

**הסמכות המנהלית:**

לרשות מנהלית סמכות מסוג חקיקתי, שיפוטי וביצועי. לסיווג חשיבות קריטית שכן היא גוזרת חובות כמו למשל חובת טיעון. **חוסר ישי-** האם הסמכות לקבל החלטות בקשר להגשת כתב אישום של הפרקליטות היא סמכות שיפוטית או מנהלית- ביצועית. ההבחנה חשובה משום החסינות, בהחלטה שיפוטית יש חסינות ובהחלטות אחרות אין.

**חקיקתי:** חובת פרסום ברשומות על נורמה כללית. **שיפוטי:** ע"פ הגישה הקלסית הכרעה שיפוטית היא כזו בה רשות מכריעה בסכסוך בין צדדים שאינם הרשות, אך הגישה בחוטר ישי היא התחשבות באינטרסים ציבוריים, חשיבות לשלטון החוק והפעלת שק"ד ואיזון בין אינטרסים שונים. **ביצועי:** מה שאינו חקיקתי ושיפוטי הוא ביצועי.

**מתי יש חשיבות לסיווג הנורמה:** 1. לעניין חובת פרסום (עמ' 2) 2. לעניין זכות טיעון (עמ' 3) 3. לעניין שינוי או ביטול (עמ' 6) 4. לעניין האצלה (עמ' 2) 5. לעניין נטילת סמכות על ידי השר (עמ' 2).

**עצמאות בעל הסמכות:** הכנסת היא המסמיכה גוף או אדם לפעול שכן היא זו שיכולה להתאים באופן הטוב ביותר בין סמכות לכישור נדרש להפעלתה. הרבה סמכויות מחולקות גם לדרגים נמוכים, **פסי"ד מיכלין:** אם המחוקק נתן סמכות לרשות או דרג מסוים הרי שרצה להעניק לה את הסמכות ולכן אין סמכות למי שמעליו בהיררכיה.

**ביקורות על הלכת מיכלין:**

[1] סותר עקרונות של מנהל תקין בו יש היררכיה ארגונית, צריך הוראות מנחות לדרגים נמוכים פן לא תהא אחידות.

[2] לא עומד במבחן המציאות שכן לרוב אדם מציית לממונים שלו.

[3] ניתן לעקוף את הלכת מיכלין על ידי פיקציות (א) חותמת גומי בה במסווה של התייעצות דה פקטו הדרג הבכיר מחליט ומקבל המסכות רק חותם. **כפר ורדים** המסכות ניתנה למשרד האוצר שהתייעץ עם משרד הבטחון לגבי קביעת אזורי סכנה אך דה פקטו משרד הבטחון קיבל את ההחלטה, ביהמ"ש אישר את ההחלטה כי הנושא משיק גם לביטחון. לפי בנדור זה בעיה כי נבחנה פה סוגיה כלכלית ולא ביטחונית ומ. האוצר התפרק משקול דעתו. (ב) סעיף 43 לחו"י הממשלה מאפשר לשר ליטול כל סמכות שקשורה לתפקידו **ר"ח' בר** **אילן** השר לקח את המסכות מהממונה על התחבורה כדי לסגור את הרחוב. **זליכה** השר לקח סמכות של חשב כללי כדי להעביר תקציב.

**מתי הלכת מיכלין כן רלוונטית:**

[1] רשויות מקצועיות שאין להן היבט פוליטי או אידאולוגי כמו סמכות רפואית מקצועית, צריך פה החלטה של רופא מקצועי ולא של שר באופן מתן טיפול.

[2] גומרים המחייבים עצמאות כמו התביעה, הפרקליטות, למרות שהם חלק ממשרד המשפטים לשר המשפטים לא יכולה להיות התערבות שכן אלו גורמים שחייבים להישאר נקיים פוליטית וללכת על פי מורא הדין בלבד באופן עצמאי שלא כמו חקיקה או ביצוע שם לגיטימי שהרשות תרצה להתוות מדיניות בהתאם לפוליטיקה.

[3] רגולטורים הם רשויות עצמאיות כמו ניירות ערך או הגנת הצרכן כלומר התכלית של החוק שמסמך אותם רוצה למנוע התערבות.

דיני ההסמכה מטרתם לסייע בעובדה שלשר או לגורמים בכירים ניתנים הרבה סמכויות והם לא יכולים לבצע הכל בגפם. **פדרמן:** לממשלה סמכות שירותית, כאן הם שלחו להאיטי כוחות משטרה ונשאל האם אפשר להרחיב את סמכויות המשטרה לפעול גם בחו"ל כחלק מהרשות המבצעת לה יש סמכות שירותית. העליון קבע שכן אך זו לא הייתה האצלה.

- היעזרות באחרים: הרשות המוסכמת לא חייבת לפעול לבד והיא יכולה להסתייע באחרים כשהסמכות נשאת שלה.
- ביצוע באמצעות אחר: לא הוכר בפדרמן, הרשות המוסכמת מחליטה אך מבצעת על ידי אחר. לפי פסיקת עליון יש שכן מכירים בשיטה זו בישראל.

**קריטריונים של דיני הסמכה:**

[1] העזרות באחרים- ברירת המחדל היא שמותר אלא אם כן נאמר שאסור. אם הסמכות מופעלת ביסודה על ידי הרשות המוסמכת זה בסדר. **עיר עמים:** עמותה שפעלה בעירייה כן עולה בגדר עזרה, עזרה לא חייבת להיות טכנית ויכולה להיות גם מהותית יותר ועם הפעלת שק"ד אם זה מידתי. כל עוד המאסה של ההחלטה התקבלה על ידי הרשות המוסמכת זה בסדר.

[2] אצילת סמכות- מותר לאצול סמכות לפי חו"י יסוד הממשלה אך לא לפי עיר עמים. זוהי אל סתירה, חוק היסוד מתייחס לרוה"מ ולשרים והפסיקה היא המשפט המקובל לכן החוק גובר עליה. **לגבי סמכויות כלליות ברירת המחדל היא שאסור לאצול ואילו לגבי סמכויות ספציפיות לשרים בחוק ברירת המחדל היא שמותר לאצול. כלומר, ברירת המחדל כלפי שר הוא שמדובר באדם עסוק ועל כן ניתן לאצול, מתוך הבנת המציאות שיש לשר תפקידים וסמכויות רבות, לעומת בעלי תפקידים ציבוריים אחרים בהם ברירת המחדל תהיה שאסור לאצול, כיוון שהם בעלי סמכויות מועטות.**

אצילת סמכות היא לא העברתה אלא הסמכת רשות נוספת תוך שהרשות המקורית לא מאבדת את סמכותה. כלומר הלכת מיכלין לא תחול ביחסים בין האוצל לנאצל והרשות הנאצלת תקבל הוראות מהרשות המאצילה שכן היא המוסמכת על פי חוק וזה בדיוק הרציונל של מיכלין – שמי שקיבל סמכות יהיה המתווה.

נקי המוצא של המשפט המנהלי הכללי היא שאסור לאצול סמכות. מובן שמותר לעשות זאת אם יש חוק שמאפשר לאצול סמכות ואז החזקה נסתרת. אם לא כתוב דבר, על הרשות מוטל נטל להראות שהדבר מוצדק בנסיבות העניין.

מגבלות האצלה:

- (1) האצלה כפולה אסורה: אסור לאצול סמכות, אם מותר לאצול סמכות אזי אי אפשר לאצול אותה פעמיים שכן זה יצור ניתוק בין הסמכות המקורית לחדשה וימנע פיקוח על ביצוע הסמכות. הסמכות הנאצלת יכולה כן להיעזר באחרים.
- (2) אין לאצול לגורמים פרטיים: \* יש בעיה בכך שפגיעה בזכויות אדם תיעשה על ידי גורם פרטי (בג"צ בתי הסוהר) ובעייתית לעניין הפרדת רשויות. \* קשיי פיקוח שכן גורם פרטי לא מחויב לנורמות של משפט ציבורי. \* ניגוד עניינים כגון שקילת אינטרסים שאינם אינטרסי הרשות הציבורית (פס"ד עיריית אשדוד- פקחים מתנדבים שפעלו משיקולים לא עניינים ואינם חשופים לסנקציות, פס"ד החתולים- שיקול כלכלי ורווח אישי הוא בעיית בהפעלת סמכות ציבורית).

קריטריונים בהאצלה:

[1] הרכב ההאצלה- לאצול חלק מהסמכות ולא הכל. [2] מעמד המאציל- ככל שהמאציל בכיר יותר, יותר הגיוני שיאציל. [3] איכות משרת המאציל- אם המאציל הנו בעל כישורים לתפקיד הדורש כישור מאוד מיוחד ונבחר בהליך מסובך קשה יהיה להאציל. [4] היקף שיקול הדעת של המואצל- אם יש יותר שיקול דעת פחות ניטה להאציל ולהפך.

**סי' 33 לחו"י הממשלה:** מותר לאצול, זה סותר את המשפט המקובל שקובע ככלל שאסור לאצול. יש כאן הרחבה מתוך הבנה שהממשלה לא יכולה להפעיל לבד סמכות לכן היא יכולה לאצול הכל אבל רק לשר ולא לעובד ציבור שכן היא לא תוכל לפקח כך.

**סי' 33 א:** מותר לממשלה לאצול רק לשר ולא לעובד ציבור בשל בעיות פיקוח וגם בשל עניין עקרוני, זוהי סמכות של הכנסת שהואצלה לממשלה בליט ברירה ולכן זוהי מעין האצלה כפולה.

**סי' 33 ב:** כל סמכות מלבד סמכות להתקין תקנות, שהועברה לשר הוא יכול לאצול לעובדי ציבור. הסיבה, סמכות החקיקה ניתנה מראש לכנסת והואצלה לממשלה לכן אם שר יאצול זה האצלה כפולה.

**סי' 33 ג:** סמכות שניתנה מראש לממשלה והיא אצלה לשר אפשר להאציל לעובד ציבור מלבד חקיקתי, אך על הממשלה להסמיך את השר לכך מפורשות בכתב. זוהי האצלה כפולה בגלל קושי הממשלה להפעיל סמכות.

**סי' 33 ד:** סמכות הנתונה לממשלה או לשר כוללת גם חובות.

**סי' 33 ה:** כל הסדר אצילה חל רק אם לא משתמע אחרת מהחוק המסמיך. סעיף זה יוצר חוסר וודאות, יש כאן חוק יסוד שמאפשר לחוק רגיל לסטות ממנו בלי דרישה מיוחדת ואפילו במשתמע.

**סי' 34:** שר ממונה על ביצוע חוק יכול לקחת כל סמכות מלבד שיפוטית. מקרה רפול- לקח את כל הסמכויות ללא הגבלת זמן וזה בעייתית. לסעיף יש סייגים: על השר להיות ממונה על ביצוע התפקיד, הוא יכול לקחת את הסמכות רק מרשות מוסמכת לפי חוק ולא יכול לקחת סמכות שיפוטית.

דמיון בין האצלה של שר להאצלה של הממשלה: הסמכות נשאת אצל המאציל וחלה עליו חובת פיקוח על הנאצל.

שוני בין האצלה של שר להאצלה של הממשלה: ממשלה אוצלת לשר, ויכולה לעשות האצלה כפולה לאיש ציבור באישור. שר מאציל רק לאיש ציבור ואסור לא לעשות האצלה כפולה. אסור לשר לאצול תקנות.

חובת פרסום של נורמה מנהלית:

כחלק מחובת השקיפות הכללית של רשויות המדינה, עליהן לפרסם נורמות והחלטות. החובה לא כתובה בחוק.

מטרות חובת הפרסום: מאפשרת להתכונן ולכלכל צעדים בהתאם להוראות ולבקר את השלטון באופן שימנע שחיתות, מבטאות עקרון דמוקרטי של המנהל כנאמן הציבור המחויב לתת לו דו"ח וכן הולם את עקרון אין עונשין אלא אם מזהירים.

סמכות חקיקתית: לרשות מנהלית סמכות ביצועית, מעין חקיקתית ומעין שיפוטית. הסמכות החקיקתית מאפשרת לרשויות לחוקק ברמת תקנות.

תקנה מוגדרת בס' 3 לחוק הפרשנות כהוראה הניתנת מכוח חוק והיא בת פועל תחקתי, פועל תחקתי- תקנה היוצרת נורמה משפטית חדשה כללית ומופשטת. ס' 17 לפקודת הפרשנות קובע חובת פרסום על תקנות בנות פועל תחקתי.

**אלכסנדרוביץ:** הותוו הכללים לתקנה בת פועל תחקתי: 1. כלליות- פונות לציבור בלתי מסוים. 2. נורמטיביות- נורמה משפטית חדשה המוסיפה חיוב או איסור ומשנה את המשפט הנוהג. 3. תקנה כהגדרתה בפק' הפרשנות.

**אסלן:** צו שמורה על סגירת שטח צבאי ומנוע כניסת אזרחים האם זה יישום ביצועי של הנורמה או הנורמה עצמה. התקנות מסמיכות את המפקד לסגור שטח אך הן חלות על כל האזרחים. נקבע כי מדובר בנורמה חדשה ולא רק ביישום תקנות.

הבחנה בין תקנה בת פועל תחקתי לבין פעולה בת פועל תחקתי:

בפעולה בת פועל תחקתי, צריך לבחון את תכלית החוק ולראות אם היא נועדה להסמיך את הרשות לקבוע דבר נורמטיבי על ידי הצבת תמרוך ואז יש חובת פרסום. אם התכלית היא להסמיך את הרשות לבצע פעולה פיזית בה החלק הנורמטיבי הוא משני אין חובת פרסום. לפי בית המשפט העליון בהצבת תמרוך אין אקט נורמטיבי אלא פיזי בלבד שמראה על הנורמה לפי זמיר בהצבת תמרוך יש נורמטיביות, כחלק מהמסכות לקבוע שטח הוא סגור יש סמכות פיזית להציב שלט ולכן יש חובה לפרסם בתקנות. לפי גישה זו באקט הפיזי יש תועלת לנורמטיביות כי תסייע להבין אם הרשות פעלה בסמכות ולכן יש לפרסם.

**סעדים:**

בטלות מוחלטת לפי אלכסנדרוביץ (פלילי, פגיעה חמורה בזכויות אדם), עם הזמן עברו לבטלות יחסית: יאכפו את מי שכן ידע בפועל על הנורמה (פלוגית) קבלה הביתה מכתב למרות שלא פרסמו ברשומות) או בטלות פרוספקטיבית או בטלות מושהית.

**הוראות מנהל:**

**סי' 3 לחוק הפרשנות:** הוראה או מינוי לרבות הודעה מודעה רישיון וכו' שאינם בני פועל תחיקתי ונתנו בכתב. על הוראות מנהל לא חל הכלל של פרסום ברשומות אך ראוי למסרן לנגועים בדבר.

תנאי הוראת מנהל (1) אינה בת פועל תחיקתי (2) אינה כללית או נורמטיבית (3) ניתנה בכתב. **בבג"צ האקדמיה למוזיקה** סולברג קובע שפרסום באינטרנט של הוראות מנהל הוא וולנטרי אך עשוי להיות מועיל יותר מפרסום בתקנות. יש גם חובת פרסום בעיתון.

**הנחיות מנהליות:**

סי' 6 לחוק חופש המידע קובע שרשות ציבורית צריכה להעמיד לעיון הציבור הנחיות מנהליות. הנחיה מנהלית היא הוראה פנימית של רשות מנהלית לצורך הפעלת סמכות כמו קריטריונים.

**כללי הצדק הטבעי:**

כוללים 2 כללים: זכות טיעון ואיסור משוא פנים. כללים אלו נוגעים להליך שקדם לקבלת החלטה מנהלית ולא לתוכנה. חוק שלא קובע מפורשות דבר בנוגע לכללים אלה – הכללים חלים עליו אוטומטית, אם החוק כולל הסדר על הכללים הרי שחוק ספציפי גובר על כללי ומאוחר גובר על מוקדם לכן חוק של הכנסת גובר על כללי הצדק הטבעי.

**סמכות כללי הצדק הטבעי:** נובעת מחו"י כבוד האדם וחירותו בה כלולה זכות להליך הוגן. ככל שכללי הצדק הטבעי משמים לזכות להליך הוגן הרי שלא נכון שהם נסוגים מפני חוק של הכנסת. בנוסף ניתן לומר שאם חוק לא באופן חד משמעני סותר את כללי הצדק הטבעי אך עוסק בתחומים קשורים להם ייתכן והם חלים. **הליכוד נ' פת:** פק' העיריות קובעת למי אסור לשבת בוועדת ביקורת של העירייה, נטען שיו"ר הוועדה לא יכול להיות חבר עירייה למרות שתפקיד זה לא הוחרג בחוק. העליון קבע שהחוק נוגע לדברים מסוימים ופסל את כהונת חבר העירייה כי כללי הצדק הטבעי חלים במקביל כל עוד לא נאמר מפורש שלא. **ראשלי"צ נ' ועדה לבדיקת מינויים:** גם כשהחוק לא מונע מאנשים להיות חברים בגוף, בימ"ש אומר שצירוף של כמה אנשים יחד הוא בעייתי ואסור.

אז למה לחוקק בחוק ענייני ניגוד עניינים ומשוא פנים אם הם יחולו גם בלי חוק לאור כללי הצדק הטבעי? משום ש המשפט המקובל הוא עמום וחוקים הם ברורים יותר, הכנסת חושבת על מצבים להסדיר אבל עולים לצוץ מצבים עליהם לא חשבו. בנוסף חוקים מוסיפים סנקציות על התרופות המנהליות שבאות מתוקף כללי הצדק הטבעי מה שיוסיף למשל ענישה פלילית בזכות חקיקה.

**האגודה לזכויות האזרח:** הריסת בית של מחבל, בגלל שיש אלמנט של הרתעה לא רצו לתת זכות טיעון לפני כי זה יפגע בהריסה מידיית. בית המשפט קיבל זאת ואיזן בין הרתעה לזכות טיעון. אם אפשר לתקן את ההריסה אפשר להרוס בלי זכות טיעון. זהו **עקרון הצורך** על פיו לא חייבים לתת זכות טיעון אם היא תפגע במהלך האפקטיבי. גם במצב שבו כולם מצויים בניגוד עניינים וחייבים לקבל החלטה זהו צורך.

**זכות טיעון:**

הזכות לטעון טענות לפני קבלת החלטה בענייניו של אדם. זוהי זכות לכל אדם והיא תלויה בסוג ההחלטה. חקיקה- אין שפיטה -יש ביצוע- רק אם נפגע זכות או אינטרס בהחלטה.

**חוק:** אין חובה לתת זכות טיעון לפני התקנת תקנות בשל עקרון המשילות. **דגש:** גם אם הפריטו סמכות מנהלית לגוף פרטי חלות עליו חובות מנהליות וכללי צדק טבעי.

**שיפוטי:** זכות הטיעון קיימת תמיד.

**ביצוע:** רק כאשר הסמכות תפגע בזכות או אינטרס. זה נובע מהליך הוגן וכדי לקבל החלטה טובה יותר. המגמה מרחיבה ונחפש אינטרס מהותי וישיר וייחודי יחסית לטוען. **מוסטקי:** ביטלו הכרה תבארים מחול נטען שיצטרכו לתת זכות טיעון ליותר מדי אנשים ובית המשפט לא קיבל את הטענה ויש לשמוע את כולם. השמיעה לא נועדה לשכנע את הרשות לבטל החלטה אלא לרשות אסור להחליט לפני ששמעה.

זכות הטיעון כוללת נתינת מידע לטוען שידע מה שוקלים, מה הראיות והשיקולים של הרשות. החלטות בלי זה יפסלו.

**מתי מותר לפגוע בזכות טיעון:** 1. כאשר חוק מתיר זאת 2. בהליך חקיקה 3. עקרון הצורך (בתי מחבלים) 4. איזון בין פגיעה לרווח בנתינת הזכות 5. אם לא נפגעה זכות או אינטרס של הפרט.

**איסור משוא פנים וניגוד עניינים:**

רשות מנהלית שאמורה לקבל החלטה, האם מותר לה להיות במצב של ניגוד עניינים? אין איסור על ניגוד עניינים אלא על ניגוד עניינים במצבים מסוימים שכן קשה לדמיין החלטה מנהלית שכלל אינה נגועה באיזשהו אינטרס אישי. לכן יש לבחון את עוצמת ניגוד העניינים ולבחון האם היא משמעותית מספיק כדי למנוע מהאדם למלא תפקידו נאמנה. **בפס"ד מושלב** נקבעו 2 מבחנים לכך: חשש סביר והסתברות ממשית.

**מבחן החשש הסביר:** חשש שמא הפעלת הסמכות תושפע משיקול לא ענייני שנובע מניגוד עניינים. אם למקבל ההחלטה יש אינטרס שלא עולה בקנה אחד עם האינטרס לפיו אמורה להתקבל החלטה יש לבחון אם זה ישפיע על הפעלת הסמכות כלומר האם עובד הציבור

בפועל ייתן למניע הזה להשפיע על החלטתו. מדובר במבחן אובייקטיבי – האם עובד ציבור סביר עשוי לקחת בחשבון שיקולים זרים. אם אין חשש סביר הוא יכול לקבל החלטה.

מבחן ההסתברות הממשית: זוהי הסתברות גבוהה יותר לכך שעובד ציבור יושפע מניגוד עניינים. במקרים בהם רק אדם מסוים יכול לבצע משהו ויש לו חשש סביר אך לא הסתברות ממשית היו מקרים שהתירו.

יש מקרים בהם אין ניגוד עניינים אבל יש משוא פנים, אלו מקרים בהם לעובד הציבור יש דעה נועלה לפני שדן בנושא. **בר דוד**: וועדה על מדא, חבר וועדה התראיין ואמר שצריך לפטר את המנכ"ל כלומר הציג עמדה נועלה בפני הוועדה. מלאך: אצטדיון טדי, התבטאו בעיתונות לפני ששמעו את כל התושבים ולכן פסלו ממי שהתבטא לשבת בוועדה. פוסלים רק במצבי קיצון כי באופן טבעי לאנשים יש נטיה שמובילה אותם לביצוע ולכן מוגזם לצפות שלא תהיה כלל משוא פנים.

מתי מותר לפגוע באיסור ניגוד עניינים: 1. כאשר לא מתקיים חשש סביר והסתברות ממשית 2. אין אף אדם אחר שיכול לקבל החלטה (צורך) 3. חוק מתיר זאת.

מתי מותר לפגוע באיסור משוא פנים: בהחלטה ביצועית יש כבר סוג של כיוון או נטייה של הרשות.

### תחילת התוקף של נורמות שלטוניות

ס' 17 לחוק הפרשנות קובע שתקנות בנות פועל תחיקתי תוקפן חל מיום פרסומן אין אם הוראה אחרת. זוהי ברירת מחדל על תקנות שנותנת את הטון לגבי תחילת תוקף של נורמות.

ישנן 4 חלופות לגבי מועד תוקפן של נורמות:

[1] תחולה אקטיבית: הנורמה נכנסת לתוקף בעת פרסומה.

[2] תחולה רטרואקטיבית: הנורמה חלה למפרע, אחורה כמו למשל חוק דירה שלישית גם על מי שקנה דירה לפני החוק. (בפילי מותר להחיל מקל)

[3] תחולה רטרואקטיבית: הנורמה שהחוק קובע חלה אחורה אבל נפקותה היא רק מכאן והלאה, למשל בחוק דירה שלישית חל על מי שרכש דירה לפני החוק אבל המס הוא רק מעכשיו.

[4] תחולה פרוספקטיבית: החל ממועד עתידי.

תחולת נורמות ביחס לעקרון ההסתמכות: לרוב במקרים של תחולה רטרואקטיבית או אקטיבית נפגע עקרון ההסתמכות. תחולה פרוספקטיבית היא מאפשרת להעריך לנורמה ולהתכונן על פיה כדי למזער פגיעה בהסתמכות. מכך נגזרת גם פגיעה בזכות חוקתית של כבוד האדם. אחד ממובניו של כבוד האדם הוא היכולת של אדם לתכנן ולפעול בחייו באופן רציונלי בהתאם לדין, שינוי רטרואקטיבי פוגע בזכות זו והופך את מעשיו של אדם ללא רציונליים. למשל החליטו אחרי שהגנבי כבר עשה מה שעשה שיש עבירה של מרמה והפרת אמונים על מינוי פוליטי, נקבע שלא הייתה עבירה מוכרת כזו כשפעל ולכן לא מחילים רטרואקטיבית. אם מדובר בפגיעה בזכות חוקתית היא חייבת לעמדו במבחני פסקת ההגבלה. **מקדעי ישראל וחיים אורון**: גם החלטות מיטיבית עם האזרח לא כדאי להחיל רטרואקטיבית כי זה עלול ליצור חקיקה פרסונלית ולפגוע בשוויון כך שמי שפעל על פי החוק לא יתוגמל בעוד מי שעבר על החוק ירוויח. ביחס לסוגי הנורמות, בחקיקה אין הסתמכות גבוהה כי הגיוני לשנות מדיניות, בשיפוטי יש הסתמכות הכי גבוהה ובביצועי בינונית.

### שיקול הדעת המנהלי

שיקול דעת משמעו אפשרות בחירה, אחד הסממנים המובהקים לשיקול דעת הוא הופעת המילה "רשאי". דיני שיקול הדעת מגבילים את הבחירה עד מצב בו אולי תישאר רק חלופה חוקית אחת לרשות. **הלכת דרעי פנחסי**: קובעת כי המילה רשאי = חייב ומאירה רק אפשרות אחת – פיטורין. שיקול הדעת של הרשות אינו מוחלט. כאשר בוחנים חלופות, כל חלופה מגלמת שקילת אינטרסים והשאלה היא מהם אותם אינטרסים ומנין הרשות לוקחת אותם.

רשימת מקורות של שיקולים:

- לשון החוק המפורשת, סעיף המטרה של החוק מציין לרוב אילו מטרות נועד לקדם.
- תכלית החוק או היקשרו, הצנזור הצבאי והוועדה לסרטים יכולות לפסול סרטים ברור שהצנזור הצבאי פועל רק משיקולי בטחון ולא איכות, הוועדה של סרטים ברור שלא שוקלת שיקולי בטחון.
- עקרונות כללים של המשפט, אם נפגעת זכות אדם חובה להתחשב בזה.

### כללי שיקול הדעת

התחשבות במכלול השיקולים: על הרשות לקחת בחשבון את כל השיקולים. **ויכסלבאום**: מצבות, לא לקחו בחשבון את הפגיעה במשפחות. החובה היא לשקול את כל השיקולים ולתת להם משקל, יש לתת לכל שיקול משקל כך שזה יתבטא בהחלטה ולא לתת לשיקול רלוונטי משקל 0.

← מותר יהיה לא להתחשב במכלול השיקולים כאשר [] ההחלטות האחרות גם לא שקלו את כל השיקולים [] השיקולים הם שיקולי רשות [] שיקולי מיעוט במצבים פוליטיים.

איסור התחשבות בשיקולים זרים: רסקין: פיטרו רקדנית בטן ממלון כי חששו שייקחו להם את תעודת הכשרות בשל כך. נקבע כי לרשות לפעול בגדר סמכותה בלבד כלומר מזון כשר וזהו שיקול זר.

**סבירות ומידתיות:** בהנחה ושקלו את מכלול השיקולים ולא התחשבו בשיקולים זרים, הסבירות והמידתיות מגבילות את האיזון והשקלול של הרשות. צריך לבחון מה המשקל שניתן לכל שיקול. זו עילה לביקורת שיפוטית אם ההחלטה נראית בלתי סבירה באופן קיצוני.

סבירות: עשויות להישאר בידי הרשות כמה חלופות שכל אחת מגלמת שיקלול אינטרסים אחר ואם בחרו בהחלטה המצויה מחוץ למתחם הסבירות וזוהי החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני יתערבו. מתחם הסבירות מכיל חלופות שונות, כדי לצאת מהמתחם ההחלטה צריכה להיות בלתי סבירה באופן קיצוני אם ניתן משקל גדול או קטן מדי לשיקול ביחס לתוכן ההחלטה. יש בכלל חוסר ודאות שכן רק בדיעבד אחרי פסיקת בית המשפט ניתן יהיה לדעת אם פעלת בסבירות. למשל עד דרעי פנחסי היה סביר לא לפטר שר עם כ"א, ומאז זה לא סביר באופן קיצוני. **לביא**: לביא נבחר על ידי וועדת איתור כמועמד למשרה ציבורית והיועמ"ש אמר שאין לדון במועמדות שלו כי הוא התבטא בגזענות ולא יכול לכהן בתפקיד אמון. העתירה נדחתה אך ביניש אמרה שהיועמ"ש לא יכול לקבוע מראש שזה לא סביר, הממשלה צריכה לדון ולבצע החלטה ורק אחרי ההחלטה אפשר ללכת לבית משפט ולבטל ההחלטה.

ביקורת על סבירות:

- **קרצמר**: סובר שבית המשפט נוקט שימוש בעילת הסבירות כאשר חושד שלא התקיימו התחשבות במכלול השיקולים/ שקלו שיקולים זרים ולא יכול להוכיח זאת ולכן תוקף דרך סבירות ההחלטה. למשל באצטדיון טדי היה חשש שאי מתן האישור להקמתו נוסע מחשש חילול שבת ולא מנימוק רלוונטי ולכן נפסלה בחוסר סבירות כי ניתן משקל לא סביר לשיקול השלמת התוכנית (15 שנה עברו).
- שיח הסבירות התרחב מאוד בשנים האחרונות וזה מאפשר לבית המשפט שק"ד בלי כללים מסודרים ולכן נוצרת עמימות.
- יוצר יותר עתירות כי סבירות נבחנת רק אחרי שכבר החליטו.
- צמצום שיקול הדעת מחשש שיראה שבית המשפט מתערב יותר מדי.

יתרונות הסבירות:

- הרשות תקבל החלטה טובה יותר בידיעה שאחר כך תעמוד במבחן שיבחון את סבירות ההחלטה.
- כשאי אפשר להוכיח את הפגיעה במבחינים הקודמים אפשר לפסול לפי סבירות (אקטיביזם חיובי).
- מעניק לרשות מתחם רחב של סבירות להחלטות.

מידתיות: הביקורת הביאו לפיתוח מבחן המידתיות. הכולל שולשה מבחני משנה:

- מבחן ההתאמה/ קשר רציונלי בין האמצעי הנבחר למטרה.
- מבחן הפגיעה הפחותה/ הסולם. אם יש מספר חלופות צריך את הפחות פוגענית שתקדם את התכלית.
- מבחן מידתיות במובן הצר. איזון בין הנזק של ההחלטה ובין התועלת שתגרם ממנה. (דומה למבחן הסבירות כי מאזן בין שיקולים והמשקל שניתן להם תוך מתחם רחב).

המידתיות נחלשה עם הזמן, בבן עטיה רצו לשלוח אפשרות של בגרות פנימית בגלל העתקות בשנים עברו. נקבע שזה לא סביר להעניש עכשיו על מה שעשו בעבר אחרים ואין קשר. ברק הלך לפי מבחני המידתיות והראה שאין קשר רציונלי בין תלמידים משנים קודמות ובין בגרות פנימית וחינוכית, אין פגיעה פחותה כי יש חלופות אחרות ואין מובן צר כי יש כאן נזק של הטלת קלון. בפועל מבחן המידתיות לא עמד במטרה של להחליף את הסבירות.

**ג'קלין**: רצו לגבות עוד תשלומים מהורים בכפוף לחוזר מנכל. שטיין קובע שזה להחלטת הבורח ולא העותר זה איזון שעל המחוקק לבצע.

**גדר הפרדה**: הזזת התוואי תביא לשמירה של 95 אחוז בטחון 01 פגיעה בזכויות אדם ולכן עדיף.

**שוויון מנהלי- אריסטוטלי**: שוויון מנהלי משמעו עקביות כלומר לא די שהרשות קבלה החלטה עם כל השיקולים, בלי שיקולים זרים ותוך שקלול שעומד במבחני סבירות ומידתיות אלא על ההחלטה להיות עקבית ביחס להחלטות אחרות. **ר.מ.ז**: לא נתנו לבית חולים רישיון להקמתו, לבית חולים במקום אחר נתנו ולא היה הבדל, בגלל שאין שוני רלוונטי חייבים להיות עקביים. ההגנה על שוויון מנהלי חלשה מעל שוויון חוקתי וכוללת שלושה רכיבים: [1] יחס שווה לשווים [2] יחס שונה לשונים [3] שמירה על יחס מידתי בין השוני לבין ההתייחסות השונה.

שוויון חוקתי משמעו שבנורמות שלטוניות אין להתחשב בפרמטרים של דת גזע מין ושיקולים קבוצתיים אלא בהתאם למבחני פסקת ההגבלה. **אליס מילר**: פגעו בזכות שוויון בין אם בצדק בין אם לאו, נכון שזה שיקול ענייני ושוני רלוונטי אבל זה נפל בפסקת ההגבלה כי לא מידתי.

מדוע ההגנה על שוויון מנהלי חלשה יותר?

- מקרים בהם בלתי אפשרי להיות עקבי, למשל במקרים של החלטה בינארית, מי שקיבל 70 לא דומה למי שקיבל 100 אבל לשניהם יהיה עובר בינארי. למרות שאלו מקרים שונים ההתייחסות זהה.
- לא תמיד רוצים לכבול את שיקול דעתה של הרשות ויש לאפשר לה לשנות החלטות בהתאם למציאות ולאפשר שיקול דעת מסוים.

- לפעמים צריך לקבל החלטה שרירותית, בעיקר בענייני תקציב. ולכן נעדיף שרירותיות על פני עקביות (תל מגידו- תקציבים לאזורי עדיפות ביטחוניות).
- אין יכולת ברורה לקבוע מתי מקרה הוא זהה או שונה.
- קשיי הוכחה שהופר שוויון מנהלי במקרים מורכבים, קושי להוכיח אם זה הבדל רלוונטי המצדיק יחס שונה או שווה. **הבית הפתוח**: אין הבדל בין שני סוגי השוויון ואת שניהם יש לנתח לפי פסקת ההגבלה. **לדעת המרצה**, כאשר מדובר בשוויון מנהלי לא ניתן להחיל כלל את פסקת ההגבלה. אם מדובר בהתייחסות שונה במקרים שונים השוויון המנהלי מופר ולא ניתן לנתח אותו לפי פסקת ההגבלה כיוון שהפגיעה בו מכיל בתוכה את שני השלבים. אם השוויון המנהלי הופר נגרמת פגיעה שאינה מוצדקת ולא ניתן להפריד בין הפגיעה להצדקה כמו שנעשה בנייתוח על פי פסקת ההגבלה במקרים של פגיעה בשוויון החוקתי.

### הנחיות מנהליות:

כללים להפעלת שיקול דעת לפיהם רשאית הרשות המנהלית להפעיל את שיקול דעתה. להנחיות מספר מטרות:

[1] יעילות בקבלת ההחלטה – רשות שצריכה לקבל החלטה פעמים רבות ולכן אין זה מעשי ויעיל שתצטרך לברר כל פעם מה הכללים להפעלת הסמכות ולכן הנחיות מנהליות מיעלות את העבודה.

[2] עקביות – ישנן סמכויות שכמה גורמים מורשים להפעיל במקביל או אותה סמכות שתפקידה מאויש באדם אחר אחת לתקופה, כדי ליצור מדיניות שוויונית ועקבית יש ליצור כללים אחידים.

[3] אצילה – כאשר רשות מוסמכת מאצילה סמכות היא יכולה לפקח על האיצועל על ידי קביעת הנחיות.

**באר**: הנחיה מנהלית לפיה בכמות תלמידים מסוימת יש לסגור בית ספר, סטו מההנחיה ונקבע כי מותר לסטות מהנחיה מנהלית אם קמה הצדקה. אם יש הצדקה לסטות קמה אף חובה לסטות מהנחיה שכן אי סטייה תראה כלא סבירה.

**מסעדה צמחונית**: ההנחיות אמרו שאפשר לפתוח מסעדה ברחוב, לאחר כך שינו הנחיות ואסרו זאת. השופטים חייבו את העיריה לאפשר לה להקים מסעדה שכן הייתה לה הסתמכות על מדיניות קודמת וכן מותר לחרוג כי זו לא תקנה אלא הנחיה לאור נסיבות לגיטימיות.

**אפרתי**: יש חובה לפרסם הנחיות, בעקבות פסק הדין הכנסת בחוק חופש המידע יצרה חובה לפרסם הנחיות מנהליות על פיהן פועל רשות בנסיבות מסוימות.

**לכן**: הנחיות מנהליות שאינן שוויוניות יידחו, יש לקבוע קריטריונים שאינם עמומים ושיבטחו שוויון והגינות מכוח חוק יסודות התקציב שחל על רשות מקומית. (בהאצלה לסמכות פרטית נשאת החובה הציבורית). אין לרשות שק"ד בעניין והיא חייבת לקבוע הנחיות.

**הבית הפתוח ללהטי"ב**: ביקשו תמיכה בהתאם לקריטריונים וכל פעם שינו אותם. עמית קבע שלא לגיטימי לשנות כל הזמן, כספי ציבור מחייבים פעולה לפי הנחיות ענייניות שוויוניות ובלי שיקולים זרים.

### שינוי החלטה מנהלית:

ס' 15 לחוק הפרשנות קובע שסמכות להתקין תקנות או הוראות אפשר לבטל או להשהות בדרך בה תוקנו או ניתנו. **שללם**: קיבל רישיון אקדח אך התברר כי לא היו אמורים לתת כי יש לו עבר פלילי ולכן שללו לו. בית המשפט הורה להשיב את הרישיון לשללם כי זה רק חידוש, יש כאן הסתמכות וכבר מחזיק באקדח. המצב היה שונה לו מראש היו לא נותנים לו.

הפעלת הסמכות צריכה להיעשות באופן בה התקבלה ההחלטה המקורית, שיקול הדעת צריך להיות חוקי. עולה השאלה אם הכוונה לאופן בו הייתה חובה חוקית לפעול או איך פעלו דה פקטו, לפי בנדור יש לראות זאת כהליך החוקי משפטית ולא מה שננקט בפועל. סעיף זה גם לא גורע מכללי המשפט המנהלי הכללי אלא אם נכתב מפורש בחוק.

**סיווג הנורמה**: **נורמה שיפוטית** היא בעלת אינטרס הסתמכות חזק ביותר ולכן שינוי או תיקון של החלטה שיפוטית ייעשה רק במקרים נדירים. **בנורמה חקיקתית** אי אפשר להסתמך לנצח על מצב משפטי קיים לכן יש אפשרות לשנות אך תוך אפשרות של תקופת התארגנות. **בהחלטה ביצועית** יש מידה לגיטימית של הסתמכות, **בשללם** מדברים רק על שינוי במצב של הטעיה שיש לה השלכה גדולה על טובת הציבור. לכן כדי לסטות מהחלטה ביצועית צריך סיבה משמעותית, אם השינוי לטובת האזרח יש יותר חופשיות שינוי. **דורתן**: אמרו לו שנסגר נגדו התיק ואז כן רצו להעמידו לדין, נקבע שתקינות המנהל מחייבת לאפשר לדרג בכיר להתערב ולשנות החלטה באם צריך. **קרינסקי**: נגנב לו נשק שלא באשמתו ולכן לא חידשו לו רישיון כי זה קריטריונים אחרים, בית המשפט אישר זאת – מותר לשנות מדיניות.

### הבטחה מנהלית והשתק רשויות:

המכנה המשותף בין השתק להבטחה מנהלית הוא ששתיהן טענות שיכול להעלות האזרח כלפי הבטחה של הרשות מולו אם זו משנה דעתה.

**תורת הבטחה המנהלית**: **סאי טקסט**: רשות הבטיחה לתת מענק וביטלה אותו. על רשות שלטונית חלה חובת הגינות מוגברת ואם היא מבטיחה בתנאים מסוימים זוהי הבטחה מחייבת. זוהי הלכת ההבטחה המנהלית. החשש הוא שהדבר יביא לפיזור הבטחות ללא כיסוי עד כדי יצירת מנהל לא תקין. לכן נחקקו חמישה תנאים שמקנים תוקף להבטחה מנהלית: " בעל שררה נתן הבטחה וההגינות הציבורית דורשת את קיומה".

**מתווה הגז**: נפסלה הבטחה מנהלית אך לא בגלל אי עמידה במבחנים. **הניון אשקלון**: על הבטחה להיות ברורה ומפורשת ולא הצהרת כוונות כללית.

**סייגים להבטחה מנהלית:** הסיבה לסייגים היא שלא הגיוני שגוף שלטוני יבצע חוזה פרטי, מדינה לא יכולה להכנס בחוזה על סמכויות שלטוניות.

[1] על ההבטחה להינתן בגדר סמכותו החוקית של המבטיח: המטרה למנוע מצב בו שר בטחון מבטיח הבטחות של תרבות או להיפך ולגדר את האפשרות לתת הבטחה רק בתחום מוסמך.

[2] המבטיח התכוון לתת תוקף משפטי מחייב להבטחתו

[3] הצד השני מקבל את ההבטחה כבעלת תוקף משפטי

[4] למבטיח יש יכולת למלא אחר הבטחתו: מפרשים זאת כך שאם שינו את האדם בתפקיד הוא לא מוכרח לקיים.

[5] אין צידוק לשנות או לבטל את החלטה: המדינה יכולה להפעיל את הלכת ההשתחררות אם יש סיבה מיוחדת תוך שיש שק"ד רחב לרשות בלי סיבה מיוחדת ממש. לפי סאיטקסט מדיניות חדשה אינה נחשבת כצידוק.

### השתק רשויות:

הפרט יכול להשתיק רשות, על מנת לטעון להשתק חייב להתקיים (עבאדה): 1. רשות מנהלית נתנה הבטחה או הציגה מצג שווא של סמכות. 2. לפרט הייתה הסתמכות בתום לב. 3. ההסתמכות סבירה. 4. הפרט שינה מצבו לרעה. 5. גם בלי הסתמכות, אם ניתן מצג שווא. משמעותה של הלכת ההשתק שאי אפשר לה לרשות לטעון לפגם של חוסר סמכות או מצג שווא כלומר יתעלמו מטעות הרשות.

הבעיה בהשתק היא שקבלתו פוגעת דה פקטו באינטרס הציבורי שכספו יממן את הטעות. מי שישבול מטעות של איש ציבור הוא הציבור לכן לא נוטים להחיל השתק בישראל. לכן יש לאזן בין השיקול של ייחוד המשפט הציבורי ובין שיקולים אחרים.

### טיעונים נגד השתק:

- התרבות בישראל של חיפוף ולא רוצים לעודד מנהל לא תקין על ידי אישור פגמים.
- כללי ההשתק נוקשים ולא מאפשרים גמישות ושופטים לא אוהבים את זה. **בית הרכב**: היה צודק לחלק חלק מהנוק ולא לאפשר לתושבים להנות מאי התקינות לכן נתנו לשלם רק חצי סכום, "הלכת הבטלות היחסית"- הייתה הסתמכות אבל החוק חשוב (והשתק יעשה הרחבת סמכויות) ולכן ביהמ"ש קובע סעד לפי שק"ד- מה שצודק בנסיבות העניין- שיחזירו חצי. ביהמ"ש מעוניין לפתח משפט מנהלי גמיש על מנת להגיע לתוצאה הצודקת ביותר, מבלי להיות כבול לצורת ההסדר של תנאים נוקשים ומסודרים.
- פגיעה באינטרס ציבורי – זה כיסו של הציבור.
- אי וודאות ופגיעה בוודאות כי זה תלוי מקרה ואיזונו.
- הרשות יודעת שיכולה לעבור על החוק כי אם יש הסתמכות יחליקו על זה.

### טיעונים בעד השתק:

- אי החלטתו תפגע באזרח ששינה מצבו לרעה.
- לרשות מנהלית יש חובת הגינות מוגברת וסומכים על הבטחותיה יותר.
- פיזור הנוק- אם מחילים השתק זה מתחלק על כל הציבור ולא על הפרט שהסתמך בתום לב.

לכן מוצע לבצע איזון תוך שלוקחים בחשבון: כמה הציבור יפגע וכמה האזרח שינה מצבו לרעה ויפגע אם לא יחילו השתק. כמו כן יש לבדוק כמה יפגעו צדדים שלישיים שהשתק יפגע בהם. יש תחליפים להשתק מכוח בטלות יחסית.

### סוגי השתקים: [1] השתק מלא ואכיפה [2] אכיפה תחליפית [3] פיצוי כספי.

**דמיון בין השתק והבטחה מנהלית:** שתיהן טענות של הפרט המחייבות את הרשות לקיים את שהתחייבה לו ושניהם תלויים באינטרסים ציבוריים.

**שוני בין השתק והבטחה מנהלית:** בהשתק צריך חוסר סמכות ובהטחה לא, בהשתק צריך הסתמכות ושינוי מצב לרעה ובהבטחה לא.

### חוזים מנהליים:

המדינה היא בעלת החוזים הרבים ביותר במשק ובחלק מחוזיה המדינה מפעילה סמכויות שלטוניות. לפי **זמיר** חוזה מנהלי אינו חוסה תחת דיני חוזים אזרחיים אלא תחת קטגוריה של דיני חוזים מנהליים כמו במדינות אירופאיות. לפי **בנדור** חוזה מנהלי הוא סוג של חוזה אזרחי. בעבר נהגו לחלק חוזה מנהלי ל-2 סוגים; חוזים מסחריים וחוזים שלטוניים. הייתה גישה לפיה חוזים של סמכות שלטון הם בעייתיים כי כובלים את שק"ד הרשות. כיום לא מבחנים בין 2 הסוגים.

### למה קשה להבחין בין חוזה של סמכות שלטונית ובין חוזה מסחרי?

- חוזה משלב שלטון, מנהל ופרט ואינו החלטה מנהלית חד צדדית קלאסית. לכן הוא לא בדיוק פרטי ולא בדיוק מנהלי אלא משותף.
- פרקטית אי אפשר להבחין בין סוגים שונים של המדינה (**מילר**). במדינות האירופאיות עליהן מסתמך זמיר כן אפשר להבחין בין הסוגים.

- המשפט המנהלי- חוזי אינו מוסדר ואפשר להסתייע בדיני חוזים אזרחיים לפיתוחו. לפי בנדור אי אפשר לתת למשפט המנהלי להסדיר את תחום החוזים בגלל דלות התחום שיביא לניצול לרעה את כוח המדינה בחוזים שלה.

**מאפייני החוזה המנהלי מול החוזה האזרחי :**

[1] מכרז : רשות מנהלית חייבת להיכנס בחוזים רק על ידי מכרז. גורמים פרטיים אינם מחויבים לבצע מכרז טרם כניסתם לחוזה והם מקיימים מו"מ.

[2] הלכת ההשתחררות : הרשות יכולה בהתקיים אינטרס ציבורי חיוני להשתחרר מחוזה בלי שהדבר יראה כהפרה בכפוף לפיצוי. בחוזים אזרחיים אין יכולת א-סימטרית כזו והדבר יראה כהפרה.

[3] זכות טיעון : בחוזה מנהלי חובה לתת זכות טיעון לצד השני בחוזה כמו גם חובת תום לב מוגברת. בחוזה אזרחי אין חובה לתת זכות טיעון.

[4] אי חוקיות : במצב של אי חוקיות בחוזה מנהלי חלה בטלות יחסית ובית המשפט יפעיל שיקול דעת בקביעת התוצאה הראויה. בחוק החוזים במקרה של אי חוקיות התוצאה היא בטלות וס' 31 מקנה שיקול דעת לא לבטל במקרים מסוימים. לפי **בנדור** ס' 31 נותן מענה לאי חוקיות ואין צורך בבטלות יחסית (במיוחד אם אי החוקיות מקורה באזרח ולא ברשות ואז ס' 32 יותר רלוונטי מבטלות יחסית) ואילו לפי **זמיר** יש צורך בבטלות יחסית לאור הגמישות.

האם כל התחייבות של רשות היא חוזה מנהלי? למשל הסדרי טיעון (ארביב) או הסכמים פוליטיים (אלחני) לכן יש לבדוק :

- **האם הצדדים התכוונו לתת תוקף משפטי להסכם?** חזקה שהסכם קואליציוני אינו הסכם שצדדים מקנים לו תוקף משפטי, בהעדר גמירת דעת. בהסכם פוליטי שיש בו מוטיב כספי נוצר ניגוד לתקנת הציבור ועל כן גם הוא פסול.
- **אם הייתה כוונה כאמור, מה הדין שיחול על חוזה כזה?** אין הלכה ברורה בעליון, או שהם בבסיס חוזי עם תוספת מנהלית או רק כללי משפט ציבורי. לפי **בנדור** בעייתי לא לראות בהסכם חוזה לאור זה שאין משפט חוזי-מנהלי, בנוסף חוק החוזים לא מחריג סוגי חוזים ולכן על פניו הוא חל על כל סוגי החוזים לפי רצון הצדדים.

**הלכת ההשתחררות :**

הרשות יכולה בהתקיים אינטרס ציבורי להשתחרר מחוזה באופן חד צדדי בלי שזה ראה כהפרה בכפוף לפיצוי.

הבעיות : (1) הלכת ההשתחררות אינה מפנימה את הגישה הכלכלית למשפט ולכן כחלק מהסיכון של האזרח שהמדינה תשתחרר מהחוזה החוזה עולה יותר כמעין פרמיה, סכום זה מוטל על הציבור. (2) אין כללים ברורים למתי אפשר להשתחרר ומתי לשלם פיצוי. (3) חוסר סימטריות בין האזר למדינה.

**דיני מכרזים :**

גוף פרטי מנהל משא ומתן לקראת כניסה לחוזה אך רשות ציבורית חייבת על פי דין לנהל מכרז תוך תחרות מאורגנת. מטרת החוק היא לתת הזדמנות שווה לכל המשתתפים להיכנס לחוזה עם המדינה. החל משנות 90 חובת המכרז מעוגנת בחוק וממנו יצאו הרבה תקנות ודה פקטו כל סוגית המכרזים מעוגנת על ידי התקנות.

**רציונלים לחובת מכרז :**

1. טוהר מידות : כל חוזה יוצר רווח לשני הצדדים לו, כשהמדינה היא אחד הצדדים והיא מעניקה רווח לפרט יש לבחון שהכל נעשה באופן שאינו מושחת או מונע משיקולים זרים.
  2. שוויון : יש לתת הזדמנות שווה לכולם להיכנס לחוזה עם המדינה.
  3. יעילות כלכלית : ההנחה שמכרז יביא כל אחד להציע הצעה הכי טובה כדי שייבחר וזה כדאי. לפי בנדור אם מכרז היה דרך להשיא רווחים כל גוף פרטי היה מקיים רק מכרזים.
- בהתנגשות בין יעילות כלכלית לטוהר מידות ושוויון, האחרונים גוברים אם למשל ההצעה הזולה ביותר אינה שוויונית.
- המכרז מביא לידי ביטוי ערכים ציבוריים ושיקולים ציבוריים שאינם רק כלכליים כמו למשל חיזוק אזורים בארץ, תוצרת הארץ ועוד.

**סוגי מכרזים :**

[1] מכרז פומבי : מכרז מפורט הכולל את החוזה המוצע והשיקולים שישקלו, תנאי הסף וזמנים. זהו המכרז הקלאסי.

[2] מכרז סגור : הרשות פונה מראש לכמה גורמים בבקשה שיציעו הצעות, נפוץ בעיקר בתחום מורכב טכנולוגי או בתחום עם המון ספקים והחשש שמראש לא יגישו כי הסיכוי לזכות זעיר. מצבעים מכרז מוקדם ואז כל מי שעובר נכנס למאגר ובחורים כל פעם מתוך המאגר ניצעים ומבצעים מכרז סגור.

[3] מעין מכרז/ מכרז בעל אלמנט של מו"מ : יש שירותים שאי אפשר מראש לקבוע מה צריך, אם חסרה ממשלתית רוצה לקנות פלאפונים לעובדיה ויכתבו בדיוק מה רוצים זה יהיה מכרז תפור שיתאים רק לחברה מסוימת.

**מהו מכרז?** אפשר לראות מכרז כמו"מ כהליך טרום חוזי המקביל לשלב המשא ומתן לכריתת חוזה, המכרז הוא הזמנה להגיש הצעות בעקבותיו יבואו הצעות. אפשר לראות מכרז כחוזה אם המכרז הוא הצעה וההצעות הן קיבול. הגדרת המכרז כמו"מ או כחוזה ממש קריטית לצורך הסעד. אם מדובר במו"מ הסעד יהיה על הפרת חובת תום לב במו"מ – פיצוי הסתמכות, אם זהו חוזה הרי הסעד הוא פיצויי קיום.



**סעדים :**

תקפות החלטה מנהלית ותוצאות הפגם : בעבר פגמים בפעולת רשות היו מחולקים לשני סוגים : [פגם של סמכות = בטלות] פגם של מעשה = אין בטלות מוחלטת אלא אפשרות ביטול.

ההבדל בין בטלות מוחלטת לבין אפשרות ביטול :

- צורת תקיפה : בהחלטה בטלה אפשר לטעון בתקיפה עקיפה ולא רק בפניה לבגץ, החלטה שרק ניתן לבטל אפשר לתקוף רק בתקיפה ישירה בבגץ.
- שיקול דעתו של בית המשפט : בהחלטה בטלה אין שיקול דעת והיא בטלה, החלטה שרק ניתן לבטל יש שיקול דעת אם לבטל או לא תוך שבדקים את ההשלכות והחומרה של הנזק.
- תוקף הביטול : בהחלטה בטלה התוקף רטרואקטיבי וברגע שיש פסק דין שאמר שבטל כאילו מעולם לא הייתה החלטה, בהחלטה שרק ניתן לבטל, מרגע הביטול היא בטלה.

הבעייתיות בהבחנה בין פגם בסמכות ובין פגם במעשה :

- קשה להגדיר אם הפגם בסמכות או במעשה, אם חוק מחייב התייעצות לפני החלטה ולא התייעצו, האם זה חוסר סמכות או רק הליך פגום?
- הסמכות מאוד מפותחת במשפט המקובל אך הפגמים האחרים לא. **ג'ספן** : יש מסכות לפסוק מאסר והפגם אינו בסמכות.
- האינטואיציה שפגם בסמכות חמור יותר מפגם במעשה שגויה, יתכנו פגמי סמכות קלים או טכניים ופגמים במעשה שהם חמורים.

בית המשפט לכן קבע שפגם שאינו בסמכות אך הפר כלל מרכזי במשפט המנהלי כמו צדק טבעי -בטל. דרעי : אסיר ששוחרר על תנאי, הוא הועמד מול הוועדה וטען שאומנם הייתה סמכות אך לא נתנו לו זכות טיעון, בדיעבד הסנגור אמר שלא היה לו מה להגיד בכל מקרה ולכן לא ביטלו את ההחלטה. לכן נוצרה תורת הבטלות היחסית/ התוצאה היחסית.

**תורת הבטלות היחסית :**

הרעיון מאחורי הבטלות היחסית הוא שהבחנות בין סמכות לפגם אחר, סוג התקיפה וכו' אינן רלוונטיות אלא יש לבחון את מכלול הנסיבות ולהחליט על התוצאה בהתאם - כמה המקרה חמור, כמה נפגע האדם, פגיעה בציבור, כמה נרצה לאפשר תקיפה עקיפה או ישירה (בעייתית שכל בית משפט יכול לפסוק אחרת, זה מעודד עשיית דין עצמי, בתקיפה ישירה הרשות גם אינה צד להליך- למשל פס"ד בנק המזרחי היה הליך אזרחי).

על בית המשפט להחליט האם ההחלטה בטלה / תקפה/ תקפה רק לצד אחד וכו'. לעיתים גם החלטה לא חוקית תהה תקפה בגלל פגיעה בצד ג'. **עיריית בת ים** : מינויים לא חוקיים אבל כבר אנשים מונו ונוצרה הסתמכות לכן לא ביטלו.

הבעיות בבטלות יחסית :

- במקום להיות החריג זה נהפך לכלל.
- מחליש את תוקף החוק.
- תמריץ לאי ציות כי אם יש הסתכמות זה יישאר אז אין צורך לברר אם המעשה חוקי או בסמכות.
- מעניק שק"ד רחב לבית משפט ועל כן חוסר ודאות משפטית מה תהה התוצאה של מעשיך, כל מקרה יבחן מחדש ואין כלל שמבטיח בטלות במקרה מסוים.
- מצריך לבוא לבית המשפט במקום שברור היה שיש בטלות.

**התרעת בטלות :**

בית המשפט רואה החלטה של רשות ואומר שההחלטה בעייתית אך בינתיים העתירה נידחת ויש התרעה בפני הרשות שאם ימשיכו לפעול ככה הפעם הבאה תביא לבטלות. לרשות יש שיקול דעת לא רק במתן הסעד אלא גם בקביעה האם ההחלטה חוקית או לא.

ההבדל בין בטלות יחסית להתרעת בטלות הוא שבבטלות יחסית השק"ד הוא על עצם הסעד ובהתרעת בטלות השק"ד הוא על עצם החוקיות.

**סעדים יינתנו :** אם יש פגיעה בכללי המשפט המנהלי/ לאחר ביצוע הלכת השתחררות על ידי אומדן.

בעבר הייתה גישה שאין פיצוי כספי בבג"ץ. **במגדח** נקבע שניתן לקבל פיצוי כספי לאור ס' 15 ג לחו"י השפיטה שקובע שבגץ מוסמך לתת כל סעד למען הצדק, **בבינוי ופיתוח** ברנזון אמר שיש סמכות לתת פיצויים על דרך אומדנה **ובמליב** נקבע שהפיצויים צריכים להיות לאור עקרון הלך הסעד אחר הזכות ולהשיב את המצב לקדמותו. **בצומת הנדסים** הלכו לפי אומדן ולא השבת המצב. לפי בנדור זה נובע מרתיעה להטיל את הסכום הזה על קופת הציבור.