תוכן עניינים

[מבוא – הקדמה לקורס 3](#_Toc93276306)

[קווי הגבול בין אדם פרטי לנושא משרה 3](#_Toc93276307)

[התפתחות המשפט הציבורי 6](#_Toc93276308)

[תנאים להתקיימות גוף דו-מהותי 12](#_Toc93276309)

[תזכורת: המשפט המנהלי מול גוף דו מהותי 15](#_Toc93276310)

[1. סמכות שלטונית על פי דין 20](#_Toc93276311)

[2. הזיקה הפונקציונאלית 23](#_Toc93276312)

[(א) פונקציה חיונית-קיומית 23](#_Toc93276313)

[(ב) פונקציה חיוניות-פונקציונאלית 24](#_Toc93276314)

[(ג) מתן שירות לציבור 28](#_Toc93276315)

[(ד) פעילות שלא למטרת רווח 29](#_Toc93276316)

[(ה) מונופולים 32](#_Toc93276317)

[(ו) ריכוז כוח העלול להיות מנוצל לרעה 34](#_Toc93276318)

[(ז) מימון פונקציונאלי 36](#_Toc93276319)

[3. הזיקה המוסדית 36](#_Toc93276320)

[(א) זיקת הבעלות 36](#_Toc93276321)

[(ב) הזיקה הרעיונית 37](#_Toc93276322)

[(ג) הזיקה הפיקוחית 38](#_Toc93276323)

[(ד) הזיקה המימונית 38](#_Toc93276324)

[סיכום הנושא – סיווג גופים כדו מהותיים 39](#_Toc93276325)

[הכפפת גופים דו-מהותיים לחובות מוגברות מן המשפט הציבורי 42](#_Toc93276326)

[1. עיקרון חוקיות המנהל 42](#_Toc93276327)

[2. החובה לפעול בהגינות 45](#_Toc93276328)

[3. החובה לנהוג בסבירות 47](#_Toc93276329)

[4. החובה להימנע משיקולים זרים ומניצול לרעה של כוח ציבורי 49](#_Toc93276330)

[5. החובה להתקשר באמצעות מכרז 50](#_Toc93276331)

[6. חובת כיבוד זכויות האדם 51](#_Toc93276332)

[עקרון השוויון. 51](#_Toc93276333)

[חופש הביטוי. 52](#_Toc93276334)

[הזכות להליך הוגן. 54](#_Toc93276335)

[7. הרחבת זכות העמידה. 54](#_Toc93276336)

[8. החובה להפעיל שיקול דעת. 54](#_Toc93276337)

[9. החובה להניח תשתית עובדתית. 54](#_Toc93276338)

[10. החובה לפעול בהתאם לערכי יסוד של משטר דמוקרטי 54](#_Toc93276339)

[11. כלל הבטלות היחסית. 55](#_Toc93276340)

[הקניית זכויות יתר על גופים דו מהותיים - פררוגטיבות. 55](#_Toc93276341)

דרישות הקורס:

* הקורס מבוסס על הספר של אסף הראל "גופים ונושאי משרה דו מהותיים" שנמצא בנבו.
* הקורס מתבסס על עקרונות בסיסיים של משפט מינהלי ולכן מי שלא למד – כדאי לעיין במחברת של קורס מנהלי. הקורס יעסוק גם בנושאים אקטואליים.
* הסילבוס ארוך, ככל הנראה לא נגיע לגעת בכל הנושאים. מצופה לקרוא חומרי קריאה.
* ציון הקורס בקורס הוא 100% בחינה, אין עבודות. בהמשך יעדכן אותנו אם המבחן יהיה בחומר פתוח או סגור.
* לא תהיה בדיקת נוכחות אם יש הרבה סטודנטים שיגיעו, אם לא יגיעו הרבה – המרצה יבדוק נוכחות לפי שמות.

מבחן:

* בחומר סגור **אבל** יאפשר להכניס סילבוס
* בהמשך נעבור על הסילבוס ונראה מה נדרש במבחן
* מבחן באורך שעתיים
* בדיקת מיומנות ויכולות יישומיות. יבחן גם ידע של דרים שלמדנו בקורס + הבנה
* מבנה: שאלה 1 או 2 מתגלגלת עם שאלות תיאורטיות ויישומיות. לא יהיה קייס אחד, אלא מבחן עקרוני תפיסתי
* **נדרש להראות את שני הצדדים!**

# מבוא – הקדמה לקורס

**אמירה חשובה על הקורס:** אסף הראל מלמד בשיטה שהוא קודם על עושה מעבר מהיר על כמעט על החומר של הקורס, מעין הקדמה של 2-3 שיעורים, ולאחר מכן צולל לעומק הדברים, מאזכר דברים שכבר לימד ומוסיף רבדים חדשים (למי שילמד אצלו סד"פ – עשה שם בול אותו דבר). אין צורך להילחץ שלא מבינים משהו לעומק בשיעורים הראשונים כי הירידה לרזולוציות מתרחשת אח"כ. בהצלחה!

## קווי הגבול בין אדם פרטי לנושא משרה

כלל הסוגיות הללו מציפות מתח גדול שיש בתפקיד נושא המשרה לבין היותו אדם פרטי בעל דעות וערכים מסוימים.

עמוד הפייסבוק של רון חולדאי.

רון חולדאי, ראש עיריית ת"א החליט לרוץ לכנסת עם מפלגתו "הישראלים". לא הייתה שום מניעה שלו להיות ראש עיר ולרוץ לכנסת במקביל. החליט להשתמש בעמוד פייסבוק בשם "רון חולדאי" שבו כ100,000 עוקבים כדי לקדם את המרוץ שלו. מעלה פוסטים שקשורים לחייו הפרטיים ולעיר ת"א, כל פוסט צריך לקבל את האישור שלו. בנוסף, ישנו עמוד פייסבוק של עיריית ת"א. מי שמתחזק את העמוד של רון חולדאי הוא עובד עירייה. בתקופה של חצי שנה בין כל בחירות חולדאי מימן בעצמו את תחזוקת האתר שלו (מתוך 9 שנים כראש עיר, שנה אחת שילם בעצמו). עיריית תל אביב בעצמה אמרה שהעמוד הוא עמוד פרטי של רון חולדאי ולא של העירייה. האם חולדאי רשאי לקדם את מפלגת הישראלים בעמוד הפייסבוק "רון חולדאי" על פי העובדות? "של מי עמוד הפייסבוק הזה, לעזאזל?", מאמר של המרצה שנכתב בעקבות פסק הדין של **השופט פוגלמן.** בשורה התחתונה השופט פוגלמן אומר מספר דברים:

1. הרמת מסך ופיזור הערפל מהטענות של העירייה והכינויים שהדביקו הצדדים
2. יש לבדוק האם הנכס נחשב "קניין ציבורי", יש חוק האוסר על מועמד להשתמש בנכס ששייך למשרד ממשלתי/ציבורי לקידום מפלגתו. זה מאפשר לו יתרון בלתי הוגן ופגיעה במועמדים אחרים. יפגע באמון הציבור אם מועמד ישתמש בו לצרכיו האישיים.
3. על פי בחינה מהותית השופט פוגלמן מגיע למסקנה שהכנס הוא קניין של העירייה ממספר סיבות: (1) רוב השנים מומן ע"י כספי ציבור (2) רוב הפוסטים עוסקים בעשייה הציבורית של חולדאי כראש עיר, יש להניח שרוב האנשים עקבו אחרי העמוד כי מעניין אותם "ראש עיריית ת"א, רון חולדאי". זה שלא כתוב ראש העיר זה תיוג. אם היה מדובר בנכס מוחשי, היה ברור לנו מאוד מהו קו הגבול, אך כיוון שמדובר בנכס לא מוחשי, אנחנו יותר מתקשים לחשוב על ההכרעה.
4. פוגלמן מאפשר לחולדאי לבקש רשות מהעירייה ולכתוב בעמוד שלו שהוא מקים עמוד חדש פרטי שעוסק בריצה שלו לכנסת, מי שירצה יעקוב אחר העמוד. כך ניתן יהיה לדעת מי רוצה לעקוב אחרי העמוד הפרטי שלו ומי מתעניין בעיר ת"א בלבד.

ניתן להסיק מהסיפור הזה כי לאדם שנושא במשרה יש חובות ודרישות מסוימות. צריך לבדוק באיזה כובע הוא מבצע את כל אחת מן הפעולות שלו. כאן: כובע של נבחר ציבור (ראש עיר) וכובע של מתמודד לכנסת, כובע פרטי (למרות שהוא גם עוסק בתועלת ציבורית, אך זו תועלת אחרת).

סלוגן "חוזרים לחיים" כחלק מקמפיין הליכוד.

שאלה דומה לזו זו צצה גם בנוגע לסלוגן "חוזרים לחיים", סלוגן של משרד הבריאות, השקיעו כסף כדי להטמיע את האמירה הזו כדי שהציבור יזהה את הסלוגן עם חשיבות ההתחסנות נגד נגיף הקורונה. הליכוד, ובראשם נתניהו, רצו לעשות שימוש בסלוגן במסגרת קמפיין הבחירות שלהם. הסוגייה הגיעה לפתחו של ביהמ"ש. **פוגלמן, ברק-ארז (רוב):** סלוגן מזוהה כנכס ציבורי, אסור לעשות שימוש, יש פגיעה בשוויון. לא ראוי לערבב בין הדברים. **שטיין (מיעוט):** כל אחד יכול לעשות שימוש בסלוגן, לא רק בנימין נתניהו שהיה באותה התקופה רה"מ ולכן אין פה כל פגיעה בשוויון.

"שלום עושים רק עם אויבים מובסים".

בפוסטר היה את האמירה הפרובוקטיבית ותמונות של הנייה ושל מנהיגים נוספים כורעים עם כיסוי עיניים. למרות החשיבות והפתיחות שיש בישראל לחופש הביטוי רון חולדאי החליט להוריד את הפוסטר. טען שהסיבה אינה רק האמירה אלא בעיקר בגלל התמונה, ביטל את רישיון השילוט ונימק זאת ב"זו אינה דרכנו". האם זו נחשבת לפגיעה בחופש הביטוי? **מחוזי:** טענו שלא נפל פגם בהחלטתו. **בעתירה לבג"ץ:** העתירה נדחתה מהיותה תיאורטית, אין מישהו שרצה לתלות את השלט ולכן לא דנו. למרות זאת, ניתן לראות שהשופטים לא מרוצים כל כך מהחלטת חולדאי. **שטיין:** האמירה "זו לא דרכנו" היא בעייתית מאוד. מצביע על כך שחולדאי מצדד רק בצד ערכי-מוסרי מסוים, למרות שהוא אמור להיות ראש עיר של כולם! הוא מפעיל סמכות שלטונית שבסופו של דבר מביאה לפגיעה בחופש הביטוי. עמדתו האישית לא מעניינית והוא גם לא יכול להביא לה ביטוי בנימוק הפורמאלי להחלטה – הנימוק צריך להיות על סמך מבחן החשש של "סכנה קרובה לוודאי" של משפט חוקתי.

"חופש הביטוי לא נגזר מ"דיני הטעם הטוב", מאמר של אסף הראל בגלובס. כאשר אדם נבחר ציבור הוא יכול להסביר כי הוא נבחר ע"מ לייצג את ערכיו. יש מקרים שבהם ניתן "לחיות בשלום" עם הבעת עמדה של ראש עיר (למשל: בניין עיריית תל אביב הואר בצורה של דגל לבנון כאשר התרחש שם המשבר ההומניטארי). לעומת זאת, כאשר מדובר בסמכות שלטונית שפוגעת בחופש הביטוי, יש בעיה גדולה בנימוקים פרטיים-ערכיים (זהו **האוביטר של שטיין** בפס"ד).

נימוק שונה בעמוד הפייסבוק ובהכרעה השלטונית.

מה קורה אם נבחר ציבור כותב בהכרעה נימוקים X מותרים בשיקול ההחלטה שלו עבור דבר מסוים, אך בפייסבוק שלו, עבור ציבור בוחריו, הוא כותב שלמעשה הנימוק היה Y, שהוא שיקול זר ואסור להכריע על פיו? לפי מה נבדוק את הכרעתו? קושי ראייתי להוכיח מי כתב את הפוסט, כנראה נבחר הציבור יטען שהעוזר שלו פרסם, זו אינה דעתו.

סירוב יולי אדלשטיין בכובעו יו"ר הכנסת לכנס את הכנסת.

יולי אדלשטיין החזיק בתפקידו בפיקדון עד שנבחר יו"ר כנסת חדש. באותה התקופה היה מו"מ ליצירת ממשלת האחדת בין כחול לבן לליכוד, אך היו בו עליות ומורדות. יו"ר הכנסת מחזיק ב"מפתחות" לכנסת ובחר שלא לכנס מליאה. ייתכן שלא רצה שיחליפו אותו בתפקידו, ייתכן שרצה לטרפד את מהלכי המו"מ בין המפלגות לממשלת אחדות. האם מותר לו לעשות זאת בכובעו כיו"ר הכנסת? **בג"ץ:** בפסק דין תקדימי מאוד (משתדלים שלא להתערב בעבודת הכנסת בגלל הפרדת הרשויות) חייבו את אדלשטיין לכנס את המליאה, אין לו מרחב תמרון במקרה הזה, מדובר בנכס ציבורי. בג"ץ עשה שמיניות באוויר כדי להוכיח שהוא לא פוגע בהפרדת הרשויות, ההפך! הוא שומר על ההפרדה כי הכנסת כעת משותקת. **אדלשטיין:** טען שהוא לא יכול לעשות זאת ולכן הוא מגיש התפטרות, אך יש לו 48 שעות נוספות לקיום צו בג"ץ (שזה זמן תוקף ההחלטה) ולמרות זאת החליט שלא לקיים את צו בג"ץ! העלה שיח ציבורי נרחב מאוד סביב ההחלטה שלו. המרצה: אדלשטיין טעה בהחלטה שלו, היה עדיף שהוא יכנס את המליאה תוך מחאה וכך השיח הציבורי היה עוסק בהחלטה עצמה. ההחלטה שלו הייתה בעייתית מאוד, מדרון חלקלק של שימוש בכובע ציבורי לצורך פרטי (שלא יוחלף) או צורך פוליטי.

המכנה המשותף לכל הדוגמות הללו - דו המהותיות של אדם שמשמש בתפקיד של נבחר ציבור.

שאלות בהן נעסוק:

* האם לאדם פרטי יש חופש ביטוי במקום העבודה שלו? ואם מדובר על המשנה ליועמ"ש (מעבר לעמדה המשפטית, אלא עמדה מוסרית-ערכית)? **פסיקת ביהמ"ש העליון** קבעה כי יש להם חופש ביטוי, אך חופש הביטוי ייקבע על פי מבחן קול העם, "מבחן הסכנה הקרובה לוודאי". בארה"ב הגישה הפוכה! בפס"ד מ2006 נקבע כי אין לעובד ציבור חופש ביטוי במקום העבודה, לא ייהנה מהתיקון הראשון לחוקה (לא יכול לטעון להגנה של חופש ביטוי אם פיטרו אותו ממקום העבודה). עובד ציבור נהנה מהגנה זו אך ורק כאשר מתקיימים 3 התנאים המצטברים הבאים: (1) התבטאות בכובע פרטי ולא בכובע ציבורי (2) מתבטא בעניין שיש בו מחלוקת ציבורית ולא פרטית (3) הנזק לא עולה על התועלת (בדומה למבחן הסכנה הקרובה לוודאי של קול העם הישראלי).
* האם ישנו דבר הנקרא "אישיות דו-מהותית בדימוס", למשל שופט בדימוס, או once a judge – always a judge כדעתו של השופט ברק?

## התפתחות המשפט הציבורי

**תקופה ראשונה: תחילת המאה ה19 – המדינה "שומרת הלילה"**

מדינה רזה (מתעסקת בעיקר בצבא, מיסים מינימאלים), שוק חופשי (היד הנעלמה), לא מתעסקת בצדק חלוקתי (מינימאליסטית).

**תקופה שנייה: סוף המאה ה19-תחילת המאה ה20 – "האכזבה"**

המדינה התחילה להתערב יותר ויותר בחיי האזרחים מ2 נימוקים עיקריים:

1. הנימוק האידאולוגי-מהותי. תפקיד המדינה הוא לדאוג לאזרחיה, להגן על זכויותיהם ולהבטיח שהיבטים אלו יבואו לידי ביטוי גם בשוק החופשי. אני לא רוצה לחיות במדינה שמאפשרת לאדם למכור את עצמו לעבדות או מדינה שאין בה דיני עבודה מוסדרים. יש חזקה שהעובד המוחלש יסכים לוותר על זכויותיו בגלל פערי הכוחות. מסיבה זו מדינה יכולה לקבוע חוקים קוגנטים (שלא ניתן להתנות עליהם), פאטרנליזם של המדינה ע"מ להגן על האזרחים (מדינה מעורבת וכבר לא מדינה כ"שומר לילה מינימאלי" כמו במאה ה19).
2. הנימוק הכלכלי (כשלי שוק).

* "רשות ההסדרים" אמורה לדאוג לכך שלא יהיו מונופולים. חשוב לומר שישנם נושאים שיש בהם מונופולים בצורה טבעית, למשל חברת החשמל. בין כה וכה, הממונה אמור לוודא שהמונופול לא יעשה **שימוש לרעה במונופול שלו**.
* **מוצרים ציבוריים.** אופי המוצר הוא כזה שלא יגרע מאדם אחר לצרוך אותו (כבישים, תאורה, תשתיות). המהות של המוצרים הציבוריים היא כזו שלמרות שמבינים שהם דורשים עבודה של מישהו/כסף – מישהו צריך לממן את זה. לכן המדינה מתערבת כאן ומכריחה את האזרחים לשלם ולממן את המוצרים הציבוריים.
* **פערי אינפורמציה.** בשוק הפרטי קיימים פערי ידע שההדיוט לא רכש אותם, תהליך התמקצעות. רוב המקצועות היום הם תחת רישוי, מפוקחים. התוצאה היא ש"אין ברירה" – איך אפשר לדעת אם יש לאדם ידע מסוים או לא? המדינה יוצרת רגולציה כלשהי ע"מ שתהיה יותר וודאות לציבור. זה כמובן לא מספיק כדי להחזיק את השוק הפרטי, הוא עובד על היצע וביקוש – שוק חופשי שיוצר תיעדוף. יש מחיר לרגולציה הזו – פוגעת בחופש העיסוק (אך עומדת במבחני פסקת ההגבלה)!
* **החצנת עלויות/NIMBY.** אפשר לכאורה לומר שמי שמתגורר ליד מפעל מזהם, הוא צריך להתמודד עם הזיהום, שיתבעו בעצמם את המפעלים המזהמים. אבל זה לא מספיק! לא כולם יכולים להניע את המערכת המשפטית מבחינת זמנים וברמה הכלכלית. מסיבה זו המדינה לא "מפקירה" את האזרחים והיא משיתה רגולציה של "מזהם-משלם".

ישראל נוסדה בתקופה ה2 ולכן היא נוסדה כמעין "מדינת רווחה". בזמנו לא היו טייקונים שניתן היה להעזר בהם בbuilt, operate, transfer = BOT (כמו שהיום נעשה בכביש 6).

ככל שהזמן עובר, המדינה הופכת להיות יותר ויותר מעורבת בחיי הפרט. **השופט זמיר:** המדינה מעורבת כ"כ בחיי האזרחים בצורה שאנחנו לא שמים לב כבר שהיא מעורבת בצורה גבוהה כל כך. יש כאן סכנה – אנחנו מעניקים למדינה כוח ועוצמה רבה (כספקית שירותים או מפקחת, נמצאת בכל מגזר, המעביד הגדול ביותר במשק). המשפט המנהלי הוא דיסיפלינה שנוצרה ע"מ להגן על הציבור מהכוח והמעורבות הרבה של המדינה בחיי הפרט בסוף המאה ה19-תחילת המאה ה20.

**תקופה שלישית: המאה ה21- "הפרטות"**

בשנים האחרונות הייתה תחושה של "אולי הגזמנו" במעורבות של המדינה בשוק הפרטי ולכן מתחילים בהפרטות. בגדול שאלת ההפרטות היא שאלה של מדיניות והמשפט נוטה שלא להתערב בה בדרך כלל, אך ישנם מקרים חריגים שהמשפט מתערב, הדוגמא הקלאסית של "הברקס" היא "פרשת הפרטת בתי הסוהר". טיעונים מפסק הדין:

1. טיעון הזכויות. המדינה היא זאת שחקרה והרשיעה לאורך כל השרשרת של ההליך הפלילי, אבל פתאום בשלב האחרון שלילת החירות נעשית ע"י גוף פרטי. פוגע בצורה לא מידתית בכבוד האדם דרך ח"י כבהו"א.
2. הטיעון המוסדי. יש מינימום של שירותים ציבוריים שהמדינה חייבת לספק בעצמה – ביססו זאת ע"י ס' 1 של ח"י הממשלה (הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה). פוגע פגיעה לא מידתית בח"י הממשלה (אין פסקת הגבלה). ביהמ"ש העליון משאיר את הטיעון הזה בצ"ע (אולי כי זה "שדה לא חרוש" לטעון זאת על ח"י הממשלה).
3. טיעון מעגלי הכבוד. (מתוך "על כבוד האדם והפרטה" - המאמר של אסף הראל על הפרשה). "מעגלי כבוד". חוץ מהמעגל של שלילת החירות יש עוד מעגלים: שיפור תנאים מעבר למינימום מתוך ההבנה שיש רגולציה טובה ומתוך רצון, אוטונומיה של הרצון הפרטי. המרצה בעצם אומר שהנשיאה ביניש דיברה על הזכות לכבוד אבל רק על רכיב אחד! פסק הדין שלה מסתכל על האסיר כאמצעי, האם מישהו שאל את האסיר מה הוא רוצה? אם היה תיקון אחד קטן בחוק (ביהמ"ש העליון היה מחזיר את החוק לכנסת) – רכיב ההסכמה, אז החוק היה יכול להציל את החוקתיות של החוק. המהלך של העליון הוא מהלך מתוחכם בהרבה ממה שנראה על פני השטח. באופן פורמאלי השאירו את הטיעון המוסדי בצ"ע, אך למעשה הכניסו אותו לתוך טיעון הכבוד. המאמר של המרצה עוסק בשאלה "האם אדם יכול לבחור לוותר על זכות חוקתית בצורה של הסכמה מדעת והליך ראוי?". ישנן דוגמות רבות לכך: הוויתור על זכות השתיקה, הוויתור לא להישפט בפני חבר מושבעים בארה"ב.

* הפנייה לאסיר היא לא פרקטיקה זרה - גם היום שואלים אסירים באיזה בית סוהר הם מעדיפים להיכלא. צריך לוודא שהוויתור וההסכמה הם מדעת.
* במאמר הם מציינים שיש הפרטות רבות בשוק שעובדות בצורה מעולה (כך טוען גם **השופט אדמונד לוי**): עבודות שירות בעמותות פרטיות, בתי חולים פסיכיאטריים... טען שיש לתת לבית הסוהר אפשרות להתנהל ולבדוק זאת לאחר תקופה.

סיכום דעת המרצה: פסק הדין לאו דווקא שגוי, אלא הנימוק שלו שגוי. אם לא היינו מקבלים את "הברקס" הזה, אולי היינו צועדים לעבר הפרטה של המשטרה והצבא. פסק הדין היה צריך להיות מנומק באמצעות הטיעון המוסדי.

ההפרטה מתרחשת לעיתים "דה פקטו" כמו עם עמותות. ישנם מקרים שבהם ההפרטה היא תהליך (שירותי התקשורת עברו תהליך מרשות ציבורית עד לבזק – רשות פרטית לחלוטין).

**המשפט הציבורי** מורכב ממספר תחומים:

1. משפט פלילי (דיני העונשין)
2. דיני מיסים
3. זכויות אדם
4. רשויות השלטון והאינטראקציה ביניהן
5. משפט מנהלי – בו נתמקד. למשפט זה ישנם 2 פנים:

|  |  |
| --- | --- |
| **חובות שמטילים על הרשויות הציבורית** | **פררוגטיבות = זכויות יתר שמוקנות לרשויות ציבוריות** |
| הסמכות המנהלית - עקרון חוקיות המנהל (מותר לרשות לעשות רק מה שמותר לה בחוק) | הלכת ההשתחררות – קשור לחוזים, רשות מנהלית זכאית להשתחרר לפעמים מחוזים בלי שהיא תצטרך לשלם על ביטול החוזה אם יש לה סיבה עניינית או אינטרס ציבורי כלשהו. נדרשת לשלם רק פיצויי הסתמכות (משבשת את דיני החוזים). |
| ההליך המנהלי – מורכב מהזכות להליך הוגן (כללי הצדק הטבעי), שקיפות, חופש מידע, חובת הנמקה, תשתית עובדתית רחבה... | הפקעת קרקעות – המדינה רשאית להפקיע קרקע של אזרח (כלומר פשוט להחליט אהלן אני זקוקה לשטח שלך בשביל משהו). כמובן שצריכה לשלם פיצוי, אבל זו פלישה משוגעת לזכויות של הפרט ועדיין המדינה רשאית לעשות את זה לצורכי ביטחון, סלילת כבישים, הקמת מוסדות ועוד. |
| ביקורת על השק"ד המנהלי – אסור לשקול שיקולים זרים (רק ענייניים), איזון בין השיקולים בצורה ראויה (עילת הסבירות – האם הרשות לא חרגה באופן קיצוני מהמתחם?), פגיעה מידתית בזכויות אדם, לא פוגעת בשוויון. | חזקת תקינות המנהל – יוצאים מנקודת הנחה אוטומטית שכשרשות מנהלית עושה פעולה כלשהי הפעולה הזו חוקית ולגיטימית. מי שצריך להרים את נטל ההוכחה כדי להראות שמשהו לא תקין קרה זה הצד השני. |

את השיעור הבא נתחיל בהבחנה בין משפט ציבורי לבין המשפט הפרטי, לאט לאט אנחנו מתקרבים לעניינים שקשורים לקורס 😊.

קריאה לשיעור הבא: הרכיב הראשון בתוך הפרק של 2 (ההבחנה בין גוף פרטי לדו-מהותי).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **משפט ציבורי** | **משפט פרטי** |
| **שחקנים** | רשות ציבורית – פרט | פרט - פרט |
| **ערכים מובילים** | "אין לה משלה ולא כלום" (הכול שייך לכלל הציבור), דרישת נאמנות מוגברת (אדם לאדם מלאך): נאמנות, רגישות, אחריות חברתית, שקיפות ונגישות.  למשל: שקיפות לגבי מצבו הבריאותי של רה"מ, ויתור על הזכות לפרטיות הנובעת מתוך התפקיד הציבורי. | המאפיין העיקרי של המשפט הפרטי הוא **חופש**: אגואיזם, פרטיות, העדר התערבות, אין חובה לנתינת דין וחשבון. חשוב לזכור שגם במשפט הפרטי יש דרישה של "אדם לאדם – אדם" (חובת תו"ל מינימאלית שתבטא את האינטרס הציבורי), מותר להרוויח אך אסור לרמוס את האחר. ישנם קווי גבול שאסור לחצות (חוקי מסגרת), לא ג'ונגל. |
| **סמכות לפעולה** | עקרון חוקיות המנהל (רשות יכולה לפעול רק במידה ויש הסמכה בדין) | אנשים פרטיים יכולים לפעול בכל זירה כל עוד לא נאסר עליהם בחוק. |
| **דרך ההתקשרות** | כפייה = האפשרות לשנות את מצבו של הפרט ללא הסכמתו (הפקעות; גביית מיסים בעזרת סנקציות, שימוש בכוח ואף מעצר; חילוטים; עיכוב – השהיית חופש התנועה), חוסר שוויון, פערי כוחות (הפרקליטות יכולה להגיש כתב אישום, אי אפשר להתחרות בכוח שאנחנו ציידנו בחקיקה את הרשות המנהלית). | החופש לבחור ולהסכים - נקודת המוצא היא שאדם יכול להחליט האם להתקשר בעסקה או לא, שחקנים רציונאליים, שוויון בכוחות (למרות שישנם פערי כוחות, אך לא רדיקליים כל כך).  חזרה לפס"ד בתי הסוהר: אילו בית הסוהר הפרטי היה מאוכלס, הפקודה העניקה סמכויות שלטוניות (אסירים זו אוכלוסייה מוחלשת ולעיתים צריך להשתמש בכוח נגדם). חלק מהאמנה החברתית הוא שאנחנו מסכימים לתת כוח משמעותי וחזק לרשות ציבורית ולא לאף גוף פרטי! זו פגיעה משמעותית וגדולה. |
| **מטרות ואיזון אינטרסים** | נורמות המתייחסות לרווחת הכלל וחותר לתיקון עוולות חברתיות. | פתרון סכסוכים פרטיים באמצעות נורמות שתכליתן קידום אינטרסים של פרטים. |

**דוגמות להתערבות/אי-התערבות:**

* דירות. לאדם יש 5 דירות במגדל יוקרה, מחליט שלא להשכיר אותן ולא לעשות בהן שימוש. כל עוד רכש את הדירות ביושר ושילם עליהן מס – זכותו לעשות מה שהוא רוצה, זו לא עבירה פלילית או נזיקית "להיות טיפש" ולא להשתמש בהן. אולי יש פה טעם לפגם מוסרי, אבל זה חלק מהחופש של האדם. לעומת זאת, אם הדירות היו שייכות לרשות ציבורית, היה פה פגם של האינטרס הציבורי, יש חובה לפעולה.
* מובילאיי. חברות פיתוח נותנות למדינה ולאזרחים גאווה לאומית, כסף כתוצאה ממיסוי אקזיט, מקומות עבודה לאזרחים, כניסה של מטבע חוץ. שאלו את מקימי מובילאיי "מה צריך לעשות כדי שתקום כאן עוד חברה כזו?" והם ענו "תעזבו אותנו בשקט" – הרגולטור צריך לא להתערב ולתת לחברות ההייטק לעבוד. לאפשר לפרט להגשים את עצמו.

למרות ההבדלים הברורים שעולים מהטבלה, החיים אינם בינאריים ודיכוטומיים בצורה כה נחרצת במאה ה21. אי אפשר לומר שהטבלה לא נכונה, אבל היא מאוד פשטנית ודמגוגית, מייצגת את המציאות של שנות ה70 במאה הקודמת. **רוב השוק נמצא היום בתווך, בקווים האפורים**:

* רשתות חברתיות. סגירת העמוד של סטטוסים מצייצים כיוון שהפרו את ההתחייבות שלא לפרסם פוסטים בתשלום. "השאלטר ירד עליהם" ללא זכות הטיעון. הרשתות החברתיות החליפו את "כיכר העיר", מי שלא נמצא ברשתות חברתיות מתקשה מאוד להתנהל וליצור קשרים. מעין רגולטור לחופש הביטוי (יכול לחסום תכנים, לאפשר תכנים שהיינו מצפים שיחסום) שפועל למטרות רווח בלבד.
* בנקים
* חברות ביטוח
* תאגידי ענק

**הדוקטרינות**

למעשה, כל הקורס שלנו עוסק בהפרדה ובתחום הביניים שיש בין התחומים הללו. ישנן 2 דוקטרינות שחותרות תחת ההבחנה הזו בין המשפט הפרטי לציבורי:

1. **תחולת זכויות האדם ועקרונות היסוד מן המשפט הציבורי על פרטים מובהקים**. **אהרון ברק** ייבא את הדוקטרינה הזו לארץ (תחילה בספרות ולאחר מכן פיתח בפס"ד קסטנבאום). אם זכויות האדם הן טובין ציבוריים, מדוע הן חלות רק בין פרט-שלטון ולא בין פרט-פרט? תחולה אוניברסלית של זכויות האדם במשפט הפרטי וביטול ההבחנה בין פרטי לציבורי.

* דוג': חופש הביטוי. אדם עובד בחברה פרטית מובהקת, תוך כדי ביצוע העבודה אומר לקולגה שלו את דעותיו. לאחר מספר שעות הבוס שלו קורא לו ומסביר כי החליט לפטר אותו, לא מוכן שאדם בעל דעות פוליטיות כאלה יעבוד אצלו. אם כל הרציונאלים של חופש הביטוי טובים בין פרט לשלטון, הם לא טובים גם בין הפרטים? אהרון **ברק קבע כי את זכויות האדם צריך להחיל גם במשפט הפרטי!**

הבעיה: קשה לגזור תחולה ישירה מח"י של כבוה"א על פרטים כי יש בהם את פסקת הכיבוד. מסיבה זו הגישה שהשתרשה היא שזכויות היסוד יחולו בין פרטים בתחולה עקיפה דרך מושגי השסתום של המשפט הפרטי (תו"ל, תקנת הציבור, הפח"ח, רשלנות). ברק מבין שיש הבדל בין ההחלה על פרט ועל רשות – **איזון אופקי, כל מקרה לגופו**.

המחוקק לא חיכה לאהרון ברק, חוקק את חוק איסור אפליה במוצרים ושירותים ("חוק הסלקטורים") – ברגע שאתה פותח את שערייך לציבור, אתה מחויב שלא להפלות.

**2. גופים דו-מהותיים**

ישנם שישה תאגידים מלאכותיים שהמשפט הפרטי מאפשר לייצר:

1. חברה
2. עמותה
3. אגודה שיתופית
4. שותפות
5. הקדש
6. מפלגה

עם הזמן הם פיתחו לעצמם המון כוח ועוצמה: בין אם כי מייצרים **מוצר חיוני לציבור** (חשמל, מים, השכלה - אוניברסיטאות, הימורים – מפעל הפיס), בין אם מכוח **קבלת סמכויות שלטוניות** (רישוי – מכון פרטי שיקבע אם הרכב עבר טסט/טסטרים, מונופול – צמצום כוח הבחירה), או **ידה הארוכה של המדינה** (קופ"ח – מאפשרת את הקיום בכבוד). המדינה משתמשת בגופים הפרטיים הללו כדי לספק שירותים לציבור, אך הכוח והעוצמה שלהם כ"כ חזקים שעולה התהיה האם צריך להמשיך להשאיר אותם במתרס של "המשפט הפרטי" רק כי התחילו שם. האם השימוש במשפט הציבורי לא נותן לגיטימציה לסחוף אותן לצד של "המשפט הציבורי" ולו אף באופן חלקי? **הדוקטרינה הזו עוסקת בגופים דו-מהותיים** (גופים היברידיים/יצירי כלאיים)**.**

בניגוד לגישה של ברק שרוצה "לנתץ" את הגבול בין פרטי לציבורי, הדוקטרינה הזו שואפת להזיז במעט את החומה וההפרדה הברורה בין ציבורי לפרטי לגופים הדו מהותיים שנמצאים ב"תפר", הזזה של קו הגבול של חלק מהמשפט הפרטי לכיוון הציבורי. לצד דיני המשפט הפרטי (החלים עליהם ממילא), החלה של חלק מכללי המשפט המנהלי.

בעיות: איך נקבע מה הופך גוף פרטי לדו-מהותי? איך מאזנים בין הנורמות של הציבורי לפרטי? יש טרנספורמציה של חלק מהנורמות? הם וקטורים שונים, כל אחד סוחף לכיוון מנוגד (דואליות נורמטיבית), האם הם יכולים לחיות יחד?

נשאלת השאלה – האם הדוקטרינה של ברק לא "שואבת" את דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים? מדוע יש צורך בשתיהן? נתייחס להבדלים בין 2 הדוקטרינות:

|  |  |
| --- | --- |
| **גופים דו-מהותיים** | **תחולת זכויות האדם ועקרונות היסוד מן המשפט הציבורי על פרטים מובהקים** (ברק) |
| חל רק על גופים. "על הנייר" יש להחיל עליהם את המשפט המנהלי כולו (החובה לפעול באמצעות מכרז, איסור לשקול שיקולים זרים, שקיפות, מידתיות, סבירות) | הנמענים הם כל בני האדם, אך היא מצומצמת יותר מבחינת התוכן (זכויות אדם ועקרונות יסוד בלבד). |
| תחולה ישירה – אין צורך במהלכים מורכבים. במובן מסוים יש את הלגיטימציה להכיל את דיני המשפט המנהלי כי עושים שימוש במשאבי ציבור. דיני המשפט המנהלי הם מעין "מס" שמוחל על מי שעושה שימוש במשאבי ציבור (if you can't stand the heat – stay out of the kitchen)). | תחולה עקיפה (הפח"ח, רשלנות, תקנ"צ, תו"ל) |
| איזון אנכי. בגלל שנעשה שימוש במשאבי ציבור, הגוף הדו מהותי צובר כוח ועוצמה כך שאם הוא פוגע בפרט שעומד מולו ---- נעדיף את הפרט (תוך ניסיון שלא לפגוע באוטונומיה של הגוף הדו-מהותי). | איזון אופקי |

מכל הסיבות הללו לא ניתן לוותר על אחת מהן, נעשה שימוש בשתיהן יחד.

\*\*\*הערה: עד היום העיתונות הכתובה לא סווגה כ"גוף דו מהותי" מתוך החשש לפגוע בחופש הביטוי, הנזק עולה על התועלת (חייבת להיות חופשית, אבל נחיל עליה זכויות אדם ועקרונות יסוד).

# תנאים להתקיימות גוף דו-מהותי

3 תנאים חיצוניים מצטברים להתקיימותו של גוף דו-מהותי:

1. **ראש פרטי – גוף שהורתו במשפט הפרטי.** אנשים פרטיים החליטו להקים אותו בתווך של חקיקת המסגרת (כללים כמו חוק החברות, חוק החוזים...). בתוך חקיקת המסגרת יש הרבה חופש להגשים את מה שהמוסד רוצה (למשל: מכללה פרטית לא מתוקצבת). גוף = תאגיד או אדם (אדם הוא אישיות משפטית טבעית, תאגיד הוא אישיות משפטית מלאכותית).
2. **ראש פרטי – גוף הנהנה מאוטונומיה של הרצון הפרטי.**
3. **ראש ציבורי – גוף העושה שימוש מהותי במשאבי ציבור.** התנאי שיוצר את ההיברידיות/יצור כלאיים/דו-מהותיות. שימוש ב external resource (משאבים חיצוניים) מקנה את הלגיטימציה להכפפה על נורמות מהמשפט המינהלי (מעין "מס"). הדרך של הציבור לבטא את השימוש במשאבים שלו "ללא רשותו" (נשאב מתוך תיאוריות קינייניות ליברטריאניות שמאליות-מתונות).

במהלך הקורס נדון על 3 זיקות פנימיות שעשויות להפוך גוף פרטי לגוף דו-מהותי:

1. גוף פרטי המפעיל סמכות שלטונית על פי דין
2. גוף פרטי המפעיל זיקה פונקציונאלית לשלטון
3. גוף פרטי המפעיל זיקה מוסדית לשלטון

זו רשימה לא סגורה והתנאים אינם מצטברים! כל אחת מהן עשויה להצביע על שימוש במשאב ציבורי כלשהו, התשובה ל"האם מדובר בגוף דו-מהותי" תיגזר כל מקרה על פי נסיבותיו (אולי לשם משהו מסוים רשות ציבורי, לשם משהו אחר גוף פרטי ואופי פעילות אחר גוף דו מהותי). אלו בעצם "הקוביות", בכל מקרה נבדוק האם יש "מסה קריטית" שמצביעה על גוף דו מהותי או לא. מדובר בדוקטרינה פסיקתית (ללא עיגון בחקיקה), יש בה הרבה חוסר וודאות וחוסר יציבות. **נפרט על כל אחד מהם כעת בקצרה ונדבר בהרחבה לאורך הקורס.**

**1. גוף פרטי המפעיל סמכות שלטונית על פי דין.**

האם הגוף הפרטי קיבל מהדין את הפררוגטיבה (=זכות יתר שיש לרשות מנהלית) להפעיל סמכות בעלת אופי שלטוני? לרוב מדובר בשילוב של כפייה/כוח (סמכות שלטונית טבעה לאפשר לשנות את מצבו של הפרט ללא הסכמתו – מעצר, הפקעה, הגשת כתב אישום בהליך פלילי...) **+** אלמנט ערכי (ממנו אנחנו מבינים שמדובר על פעילות חשובה לחברה), אופי ציבורי. לרוב סמכות שלטונית מוענקת לרשות ציבורית, זה הדבר הטבעי מכיוון שמדובר בכוח רב ולרשות הציבורית אין לה כלום "שהוא שלה" (אין לה אינטרס עצמי כלשהו). בניגוד לכך, גוף פרטי פועל לתכלית חלוקת רווח, יש לו אינטרסים. במקרים של גופים פרטיים נשאלת השאלה "מי שמך?". דוג' לסמכויות שלטוניות שנתונות בידי גופים פרטיים:

* בית סוהר פרטי
* אשפוז בכפייה בבתי חולים פסיכיאטריים פרטיים
* תאגידי גבייה פרטיים
* תכנית ויסקונסין (מרכזי תעסוקה)
* סנגוריה ציבורית. עורכי דין פרטיים שרובם פרילנסרים, עובדים עם הסנגוריה ומעניקים את השירותים החיוניים לחשודים ונאשמים. מן הצד השני יש גם תובעים פרטיים שמקבלים הסמכה מהיועמ"ש להגיש כתבי אישום בגין עברות (לא חמורות כמו אונס ורצח, אבל כן תכנון ובנייה ואיכות הסביבה כפי שהזכרנו בסד"פ).
* בית ספר פרטי המעניק שירותי חינוך חובה
* אוניברסיטאות ומוסדות להשכלה גבוהה (?). עדיין לא מוגדר אם מדובר בסמכות שלטונית ע"פ דין או לא.

אחת מהתוצאות המיידיות של מגמת ההפרטה היא העובדה שצצו יותר ויותר יצירי כלאיים כאלה (דוג' עדכנית: הפרטה של מערך הטסטים – יש מצלמות, אפשר להגיש ערעור, מערכת ממוחשבת שקובעת את נתיב הטסט באופן רנדומאלי, מזינים במערכת את השגיאות שנעשו במהלך הטסט).

**2. גוף פרטי המפעיל זיקה פונקציונאלית לשלטון.**

כאן נשאל שאלות רבות שהמכנה המשותף שלהן הוא "האם הפונקציה שהגוף מבצע היא כזו שהיינו מצפים שהשלטון אמור לבצע?". נתייחס למספר תתי-זיקות:

* האם מספק שירות חיוני/קיומי לציבור? מים, גז, חשמל, שירותי קבורה. יש דברים שאנחנו חושבים שהם חיוניים אבל אולי לא קיומיים, כגון: ספורט, ביטוח, בנקים, חינוך, השכלה גבוהה, קופ"ח, רשתות חברתיות. הרבה מאוד מהשירותים האלה מסופקים ע"י גופים פרטיים. עד כמה מדובר בתחליף של פעילות הרשות או תוספת? בתי ספר פרטיים זו החלפה, השכלה גבוהה היא תוספת; קופות חולים שמספקות שירות בסיסי או ניתוחים קוסמטיים יותר; עמותות (המגזר השלישי) שעוסקות בפעילות רווחה חשובה (לתת, מפעל הפיס) כי המדינה לא נמצאת שם.
* האם מספק שירות לציבור? גם אם הוא לא חיוני, האם הוא פותח את שעריו לכל הציבור? זה "מדליק נורה אדומה" – גוף פרטי לחלוטין שפותח את שעריו לציבור כמו מסעדה או בית קפה יכול להחליט שלא להכניס אזרחים מסוימים לחנות שלו? התשובה היא לא! אסור להפלות אפליה חוקתית לפי חוק מוצרים ושירותים. במובן הזה המחוקק לא חיכה לדוקטרינה.
* האם פועל שלא למטרת חלוקת רווח? האם מחלק דיבידנדים לבעלי המניות? יש עמותות שלא למטרות רווח שהן כן רווחיות, אבל הכסף לא זורם לבעלי מניות שם אלא מגולגל בחזרה לתוך העמותה עצמה. רשם העמותות = תפקידו לפקח שאין משכורות עתק, אבל אין לו שיניים כ"כ חזקות. לשם כך ניתן להיעזר בדיני המשפט המנהלי.
* האם נהנה ממעמד בלעדי בתחום בו הגוף פועל? יש מצבים שבהם הצרכנים לא צורכים מוצר מכיוון שהגוף טוב, אלא כי יש **מונופול** ואין אפשרות לצריכה של מוצר אחר. צמצום מרחב הבחירה של הפרט גורם לו להפוך להיות שבוי! יש מונופולים מוכרים כמו חברת החשמל, אבל גם אם גוף מסוים לא הוכרז כמנופול ע"י החוק, הוא עדיין יכול להחשב למונופול אם יש לו כמות משתמשים גדולה מאוד ואין באמת אפשרויות אחרות בשוק (פייסבוק, גוגל).

דוגמא נוספת היא פס"ד קסטנבאום – חברת קבורה של חברא קדישא בירושלים שלא הרשו לכתוב על המצבות כיתוב לועזי. משפ' קסטנבאום כחלק מהזכות לכבוד שלהם ושל המנוחה רצתה שיהיה במצבה כיתוב לועזי. בפסק דין זה הייתה מחלוקת בין **שמגר לאלון** האם יש צמצום של מרחב הבחירה. ברמה הפורמאלית לא היה פה מונופול (היו חברות אחרות בירושלים שכן הסכימו כיתוב לועזי). **שמגר:** מעשית ההתכנות שאדם שמתעסק בקבורה של קרוב משפחתו יעשה "סקר שוק" היא נמוכה מאוד.

* האם מרכז בידיו כוח בלתי מרוסן העשוי להיות מנוצל לרעה? האם מדובר בכוח רב מדי? זה לרוב 2 צדדים לאותו המטבע של הנקודה הקודמת של מונופולים. המרצה אומר שגם פורום תקנה הוא דוגמא לכך למרות שהוא לא מונופול, יש אפשרות לפנייה למשטרה, עדיין לעניין הקהילתי יש ערך מאוד חזק כאן. הוא הופך להיות מחוקק (יש לפורום תקנות בנוגע למותר והאסור, כללים מחמירים יותר מהענישה הפלילית), מתנהלים כמו רשות מבצעת ושופטת (מכריעים, למרות שכאמור מדובר בדיון וולונטארי).
* האם הגוף הפרטי ניזון מכספי ציבור? לא כל גוף שניזון מכספי ציבור הוא דו מהותי (הרי כל חנות, סופר, בסוף הכסף שמוזרם להם ניזון מכספי הציבור שצורך את המוצרים שלהם), צריך עוד משהו נוסף.

**לא צריכות להתקיים כל הזיקות, מספיק שרק חלק כל עוד נוצרת מסה קריטית.**

**3. גוף פרטי המפעיל זיקה מוסדית לשלטון**

גוף בעל קשר לשלטון. כאן לא בודקים קשר, אלא בודקים פורמאלית את טביעת האצבע השלטונית בארגון. יש קשר סימביוטי בין הזיקה הפונקציונאלית למוסדית. כשיש גוף שנולד במשפט הפרטי וצבר לעצמו כל כך הרבה כוח, הפך להיות מפלצת ("גולם שקם על יוצרו"), האם המדינה תשב בצד ותתעלם מצבירת העוצמה? ממש לא! המדינה לא יכולה להיות אדישה לדברים האלה, לא מדובר במדינה מינימליסטית כשומרת לילה. היא תגיב בבדיקת אחד מהאופנים הבאים:

* זיקת בעלות – האם הגוף הפרטי נמצא בבעלות ציבורית? (חברות ממשלתיות)
* זיקה רעיונית – מקרים שבהם המדינה משתמשת בגוף כ"ידה הארוכה" עד שמבחינה רעיונית נזהה את הגוף כאילו הוא חלק מהמדינה ממש. דוג': קופ"ח; חברת החשמל; התאחדות נבחרת הכדורגל של ישראל - שרים את ההמנון, המאמן מכונה "המאמן הלאומי", כל אלה גורמים להדיוטות להאמין שמדובר בגוף מדיני ממש. לפי התקנון של פיפ"א כל נבחרת חייבת להיות פרטית, אסור לה להיות חלק מהמדינה! מדוע? פיפ"א רוצה חופש, כללים גלובאליים וניתוק קשר בין המדינה לבין ההתאחדות; אל על – הכי בבית בעולם (מניית זהב של המדינה); הבימה – התיאטרון הלאומי.
* זיקה פיקוחית – האם הגוף הפרטי מפוקח ע"י השלטון? **רגולציה מראש ולא בדיעבד!** אחת הבעיות של דוקטרינת הגופים הדן-מהותיים היא שהפיקוח הוא תמיד שיפוטי (בביהמ"ש), בדיעבד, חוסר וודאות וחוסר יציבות. לא תמיד לאזרח הקטן יש את הכסף והזמן לפנות ולגרור את הגוף החזק לביהמ"ש. אבל מצד שני חשוב לזכור שגם הרגולטור לא חף מביקורת (הביקורת המוכרת של משפט מנהלי על "השבי הרגולטורי") ולכן טוב שיש **גם וגם**. מעט מאוד מקצועות נותרו מחוץ לפיקוח, אחד מהם הוא עיתונות פרטית כתובה ומקוונת, עיתונות משודרת כן מפוקחת כי הם עושים שימוש במשאב מוגבל, תדרים!
* זיקה מימונית – האם הגוף הפרטי ממומן מכספי משלמי המיסים? בשונה מהזיקה הממונית הקודמת שדיברנו עליה, כאן מדובר על כסף ממשלמי המיסים! המדינה תומכת ומסבסדת הרבה גופים פרטיים (ספורט, חינוך, אומנות, תרבות). האם בעל המאה הוא בהכרח בעל הדעה - מימון הפעילות מצדיק את התערבות המדינה בארגון? כשגוף מקבל כסף ציבורי הוא לא יכול להתנתק מכך ולדרוש חופש מוחלט כמו בשוק החופשי. המדינה יכולה להכריח אותו לעמוד בדיני מכרזים (למשל באוניברסיטאות, אבל על מכללות זה לא חל באופן ישיר). מימון הוא פקטור חשוב מאוד! דוג':

1. מירי רגב: "יש את חופש המימון וחופש הביטוי", המרצה אומר שזה לא מדויק וזה הרבה יותר עמום מזה. יש תחומים שאם לא נממן אותם הם פשוט לא יהיו!
2. אגודת הסטודנטים בתל אביב פנתה לדיקן בבקשה לקיום הפגנה בנושא קונטרברסרי. האוניברסיטה אמרה להם שהם יכולים, אבל הם חייבים לממן עוד אקסטרה מאבטחים. המרצה שואל אם לא מדובר כאן בעידוד האלימות, שכן אם לא יהיו להם את המאבטחים הללו, לא תתקיים כלל ההפגנה וייפגע חופש הביטוי, החשש מאלימות של הצד השני "ניצח" את חופש הביטוי. אולי צריך לדרוש מהאוניברסיטה להכניס את היד לכיס ולהגן על חופש הביטוי השלילי? אם זאת מכללה פרטית לא מתוקצבת, הדרישה ממנה למימון היא נמוכה יותר (כמובן לא לפגוע בחופש הביטוי החיובי, אך כמה דורשים מחופש הביטוי השלילי?).

לסיכום השיעור ניתן דוגמא לגוף שיכול להיות גם וגם, תלוי בנסיבות – מכללה פרטית. סטודנט במכללה פרטית שפעל בצורה לא ראויה ולכן מעמידים אותו לדין משמעתי, ישנה חובה לאפשר לו **ייצוג ראוי** של עורך דין לפי כללי הצדק הטבעי. למרות זאת, לא נדרוש את **חובת המכרזים** במכללה פרטית.

דואליות נורמטיבית – דו קיום של המשפט הציבורי והפרטי.

הטענה של המרצה: כאשר מסווגים גוף פרטי כדו-מהותי, גם אם הוא בא לסווג את השימוש של הציבור באותו הגוף, הוא יפגע באוטונומיה שלו מבחינת החופש. "הזרקת" החומר הדו מהותי תחייב אותו בתשתית עובדתית הולמת, חובת שקיפות, חובת מרכזים ועוד. פסקת ההגבלה בח"י כבהו"א כתוב שפגיעה בכבוד צריכה להיות:

**1. פגיעה לתכלית ראויה** (בשל השימוש במשאבי ציבור) ומאושרת ע"פ חוק. לפי **אהרון ברק**, חוק כולל פסיקה (הדוקטרינה הפסיקתית של גופים דו-מהותיים).

**2. פגיעה מידתית** (ע"פ 3 מבחני המידתיות)

1. קשר רציונלי בין האמצעי (הנורמה הציבורית) לבין התכלית (שימוש במשאבי ציבור). מכרז במוסדות מתוקצבים: לא רוצים שהכסף של הציבור סתם יתבזבז, לעומת מכללות פרטיות לא מתוקצבות.
2. האמצעי שפגיעתו באוטונומיה של הפרט פחותה. יש להחיל את הנורמה הציבורית שתפגע פגיעה פחותה
3. מידתיות במובן הצר. נזק כתוצאה מפגיעה בהיבטים הפרטיים מול התועלת הציבורית. כפי שהזכרנו מספר פעמים, עד היום העיתונות הכתובה לא סווגה בגוף דו מהותי כדי לא לפגוע בחופש הביטוי, ציפור נפשה של הדמוקרטיה (עיתונות נשכנית, ביקורתית). למרות ההצעה של **ברק** בספרות לפני שנים רבות, זה לא התקבל. טענת הנגד היא כי עדיף שהעיתונות תטיל על עצמה מגבלות אתיות פנימיות. המאמר של המרצה "האם לא הגיעה העת לסווג את העיתונות הכתובה כגוף דו מהותי?[]". דוג' לכך היא תיק 4000 של נתניהו.

## תזכורת: המשפט המנהלי מול גוף דו מהותי

ישנן 4 חטיבות שהמשפט המנהלי עוסק בהן:

1. **הסמכות המנהלית (רשאית לעשות רק מה שהדין הסמיך אותה)**

* עקרון חוקיות המנהל (נגזרים ממנה מגוון עקרונות – הסדרים ראשוניים ומשניים, הסמכות השיורית של הממשלה)
* סמכות ביצועית; סמכות מעין חקיקתית וסמכות מעין שיפוטית
* סמכויות עזר וסמכויות טבועות
* עקרון עצמאות שיקול הדעת
* סמכות רשות/סמכות חובה/סמכויות אכיפה
* אצילת סמכויות, נטילת סמכויות, העברת סמכויות

1. **ההליך המנהלי**

* החובה להניח תשתית עובדתית
* חובת הנמקה
* כללי הצדק הטבעי
* זכות העיון הפרטית וחוק חופש המידע (שקיפות)
* תחילת תוקף (רטרואקטיבית, רטרוספקטיבית, עתידית)
* סופיות ההחלטה - שינוי, תיקון וביטול

1. **שיקול הדעת המנהלי** (זו החטיבה הקונטרוברסלית ביותר, עוסקת בחובות שעוסקות בתוכן שיקול הדעת של הרשות המנהלית. ביהמ"ש למעשה אומר שגם אם ההליך תקין מבחינת הפרוצדורה, עדיין יוודא שנשקלו רק שיקולים עניינים ולא זרים בהתאם לדין ולפרשנות)

* החובה לשקול שיקולים ענייניים והאיסור לשקול שיקולים זרים
* עילת הסבירות (העילה שמעוררת הכי הרבה מחולקות ומעסיקה מאוד את המשפט המנהלי - גם אם נשקלו שיקולים עניינים, האם המשקל שניתן לכל שיקול עומד במתחם הסבירות ולא סוטה באופן קיצוני ממנו? אם כן, ביהמ"ש יכול לבטל את ההחלטה! הרשויות מתעצבנות על זה מאוד, הם נבחרי ציבור, גוף פוליטי, ונפסלות להם החלטות). גם בתוך ביהמ"ש יש שופטים שמתקשים עם העילה הזו (כמו **סולברג** היום ובעבר **הנשיא גרוניס**), היא יציר הפסיקה. רובו ככולו של המשפט המנהלי מגיע מהפסיקה ולא מקודקס חקיקתי סדור ואחיד. המרצה: כשהוא היה במשרד המשפטים עבדו על תסקיר חוק שבסוף לא התקבל. הייתה שאלה גדולה אם לחוקק את הגופים הדו מהותיים, הרי כל הקונספט זה שנדרשת שם גמישות רבה + זה יציר פסיקה לחלוטין.
* עילת המידתיות
* החובה לנהוג בשוויון (אם הרשות המנהלית לא עקבית בשוויון, אין שוויון אריסטוטלי של יחס שונה לשונים ושווה לשווים – נדרש שוני רלוונטי).
* הנחיות מנהליות

1. **תוצאת הפרת כללי המשפט המנהלי** (יש גם הסמכות של צדדים שלישיים, תמי לב, מה עושים?)

* תקיפה ישירה ועקיפה
* תוצאה יחסית
* השעיית בטלות

**כפיפות למשפט המנהלי**

במאמר סוגריים נציין כי עד כה ראינו רק את החובות של הרשות המנהלית, אבל יש גם זכויות יתר (פרורגטיבות): חזקת תקינות המנהל, הלכת ההשתחררות.

המכנה המשותף לרשויות ציבורית הוא שמדובר בתאגידים שהדין יצר ע"י חוק/תקנה/החלטה מנהלית (תאגידים ציבוריים) שנועדו להגשים תכליות שונות ומגוונות. בניגוד לגופים פרטיים שמי שיצר אותם הם תאגידים, ברשות ציבורית הדין הקים אותם וקבע מה הכשרות שלהם (באיזה תחום יוכלו לפעול), מי ממנה את הרשות, מה הסמכויות שלה (אם יש סמכויות – הופכת להיות רשות מנהלית ולא רק ציבורית) ואיך תפעיל את הסמכויות. נציג את הרשויות המוכרות והחשובות ביותר אשר כפופות למשפט המנהלי:

* **מדינת ישראל.** הרשות הציבורית הנעלה ביותר. אין לה כ"כ הרבה סמכויות במובן המנהלי אבל היא נחשבת לרשות נפרדת במובן האזרחי-פרטי, יכולה לפעול שם ע"פ דין (חוק הנזיקין - אחריות המדינה מעניק חסינות למדינה מרשלנות באירוע מלחמתי)
* **ממשלת ישראל.** הממשלה במליאתה (ולא שרים ספציפיים), אישיות משפטית במשפט המנהלי אך אין לה אישיות משפטית במובן הפרטי כי לא קיבלה את הסמכות הזו ע"פ דין. מה קורה במקרים שיש חוזה כלשהו בין הממשלה לחברה פרטית? למעשה הממשלה "תופסת טרמפ" על המדינה, והחוזה הוא בשם מדינת ישראל, שהיא כן יכולה לשמש עם סמכויות כגוף פרטי. לממשלת ישראל יש סמכויות רבות ייחודיות (סמכות שיורית, סמכות להתקין תקנות לשעת חירום, סמכות להחליט לצאת למלחמה).
* **רשויות מקומיות.** עיריות, מועצות מקומיות, מועצות אזוריות, איגודי ערים. כל הרשויות הללו הוקמו על פי חיקוק כאשר המטרה היא לאפשר שירות מוניציפאלי יעיל. בניגוד לרשויות האחרות, כל 5 שנים יש בחירות והצבעה מתוך רצון לשתף את הציבור בניהול החיים המוניציפאלי. הדין מעניק לרשות סמכויות רבות, למשל חוקי עזר (רק מועצת הרשות כאורגן שלם יכולה לחוקק, ראש הרשות לא יכול), ראש העיר/ראש המועצה יכול להחליט להעניק רישיון לבית עסק. המחוקק אפשר לעירייה להיות גם גוף בעל סמכויות אזרחיות, לכן יכולה להתקשר בהסכמים ולהחזיק בחברות כלכליות בבעלותן.
* **תאגידים ציבוריים-סטטוטוריים.** מד"א, רשות שדות התעופה (אוריינטציה עסקית), תאגיד השידור הציבורי כאן, רשות הטבע והגנים, לשכת עורכי הדין, מכון ווינגייט (הולאם ב2017 בחוק מכון וינגייט. הוא תמיד היה ציבורי אבל הפך להיות רשות). המשותף לכולם הוא שהם הוקמו על פי חיקוק (בחוק כתוב "מוקמת בזו..."): קובע את הסמכויות (למשל גביית אגרות), דין, מעמד, כולל מעמד פרטי של סמכות להתקשר בהסכמים אזרחיים. צריך להבין שהכול נראה כמו רשות ציבורית, הכול הוא "המדינה", אבל תאגידים סטטוטוריים הם לא חלק מהמדינה! בעלי דין נפרד (אפשר לתבוע אותם), הנכסים שלהם הם לא של המדינה, העובדים הם לא עובדי מדינה אלא עובדי ציבור. אין ניתוק מוחלט בינם לבין המדינה (יש שר שאחראי על התאגיד). למה נוצרה ההפרדה? לא יעלה על הדעת שהמדינה תחזיק באפשרות למנוע ביקורת עליה, כמו בתאגיד השידור כאן 11. החריג הוא גל"צ, יחידה צבאית שיכולה לבקר את השלטון ולכן עלה הרצון לסגור את גל"צ, כנראה שלא יקרה בסוף.
* **גופים "לווייניים".** מי שהמציא את השם הוא השופט **יצחק זמיר:** לא משרד ממשלתי אבל גם לא משרד ציבורי, מסתובבים סביב הממשלה כמו לווין, יונקים ממנה את החום אבל הם לא תלויים בה אלא עצמאיים (לא כפופים לשום שר מבחינה פוליטית)**.** מדובר על חוקים שהוקמו ע"פ חוק או החלטה מנהלית, אבל הסמכות שלהם היא צרה מאוד ולכן אין צורך בחוק נפרד משלהם, אין להם סמכות כגוף אזרחי להתקשר בהסכמים. למשל: הוועדה לבחירת שופטים (אין לה תקציב נפרד, עצמאית לחלוטין), ועדות חקירה.
* **נושא משרה בתאגיד שהוקם והוסמך על-ידי הדין ומחזיק בסמכויות שלטוניות** (ראו בהמשך אישיות דו-מהותית)**.** אדם שממלא תפקיד כאורגן של תאגיד כלשהו, מפעיל את התאגיד, בעל הסמכה לקבל החלטות. דוג': מנהל המכס, שר המשפטים, היועץ המשפטי לממשלה.
* **גופים דו-מהותיים.** גופים פרטיים העושים שימוש במשאב ציבורי ---- נשוא הקורס שלנו (דיברנו בתחילת השנה על 3 הזיקות שלהם, דואליות נורמטיבית, עקרון המידתיות בהיבטים הפרטיים של הגוף הדו-מהותי).
* **אישיות דו-מהותית.** בשיעור הראשון דיברנו על דוגמאות רבות של אישיות דו מהותית (ביניהן רון חולדאי). שער 5 בספר של אסף הראל (כ70 עמודים) עוסק באישיות דו-מהותית. במהלך השיעורים ננסה לסדר את התבניות של האישיות הדו-מהותית.

ישנן 3 תבניות שונות (חלופיות ולא מצטברות):

**1) אדם, עובד ציבור, המשמש אורגן של אישיות משפטית בלתי טבעית אשר נוצרה על ידי הדין ומחזיק בסמכויות שלטוניות, לדוגמה: היועץ המשפטי לממשלה, נגיד בנק ישראל, ראש עיר, רב עיר.**

המרצה: כאשר חקר לקראת הספר שלו גילה שהפסיקה מדברת על גופים דו מהותיים היא מדברת רק על תאגידים. הוא טוען שאם אדם הוא עובד ציבור או נושא משרה (כמו רב העיר) בגוף ציבורי אמור לחול עליו דברים שקשורים לגוף דו מהותי (כמה מותר לו להביע את דעתו האישית אם הוא אורגן של אותו הגוף? ואם התיק כבר נסגר והוא לא עומד? האם יש מקום שהאורגן נחשב אדם פרטי ואז אסור להפגין לו ליד הבית?).

דוג' – נתניהו ואדלסון: נתניהו טען שאדלסון הוא חבר טוב שלו, הוא לא רוצה לדווח מתי הוא נפגש איתו כי זה פוגע לו בזכות לפרטיות כאדם מן השורה. **בג"ץ** קבע שאין פגיעה בלב הפרטיות, לא דרשו ממנו לומר מה תוכן השיחות אלא רק את התדירות, עוצמה, אורך המפגשים. כאן זה אפילו מתגבר כי לא מדובר רק ברה"מ לשעבר, אלא גם שלדון אדלסון עצמו הוא מעין אישיות דו מהותית כי הוא הבעלים של עיתון "ישראל היום".

**2כ) אדם, שאינו עובד ציבור, המשמש אורגן של גוף פרטי שסווג על ידי הפסיקה כדו-מהותי, לדוגמה: נשיא אוניברסיטת תל אביב, יו"ר קק"ל, רב המכהן כראש מכינה קדם צבאית.**

צריך לשים לב להבדל בין רב צבאי או רב עיר לבין רב של מכינה צבאית, כל אחד מהם יושב תחת תבנית שונה.

**3) אדם, שאינו עובד ציבור, העושה שימוש מהותי עצמאי במשאבי ציבור בלי שתהא לו זיקה לתאגיד זה או אחר, לדוגמה: עיתונאי, עו"ד שמקבל הסמכה להגיש כתבי אישום מטעם היועץ, אדם פרטי שמגיש קובלנה פלילית** (רשאי להמשיך את הסיפור ולהביא את הנתבע אל ביהמ"ש וכך מניע את ההליך הפלילי, גם אם המשטרה מחליטה לסגור את התיק)**, רב בעל השפעה ניכרת על ציבור גדול.**

מי לא כפוף למשפט המנהלי?

תאגידים פרטיים שהורתם במשפט הפרטי ולא סווגו כדו-מהותיים

* תאגיד שהוקם מכוח חוק החברות
* תאגיד שהוקם מכוח פקודת השותפויות
* תאגיד שהוקם מכוח חוק העמותות
* תאגיד שהוקם מכוח פקודת האגודות השיתופיות
* תאגיד שהוקם מכוח חוק הנאמנות
* תאגיד שהוקם מכוח חוק המפלגות
* אדם פרטי שלא סווג כאישיות דו מהותית

הטווח: תזוזה דו כיוונית מהציבורי אל הפרטי ומהפרטי אל הציבורי. בשני המקרים חלה דואליות נורמטיבית

**גוף דו-מהותי**

**תאגיד פרטי העושה שימוש מהותי במשאבי ציבור:**

חברה, עמותה, שותפות, אגודה שיתופית, הקדש, מפלגה.

**אישיות דו מהותית**

אדם, עובד ציבור, הנושא משרה בגוף דו-מהותי או עושה שימוש מהותי במשאבי ציבור מבלי שיש לו זיקה לתאגיד כזה או אחר.

דואליות נורמטיבית = דו קיום של המשפט הפרטי והציבורי

**גוף פרטי מובהק**

**תאגיד פרטי שאינו עושה שימוש מהותי במשאבי ציבור:**

חברה, עמותה, שותפות, אגודה שיתופית, הקדש, מפלגה.

**אישיות דו-מהותית הפועלת בכובעה הפרטי**

**אדם, אישיות משפטית טבעית, שאינו אישיות דו-מהותית**

**גוף ציבורי מובהק**

**תאגיד ציבורי שהוקם על-פי דין לצורך הגשמת תכלית ציבורית שהורתה בדין:**

מדינת ישראל, ממשלת ישראל, רשויות מקומיות, תאגידים ציבוריים ו"גופים לווייניים".

**אישיות דו מהותית:**

אדם, עובד ציבור, הנושא משרה באחד התאגידים הציבוריים המנויים לעיל, וממלא תפקיד ציבורי על-פי דין.

בשבוע הבא נפתח בהבדל בין 2 הדואליות הנורמטיבית. לאחר מכן נתחיל לעשות "זום אין" על הפרמטרים לסיווג גופים דו מהותיים.

הדואליות הנורמטיבית זהה?

שמנו לב יחד שיש תזוזה אל האמצע מהצד הציבורי והפרטי. אם זה מהצד הפרטי אל אמצע אנחנו בדוקטרינת הגופים הדו-מהותיים ותחול עליהם דואליות נורמטיבית (תוך הפעלת עיקרון המידתיות). בתזוזה אל האמצע מהצד הציבורי מדובר על רשויות ציבוריות שפועלות במגזר הפרטי (ממשלה, תאגידים סטטוטוריים, רשויות ציבוריות – שהדין מעניק להן סמכויות במשפט הפרטי), גם עליהן חלה דואליות נורמטיבית. תוצאה מעניינת - השם הוא אותו שם מבחינה פורמאלית, **אבל** המרצה אומר שהדואליות מבחינה התוכנית שונה בתכלית!

כשהדין מצייד רשות ציבורית בסמכויות במשפט הפרטי זה לא שהוא הופך להיות גוף עם אוטונומיה שיש לו חופש, אין פה רצון למנוע התערבות של המדינה בגוף הזה. עדיין אין לרשות הציבורית כלום משל עצמה (הרי הכול זה כספי ציבור, אינטרס ציבורי זה הדבר החשוב באמת). המשפט הפרטי הוא רק אינסטרומנט, אמצעי, להגשים מטרות ציבוריות. דוגמות:

* רשות ציבורית חייבת לערוך מכרז על פי החוק. בתקנות חובת מכרזים יש מקרים שיש בהם פטורים. נניח שבמקרה שלנו העסקה לא נכנסת לאחד מהפטורים, אך הרשות המנהלית פונה ומבקשת לבטל את המכרז – גורם לנזק ולסרבול, לא מאפשר קיום מו"מ בצורה טובה. אם רוצים להרוויח כמה שיותר כסף הרשות תבקש לקבל פטור מהמכרז, דבר שלדעתה יגרום לה להשיג את העסקה היעילה ביותר ויעצים את הקופה הציבורית (נצא מנקודת מוצא שהדבר הזה נכון במקרה הזה). אנחנו נשיב לרשות הציבורית שעם כל הכבוד לשיקול הכלכלי, אנחנו "רצים למרחקים ארוכים", מעדיפים רציונאלים של מניעת שחיתות, טוהר מידות, שוויון, צדק חלוקתי.
* נניח שרשות ציבורית שפועלת על פי דין עוסקת בדיור ציבורי והיא כורתת הסכם עם אזרח על דיור מוגן, אך האזרח לא משלם את דמי השכירות הנמוכים. לכאורה, לפי ההסכם, היא יכולה לפנות אותו במיידיות כמו כל אדם שלא משלם שכירות. מכיוון שמדובר ברשות ציבורית לא ניתן לפנות במיידיות, אלא מכיוון שמדובר ברשות ציבורית יש להתחשב בנסיבות (אוכלוסייה מוחלשת, סיטואציה מורכבת) ולא לרוץ לביהמ"ש לתבוע פינוי.

באמצעות הדוגמא הזו ניתן לראות כי כך מאזנים בין תכליות שונות. דרך הדוגמא הזו אפשר להמחיש שהמשפט הפרטי שחל על רשות ציבורית לא נועד באמת להקנות לה חופש, אוטונומיה, העדר התערבות (כל מה שדיברנו בשיעורים הראשונים), אלא זו תחפושת של המילה "ציבורי", אינסטורמט שנועד למקסם את האינטרס הציבורי. **דפנה ברק ארז**: כשיש עימות חזיתי בין המשפט הפרטי לציבורי בכל מה שקשור לדואליות, נעדיף כמעט תמיד את דיני המשפט הציבורי.

לעומת זאת, המובן הפרטי של גוף דו-מהותי שמגיע מהמגזר הפרטי הוא לא "תחפושת" אלא התכלית, "פרטי אמיתי"! כל אחד מאיתנו זכאי לחופש, העדר התערבות, אטונומיה. כאן יש חובה להפעיל את עקרון המידתיות!

## 1. סמכות שלטונית על פי דין

כשהדין מעניק לגוף פרטי את הפררוגטיבה להפעיל סמכות שלטונית/למלא תפקיד ציבורי, זה הפרמטר הראשון במעלה שעשוי להפוך גוף כזה לדו-מהותי. זה הביטוי של מעמדי כוחות, היכולת לשנות את מצבו המשפטי של הפרט ללא הסכמתו. כשהדין מעניק את הסמכות הזו לגוף פרטי זה המקרה הקלאסי. זה כמובן לא פטור אותנו מהצורך לנסות לזהות "מהי סמכות שלטונית על פי דין?", אבל ברור שיש כאן חריגה מהכלל (תמיד עדיף לתת סמכות לרשות ציבורית כי יש חשש מפגיעה בזכויות של האזרחים). דוגמות מתוך ספרו של **השופט זמיר**:

* חוק לשכת עורכי הדין מסמיך את האוניברסיטה העברית בירושלים לתת הכרה למוסדות ללימודי משפט מחוץ לישראל (כלומר איזה מוסד מחו"ל נחשב מספיק טוב כדי להכיר בלימודים שם).
* פקודת הקרקעות לצורכי ציבור קובעת ששר האוצר ראשי להסמיך אדם אחר להפקיע קרקעות (גם אם זה גוף שנולד מכוח הדין).

ישנו פס"ד מעניין מלפני 40 שנה (מיקרו דף) שדן גם כן בסוגיה של חברת החשמל. בר"מ 1106/04 ועדה מקומי ת לתכנון ובנייה חיפה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ עוסק בכך ששר האוצר אפשר לחברת החשמל להפקיע קרקעות לצורך הצבת עמודי מתח עיליים. חברת החשמל אכן עשתה זאת, אך בנוסף לכך היא גם השכירה את האזורים האלה למוסכים (תוכנית המתאר אפשרה זאת באותה התקופה). חלפו השנים, השתנתה תוכנית המתאר והיא כבר לא יכלה להשכיר את הנכסים האלה למוסכים. השתמשה בכוח השלטוני להפקיע קרקע, עשתה בהן שימוש חלקי ציבורי וחלק אחר שימוש פרטי, ולאחר שנמנע ממנה לעשות שימוש פרטי היא דרשה פיצויים! (מאמר של המרצה בשם "ההפקעת וגם ירשת?"). **השופט רובינשטיין:** התייסר מאוד בקביעה שלו, אבל הבין שהוא חייב לאפשר להם לקבל פיצויים בעקבות ס'197 בפקודה כיוון שהתנאים שלהם אכן הורעו. באופן מפתיע ביהמ"ש קיבל את הטענה שלהם וקבע שעליהם לקבל פיצויים. המרצה חושב שביהמ"ש העליון טעה בקביעתו, לדעתו אפשר היה לטעון שהיה שימוש לרעה בקרקע. חברת החשמל שילמה מחיר X רק עבור הקמת העמודים, אבל במשך כל השנים הם הרוויחו גם Y בעקבות השכרת הקרקע, לא הביאו את הY לבעלי הקרקעות המקוריים. היום הפקודה תוקנה, נקבע שאחרי 25 שנה רשות או גוף שהפקיעה קרקע יכולים לעשות מה שרוצים עם הקרקע (כלומר החובה לשימוש ציבורי מסוים הוא רק לתקופה מסוימת).

* חוק הצלילה הספורטיבית קובע שרשות מוסמכת היא רשות או תאגיד שהשרה מינה אותה להיות רשות מוסמכת. רשות מוסמכת בעצם יכולה לקבל רישוי, ומוסמכת למתן צו הפסקה מנהלי (כלומר, גוף פרטי שהחוק מצייד אותו בסמכויות מנהליות).
* החוק לני"ע מעניק לבורסה הרבה מאוד סמכויות שלטוניות. באחד מפסקי הדין של ביהמ"ש העליון נקבע כי תקנון הבורסה הוא תקנה בת פועל תחיקתי (כמו חקיקת משנה). הסיבה שזה נקבע כך היא שהשלטון מאוד מעורב בהתקנת התקנון (צריכים לקבל אישורים מהשר וגם מעוד ועדות בכנסת).
* מהפכת הטסטרים שהתרחשה בעת האחרונה – הפרטה שאפשרה לעובד של תאגיד פרטי להחליט מי יקבל רשיון. כמובן שזה מלווה ברגולציה (יש ברכב מצלמה שמצלמת מה קורה בפנים ובחוץ, אפשר להגיש ערעור, מערכת ממוחשבת שקובעת אם הנבחן עבר או לא לפי קריטריונים מובנים, מסלול נקבע רנדומאלית).
* בג"ץ 731/86 מיקרו דף – ביהמ"ש העליון קבע כי לחברת החשמל יש תכליות ציבוריות ולכן
* ע"א קסטנבאום (חברה לענייני קבורה קיבלה סמכות שלטונית). אגרה היא גם סממן של רשות שלטונית.
* בגץ 4363/2000 ועד פורייה עלית נ' שר החינוך. בית ספר פרטי מוכר שאינו רשמי (ממומן בחלקו ע"י המדינה). פסק הדין עסק באזור שהיה בו רק בית ספר אחד. נשלחו להורים דרישות תשלום שבבתי ספר רשמיים נחשבים לתל"ן והם לא חובה. ההורים עתרו וטענו שיש פגיעה בשוויון – בבתי ספר רשמיים לא חייבים לשלם את התשלום אך כאן חייבים, אין להם אפשרות לשלוח את הילדים למקום אחר. בג"ץ קבע כי מדובר בסמכות שלטונית ע"פ דין ולכן ניתן לדון בעניינו של בית הספר הזה בבגץ. מה העניין? ס' 15ד(2) בח"י השפיטה שמאפשר:

*"מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק – .... (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"*

לכאורה התנאי של סמכות על פי דין הוא לא מורכב, אמור להיות פורמאלי יחסית. דין = תקנה, החלטה מנהלית, חוק. ברור שיש מצבים שהם ברורים מאליו וקלים, **אבל** בפועל צצה סוגייה רצינית – מה נחשב "שלטוני"? עד כמה רחוק נלך עם זה? יש מקרים יותר קשים, ניתן דוגמא על פסק דין שניתן לאחרונה.

6451/18 חיון נ' ביה"ד הארצי לעבודה. ניתן ביולי 2021, פסק דין חדש מאוד. הסיפור העובדתי: הוגשה תובענה ייצוגית כנגד קופ"ח בתואנה שהם גבו ממבוטחיהן שלא כדין השתתפות עצמית עבור "ציוד מתכלה". עלתה השאלה האם יש לאפשר לציבור להגיש תובענה ייצוגית כנגד רשות לא ציבורית בפועלה השלטוני. החוק ניסה לבצע איזון – אם התביעה היא שהרשות גבתה מס שלא כדין, לרשות יש 90 יום להודיע "הודעת חדילה" = היא מכירה בכך שגבתה שלא כדין והיא מפסיקה מעכשיו והלאה, אי אפשר לתבוע אותה! זו פריווילגיה שניתנת לרשות ציבורית. גם אם לא מודיעה הודעת חדילה אפשר לתבוע אותה רק שנתיים אחורה ולא יותר מכך! קופ"ח אומרת שהיא נחשבת רשות, רוצה להודיע "הודעת חדילה" ואז אי אפשר יהיה לתבוע אותה על הגבייה שלא כדין. ההגדרה של "רשות" בחוק תובענות ייצוגיות מפנה להגדרה של חוק בתי משפט מנהליים, שזו אותה הגדרה של "רשות" על פי ח"י השפיטה – *"גופים או אנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".* רוב פסק הדין עוסק בשאלה האם בהיבט הסציפי הזה קופ"ח נחשבת לגוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין. ישנן 2 שאלות: (1) האם היא אכן גוף ציבורי הממלא תפקיד ציבורי (2) האם הגבייה נחשבת לתשלום מס, אגרה או תשלום חובה אחר ולא מחיר?

\*\*\*ההבדל: תשלום מס לא משקף בהכרח את מה שאני מקבלת, אין הלימה (אני מממנת גם אוכלוסיות מוחלשות). בתשלום אגרה יש זיקה מסוימת, אבל זה עדיין לא מגלם את כל המחיר. בתשלום "מחיר" זה 100% המחיר, יש הלימה. אתה רוכש מוצר כי אתה רוצה אותו (למשל שכ"ל במכללה לא מסובסדת).

יש כאן את המתח שדיברנו עליו עד כה בקורס. יש כאן גוף דו מהותי שרוצה לעניין הזה להיות רשות ציבורית! האם אין לאפשר לו? בפס"ד השופטים משבחים את עבודתם החשובה של קופ"ח בתקופת הקורונה. בשורה התחתונה – גם דעת הרוב וגם דעת המיעוט מגיעה לתוצאה זהה:

* **דעת המיעוט של השופטת ברון**. ישנו משולש בין קופ"ח-אזרח-מדינה: התושב משלם דמי בריאות לקופ"ח לפי השכר שלו, המדינה ממנת את האקסטרה מתקציב המדינה, הקופות מספקות את השירות. הקופה לא יכולה להגיד לתושב שהיא לא מקבלת אותו, חייבת להעניק שירותי בריאות במנותק מהעובדה שלא שילם דמי בריאות, ישנן הוראות שמגבילות את הקופה מבחינת תקציבים (אסור לה לחלק רווחים). מגיעה למסקנה שהקופה מבצעת את התפקידים שניתנו לה ע"פ דין, יש התערבות בתכנים (בניגוד לאוניברסיטאות מסובסדות, שלהן יש חופש אקדמי לבחור את מי לקבל או לקבוע תוכניות לימודים). כלומר מגיעה למסקנה כי קופ"ח אכן מקבלת את ההגדרה של רשות שלטונית ע"פ החוק. בנוגע להגדרת התשלום, מגיעה למסקנה שמדובר במחיר כי ההשתתפות העצמית מגלמת את שווי השוק בגלל תוספות האקסטרה של המדינה מה שאמור לאבחן הוא מאפיין התמורה, מאפיין הוולנטריות, האם יש כפייה או רצון חופשי?.
* **דעת רוב של השופט גרוסקופף (+השופט עמית).** גרוסקופף קובע שהקופ"ח אינה רשות (מאמין שאם ההגדרה תחול על כל מי שמספק שירות חיוני לאזרח, בסוף לא נצא מזה), אך אומר שאם היה קובע שהיא כן רשות אז התשלום לדעתו נחשב לאגרה ולא על מחיר – לא משקף את המחיר הריאלי בשוק! **הפוך לגמרי ממה שקבעה ברון (למרות שבסוף התוצאה שלהם זהה).**
* המרצה מסכים עם החלק הראשון של השופטת ברון (ההגדרה שלה שקופ"ח צריכה להחשב ל"מילוי ציבורי על פי דין") אבל לא מסכים עם החלק השני (מה שהיא אומרת על המחיר). מסכים עם גרוסקופף, לדעתו המעורבות של המחוקק היא שונה במנגנון של קופ"ח לבין שאר הגופים הדו-מהותיים.

ס'8ב(2) לחוק תובענות ייצוגיות: *"על אף הוראות סעיף קטן (א) – הוגשה בקשה לאישור נגד גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח, ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית".*

בתוך פסק הדין השופטים נותנים אופציה נוספת: בלי קשר לזה שלא הצליחו להכנס להגדרה של רשות ציבורית ולכן לא יכולים להודיע הודעת חדילה, יש לקופ"ח סעיף אחר שהיא יכולה להכנס בו (הסעיף הנ"ל) אם הקופ"ח תיפגע בצורה משמעותית.

המרצה אומר שקשה לו להבין למה בפס"ד פורייה בית הספר כן נחשב לרשות שלטונית אבל קופת החולים לא.

\*\*הערה למבחן: לאורך הקורס אנחנו בוחנים רוחבית את הזיקות, אבל בקייס נצטרך לבחון שאלות עומק, לצורך מה (כלומר, לעניין מסוים ולא "סתם:) אנחנו רוצים לדעת אם הגוף הוא דו-מהותי, ציבורי או פרטי?

## 2. הזיקה הפונקציונאלית

עד עכשיו דיברנו על זיקה שהיא ברורה וסדורה (סמכות שלטונית ע"פ דין), היה לנו עוגן של "דין". בזיקה הפונקציונאלית אנחנו נוטשים את הוודאות, יש בה המון אי-וודאות. יש בה מספר פרמטרים:

### (א) פונקציה חיונית-קיומית

החיוניות היא לב ליבה של הזיקה הפונקציונאלית, ככל שהיא גוברת כך גם נזדקק פחות לפרמטרים האחרים. שאלת השאלות היא "מה הכוונה חיונית לציבור"? **דפנה ברק-ארז:** אם הגוף מבצע פעילות שמהווה תחליף ולא תוספת למינימום של השלטון מהווה פעילות חיונית לציבור (למשל: שירותי חינוך חובה זה המינימום, לימודי השכלה גבוהה זו תוספת למינימום). בדיקה נוספת היא שאלת מידת הזדקקות הציבור (עד כמה הציבור תלוי בשירות זה?). הקונספט הייחודי של הזיקה הפונקציונאלית הוא שגם אם לגוף אין סמכות שלטונית ע"פ דין (פייסבוק – רשאית לחסום משתמש ע"פ הסכם, עיתונות כתובה), ניתן לבדוק האם היא חיונית. לצורך ההגדרה נבצע הבחנה בין:

* חיוניות קיומית. כוללת שני היבטים: פרטי ולאומי. פונקציות גרעיניות לאומיות שנדרשות לפרט כדי להתקיים בכבוד ולהשתלב בקהילה + פונקציות שנדרשות לאומה ע"מ להתקיים כפי שהגדירה לעצמה.

דוג':

1. חברת החשמל. ממש לאחרונה היה דיון בבג"ץ (בג"ץ 4988/19) ביחס לקריטריונים של רשות החשמל (רגולטור, קובעת את הקריטריונים) לניתוק חשמל לאנשים שיש להם חובות. **הש' עמית** לא היה שבע נחת מהפרמטרים, בדיון עצמו ביהמ"ש בחן אפשרות שרשות החשמל תוסיף עוד חריגים ללא צורך בפס"ד. זה לא אומר שיש חשמל בחינם, אבל במקרים חריגים שאדם שזקוק לחשמל כדי להפעיל מוצרים חיוניים מצילי חיים יוכל להשתמש בו ולא יהיה ניתן לנתק לו את החשמל. התברר שלא בודקים את המכלול של המצב או עורכים שימוע לפני ניתוק החשמל (לא מבררים אפילו עם רשויות הרווחה!!). נציגת חברת החשמל אמרה שהזכות לחשמל היא אולי חיונית וקיומית, אבל עד כמה נרחיב אותה? אדם יכול להנות מחשמל בחינם? כמה התראות יידרשו כדי לנתק?
2. רשות המים
3. שירותי קבורה. פס"ד קסטנבאום
4. הסוכנות היהודית. חיוניות קיומית לאומה ולא לפרט. יש חוק שמעניק לסוכנות סמכויות הצהרתיות ולא סטטוטוריות. ביהמ"ש סיווג אותה בפרשת ימית כרשות דו-מהותית והשית עליה את חובת המכרזים (למרות שע"פ חוק לא אמור לחול עליה, זו לא רשימה סגורה או הסדר שלילי). **רובינשטיין:** הסוכנות היא גוף דו-מהותי ברמה עליונה, תחליף של משרדי הממשלה בתחום ההתיישבות.
5. קק"ל. היו כאן לפני קום המדינה, הנציגים של המדינה שבדרך, ממשיכה לספק שירותים חיוניים למדינה (ייעור, גאולת קרקעות, ניהול אדמות). פורמאלית אין פס"ד שסיווג את קק"ל כגוף דו-מהותי בצורה מפורשת. בפרשת קאעדן הייתה לביהמ"ש אפשרות להגדיר את קק"ל בצורה זו אך בחר להרים את המסך ולהתייחס למדינה ולא לקק"ל עצמו (למה? כדי שלא יצטרכו להחיל את חובת השוויון).
6. חינוך. בשבוע שעבר ראינו את פרשת בית הספר בפורייה שהופנו אליו תלמידים ע"י הרשויות כי לא היה בי"ס אחר לחינוך חובה, בחלקו ממומן ע"י המדינה. יש לבצע הבחנה בין בי"ס פרטי שמעניק שירותי חינוך חובה, בין בי"ס פרטי שמעניק חינוך על-תיכוני (אונ', מכללות). עד היום אין פסיקה חד משמעית המסווגת את עניין של השכלה גבוהה כגוף דו-מהותי, רק אמירות ספורדיות. **ברק** ב7151/04 הטכניון נגד דץ - האם להחיל על הטכניון את עקרונות חופש המידע? ברק שואל האם די בהענקת תארים להגדרתו כגוף דו-מהותי? מה היקף התמיכה הכספית לה זוכה הטכניון בעניין הענקת תארים מתקדמים ומה ההשלכות של התחום הזה בהענקת תואר שלישי בטכניון. תואר שלישי בפילוסופיה, ארכיטקטורה, משפטים ורפואה הם לא היינו הך מבחינת חיוניות לציבור. **רובינשטיין** ב8077/08 אוניברסיטת חיפה נ' בן הרוש: החובה לאפשר הליך הוגן בהליך משמעתי (לספק עו"ד בהליך משמעתי). חשוב לזכור שאין על אונ' חובה לקבל אדם/אזרח X לתואר מסוים.
7. שירותי בריאות. קופ"ח הן חלק מסל הבריאות, המדינה משתמשת בהן כידה הארוכה – מינימום של קיום בכבוד שנדרש לכל אחד ואחת מאיתנו. אסור לקופ"ח לסרב לקבל אזרח X לשעריהן (יקבלו את הכסף עבורו מהמדינה + דמי השתתפות עצמית המותרים ע"פ חוק). כאן עולה השאלה של שירותי בריאות שאינם חיוניים, כמו שירותים קוסמטיים. במקרה זה מתרחקים מהליבה, אלמנט החיוניות הוא מאוד משמעותי.

אפשרות חלופית – רגולציה. **יתרון**: היא תמיד נעשית מראש, באופן סדור, ע"י המחוקק ולכן היא הרבה יותר יעילה. **חיסרון:** הרבה פעמים הרגולטור נכנס לתוך השבי, הוא הופך לשבוי של מי שעליו הוא אמור לפקח עליו (השבי הרגולטורי המפורסם). ביהמ"ש הרבה יותר מודעים לזכויות האדם. החיסרון הבולט של דוקטרינת הדו-מהותיים הוא שהיא תמיד בדיעבד והיא תלוית פניה לביהמ"ש כי ביהמ"ש לא יכול לפעול מבלי שפנו אליו. היא המחסום האחרון אחרי שכל האמצעים האחרים כמו רגולציה, כשלו. בשורה התחתונה הם משלימים אחד את השני - צריך את הדוקטרינה שתשלים את החסר כשהרגולטור לא פועל טוב/מנומנם/לא מפקח כראוי.

### (ב) פונקציה חיוניות-פונקציונאלית

יש הרבה שירותים שאנחנו צורכים בחיי היומיום שלנו שאי אפשר לומר שהם חיוניים לקיום שלנו (נכללים במינימום הקשה של קיום בכבוד), אבל האינטרס הציבורי הכרוך באספקתם הוא מאוד ברור ולכן נכללים בחיוניות. המאמר של פרופ' בנבנישתי – תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים: מדבר על מוצרים שמסופקים ע"י גופים פרטיים, המדינה אומרת שהיא מאפשרת להם לספק את השירות הזה בתמורה לשירות ראוי. הרבה פעמים זה קורה כי יש קבוצות לחץ ולאו דווקא כי זה הדבר הכי טוב מבחינת אינטרס לכל הציבור.

דוג':

(1) ביטוח. ממד סוציאלי, המטרה היא פיזור נזק בהחזרת המצב לקדמותו, פרט שניזוק לא יהווה נטל על החברה כי הוא מבוטח. החוק מחייב אותנו לבטח את הרכב בביטוח חובה אבל המדינה היא לא זו שדואגת לכך, אלא היא מפנה אותנו לחברת ביטוח חיצונית. זה לא רווחי לבטח בביטוח חובה רוכבים על כלים דו-גלגליים, אבל למדינה יש אינטרס שכן יהיו כאלה (צמצום פקקים, צמצום מזג האוויר) – כשל שוק! מה המדינה עשתה? הכריחה ע"פ חוק את חברות הביטוח לצד הרווחים של מכוניות לשאת בסיכונים של רוכבים דו-גלגליים (זה מתגלגל על כל מי שעושה ביטוח רכב רגיל).

(2) בנקים. חלק ממערכת הפיננסית הלאומית ומהחיים של כל אחד מאיתנו. יש לא מעט פס"דים שסיווגו את הבנקים כגופים דו-מהותיים, ספקי שירות חיוניים בעוצמה גבוהה, שת"פ בין המדינה לבין הבנקים על המדיניות הפיסקאלית של המדינה. לא ניתן לזלזל בחיוניות פעילות הבנקים.

(3) הבורסה לני"ע. חברה שמפוקחת ע"י הרגולטור, אך היא משפיעה מאוד על היכולת שלנו להשקיע בחברות ציבוריות ולפתח את הכלכלה. הדין מצייד את הרשות לני"ע בסמכויות שלטוניות (הסמכות הקודמת). בלי כל קשר לכך, יש לכך חיוניות!

(4) ספורט. חוק הספורט קובע שיהיה איגוד ספורט אחד לכל ענף (מונופול שנוצר ע"י החוק), אבל הוא מעלה על נס את האוטונומיה של איגודי הספורט. הם לא רשויות ציבוריות אלא גופים פרטיים. יש עליהם חובות סטטוטוריות (ייצוג הולם, איסור שימוש בסמים) ומנגד מחייבת אותם להמשיך להיות גוף פרטי עצמאי (כמו שהזכרנו בשיעורים קודמים, גם פיפ"א מכריחה את האיגודים להיות עצמאיים ולא כפופים למדינה). בשל כך, יש לא מעט פסיקה שבה סוגו כגופים דו-מהותיים (חובת עריכת מכרז במכירת זכויות שידור).

(5) מפעל הפיס. כדי להפעיל עסק הימורים צריך לקבל היתר משר האוצר, אם לא – לא חוקי! יש פסיקה שעוסקת בכך כי מפעל הפיס הוא הנתב החוקי לתיעול יצר ההימורים שישנו באדם למקומות ציבוריים חיוביים (תרבות, אומנות, ספורט) ומסייע בהפחתת הימורים.

(6) מפלגות/פעילות פוליטית. ע"פ חוק המפלגות: מפלגה היא חבר בני אדם שהתאגדו כדי לקדם בדרך חוקית מטרות מדיניות או חברתיות ולהעביר ייצוגן בכנסת ע"י נבחרים. בעיקרון המפלגה מוקמת מכוח הדין הפרטי בחוק החברות – המייסדים מחליטים מה תהיה הרשימה, האם תהיה דמוקרטית, מה יהיו הערכים המובילים והאג'נדה שלה. מצב קצת אבסורדי – העדר הדמוקרטיות חלחלה לרוב המפלגות, אי אפשר להעביר חוק שיחייב את המפלגות להיות דמוקרטיות כי לא יהיה לזה רוב פוליטי (לא רק המפלגות החרדיות) וגם כי זה חלק מהאוטונומיה של הרצון הפרטי שלהן כגוף פרטי. גוף משפטי מורכב: התאגדות וולנטרית במשפט הפרטי + המתווכת בינינו לבין הכנסת. הצורך החיוני ברור מאוד (ואי אפשר להתעלם מהמימון הציבורי).

(7) חברות משכנות. אין רישום של זכויות מעין קנייניות בטאבו. החברות האלה מבצעות את התחליף לכך (המבחן של **ברק-ארז** של הפעולות שהיינו מצפים שהמדינה תבצע). קניית דירה "על הנייר" היא זכות מעין קניינית. הזכות תהפוך לזכות קניין רק אחרי פרצלציה, כלומר איחוד וחלוקה, רישום הבית כבית משותף = תתי-חלקות ואז כל דירה יכולה להיות מושא לרישום נפרד). עד אז, אין רישום בטאבו. החברה הקבלנית היא חברה משכנת ומכירת הדירה לפני השלמת הבנייה היא המחאת זכות - לבעל הדירה יש זכות מול הקבלן לקבל זכות קניינית ועכשיו הוא מוכר אותה. הקונה נכנס בנעליו ויירשם בספרי הקבלן במקומו. (חוק המחאת חיובים). מי שמבצע את זה, זו החברה המשכנת. פס"ד שפייר: החברה המשכנת אמרה לאדם שביקש למכור את הזכויות שלו שהיא מוכנה לרשום את הקונה בנעלי המוכר רק בתנאי שהוא יתחייב שאין לו שום טענות בנוגע לליקויי בנייה. דה-פקטו מבצעת פעולה שהשלטון היה אמור לבצע אך **מפעילה שיקולים זרים!**

(8) שירותי תחבורה. ימית/אווירית/יבשתית. בהיבט החיוניות כנראה שכולנו נסכים שיש להם **חיוניות אדירה**! רכבת ישראל היא גם מונופול וגם חברה ממשלתית. דרך פסק דין שמש אפשר להבין את החיוניות של הרכבת. מדובר על פס"ד שלמדנו בסד"פ – היו המון תאונות רכבת, הקימו ועדת חקירה פנימית בתוך הרכבת כדי למנוע תאונות עתידיות. כדי שיהיה שת"פ מלא התחייבו בפני העובדים שלא יעבירו את הפרוטוקולים של העדויות לשום גורם חוץ-רכבתי (מאיפה הסמכות שלהם להתחייב?). ע"ב ההתחייבות העובדים העידו ללא עו"ד, לא אמרו להם שהם חשודים (כי הרכבת לא יכולה להכריז על חקירה פלילית). מי שלא ישתף פעולה, ברור שהוא מסתכן בפיטורין והעמדה לדין משמעתי. המשטרה דרשה שהפרוטוקולים יעוברו אליה. **בגלגול ה1 - רובינשטיין:** הרכבת היא גוף דו-מהותי, מונופול, שירות חיוני. ההבטחה של הרכבת לעובדים אקוויוולנטית להבטחה של רשות שלטונית (קופי-פייסט מזכויות של רשות שלטונית). הייתה הסתמכות של העובדים והם שינו את מצבם לרעה על סמך ההבטחה, לרכבת יש אמינות גבוהה בקרב העובדים שלה כאילו היא רשות שלטונית. **בגלגול ה2:** ביהמ"ש פסק שעליהם להעביר את הפרוטוקולים למשטרה – אסור להם "לשים ברקס" בפני המשטרה בשלב הראשוני של החקירה. אם התביעה תחליט להגיש כתב אישום, רק בשלב הזה העובדים יוכלו לבקש לפסול את הראיה בגלל הזכות להליך הוגן. אין חיסיון בוועדות חקירה (חוץ מצבא ומשטרה, שכתוב בחוק בצורה מפורשת). **דנציגר:** בדעת המיעוט העלה את השאלה הבעייתית של ראיות נגזרות אם יותר למשטרה לעיין.

פסק דין ישראכארט 32053-07-17 (א.י. איור בע"מ נ' ישראכארט), **ד"ר גרשון גונטובניק** (צריך לקרוא את פסק הדין).

פסק הדין בנוי כמו מאמר, השופט מגיע מהאקדמיה. המרצה אומר שהוא חלוק עם השופט לעניין הדרך אך לא לעניין התוצאה. השופט פותח את פסק הדין בכך שמסביר כי המקצועות הקדמונים קבעו דוקטרינה אמריקאית שלפיה המספקים שירותים חיוניים ((public callings לא יוכלו להפסיק לספקם **מטעמים בלתי סבירים**. חברת ישראכארט המספקת שירותי סליקה החליטה לא לאפשר את שירותי הסליקה לחברת א.י איור בע"מ. הסיבה היא שיש להם חוסר אמון בבעל השליטה של החברה לאור אירועים קודמים (הורשע בהטעיה, הליך של פשיטת רגל). השאלה היא האם ניתן לחייב אותם לספק להם שירותי סליקה כי זה שירות חיוני אלא אם יש באמתחתם עילה סבירה. לקיחה של עילת הסבירות מהמשפט המנהלי וייבוא למערכת יחסים בין ספק ללקוח. כלומר, מתחבאות 2 שאלות:

1. עקרונית – האם ניתן לעשות שימוש בדוקטרינה האנגלו-אמריקאית העתיקה? או אולי עדיף להשתמש בדוקטרינת הגופים הדו-מהותיים הישראלית?
2. עובדתית – האם בכלל במקרה הזה צריך לחייב את החברה לספק את השירותים? **יש מעט מאוד חברות שמספקות את השירות הזה, זה חיוני!**

שלב ראשון. ס' 2 בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) קובע כחובה חקוקה שתאגיד בנקאי מחויב לתת שירותים מסוימים אלא אם קיימים טעמים סבירים שלא לתת את השירות. בחוק הזה יש הגדרה מהו תאגיד בנקאי + אילו שירותים אסור לו לסרב לעשות (בעיקר דברים שקשורים לפתיחת חשבון). המרצה אומר שהחוק הזה הוא אחד ה"איים" של חקיקה שהמחוקק התערב בהם, ברמת העיקרון דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים היא פסיקתית אבל יש מקומות נקודתיים שזה כן מופיע בחוק. השופט מציג את החוק אבל לא משתמש בו כדי לפתור את הבעיה, החוק עצמו לא פותר את הבעיה כי לא כתוב "סליקה".

שלב שני. השופט דן האם ניתן דרך חובת תום הלב לחייב את הבנק לספק את שירותי הסליקה (דרך תחולה עקיפה כמו שעשה **ברק**)? הנקודה היא שאין פה טעמים של אפליה (גזע, דת, מין, לאום, נטייה מינית). האם ניתן להתבסס על דיני תום הלב כדי לחייב לספק שירות? האם הגיוני שאם ספק שירות רוצה לסגור את העסק לחודש נוכל להכריח אותו להשאיר את העסק פתוח מתוקף תום הלב? נשמע מאוד בעייתי. בפסקה 13 השופט מגיע למסקנה שזה מאוד מרחיק לכת.

שלב שלישי. השופט פותח בהסבר על דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים (מפנה לספר של המרצה), מדבר על הדואליות הנורמטיבית. הפסיקה הרחיבה את הנורמות המהותיות נוכח החיוניות גם על בנקים (מפנה לפס"ד של רובינשטיין ושל אוקון). הוא טוען כי צריך לנקוט בזהירות יתרה לפני שמסווגים גוף פרטי כדו-מהותי, קל וחומר במשפט הישראלי, בגלל שאנחנו חברה שסועה (יש לו מאמר שדן בכך שצריך למצוא פתרון לחברה השסועה שלנו דרך שלום, החלת נורמות ציבוריות לפעמים עוסקת בכיפופי ידיים).

שלב רביעי. מסיבה זו הוא קובע שצריך לאתר דרגת ביניים בין גוף פרטי מובהק לבין גוף דו-מהותי – בדיוק כמו הדוקטרינה האנגלו-אמריקאית. למעשה מציע לעזור במקרה זה את הגופים הדו-מהותיים ולאמץ את קטגוריית הביניים Public callings דרך החקיקה השיפוטית היוצרת, שתחייב את מי שמספק שירות חיוני לספק את השירות אלא אם יש **טעם סביר לאי אספקת השירות**. איך נזהה? נבדוק אם מדובר במונופול.

לאחר שסיים לאתר את הדוקטרינה החדשה, מזכיר שרוב הדוקטרינות שלנו הן תולדה של פסיקה. בפסקה 24 אומר שזה מתאים למקרי ביניים: יותר מתום הלב, פחות חמור מגופים דו-מהותיים. כך היקף החובות יהיה מתוחם, החובות יגזרו רק מחיוניות השירות, רק במידה הדרושה עבור הציבור הצרכני. חובה קוגנטית שלא ניתן להשתחרר ממנה.

ביקורת המרצה

1. אומר שפסק הדין הוא יפה ונכון, גם הוא וגם גרשון מגיעים לתחנת המידתיות. יש לנו "בתוך הבית" את הכלים לבחון בדיוק את מה שהשופט חושב שצריך לעשות, את אותה "הזרקה מידתית" של הנורמה הציבורית על הפעילות הספציפית. גישת המרצה היא שסיווג גוף פרטי כדו-מהותי הוא תמיד תלוי עניין, נסיבות ופעילות. החשש שהשופט מעלה של תיוג גוף דו-מהותי והמשמעות של כך הוא לא חשש אמיתי (אם סיווגנו לעניין אחד זה לא אומר שיהיה כך גם לעניין אחר!). **דרך עקרון המידתיות ובעיקר 3 מבחני המשנה** (מבחן ההתאמה הרציונלית בין האמצעי למטרה, האמצעי שפגיעתו פחותה, תועלת מול נזק) תעזור לכך שהחלת חובות ציבוריות על גוף פרטי תהיה הגיונית וסבירה (ולא "נשפוך" את כל הנורמות הציבוריות מהכד). מהצד השני, תשובתו של **גונטובניק**: הגישה שאומרת שסיווג גוף כדו-מהותי היא תמיד תלוית מקרה ונסיבות היא הגישה של אסף הראל ולא באמת הגישה של הפסיקה. אם גוף מסווג כדו-מהותי ממשיכים להתייחס אליו ככזה – יש סיווג (עם הטייטל), רק אח"כ בודקת את סוג הפעילות כדי לבדוק את התחולה. הגישה של אסף הראל יותר מתקדמת מהפסיקה (צריך קודם לבדוק את הפעילות ורק אח"כ להחליט אם להגדיר ככה או לא), יש ניצנים שהולכים עם הגישה שלו אבל היא לא השתרשה מספיק בפסיקה. אולי זו יכולה להיות הסיבה שחשוב לשופט לייצר תת-קטגוריית ביניים. **חשוב להבין**, אם הפסיקה תקבל את הגישה של המרצה, לא יהיה צורך בקטגוריה של השופט.
2. פסקי הדין שמנסים לגעת בתחומים האלה לא מגיעים לדון במידתיות בצורה עמוקה כי הדוקטרינה היא מאוד גדולה (נובע מעומס, חוסר העמקה, לא מגיעים לרזולוציות המתקדמות האלה). במבחן של השופט המידתיות היא built-in.
3. השופט לא פתר את הבעיות הסובייקטיביות-ערכיות דרך התיאוריה שלו! צריך לדון בשאלות החשובות של **מהו שירות חיוני?** **מהו נימוק סביר?**

שלב חמישי. דן בעניין המהותי עצמו – האם שירותי סליקה נחשבים שירותים חיוניים? התשובה שלו לכך היא חיובית! בכל הנוגע ל**פעילות הסליקה בלבד.** מפנה לפסיקה בנוגע לחיוניות הבנק, היום יש את החוק להגבלת תשלום במזומן, יש רק 3 חברות כרטיסי אשראי שמספקות את השירות, זה מחייב בכל בית עסק (אי אפשר להתנהל בלי שירותי סליקה). ס'8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות עוסק בזכויות יתר (דיברנו על כך בשיעור שעבר) ומוזכר בו שירותי סליקה! זו הוכחה לכך שהמחוקק תופס את זה כשירות חיוני! השופט מציין שמדובר בשירות חיוני קוגנטי ולכן אי אפשר להתנות עליו בחוזה!

שלב שישי. מתי סירוב של חברת סליקה ייחשב לבלתי סביר? הגוף הסולק יכול להתחשב בשיקולים כלכליים ועסקיים. כלומר, בתוך עילת הסבירות שהמקור שלה הוא המשפט המנהלי, הוא מחדיר שיקולים שהם פרטיים במהות שלהם! אם התנהגות הלקוח עלולה לגרום נזק לבנק/ציבור/הורשע או הואשם בפעילות להלבנת הון או מימון טרור – שיקול רלוונטי ביציקת תוכן בעילת הסבירות. **נטל ההוכחה של עילת הסבירות הוא על מי שמסרב לספק את השירות.** צריך חשש ממשי.

שלב שביעי. מה רמת ההוכחה של התשתית העובדתית הנדרשת לסבירות חוסר אספקת השירות? בניגוד לספק פרטי שיכול פשוט "לשלוף" תשובה מדוע מסרב לספק.

שלב שמיני. האם נדרש "הליך הוגן" של כללי הצדק הטבעי בטרם תחליט החברה הסולקת על הפסקת שירותיה? לכאורה נראה שכן אבל אין תשובה חד משמעית הערה: זה קצת יוצא מהדוקטרינה של השופט. השופט אומר שבמקרה זה גם אם היה פגם בהליך, עדיין היה בידי הנתבעת תשתית לבסס את סירוב השירות. כלומר, משאיר בצ"ע. המרצה אומר שגם על זה אפשר לחלוק, בסיס איתן לא מאיין את הצורך לשמוע ברשות ציבורית! היא כשלעצמה חלק מהזכות לכבוד (הרשות חייבת לשמוע אותי אם היא הולכת לקבל החלטה שפוגעת בי).

שלב תשיעי – מסקנה. נדרש ריסון שיפוטי רחב – בקרת סיכונים, שק"ד עסקי**. אם מדובר באיזון מעוות בין האינטרס הציבורי לשיקולים עסקיים – לא יהסס להתערב!** גם במקרים שלא די בתשתית העובדתית או בשאלה האם ננקט הליך ראוי בנוגע לשלילת הספקת השירות הוא לא ינקוט בדרך מרוסנת. מגיע למסקנה שיש טעמים סבירים לחוסר אספקת השירות. מתאר את הניסיון המר שהיה לישראכארט עם מר הרינג, פעולות העבר הסבו נזקים לחברה וזה מספיק כדי לבסס את הסבירות שהיא לא רוצה לייצר איתו קשר עסקי. למרות האישיות המשפטית הנפרדת של החברה ובעל השליטה, זו חברת מעטים ולכן ההפרדה בין החברה לבעל השליטה היא מלאכותית (כשהרינג נעצר החברה הפסיקה את הפעילות – אחדות תפעולית בין החברה לבין האדם).

מסיים את הפס"ד עם 2 הערות:

1. יש הבדל בין מצב בו אותו אדם שיש כלפיו חוסר אמון הוא בעלים יחיד או אחד מהבעלים ואז קשה להוכיח את האחדות התפעולית.
2. חוסר האמון של החברה הוא **לא לעולמי עד**, אם הסוגייה תצוץ שוב בעתיד יהיה על ביהמ"ש לשקול שוב האם זה נחשב שיקול סביר לא לאפשר להם שירותי סליקה.

### (ג) מתן שירות לציבור

עד עכשיו דיברנו על חיוניות, אבל מה עם חברה שמספקת שירות רגיל לציבור? חלה עליה חובה כלשהי? המרצה אומר שאי אפשר להתעלם מכך שפתיחת השערים לציבור מהווה פרמטר. דיברנו בעבר על חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים – אסור להפלות ע"ב העילות המנויות בחוק. המחוקק הבין שצריך "להזריק" את החובה לא להפלות הפליה חוקתית לגבי הגופים שפותחים את שעריהם לכלל הציבור בצורה ברורה בחוק. המרחב הציבורי הוא של כולנו, כאשר חברה פותחת את שעריה לציבור היא עושה שימוש במשאב של כולנו, אבל זה לא מספיק כדי להגדיר את השימוש הזה כ**שימוש מהותי במשאב ציבורי.**

דוג':

קניון. בקניון יש המון חנויות פרטיות, ובנוסף יש בו רחבה ציבורית גדולה. הקניונים משתלטים על חיינו, הם הופכים להיות מעין "כיכר העיר" שכולם נמצאים שם, זה כבר קורה פחות ופחות ברחובות הערים אלא indoors. אז נשאל כאן: האם מותר לי להפגין בקניון? ככל הנראה הקניון לא יאפשר בכלל להפגין, על כל תחום! אין שום חוק שמחייב קניון לאפשר חופש ביטוי בשעריו, זאת בניגוד לאוניברסיטאות למשל (כמו שדיברנו באחד השיעורים הראשונים, האונ' חייבות לאפשר חופש ביטוי בתוך הקמפוס!).

הקרנת מסרים פוליטיים נגד שחיתות בקירות תיאטרון הבימה, כיכר הבימה. התיאטרון לא רצה להיות מזוהה עם מסר כלשהו ולכן ביקשו מהמפגינים שלא להקרין שום דבר על "קירות הבית" שלהם. המפגינים לא הקשיבו להם, תיאטרון הבימה בתמורה הניח פרוז'קטורים והקרין על הקיר שלו כדי שלא יראו את מה שהם מקרינים. המפגינים התעצבנו מאוד ופנו בבקשה לצו מניעה לביהמ"ש בת"א. טענו שמדובר בתיאטרון שחופש הביטוי נמצא בראש מעייניו, אמורים לקדם סובלנות ועמדות שונות. אוסרים להפגין במקום מרכזי בתל אביב. **השופט** באותה החלטה קבע: עצם העובדה שהקרנת המסרים עלולה לגרום לאי נעימות לתיאטרון או למי שצורכים ממנו שירותים (אנשים לא ירצו לבוא לראות הצגות בגלל המסרים האלה) זה לא מספק כדי למנוע את חופש הביטוי. הקיר החיצוני של בית משותף הוא חלק מהרכוש המשותף ולכן זה שייך לכל הציבור. אבל כדי לא להטעות את הציבור שהמסרים האלה הם לא של הבימה עצמה, יש 2 דברים שהם חייבים לעשות: (1) להזיז את ההקרנה שלא תהיה ליד הכיתוב של "הבימה" (2) להוסיף כוכבית שזה לא המסרים של הבימה אלא של המפגינים. **מידתיות היא שם המשחק במרחב הציבורי.**

### (ד) פעילות שלא למטרת רווח

**השלמת השיעור של ה8.12 – איתי סגל + עריכה**

דיברנו על בעיית הנציג ושהיא קיימת בחברות. יש לנו מנכלים שהם לא בהכרח הבעלים של התאגיד אלא נושאי משרה אבל הם משפיעים מאוד על התאגיד עצמו ויש בעיית נציג מסוימת בתאגידים בכלל כשיש ישות משפטית נפרדת. הבעיה מחריפה יותר כשמדובר בגוף שפועל ללא תכלית של רווח: עמותה או חברה לתועלת הציבור. כשיש עמותה או חברה לתועלת הציבור אין בעלי מניות שיפקחו כראוי על נושאי המשרה על מנת לוודא שהחברה תהיה רווחית, כי אין זכות קיום לחברה לא רווחית. כשיש בעלי מניות של חברה שפועלת למטרת רווח, בעיית הנציג מתאזנת, ואילו **בעמותה או חל"צ תמיד יש חשש שהכספים שהגוף הזה ירוויח לא יגיעו למקומות הנכונים ולא יהיה פיקוח עליהם** (לתורמים לא בהכרח יש עניין/יכולת/רצון לפקח על הפעולות שנעשו בכספיהם, וכן גם לציבור).

דוג' - מפעל הפיס. יכול לפעול בצורה לא יעילה, רשלנית, הכספים לא יגיעו למקומות הנכונים אלא אולי למשכורות עתק לקברניטי העמותה. אנחנו הציבור בזה שקונים כרטיסי הגרלה, מממנים את המפעל ומקווים שהכסף יתועל למטרות ציבוריות טובות כמו הקמת מבני ציבור וספורט ורווחה. אבל אם מפעל הפיס לא יעשה כן, אין לנו דרך אפקטיבית לוודא תיעול נכון של הכספים ולדאוג לכך שלא יגיעו למקומות לא רצויים.

זאת אחת הסיבות שעלולה לגרום לכך שנרצה לסווגו **גוף שפועל ללא מטרת רווח כגוף דו מהותי**. המרצה אומר שזה טיעון קצת מתעתע כי לכאורה מהטיעון הזה עולה שכל עמותה שבהגדרה היא פועלת ללא תכלית מטרת רווח היא יכולה להיות רווחית אבל היא לא מחלקת דיבידנדים אלא הכסף חוזר לפעילות העמותה. כל חל"צ עלולה להיות מסווגת לדו מהותית מהטעמים האלה אבל לא לשם אנחנו חותרים ואכן הפסיקה לא קובעת שכל עמותה וכל חברה כזו היא גוף דו מהותי. אבל כשאנחנו בודקים את מכלול הפרמטרים: שירות חיוני (קיומי או לא קיומי) סמכויות סטטוטוריות ועוד, העובדה שהפעילויות שלו אינה למטרת חלוקת רווח יכולה להיות נדבך נוסף שיכול לסייע להגדרה כדו מהותי.

ע"א 2438/09 מדינת ישראל רשם ההקדשות נ' ברל כצנלסון. קרן ברל כצנלסון היא חל"צ ללא תכלית רווח, החליטה להעמיד ערבות ובטוחות להלוואה למפלגת העבודה. כשביהמ"ש העליון בחן את הפעולה הזו, הוא הגיע למסקנה שיש לא מעט קשיים בהחלטה הזו של אותה חברה. **רובינשטיין:** הקרן לא יכולה להחזיק את החבל בשני קצותיו. מחד גיסא הקרן פועלת באופן שמנתק זיקה בינה לבין המפלגה כדי לקבל הקצבות ממשרד החינוך והאוצר. מאידך גיסא, הקרן מציגה את עצמה כקשורה בטבורה למפלגת העבודה ככל שמדובר למתן ערובה למפלגה *(*מצד אחד אומרת שהיא לא חלק מהמפלגה כדי לקבל את הקצבות אלו, מצד שני היא עושה פעולה שמצביעה על כך שהיא כן קשורה למפלגת העבודה). *"ניתוק הזיקה אינו יכול להיות על הנייר בלבד. ברצותה תדבק בקשר למפלגת וברצותה תתנתק ממנה. המטרות שלה זיכו אותה בהקלות ממס ותמיכות והן אלו שיתחמו את מרחב פעילותה כעת"*. קרי, יש כאן עסקה שברור שכל מהותה הוא לסייע למפלגת העבודה. לא מדובר בעסקה במחשבה תחילה וברור שאילו הקרן הייתה בוחנת את העסקה הזו כחלק מניהול העסקים הרגיל, כנראה הייתה בוחנת אפיקי השקעה נוספים. אבל פתאום היא רוצה לתת ערבות של בטוחות למפלגת עבודה. ברור **שזה לא מסתדר עם ניהול עסקים רגיל**.

איך זה קשור לעובדה שמדובר בגוף שפועל ללא תכלית רווח? *"מצויים אנו במקום בו חלים כללי המשפט הציבורי וחברה לתועלת הציבור, להיבט התנהגותה יש לה ביטוי חורג מתיק אזרחי וקרובה היא לגוף דו מהותי...".* כלומר, רובינשטיין למעשה מסביר לנו **שהשיקולים הם לא לחלוטין נקיים**. הכסף הוא כסף ציבורי, קיבלתם תמיכות ממשרד החינוך כי הצגתם עצמכם כמנותקים מהמפלגה ולפתע אתם מקבלים החלטה שאני אמור להסתכל עליה ברמה העסקית מסחרית נטו אבל היא לא נקייה ממסחריות נטו. זה מדגים את הקלות הבלתי נתפסת של עמותה או חברה לתועלת הציבור מובלת משיקולים שלאו דווקא משרתים את האינטרס הציבורי.

\*\*\*רשם ההקדשות הוא הרגולטור לחברה לתועלת הציבור והוא הביא זאת לפתחו של ביהמש העליון וזה רק טעימה לקושי האינהרנטי שקיים בפעילות של הגוף הזה.

לסיכום:

* האם כל עמותה היא גוף דו מהותי? לא.
* האם גוף שפועל לתכלית חלוקת רווח כמו גוף עסקי לא גוף דו מהותי? לא. יש לא מעט חברות עסקיות כמו בנקים או חברות ביטוח או פייסבוק שעשויים להיות מסווגים כדו מהותיים למרות שפועלים ממטרות רווח, בדיוק כמו שיש עמותות ללא תכלית רווח ולא יסווגו כדו מהותיות.
* כמו כל יתר הפרמטרים, גם הפרמטר הזה ייבחן במסגרת מכלול הפרמטרים, כל מקרה לפי נסיבותיו. המרצה פורש את הקוביות וצריך לראות איזה משקל יינתן לכל מקרה בהתאם לקוביות שיש לנו ומה עומד על הפרק.

כדי לסווג עמותה כגוף דו מהותי, צריך לבדוק את **תכליות העמותה ואיזה תפקיד ציבורי העמותה הזו ממלאת, האם היא ניזונה מכספי משלם המיסים.**

עע"א 1155/20 בית הכנסת והתקנון. זהו פסד חדש מאוד, ניתן ב7.12.2021. עסק בעמותה מסוג בית כנסת שניזונה מכספי המיסים וקיבלה את כל השטח מהרשות הציבורית ויש לה פטור ממיסים וצריך היה לדון בשאלת התקנון של העמותה. מספר מתפללים רצו להיות חלק מהעמותה אבל ועד העמותה אמר שאחד הורשע, השני רוצה להשתלט עליה מבפנים ולא קיבל אותם. לפי דיני העמותות, אפשר להגיש בקשה אח"כ לאסיפה הכללית, אך גם היא סירבה. הפסד עסק בגבולות השיקולים להחליט לקבל או לא חברים חדשים כאשר התקנון שותק בדבר השיקולים. השאלה המשפטית היא האם כשיש תקנון מצוי של עמותה שלא אימצה תקנון ספציפי והתקנון הזה למעשה לא מתווה שיקולים מיוחדים שעמותה צריכה לשקול האם לקבל חברים חדשים לשורותיה- **האם יש לה שיקול דעת לא לקבל חברים או שהיא יכולה להחליט שהיא לא מקבלת חברים לפי שיקולים שקשורים למטרות העמותה?**

**דפנה ברק ארז:** עושה הבחנה בין עמותה דו מהותית לבין עמותה שהיא לא דו מהותית, קובעת שדו-מהותית היא עמותה שהפעילות הציבורית שלה חורגת מהפעילות הציבורית הרגילה. הרי כל עמותה פועלת לתכלית ציבורית, מתאגדים לשם כך והפעילות לא למטרת רווח. כדי שתהפוך לדו מהותית צריך מימון מכספי משלם המיסים, תכלית ציבורית שיש בה אלמנט שהציבור רוכש תלות ביחס לאותה פעילות כמו שירות חיוני לציבור. אבל אסף מביא את הפרמטר של פעילות שלא למטרת רווח כפרמטר נוסף במכלול. כל עמותה בהגדרה וחברה לתועלת הציבור פועלת שלא לחלוקת רווח, היא יכולה להיות רווחית אבל הכסף חוזר חזרה לפעילות העמותה בלי חלוקת דיבידנדים, והעמותה מפוקחת על ידי רשם החברות ואם היא חברה לתועלת הציבור היא מפוקחת על ידי רשם ההקדשות.

הקדש = סוג של תאגיד במשפט הפרטי והרשם מפקח על הקדשים ועל חברות לתועלת הציבור. רשם העמותות מפקח על עמותות. יש רגולטור שאמור לוודא שלא ייעשה שימוש לרעה בכספים אבל לא תמיד יש לו מספיק שיניים והוא לא מצליח באמצעים שחוק העמותות נותן לו לעשות זאת, ולכן דוקטרינת הגופים הדו מהותיים תשלים את הפעילות שלו. אם מדובר רק בזה ומדובר בעמותה מקומית- שהפעילות הציבורית שלה ספציפית ומקומית ואין שירות חיוני, אין מונופול וכוח, אז דיני העמותות והמשפט הפרטי הם כשלעצמם יעשו את העבודה. נגייס את דיני המשפט הציבורי כשמדובר בעוד פרמטרים.

**רובינשטיין:** ביחס לעסקה הזאת מתייחס בפריזמה של דיני המשפט הציבורי ולכן היא קרובה לגוף דו מהותי ולכן מחיל את המשפט המנהלי.

עמדתו המרצה לא משקפת את הפסיקה באופן מלא. לדעתו ראוי וטוב אם **הסיווג כגוף דו מהותי או פרטי יהיה תלוי עניין ונסיבות** (לעניין מסוים שיהיה פרטי ולעניין אחר דו מהותי, ולעניין אחר רשות ציבורית אם הוא מפעיל סמכות ציבורית על פי דין). לפי גישתו הכל פתוח ואתה לא יודע מה לייעץ ללקוח, אך פגיעת הוודאות היא כיוון שהוא רוצה לצמצם את הפגיעה בהיבטים הפרטיים. מסיבה זו מסווג תלוי עניין ונסיבות, ועושה זאת דרך מבחני המשנה של המידתיות. יש מתח בין וודאות לבין הרצון להגיע לתוצאה הצודקת ביותר. **הפסיקה לא קיבלה זאת, נוטה לסווג סיווג עקרוני כגוף דו מהותי**. אם היא סיווגה אותו ככזה, היא תבדוק האם הפעילות הספציפית מצריכה החלת נורמות של המשפט המנהלי. המרצה אומר שאם ממילא בוחנים כל פעילות בפני עצמה למה צריך סיווג עקרוני שהוא מתייג כדו מהותי? מצד שני מבין את המדיניות של הפסיקה. נותן כדוגמא את פסק הדין של קופת חולים שעוסקת בוועדת החריגים שאמורה לדון בשאלה האם לתת למבוטח טיפול רפואי שהוא מחוץ לסל הבריאות ללא תשלום. הפסיקה אומרת שבהקשר הזה הקופה היא דו מהותית, ואז לא צריכה לבדוק אותה בכל עניין אלא בהקשר של ועדות חריגים שבוחנות האם לתת טיפול כזה ללא תשלום, נבדוק **אם פועלות ללא הפליה וסבירות ומידתיות**, ולא צריך כל פעם מחדש את זה. **הפסיקה מנסה ליצור קטגוריות וודאות כדי שיהיו תקדימים מחייבים שאפשר יהיה לפעול על פיהם**. זאת אולי הסיבה שהפסיקה אומרת שהיא סיווגה את קופות החולים כדו מהותיות בסיווג עקרוני ואם הוא סווג ככה, הוא חייב נורמות מסוימות.

הסיבה שהשופט בשבוע שעבר העדיף את קטגורית הביניים היא מהרצון שלו להימנע מהתיוג העקרוני הזה. אולי אפשר לומר בדוחק שיש גופים עם ציבוריות עמוקה כמו חברת החשמל, שהיא חברה ממשלתית ו100% מהמניות בידי המדינה ומספקת שירות חיוני וקיומי ומונופול, **אפשר להגיד שהיא סווגה כדו מהותית סיווג עקרוני ועדיין נצטרך לבדוק כל מקרה לגופו**. המרצה: למה צריך את התיוג הזה? הוא יכול להבין שיש קטגוריזציה של גופים ואם סווג כדו מהותי לאותה קטגוריה כמו ועדות החריגים של קופח היא דו מהותית ולא צריך לבדוק שוב באותו עניין.

בדיני ההקדשות **השופט רובינשטיין** זרע זרעים של משפט מנהלי. גם בפסד של **דפנה ברק ארז** היא אמרה שיש עמותות לא דו מהותיות וכשיש עמותות דו מהותיות נזרים את דיני המשפט הציבורי והיקף הפיקוח על ההחלטות שלהן יהיה גבוה יותר.

### (ה) מונופולים

מונופולים זה פרמטר שמדבר על צמצום מרחב הבחירה של הפרט וברור לנו שאם יש גוף שמספק שירות לציבור ואין תחרות, והיעדר התחרות חותרת תחת הרעיון של שוק החופשי- ברור שזה בהחלט יכול להיות פרמטר שיסייע לבחינת הדו מהותיות שלו. שאלת המונופול ביחס לדו' הדו מהותיים לא תהלום את השאלה האם הממונה על התחרות סיווג את הגוף כמונופול לפי חוק התחרות. חוק התחרות הכלכלית מאפשר לממונה על התחרות לסווג גופים כמונופול, בס'25א(1) לחוק ישנה הגדרה מהו מונופול. התיקון מ2019 הוסיף הגדרה חלופית: גם אם אין לך למעלה ממחצית מהמניות, יש לך כוח משמעותי שהריסונים של השוק החופשי לא משפיעים עליך כי הכוח הזה מאפשר לך לספק שירות בצורה לא טובה ולהעלות מחירים בלי לפחד שהלקוחות יברחו לספק אחר.

דוקטרינת הגופים הדו מהותיים לא מחייבת שתהיה בהכרח הגדרה של מונופול ביחס לגוף מסוים כדי שהפרמטר יבוא לידי ביטוי. למשל: חברה קדישא בקסטנבאום - היו בירושלים חברות אחרות שאיפשרו כיתוב בלועזית על המצבות. לכאורה אין מונופול. אם לא רוצים לקבל את כללי חברת קדישא, אפשר ללכת לחברות קבורה אחרות בירושלים. **הנשיא שמגר**: בגלל הסיטואציה הקשה שהאדם נמצא בה, אנחנו לא מצפים ממנו להתחיל לחפש חברות קדישא אחרות ומבחינתו קדישא מונופול, כי בפועל צומצם מרחב הבחירה של הפרט. לכן ההגדרה השל הדוק' למונופול היא **רחבה יותר מההגדרה של הממונה על התחרות**.

ע"א 5365/11 פרשת אקו"ם. ההיבט המונופולי של אקו"ם הוא עצום כי זה גוף שלמעשה מקשר בין האמנים שמבקשים לקבל תמלוגים עבור היצירות שלהם לבין הלקוחות שצריכים לשלם את התמלוגים ואקו"ם מעניק רישיונות תמיכה- הוא למעשה מאגד את היוצרים כולם ומעניק בשם היוצרים רשיונות צמיחה שמאפשרים להשמיע את כל היצירות ומחלק את הכספים ליוצרים. כמובן שכשמדובר בגוף אחד שמספק את השירות הזה, יש לו מונופול כי זה שירות שמשפיע באופן עצום על הנגישות של הציבור ליצירות. הציבור לא נגיש ליצירות אלמלא אקום שמאפשר לשלם דרך רשיונות הצמיחה את התמלוגים ליוצרים. יש פה שירות חיוני לציבור ויש פה מונופול. **ברק ארז** דנה בפסק דינה על היבט צמצום מרחב הבחירה.

צמצום מרחב הבחירה.

לאחרונה נכתב מאמר שבהקשר הזה מציעה לסווג את **YouTube** כמונופול כי היא פלטפורמה יחידה שמאפשרת להנגיש את היצירות במדיה המקוונת והיא למעשה משלמת לאקו"ם עבור האפשרות להציג את היצירות בפלטפורמה שלה ויוטיוב עצמה ניזונה מפרסומות וכך היא מרוויחה. הטענה שיוטיוב מונופול כלפי אקום במובן הזה שהיא הגוף היחידי שבאופן יעיל מאפשר להפיץ את היצירות של היוצרים באופן מקוון.

פרשת סטטוסים מצייצים. שאלת צמצום המרחב של **פייסבוק** עולה, כיוון שהוא גוף חזק והיקף המשתמשים בו עצום למול יתר הרשתות החברתיות שקיימות. אין לנו פסיקה שסיווגה את פייסבוק כגוף דו מהותי והיינו קרובים לכך. בפסק הדין **השופט** **רחמים כהן** כמעט סיווג פייסבוק ככזו אבל צעד בדרך עקיפה. סטטוסטים מצייצים היה עמוד עם הרבה משתמשים ופייסבוק יום אחד אמרה שהעמוד עשה שימוש עסקי בפלטפורמה של פייסבוק וזה אסור אלא באישור פייסבוק. סטטוסים מצייצים קידמה פוסטים בתשלום וזה בניגוד להסכם האחיד כשאנו פותחים חשבון. ובאותו רגע פייסבוק החליטה לנתק את השלטר בטענה חוזית. אתם הפרתם את ההסכם ולי עומדת זכות ביטול ודי בכך לנתק את השלטר. המקרה הגיע לביהמ"ש המחוזי בת"א ורחמים כהן עמד על **ההיבטים הציבורים של פייסבוק**: צמצום הבחירה ומונופול, ניצול לרעה של כוח, שירות חיוני שפייסבוק מספקת. לבסוף לא החליט אם היא דו מהותית ובמקום זה הוא פתר את הנושא **דרך דיני החוזים**. הוא קבע שמדובר בהפרה לא יסודית שלא מזכה את פייסבוק ביכולת לבטל את ההסכם מבלי לתת לצד השני אפשרות לתקן את ההפרה. לכן הכריח את פייסבוק לאפשר לסט' מציי' לתקן את ההפרה.

של מי הפייסבוק הזה? מאמר של המרצה. הש' רחמים כהן ביצע מהלך מאוד מותחכם, החליט לחמוק משאלת הדו מהותיות דרך מסלול עוקף. הוא לקח את כל הפרמטרים הציבוריים שעשויים לסווגה כדו מהותית (כולל מונופול וחשש לשימוש לרעה בכוח), ובמקום ללכת בדרך המלך ולבחון את השאלה האם ראוי לסווגה כדו מהותית ולהחיל עליה נורמות מהמשפט הציבורי, הוא לקח את הפרמטרים והכניס "דרך החלון" לתוך הניתוח החוזי והגיע לתוצאה שהגיע. בדיני חוזים הגדרה של הפרה יסודית היא אם אתה לא כותב בהסכם. חוק החוזים אומר שהפרה יסודית היא הפרה שלא הייתי מתקשר מלכתחילה אם הייתי יודע שהצד השני יפר את ההסכם.

נשאלת השאלה האם פייסבוק הייתה מתקשרת איתנו ומאפשרת לנו לפתוח חשבון אם הייתה יודעת שנעשה עסק על חשבונה? ברור שלא. לכן אי אפשר לראות את זה כהפרה לא יסודית. הדרך היחידה לראות זאת אם תזרים את ההביטים הציבוריים של פייסבוק ורחמים מדבר על כך, ודרך זה לפרש את דיני החוזים בפרשנות שונה מהמקובל. המרצה טוען שההיבטים הציבוריים של פייסבוק נכנסו לא דרך דו מהותיים אלא דרך המשפט הפרטי באמצעות פרשנות של דיני החוזים, שהובילו לתוצאה שונה בגלל ההיבטים הציבוריים של פייסבוק. הריסון המשפטי נבע מכך שהעיתונות הכתובה לא סווגה כדו מהותית עד היום. יש חשש מהשימוש בפלטפורמה של גופים דו מהותיים. מאותה סיבה **השופט גונטובניק** בחר באותה קטגוריית ביניים בפסק הדין ישראכרט (חברות סליקה). אם השופט רחמים כהן היה קובע שפייסבוק היא גוף דו מהותי ובוחן אותה בפלטפורמה של הדו מהותיות, לא בהכרח התוצאה שהיינו מקבלים היא שהפעולה שלהם היא בלתי סבירה. הרי שיקולים עסקיים לאור המידתיות הם שיקולים עם משקל- פייסבוק לא יכולה להגיד שלא רוצה לעמוד בהסכם עם מישהו שהפר הסכם איתה כבר? הטעות שלה זה בקשר **לזכות הטיעון,** היא ניתקה את השלטר מבלי לשמוע את הצד השני. אילו השופט היה לוקח את הדוק' של הגופים דו מהותיים היה מורה לבצע שימוע **בלב פתוח** טרם קבלת ההחלטה. יכול להיות שגם אז הייתה פייסבוק מקבלת אותה ההחלטה ואז היינו בוחנים החלטתה לפי דיני המשפט המנהלי. כלומר, לא בטוח שהסיווג כדו מהותי בהכרח היה מוביל לתוצאה שמחייבת את פייסבוק לקבל את העמוד בשעריה חזרה. דווקא הפלטפורמה של ההפרה הלא יסודית מדיני החוזים הובילה את השופט למסקנה שפייסבוק חייבים לתת לה אפשרות לתקן את ההפרה ולא יכולים לבטל את ההסכם מייד.

השופט הגיע לתוצאה שלמעשה מחייבת את סט' להחזיר אותם מבלי לשלם את המחיר של תיוג פייסבוק כדו מהותי. פייסבוק הגישה ערעור על פס"ד וזה נמשך על ידי הצדדים שהגיעו להסכמה ואין הכרעה בנושא הזה.

מבחינת פייסבוק זה סיכון לא קטן. אם העליון היה מסווגה כדו מהותית, זה יכול להוביל לטענה שפייסבוק **אוכפת סלקטיבית** כשמוחקת פוסט של אדם אחד ולא אחר. מה התשתית העובדתית שעמדה בפניה לפני שקיבלה את ההחלטה?

הצעת חוק פייסבוק. לא התקדמה, יש שאלה גדולה איך אפשר ליצור רגולציה עליה. הרי מדובר בחברה רב לאומית ואם עושים רגולציה, אולי צריך לעשות זאת באמצעות אמנות בינ"ל. המרצה: צוקרברג רוקד על שתי החתונות. מצד אחד הוא אומר שמקבל ביקורת מאלו שטוענים שהם מוחקים יותר מדי פוסטים ומצד שני טיעונים שהיא לא מצנזרת מטעמים עסקיים. אז אם המדינות חושבות כך, שיעשו בעצמן רגולציה על פייסבוק.

עתירה לבג"ץ כנגד הפרקליטות בעניין פייסבוק. מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה נוהגת לפנות לפייסבוק ולגוגל אם יש שם פוסטים שהם עבירה פלילית. נניח שיש פוסט עם הסתה לאלימות וזו עבירת ביטוי של עבירה פלילית. אך נכון להיום, אין שום חוק שמאפשר לפרקליטות לפנות לפייסבוק ולחייב אותה להסיר פוסט, רק ביהמש אחרי פסק דין יכול. העתירה הוגשה בטענה שלפרקליטות אין סמכות לפנות לפייסבוק ולבקש להסיר פוסטים, הרי רשות ציבורית יכולה לעשות רק מה שהחוק מאפשר לה. המדינה טענה שעל פי סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה היא רשאית מתוקף סמכות שיורית. אבל יש מגבלות: לממשלה אסור לפגוע בזכויות אדם גם כשיש לה סמכות שיורית. צריך חוק כדי לפגוע בזכויות אדם. הטענה הייתה שיש פגיעה בחופש ביטוי כשמוחקים פוסט, אי אפשר לעשות זאת מתוקף סמכות שיורית. טענה של סטודנט: כדי לפגוע בזכויות אדם הפגיעה צריכה להיות מכוח חוק או בחוק על פי הסמכה מפורשת. סעיף 32 לחוי הממשלה- כתוב בו שהממשלה רשאית לעשות בכפוף לכל דין כל פעולה שעשייתה אינה מותרת לרשות אחרת. **מלצר:** מי שמסיר את הפוסטים זה הפלטפורמות המקוונות ולא המדינה ולכן הפגיעה בחופש הביטוי לא נעשית על ידי המדינה. מה גם שחלק מהפוסטים הם תולדה של בוטים ולהם אין חופש ביטוי. גוגל ופייסבוק לא צורפו כמשיבים לעתירה **וחיות** חשבה שיש לדחות את העתירה על הסף בגלל זה. ביהמש קרא למחוקק להתייחס בחקיקה לאפשרות ליצור רגולציה על פייסבוק ככל שמדובר בבקשה להסרת פוסטים.

כזכור, כשמדובר במונופול לא צריך לבדוק האם הוכרז כמונופול על ידי הממונה. כשיש לך מעט גופים ויש לך כוח משמעותי באותו שוק אתה מונופול. לפעמים מונופול הוא מכוח חוק, למשל:

* חוק הספורט קובע שבכל ענף ספורט יהיה איגוד ספורט אחד רשמי – יש כאן מונופול טבעי.
* הולכת חשמל במדינה קטנה. לא הגיוני שיהיו 2 חברות שיעשו אותו דבר ולכן היא מונופול טבעי.

### (ו) ריכוז כוח העלול להיות מנוצל לרעה

זה הצד השני של מטבע המונופול. כשיש מונופול אז התוצאה היא כוח שעלול להיות מנוצל לרעה. אנחנו רואים שבשוק הפרטי יש הרבה מאוד כוח. לדוג':

* הסתדרות העובדים החדשה. יש להם הרבה מאוד כוח לשנות את הזכויות והחובות שלהם גם של העובדים בהסתדרות וגם אלו שלא חברים בארגון. הדין הופך אותם למחוקק אוטונומי בכל מה שנוגע לזכויות ולחובות העובדים. יש סעיף בחוק הגנת השכר שכופה על עובד לשלם לארגון וולונטרי יציג גם אם העובד לא ביקש להצטרך לשורותיו לשלם דמי טיפול. אנחנו מבינים שהדין מעניק הרבה כוח לאיגודי עובדים, קל וחומר בתקופת שביתה. להסתדרות יש ועדת חריגים והיא קובעת מי ייכנס לתוך הוועדה ומי לא כשיש שביתה במשק, ונתב"ג סגור.
* בנקים וחברות ביטוח. יש כוח ופערי כוחות אדירים בין הפרט לבין אותם תאגידים וכוח המיקוח הוא כזה שקשה לך להסתדר לבד מול הגופים.
* פייסבוק. פערי כוחות כשמוחקים לך פוסט ואין לך עם מי לדבר. חברות שהתקציב שלהן גדול יותר מהתקציב של מדינה.
* טריבונלים שיפוטיים של ארגונים וולונטריים. זה יכול להיות טריבונל שיפוטי של מוסד להשכלה גבוהה שמחליט האם סטודנט יורשע כשמוגשת נגדו קובלנה משמעתית. לכאורה זה ארגון וולונטרי ואתה בחרת להישפט בו. טריבונל הוא ביהמש שאינו רשות ציבורית- סוג של גוף עם סמכות שיפוטית וקיבל אותה במקרה הזה באמצעות הסכמה. כשנרשמנו לאונ' קיבלנו את תקנון המשמעת- זה חוזה אחיד. כשהאונ' מחליטה להעמיד סטודנט לדין משמעתי, יש לה כוח עצום. זה יכול להיות טריבונל של מושב גם או גוף אחר. יש אלמנט של וולונטריות לכאורה שבחרת להצטרף לגוף. אבל הכוח הוא עצום. וההשפעה של הגוף על חיינו עצומה. אם יש החלטה להרחיק סטודנט זה יכול להרשיעו בדין משמעתי ואם הוא סטודנט למשפטים זה ישפיע עליו בהמשך דרכו. **ביהמש העליון לא יהסס להתערב בתוכן הפסק של טריבונל כזה אם מגיע למסקנה שהעונש לא מידתי.** דרך סיווג הטריבונל השיפוטי כגוף דו מהותי נפעיל ביקורת שיפוטית על מידתיות ההחלטה. הפסיקה מתייחסת לכוח של הגופים האלה ובין אם מסווגת אותם כדו מהותיים או לא, היא מחילה עליהם סבירות ומידתיות ונורמות מהמשפט המנהלי. דוג': עא 8398/00 כץ נגד קיבוץ עין צורים, עא 1773\2006 א' נ' איילת השחר.
* טריבונלים מעין שיפוטיים. כמו פורום תקנה. אי אפשר שלא להתייחס לפרמטר של ניצול לרעה של כוח בלי להתייחס לפורום תקנה. אי אפשר שלא לראות את הפוטנציאל לפגיעה בהליך הוגן כתוצאה מפעילות הפורום הזה. פורום תקנה הוא פורום שהוקם על ידי גדולי התורה: חכמי המשפט וטיפול וחינוך. הם החליטו לפעול למניעת פגיעות מיניות מצד בעלי מרות וסמכות בציבור הדתי הלאומי. איש לא יחלוק על המטרה החשובה הזו של מניעת ניצול לרעה של האמון של התלמידים ברבנים שהם בעלי השפעה חינוכית ורוחנית וניהולית על התלמידים. הפורום הזה בעיקר נותן פיתרון לאותן תלונות של מתלוננים שלא רצים להגיש תלונה במשטרה. ההליך הפלילי לא מגיע לכדי מיצוי ובסיטואציה כזו, הפורום הזה הוא כתובת לטיפול בתלונות האלה, כאשר אם פונה מתלונן אל הפורום, הפורום מנסה לשכנע להגיש תלונה במשטרה אם יש משהו פלילי. אם המתלונן לא מוכן להגיש תלונה במשטרה, הפורום מבקש את תגובת האדם שהוגשה נגדו תלונה. תוך כדי הפעולה הזו מתנהל דיון שלמעשה אם הוא משתף פעולה עם הפורום, מובטח לו שהציבור לא ידע מכך כי זו הדרך היחידה של הפורום לגרום לנילון לשתף פעולה. מצד שני יש בעיה שאנחנו לא נדע מה קורה ונצטרך לסמוך על הפורום והחלטותיו. הפורום הזה נולד במשפט הפרטי והוא למעשה משתמש בקהילה ובכוח של הקהילה כאיזשהו מנגנון לחץ על הנילון. הרי אם הנילון לא ישתף פעולה, המשמעות היא שישפטוהו בהיעדרו וככל הנראה יפרסמו לציבור את המסקנות שלהם. חברי הפורום לא נבחרים על ידי הקהילה והוא לא מורכב משופטים מקצועיים והדין לא מתנהל לפי דיני הראיות ואין לו אמצעי חקירה כמו למשטרה והדיונים לא פומביים, הוא שומר על דיסקרטיות- אם הנילון משתף פעולה, הפורום לא חושף מעשיו. מדובר **בגוף שהוקם דרך המשפט הפרטי** מתוך תכליות טובות וראויות ומתוך הבנה שכנראה זו הדרך היחידה לטפל בתלונה אם היא לא מגיעה לפסים פליליים. מצד שני עולה השאלה מי ישמור על הזכות להליך הוגן של הנילון? המרצה מביא את הדוגמה הזו כדי לבחון האם יש מקום לסווגו כגוף דו מהותי כדי לשמור על הזכות להליך הוגן. הרי הפורום הוא הרשות המחוקקת, מבצעת ושופטת (מחוקקת כי יש לו תקנון שקובע איסורים שקיימים רק במגזר הדתי ולא קיימים במשפט הפלילי). נק' המוצא היא שלפורום יש **הרבה מאוד כוח** ואולי ראוי לסווגו כדו מהותי כדי להכפיפו לנורמות מהמשפט המנהלי ובפרט לזכות להליך הוגן כדי לוודא שלא תהיה פגיעה לא מידתית בזכות הזו של הנילון. זה כוח שנוצר ממשפט פרטי. אין פה שום סמכות שלטונית. יש אמנם שת"פ בין הפורום ליועמ"ש במובן הזה שיש סוג של הסכמה שאם יש עבירה פלילית, הוא ישכנע להגיש תלונה במשטרה. רק אם המתלונן לא רוצה להגיש תלונה במשטרה, הפורום נכנס לפעולה. זה בית דין פלילי לכאורה וולונטרי.

ע"פ 766/07 ברק כהן נ' מדינת ישראל. עוסק בשאלה האם ניתן להרשיע או להאשים בעבירת שוחד עובד של חברת אבטחה פרטית. כיהן כראש משמרת של צוות מאבטחים ואמנם עבד תחת חברה פרטית אבל המיקום היה במשרד הפנים בירושלים. באותה תקופה היה שם תור במובן שאנשים ישנו שם בלילה כדי להיות ראשונים בתור והעובד ניצל את הכוח וקיבל טובות הנאה כולל שירותי מין כדי לקדם אנשים בתור. השאלה היא האם אפשר להאשימו בעבירת שוחד כי הוא עובד של חברת אבטחה פרטית? בחוק העונשין אפשר להאשים בשוחד גם מי שמועסק על ידי תאגיד המספק שירות לציבור (גם אם אתה לא עובד מדינה או עובד ציבור, עדיין אם אתה עובד של תאגיד שמספק שירות לציבור, אפשר להרשיעך בשוחד). **ביהמש:** מרשיעו בשוחד בין היתר לאור הכוח העצום והתלות של הציבור בשירותים שלו. כשאני מחכה בתור להכנס למשרד ממשלתי ורואה מאבטח אני לא יודע אם הוא עובד מדינה או של חברה פרטית. הוא כרגע הסמכות לקבוע מי נכנס ומי לא ויש לי תלות והוא ניצל לרעה את התלות. מהסיבות האלו ביהמש הרשיעו בשוחד. זה כוח שנמצא במשפט הפרטי וזה מתועל לפרשנות של דיני העונשין לטובת הרשעה בשוחד.

### (ז) מימון פונקציונאלי

לכאורה אפשר לומר שכל מכולת וכל בעל עסק ממן את עצמו מכספי הציבור, אבל אף אחד לא חושב שהם צריכים להחשב גופים דו-מהותיים. נדרש **אלמנט של צמצום הבחירה,** למשל כמו דמי החבר באגודת הסטודנטים (לא ניתן להתמחק, לא אופציה טובה לא לשלם, מעשית לא אפקטיבי ולא אפשרי להקים אגודה מקבילה) – הכסף הציבורי הזה מצמצם את מרחב הבחירה שלנו. אנחנו מצפים שהאגודה תתמודד בצורה של יראת קודש עם הכסף שלנו.

## 3. הזיקה המוסדית

הזיקה הזו תשלים לנו את הפאזל של כל מה שלמדנו עד עכשיו. יש קשר סימביוטי בינה לבין הזיקה הפונקציונאלית כיוון שכאשר יש גוף שנולד במשפט הפרטי אבל יש בו כל מיני עקרונות פונקציונאלים (מונופול, שירות בסיסי ועוד) המדינה לא תעמוד מנגד ולא תעשה דבר. היא יכולה לנקוט באחת מ4 האופציות הבאות:

* + זיקת בעלות – הלאמה
  + זיקה רעיונית - שימוש לצורך האינטרס הציבורי כזרוע ארוכה
  + זיקה פיקוחית - פיקוח, רגולציה
  + זיקה מימונית - מימון, תזרים מכספי הציבורי

בכל המקרים האלה הרשות הציבורית לא אדישה, היא מתערבת. לרוב היא יוצרת **תלות בין הרשות השלטונית לגוף הפרטי**. כעת נרחיב על כל אחת מין הזיקות.

### (א) זיקת הבעלות

הגדרה בס'1 לחוק החברות הממשלתיות. חברה ממשלתית = יותר ממחצית מכוח השליטה באותה החברה נתונה במישרין או בעקיפין ע"י המדינה.

נשאלת השאלה: אם יש חברה ממשלתית שהיא 100% בבעלות המדינה, האם זה לא מעין פיקציה והיא למעשה חברה שלטונית/רשות ציבורית, כיוון שהיא לא הוקמה מכוח חוק? חוק החברות הממשלתיות הוא חוק ספציפי שמוקם ע"י המדינה כגוף פרטי. זה לא חייב להיות שהרשות הממשלתית מקימה אותה, יכול להיות שעירייה או רשות מקומית תקים חברה כזו. גם לשכת עו"ד, שהיא רשות סטטוטורית, הקימה חברה פרטית – הרשות הכלכלית.

המרצה אומר שלמרות שהחוק לא מסווג את זה, יש הבדל בין חברה ש100% ממנה בבעלות המדינה (מתרחקים מהאוטונומיה, המדינה היא הבעלים היחידים), לעומת חברה ש51% ממניותיה הם בבעלות המדינה (פה לחברה יש יותר אוטונומיה להחליט מה היא רוצה).

יש מקרים שבהם המחוקק לקח נורמה ולא "המתין" לדוקטרינת הגופים הדו-מהותיים, אוטומטית החיל חובות ציבוריות על חברות ממשלתיות. לדוג' – חובת מרכז. חוק חובת המרכזים קובע שכל חברה ממשלתית חייבת בחובת מכרז.

* ס'4(א) קובע כי: *"חברה ממשלתית* ***תפעל לפי השיקולים העסקיים*** *שעל פיהם נוהגת לפעול חברה לא-ממשלתית, זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הועדה, שיקולי פעולה אחרים; הוראה זו לא תחול על חברה ממשלתית שמסמכי היסוד שלה אוסרים חלוקת רווחים".*

כשאל-על הייתה חברה ממשלתית והיא החליטה לא לטוס בשבת זה היה נחשב כ"שיקול שאינו עסקי" ונשאלה השאלה האם מותר לה לעשות את זה? היא קיבלה אישור של הממשלה לשם כך. היום בדיעבד, למרות שאל-על כבר לא ממשלתית, היא עדיין לא טסה בשבת כי זה הפך להיות שיקול עסקי עבור קהל דתי-חרדי (רק החברה הבת שלה טסה).

* ס'4(ב) קובע כי: *"בחברה ממשלתית שאחת ממטרותיה היא לספק לציבור מצרכים או שירותים שלא על מנת להפיק רווחים, רשאית הממשלה להחליט שתפעל בהשגת מטרה זו לפי הכללים המחייבים אדם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין".*

חשוב להבין שלא כל חברה ממשלתית שבבעלות המדינה תסווג כדו-מהותית, אבל כנראה שזה יהיה פרמטר שבהצטבר נתונים נוספים היא תהפוך לדו-מהותית. צריך לבדוק כל מקרה לגופו (מטרות, תפקידים, סמכויות שלטוניות, האם מונופול...).

עת"מ 11800-03-16 מלט הר טוב בע"מ נ' חברת נמלי ישראל. פסק דינה של **השופטת מיכל אגמון-גונן.** מדובר על חברת נמלי ישראל, הש' סיווגה אותה כגוף דו-מהותי, בין היתר בשל היותה חברה ממשלתית בבעלות מלאה של המדינה + סמכות שלטונית ע"פ דין + שירות הנמלים הוא שירות חיוני שאין לו תחליף (כאמור, מכלול פרמטרים). טוענת כי ע"פ ס'4(ב) כאשר נושאי משרה בחברה ממשלתית מכינים מכרז, חובתם לשקול גם שיקולים של טובת הכלל, כולל שירותי תחרות, טיב השירות שהציבור יקבל מהחוזה. כאשר מדברים על חברת החשמל או חברה כמו זו של הפס"ד יש לוודא בהם שהחברות שוקלות **יותר שיקולים של טובת הציבור, נמצאים יותר צמוד לצד הציבורי מאשר פרטי** בתוך הסקאלה של דו-מהותיים. האכסנייה הראויה לשקול שיקולים ציבוריים היא דרך לא ס' 4(ב) אלא דרך ס' 11(א) לחוק החברות (מאפשר לחברה עסקית-פרטית לשקול גם את ענייני הנושים, עובדים והציבור בכללותו). צריך לעשות הבחנה בין טובת החברה לטובת בעלייה (הציבור).

### (ב) הזיקה הרעיונית

ישנן חברות רבות שמהמדינה משתמשת בהן כ"זרוע ארוכה" שלה על מנת להגשים תכליות ציבוריות. דוג':

* החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים
* הסוכנות היהודית
* קק"ל
* קופ"ח
* חברות ביטוח לענייני ביטוחי חובה.

הזיקה הזו יכולה לבוא לידי ביטוי גם בשת"פ בין הרשות הציבורית לגוף הפרטי. למשל השת"פ בין קק"ל/הסוכנות היהודית הוא הדוק ורחב ממדים.

**קשר בדעת הקהל** שהופך את הגוף הדו-מהותי כגוף שהנטייה שלנו היא לראותו כחלק מהמדינה, שימוש בסממנים לאומיים יכול ליצור את דעת הקהל הזו. דוג':

* נבחרת ישראל בהתאחדות לכדורגל. שומעים את ההמנון, מדים בצבעי הדגל, "המאמן הלאומי".
* אלעל. "הכי בבית בעולם".
* הבימה. התיאטרון הלאומי הבימה.
* המועצה לשימור אתרי מורשת בישראל. יכול להישמע לציבור כמו גוף ציבורי, גם בעיקר בשל השימוש במילה "המועצה". למעשה מדובר בעמותה שמקבלת מימון ציבורי.

### (ג) הזיקה הפיקוחית

ככל הציבוריות הפונקציונאלית בחברה מסוימת גדולה יותר, צריך יותר פיקוח רגולטורי. המרצה מדגיש (בפעם המיליון בקורס) כי הוא לא חושב שדוקטרינת הגופים הדו-מהותיים צריכה להיות הראשונה שעלייה נסמוך כדי להגן על הציבור מפני הגופים האלה. להפך! הוא מאמין שהיא צריכה להיות האחרונה שתתן את הפתרון האד-הוקי דרך ביהמ"ש. מסביר **שלדעתו רגולציה היא הרבה יותר יעילה וטובה** (מראש ולא בדיעבד, מורכב מצוות מומחים שיכולים לדייק בצורך לפקח על התאגיד, לא ספורדית אלא נעשית לכתחילה – גופים דו-מהותיים עוזר רק אם מגיע לביהמ"ש ורק לאזרח שיש בידיו את הפרוטה לתבוע). ברור שגם לרגולציה יש בעיות משלו (שבי רגולטורי, לא תמיד מוכווני זכויות אדם כמו ביהמ"ש). מדובר ב**כלים משלימים**, אין כמעט תחום לא מפוקח היום (דיברנו על זה בהרחבה בקורס, גם נהג מונית/קבלן בנייה/מתווך/עו"ד מפוקח, למעט עיתונאים והתקשורת הכתובה והמקוונת).

במקרה שהייתה בעיה, אפשר לתקוף גם את הרגולטור על כך שלא פיקח טוב + לתקוף את החברה דרך דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים.

### (ד) הזיקה המימונית

מה ההבדל בינה לבין הזיקה המימונית שבה פתחנו את ההרצאה של הזיקה הפונקציונאלית (ועליה דיברנו בשבוע שעבר)? בראשונה יש אלמנט של צמצום מרחב הבחירה, כאן מדובר ממש על **כספי תקציב המדינה**. זה מכניס אותנו לשאלה מאוד לא פשוטה – עד כמה הכסף הציבורי מאפשר לנו כמדינה להתערב בענייני גוף שמקבל את הכסף?

ס' 15 לחוק המל"ג מדבר על חופש אקדמי, למרות שהאוניברסיטאות מסובסדות וממומנות ע"י כספי המיסים. לא ניתן להתערב בתכנים! מן הצד השני יש חובת מכרזים על אוניברסיטאות כדי לוודא שההליך הוא תקין (לאפשר צדק חלוקתי, שוויון, יעילות).

כאן המקום להזכיר שוב את המונח שניסתה להתוות מירי רגב כשרת התרבות והספורט *"יש הבדל בין חופש הביטוי לחופש המימון",* האם בעל המאה הוא בעל הדעה? עד כמה המימון הוא פלטפורמה להתערבות? המרצה אומר שזה טיעון מאוד מיתמם. יש הרבה מיזמים במשפט הפרטי שאנחנו חושבים כמדינה שהם צריכים להתקיים, לפעמים השוק החופשי לא מספיק כדי "להחזיק אותם" ולכן נדרשת עזרת מימון והמדינה כדי שהם בכלל יצליחו להתקיים ולבוא את עצמם.

גם כאן חשוב לומר, זה לא הפרמטר הבלעדי! דיברנו בעבר על מימון הפגנות בקמפוסים, שאנחנו מצפים שבאוניברסיטה יממנו את המאבטחים להפגנה (חופש ביטוי אקטיבי) ואילו במכללה פרטית לא מתוקצבת לא נדרוש זאת (חופש ביטוי פאסיבי).

## סיכום הנושא – סיווג גופים כדו מהותיים

לסיכום דעת המרצה עד כה בקורס סיווג כגוף מהותי אינו צ'קליסט! צריך לקחת את כל הקוביות ולראות איזה "בניין" בונים לגוף מסוים, פעילות מסוימת, נסיבות נקודתיות. לאחר הסיווג יש לבחון את 3 מבחני המידתיות כדי לוודא שהפגיעה תהיה מידתית (קשר בין האמצעי למטרה, האמצעי שפגיעתו באוטונומיה הפרטית של הגוף פחותה, מידתיות במובן הצר – הנזק בפגיעה בהיבטים הפרטיים מול התועלת באינטרס הציבורי).

1155/20 עמותת בית הכנסת. פסק הדין של **השופטת דפנה ברק-ארז**, זהו פסק דין מלפני שבוע של ביהמ"ש העליון וננתח את כל מה שלמדנו עד כה בתוך פסק הדין.

המקרה העובדתי: מדובר על מערערים שמתפללים בבית הכנסת (אחד מהם אף פעל להקמתו), הם ביקשו להתקבל כחברים לעמותה אבל הם נדחו. זה לא אומר שהם לא יכולים להמשיך להתפלל שם כמובן (לא מנעו את כניסתם!), אבל מה שקרה הוא שהמערערים רצו להשפיע על ניהול ביה"כ ועל כך בקשתם נדחתה. העמותה של בית כנסת פועלת **ללא תכלית של חלוקת רווח אלא למען תכלית ציבורית** (פועל בצורה אוטונומית). את בית הכנסת פוקדים מאות מתפללים לאורך השנה. אם לא מאמצים תקנון ספציפי יחול עליהם התקנון המצוי בחוק בס'1. בתקנון אין התייחסות לאמות המידה שעל פיהם היא תחליט האם לקבל אדם ספציפי לעמותה או לא ומסיבה זו הם עתרו לבג"ץ. הסיבות שלא הסכימו לקבל אותם: הראשון ניהל רשת מתוחכמת לזיוף חשבוניות (הרשעה פלילית), מסית ומדיח נגד חברי העמותה, נוהג באלימות וגסות רוח כלפי מתפללי ביה"כ, חותר להשתלט על העמותה, פעילותו אינה עולה בקנה אחד עם פעילות העמותה בצורה תקינה. כלפי העותר השני נטען כי אין לו זיקה לביה"כ, לא מגיע להתפלל בבית הכנסת.

במקרה כזה עלינו לבדוק האם העמותה היא גוף דו-מהותי? אולי עלינו להכריח אותם לקבוע קריטריונים? האם אדם שמגיע להתפלל פעם בשנה בבית הכנסת יכול להיות חבר עמותה? מצד שני, יש לשים דגש **לאוטונומיה הפרטית** של העמותה שהיא יכולה להחליט מה טוב לה ומה לא (קל וחומר כשמדובר על מוסד דתי שרוצה לכוון את ההתנהגות שלו בצורה מסוימת)! בנוסף יכולים לנסות לטעון שהם יכולים להקים בעצמם בית כנסת ועמותה חדשה, אבל מנגד יטענו המערערים כי העמותה קיבלה קרקע + סבסוד כלכלי מהמדינה.

עמדת **היועמ"ש**: זהו אחד מ5 הכובעים של היועמ"ש הוא ייצוג האינטרס הציבורי. פקודת ההתייצבויות אומרת שהיועמ"ש יכול להתייצב בכל תיק שנראה לו, גם בתיק אזרחי וגם אם המדינה היא לא צד להליך! ברוב המקרים היועץ מגיב כי אחד הצדדים קורא לו (כמובן שזה רק במקרים נדירים) ולעיתים ביהמ"ש פונה ליועמ"ש (גם כאן יש מקרים שהיועמ"ש מסרב להגיע גם אם ביהמ"ש מבקש את חוו"ד).

עמדתה של **הש' דפנה ברק-ארז:** טוענת שיש 2 דרכים לבחון מה תהיה התוצאה במקרה הזה: **דיני העמותות ודיני הגופים הדו-מהותיים**. המרצה אומר שזה מבנה מאוד נכון של פסק הדין כי לא כל עמותה היא גוף דו מהותי!

* דיני העמותות.במילים אחרות דיני העמותות זה הייצוג של שיקולי המשפט הפרטי במקרה הזה. היא קובעת כי כדי שעמותה תסווג כגוף דו-מהותי צריך שיהיה לה יותר מתכלית לוקאלית (כי כל עמותה פועלת למען האינטרס הציבורי). יש שיקולים שתומכים באוטונומיה של העמותה להחליט כרצונה (אי-התערבות):

1. חופש ההתאגדות (זכות לבחור עם מי להתאגד ועם מי לא, יכולים להקים עמותה מקבילה)
2. השפעה על מטרות העמותה (אם יש חבר שרוצה להשתלט השתלטות עוינת לא צריך את הגופים הדו-מהותיים כדי להבין שלא צריך לקבל חבר שלא מזדהה עם המסר). נותנת דוגמאות על עמותה של טבעונים ואוכלי בשר.
3. חופש ההתאגדות הוא לא זכות מוחלטת (למשל אסור להקים עמותה שתקים פעילות בלתי חוקית).
4. הפליה שפוגעת בתקנת הציבור על פי גישתו של ברק (חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים).

**איזונים**: אם יש חשש שהאדם יפגע ביכולת הניהול הפנימית של העמותה/לא מאמין במטרות העמותה אי אפשר לכפות לקבל אותו! יש לבצע הבחנה בין 2 סיטואציות – בתקנון העמותה יש התייחסות לתנאים שבהם האדם חייב לעמוד בהם, לעומת מצב כמו שלנו – שאין בתקנון התייחסות לכך. סעיף סל יפחית את שיקול הדעת, אם רוצים לקבוע קריטריונים יש יותר גמישות ואפשרות לקבוע דברים מסוימים. מעודדת לקבוע מראש בתקנון את כל הקריטריונים. זה עדיף כי זה נותן לאדם אפשרות לתכנן את צעדיו (וודאות), מגביל את העמותה מלפגוע בשוויון בעתיד. השופטת מתייחסת גם לשאלה האם לאדם שלא לוקח חלק בעמותה יש זכות עמידה לתביעה? עד כאן השופטת לא התייחסה כלל לגופים דו מהותיים!

* דיני הגופים הדו-מהותיים.אם העמותה של בית הכנסת מסווגת כגוף דו מהותי במקרה הזה (כיוון שיש לה אלמנטים של מימון ציבורי, קיבלה קרקע ציבורית, הטבות מס, ממלאת תפקיד ציבורי...) אז היא **חייבת בעקרונות ההגינות והשוויון של המשפט הציבורי**. המרצה אומר שהאמירה הזאת כללית מדי וזה תלוי עניין והנסיבות + החלה של מבחני המידתיות.

ברק-ארז אומרת שאם הגוף מסווג כגוף דו מהותי אז זו לא רק אפליה חוקתית שנדרשת באבחנה (כמו נגד אפליה על בסיס גזע מין ולאום) אלא זו הפליה שנדרשת גם לפעול לפי שוויון והגינות במובן הרחב יותר, לא רק אפליה חוקתית אלא תחולה של כל השוויון המנהלי. למשל מקרה של חוסר עקביות: אם יש פעולה דומה בין שני גורמים שאין ביניהם שוני רלוונטי אז צריך להכיל עליהם אותו דין וגם מייבאים את נורמת הסבירות. כלומר, **בגוף דו מהותי שיקול האוטונומיה שדנו בו לעיל בדיני העמותות ייסוג.** בנוסף, תחול על גוף דו מהותי **חובת הנמקה** - מדוע היא לא קיבלה חבר כזה או אחר.

ישנה הבחנה בין עמותה פרטית לעמותה שהיא לא פרטית ויש לה מאפיינים ציבוריים כמו שהזכרנו שהיא קיבלה קרקע ציבורית, שזה למי שמבצע שימוש במשאבי ציבור. גם אם העמותה לא כפופה לכל הנורמות של המשפט הציבורי יש מקום להכיל עליה נורמות מסוימות, לא את כל החובות, אלא בחינה מידתית.

**הכרעה:** ברק-ארז לא מכריעה מאחר שאין מספיק ממצאים לגבי אופי ההרשעה הפלילית של אחד העותרים. מסבירה כי לא כל הרשעה מספיקה כדי לדחות חברות בעמותה, מה גם שבית המשפט המחוזי לא דן בשאלה האם העמותה היא גוף דו מהותי! הוחלט להחזיר את הפסק דין לביהמ"ש המחוזי עם הנחיות. **השופט שטיין** מצטרף לדברי השופטת ברק-ארז ומוסיף סוג של רמז לקטגוריות הביניים (הזכרנו כבר בעבר בפסק דין של **השופט גונטובניק** מהמחוזי). דעת המיעוט של **השופט עמית** יוצרת מעט קצת בלגאן, המרצה מבקר את עמית שהוא מחיל נורמות מהמשפט המנהלי בעוד שלא הוכח ראשית כי מדובר בגוף דו-מהותי.

# הכפפת גופים דו-מהותיים לחובות מוגברות מן המשפט הציבורי

## 1. עיקרון חוקיות המנהל

עקרון חוקיות המינהל הוא עקרון בסיסי במשפט המינהלי. רשות ציבורית, בניגוד לפרט, חייבת אסמכתא מפורשת (הסמכה) בדין לכל פעולה שמבצעת. רשאית לעשות רק מה שהדין מאפשר לה באופן מפורש. נועד למנוע שימוש לרע בכוח. ככל שהפגיעה בזכות אדם משמעותית יותר, כך נקפיד על הסמכה מפורשת יותר בדין. יש זיקה בין עוצמת הפגיעה בזכות וסוג הזכות (זכות חוקתית חשובה יותר ובליבתה, כך נקפיד ביתר שאת על דרישת ההסמכה המפורשת). לדוג': חוק חנינת עבריינים מקנה לנשיא סמכות לחנון - מה פרשנות המילה "עבריין"? שאלה משפטית פרשנית שממנה נגזור את התשובה לעניין שאלת הסמכות. בקו 300 ביהמ"ש אישר חנינה לפני הרשעה.

האם צריך ונכון שגוף דו-מהותי יהיה כפוף לעקרון חוקיות המינהל, למרות שגופים פרטיים לא כפופים? מהם המקרים / פרמטרים שיכולים להוביל להכפפת הגוף לעקרון זה?

סמכות שלטונית ע"פ דין היא דוגמה מצוינת לכך שלא מעוררת מחלוקת. אם הדין מסמיך גוף פרטי לבצע סמכות שלטונית ("סמכות שלטונית ע"פ דין"), בהקשר הזה ברור שאותו גוף יהיה כפוף לעקרון זה. הוא לא יוכל לחרוג מהסמכות שהדין הקנה לו. אם זה חל על רשות ציבורית, בוודאי שזה חל על גוף פרטי שהוקנתה לו סמכות מכוח דין. רוצים לוודא שהוא לא חורג מגבולות הסמכות שהוקנתה לו. לדוג': אם בית הסוהר הפרטי היה יוצא לפועל והדין היה מקנה לו סמכות שלטונית כמו חיפוש בגופו של אסיר או הטלת עונש על אסיר, היינו מפעילים כאן את עיקרון חוקיות המנהל.

האם ישנם מקרים נוספים? לכך נתייחס היום בשיעור.

בג"צ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות. פסק הדין עוסק בשאלה משפטית מעניינת – האם בתי החולים רשאים למנוע הכנסת חמץ בפסח לתוך מתחם בית החולים (מאושפז שרוצה להכניס לארונית האישית שלו חמץ בפסח)? בתי החולים מנעו זאת כי הרבנות הראשית התנתה את תעודת הכשרות של בי"ח במניעת הכנסת חמץ בפסח למתחם בית החולים. הסוגייה המעניינת היא שכל פסק הדין המרכזי, שנכתב ע"י **השופט פוגלמן**, עוסק בעיקרון חוקיות המנהל. הוא מסביר שהפעולה הזו כרוכה בפגיעה בחופש מדת, זכות חוקתית שנגזרת מהחופש לכבוד, **לא מוצא בחוק אישור לפגיעה הקשה בחופש מדת**. \*\*\*שני השופטים מפנים לספר של המרצה.

המרצה אומר שמה שמדהים הוא שאם ביהמ"ש אומר לבי"ח שאין לו סמכות למנוע הכנסת חמץ מתוך עיקרון חוקיות המנהל, הוא **יוצא מנקודת הנחה שבית החולים הוא גוף דו-מהותי**! יש בתי חולים בבעלות פרטית/ממשלתית/קופ"ח, המון תתי-סוגים של בי"ח. ביהמ"ש העליון הכניס את כולם תחת קטגוריה אחת! בתי החולים שנכנסו כמשיבים לעתירה הם כל בי"ח שיש בהם אשפוז כללי (בית חולים שלא יכול לאפשר לאדם שלא להכנס אליו, יש בו חדר מיון ואשפוז כללי). מכאן עולה השאלה איך השופט פוגלמן מצדיק את דעתו?

רק במענה לשאלה של השופט **הנדל** מתייחס **השופט פוגלמן** לשאלה של גוף דו מהותי. רק בשלב הסופי של פסק הדין, "בטרם נעילה" ולא בלב פסק הדין (פסקה 95):

* 1. כאשר מדובר בבית חולים שנותן – הוא הוסדר מכף רגל ועד ראש למרות ש"נולד" בדין הפרטי. יש הסדרה רגולטורית בדין. כשמדובר בשירות חיוני (לא אומר חיוני, זה מה שהמרצה מוסיף), זה מספיק כדי להכניס את כל בתי החולים תחת אותה הקטגוריה!
  2. בתי החולים המשיבים לא טענו לכך, וגם לא היועמ"ש שנכנס לפס"ד.

**דעת מיעוט של הנדל:** מדובר בגופים שהורתם במשפט הפרטי, **עיקרון חוקיות המנהל לא אמור לחול עליהם**. עקרון חוקיות המנהל הוא קו פרשת המים שמפריד בין רשות ציבורית לגוף פרטי. הנדל אומר שהאישיות המשפטית של בי"ח שאינם ממשלתיים יונקת את הקרקע מהמשפט הפרטי, להחיל עליהם את עקרון חוקיות המנהל זו בעיה. בנוסף, הכנסת חמץ לבית החולים לא נוגעת ללב הפעילות הציבורית שמוסדרת ומפוקחת בדין, לא קשור לבריאות! ספק בעיניו אם ניתן לקבוע באופן גורף לכל המשיבים ללא הבחנה שהם לא יכולים למנוע הכנסת חמץ לבתי החולים!

העמדה של השופט פוגלמן נותרה כהלכה, הייתה בקשה לדיון נוסף אך היא לא התקבלה. המרצה חושב שהנדל יותר מדייק מפוגלמן. לקחת את כל בתי החולים ולהתייחס אליהם באופן "עיוור צבעים" בלי להתייחס להבחנה ביניהם (פעילות של בתי חולים קוסמטיים-פלסטיים לא דומה כלל לפעילות מצילת חיי אדם). צריך לבדוק כל מקרה באופן יותר מדוקדק מאשר קביעה גורפת וקטגורית. מופתע שבתי החולים לא טענו את הטענה הזו, לקביעה יש השלכות רוחב משמעותיות! "לזכותו" של פוגלמן (הוא אמנם לא כתב את זה מפורשות) ייאמר שיש לו רציונאל – כשמישהו מגיע לבית חולים שיש בו חדר אשפוז שהם חייבים לקבל אותו, אי אפשר למנוע ממנו להכניס חמץ, כי הוא לקוח שבוי! לא "טרח" להסביר את זה אלא אמר זאת בחצי משפט.

רשות ערעור אזרחי פלונית נ' קצין התגמולים ושר הבטחון, פסק דין של **השופטת דפנה ברק-ארז.** השאלה המשפטית היא האם ועדה רפואית שפועלת לפי חוק הנכים תגמולים ושיקום, מוסמכת לבצע חקירה סמויה בעניינו של נבדק כדי להוכיח שהתשלום מגיע לו? הש' ברק-ארז אומרת שזו רשות ציבורית, הוועדה הציבורית הזו הוקמה ע"פ דין, פעולה של חקירה סמויה פוגעת בזכות לפרטיות, רשות ציבורית לאור חוקיות המינהל לא יכולה לבצע את זה ללא הסמכה מפורשת בדין. באוביטר באותו פסק דין, היא מוסיפה שלמעלה מן הצורך, מה הדין בעניין חברות ביטוח שהוקמו ע"פ דיני המשפט הפרטי וגם הן מבצעות פעולה של חקירה סמויה כדי לוודא שהמבוטחים לא דורשים כספים שלא מגיע להם? *"הנושא טרם זכה להתייחסות בפסיקת בימ"ש זה, אך ניתן ללמוד על פרקטיקה..."*.

כדי להשלים את התמונה, נתייחס לפסק דין נוסף (שהשופט פוגלמן מתבסס עליו בפסק דינו): בג"צ 3933/11 מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות. האם מכוח שקופת החולים יכולה על פי דין להוסיף שירותים שאינם כלולכם בסל הבריאות, ניתן ללמוד שיש להם גם היתר לספק/לתת מענה לבקשות פרטניות לקבלת שירותים מחוץ לסל הבריאות? יש הבדל בין זה שהדין מאפשר להוסיף שירותים שאינם בסל הבריאות באופן מערכתי, לבין מצב שאדם פרטי פונה בוועדת חריגים לקופ"ח ומבקש לקבל טיפול שלא נמצא בסל. אחת השאלות שעלתה היא האם קופות החולים יכולות לאשר שירות מחוץ לסל? **השופטת עדנה ארבל** (פסקה 32): למרות שלא כתוב במפורש בחוק שיש סמכות לקבל בקשות פרטניות של טיפול מחוץ לסל הבריאות, בהתחשב בתכלית החוק ובזה שיש הסמכה גורפת להוסיף שירותים, נראה לה טבעי שנסמיך את החוק לקבל בקשות פרטניות. מדוע קל לה לקבל את ההחלטה הזו? כאן מאפשרים לקופות חולים **לתת אקסטרה מעבר למינימום**, לא לגרוע. לא מדובר בפגיעה בזכות חוקתית, להפך! במקרים כאלה ביהמ"ש יהיה הרבה יותר גמיש בפרשנות של עיקרון חוקיות המנהל, מוסיף זכויות.

בבגצ של הפורום החילוני **השופט פוגלמן** מפנה לפסק הדין הזה כי טוען שכמו שארבל אמרה בפסק דינה, קופ"ח אכן מפוקחות מכף רגל ועד ראש ולכן בוחן דרך עיקרון חוקיות המנהל. ההבדל הוא שאצל פוגלמן זה גורע זכויות. המרצה אומר שהוא בחר בפתרון הקל – אין סמכות לפי חוקיות המנהל וזהו (לא נכנס לתוך המקרה, פוסל "במסדרון")! לדעת המרצה מדובר בעניין הרבה יותר מורכב, עלו הרבה הצעות פשרה אחרות. אולי היה הרבה יותר נכון (על אף שהצדדים לא הסכימו על הפשרות) לאמץ את אחת מהן במסגרת פסק דינו.

בג"צ 489/2000 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל. חברה ממשלתית שהפעילות שלה היא שיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים. החברה כרתה הסכם עם רמ"י, במסגרת ההסכם המנהל החכיר לה את שטח הרובע ללא תמורה ל44 שנים. בהסכם נאמר כי חברת הרובע רשאית להחכיר את השטחים לכל גוף או אדם שתמצא לנכון. בנוסף נאמר כי היא לא תהיה מוגבלת מבחינת חוכרי המשנה, נתון לשיקול דעתה הבלעדי. מה שקרה זה שחברת הרובע החכירה בחכירת משנה 2 נכסים בעלי משמעות לאומית-היסטורית-ארכיאולוגית חשובה: (1) האכסנייה הגרמנית (הוחכר לישיבה), (2) בית רוטשילד (הוחכר לעמותה שעוסקת בחינוך לגילאי גן חובה). בעתירה טענו שלא הגיוני שהנכסים החשובים האלה מוחכרים לעמותות פרטיות לוקאליות, צריך לבטל את ההסכם! הם יפגעו במרקם החיים ברובע, לא תואם. ביהמ"ש מסווג את חברת הרובע כגוף דו-מהותי (קשר מוסדי, מונופול, קרקע מרמ"י, שירות חיוני לציבור...). השאלה האם יכלה להחכיר את הנכסים בחכירת משנה נבדק ע"י עיקרון חוקיות המנהל. היא לא רשות ציבורית אך יבדקו את החכירה על פי פרשנות ההסכם של החברה עם המנהל. **זה שהחברה לא הוקמה ע"פ חוק ואין לה סמכות שלטונית לא אומר שאי אפשר לבדוק את ההסכם (ולא החוק) לפי עיקרון חוקיות המנהל.** המרצה אומר שזה יישום מעניין של העיקרון (לא בהתאם לגדרי הדין אלא בהתאם לגדרי ההסכם). ביהמ"ש אומר בדעת הרוב שהוא לא אוהב את זה ויש בכך טעם לפגם, אבל זה לא מה שמתפרש מההסכם! אי אפשר להגיד שזה בניגוד להסכם, כתוב מפורשות בהסכם שמותר לחברת הרובע להשכיר! מה גם שהמטרות של הגן/ישיבה מנוגדות לחלוטין מהמטרה של חברת הרובע. דעת הרוב אומרת שהסיבה העיקרית לחוסר ההתערבות שלהם היא כי מדובר במעשה עשוי – אם היו מגיעים קודם לכן אולי היו מתערבים. **השופט ג'ובראן** בדעת מיעוט האמין שיש לפסול את המקרה ולהתערב. **לאור פסק הדין אפשר לומר שאפשר לבדוק הסכמים ע"פ עקרון חוקיות המנהל ולא רק לפי חוק החוזים.**

הסתייגות: רשות מנהלית לא יכולה להסמיך לבצע סמכות שלטונית ע"פ דין (אפשר לראות אותה ממש כאצילת סמכות, בניגוד ל"סיוע") **בהסכם**, נדרשת הסמכה בדין! 2 דוגמאות:

* בג"צ 4113/13 לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים נ' שר הפנים. פסק הדין של השופטת **דפנה ברק ארז** בעניין סמכויות גבייה. הפעלת סמכויות גבייה זה לא דבר טכני, בוודאי כשיש שק"ד שלטוני. אם חברות הגבייה הפרטיות שמבצעות עיקולים/התראות/כניסה לחצרים מפעילות שק"ד שלטוני ולא רק פעולה טכנית, הרשות לא יכולה לבסס זאת רק על הסכם. נדרש חוק, בהיעדרו ההסכם לא יסייע!
* בר"ע 979/06 פורת נ' ועדת ערר ע"פ חוק כביש אגרה. פסק הדין עוסק בשליחת האגרות של כביש 6 לבית הלקוח ועל גביית סכום כסף עבור שליחת הקבלה. העותרים שאלו: איפה כתוב שיכולים לגבות על שליחת חשבונית מס? חברת דרך ארץ הראתה שכתוב את זה מפורשות בהסכם. ביהמ"ש המחוזי אמר שמשמעות התשלום דה-פקטו מהווה מס ולכן לא מספיק שזה כתוב בהסכם אלא נדרשת הסמכה בחוק!

7462-03-17 מירי (מרים) בליאכר נ' אוניברסיטת תל-אביב. פסק דינו של **השופט גרשון גונטובניק**. המרצה אומר שבפסק הדין נעשה מהלך מעניין מאוד שנקרא "כלל ההסדרים הראשוניים על אוניברסיטה". רקע ממשפט מנהלי: גם אם יש הסמכה בדין ע"פ חוקיות המנהל, יש פעילות שנקראת "הסדר ראשוני" שהיא לא מוסדרת בחוק (עלות גבוהה, פוגעת בזכויות אדם, עוסקות במשאבי ציבור מוגבלים) --- יש ציפייה שהכנסת תקבע בחוק ולא תתפרק בסמכויותיה ותחליט שהיא לא מתעסקת ב"תפוח אדמה לוהט" ותיתן לרשות המבצעת להתפלש בבוץ. הדוגמא הברורה ביותר היא גיוס בחורי הישיבות.

נשאלת השאלה האם המחוקק יכול להסמיך רשות מבצעת לקבוע הסדר ראשוני בחוק? מי אמר שזה אסור, הרי אין חוקה ואין ח"י חקיקה. נקודת המוצא של ביהמ"ש היא שאם יש מחוקק עצלן/פחדן שמחליט לא להתעסק בנושאים חמים ולהעביר את כלל ההסדרים הראשוניים לרשות מבצעת, אין מה לעשות בנדון! אין חקיקה וזה לא אסור. חוזרים לפסק דין שדיברנו עליו בתחילת הקורס – הפגנה של סטודנטים באוניברסיטת תל אביב. דרישת מאבטחים גבוהה על הפגנה שנעשתה באוני' ת"א. מצפה שאם אוני' רוצה להטיל על הסטודנטים את עלות המאבטחים בהפגנות, זה לכל הפחות צריך להיות מעוגן בתקנון האוניברסיטה (כמו חוקה) ולא בהחלטה של פקיד זוטר. שלח את האוני' ל"שיעורי בית" כי זה לא היה מעוגן אצלם. באוביטר אמר שצריכה לשקול היטב אם לעשות זאת כי הם אמורים לקדם את חופש הביטוי (אם אין מימון אולי נותנים "פרס" לאלימות, לא תישמע ההפגנה והיא לא תתקיים). זה **מעין יישום של כלל ההסדרים הראשוניים על האוניברסיטה**, למרות שהמילים האלה לא מופיעות בו מפורשות.

## 2. החובה לפעול בהגינות

דיני תום הלב הרגילים הם אדם לאדם – אדם. המשמעות של הדרישה הציבורית היא אדם לאדם – מלאך. נשאלת השאלה מתי נדרוש את הרף של רשות ציבורית על גוף דו-מהותי?

דיברנו בעבר וגם בסד"פ על פרשת שמש (תאונה של הרכבת, העברת פרוטוקולים למשטרה). **רובינשטיין:** דוקטרינת ההבטחה השלטונית דעת הרוב חייבה את הרכבת להעביר את החומר למשטרה. אבל עדיין יש כאן חובת הגינות שהיא מעבר לחובת התו"ל. הוא אומר שאחד הרכיבים הוא שינוי מצב לרעה והסתמכות על ההבטחה. לעומת זאת, דוקטרינת ההבטחה השלטונית לא מחייבת שינוי מצב לרעה. אם הרשות הבטיחה ומי שהבטיח הייתה לו סמכות להבטיח והייתה לו כוונה לתת לה תוקף מחייב. גם אם לא שינית את מצבך לרעה, הרשות חייבת לקיים. הש' רובינשטיין כשהוא מסב את הדוקטרינה לדו-מהותיים, **מוסיף את הרכיב של שינוי המצב לרעה.**

דיברנו בעבר על מה זה הבטחה שלטונית. מה קורה אם אני הולכת לראות משחק כדורסל עם חברים, אני אומרת לכולם שאם מכבי מנצחת אני קונה לכולם שתייה. מכבי מנצחת ואני אומרת "הבטחתי אבל לא הבטחתי לקיים". האם אפשר לאכוף משפטית את ה"התחייבות"? לא נראה שיש כאן הסכם/חוזה לפי חוק החוזים. לעומת זאת לרשויות מדינה, יש את דוקטרינת ההבטחה השלטונית. הלכת סייטקס קובעת שכדי שהבטחה שלטונית תחשב לכזו, היא צריכה לעמוד ב5 תנאים:

* 1. ההבטחה ניתנה בסמכות
  2. הייתה כוונה למבטיח לתת לה תוקף משפטי
  3. ההבטחה מפורשת
  4. ההבטחה בת ביצוע
  5. אין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה

**רובינשטיין בדעת המיעוט** אומר שלא רק שהתקיימו 5 התנאים כאן, אלא מתקיים תנאי נוסף - העובדים שינו את מצבם לרעה כתוצאה מההבטחה. חובת ההגינות של הרשות היא כ"כ גבוהה שגם אם לא היה שינוי של המצב לרעה, זה מספיק כדי לדרוש לעמוד בהבטחה! רובינשטיין מקשה קצת יותר את הנורמה הזו מהמשפט המנהלי על גופים דו מהותיים, עושה טרנספורמציה (מבחן ה2 – שפגיעתו פחותה) ודורש שכאשר בודקים גוף דו-מהותי צריך לבדוק שבפועל **התקיים שינוי של המצב לרעה**.

483/16 יהודעי נ' חלמיש. חלמיש היא חברה שעוסקת בשיקום והתחדשות שכונות בת"א, חברה בבעלות משותפת של הממשלה ושל ת"א. עוסקת בתחום ציבורי מובהק – מתן פתרונות דיור מכוח חוק הדיור הציבורי, פינוי ובינוי. הסיפור בפס"ד הוא של המערערת ובעלה המנוח, התגוררו עשרות שנים בדירה בבעלות חלמיש. דמי השכירות שולמו ישירות לחלמיש מכספי פקדון בנקאי שחלמיש הפקידה בחשבון בנק עבור בני הזוג עבור פינוי מדירה קודמת. חלמיש היא זו שניהלה את חשבון הבנק. בני הזוג ביקשו לעבור לדירה קטנה יותר, חלמיש לא הסכימה. אחרי 37 שנים נגמר הכסף! חלמיש אמרה למערערת שהייתה בת 83 שעליה להתפנות כי נגמר הכסף. האם חלמיש יכולה אחרי 37 שנים שעליה להתפנות כי נגמר הכסף? **השופטת ברק-ארז** אומרת שהתשובה שלילית מכוח **מעמדה הדו-מהותי** של חברת חלמיש ובפרט **מכוח חובת ההגינות והגילוי שחלה עליה.** יש פערי כוחות, ציפייה של בני הזוג שהדירה תשמש כביתם עד סוף ימי חייהם. בנסיבות האלה, כשחלמיש מנהלת באופן עצמאי את כספי הפיקדון, היינו מצפים שהיא תעדכן את בני הזוג במצב הפיקדון או לכל היותר שתערך מבעוד מועד לתרחיש הזה (להחליט מה יקרה כשיגמר הכסף). אולי בשלבים קודמים הייתה מוצאת פתרונות דיור קודמים? לא היו דוחקים את המערערת הקשישה המסכנה להתפנות. מסיבה זו השופטת מפרשת את החוזה מכוח חובת ההגינות ודו-מהותיות, היא מכירה במעמדה של המערערת כ"בת-רשות". המרצה אומר שיש כאן חובת הגינות, שיקולי צדק וציפייה/הסתמכות. תוצאה מאוד נכונה ויפה בעיניו. זה לא עסק פרטי של השכרת דירות אלא אוכלוסייה מוחלשת! הם מספקים שירות חיוני לציבור, פערי כוחות, חובת הגיונות. דיני תו"ל לבד לא יכלו להגיע לתוצאה הזו, היה צריך קצת יותר.

2414/17 קלדרון נ' חלמיש. גם כאן **השופטת ברק-ארז** קובעת דברים דומים בנוגע לדיור הציבורי, הם גופים דו מהותיים וזה שירות חיוני לציבור.

סוגיית קבלת פרס ישראל לפרופ' עודד גולדרייך. כתב העת עיוני משפט פיתח פלטפורמה שלקוחה מחו"ל, פורום שנקרא "תגוביות משפט". מאפשר לכתוב מאמרים אקדמיים עם אוריינטציה אקטואלית-פרקטית. נדבר קצת על המאמר שהמרצה פרסם "אז למה לי פוליטיקה עכשיו?" שעוסק בסוגיות מתן פרס ישראל לפרופ' עודד גולדרייך (בתחום מתמטיקה ומדעי המחשב), מה היקף שק"ד הפוליטי של שר החינוך באישור מתן הפרס? הרי לכאורה יש ועדה של שופטים שמחליטה לתת את הפרס והוא אמור לאשר לפי התקנון.

מה קרה?

* יואב גלנט (שר החינוך דאז) ביקש מהוועדה לבחון מחדש את מתן הפרס לפרופ' גולדרייך. מדוע? הוא חתם (בין 500 מרצים נוספים) על עצומה שקוראת לאיחוד האירופי לאכוף את הכללים שהוא עצמו קבע - לא לשתף פעולה עם מחקרים שמפרסמת אוניברסיטת אריאל. הוועדה שקלה פעמיים, החליטו שהם איתנים בדעתם ולא צריך לתת לזה משקל כי הם שוקלים רק שיקולים אקדמיים טהורים.
* **הסיפור הגיע לבג"ץ,** מי שעתר הוא "גוף לוויני" (לפי ההגדרה של זמיר), וועדת השופטים, זה עניין תקדימי! עניין תקדימי נוסף הוא שלא קרה אף פעם ששר חינוך לא אישר החלטה מקצועית של ועדת שופטים. ביהמ"ש העליון את החלטת השר (חוץ מדעת המיעוט של **השופט יצחק עמית** שאמר שצריך לתת עתירה וצו מוחלט). טענו שהוא לא מיישם את פסיקת ביהמ"ש העליון – כשמדובר בהתבטאות חיצונית, צריך להתסכל על זה רק במקרים חריגים וקיצוניים מאוד, הוא נתן לזה משקל שווה ולא משקל ייחודי.
* שרת החינוך החדשה, דר' יפעת שאשא ביטון, החליטה לא לתת את הפרס לגולדרייך. טענה שזה אחד מאותם המקרים הנדירים והקיצוניים שניתן לשקול אותם.
* המרצה טוען במאמר שבג"ץ הסליל את השרה לבדיקת המקרים הקיצוניים – כלומר לטעון כי מדובר בשיקול חיצוני. אבל לדעתו צריך לנקות את הטיעונים, אפשר לראות את דעת השרה כהתבטאות פנימית שקשורה לפעלו הפנימי הרחב (לא פנימי נטו בדיוק) ולא החיצוני (לא רק פוליטי)! הוא עושה שימוש בכובעו האקדמי כדי לחסום ולהשתיק אקדמיה אחרת, טוענת ש*"בור ששתית ממנו אל תזרוק בו אבן".* זה הטיעון המרכזי של השרה ולכן זה לא שיקול פוליטי וזה שיקול פנימי!
* **שוב הוגשה עתירה לבג"ץ בנושא הזה.** במאמר שלו הוא דן בשאלה של כמה המרצה רשאי ברמה האתית להביע במסגרת האקדמיה את הדעות הפוליטיות שלו. לדעת המרצה השאלה היא במינון, אבל כל עוד המרצה מקבל עמדות אחרות הוא יכול להביע את עצמו, זאת המטרה של האקדמיה! להביא לפולמוסים ולפלורליזם.
* **כמסקנה** המרצה טוען שהטיעון של השרה אולי פנימי אבל היא **בחרה בחירה לא נכונה**. פרס ישראל אמור להיות מקצועי בלבד, לא צריך להיות מישהו שהוא בקונצנזוס. לא צריך לערבב פוליטיקה, **לא שווה את הנזק שזה יביא.** לא תמיד נכון לגרור את בג"ץ לסוגיות ציבוריות, היה עדיף להשאיר את זה בשיח הציבורי ולא לערבב את המשפט לכל סוגיה.
* **אז מהי לפי בג"ץ התבטאות קיצונית?** נגד ס' 7 לח"י המדינה/תמיכה בארגון טרור/סתירה של המדינה כיהודית ודמוקרטית.
* **דעת היועמ"ש.** מדבר רק על המסלול החיצוני ולא הפנימי (בניגוד למה שטוען המרצה). אומר שיהיו מקרים שלדעתו קריאה לחרם או מוסד ממוסדותיה ייחשב מקרה קיצוני וחריג, אבל זה לא המקרה. מדוע? (1) מדובר בעצומה אחת ולא סדרה של חתימות, יש עוד 500 מרצים חוץ ממנו (2) העצומה הזו קוראת לאיחוד האירופי לממש את כלליו שלו עצמו. מד"י רשמית מקיימת שת"פ עם האיחוד האירופי למרות שהתנאי הזה קיים. **היועץ למעשה מקבל את עמדת העותרים!** לאחרונה זה קורה יותר ויותר, לא יכול להגן על המשיבה (שרת החינוך). בין היתר העובדה שהמדינה היא זו שמעניקה את הפרס זה גורם לכך שכן יש אפשרות להתחשב בשיקולים פוליטיים חיצוניים, אבל **העיקר זה המקצועיות!** לא רוצים שמי שמועמד יפחד להביע את עמדותיו ויחשוש לדבר.
* מה תפקיד השר בוועדה אם לא זה? בדיקת ניגוד עניינים, מועמדים, מנהל תקין, תפקיד יותר פרוצדוראלי.

## 3. החובה לנהוג בסבירות

ביהמ"ש יכול לפסול את החלטת הרשות גם אם איזנה בין השיקולים העיניינים, אבל שקלה בצורה לא ראויה!

דוגמא מהספר של **דפנה ברק-ארז.** מדמה את הרכיבים שאמורים להיות חלק מתבשיל כשיקולים עניניים. ניתן להשתמש בכל הרכיבים המותרים ש"אינם זרים", אבל אם שמים יותר מדי ממשהו אחד, התבשיל יכול להיות "בלתי אכיל". היא מקבילה זאת למצב של חוסר סבירות קיצוני – מתן **עודף משקל**. המרצה אומר שבג"ץ יכול להתייחס לזה בסיפור של פרופ' גולדרייך.

העילה הזו מעוררת הרבה קונטרוברסליות מול הרשויות האחרות. בהנחה שאין שום שיקול זר הרשות השופטת היא זו שפוסלת את ההחלטה וטוענת "מי שמך?" לביהמ"ש, הוא גוף שאינו נבחר, לעומת הממשלה והכנסת! מסיבה זו ביהמ"ש קבע שרק **חוסר סבירות קיצוני** יוביל להתערבות. אם ההחלטה נמצאת בתוך מתחם הסבירות ביהמ"ש לא יתערב (יכולות להיות 2 החלטות שונות ואף סותרות שיהיו בתוך מתחם הסבירות, למשל בתיקי רוה"מ). דוגמאות למקרים של התערבות:

* בבגץ קסטנבאום (המצבות על בתי הקברות). בפסק הדין הייתה גם דעת מיעוט של **השופט אלון**, למרצה יש ביקורת על דעתו – הוא לא אמר שיש אוטונומיה של החברה לומר שכך היא מפרשת את הדת היהודית (כיתוב בעברית), לא שם על המאזניים את השיקול הפרטי (אוטונומיה, בחירה של החברה עצמה), צבע אותו בצבעים של השיקול הציבורי בלבד (חשיבות השפה העברית, אנשים בחרו להיקבר שם כי ידעו שזה מה שיהיה בבית הקברות). לעומת זאת, בפסק הדין של **השופט ברק** הוא כן התייחס לשיקולים של חופש החוזים (למרות שהם לא אלה שגברו בסוף, אבל המרצה אומר – לפחות הוא התייחס לזה. זה לא שיקול זר אבל אי אפשר לתת לו את המשקל הכי גבוה).
* רע"א אורן השקעות. מפסק דין זה ניתן ללמוד כי כאשר מדובר בגוף שיש לו מומחיות מיוחדת, ביהמ"ש נוטה לתת משקל כשיקול עצמאי לאוטונומיה של הגוף. במקרה הזה מדובר על הבורסה לני"ע, קיבלה החלטה שמיישמת את הוראות התקנות שלה. העותרים טענו שהתקנון מוביל לתוצאה לא סבירה. ביהמ"ש אומר כאן שהביקורת השיפוטית צריכה להיות זהירה תוך התחשבות בשק"ד המקצועי, בעיקר כשמדובר בגוף מקצועי. כשהגוף אומר שהוא לא סוטה מהתקנון וההחלטה מבוססת על שק"ד מקצועי, אי אפשר לומר שיש כאן החלטה בלתי סבירה!
* ע"א 367/14 כבל נ' הסתדרות העובדים החדשה. שאלה שבוחנת את סבירות חוקת ההסתדרות בנוגע לבחירת מחליף ליו"ר ההסתדרות שחדל לקיים את תפקידו. החוקה אומרת שבית הנבחרים הוא שימנה את היו"ר החדש ולא הגוף הבוחר המקורי. המרצה אומר שזו אמירה מאוד מוזרה, היינו מצפים שיהיו עוד בחירות (למרות שזה עוד כסף). אולי זה היה הגיוני אם נשאר רק חודש עד לקדנציה. אבל אם נשארו כמה שנים לקדנציה, זה מוזר מאוד. גם דעת הרוב וגם דעת המיעוט הסכימו שככלל ראוי שהבחירה של היו"ר החדש תיעשה ע"י הגוף הבוחר המקורי, השאלה האם זה מספיק כדי לומר **שיש כאן חוסר סבירות קיצוני.** דעת המיעוט של **הש' רובינשטיין**: כן! חור סבירות קיצוני, כללי מדי, אין אמות מידה. **דעת הרוב (עמית וזילברטל):** ההסדר לא חורג ממתחם הסבירות. *"דיני המשפט המנהלי לא חלים בכל משפטם וחוקתם*", ביהמ"ש לא יבדוק את מדיניות ההחלטה אלא **רק את חוקיות ההחלטה**. אם כך זה בגופים ציבוריים מובהקים, קל וחומר שזה יהיה ככה בגופים דו-מהותיים! מדובר כאן על גוף וולונטרי. גם אם זה לא ההסדר שהשופטים עצמם היו קובעים וזה לא אידאלי, זה לא מעורר את עילת חוסר הסבירות הקיצונית.
* הקופים של חוות מזור וחברת אל-על. חוות מזור עסקה בגידול קופים מסוג מקוק לצורך הפנייתם לניסויים, בשלב כלשהו השר להגנת הסביבה (בהסכמת היועמ"ש) החליטה לסגור את החווה. לפני ההחלטה הזו של היועמ"ש חברת אל-על אמרה מפורשות שהיא לא מסכימה להטיס את הקופים מחוות מזור לצורך ניסויים לחו"ל. זה כבר היה אחרי שחברת אל-על כבר לא ממשלתית (הופרטה, למרות שיש לה את מניית הזהב), יש לה הרבה חברות מתחרות. עלתה השאלה האם מותר לה לקבל את ההחלטה הזו? האם היא גוף דו-מהותי לעניין הזה? האם מותר לה לשקול את השיקולים העסקיים (חשש שאנשים לא יסכימו לטוס איתם, ביקורת חברתית גדולה על כך שיסכימו להטיס את הקופים). אם אין עוד חברות אולי יש כאן נקודה של מונופול, אבל היו חברות תעופה אחרות!

לסיכום – סבירות היא נורמה שבוחנת האם הרשות המנהלית נתנה שיקול ראוי לכל אחד מהשיקולים. אם יש משהו שהופך את הנורמה לבלתי סבירה אז ביהמ"ש יבדוק אם יש איזון ראוי בין כל השיקולים.

## 4. החובה להימנע משיקולים זרים ומניצול לרעה של כוח ציבורי

המשפט מנהלי שחל על רשות מנהלית אוסר עליה לשקול שיקול זר. לרוב נמצא את השיקולים העניינים במסגרת החקיקה. כשמגיעים לגוף דו-מהותי זה קצת יותר מורכב, כידוע הוא לא הוקם מכוח חוק ולכן רוב הפעמים אין חקיקה שמסדירה את הפרמטרים. נצטרך לבדוק לפי המצב אם נשקלו שיקולים זרים, מהם השיקולים הלגיטימיים. ניתן מספר דוגמאות:

* ע"א 2299/99 שפייר נ' חברה לדיון לעולה. מדובר על חברה קבלנית שמתפקדת כחברה משכנת (לא חברה ציבורית כמו חלמיש אלא פרטית, לפני שנעשתה פרצלציה, דיברנו על זה כבר בעבר וזה קשור יותר לדיני קניין). החברה מסכימה לרשום את הדירה על שם בעלי הדירות רק אם יסכימו שלא יהיו להם טענות של ליקויי בנייה כלפיהם. דיברנו בעבר על פסק הדין הזה. טיעונים משפטיים: אפשר לומר כאן שיש חוסר הגינות של החברה ושקילת שיקול זר. מדוע? הטאבו מאפשר לרשום זכות קניין, הרישום של הזכויות המעיין קנייניות נעשה דה-פקטו ע"י חברות קבלניות שהן חברות משכנות (משהו שהיינו אומרים שזה תפקיד מדיני, כוח שלטוני, אין גוף אחר שרושם זכות מעין קניינית). רוצה שיוותרו על הזכות לטעון ליקויי בנייה כי יש פה שימוש לרעה בכוח. בפסק הדין לא התייחסו לחברה ישירות כדו-מהותית, אך **בפועל התוצאה נגעה לכך ואפשר לסווג אותו כדו-מהותי.** (המחוקק לא חיקה לדוקטרינת הגופים הדו-מהותיים, הגביל ברגולציה את האפשרות של החברות המשכנות לגבות סכום גבוה על כך. המרצה חוזר על כך שיש עדיפות לרגולציה על הדוקרטינה, דיברנו על כך בעבר. צריך גם וגם).
* התאחדות הכדורגל. קבוצת כדורגל שנכנסה לחובות, הנאמן צריך לשלם חובות לפי דיני הקדימויות. התאחדות הכדורגל מגיעה לנאמן ואומרת לו שעליו לשלם קודם כל את החובות שיש לו להתאחדות, למרות שהם לא נושים מובטחים כי זה מה שכתוב בתקנון של ההתאחדות**.** אם החייב עונה שהתקנון לא יכול לגבור על דיני הקדימויות שיש בדין. ההתאחדות עונה "אין בעיה", אתה יכול לא לשלם, אבל כשתצא מהחובות אתה לא תוכל להמשיך לשחק כחלק מההתאחדות. יש כאן **שימוש לרעה בכוח שלהם**, אין התאחדות אחרת - **מונופול** (איפה הקבוצה תשחק? בדשא מאחורי הבית שלהם? ברור שהם רוצים להיות חלק מההתאחדות). מדובר בשקילת שיקול זר וזה אסור!
* מסיבת עיתונאיים שנערכה בקבוצת כדורגל בחיפה. במסגרת המסיבה החליטו לא לאפשר כניסה של מספר עיתונאים למועדון כי טענו שהם מכפישים את שם הקבוצה. האם עיתונאי יכול לעתור כנגד הקבוצה ולומר שיש כאן שיקולים זרים? המורכבות היא אמיתית. נקל ונגיד- לא מאפשרים לעיתונאי לסקר את המשחק, לא מאפשרים לו להיכנס לתא העיתונאים של כולם. כאן ברור שההיבט הציבורי רחב יותר. ביהמש: פס"ד מ99' טוען שמדובר בשיקול זר, קבוצה לא יכולה לנהוג כך.
* 8316/69 כלבו 1979 בעמ נ' עיריית חיפה. ביהמש קובע שמדובר בשיקול זר. המרצה טוען שהפסיקה מחמירה מדי. העיתונאי לא יפסיק לבקר את הקבוצה גם אם לא יכנס פנימה. ובואו נראה מה תהיה התוצאה של מסיבה כזו. יש לתת לספירה הפרטית לגלגל ולהתמודד עם הדברים.
* חברת נמל חיפה בע"מ. האם יכולה באופן יזום ומכוון לעכב את הנוסעים שנמצאים בנמל רק כדי לגרום להם לרכוש מוצרים בחנויות. יש פסיקה של ביהמ"ש. מצד אחד דוחה את הבקשה למתן צו הצהרתי שיקבע כי מדובר בשיקול זר. מצד שני טוען שכאשר מדובר בשיקולים כלכליים נטו של השאת רווחים, צריך לראות אם הייתה סיבה אחרת לעיכוב. **אילו זה היה השיקול היחידי הוא נחשב שיקול לא לגיטימי.**

## 5. החובה להתקשר באמצעות מכרז

המשפט המנהלי מכיל על רשויות ציבוריות את דיני המכרזים. יש לכך רציונאליים רבים: חותרים לטוהר מידות, מניעת שחיתות, צדק חלוקתי, שוויון, בדר"כ מובילים לעסקה היעילה ביותר. "שאלת מיליון הדולר" היא מתי יש להכפיף גופים פרטיים לחובת המכרזים? חוק חובת המכרזים + תקנות חובת המכרזים (מכוח החוק) חלים על רשויות ציבוריות וגם על גופים שהמחוקק חשב שצריכים **להכנס בדלת הראשית** לחוק הזה:

* קופ"ח
* מוסדות להשכלה גבוהה שממומנות ע"י כספי משלמי המיסים (גם אוני' וגם מכללות)
* חברות ממשלתיות, חברות עירוניות.

**האם מדובר בהסדר שלילי שמאיין את הזכות של ביהמ"ש להכניס "מהחלון" חברות דו-מהותיות נוספות?** ישנם לא מעט פסקי דין שהחילו את חובת המכרזים גם על גופים פרטיים שסווגו כדו-מהותיים. המרצה אומר שכאן הפרמטר החשוב ביותר הוא שהחברה תהיה **ניזונה מכספי מיסים** ("חייבים לנו" כי אנחנו ממנים אותם):

* קק"ל
* חברת החשמל (היום הוכנסה "מהדלת" בחוק חובת המכרזים)
* התאחדות לכדורגל. יש פס"ד של המחוזי (שאושר בעליון) בנושא. נאמר כי שכשאיגוד ספורט עושה מו"מ עם רשויות שידור הוא מחויב בחובת מכרז לאור מעמדו. ההתאחדות טענה שזה יפגום לה ביכולת להרוויח יותר כסף וכך תוכל לספק שירות טוב יותר לציבור. ביהמ"ש לא מקבל את הטענה (*"מיקסום רווחים הוא לא חזות הכול"),* קריטריון הרווחים לא עומד לבד.

השאלה השנייה שיש לשאול כאן היא כאשר מחליטים שיש צורך בחובת מכרזים, **האם נדרוש את דיני המכרזים באותה הצורה שנחיל אותה על רשות ציבורית?** אולי יש לחייב בחובת מכרזים חלקית? האם צריך להתגמש?

* עע"מ ימית א' ביטחון בע"מ נ' הסוכנות היהודית. פס"ד של העליון, בו דנו בשאלה האם ראוי להכפיף את הסוכנות היהודית לחובת מכרז פסיקתית דרך דוקטרינת הגופים הדו-מהותיים (לא "נכנסת דרך הדלת" כיוון שלא תאגיד שהוקם בחוק)? אף אחד לא יכול לטעון שהיא לא משרתת את הציבור. **הש' רובינשטיין:** מצויה ברמה הגבוהה ביותר של גוף שאינו ממשלתי, מקבילה לגופי הממשל. מצד אחד, הרשות לא מקבלת מימון של משלמי מיסים, הרוב זה תרומות. מצד שני, מקבלת המון הטבות מס (וזה כמו מימון) + עושה שימוש במקרקעין (שזה משאב מוגבל). מה שנקבע **בעליון** זה שהם קבעו שזה גוף דו-מהותי שחייב בחובת מכרז, אבל לא קבעו את התנאים הספציפיים, החזירו למחוזי. העסקה במקרה של פס"ד הייתה עסקה שביצעה עם חברת בת שלה על שירותי חנייה לעובדים. גילתה שיש ספק שהוא מעין מונופול (ספק יחיד) שהעניק שירותי חניה במחיר מאוד גבוה לסוכנות. מסיבה זו החליטה לקחת את המושכות לידיים ולהשתמש בשירותים של חברת הבת שלה. **המחוזי:** קבעו שמבחינתם למרות שהסוכנות "יצאה החוצה" לחברת הבת ולא מספקת בעצמה את השירותים, דה-פקטו חברת הבת היא סוג של זרוע של הסוכנות, מתבצע כאן "ביצוע עצמי" ולכן אין חובת מכרז (למרות שהיא אישיות משפטית נפרדת, ביהמ"ש מבצע "הרמת מסך"). הסוכנות לא עשתה את הפעולה הזו כד להימנע מחובת מכרז, אלא כדי להתנתק מהספק היקרן. **צריך גמישות מסוימת בדיני המרכזים.** *"איננה מתייחסת להיבטים ציבוריים של עבודת הסוכנות...".* המרצה אומר שזו פסיקה מאוד יפה, יש כאן התגמשות של דיני המכרזים, פסיקה שמותאמת למציאות.
* מקרה היפותטי בעקבות פסק הדין: אדם עשיר מאוד מעמיד תרומה של 10 מיליון דולר לסוכנות, מבקש מה ייעשה בכסף הזה (תכליות ציבוריות בלבד) וקובע עם איזה גורם רוצה שיתקשרו לצורך העסקאות האלה (מי "יגזור קופון" מהעסקאות האלה). האם בנסיבות האלה צריך לומר שחובת המכרזים תמנע את קבלת 10 מיליון דולר לצרכים ציבוריים? המרצה אומר שזו דוגמא קלאסית למקרים שבהם צריך לתת משקל לפרטיות של החברה. אם הוא היחיד שמממן, למה שלא נאפשר לסוכנות ולציבור להנות מהכסף הזה, גם במחיר של מילוי בקשת התורם? איזה שוויון/צדק חלוקתי חייבים כאן כשמדובר בכסף של תורם? זו הגמישות שמחויבת כשבוחנים את הדברים לעומק.

דיני המכרזים חלים על כל העסקאות של הרשויות הציבוריות (חוץ מהפטורים שמופיעים בחוק, אליהן לא נתייחס), זאת בניגוד לגופים דו-מהותיים, במקרים כאלה נהיה גמישים יותר.

## 6. חובת כיבוד זכויות האדם

החובה חלה ממילא על המשפט הפרטי דרך התחולה העקיפה - תום לב, רשלנות, הפרת חובה חקוקה, תקנת הציבור (**גישת ברק**, דיברנו עליה בתחילת הקורס). אם מדובר על גוף ציבורי החובה הזו מקבלת משנה תוקף, בגופים דו-מהותיים צריך לעשות גם איזונים אופקיים (לבדוק כמה פגיעה באוטונומיה יש).

פעמים רבות אנחנו מוצאים את עצמנו בסיטואציה שבה ביהמ"ש נמנע מסיווג גוף כדו-מהותי משיקולי מדיניות (כמו בעיתונות). במקרים כאלה הוא מחיל את חובת זכויות האדם דרך "הטריק המשפטי" של תחולה עקיפה (לא לשלם את המחיר של סיווג גוף כלשהו כדו-מהותי).

### עקרון השוויון.

בג"ץ 4363 ועד פורייה עלית נ' שר החינוך. בית ספר היחידי שמספר שירותי חינוך חובה באותו האזור. גובה תל"ן ומחייב את ההורים לשלם אותו. מטעם בית הספר טוענים כי ההורים חייבים לשלם את הסכום, חלק מהאוטונומיה שלהם לקבוע זאת (זה חלק מהדרך החינוכית שלהם). הוגשה עתירה של ההורים על התשלומים הללו, טענו שיש פה פגיעה בשוויון. **ביהמ"ש** קבע כילמרות הפגיעה באוטונומיה של ביה"ס ולמרות החשש שאולי זה ייפגע ביכולת של בית הספר להגשים את יעדיו, חייבים לקיים את עקרון השווין. בעיקר לאור העובדה שיש תלמידים שהרשויות הציבוריות הפנו אותם לשם כי אין מוסד אחר. בנוסף, ביה"ס מקבל מימון ציבורי (מעלה שאלה עד כמה המימון של משלמי המיסים פותח פתח להחלת נורמות ציבוריות), מספק שירותי חינוך חובה (קרוב לליבה של שירות חיוני).

### חופש הביטוי.

**העיתונות**.

הדבר הראשון שקופץ לנו לראש זה עיתונות (פרטית וציבורית, כמו כאן 11). ישנן 3 סוגים שונים של פלטפורמות לעיתונות פרטית: מקוונת, משודרת וכתובה. עד היום לא סווגה כדו-מהותית כדי לשמור על האוטונומיה ודמוקרטיה. מעלים על נס את הזכות הפרטית של בעלי העיתונות לקבוע את הקו הכלכלי והפוליטי של עצמם. מצד אחד באמת אין להם סמכות על פי דין, אבל מצד שני יש להם כוח אדיר לקבוע את סדר היום הציבורי!

המרצה: לאור הנתונים האלה נשאלת השאלה אם לא הגיעה העת לסווג את העיתונות כגוף דו-מהותי. יש הבדל בין סוגי העיתונות. העיתונות כתובה כל אחד יכול לבחור עיתון שהוא רוצה לקרוא, אם משעמם האנשים לא יקראו. לא חייב להתערב בעיתונות הכתובה הפרטית. העיתונות המשודרת – יש רגולציה כלשהי. צריך לבחון איך אפשר להגן על הזולת מפני אותם גופים פרטיים שמספקים את העיתונות הכתובה, המשודרת ובפרט המקוונת (בעיקר רשתות חברתיות אבל גם עיתונים שנמצאים ברשת כמו YNET וגלובס). הרשתות החברתיות עשו דבר אדיר לחופש הביטוי – מאפשרים לכל אחד מאיתנו להיות "עיתונאי מהבית" למרות שאנחנו לא מקצועיים, יש לנו את היכולת להשפיע השפעה אדירה עם המון לחץ ליצירת קמפיינים. לדוג': METOO. יצר את סדר היום הציבורי בשונה ממה שהיינו רגילים, הציבור "מלמטה" קבע את האג'נדה ולא המשודרת/כתובה. מצד שני- פגיעה בשם הטוב ובזכות לפרטיות, לא יודעים מה האינטרסים שעומדים מאחור.

המרצה: סוג של "אח גדול", גוף שפועל לצורכי רווח (בעל אינטרסים עסקיים, מסחריים) וקובע מה מותר ומה אסור לומר באותה בקרב אותה הקהילה שהפכה להיות זו שמחליפה את כיכר העיר הציבורית. כמעט ולא יוצאים היום להפגין פיזית בחוץ. זו מתנה גדולה אבל מצד שני יש כאן מעין הפרטה של הכיכר הציבורית. בעניין של סטטוסים מצייצים ביהמ"ש המחוזי בחר "לברוח" מהעיסוק בעניין. **חשוב לומר שבאמת יש מורכבות ביצירת רגולציה מדינית על גוף בינלאומי.** יש פה שאלה של משב"ל פרטי, אבל גם אנחנו יכולים לנסות לייצר רגולציה כלשהי ישראלית כי יש את פייסבוק ישראל (חברת האם שלה אמריקאית).

עאמ"י 3060/02 שטרן נ' פלסטין פוסט בע"מ. מחזק מאוד את המעמד של העיתונות הפרטית הכתובה. עיתון יומי בשפה האנגלית. סרבו לפרסם הודעה על ספר שיצא לאור שכתב מנהיג בקהילת היהודים המשיחיים. מטעם העיתון טענו שזה עלול לפגוע ברגשות של ציבור הקוראים, יפגע כלכלית בעיתון (קוראים לא יקראו, מפרסמים לא ירצו להמשיך לפרסם). טענו שהם לא חייבים לאפשר פרסום בעיתון שלהם. המרצה שואל: אפשר להכריח גוף פרטי לפרסם משהו שמנוגד לקו האידאולוגי שלו? הציבור לא מטומטם, הוא יבחר מה מתאים לו לקרוא ומה לא. השאלה האם הגיוני שלא תהיה שום רגולציה? **דעת הרוב ביהמ"ש המחוזי:** אמרו ראשית שלא הולכים לדון בסוגיה של דו-מהותיות של העיתון (זה תפוח אדמה לוהט) אבל דרך **התחולה העקיפה** העיתון כפוף לערכים האלה. צריך לאזן בין חופש הביטוי לבין זכות הקניין של העיתון. חופש הביטוי לא נגרע מכך שלא אפשרו לו לפרסם את המודעה, יכול לפנות למקומות אחרים לפרסום. **דעת המיעוט של השופט בועז אוקון:** העיתונות היא סוג של סוכנות חברתית (המרצה אומר שבורחים מהמונח "דו מהותי" וממציאים מונחים חדשים כדי שלא יצטרכו להחיל את כל החובות של גוף כזה על העיתון). צריך להסתכל בעין חשדנית על העיתון. אין הצדקה למנוע פרסום של מודעה אם היא לא עולה ??? גוף שמופקד על חופש הביטוי ורוכש לעצמו זכויות מכוח אותו חופש, מתנכר בביתו שלו מכוח חופש הביטוי. כל עוד אין טעם ענייני שאין בו פגיעה ביסוד של הפרט (למשל: מודעה שיש ספק אם היא מהווה הסתה/פגיעה בפרטיות/חשש לתביעת לשון הרע/תקיפה פוליטית חזיתית בקו של העיתון). יש לבדוק מה טיב העיתון. האם הוא עיתון קהילתי או ארצי? האם אופי הפרסום הוא אינפורמטיבי או פרובוקטיבי? מה עוצמת הסיכון של העיתון? השופט לא חושש "לקפוץ למים העמוקים" ולהתחיל לאזן. המשקל של ההיבטים הפרטיים הרבה יותר גדול בדעת הרוב לעומת דעת המיעוט.

**אוניברסיטאות.**

תמוז נ' אוניברסיטת תל אביב. סטודנטים ביקשו להציב תערוכה באוניברסיטה למשך שבועיים, היא אושרה ע"י דיקן הסטודנטים. הסטודנטים האלה נמנים עם תומכי שיטת מדיטציה סינית. השיטה הזו נאסרה לתרגול בסין בשנת 1999, המתרגלים סובלים מרדיפה ודיכוי, התערוכה מציגה עבודות אומנות שמציגים את שיטת התרגול, חלקם ממחישים עינויים גופניים ונפשיים שמתרגלי השיטה לפי טענתם עברו בסין. לאחר שבוע שהתערוכה הוצגה דיקן הסטודנטים מודיע להם שהתערוכה תוסר (קוצרה בשבוע), אפילו לא הלך לראות אותה! האוניברסיטה אומרת שההחלטה נבעה מכל מיני ביקורות אנונימיות שהושמעו נגד התכנים שלה, מכתבים שסטודנטים שלומדים בסין כתבו. ביהמ"ש לא מקבל את הטענות האלה! הם סבורים שהלחץ שהשגרירות הסינית הפעילה עשה את שלו ולכן האוניברסיטה החליטה להסיר את התערוכה. **חשוב להבין** – שגרירות סין משתפת פעולה עם האוניברסיטה, סטודנטים לומדים סינית ונוסעים לסין במסגרת האוני', מקבלים מלגות. **ביהמ"ש המחוזי:** האוניברסיטה חייבת לשמור על חופש הביטוי הפוליטי והאומנותי בסייג אחד – אם מדובר בחומר שעלול להוביל להסתה או לאלימות יש בכך קושי. אבל אפשר היה להגיע לפתרון מידתי יותר (הסרה של חלק מהתמונות הגרפיות יותר). הדיקן לא שקל אופציות אחרות, הוא לא הגיע לראות את התערוכה עצמה בכלל! ביהמ"ש קבע כי הסרה גורפת היא לא מידתית.

* דוג' מעולם אחר שיכולה לעזור לנו להבין את המקרה של האוני' וסין היא פרשיית המרמרה. מד"י הייתה במשבר חריף עם טורקיה, מצד שני יש ראיות מצולמות על הספינה של עבירות שביצעו הטורקים כנגד חיילי צה"ל. הזרקור עבר ליועמ"ש יהודה וינשטיין שהיה צריך להחליט האם להגיש כתב אישום נגד הטורקים או לא. הוא מסביר את הנזקים שישראל עלולה לעמוד בפניהם אם היא תעמיד לדין (האם נסיבות העניין בכללותן מצדיקות העמדה לדין – שאלה נורמטיבית של נזק מול תועלת, כי ראיות בוודאות יש). הוא מבין שהנזק יהיה אדיר אם יעמיד לדין, מקשיב לדעה של הממשלה אך מחליט שלא להעמיד לדין. הוגשה עתירה כנגד היועמ"ש על כך שלא העמיד לדין. **הנשיאה ביניש:** התייעץ עם גורמים מדיניים, לא מצאו פגם בהחלטה שלו, רשאי לשקול גם שיקולים של יחסי חוץ - עניינים מדיניים, שת"פים עם מדינות – זה לא שיקול זר אפילו כשמדובר על אכיפה פלילית! דחו את העתירה כנגד היועץ.

נחזור לפסק הדין שלנו בהשוואה של עאכו"כ! אם היועמ"ש יכול לשקול את יחסי החוץ כשמדובר באכיפה פלילית, ברור שבשביל האוניברסיטה זה לא יהיה שיקול זר! יש פה את היחסים של האוניברסיטה עם סין, יש סטודנטים שלומדים שם וצריכים את המלגה, יחסי חוץ וקשרים עם סין. בנוסף, התערוכה כבר הוצגה שבוע, זה לא שפגמו לחלוטין ואסרו את אפשרות ההצגה.

המרצה: שם אותנו **בעניין של מידתיות** – אם היועמ"ש רשאי, אז ברור שאוניברסיטה פרטית יכולה. היקף חופש הביטוי שהאוניברסיטה צריכה לאפשר לסטודנטים משתנה בין עניין לעניין (ברור שהיא צריכה בבסיס להגן על הזכויות, דיברנו על זה שנובע מהמעמד הדו-מהותי שלהם). אבל קמפוס שונה מכיכר רבין. ביטויים שאנחנו צריכים להיות יותר סבלניים אליהם אם נעשים במקום ציבורי באוניברסיטה מדובר על מקום מצומצם, כולם צריכים לחיות יחד תחת אותה קורת גג. ביטוי צורם אולי נאפשר במקום ציבורי אבל ייתכן שנהיה פחות סבלניים כלפי זה בתוך האוניברסיטה. היא יכולה להחליט מה האיזונים בתוך הקמפוס.

### הזכות להליך הוגן.

אוניברסיטה חייבת להקנות את הזכות הזו – דיברנו על ע"א 8077/08 בן הרוש. חייבים לאפשר ייצוג של עו"ד בתנאים שנקבעו בפסק הדין והם מאוד רחבים. החרב שעומדת מעל ראשו של הסטודנט היא כ"כ משמעותית שרוצים לאפשר לו את הזכות להליך הוגן, בוודאי אם הכובל מטעם האוני הוא עו"ד.

קיים בנוגע לכל טריבונל שיפוטי (גם פורום תקנה, איגוד ספורט, כל טריבונל וולונטרי שמקיים הליך). חייבים להקפיד על כללי הצדק הטבעי ועל הזכות להליך הוגן. במקרים שיש מומחיות לטריבונל אז ביהמ"ש ימעט מאוד להתערב באופן ניהול ההליך וההחלטה (למשל בטריבונל של התאחדות לכדורגל). אבלכשזה קשור למידתיות הענישה ביהמ"ש לא מהסס להתערב. דוג' לפס"ד קלאסי: טורטל נ' ההתאחדות לספורט בישראל. ביהמ"ש הצביע על היכולת להתערב באמצעות פיקוח שיפוטי כשמדובר בעניינים שאין בהם מומחיות מיוחד.

## 7. הרחבת זכות העמידה.

דיברנו על כך במסגרת פסק הדין של העמותה של בית הכנסת, שאלנו האם יש זכות עמידה לאדם שלא היה חלק מבית הכנסת. אם אדם פועל לפי התקנון כדי להיות חלק אבל דוחים אותו, חייבים לאפשר משפטית לערער על הדחייה, **חייבים לנמק את ההחלטה (**מדוע דחו).

## 8. החובה להפעיל שיקול דעת.

רשות מנהלית צריכה לשקול כל מקרה לגופו, לבצע איזונים בין הפרט לבין הציבור. יש פסקי דין שמחילים את החיוב הזה גם על גופים דו מהותיים. דוגמא לכך היא פסק הדין שדיברנו עליו בעבר בעניין קופ"ח וועדת חריגים. ביהמ"ש אומר שיש חובה על קופת החולים לשקול סטייה ממדיניות כללית שאומרת שהם לא יאשרו מימון של תרופות מחוץ לסל אם מדובר בסיטואציה שהמימון יגרור אותם להוצאה כספית גדולה. חוסר הפעלת שק"ד מנוגדת לכלל המנהלי.

## 9. החובה להניח תשתית עובדתית.

כאנשים פרטיים מותר לנו להחליט על פי אינטואיציה, ואז אנחנו נישא בסיכונים של האינטונציה שלנו. רשות מנהלית חייבת **תשתית עובדתית מינימאלית** (מבחן הראיה המנהלית), לא יכולים לקבל החלטה "כמו שריף". אותו דבר על גוף דו מהותי – לא יכולים לקבל החלטה ללא מידע מספיק.

## 10. החובה לפעול בהתאם לערכי יסוד של משטר דמוקרטי

שקיפות, פומביות, מנהל תקין, חובת הנמקה. רואים לא מעט פסיקות שמחילות הנורמות האלה. **כמובן שחייבים לבדוק את עקרון המידתיות כדי לוודא שאין פגיעה גדולה מדי באוטונומיה של הגוף הפרטי!** למשל: אי אפשר מכוח עקרון השקיפות לחייב בנק או חברת ביטוח להסביר למה השקיעו במקום מסוים או פעלו בצורה כלכלית מסוימת.

## 11. כלל הבטלות היחסית.

גם אם רשות מנהלית הפרה כלל כזה או אחר נבחן הסתמכות של צדדים שלישיים בשטח, לא בהכרח יוביל לסעד של בטלות ההחלטה. קל וחומר שצריך לחול על גוף דו מהותי. לא תמיד ניתן להחזיר את הגלגל לאחור כמו במקרים של הסתמכות צדדים שלישיים, מעשה עשוי ועוד. דוג': אספה כללית של קיבוץ שאומרת שההכנסה תיגזר ממשהו וביהמש שלל. מהו הסעד הראוי? האם ניתן להחזיר את המצב לקדמותו ולהחזיר כספים שכבר חולקו? דוקט' הבטלות היחסית תגיד, אוקיי, היה פגם, אבל לא תמיד נוכל להשיב את הגלגל אחורה; לפעמים יש מעשה עשוי/הסתכמות צדדי ג' שלא מאפשרים זאת לחלוטין.

# הקניית זכויות יתר (פררוגטיבות) על גופים דו מהותיים

ניתנות לרשות ציבורית, נועדו להגשים מטרות ציבוריות, פוגעות בפרט. למשל: הלכת ההשתחררות, הפקעות, תובענות ייצוגות, חזקת תקינות המנהל. דיברנו על כך בעבר לא בצורה רחבה כ"כ, לא נספיק להרחיב. האם צריך להקנות זכויות יתר גם לגופים דו מהותיים? אם מכפיפים אותם לכל כך הרבה חובות, **עקרון הסימטריה** אומר שצריך לתת להם גם להנות מהזכויות. המרצה אומר שזה לא כל כך פשוט. כשמקנים זכות יתר לרשות ציבורית אנחנו יודעים שהיא בוודאות לא תעשה בזה שימוש לא תקין בזכות היתר (אין לה משלה אלא כלום). אבל כשנותנים זכות יתר לגוף דו מהותי יש חשש שהוא ישתמש בה לצורך של הראש הפרטי שלו. צריך לשמור ב7 עיניים ולוודא שהגוף הדו מהותי:

* לא עושה בה שימוש לצרכים פרטיים
* הזכות הזו אכן נדרשת עבור הפעילות הציבורית של הגוף
* לא פוגעת פגיעה גדולה מדי בפרט

למשל: אם יש משחק כדורגל שהתבטל, היא צריכה לשלם לצופים פיצויי ציפייה והסתמכות? **ברק ארז** רוצה מאוד למעט בזכויות יתר לגופים דו מהותיים. המרצה: צריך לתת להם להנות מזכויות היתר מתוך עיקרון הסימטריה אבל לוודא ב7 עיניים שלא עושים שימוש אסור.