שום דבר לא עומד בהגדרה של פקודת הפרשנות ס' 17 חוץ מהפרסום ברשומות (מאותה סיבה כמו בפס"ד אלכסנדרוביץ',

עם הפנייה האינדיבידואלית).

האם נראה בתקנה כבעלת פעל תחיקתי? לא. נימוק ראשון כמו של אגרנט בפס"ד אחר בהתבסס על פסיקה זרה: אין מקפידים באופי התחיקתי של התקנה, וזאת מטעמי היעילות. דבריו אמורים כנגד הבעיה, אם מותר להעביר סמכות מעין זו לרשות מינהלית אחרת, ונאמר שבגלל האופי הארעי, הטכני והחולף של התקנה אין מנוס מהתרת הרצועה במידה מסויימת כדי שלא לעשות את רצון המחוקק פלסטר. אפשר לומר שדין זה חל, באותה מידה, גם על הענין המעסיק אותנו כאן, ענין הפרסום ברשומות. (לדעתי זה אומר שאופי תחיקתי יכול לפגוע בהתרת הרצועה במקרים חיוניים כי אין דינמיות אם אין התרת רצועה.)

נימוק מרכזי יותר-רק השימוש בשיקול־דעת זה – הברירה הכרוכה בהחלטה להציב תמרוך פלוני במקום אלמוני – הוא אשר ממלא את מצוות החוק תוכן קונקרטי ומוציאה מן הכוח אל הפועל. אך זה בעצם רק יצירה של נתון עובדתי. לא בהחלטה להציב תמרוך יש לראות תקנה בת־פעל תחיקתי, אלא בחוק הקובע נורמה משפטית לגבי מקום, בו הוצב התמרוך, ואילו ההחלטה להציב תמרוך מגבשת נתון עובדתי, שלגביו מופעל החוק. **הערעור נדחה.** זילברג: די בסעיף 132 של פקודת העיריות, הפוטר מחובת פרסום צו שניתן "על־פי הוראות פקודה זו." עצם זה שיש מעוד פקודה אפשרות להציב את התמרוך לא סותר והופך את ההחלטה. **הערעור נדחה.**

לוי: השאלה על פעל תחיקתי לא רלוונטית. המערער עבר על חוק עזר הקובע שלא יעמיד אדם ולא יחנה רכב במקום חניה, אלא אם הרכב שייך לסוגים שחנייתו שם הותרה על־ידי ראש העיריה. "מה שקריטי הוא שהעונש שונה- קנס על עבירת חוקי עזר הוא 500 לירות ועל פקודת התעבורה מאסר שנתיים/ 3000 לירות. טענה זאת, כך נראה לי, אינה נוגעת להרשעת המערער. התמרוך, הצבתו והוראת ראש העיריה להציבו אינם מיסודות העבירה בה הואשם המערער לפי סעיף 5(ב) (1) (לחוק העזר. זכרו של התמרוך לא בא, לא בגליון האישום ולא בהגדרת העבירה לפי סעיף 5(ב) להבדיל מסעיף 5(א) – לחוק־העזר. איסור החניה אינו נובע מן התמרוך, אלא מייחוד הרחוב כ"מקום חניה" לסוג מסויים של רכב לפי סעיף 2, והתמרוך לא הוצב במקום אלא ח לשם "ציון" מקום חניה לפי סעיף 9. התמרוך אינו קונסטטיטוטיבי אלא דקלרטיבי. אין פה יצירת נורמה, אלא נטו פרסום המקום באופן יעיל.

השאלה האמיתית היא אם החלטת ראש העיריה לפי סעיף 2, לייחד רחוב כ"מקום חניה", טעונה פרסום ברשומות לפי החוק. אמרתי "לפי החוק", ולא "לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות", כי הדין הקובע אינו א סעיף 17 לפקודת הפרשנות, אלא סעיף 132 לפקודת העיריות, 1934. סעיף זה קובע, וזה לשונו: "למרות כל האמור בפקודת הפירושים 1929, לא יהיה צורך לפרסם ברשומות כל צו שניתן על־פי הוראות פקודה זו, אלא אם כן נדרש פרסום כזה על ידי הוראות פקודה זו." אם סעיף זה חל (ואכן הוא חל, כפי שאראה להלן) על ההחלטה הנדונה, לא היה צויד לפרסם אותה ברשומות, ואין נפקא מינה אם היא בגדר "תקנת בת־פעל תחיקתי" אם לאו. חוק כללי חדש אינו דוחה חוק מיוחד קיים. במקרה דומה הוחלט שלמרות שאינה חובה לפרסם ברשומות חובה לידע את הציבור בדרך אחרת. פקודת הפירושים, 1929, המאוזכרת בסעיף 132 לפקודת העיריות, 1934, בוטלה על־ידי פקודת הפירושים, 1945, שבמקומה באה פקודת הפרשנות (נוסח חדש). סעיף 14(א) לפקודת הפרשנות (סעיף 17(1) לפקודת הפירושים, 1945 קובע לאמור: "חיקוק שביטל הוראה של דין וחזר וחוקק אותה הוראה, בשינויים או בלי שינויים, כל מקום בחיקוק אחר המאזכר את ההוראה שבוטלה יתפרש כמאזכר את ההוראה שחזרו וחוקקה כאמור והוא כשאין הוראה אחרת משתמעת." לאור הוראה זאת יש לקרוא את הסעיף 132, כאילו במקום המלים "למרות כל האמור בפקודת הפירושים, 1929" נאמר בו "למרות כל האמור בפקודת הפרשנות" והוא "כשאין הוראה אחרת משתמעת" מפקודת הפרשנות (או מפקודת הפירושים, 1945). סעיף 7(ד), שעמד בתוקפו בעת חקיקת פקודת העיריות, 1934, קבע כי – "כאשר פקודה מקנה לרשות כלשהי כוח להתקין תקנות או צווים, יהיה להוראות דלקמן תוקף בקשר להתקנת תקנות או צווים אלה ותוקפם: "כל התקנות והצווים, מלבד אם נקבע אחרת, יפורסמו ברשומות ויהיה להם תוקף חוקי בעת הפרסום כאמור או מתאריך הנקוב בו."

צו שניתן על פי הוראות פקודת העיריות ס' 132, יקבל תוקף חוקי ללא פרסום ברשומות. יש לשים לב לכך כי, בעוד שסעיף 7(ד) מדבר ב"תקנות וצווים", סעיף 132 מוגבל ל"צו". סעיף 3 לפקודת הפירושים, 1929, הגדיר "תקנות" לאמור: תקנות – כולל כללים וחוקי עזר. אין בפקודה הנ"ל הגדרה של "צווים". בתקופה בה עמדה בתוקפה פקודת הפירושים, 1929, היו "תקנות וצווים" צורות שונות או שמות שונים של תחיקת־משנה, שהמחוקק לא הקפיד – ולאור הסעיף (ד) לא היה צורך להקפיד – על ההבדל ביניהם. על־כ־לפנים חלוקת "התקנות והצווים" לתקנות "בנות־פעל תחיקתי" ולצווים "בני־פעל מינהלי" היא זרה לשיטת פקודת הפירושים, 1929, וכן לפקודת העיריות, 1934 – המבוססת על שיטה זאת. סעיף 20 לפקודת הפירושים, 1945 – הוא סעיף 17 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) – שבא במקום סעיף (ד) לפקודת הפירושים, 1929, הנהיג שיטה חדשה בנוגע לפרסום תחיקת משנה. מעתה רק "תקנות בנות־פעל תחיקתי" טעונות פרסום ברשומות, ומצד שני יכלול מונח זה כל "תקנה, כלל, חוק־עזר, מנשר, אמרה, צו, הוראה, הודעה" וכו' (סעיף 2 לפקודת הפירושים, 1945, סעיף 1 לפקודת הפרשנות), ובלבד שיש להם "פעל תחיקתי". המבחן ל"תקנות בנות־פעל תחיקתי" שיש לפרסמן ברשומות הוא מהותי או "פונקציונלי". יש להוסיף כי לפי סעיף 1 לפקודת הפרשנות, מקום שהמלה 'תקנה' באה בחיקוק שניתן לפני תחילת תוקפה של פקודה זו, תהא משמעותה כמשמעות שהיתר, נודעת לה אילמלא פקודה זו". פקודת הפרשנות אינה מכילה הגדרה של המלה "צו". המשמעות לסעיף 132 לפקודת העיריות: "למרות כל האמור בפקודת הפרשנות, לא יהא צורך לפרסם

ברשומות כל צו שניתן על-פי הוראות פקודה זו, אלא אם כן נדרש פרסום כזה על-ידי הוראות פקודה זו. טענות המערער: ראשית, הצו ניתן על-פי חוק-עזר ולא על-פי "הוראות הפקודה" גופה. שנית, אף חוק עזר לא הותקן "על-פי הוראות הפקודה", מכיון שהותקן על-ידי מועצת העיריה בתוקף סמכותה "לפי סעיף 99 לפקודת העיריות וסעיף 25 לפקודת התעבורה" גם יחד.

טענה 1- היה מקרה בו נקבע כי המונח פקודה אינו כולל תקנות שהותקנו על-פי הפקודה. במקרה הנדון פה אין בהקשר הדברים שבסעיף 132 כדי לצמצם את המלים "צו שניתן על-פי הוראות פקודה זו" לצו שניתן במישרין על-פי הוראות הפקודה. לפי סעיף 1 לפקודת הפרשנות, "חוק" כולל פקודה, ו"תקנה" כוללת חוק-עזר. נמצא כי "הותקן חוק-עזר לפי סמכות שניתנה בפקודה – כל מעשה שנעשה על-פי חוק-העזר יראוהו כאילו נעשה על-פי הפקודה". "מעשה" במובן זה כולל "צו"..כנגד טענתו השניה של המערער נטען מנגד כי איזכור הסעיף 25 לפקודת התעבורה כמקור חוק-העזר היה מיותר, למעשה, מאחר שמועצת העיריה יכלה להתקין את חוק-העזר על יסוד הסעיפים 99 ו-1(96) (ג) לפקודת העיריות בלבד. אני דוחה את שתי הטענות – זו של סגן פרקליט המדינה וזו של המערער – כאחד.

חוק העזר הנדון מבוסס על הוראה ספציפית זאת בנוגע ל"הסדר כלי רכב העומדים בתוך תחומי העירית", ולא על הוראת סעיף 1(96) (ג) הנ"ל בנוגע ל"מניעה והפסקה של מכשולים והסגת גבול בכל רחוב", ומסופקני מאד אם הוראה אחרונה זאת וזיתה מספיקה א כדי לאפשר למועצת העיריה להתקין את חוק העזר כפי שהותקן. מכל מקום המועצה פעלה על-פי סעיף 25 לפקודת התעבורה ולא על-פי סעיף 1(96) (ג) לפקודת העיריות, דבר הניכר גם בהסכמת שר התחבורה, שנוספה על אישור שר הפנים. אחת התוצאות היא כי לפי סעיף 77 (ב) לפקודת התעבורה (נוסח חדש) (סעיף 25)2 (לנוסח הקודם) חוק העזר הוא "כפוף לכל תקנה שהתקין שר התחבורה על-פי הסעיפים 70–72" (סעיף 23 לנוסח הקודם) לפקודת התעבורה, הווה אומר, לכל תקנות התעבורה. תוצאה חשובה אחרת היא כי כל עבירה על חוק העזר מהווה "עבירת תעבורה" לפי סעיף 1 לפקודת התעבורה (נוסח חדש), המגדיר "עבירת תעבורה" – "עבירה על פקודה זו ועל התקנות, לרבות חוקי העזר שהותקנו לפיה". אלמלא כן, לא היה שופט התעבורה מוסמך, לפי סעיף 25 (א)1 (לפקודת התעבורה (נוסח חדש)), לדון בעבירה על חוק העזר והיה עלינו לבטל את הרשעת המערער. כשם שאין לבטל את הסעיף 25 לפקודת התעבורה, כן אין לבטל את הסעיף 99 לפקודת העיריות כיסוד חוקי לחוק-העזר אף אחד משני היסודות האלה אינו מיותר. סעיף 99(1) קובע כי – "מועצת עיריה רשאית להתקין חוקי עזר כדי לאפשר לה או לסייע לה להוציא לפועל כל דבר מן הדברים שהיא נדרשת או מיופת-כוח לעשותם על פי פקודה זו או על-פי כל פקודה אחרת או חוק אחר". הסעיף 99 הוא יסוד חוקי להתקנת כל חוק עזר עירוני, בין אם התקנתו באה לשם מילוי תפקידי המועצה לפי סעיף 96 או מתוך שימוש בסמכויותיה לפי סעיף 96 לפקודה, או לשם מילוי תפקידיה או מתוך שימוש. בסמכויותיה "על-פי כל פקודה אחרת או חוק אחר". סעיף 25(סעיף 77) לפקודת התעבורה, הקובע כי מועצת עיריה "רשאית להתקין חוקי-עזר" בנוגע לענינים המפורטים באותו סעיף, "מייפה את כוחה" של המועצה להתקין חוקי עזר בענינים אלה לפי סעיף 99 לפקודת העיריות. על כל חוק עזר עירוני, יהא מקורו הענייני בסעיף 96 או בסעיף 25 (עתה סעיף 77) לפקודת התעבורה או בכל חוק אחר, חלות כל הוראות הסעיף 99. העולה מכל האמור הוא כי חוק העזר הנדון – כמו כל חוק עזר עירוני – הותקן על-ידי מועצת העירית "על-פי הוראות פקודה זו" במובן סעיף 132 לפקודת העיריות ←. **הערער נדחה.**

ספרות

4. יצחק זמיר, "חובת הפירסום של תקנות", הפרקליט כא 5 (1965)

תחילת תוקף

תחיקה

1. פקודת הפרשנות [נוסח חדש], סעיף 17- סוכם לעיל.

פסיקה

2. בג"ץ 1398/07 לביא-גולדשטיין נ' משרד החינוך – הגף להערכת תארים אקדמיים מחו"ל-

3. בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל סעיפים 28-31 לפסק-הדין של השופטת ענת ברון-

העתירות עוסקות בשאלת הסדרתו של מתקן פרטי לייצור חשמל "חוות השקמים" בטכנולוגית לוחות סולאריים, שנקבע לפי מועצת מקרקעי ישראל בבימ"ש קמא שהוקם שלא כדין. היועמ"ש טען שהחלטתה המאוחרת של המועצה אינה חוקית ומכך שר האוצר החליט שלא לאשר אותה.

השופטת קובעת שעצם העובדה שלא הונחה תשתית עובדתית ראויה מעורר קשיים, והרחבת התחולה בזמן של המועד שממנו קמה הזכאות להקים את המתקן גורמת להחלטה פרסונלית- ולכן לא ניתן להחיל אותה רטרואקטיבית מבלי לפגוע בערכי השוויון וההוגנות שאליהם המועצה מחויבת מתוקף היותה נאמנת הציבור. ככלל,

תחולתן של החלטות מנהליות אינה רטרואקטיבית לעולם - מתוקף עקרון שלטון החוק, וודאות משפטית, הסתמכות על מצב משפטי קיים והכוונת התנהגות.

← ע"מ לסתור את החזקה הפרשנית נגד רטרואקטיביות מנהלית, הרשות נזקקת להסמכה בחוק ולשיקו"ד ראוי- וכאן לא ניתן לקבוע מכיוון ששיקוה"ד של המועצה היה לקוי לדעת השופטת.

היא קובעת כי החווה/המדינה לא הצליחו להצדיק קביעתה של תחולה רטר' ומכיוון שהחלטות המועצה מיועדות להתוויית מדיניות כללית- יש בכך פגם.

בישיבה הראשונה לא נדון מועד כניסת ההחלטה לתוקף+בישיבה השנייה הועלתה הבעייתיות הטמונה בהוראה זו+יועמ"ש רמ"י התריע כי לא היו החלטות קודמות היסטורית מעין אלה, ולכן אין להצדיק את טענת החווה הנוספת לפיה הרטר' מוסיפה זכויות בלבד ולא גורעת מהן. ביהמ"ש נוטה שלא לפסול החלטות רטר' המיטיבות, אך במקרה זה היא מבחינה באופן בלתי מוצדק, כיוון שההשלכות הציבוריות של התחולה למפרע הן שליליות. דבר זה מתבטא בהעדפת יזמים שפעלו בניגוד להחלטות המועצה הקודמות (והחווה היא החוכרת היחידה כזו למעשה, המצמיד לה יתרון בלתי הוגן על חשבון אחרים).

החלטה מנהלית המשנה מדיניות קודמת מצריכה את הרשות לקבוע הוראות מעבר שיגנו על מי שהסתמכו על המדיניות הקודמת בתו"ל ושינו את מצבם בהתאם לה- ← כך ששינוי מידי יפגע בהם (לפי העיקרון של איש אין זכות קנייה כי מדיניות מסוימת תיוותר על כנה)+איזכור של לביא גולדשטיין.

מכיוון שבמקרה זה ההחלטה מגנה על האינטרסים של הפועלים בניגוד לדין, הדבר מהווה פגיעה בעקרון שלטון החוק.

ביחס לטענת החווה שהסתמכה על מצגים מאת הרשויות שטענו שאין מניעה חוקית לקידום המתקן- לדעתה הטענה שגויה, מכיוון ששלוש הרשויות: רמ"י, הוועדה המקומית ורשות החשמל לא ניהלו מגעים שהביאו לתוצאה חיובית והסכם מצידם להקמת החווה.

נקבע שהשימוש בקרקע שביקשה לעשות חוות השקמים היה בלתי חוקי- ← דבר המבסס את הפגם בסעיף הרטרואקטיביות שבהחלטה, וככל שהחווה/אף הרשויות שגו באשר למצב החוקי- הדבר אינו מצדיק את העתירה.

שיקול-דעת מינהלי

1. כללי
2. שיקולים ומטרות ענייניים

פסיקה

1. דנג"ץ 3279/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995), פסק-הדין של השופטת דליה דורנר-
הדין נסב על החלטתו של שר הביטחון לאמץ את המלצות הוועדה הציבורית להנצחת החייל לדחות את בקשת העותרים להוסיף את כיתוב שמות האחים של המנוח בנוסף לשמותיהם על המצבה שהוקמה על קבר בנם המנוח. לדעת דורנר, דרישת האחידות במראה הקברים נובעת כתוצאה מתפיסה קולקטיביסטית שרווחה בחברה הישראלית בראשית שנותיה והביאה לתפיסת הפרט כנושא אידיאליים קולקטיביים וככפוף להם, אך עם הזמן התגבר הצורך בביטוי אישי של המשפחה השכולה.
לפיה, תכליתו של חוק בתי קברות צבאיים היא כפולה:

 - החוק מבטיח את שמירת אחדות המראה של המצבות ומגשים את הרעיון לפיו בית קברות צבאי הוא אתר הנצחה לאומי המבטא את שוויון הכבוד שהעם רוחש לנופלים.
 - מתן אתר מוחשי של אפר ואבן למשפחה השכולה כדי לענות על צרכיה להתאבל על יקירה והגשמת ערך כבוד האדם בכך.

תכלית כפולה זו מתבטאת גם בס'12 לחוק בדבר מינויה של מועצה ציבורית מייעצת לשר הביטחון המופקד על ביצוע החוק ומעוגנת גם בחו"י: כבו"ה, כאשר יש לפרש את חוק בתי קברות צבאיים לפי חו"י: כבו"ה.

הכללים הקולקטיביסטיים לא מתירים מתן ביטוי לפרטים אישיים המייחדים את הנפול, ולדעת דורנר יש מקום לתת ייחודיות- מובאת דוג' לפיה בחלקות הקבורה המאוחרות יותר נתנו משפחות שכולות ביטוי לאובדן ע"י הצבת חפצים על קברים וכיתובים על מצבות יקיריהן.

העותרים לא מבקשים לפרוץ את כללי האחידות על דעתם אלא מבקשים נוסח שיאושר ההולם את יגונם ולכן השר לא נתן משקל לצורכי האבל של המשפחה- לא מדובר על אי ידיעה אודות קיום צרכי המשפחה כיוון ששר הביטחון היה מודע להם אלא בהתעלמות מהם.

במצב כזה על רשות מנהלית לבחור בהחלטה המגשימה את כל השיקולים שלעניין (במידה והחליטה על בסיס שיקול שאינו ענייני, ההחלטה תיפסל על יסוד העילה אי התחשבות בשיקולים רלוונטיים) ← לכן פסילת החלטת שר הביטחון נובעת מאי התחשבותו בשיקול שלעניין וההתעלמות ממנו הפכה את ההחלטה ללא סבירה. רשות מנהלית תיחשב כמפרה את חובת הסבירות כאשר היא מתחשבת בשיקולים ענייניים אך עדיין מעניקה משקל יחסי בלתי סביר לשיקול כזה או אחר.

לדעת השופטת ההבחנה בין החובה להתחשב בכל השיקולים הרלוונטיים לבין חובת הסבירות היא חשובה ← והחלטה של רשות מנהלית תיפסל עקב חוסר סבירות רק אם סטתה ממתחם ההחלטות הסבירות באופן מהותי/קיצוני כיוון שבד"כ, החלטתה של רשות מנהלית נחשבת לא כשרה רק אם היא לוקה בחוסר סבירות ברור ומובהק ולעומת זאת, החלטה שהתקבלה בלי להתחשב בשיקול שלעניין היא פגומה וכדי לפסול אותה לא צריך שתהיה בלתי סבירה באופן קיצוני או בכלל. החלטה מנהלית נלקחת בחשבון רק אם התקבלה לאחר שהרשות שקלה את כל השיקולים הענייניים בלבד; במקרה כזה, אם ההחלטה תיפסל זה יהיה רק כשאי אפשר להעלות על הדעת שרשות סבירה כלשהי הייתה עשויה לקבל את אותה ההחלטה.

ישנה הסכמה שהשמירה על כבוד האדם היא שיקול רלוונטי ששר הבטחון היה חייב לשקול חוץ מעקרונות האחידות ← משמעות כבוד האדם היא כבוד המת בראשונה, והאחידות המוחלטת לא הולמת את רצון המשפחה וכבוד המת- ובשיקול זה לא התחשב שר הבטחון+בין עקרונות האחידות לבין רצון המשפחות לביטוי אישי אין ניגוד קוטבי= אפשר לגשר בין השניים ע"י תבנית אחידה ומבוקרת, והתחשבות בכבוד האדם אינה מחייבת את ביטול האחידות אלא מספיק לשנות את כללי האחידות. ← לכן החלטתו של שר הבטחון לא נתנה שיקול ענייני לשמירה על כבוד האדם ובלתי סבירה ולא יכולה לעמוד.

העתירה התקבלה- זהו מתפקידו של שר הבטחון ולא של ביהמ"ש לשקלל את השיקולים ולקבוע לפי שיקוה"ד, ולכן בגלל שהחלטה פסולה זו התקבלה עקב התעלמות משיקול רלוונטי- נקבע להחזיר את העניין לשר הבטחון כדי שיקבל החלטה כדיון תוך איזון בין הבטחת האחידות לבין צרכי האבל האינדיבידואליים.

2. בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990)-

העובדות- המועצה הדתית ירושלים אחראית למתן תעודות כשרות מכוח חוק איסור הונאה בכשרות. המשיבה מתנה מתן תעודת כשרות באיסור מטעם בית אוכל המבקש תעודת כשרות על מופעים "בלתי צנועים" באולם שבו מוגשים דברי מאכל ושתייה. העותרת היא רקדנית בטן המופיעה באולמי שמחות ובתי מלון בירושלים, ולאחר שהתמטטו ההזמנות שהופנו אליה הובהר לה שבעלי בתי המלון והאולמות נמנעים מלהזמין מתוך החשש שתעודת הכשרות תישלל מהם ע"י המועצה.

השאלה המשפטית- מהם השיקולים הרלוונטיים הראויים להישקל ע"י המשיבים לצורך הפעלת דיני הכשרות ומתן תעודות כשרות?
נפסק- (השופט אור):

• בסמכות המועצה לתת תעודות כשרות-

- מתן התעודות נקבע בחוק חילוני שממנו שואבים הרבנים (המשיבים) את סמכותם לתת אותן ← לכן מעמדם של הרבנים הוא כמעמדה של כל רשות מנהלית החייבת לפעול במסגרת סמכותה ולהפעיל את שיקול דעתה בהסתמך על שיקולים ענייניים בהתאם לכללים המחייבים כל רשות מנהלית.
- אם ימצא שפעולות המשיבים חרגו מהסמכות שהוקנתה להם בחוק או ששקלו והתחשבו בשיקולים זרים שעפ"י החוק לא היה מקום שישקלם או שינחו אותם, רשאי בג"צ להתערב ולבטל כל החלטה פסולה שלה.

- פרשנות ס' 11 לחוק- מהם "דיני כשרות"? - ס' 11 לחוק קובע שבשיקוליו במתן תעודת כשרות על הרב להתחשב בדיני הכשרות- לצורך פירוש המונח יש לברר את תכלית החוק; בנסיבות אלה שם החוק, פירוש סעיפיו וההיסטוריה החקיקתית מראים שמטרתו היא למנוע הונאה בכשרות מזון מבחינת טיבו, דרך הכנתו והגשתו- אך לא נועד לשרת מטרות של השלטת דיני הלכה בעניינים שאינם חלק מדיני כשרות המזון ← הכנסת שיקולים שאינם שיקולי כשרות המזון זרים לסמכות שהוקנתה עפ"י חוק למתן תעודות כשרות.
- יישון בנסיבות מקרה זה- פרנסתה של העותרת נפגעה קשות כתוצאה ממדיניות המשיבים ותנאיהם להוציא תעודות כשרות. מדיניות זו פסולה- המשיבים אינם רשאים לחת בחשבון היבטים זרים לחלוטין לכשרות המזון כמו השתייכותם של מפעילי בית האוכל לזרם כלשהו ביהדות או עריכת טקסים בו שהם למורת רוחם של המשיבים.

נקבע- העתירה התקבלה. גישת המועצה לפיה קיום דיני הכשרות הקשורים במזון בלבד אינם תנאי מספיק למתן תעודת כשרות אינה עולה בקנה אחד עם החוק המסמיך ולכן היא פסולה.

סבירות ומידתיות

פסיקה

1. בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996) -

העתירה נסובה סביב החלטתו של שר החינוך לשלול מתלמידי כיתות י"ב בתיכון ברמלה את האפשרות לבחור שלא להיבחן בבחינות בגרות ב-3 מקצועות הנקבעים מדי שנה בבחירה אקראית ממוחשבת- תכנית המכונה "ללא חובת בחינה" וקיימת כדי להקל את העומס על התלמידים. לקראת יישום התכנית השר הסיק כי מקרב בתי הספר שבתכנית- 15 מידת הפגיעה בטוהר הבחינות נפגעה עד לשלילת האפשרות להשתתף בתכנית. לכן נשלחה העתירה- בביה"ס לומדים ילדי העותרים שנודע להם שבשל תופעת ההעתקות ב-3 השנים שקדמו לתכנית, ביה"ס לא יהנה מהקלות אלה.

השאלה המשפטית: האם החלטת שר החינוך הוא סבירה או שמא לוקה בהפליה פסולה?

נפסק:

- השופט קדמי- הטעמים העומדים בבסיס החלטת שר החינוך אינם סבירים:
 - הטעם העומד בבסיס ההחלטה לוקה באי סבירות מ-3 סיבות:
 - פוקד את עוון ההעתקה בבחינות הבגרות ע"י אחרים על תלמידי השנה הנוכחית
 - משחיר את פניהם של מורי ביה"ס ומצגים כעושי מלאכת רמיה
 - מטביע אות קלון על המוסד ככזה שאמינותו מפוקפקת
 - יש בליקויים אלה כדי להורות על ביטול ההחלטה כבלתי סבירה.
 - התרחשותם של מקרים רבים של פגיעה בטוהר בחינות הבגרות מראה על רפיון הפיקוח עליהן והדרך להתמודד עם התופעה היא הגברת יעילות הפיקוח והענשה הולמת של הנוגעים בדבר ולא בפגיעה בתלמידי המחזור הבא, במוסד החינוכי ובלומדיו
- השופט ברק-
 - עילת המידתיות ותוקפה במשפט הישראלי-
 - משקיפים על המחלוקת מזווית הראיה של עילה נוספת ועצמאית לתקפותו ולתקיפתו של שיקו"ד מנהלי (עילת המידתיות), שע"פיו שיקו"ד מנהלי הוא כדין רק אם הוא בוחר באמצעי המקיים את דרישות המידתיות להגשמת המדיניות, ובמידה ואינו בוחר באמצעי במידה הראויה הוא שיקו"ד פסול.
 - המידתיות נהוגה במשפט הישראלי מאז ומתמיד מכוח התחיקה והפסיקה מכיוון שניתן לכך מעמד חוקתי בפסקת ההגבלה שבחו"י: כבו"ה ס' 8 ובחו"י: חופש העיסוק ס' 11.
 - פסקת ההגבלה בחוקי היסוד החלה על כל רשויות השלטון קובעת שאין לפגוע בזכות אדם חוקתית אלא בחוק ההולם את ערכי המדינה, לתכלית ראויה ושאינו במידה עולה על הנדרש (משקף את עקרון המידתיות המופיע במשפט המנהלי ובחוקתי). מכוח הסמכה.
 - מהותה ודרך הפעלתה של עילת המידתיות-
 - מתרכזת ביחס שבין התכלית לבין האמצעים להגשמתה ובוחנת האם האמצעים שנקט השלטון לשם הגשמת התכלית הראויה הם ביחס ראוי למטרה שרוצים להגשים ← עקרון המידתיות נועד להגן על הפרט מהשלטון ולמנוע פגיעה בחירות היחיד.
 - עקרון המידתיות מורכב מ-3 יסודות/מבחני משנה:
 - נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי (שהמנהל נוקט, ועליו להביא באופן רציונלי להגשמת המטרה)
 - האמצעי שהמנהל בוחר צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר
 - מבחן המידתיות במובן הצר- האמצעי שהמנהל בוחר אינו ראוי אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת התכלית.
 - השתלבות שלוש היסודות החופפים לעתים מגבשת אמת מידה מהותית להפעלת שיקו"ד מנהלי ובעלי אופי עקרוני שהפעלתם במקרה הקונקרטי עשויה להשתנות ע"פי מאפייניה של התכלית ומהותה של הפגיעה בפרט
 - בהפעלת עקרון המידתיות ובבחינת המצעי שפגיעתו פחותה בעיקר יש להכיר במרחב התמרון של הרשות השלטונית ולהכיר בקיום מתחם התחשבות של הרשות=כמו מתחם הסבירות של הרשות המבצעת
 - עילת המידתיות היא שלב נוסף ועצמאי בפיתוח תורת שיקו"ד המנהלי ובעידונה של הלכת הסבירות, כיוון שהיא תהליך הערכתי הקשור באופן הדוק לתורת האיזון בין הערכים המתנגשים ובוחנת אם האמצעי שננקט להגשמת האיזון מתאים.

○ יישום עקרון המידתיות במקרה:

- **החלטת המשיב פסולה כיוון שהאמצעי שננקט הוא מעבר למידה הדרושה.** תכליתו של המשיב אמנם ראויה (הבטחת טוהר הבחינות והבטחת אמינות תעודת הבגרות) אך האמצעי שננקט לשם הגשמת המטרה הוא מעבר למידה הראויה
 - אין קשר רציונלי בין פגיעה בטוהר המידות בעבר ע"י תלמידים שנבחנו בעבר בבחינות בגרות לבין שמירה על טוהר הבחינות שבהן ישתתפו העותרים וחבריהם ובין פגיעה בטוהר המידות בבחינות החיצוניות לבין בבחינות הפנימיות.
 - שני היסודות של מבחן המידתיות מתקיימים ך לא היסוד השלישי: אין מידה ראויה בין התועלת מהפעלת האמצעי לנזק שהיא גורמת, הנזק הוא משולש לכל התלמידים וכל המורים ולשמו הטוב של ביה"ס.
- ההחלטה: החלטת שר החינוך נגועה בחוסר סבירות קיצוני ולכן מתבטלת.

2. בג"ץ 5004/14 ג'קלין נ' משרד החינוך (7.8.2019). סעיפים 1-42 לפסק-דינו של השופט עמית, ופסק-דינו של השופט אלכס שטיין

שווינויות ואיסור הפליה

פסיקה

1. בג"ץ 696/89 ר.מ.י. – מרכז רפואי ירושלים בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד מד(3) 113 (1990)-
 עוסק בכלל העקביות. העותר רצה להקים בית חולים חדש בירושלים ובשבילו צריך לבקש רישיון משר הבריאות והשר לא נתן רישיון. ביהמ"ש ניתח את שלושת ההיבטים ודחה את העתירה ואז מה שקרה שלפני פרסום פס"ד בית חולים אחר בשם חורב כן קיבל רישיון, ונודע לרמ"י והיא רצה לבית משפט והוסיפה את הטענה שזה אפליה. הטענה הזאת שינתה את התוצאה כי בחינת 3 המבחנים הביאו לתוצאה שהעתירה נדחת ורק בכלל האפליה (לא היה שום שינוי מהותי בין בתי החולים) אישרו לרמ"י להקים את בית החולים. כיוון שחורב לא היה צד לעניין לא ניתן להחליט שמבטלים רישיון לחורב, זה לא סעד שהוא זמין לביהמ"ש אלא ביהמ"ש התבקש לתת סעד של רישיון ולכן זה מה שהוחלט. בפס"ד הזה אנו רואים שהפגם בהחלטה בעניין רמ"י לא היה שהחלטה מבוססת על שיקולים זרים, לא היה פגם של סבירות, אלא שהיא לא עקבית להחלטות אחרות.
2. עע"מ 434/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.9.2010), סעיפים 40-42 לפסק-הדין של השופט עמית וסעיף (1) בפסק-הדין של השופטת אסתר חיות
 התקבלה בחלקה עתירת עמותה המפעילה מרכז קהילתי לקהילה הגאה, שבקשותיה לתמיכה כספית מעיריית ירושלים מסורבות בקביעות, משהיה מ"ש קבע כי למרות סבירותם של התבחינים שלפיהם מחולקים כספי התמיכה, תוצאת יישומם מצביעה על פגיעה בשוויון.
השופט עמית:
 ככל שהאינטרס או הזכות הנפגעים הם חשובים יותר כך תגבר נטיית בית המשפט להתערב בהחלטה מנהלית. על מנת לקבוע שוני רלוונטי לצרכי קביעה אם מדובר בהבחנה מותרת או שמא מדובר בהפליה אסורה, עלינו לבחון את תכליתה של הנורמה המבחינה, מהות העניין והנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. מקרה טיפוסי של הבחנה לא-רלוונטית הוא קבלת החלטה המבוססת על הבחנה קבוצתית פסולה. אך גם כשעוברים את משוכת הרלוונטיות וקובעים כי הבחנה מסוימת היא רלוונטית, עשויה להתגלע מחלוקת אם המשקל שניתן לה הוא סביר. השוויון המהותי משקף ערכים של צדק והגינות, והבדיקה אם ההבחנה שמבצעת רשות שלטונית מקיימת את השוויון המהותי, נערכת בשני שלבים: בשלב הראשון מתוחמת קבוצת השוויון, ובשלב השני בוחנים אם הרשות נוהגת באופן שוויוני בתוך קבוצת השוויון.
3. בג"ץ 7189/06 ג' אירועים תל מנידו בע"מ נ' שר האוצר (19.1.2009)-
 יש סכום מסוים שהמדינה יכולה להקצות מהתקציב כדי לפצות ישובים שהפרנסה שלהם נפגעה בתקופה של מלחמה, החליטו שבעלי עיסוק מסוים יפוצו ובעלי עיסוק אחר לא יפוצו למרות שגם הם נפגעו. לפי העקביות אם הם נפגעו פחות צריך לתת להם פחות כי יש עקביות, אך החליטו שבגלל מגבלות התקציב קבוצה מסוימת תקבל וקבוצה אחרת לא. יתר על כן, השופטת ארבל אמרה שיש צורך בחיתוכים שהם הרבה פעמים שרירותיים וכל עוד החיתוך הוא שרירותי ולא מבוסס על הפרת שוויון חוקתי (דת גזע ומין), מאשרים את החיתוך בליט ברירה כי אין כסף לכולם.

הנחיות מנהליות

תחיקה

1. חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998, סעיף 6:

הוראות מנהליות וחוקי עזר- רשות ציבורית תאפשר לציבור לעיין בהנחיות המנהליות הכתובות שיש להן נגיעה או חשיבות לו, שע"פיהן היא פועלת. על רשות מקומית לפרסם לציבור את חוקי העזר שלה.

פסיקה

2. בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.נ. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נח(5) 79 (2004)-

העותרות טוענות בעתירתן כי הן מופלות לרעה בשל מינן בהקצאת תקציבים ותמיכות לגופי ספורט ברמת השרון. לטענתן, חלוקת התקציבים לקבוצות הספורט השונות צריכה להיעשות על-פי קריטריונים פרטניים, ברורים ושוויוניים. לאחר הגשת העתירה הודיעו המשיבים לבית-המשפט כי גיבשו קריטריונים לחלוקת התמיכות, אך העותרות טוענות כי הקריטריונים הם עמומים, וכי התוצאה של יישומם בפועל היא הנצחת המצב הקיים של הפליית הספורט הנשי לרעה.

העליון פסק:

החובה לפעול בחלוקת תמיכות תקציב על פי קריטריונים שוויוניים חל גם על הרשויות המקומיות. אם הרשות הציבורית האצילה את סמכותה בנוגע לחלוקת כספי ציבור לגוף שאינו ציבורי- אז החובה ליצור קריטריונים שוויוניים תחול גם עליו. במקרה הנדון, המועצה המקומית רמת השרון אימצה קריטריונים שגובשו על ידי אגודת הספורט רמת השרון. הקריטריונים עמומים ויישומם מורה על הפליה בולטת לרעת הנשים בספורט ברמת השרון. לפיכך, נקבע כי יש לפסול את הקריטריונים שלפיהם פעלה המועצה ולחייב את המשיבים לפעול לפי הקריטריונים שגיבש משרד המדע, התרבות והספורט.

3. בג"ץ 1440/01 ועד ההורים בביה"ס בארי נ' עיריית חיפה (11.7.2001)-

בית ספר בארי למדו בשנת תשס"א 181 תלמידים ב7 כיתות (25 ילדים בכיתה). במרץ 2000, משרד החינוך שיגר חוזר שכותרתו "ייעול מערכת החינוך ע"י איחוד כיתות חסרות ובצי ספר קטנים". כיתה חסרה= כיתה בעלת פחות מ20 תלמידים. בסופו של תהליך הבדיקה, החליט משרד החינוך ב2001 לסגור את בית ספר "בארי" ולשלב את תלמידיו בבתי ספר אחרים באותו איזור. בעקבות אותה החלטה, וועד ההורים עתר ומנו את הפגמים שנפלו לפי השקפתם. העליון פסק כי הנימוקים של העותרים לא מצדיקים מתן סעד ועל כן העתירה נדחת. ההחלטה לסגור את בית הספר התקבלה לאחר בדיקה מעמיקה ושמיעה של טענות ההורים. לפיכך, לא נפל פגם בהליך קבלת ההחלטה. בנוסף, ההחלטה התבססה על שיקולים ענייניים. על כן, ההחלטה סבירה.

תיקון החלטות וביטולן

תחיקה

1. חוק הפרשנות, תשמ"א-1981, סעיף 15

סמכות התקנה- להתקין תקנות או לתת הוראת מנהל מהווה הסמכה לתקן אותן, לשנותן, להתלותן או לבטלן באותה צורה שהותקנו התקנות או שההוראה ניתנה.

פסיקה

1. בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה, תש"ט-1949, פ"ד לו(1) 317 (1981)-

העותר מחזיק באקדח על-פי רשיון לנשיאת נשק. רישיונו חודש מדי שנה, ב-1980 חודש רישיונו של העותר שוב, אך לאחר זמן קצר הודיעו המשיב על ביטול רישיונו. הנימוק, שניתן לביטול הרישיון, היה שעותר הורשע בשל עבירות בשנים 1966, 1975 ו-1976, אשר המשיב לא היה ער לקיומן בעת חידוש הרישיון. בעתירתו מבקש העותר לקבוע, כי אין תוקף לביטול רישיונו.

העליון פסק:

אין זה הוגן או סביר כי הרשות המינהלית תפגע באינטרס זה בלא שיתרחש אירוע חדש, שיש בו לפגוע בהנחות

היסוד, אשר שימשו למתן הרישיון, ובכך ליצור סיכון ניכר, היוצר אינטרס ציבורי מיוחד לביטול הרישיון. מקום שמדובר בטעות, שנגרמה באשמת המינהל, ניתן לבטל את הרישיון, אולם השימוש בסמכות זו חייב להיעשות רק בנסיבות מיוחדות. השיטה לתת רישיון תחילה ורק לאחר מכן לבדוק, אם היה לכך צידוק, היא פסולה ומסוכנת מבחינה מנהלית. יש סמכות לבטל את הרישיון אך הסמכות הופעלה בשיקול דעת בלתי חוקי.

2. עע"מ 389/13 קרינסקי נ' המשרד לביטחון פנים (1.10.2014)-

ערעור על פס"ד מנהלי. במוקד הערעור עומדת דחיית בקשתו של המערער לקבל רישיון להחזקת כלי ירייה, לאחר שאקדח שבו החזיק המערער כדין, נגנב ללא כל אשם מצידו. המערער ביסס את בקשתו לרישיון, על התבחין המשמר הקבוע בנוהל שהוציא המשיב. **העליון קבע:** במקרה דנא בקשתו של המבקש נדונה כבקשה חדשה, בהתאם לנוהל, והחלטה לדחות את בקשתו שהתבססה על התבחין המשמר, ניתנה בסמכות וכדין, בהתאם לפרשנות הנכונה של הנוהל והוראותיו.

3. בג"ץ 844/86 דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא(3) 219 (1987)-

עניינה של העתירה הוא בסמכותן של רשויות התביעה הכללית לחזור בהן מיוזמתן מהחלטה שלא להגיש כת"א. לפי דותן, סמכות זו עומדת לרשויות המוסמכות רק במקרה שבו הוגש ערר כדין לפי ס' 64 לחסד"פ. לפי היועמ"ש, אי הגשת ערר לא גורעת מכוחה של התביעה לשקול מחדש את החלטתה לסגור את התיק, לשנותה ולהחליט על הגשת כת"א. השאלה המשפטית- האם התביעה רשאית לשנות את החלטתה הקודמת לעניין הגשת כת"א?

לפי שמגר נפסק-

1. זכות הערר והסמכות לחזור מהחלטה מנהלית-

- הטיפול והדיון של תובע בתיק חקירה שנסגר בעבר אינם מותנים עפ"י הוראותיו של חסד"פ בכך שהוגש ערר, ואם לא הוגש או שלא ניתן להגיש ערר- לתובע כל הסמכויות שהוקנו לו בחוק לגבי הגשת אישומים
- סמכותו התובע לגבי חומר החקירה זהה לסמכותה של כל רשות ציבורית בעלת סמכויות משפטיות ולכן הוא יכול להתייחס לחומר שלפניו באופן ענייני, לדון ולטפל בו עפ"י חובתו המשפטית והציבורית.
- זכות הערר נוצרה כדי לתת למתלונן אפשרות להעלות טענות נגד סגירת הליכים שבהם היה הגורם הפותח. אין לזה זיקה לזכותו ולסמכות התובע לעיין מחדש בהחלטה שלו או של תובע כפוף לו ולהורות בניגוד להחלטה קודמת בדבר סגירה על הגשת כת"א.
- בגלל שאין זיקה בין הערר לבין סמכות התובע לבדוק מחדש תיק חקירה, אין בהך כדי לגרוע מסמכותו של התובע כשמדובר על עבירה המנויה בתוספת השניה לחסד"פ.

2. הפעלת הסמכות לשינוי ההחלטה המנהלית-

- בעניינים מנללים לא רמצוי שהאזרח יהיה צפי לשינוי החלטה קודמת ללא עוול בכפו ואין להשתמש בסמכות זו אלא במקרים מיוחדים יוצאי דופן
- כשמדובר באזרח שאין עוול בכפו לא מיישמים את הסמכות לשינוי ההחלטה בד"כ אלא רק בנסיבות מיוחדות. הסייג לגבי קיומן של נסיבות מיוחדות לא סביר כשמדובר בביצועה של עבירה ופתיחת הליכים הקשורים אליה.
- המסקנה- הסיטואציה שבה גורם תביעתי שמנוע מהסקת המסקנות המשפטיות הענייניות כביכול בדבר הגשת כת"א או ביטולו בגלל שגורם אחר הכפוף לו החליט כבר אחרת- לא מתקבלת על הדעת ונוגדת את האינטרס הציבורי של אכיפת החוק והשלטתו.

לכן העתירה נדחתה.

הבטחות שלטוניות והשתק של רשות

פסיקה

1. בג"ץ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673 (1975)-

תורת ההבטחה המנהלית - המצאה של ביהמ"ש העליון. יש פחות מחמישה מקרים בהם ביהמ"ש הכיר בתורה זו ואכף על הרשות. בפס"ד סאי-טקס יש מקרה בולט בו ביהמ"ש הכיר בהנחיה מנהלית מחייבת. בפס"ד מתווה הגז נקבע כי מדובר בהבטחה מנהלית מחייבת. לרשות מנהלית יש חובת הגינות מוגברת. גם אם אדם רגיל מבטיח משהו שלא נכנס לגדר חוזה ולא ניתן לחייב אותו, לא כך הדבר בעניין רשות שלטונית - כאשר היא מבטיחה הבטחה היא חייבת לקיים אותה. חלים עליה חובות מוגברות. אין דרישה שהאזרח ישנה את מצבו לרעה בשל ההבטחה. נדרש רק להראות שהייתה הבטחה מרשות שלטונית. השופט ברנזון קבע סייגים. כוונתו הייתה שהסייגים ישמשו כחריגים, בפועל, הסייגים גברו על ההבטחה. לימים הוא פרסם את דעתו על כך שלא יישמו את תורתו כראוי. התורה היא שרשות חייבת לקיים הבטחות מלבד במקרים חריגים (בסייגים), אך זה לא מה שהיה ובפועל כמעט ולא מתקבלים מקרים בהם מחייבים את הרשות לקיים הבטחות. ביהמ"ש אף הוסיף חריגים נוספים כך שהחייב של רשות לקיים הבטחות נמנית במקרים נדירים בלבד. איך זה התקיים במתווה הגז? ההבטחה שם הייתה דומה מאוד לחוזה.

בפס"ד סאי-טקס ← לא נאמר כי יש דרישה להבטחה מפורשת.
בפס"ד מגרש (לא בטוחה בשם) ← הייתה דרישה להבטחה מפורשת.

- **דרישה שנתנית ההחלטה תהיה במסגרת סמכותו** ← השופט ברנזון התכוון באופן הצר לפיו שר הביטחון לא יבטיח בנושא אומנות. אך ביהמ"ש מפרש באופן רחב לפיו רשות מנהלית לא יכולה להבטיח הבטחות לעתיד כי אם יתחלף שר או שיתחלף ממלא המקום לא ניתן להחליט עבורו החלטות. כך שכמעט אין הבטחות שעומדות בדרישה זאת.
- **אם הבטחה לא מסוימת ומפורטת** ← כנראה שלא הייתה כוונה אמיתית לקיים את ההבטחה באופן משפטי.
- **בכוחו של המבטיח למלא אחריה** ← מטבע הדברים כאשר נותנים הבטחה ניתן לקיים אותה גם אחרי כמה שנים, יכול להיות שהתחלף בעל התפקיד באדם אחר. לאחר כמה שנים המבטיח לא יכול למלא את ההבטחה כי הוא כבר לא בתפקיד וכך ביהמ"ש פוסק. למרות שלכאורה המבטיח היה בעל התפקיד ולא האדם הספציפי.

הבטחה שנידה ע"י בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה ואין סמכותה לבטלה. הוא גם לא התכוון שיפרשו את זה יותר מדי. הלכת סאי טקס אויינה בסוף ע"י ביהמ"ש, הסבר מופיע בסיכום.

2. בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.2016), סעיפים צד-קכו לפסק-דינו של המשנה-לנשיאה אליקים רובינשטיין וסעיפים 8-39 לפסק-דינו של השופט נעם סולברג-

3. ע"א 6996/97 חברת א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג(4) 117 (1999)-
- תפיסת הצדק העומדת ביסוד תורת ההשתק הכללית יפה גם למצבים שבהם פרט מסתמך בסבירות ובתום לב על מצג של רשות מינהלית ומשנה בשל כך את מצבו לרעה. הימנעות מהשתקתה של הרשות עשויה לגרור תוצאות בלתי צודקות מבחינתם של הפרטים הבאים עמה במגע, ולהביא, למעשה, ל"ענישה" של אותם פרטים".
- תפיסת הצדק העומדת ביסוד תורת ההשתק הכללית יפה גם למצבים שבהם פרט מסתמך בסבירות ובתום לב על מצג של רשות מינהלית ומשנה בשל כך את מצבו לרעה. הימנעות מהשתקתה של הרשות עשויה לגרור תוצאות בלתי צודקות מבחינתם של הפרטים הבאים עמה במגע ולהביא למעשה ל"ענישה" של אותם פרטים. לפיכך המסקנה היא אפוא כי במצבים שבהם מועלית טענת השתק כנגד הרשות המינהלית יש לאזן בין עקרון חוקיות המינהל לבין האינטרסים של הפרט שהסתמך בתום לב ובסבירות על מצג של הרשות המינהלית.
- מיושם לעיתים רחוקות, נאמר כי נכון שיש בעיה בהשתק לאור פגיעתו בציבור אך יש לאזן זאת כנגד הפגיעה בפרט. מאחר שאם לא מחילים השתק פוגעים בפרט. צריך להכיר בכך שלא דוחים על הסף טענות של השתק מנהלי. דווקא כשמדובר במדינה עליה להיות הוגנת יותר מאדם פרטי. יש על כך הסתמכות גבוהה יותר ממתן של אדם כלשהו. גם רעיון של פיזור נזק תופס כאן (אם לא מחילים השתק מי שיישא בתוצאות הוא האזרח הבודד, ואם כן נחיל אז קבוצת אזרחים תיפגע באופן שאינו מהותי לכל פרט בה, למשל שינוי כספי של פרט לעומת קבוצה שמתחלקת). **תמצית.**

4. **בג"ץ 7031/09 חניון אשקלון – חניונים ומפעלי תיירות בע"מ נ' רשות הטבע והגנים (22.7.2014)-**
 מהווה דוגמה טיפוסית לאיך יש הבטחה מנהלית אך ביהמ"ש על סמך פירוש מחמיר של כל סייג קובע שכל הסייגים כמעט התקיימו ולכן אין בהבטחה דבר.
 בסאי-טקס זה לא נאמר. אך בחניון אשקלון ואף לפניו התנאי הבא הוסף: נדרש שההבטחה תהיה ברורה ומפורשת, לא מדובר בהצהרת כוונות כללית בלבד. נדרש, כי ההבטחה במסגרת זו תכלול התחייבות מסוימת ומפורטת, תהיה נטולת סייגים ולא תלויה בסכומים נוספים. דרישה זו לא מתקיימת בדר"כ.
 מדוע זה התקיים במתווה הגז? משום מה חשבו היועמ"שים שיש בעיה משפטית, שלא נאה טוב שהממשלה עושה חוזה דו צדדי עם גופים פרטיים בקשר לסמכויותיה השלטוניות (ושתלך לכנסת ותבטל או לאו ושהמיסים יהיו בשיעור מסוים). לפחות באינטואיציה המקצועית זה היה נראה מזעזע שהמדינה עושה חוזים כאלו עם גופים. ואז נאמר שהממשלה כשלטון תקבל החלטה ומעמדה יהיה כשל הבטחה אך ההחלטה מפורטת כל כך ומקיימת כך שהצורה הטכנית היא של הבטחה אך המהות היא של חוזה. חוזה בתחפושת של הבטחה. חשובה שיותר נכון שהיא תפעל כשלטון ותיתן הבטחה חד צדדית. אך בפועל זה חוזה נעשה שם מו"מ.
 אמירה שההבטחה המנהלית מחייבת וצריכים להיות בה כ"כ דברים שאם היו מתקיימים לא היה מדובר בהבטחה אלא בחוזה וכיו"ב. זה הסייג שביהמ"ש הוסיף על הסייגים שנקבעו בפס"ד סאי-טקס.

5. **ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים (22.1.2009), סעיפים 1 ו-57-58 לפסק-דינה של השופטת מרים נאור-**

בהלכת "בית הרכב" נפסק על-ידי כב' השופטת חיות, לאחר קבלת פסיקת כב' השופטת נאור, לעיל כי: "אבקש להדגיש, אף שסוגיה זו לא התעוררה במקרה שלפנינו, כי לדידי אין להוציא מכלל אפשרות שבמקרה מתאים יוכל בית המשפט להטיל על הרשות חובה לקיים את חיוביה כלפי הצד האחר על-פי החוזה הפסול, כולם או מקצתם, מקום שהצד האחר ביצע את חיוביו על-פי אותו החוזה. זאת מכוח תחולתו הרחבה של עיקרון תום הלב ומכוח שיקול הדעת המסור לבית המשפט בעניינים אלה על-פי סעיף 31 לחוק החוזים סיפא."
 אי קיום דרישת הצורה המהותית, משמעה סיווג החוזה כחוזה בלתי חוקי. עם זאת, על החוזה הבלתי חוקי חל גם הדין הכללי הקבוע בסעיפים 30-31 לחוק החוזים. כך שעל הצדדים לחוזה להשיב את שקיבלו, אלא אם יש מקום לסטות מחובה זו, מטעמי צדק.
 באשר לשיקולי הצדק נפסק כי:

"במסגרת שיקולי הצדק מקובל עלי כי יש ליתן משקל גם לעקרון תום הלב. במסגרת שיקולי הצדק אין לאפשר לעיריה להשתמש בסעיף 203 באופן המקנה לה "חומה" בצורה שאינה משקללת את התנהגותה ואולי אף את רשלנותה בנסיבות העניין. במסגרת שיקולי הצדק ניתן יהיה להגיע למסקנה (בתביעת השבה שהגישה העיריה) כי יש לפטור את המתקשר מחובת השבה, באופן חלקי או מלא. אולם המסקנה הסופית בעניין זה תיעשה תוך שיקול שיקולי הצדק כולם: השיקולים לריכוך דרישת הצורה, החוסים תחת עקרון תום הלב עשויים להיות אשמת הצד המתנער והסתמכות הצד המתקשר...בעוד שהשיקולים להקשחת דרישת הצורה, החוסים תחת תכלית דרישת הצורה החקיקתית, עשויים להיות האינטרס הציבורי בדבר שלטון החוק וחוקיות המינהל, כמו גם הרצון להרתיע מפני כריתת חוזים מינהליים בלתי-חוקיים. התוצאה הסופית תהיה תוצר של איזון מכלול השיקולים, ולא של קביעה א-פרירורית לפיה עקרון תום הלב "גובר" מראש על תכלית דרישת הצורה המהותית."
 עקרון תום הלב 'שהרי מטרת שני העקרונות אחת היא: מניעת התנהגות שאינה הוגנת'... כאשר צד אחד הציג מצג מסוים בפני צד אחר, והצד שכלפיו הוצג המצג הסתמך עליו בתום לב ובאופן סביר ושינה עקב כך את מצבו לרעה, עשוי הצד שהציג את המצג להיות מושגת מלהתכחש לו.

השתק הוא סוג של כלל נוקשה ואז יכולים להיות מצבים שתנאיו מתקיימים והתוצאה צודקת זה עדיין לא מאפשר את הגמישות לבדוק בהתאם לנסיבות העניין. בפס"ד זה ביהמ"ש הרגיש שצודק בנסיבות העניין לחלק את הנזק/

תמצית.

חוזים והסכמים של גופים ציבוריים

חקיקה

1. חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992

פסיקה

2. ע"מ 8183/03 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מועצה אזורית הגולן (22.8.2010)

נידונה שאלת יכולתה המשפטית של רשות מקומית להשתחרר מהסכם פשרה עליו חתמה בשל אינטרסים חיצוניים להסכם. חברת החשמל ומועצה אזורית הגולן הגיעו להסכם פשרה לגבי חובות של הראשונה כלפי השנייה בנין חיובי ארנונה. לאחר כריתת הסכם הפשרה, בשנת 2002 פורסם חוק הארנונה הכללית לשנת 2002 [הוראת שעה], התשס"ב-2002 שבעקבותיו שלחה המועצה האזורית לחברת החשמל דרישת ארנונה מוגדלת. חברת החשמל טענה כי יש לעמוד על כך שהמועצה המקומית תקיים את ההסכם עליו חתמה, זאת מכוח עיקרון כיבוד הסכמים החל גם על רשויות. בית המשפט קבע, כי רשות פועלת בו זמנית בשני עולמות, עולם המשפט הפרטי ועולם המשפט הציבורי. בעוד הרשות מחויבת לכיבוד ההסכם עליו חתמה מכוח המשפט הפרטי, היא (הרשות) אינה פועלת בו ככל גורם פרטי והיא מחויבת גם לקידום אינטרסים ציבוריים. בחתימתה על הסכם, היא אינה חדלה מלשמש "נאמן הציבור לקידום טובת הכלל", ועל כן יש למצוא את נקודת האיזון בין חובותיה של רשות לשני העולמות כאמור.

כדי לבחון את יכולתה רשות או מועצה כלשהי להשתחרר מהסכם הפשרה קבע בית המשפט, יש להפעיל את "מבחן הסבירות" הבוחן סבירות החלטה של רשויות. בית המשפט הסביר כי ישנם מספר שיקולים בעד השתחררות המועצה מההסכם; הרפורמה שבוצעה בארנונה בדמות חקיקת החוק בשנת 2002 כאמור גרמה לכך שההסכם שנחתם חרג באופן קיצוני מההסדר הכללי; ההסכם היה נגוע בחוסר סמכות של הרשות, כתוצאה מסיווג שגוי של הקרקע; הטעם הענייני והציבורי לעריכת הסכם הפשרה לא נתבהר; חברת החשמל אינה צד חלש בהסכם, כך שעמידה בחיובים החדשים שנקבעו לה לא יקשו על תפקודה; אינטרס ההסתמכות של חברת החשמל לגבי התמשכות ההסכם מוגבל ואין חברת החשמל סברה כי ההסכם שהושג עם המועצה ימשך לנצח. שיקולים אלו קבע בית המשפט, הינם שיקולים סבירים בבוא המועצה לשיקול את החלטתה לבטל חלקית את הסכם הפשרה, שכן הם נועדו להגשים יעד ציבורי חשוב, הוא יצירת שוויון בגביית מס בין תושבי המועצה. לכל השיקולים הרלבנטיים ולהם בלבד קבע בית המשפט, ניתן משקל ראוי בבוא המועצה להחליט על השתחררותה מההסכם. השגת שוויון בגביית מס בין תושבי המועצה קבע בית המשפט, עולה על אינטרס כיבוד הסכמים. **תמצית**.

3. בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393 (1986)

פס"ד ארביב ← מדובר על הסכם טיעון.

הסדר טיעון הוא הסכם בין התביעה לנאשם או בא כוחו באשר לסעיפי האישום, פרטים בכתב אישום, העונש המוסכם שיושת על הנאשם, או בנוגע לנושאים אחרים הקשורים בתוצאות המשפט. כך למשל, נקבע בבג"ץ זה כי: "הסכם בין התביעה לבין הנאשם, שבו מתחייבת התביעה לוותר על חלק מן האישומים או להחליף אישום חמור באישום קל או לוותר לנאשם ויתור אחר או לתת לו הקלה אחרת, וזאת תמורת הודאת הנאשם בבית המשפט בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו."

ניתן לחזור מהסדר טיעון בכל עת עד להודיית הנאשם בפני בית המשפט, אם האינטרס הציבורי מחייב זאת. בית המשפט העליון קבע בהזדמנויות שונות, כי השאלה אם "טובת הציבור" מחייבת חזרה מהסדר טיעון – למשל, כאשר הערכאה הדיונית דחתה את ההסדר מפאת קולתו – תיקבע לפי איזון בין אינטרסים שונים הנאבקים על הבכורה, כשהחשובים שבהם הם אמינות השלטון, הגשמת מטרות המשפט הפלילי ושמירה על האינטרסים של הנאשם. **תמצית**.

4. ע"א 6490/97 אל חנ' נ' אבו עקל, פ"ד נג(2) 49 (1999)

פס"ד אלחג' ← מדובר על הסכם פוליטי של רוטציה.

ספרות

5. יצחק זמיר "דיני חוזים מנהליים: ענף של המשפט המנהלי?" משפט וממשל יח 333 (2017)

לפי המאמר של פרופ' יצחק זמיר- האם חוזה מנהלי הוא חוזה שיש לגביו דינים מיוחדים שמצטרפים לדיני החוזים הכלליים? התשובה היא כן. חוזה מנהלי זה לא סוג של חוזה שנשלט על ידי דיני החוזים, זו קטגוריה שמקומה הנכון

הוא במשפט המנהלי. השופט זמיר אמר שאם נחליט שהמשפט המנהלי חל גם על חוזים זה יכריח את המשפט המנהלי לפתח את עצמו בנושא זה. אולם, לפי בנדור ספק אם זה באמת יגרום למשפט להתפתח בתחום זה. אחת הנקודות שפרופ' זמיר עומד עליהן במאמר היא שבגלל הדלות של דיני החוזים המנהליים הקיימים, המדינה לא סומכת על כך שהדינים הקיימים יתמודדו עם הצרכים הקיימים - אז איך היא מתגברת על זה? היא עושה חוזים אחידים. רוב החוזים של המדינה הם אחידים. המדינה יכולה לקבוע כללי השתחררות רחבים יותר לטובת המדינה במסגרת החוזה האחד. המדינה מנצלת את הכוח שיש לה כדי לקבוע תנאים שמטיבים עימה מעבר למה שהדינים בהנחה שאין פרטים שהמדינה הכניסה לתוך החוזה - מה אמורים לעשות? ספק רב אם המדינה בכלל יכולה לחרוג מכללי המשפט המנהלי, המשפט המנהלי הוא קוגנטי. אם למשל היא תקבע שהיא לא צריכה לתת זכות טיעון - לא בטוח שזה אפשרי. אולם, לגבי כללי השתחררות כנראה שאין בעיה. פרפ' זמיר לא מתייחס לשאלה - מה קורה כשמקור החוקיות הוא באזרח ולא ברשות המנהלית - אז גם יחילו את התוצאה היחסית?

רגולציה

תוצאות ההפרה של כללי המשפט המינהלי ותרופות בשל הפרתם

תחיקה

1. חוק-יסוד: השפיטה, סעיפים 15(ג), 15(ד)

- (ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.
- (ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק -
- (1) לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין;
- (2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין - להימנע מלפעול;
- (3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות על פי דין - למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים - לדון בענין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין;
- (4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

2. חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, סעיף 75

כל בית משפט הדן בענין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו.

פסיקה

3. רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673 (2001)

גיספן הורשע בבית הדין הצבאי המחוזי בביצוע עבירה של היעדרות ללא רשות מן השירות הצבאי. בית הדין גזר על גיספן, בין היתר, עונש של מאסר על תנאי לשישה חודשים למשך תקופה של שלוש שנים, על אף שחוק השיפוט הצבאי קובע כי משך תקופת התנאי לא יעלה על שנתיים. גיספן לא ערער על גזר הדין בפני בית הדין הצבאי לערעורים. כעבור חודשים ספורים ביצע גיספן עבירה נוספת והועמד לדין שוב. במהלך המשפט השני טען גיספן כי המאסר על תנאי שהוטל עליו בטל מעיקרו.

השאלות המשפטיות הן:

1. האם הטעות של בית הדין הצבאי שהטיל מאסר על תנאי למשך תקופה העולה על זו המותרת בחוק היא בגדר חריגה מסמכות?

2. האם הסעד שיינתן בגין אותו טעות הינה בטלות פסה"ד?

מבחן הסמכות הפונקציונלית:

המבחן המקובל על מנת לבדוק אם טעותו של בית הדין הצבאי גרמה לחריגה מסמכות הוא מבחן הסמכות הפונקציונלית. על פי מבחן זה, יש לבדוק אם בית הדין, בהטילו מאסר על תנאי, מילא את התפקיד שהוטל עליו על פי החוק.

במקרה הנדון, בית הדין עמד במבחן הסמכות הפונקציונלית. בית הדין אכן טעה לגבי משך תקופת התנאי, אולם העונש שהוטל על גיספן היה מסוג העונשים שבסמכות בית הדין.

עיקרון הבטלות היחסית:

אפילו אם בית הדין היה חורג מסמכותו, הרי שברור כי לא כל טעות, ואפילו לא כל הפרה מהותית של הדין, גוררת אחריה את בטלותו של פסה"ד. במקרים כאלו עלינו להחיל את עקרון הבטלות היחסית. המשמעות העיקרית של עקרון זה היא ששאלת בטלותו של גזר הדין תיגזר **ממהותו ומחומר** של הפגם על פי נסיבות המקרה.

במקרה הנדון, הפגם שנפל בגזר הדין אינו כה חמור. לא נגרם כל עיוות דין לגיספן, שכן העבירה הנוספת בוצעה זמן קצר לאחר שנגזר עליו מאסר על תנאי.

לפיכך, הערעור נדחה. המאסר של תנאי שהוטל על גיספן אינו בטל מעיקרו, אולם תקופת התנאי תהיה רק שנתיים ולא שלוש שנים. העבירה הנוספת בוצעה בתוך טווח השנתיים ולכן, על גיספן לרצות את המאסר על תנאי שהוטל עליו.

4. עע"מ 5106/14 עיריית בת ים נ' ששון (3.9.2015)

ערעור על פס"ד מנהלי לפיו ההחלטות של המערערת- העירייה, בטלות. ההחלטות היו בדבר מינויים של ממלאי מקום וסגנים לראש העיר בת ים.

ביהמ"ש החליט כי ההחלטה השניה התקבלה שלא כדין משום שלא ניתנה זכות הטיעון למשתתפי הישיבה, לא היה סדר והייתה סטייה חריפה מכללי המשפט המנהלי שאפיינו את הליך המינוי. אולם, נקבע כי על רקע מכלול הנסיבות, יש מקום להורות על בטלות יחסית- אך לא בהיקף שעותרת לו העירייה, אלא ביחס לצדדים שלישיים בלבד.

השימוש בעיקרון הבטלות היחסית מושתת על שיקול דעת. באמצעותו ניתן וראוי להתחשב – בשלב קביעת הסעד לריפוי הפגם – בגורמים נוספים. בעיקר, לצד מהות הפגם יש להביא בחשבון את נסיבות המקרה הנתון ואת השפעת בטלות ההחלטה או הפעולה על כלל הגורמים המעורבים, לרבות הציבור הרחב.

בנסיבות המקרה, משמעות הקביעה כי ההחלטה השנייה בטלה, היא כי כל ההחלטות והפעולות שבוצעו מכוחה חסרות תוקף אף הן. במצב דברים זה – חששה של העירייה לכאוס, להתדיינות רבות ולכספי ציבור – שתצטרך לשלם בעקבותיהן – הוא שריר וקיים. כמו כן, יש להניח כי בטלות ההחלטות והפעולות הנובעות מההחלטה השנייה תפגע בצדדים שלישיים שהסתמכו על החלטות אלה ופעלו לאורן. מדובר בתוצאות משמעותיות מאוד. יתרה מכך, ועיקר – הן מגלגלות את תוצאות אי החוקיות של ההחלטה השנייה על כתפי הציבור הרחב. זוהי תוצאה שאינה הוגנת ואינה ראויה. לפיכך נקבע כי ככל שהדבר נוגע לצדדים שלישיים אכן יש מקום להורות על בטלות יחסית לעומת בטלות מוחלטת.

5. אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" משפטים 599 (2017), עמ' 642-645 (סעיפים 43-42), 660-658 (סעיף 56)

הלכת הבטלות היחסית קובעת כי "שומה על בית המשפט לבחון בכל מקרה שבו נפל פגם משפטי- ואפילו מדובר בפגם של חריגה מסמכות..... בנסיבות מסוימות עשוי פגם בהחלטה המנהלית להצדיק סעד של בטלות מוחלטת, ובנסיבות אחרות, עשוי אותו פגם להוביל למתן סעד אחר. הכל במטרה להגיע, ככל הניתן, לתוצאה שתשיג צדק יחסי בין הגורמים המושפעים מן ההחלטה".

במסגרת הבטלות היחסית, פיתח ביהמ"ש העליון סעד חדש: התראת בטלות. כלומר, ביהמ"ש דוחה את העתירה, אך לדחייה מצרף הודעה כי אם תוגש עתירה דומה בעתיד, והשרות המשיבה לא תיקנה את דרכיה, זו עשויה

להתקבל.

סעד זה משקף תפיסה קיצונית במיוחד של שיקול דעת שיפוטי, למרות שנעשה בה שימוש בעליון רק שלוש פעמים.

6. בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85 (1982), סעיפים 16-25 לפסק-הדין של השופט אהרן ברק

עמד על הקשיים הכרוכים בהנהגתו של סעד הפיצויים בגין הפרת חובה מנהלית אך עמד גם על שיקול הדעת המסור לבית המשפט המעניק פיצוי בגין עילה זו.

השופט ברק:

כאשר דנים בשאלת הפיצויים יש להבחין בין 3 שאלות נפרדות:

1. שאלת הסמכות- האם בג"ץ מוסמך לתת סעד של פיצויים?
2. שאלת העילה- מהו הדין הבסיסי המצמיח זכות לפיצויים?
3. שאלת שיקול הדעת- האם ראוי כי ביהמ"ש יפעיל את סמכותו במקום שקיימת עילה?

תשובה לשאלה 1:

עד לשנת 1974 הייתה מקובלת התפיסה כי לבג"ץ אין סמכות לפסוק פיצויים. אולם, בבג"ץ 101/74 פסק ברנזון כי "אין כל הגבלה על הסעדים שבימ"ש זה יכול להושיט לאזרח הנפגע על ידי מעשה או מחדל של רשות ממלכתית או ציבורית.

7. ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667 (1993), סעיפים 28-37- קישור במייל

נוגע לפסיקת פיצויים בבג"צ לפי ס'15 לחו"י השפיטה בדיני מכרזים.

המשיבות יחד עם שניים נוספים השתתפו במכרז שפרסמה חברת החשמל והגישו את הצעותיהן, לאחר ההגשה נפגשו אנשי חברת החשמל עם כל אחד מהמציעים בנפרד ולאחר פגישות אלה וחילופי כתבים נוספים השתנו הצעות המחירים של כל אחד מהמציעים.

לאחר פתיחת ההצעות ותוך כדי הפגישות עם המציעים שינתה חברת החשמל את פרטי המכרז ולבסוף קיבלה החלטה לפי המשיבה השניה (קבלני בניין) היא הזוכה במכרז אך חברת הקבלנים חזרה בה מהצעתה וסירבה לבצע את העבודה המתוארת במכרז. ← בעקבות כך חברת החשמל חילטה את ערבותה של חברת הקבלנים והכריזה על אחד משני המציעים האחרים כעל הזוכה במכרז והחלטת ועדת המכרזים של חברת החשמל לא נומקה.

הצעתה של מליבו ישראל הייתה הזולה ביותר אך לאחר שחברת הקבלנים חזרה בה היא פנתה למחוזי בתביעה לפיצויים על נזקיה+חברת הקבלנים הגישה גם תביעה נגד חברת החשמל בנוגע לחילוט הערבות שנעשה לטענתה שלא כדין.

המחוזי פסק:

- כי היה ראוי שמליבו תזכה במכרז וכשלא קיבלה את העבודה שנמסרה לחברת הקבלנים- זכאית מליבו לפיצוי בגין חסרון כיס ונזק אך לא בגלל אובדן העסקה.
- חברת הקבלנים זכאית לערבות שחולטה.

← ← ← מכאן הערעור+הערעור שכנגד:

השאלה המשפטית: האם פעלה חברת החשמל בהתאם לדיני המכרזים החלים על חברה כמוה?

חשין פסק:

1. תחולת דיני המכרזים-

- חברת החשמל=רשות הציבור ← ולכן עליה לפעול בהגינות ובסבירות מתוך שוויון וללא הפליה. בגלל תפקידה, אופיה ותכונותיה ראוי למקם אותה בתחומי המשפט הציבורי ולא הפרטי
- עפ"י עקרונות דיני המכרזים מליבו הייתה אמורה לזכות במכרז כמי שהצעתה הייתה הזולה ביותר מכל ההצעות (זו ציפיתו הסבירה של כל מציע ודין המכרזים חותם ציפיה זו בהקניית זכות לכאורה למציע הזל שיזכה במכרז)

- בעל המכרז רשאי לבחור בהצעה גם אם לא הזולה ביותר והעיקר שהוא סומך על טעם סביר ומיוחד לעניין, ואם מוכח שהצעתו של פלוני היא הזולה ביותר ← הנטל עובר אל בעל המכרז כדי להראות למה לא בחר באותו אחד כזוכה
2. החובה לבחור בהצעה הזולה-
- בנסיבות אלה בהתאם לנוהל המכרזים הכללי של חברת החשמל ההלטה שלא לזכות את המציע הזול ביותר במכרז חייבת להסתמך על סיבות סבירות אבל זה לא מספיק, ועל וועדת המכרזים לנמק במפורש ובכתב
- הנסיבות אלה הטעמים להצדקת החלטה של חברת החשמל שלא לזכות את מליבו עלו בהליכים בביהמ"ש בדקדוקים ואילו בהליכי המכרז עצמם לא נמצא טעם מפורש ומפורט, ולא נרשם פרוטוקול מנומק כנדרש עפ"י הוראות הנוהל של חברת החשמל ולכן ביהמ"ש יבחן בחשדנות יתרה טעם שעולה לראשונה בהליכים לפניו
- מי שמנסה להערים על בעל המכרז באורח בלתי נאות (ע"י הטעיה מחושבת ומכוונת או ע"י תכססנות)- הצעתו תיפסל על הסף. זה קורה כאשר וואדת המכרזים דנה בנושא התכסיסנות, מרשיעה את המציע במעשה זה ומנמקת למה לסלק את הצעתו.
- אין לקבל שבעל מכרז יעמוד על "תכסיסנות" אך לא יעשה לפסילת הצעה אלא ימשיך להחזיק בה עד שיעלה הרצון לפניו להחליט כפי שיאמר להחליט. אם נמצא שוועדת המכרזים לא נדרשה לטענת התכסיסנות כטעם לפסילת הצעתה של מליבו, אין מקום שביהמ"ש יידרש לטענה זו לראשונה מפי באי כוחה של חברת החשמל.
3. האיסור לנהל מו"מ במסגרת המכרז-
- זהו כלל בדין המכרזים של רשות ציבור שבעל מכרז אמור לקבל/לדחות כמו שהיא הצה שהועלתה ואסור במו"מ בתוך הליכי המכרז, כיוון שהוא לא רק דין ודברים אלא מהווה החלפת דות בין מוציא המכרז ואחד המשתתפים הגורם לשינוי בהצעה. יוצא מן הכלל- כאשר פלוני זכה כדין ואז בעל המכרז רשאי לנהל מו"מ איתו.
- בעל מכרז יכול וזכאי לשמור לעצמו מראש זכות לנהל מו"מ עם המציעים ובלבד שיתנהל בשוויון ביושר ובהגינות. רשאי גם לאחר המכרז ובלבד שהדבר ייעשה על דעתם של על המציעים לפי ערכים אלה.
4. האיסור על שינוי תנאי המכרז-
- בעל מכרז לא רשאי לשנות את פרטי המכרז לאחר קבלת ההצעות במכרז, כיוון שהשינוי שיחול במכרז לאחר קבלת ההצעות היה מהותי והביא לירידתה של מליבו מראשונה אל השניה והעלה את חברת הקבלנים אל המקום הראשון, ובכך חטאה חברת החשמל לכללי היסוד במכרזים
- כשלא גילתה חברת החשמל את מה שחייבת הייתה לגלות- חברת הקבלנים הייתה זכאית לחזור בה מהצעתה; מלכתחילה זכייתה של חברה זו הייתה לא בטוחה וממילא לא הייתה זכאית חברת החשמל לחילוט ערבותה לאחר שחזרה בה מהצעתה.

החלטה: הערעור נדחה והערעור שכנגד התקבל.

8. ע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2) 145 (2004).
סעיף 26 לפסק-הדין של השופטת דורית ביניש
הערעור הופנה כנגד פסק דינו של בית-המשפט לעניינים מנהליים, שפסק למשיבה פיצויים בגין נזקים שנגרמו לה עקב אי זכייתה במכרז שערכה המערערת.
בייניש: מן הראוי לקבוע כי יש לפצות את משתתפי המכרז אשר ניזוקו בשל הפרת החובה מצד הרשות (פגם בניסוח המכרז), גם אם הפגמים שנמצאו לא מביאים לפסילת המכרז.
בייניש מזכירה את דבריו של ברק בפס"ד מיגדה, אשר עמד על הקשיים הכרוכים בהנהגתו של סעד הפיצויים בגין הפרת חובה מנהלית אך עמד גם על שיקול הדעת המסור לבית המשפט המעניק פיצוי בגין עילה זו.
בנסיבות העניין, יש לפצות את המשיבים הגין ההוצאות שנגרמו כתוצאה מהפגמים שנפלו במכרז.

סמכויות השיפוט בעניינים של משפט מינהלי

תחיקה

1. חוק-יסוד: השפיטה, סעיפים 15(ג), 15(ד)
מצוי לעיל.

שיקול-הדעת בהפעלת סמכות השיפוט בעניינים של משפט מינהלי

תחיקה

1. חוק-יסוד: השפיטה, סעיפים 15(ג), 14(ד)
מצוי לעיל.