**מחברת מקוצרת משפט מנהלי**

**הסמכות המנהלית**

סמכותה של הרשות המבצעת אינה ביצועית בלבד (על אף ההנחה השכיחה כי משפט מנהלי עוסק בהסדרה של סמכויות ביצועיות) והרשות מחזיקה גם בסמכויות של חקיקה ושפיטה. ההבחנה הנ"ל חשובה שכן **קיימות הוראות** אשר תקפות רק **לגבי חלק מהסמכויות.**

1. **סמכות חקיקה**- סמכות מכוח חוק לקבוע נורמה בעלת אופי כללי אשר משנה את מערך הזכויות והחובות. כיום, רוב החקיקה בישראל איננה חקיקה של הכנסת אלא חקיקה מנהלית הבאה לידי ביטוי בתקנות.
2. **סמכות שיפוט**- היכולת להכריע בסכסוך (הן כערכאה ראשונה והן כערכאה שנייה). **פס"ד חוטר ישי**- פרסום שיקולי פרקליטות המדינה בדבר אי העמדת הנאשם לדין. נשאלה השאלה האם מדובר בסמכות ביצועית (שאיננה מזכה בחסינות, כך שניתן לתבוע בגין לשון הרע) או בסמכות שיפוטית (כך שתהיה חסינה מפני העמדה לדין). ביהמ"ש הרחיב את הסמכות השיפוטית כך שתחול גם על ההחלטה האם להעמיד לדין.
* *ביקורת המרצה:* מדובר בסמכות ביצועית לכל דבר, והרחבת הסמכות השיפוטית יכולה להביא לכך שסמכויות ביצועיות רבות יקוטלגו כשיפוטיות ויזכו לחסינות.
1. **סמכות ביצוע**- הגדרה שיורית, כל מה שלא נופל תחת סמכות חקיקה/שיפוט לפי חו"י הממשלה. לרשות חסינות מתביעה בגין פעולות ביצועיות.

**גישת הסמכות בישראל- עקרון החוקיות**

החוק מסמיך גורם במשרד ולא את המשרד עצמו- נותן וודאות למי אחראי אך בעייתי כי לא ריאלי. רשות מוסמכת רק לדבר אשר הוסמכה מכוח חוק במפורש (בייחוד כאשר מדובר על זכויות אדם).

* **פס"ד טבקה -**החוק אמר שעל תושב לשאת ת.ז ולהציגה לפי דרישה. השאלה אם זה אומר שלשוטר יש סמכות לבקש ת.ז בלי חשד סביר? חיות ברוב אומרת שכן – עושים היסק הגיוני ואילו שטיין (יחיד) אומר שלא – כל עוד לא נתנו לרשות את הסמכות במפורש אין לה. **לא תמיד ברור אם יש סמכות** יש לבצע פרשנות תכליתית וככל שמדובר בנושא בעל יותר השפעה בייחוד על זכויות אדם נטה יותר להקפיד.

**כלל עצמאות שיקול הדעת**

נקבע **בפס"ד מיכלין**- בהנחה והוגדר בעל תפקיד להפעלת סמכות כלשהי, אסור לתת לו הוראות ואותו גורם לא יקשיב להוראות מאחרים (גם לא שר), ולא ישקול שיקולים זרים. הרציונל- המחוקק נתן את הסמכות מסיבה מסוימת.

* *ביקורת המרצה על הכלל:*
1. **ההלכה אינה ישימה**- עובדי ציבור תמיד יקשיבו לממונים עליהם.
2. **מבחינה ארגונית**- מנהל תקין תלוי בהיררכיה. נדרש שיהיה מדרג סמכויות בשביל לשמור על הכללים.

התגברות על הלכת מיכלין:

* **התייעצות**- אין מניעה להתייעץ ולכן כל עוד הדברים **לא נכתבו כהוראה**, ההתייעצות היא חוקית ותקינה. יש התייעצות אופקית (אדם בדרג באותה רמה) ויש התעצות אנכית עם אדם ברמה אחרת בהיררכיה.
* **נטילת סמכות ע"י שר**- כללית או למקרה ספציפי (**ס' 34 לחוק יסוד הממשלה**). לא סמכות שיפוטית כי נטילת סמכות מעין-שיפוטית על-ידי שר תפגע בעיקרון אי התלות השיפוטית ואף עלולה להביא לערוב אינטרסים פוליטיים בהחלטות שיפוטיות.

יישום ההתגברות: **בפס"ד כפר ורדים**- שר האוצר השתמש ברשימה שהוכנה ע"י הצבא במטרה לקבוע הנחות מס ליישובים מסוימים. ביהמ"ש קבע כי אין פסול בכך שלצורך הפעלת שיקול דעתה, תסתייע הרשות בחוות דעת של מומחים.

* *ביקורת המרצה*: לא הרי עניין ביטחוני כעניין מס; בשל תרבות "העקיפה", ביהמ"ש התעלם מכך שלא הופעל שיקול דעת הלכה למעשה.

**מסקנה-** ההלכה בעייתית כשיש היררכיה ומביאה לתוצאות לא רצויות כאשר רוצים לעקוף את הכלל ומשתמשים בפיקציות עד שנוצר מצב שגם כאשר נכון להשתמש בה (כשאין היררכיה) לא משתמשים למשל **כפר ורדים**.

**הבחנה בין סמכויות**

* סמכות חקיקה- קביעת נורמות כלליות שלא מתייחסות לאדם או החלטה אינדיבידואלית
* סמכות ביצועית- כל מה שלא שיפוטי או חקיקתי. החלטה אינדיבידואלית לגבי אוכלוסייה בלתי מסוימת.
* סמכות שיפוטית- סמכות של הרשות להכרעה בסכסוך של שניים או שלושה צדדים שהרשות לא אחת מהם. לכן **בפס"ד חוטר ישי** לא סביר היה לומר שזוהי החלטה שיפוטית כי מדובר בהחלטה להעמיד לדין (ביצועי) ואין כל הכרעה בסכסוך.

למה חשובה ההבחנה? יש נפקויות מעשיות לדוגמא:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | שיפוטית | ביצועית | חקיקתית |
| פרסום | רק למי שנוגע | רק למי שנוגע  | כמעט תמיד צריך |
| סופיות (יכולת הסתמכות) | יש לגמרי | באמצע | אין |
| חסינות  | יש בתפקיד עם אופי שיפוטי | אין בתפקיד עם אופי ביצועי |  |
| אצילה  | תלוי אם יש סיבה להאצלה | קל  | קשה לתת |
| זכות טיעון | כמעט תמיד | אם פוגע באדם ספציפי- ישאם לא- לרוב אין זכות אך יש לבחון את אופי ההחלטה | יש זכות מסוימת למי שנוכח בדיון בכנסת |
| הסתמכות | הכי לגיטימי להתחשב.  | איפשהו באמצע | לא לגיטימי להתחשב. צריך תמיד לחשוב על מה נכון כעת. |

קווי הגבול הרבה פעמים עמומים ויש מחלוקת אם הסיווג נכון – כמו **בחוטר ישי**

**דיני ההסמכה**

הצורך בדיני ההסכמה: לא ריאלי שהשר יעשה הכל ולכן הדינים אחראים להסדיר את ההעברה של סמכות ויישומה. כך ניתן להתמודד עם הלכת מיכלין ולהיעזר בגורמים מחוץ למנהל הציבורי.

המצב בישראל: הכללים הקיימים **דלים ועמומים** מכדי **להסדיר הכל**, ולכן נוצר מצב של "**סמכות עמומה**"- הסמכות קיימת אך לא ברורה דרך המימוש*.*

**פס"ד פדרמן** (האיטי)- שוטרים שנשלחו לבצע הכשרה לשוטרים אחרים בהאיטי. במקרה זה הממשלה לא אצלה סמכותה לשר אלא למשטרה, אך ביהמ"ש קבע כי אין פסול בדבר. קציני המשטרה הושאלו למשרד החוץ (מתפקדים בתפקיד של יחסי חוץ), בפועל בישראל לא נהוגה דוקטרינה של "ביצוע באמצעות אחר" ומכאן שמדובר בסמכות עמומה.

פתרון: **אצילת סמכויות!**

מהי אצילת סמכות? ע"פ **פס"ד עמותת עיר עמים**, אצילת סמכותה של הרשות היא נתינת הסמכות לאחר תוך הפעלת שיקול הדעת המסור לה, בעוד בפועל בעל הסמכות ממשיך להחזיק בה. **לא מדובר בסתירה של מיכלין**, שכן הרשות ממשיכה להפעיל את שיקול דעתה ולתת הוראות. הרשות הנאצלת לא יכולה לאצול לאחרת אלא רק הרשות המקורית יכולה לאצול.

שני סוגי אצילה:

* חוק יסוד הממשלה (**ס' 33)-** ברירת מחדל שבמקרים מסוימים ניתן לאצול. אצילת סמכויות של הממשלה/ שר.
* אצילה לפי הפסיקה והמשפט המקובל- ברירת מחדל שאי אפשר לאצול. חל על כל השאר.

שני עקרונות חשובים שנקבעו ביחס לאצילה (שני הסוגים):

1. **לא מאבדים אחיזה**- הרשות הנאצלת הופכת להיות רשות מוסמכת גם היא בעוד היא כפופה להוראות הרשות המוסמכת המקורית 🡨 יש ציפייה שהרשות המקורית תמשיך להפעיל שיקול דעת בנושא.
2. **איסור על אצילה כפולה**- אסור לאצול את הסמכות פעמיים שכן במצב זה לרשות המוסמכת יהיה קשה להמשיך לאחוז בסמכות (**חריג**: סמכות שהואצלה מהממשלה לשר, יכול השר לאצול סמכותו לגורם שלישי).

**ס' 33** לחוק יסוד הממשלה- ס' האצלה

מחד, מרחיב את סמכות האצילה שכן חל על כל סמכות של הממשלה ומאידך מצמצם את סמכות האצילה משום שמתיר לאצול רק לשרים.

**ס' 33(ב)** קובע כי שר יכול לאצול את סמכותו:

1. רק **לעובד ציבור**.
2. **בתנאי שלא מדובר בסמכות להתקנת תקנות (ס' 33(ג))** שכן במצב זה יהיה מדובר באצילה כפולה (הכנסת אוצלת לשר להתקין תקנות ואם יאצול לאחר הדבר ייחשב אצילה כפולה).

**אצילה כפולה מותרת:** **ס' 33(ג)** מפרט אצילה כפולה מותרת לפיה הסמכות שהממשלה אצלה לשר, כל עוד לא מדובר בהתקנת תקנות, רשאי לאצול אותה לעובד ציבור אחר. הרציונל: העומס הרב בו מצויה הממשלה והרצון לפזר סמכויותיה.

**אם אין הוראה אחרת**: **ס' 33(ה)** קובע כי הוראות האצילה יחולו רק אם אין חוק (לא רק חוק יסוד אפילו חוק רגיל) אשר קובע במפורש או במשתמע שלא ניתן לאצול את הסמכות.

**ס' 34** לחוק יסוד הממשלה- ס' הנטילה

הס' מאפשר לשר ליטול לעצמו כל סמכות (לעניין מסוים/תקופה מסוימת)🡨 מדובר בפעולה **חריגה** יותר ולכן כפופה ליותר **הגבלות** מאשר סמכות האצילה:

1. במידה וקיים **הסדר ספציפי השולל** את היכולת ליטול את אותה סמכות, הוא זה שיגבר (הסדר מפורש/משתמע).
2. ניתן ליטול **סמכות של עובד מדינה בלבד** (מצומצם יותר מעובד ציבור).
3. לא ניתן ליטול **סמכויות בעלות אופי שיפוטי**.
* *הערת המרצה*: במקרה שבו לשר ישנה מחלוקת עם הרשות המוסמכת, אך אין לו פנאי להתעסק עם אותה סמכות, הוא יוכל ליטול אותה לפי **ס' 34** ואז לאצול אותה לפי **ס' 33.**

**דיני אצילה שלא נוגעים לממשלה והשרים- משפט מנהלי כללי**

ברירת המחדל היא שאי אפשר לאצול סמכות כי אם המחוקק נתן אותה לרשות מסוימת יש לכך סיבה. ניתן לחרוג (מה שלרוב קורה) מחזקה זו אם רואים לנכון. שיקולים: היקף אצילה, מעמד, שיקול דעת הדרוש להחלטה, מהות הסמכות, השפעה על זכויות אדם וצרכים מעשיים.

אצילת סמכות לגורם פרטי:

אצילת סמכות לגורם פרטי תתאפשר במקרים נדירים בלבד משום ש:

1. מדובר בפתח **לניגוד עניינים** (לפרט יש מס' לא מבוטל של אינטרסים; לגורם ציבורי יש רק את האינטרס הציבורי).
2. גורמים פרטיים **אינם מפוקחים** כמו עובדי ציבור- לא ניתן להשתמש בדין המשמעתי.
3. כאשר עלולות להיפגע זכויות אדם מתעורר **ספק אם האצלה לגורם פרטי עולה בקנה אחד עם הפרדת הרשויות**- **פרשת הפרטת בתי הסוהר**: ההפרטה עשויה לגרור פגיעה בזכויות ע"י גורם פרטי שהיא בעצמה פגיעה בכבוד האדם. בית הסוהר המופרט פועל כדי למקסם את הרווחים שלו.
* *הערת מרצה*: ניתן להסתייע בגוף פרטי שכן ברור שהרשות לא יכולה לעמוד בנטל לבדה.

**היעזרות באחרים**- היעזרות בעניינים טכניים ללא שיקול דעת מהותי ברשות שאינה בעלת סמכות. חזקה שמותר להיעזר אלא אם יש סיבה לחרוג- זו לא הסמכה אלא עזרה. הדבר לא תמיד קל להבחנה לכן בפועל ביהמ"ש מחליט לפי הנסיבות אם מדובר בהיעזרות או אצילה אסורה- **פס"ד עיר עמים** סווג כהיעזרות כי העמותה עזרה בניהול טכני והרשות המוסמכת עדיין פעלה במקום. חיות אומרת שגם אם הגורם שהאצילו אליו מפעיל מעט שק"ד זה עדיין יהיה הסתייעות ואילו זמיר רואה את ההבחנה ע"י מתחם של סבירות ומסתמך על ס' 17(ב) לחוק הפרשנות (דג' למקרה שמשתמשים בסבירות ללא צורך). שניהם הסכימו כי מאחר ומדובר בדבר טכני זוהי הסתייעות. אך לפי המרצה מדובר **במעין אצילה**.

**ההליך המנהלי**

מאפיינים

* הליכי המנהל מאפשרים להסדיר באופן ברור את דרכי קבלת ההחלטות המנהליות. הרציונל הוא שיפור איכות ההחלטה והערך בהליך עצמו.
* הליכי המנהל אינם עוסקים בתוכן ההחלטה ועליהם להתקיים טרם קבלת ההחלטה.
* מדובר בהליכים אשר לא רק נועדו לשפר החלטות, אלא גם נהנים ממעמד חוקתי בכפוף לעיקרון כבוד האדם.

**כללי הצדק הטבעי** (זכות טיעון, מ"פ ונ"ע)

המשותף לכללי הצדק הטבעיים:

1. **מדובר בעקרונות שאינם קבועים בחוק**

לאחר המהפכה החוקתית וגזירת הזכות להליך הוגן מהזכות לכבוד, נקבע כי כללי הצדק הטבעי נהנים ממעמד שלא בא רק מהמשפט המקובל (כי מדובר בפיקציה משפטית) אלא גם **מעמד חוקתי** מאחר ומבטאים את הזכות להליך הוגן ולכן בכדי לפגוע בהם יש צורך בהתקיימות פסקת ההגבלה.

**פס"ד עיריית ראשון לציון**- איסור מינוי של מנכ"ל העירייה לתפקיד מקביל משום שלא צוין בחוק שהדבר לא אפשרי. ביהמ"ש קובע כי גם אם האיסור לא נקבע בצורה מפורשת בחוק, אין לפרש אותו כהסדר שלילי. המשמעות היא שכללי הצדק הטבעיים יחולו לצד החוק וביהמ"ש יוכל לקבוע הגבלות נוספות (בעלי תפקידים אחרים שחל עליהם איסור השתתפות) בהתבסס על כללי המשפט המנהלי.

**פס"ד סיעת הליכוד**- עתירה כנגד מינוי יו"ר לוועדת ביקורת המצוי בניגוד עניינים, כאשר המשיבים טענו כי החוק לא אוסר כהונה במקביל כסגן ראש עירייה וכחבר ועדת ביקורת. ביהמ"ש קבע גם כאן כי לא חל הסדר שלילי ולכן כללי הצדק הטבעי יפורשו לצד החוק הספציפי.

**איך ניתן להסביר הלכה זו שכן הכנסת בחרה לחוקק חלק מכללי הצדק הטבעי:**

1. במשפט המנהלי קיימים מקרי גבול רבים, הכנסת הסדירה את החריפים ביותר אך לא מדובר ברשימה סגורה.
2. במקרים שהוסדרו, יש רצון לנקוט גם בסנקציה נוספת (סנקציה פלילית) אשר דורשת עיגון נוסף פרט למשפט המנהלי (לא ניתן להעמיד לדין פלילי אם העבירה והסנקציה אינן קבועות בחוק).

**חריגים לתחולת כללי הצדק הטבעי:**

1. **חוק חוקתי גובר על כללי הצדק הטבעי-** כל עוד החוק חוקתי (לא פוגע בחוק יסוד- למשל הזכות להליך הוגן) הוא גובר על כללי הצדק במקרה של סטירה שכן הכללים נובעים מהמשפט המקובל ולא חקוקים.
2. **עקרון הצורך-** בהתאם לעקרון הצורך, אם הפעלת הכללים תייתר/תפגום בהחלטה, הם ייסוגו- כאשר כללים שנועדו לטייב את ההליך מפריעים לביצועו, נוותר עליהם. לדוגמא- לא נתריע בפני סוחר סמים על חיפוש פתע בביתו. **מורכבות:** בפועל, רשויות ייטו לוותר על כללי הצדק הטבעיים בטענה כי הם מעכבים אותם.
3. **איזון** **אינטרסים**- כאשר אומרים שהאינטרס של הביצוע גובר על אינטרס כללי הצדק הטבעי. **פס"ד האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד מרכז**: נקבע כי כאשר לא מדובר בצורך ביטחוני הכרחי, הריסת בתי מחבלים תהא כפופה לשימוע בעוד איטום הבית (פוגעני פחות) יהיה מידי. **המרצה** אומר שההבחנה בין הפיך ללא הפיך לא חדה. שמדובר במקרה חריג של גריעה מזכות הטיעון לא לשם צורך.

**פס"ד דגש סחר חוץ-** הכלל הבסיסי שיש ערך לאיסור על נ"ע אך יש לשקול גם את הרצון להשיג אינטרסים ציבוריים ולאזן ביניהם. פרוקצ'יה- החלת כללי הצדק מבוססים על איזון כך שניתן להגביל ולהפחית את החשש לנ"ע ולא לפסול מראש אם קיים.

1. **זכות הטיעון** -חלה כאשר רשות מנהלית עומדת לקבל החלטה שתפגע באדם.

זכות הטיעון תלויה בסיווג ההחלטה המנהלית:

1. **בהליך חקיקתי-** בפועל, לא חלה זכות טיעון בצורה מסוימת ניתן לומר שיש כי מי שנוכח יכול לטעון אך מדובר בכמה ועדות בו זמנית ובדבר אשר משליח גם על הציבור. צריך להיות באופן מידתי כי לא חייב לתת לכולם לנכוח אך יש כאלו שהכרחיים לדיון כי זה העבודה שלהם.
2. **בהליך שיפוטי**- תחולה יותר רחבה כי ברירת המחדל היא לאפשר זכות טיעון, אלא אם כן קיים חריג המעוגן בחוק.
3. **בהליך ביצועי**- תלוי באופי ההחלטה. יהיה צורך לבדוק האם יש בהחלטה כדי לפגוע פגיעה ישירה בזכות/אינטרס המצדיקים זכות טיעון🡨 מדובר בקביעה עמומה, כל מקרה לגופו. לצורך כך נדרש שיקול דעת שיפוטי רחב בהכרעה אם הפגיעה היא ממשית וישירה המקימה זכות טיעון.
**פס"ד מוסטקי**- ביטול תארים שניתנו בחו"ל בשל חשש לרמאות. ביהמ"ש קבע כי:
* לא היה מדובר בתקנה מובהקת ולכן לא ניתן היה להתנער מזכות הטיעון.
* נדמה ובאם לא היה מדובר בכמות גדולה של נפגעים היו מאפשרים שימוע ולכן אין להצדיק את החלטת הרשות רק בגין כמות הנפגעים הגדולה.
* החלטה על פסילה היא אינדיבידואלית ולכן יש הכרח לשימוע ולא מספיק לתת להם לעבור בחינות.

ניתן לא להתחשב בזכות הטיעון בשלושה מקרים:

1. **כשחוק חוקתי קובע פטור מזכות הטיעון**- חוק ספציפי גובר על זכות הטיעון הכללית, ככל שבמקרה הנדון מקורה במשפט המקובל בלבד והיא אינה מבטאת חיוב חוקתי הקבוע בחוק-יסוד
2. **בהתקנת תקנות ובהוצאת הנחיות מינהלות**- במהותן תקנות והנחיות מנהליות נוגעות בדרך כלל לציבור רחב. שמיעה של כולם עלולה לסכל את עצם האפשרות להתקין את התקנות או להוציא את הנחיות המנהליות.
3. **צורך** – כשלא ניתן לקבל את ההחלטה או לבצעה אם תינתן זכות טיעון.

הוראות כלליות בנוגע לזכות טיעון:

1. מועד- ככלל, זכות הטיעון תינתן טרם לקבלת ההחלטה, פרט למקרים חריגים (400 מחבלים שהועברו ללבנון).
2. תשתית עובדתית- יש לפרט את מהות האשמה בפני בעל זכות הטיעון, ולהעניק לו את כל המידע בכדי שטענותיו יהיו אפקטיביות. **פס"ד רחמני**- לא צוינה תקנה ספציפית באמצעותה בוטל המכרז ולכן נקבע כי לא התקיימה זכות טיעון.
3. זכות טיעון משנית- לאחר שזכות הטיעון כבר מומשה, אך התגלו עובדות או נסיבות חדשות שעשויות לפגוע לרעה במי שטען.
4. בפני מי טוענים- אמנם בסמכויות שיפוטיות ברור שהדיינים הם השומעים אך באשר להחלטות בעלות אופי ביצועי התפיסה היא שניתן להיעזר באחרים ולהעביר סיכומי דברים.
5. אופן השימוע- נדרש להיות **הוגן** בנסיבות העניין (הגדרה עמומה ורחבה), כאשר יש חופש לרשות לנהל את השימוע ככל שתרצה (כתב/בעל פה) וביהמ"ש מגלה לכך גמישות. כמו כן, קיימת זכות **ייצוג ע"י עורך דין**, ובמידה והרשות מסרבת לייצוג, יהיה עליה להסביר מדוע החלטתה מוצדקת.

ביהמ"ש אינו מתערב כאשר לדעתו מתן זכות הטיעון הוא **במתחם הסבירות** ואילו המרצה טוען שאלו אחד המקרים בהם החלת הסבירות לא נכונה ויש לפקח באופן הדוק יותר כפי שהיה נהוג פעם.

1. **איסור על משוא פנים וניגוד עניינים**
2. **ניגוד עניינים**

ניגוד עניינים הוא מצב בו רשות מוסמכת (או עובד מטעמה) מצויים במצב אובייקטיבי שעשוי לשבש את היכולת שלהם להפעיל שיקול דעת חוקי וענייני. כמו כן, החלטה במצב של ניגוד עניינים **נוגעת להליך עצמו** כך שגם אם ההחלטה היא ראויה בפועל, הפגם לא מתרפא. רציונליים:

1. מניעת שיקולים זרים- הרצון שלא לשבש הפעלת שיקול דעת (גם לא נטייה לכיוון ההפוך מחשש לנ"ע).
2. מניעת בעיית הנציג ופגיעה בטוהר המידות.

המבחן לניגוד עניינים:

* **פס"ד דגש סחר**- די בחשש סביר כדי לפסול מתוך איסור לניגוד עניינים- פחות מקובל.
* **הניסוח** **הנכון**- **פס"ד מושלב** – החלטה בדבר הקמת תחנת דלק שנתקבלה במצב של ניגוד עניינים (חבר הקיבוץ היה גם חבר הועדה לתכנון ובנייה). ביהמ"ש קבע כי יש צורך **בחשש סביר שנ"ע ישפיע על ההחלטה**- מדובר במבחן של חשש סביר שניגוד העניינים יגרום להטעיה בהחלטה, ולא רק לחשש סביר לקיומו של ניגוד עניינים. מדובר במבחן אובייקטיבי. השאלה היא מה **עוצמתו של ניגוד העניינים** הנקבעת על פי הקרבה בין האינטרסים המנוגדים- עוצמת הניגוד בין העניין הציבורי לבין העניין הפרטי של עובד הציבור.

האם המשפט המנהלי אוסר כל קבלת החלטה במצב של ניגוד עניינים? התשובה לכך שלילית.

כלל האיסור על ניגוד עניינים איננו מוחלט. כך, לעיתים ימונו אנשים לשירות הציבורי כאשר יש בעניינם **חשש קטן או תאורטי לניגוד עניינים**, וזאת כדי להבטיח את איכות השירות.

ניגוד עניינים בשל תפקיד ציבורי נוסף:

**פס"ד מושלב**- במצב זה נאפשר חופש מסוים אם כי לא מוחלט, כיוון ומהעבר השני עומד אינטרס ציבורי. לכן נחיל מבחן פחות מחמיר- **מבחן האפשרות הממשית** (שניגוד העניינים ישפיע על ההחלטה). פס"ד רמות

* *ביקורת המרצה*: גם זה אישי כי אדם רוצה להצטיין בתפקידו השני ולהיבחר שוב.

היקף פסילתו של אדם המצוי בניגוד עניינים- ככלל, ננקוט בתפיסה **מידתית** וניטה לפסול רק את קבלת ההחלטה (ככל וניתן למלא את התפקיד מבלי להיקלע לניגוד עניינים), אולם אם רוב/כל התפקיד כרוך בניגוד עניינים אסור, אז לא יוכל לכהן.

הפרטת הסמכות: **פס"ד דגש סחר חוץ**- הרשות אינה יכולה לפתור עצמה ממצב של ניגוד עניינים ע"י הפרטה (העברה לגוף פרטי), ולכן אם הפעילות היא מנהלית במהותה, החובה תחול גם על גוף פרטי.

1. **משוא פנים**

כאשר בנסיבות העניין הגורם המוסמך לקבל את ההחלטה נחוש בדעתו לקבל החלטה מסוימת וזאת בשלב שבו הליכי קבלת ההחלטה עפ"י דין טרם הסתיימו והגורם עדיין לא היה אמור לגבש את דעתו- **הוא לא אובייקטיבי.** רוב ההחלטות המנהליות כרוכות במידה מסוימת של משוא פנים שכן הרשות היא שיוזמת את ההחלטה, אולם לא מקבלת אותה עד שלא מקיימת הליכים מסוימים. לכן הפרה של הכלל תבוא לידי ביטוי **בפומביות של דעה נעולה.**

נעילת הדעה של הרשות- ככל שיש סיכוי סביר לקיומה של דעה קדומה ממנה לא יוכל להשתחרר, מדובר יהיה ב"נעילת הדעה" של הרשות וביטוי למשוא פנים.

אינדיקציה לנעילת הדעה של הרשות- פרסום דעתו של הגורם האמון על ההחלטה בפומבי.

**פס"ד בן דוד** (תרומת דם אתיופים)- חבר הוועדה (האתיופי) נפסל משום שמראש גיבש דעה על אשמתו של מנהל בנק הדם והסנקציה שמגיעה לו ואף התבטא על כך בתקשורת.

**פס"ד רמות למען הסביבה** (מהנדסת שהייתה יזמית התוכנית וגם בוועדה לאישורה)- לא יכולה לספק ייעוץ אובייקטיבי ולכן לא צריכה להיות בחדר בעת קבלת ההחלטה. למרות שביהמ"ש ראה זאת כנ"ע המרצה טוען שלא היה נ"ע אלא מ"פ (דעה נחושה).

**פס"ד מלאך** (הקמת אצטדיון בירושלים)- ברור שכאשר רשות יוזמת החלטה, יש לה דעה לכאורה, אולם אם מסתמן כי גיבשה דעה נחושה לפני סוף התהליך שעליה לקיים, דינה להיפסל. בעניין זה הנסיבות לא אפשרו לשמוע את ההתנגדויות בלב פתוח ובנפש חפצה ונאמר **שלא יתנו משקל להתנגדויות** ולכן הופרו כללי הצדק הטבעיים (זכות טיעון ומשוא פנים).

**פרסום החלטות**

* **ס' 17 לפקודת הפרשנות** מקים חובה לפרסם ברשומות תקנות בנות פעל תחיקתי בלבד.
* ברירת המחדל לכל נורמה מנהלית (גם לא תקנה בת פועל תחיקתי) היא חובה לפרסום. אז **למה צריך חוק?** כדי לקבוע את אופן הפרסום (למשל ברשומות) או לפטור מחובת פרסום.
* במשך שנים רבות, לא היה נהוג לפרסם החלטות כאלו ואחרות של רשויות. **בפס"ד אפרתי** נקבע שיש חובה לפרסם החלטות מנהליות שכן לאלו השפעה על הציבור כמו גם יש צורך לנהוג בהן בדרך מסוימת והפרסום מאמת נוהג זה. לפיכך נקבע כי יש להביא לידיעת הציבור הנחיות מנהליות כאשר משליכה על הזכויות והחובות שלו.

חשיבות החובה לפרסום:

* **כעקרון** **חוקתי**- הנחיות מנהליות נכנסות לעניין עמוק של כבוד האדם כי לא ניתן לצפות מאדם לכבד החלטה שלא מודע אליה. אותה בעיה כמו בהחלטה רטרואקטיבית.
* **הגינות**- אין זה הוגן לדרוש ביצוע להחלטה שלא פורסמה
* **נדרש לשם ביצוע**
* **נדרש להבהרת הנורמה**- ניסוח ברור ומדויק של מה מדובר ואיך לבצע

**פרסום תקנות בנות פועל תחיקתי (ס' 17 לפקודת הפרשנות)**

הס' קובע כי תקנות בנות פעל תחיקתי יהיו מחייבות מיום פרסומן בכפוף להוראות אחרות. אם יש הוראה אחרת הכוונה היא לפרסם במקום אחר (בעקבות החובה לפרסם) ולא לא לפרסם כלל.

כיצד תפורש תקנה בת פעל תחיקתי?

**פס"ד אלכסנדרוביץ'**- נקבע כי קביעת המנהל מהווה "תקנה בת פועל תחיקתי" לכן אם לא פורסמה ברשומות לא נכנסה לתוקף. נקבעו שני סימני הכר לתקנות בעל פועל תחיקתי (כלליות ונורמטיביות). זאת מהרציונל שלאדם צריכה להיות לפחות האפשרות לדעת את הלכות החוק המחייבות במדינה ולכן קיים הפרסום ברשומות. באין פרסום כזה היסוד המוסרי להפעלת העקרון לא מתקיים. בנוסף לכך נוסיף עוד סימן היכר הנוגע להגדרת תקנות ככלל.

סימני ההיכר לתקנה בת פעל תחיקתי

1. **תקנות (ס' 1 לפקודת הפרשנות) -** מדובר בתקנה שהתקבלה ע"י רשות ישראלית (כללי ברירת דין ואמנות בינלאומיות שאומצו לא ייחשבו תקנות בנות פועל תחיקתי המחייבות פרסום).
2. **כלליות**: עליה להיות מופנית לציבור כולו או לציבור בלתי מסוים. השאלה היא לא מספרית.
	* אפשרות כניסה ויציאה – סממן לקבוצה בלתי מסוימת. אם ניתן להיכנס או לצאת מקבוצה מסוימת, יש תחלופה של אנשים (למשל קבוצת הסטודנטים בבר אילן היא קבוצה כללית/ קטינים).
	* ציבור ששמו לא נקוב – סממן נוסף, אין קביעה שמית של נמען/נמענים. לפעמים יש שינוי בסמכויות אדם שכביכול לא צריכה להתפרסם אך משנה את מצבת הכפיפות של ציבור בלתי מסוים ולכן צריכה להתפרסם.
3. **נורמטיביות**: קביעה של נורמה משפטית המשנה את המשפט הנוהג. יכול להיות שהתקנה תטיב/תחמיר, עדיין מדובר בתקנה מפני שהיא משנה את הדין הנורמטיבי הנוהג.

**פס"ד רונן**: יש להבחין האם ההחלטה משנה את מאזן הזכויות והחובות או מתארת מצב פיזי משתנה= עובדה חדשה. הצבת התמרור היא עובדה הנותנת תוקף לנורמה המפורסמת כבר (פירוט התמרורים ומשמעותם).

*המבחן של זמיר:* חלק על השופטים, וקבע כי בשביל להבחין בין השניים, יש לבחון לפי מבחן התכלית את הסמכות מכוחה פועלת הרשות ולהתחקות אחר **הכוונה** של הרשות במעשיה (דוגמא של תמרור בבית הספר). עם זאת, דעתו של זמיר לא התקבלה אך כן חלה בפועל. **המרצה** – פרסום הרשומות לא היה מיותר כי יש צורך בפרסום כדי לומר שהוצב בסמכות ולא ע"י כל אחד אחר.

**תחילת התוקף**

נבחין בין 4 סוגי תחולות:

1. **תחולה אקטיביות:** ברירת המחדל שינוי תוצאות של מצב שהתקיים מרגע קבלתה של ההחלטה.
2. **תחולה רטרואקטיביות:** שינוי תוצאות של מצב שהיה לפני שהנורמה נכנסת לתקופה.
3. **תחולה רטרוספקטיבית:** סוג של תחולה אקטיבית שמרגישה כמו תחולה רטרואקטיבית- חלה מקבלת ההחלטה, אולם מתייחסת למצב שהתחיל טרם קבלת ההחלטה. למשל כל מי שיש לו דירה בשווי מסוים משלם מס רכוש. הוא משלם רק מיום חקיקת החוק אך את הדירה קנה בעבר (המצב התחיל בעבר אבל רק מעכשיו יתחיל לשלם).
4. **תחולה פרוספקטיבית:** שינוי תוצאות של מצב שיתרחש במועד עתידי לאחר קבלת הנורמה.

**לשים לב** שאין קשר הכרחי בין תחולה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית לבין הרעה ופגיעה בזכויות אלא יכול להיות דבר מיטיב למשל ביטול מס למפרע.

**תחולה רטרואקטיבית:**

קיימת חזקה שמדובר בנורמה לא חוקתית ואסורה אשר נדרשת הסמכה בחוק בשבילה. מסיבות שונות:

* **פגיעה** **בשלטון** **החוק**- לא ניתן להחיל אחריות על משהו שבעת עשייתו היה מותר. לגבי החוק לעשיית דין בנאצים הטענה הייתה שהחוקים של הנאצים היו חסרי תוקף כי לא חוקתיים ולכן זוהי כן עבירה. גם אם כן, ניתן לומר שהפגיעה נעשתה לתכלית ראויה כי מדובר במעשה קיצוני.
* **פגיעה** **בוודאות**- לא ניתן לדעת אם באמת מותר או אסור. זוהי **בעצם פגיעה בכבוד האדם** כי לא ניתן להסתמך על החוק ולכלכל את הצעדים בעתיד.
* **הכוונת** **התנהגות**- לא מתאפשרת בהחלה רטרו'.
* **אפליה**- אם החוק מריע מפלים את אלו שהסתמכות ואם מיטיב אז את כל השאר. פגיעה בשווין אז גם כבוד האדם.

שינויים היסטוריים

בעבר- **המשפט המנהלי הקלאסי**: ברירת מחדל של החלה אקטיבית ומתן שק"ד רחב לקביעת תחולה פרוס' (עתידית). להחלה רטרואקטיבית הסתפקו בסבירות בנסיבות העניין. למשל הגיוני במקרים של תקנות מס כדי למנוע מניפולציות במשך השנה.

**אחרי המהפכה החוקתית**: לכאורה יש צורך בהסמכה מפורשת מכוח חוק להחלה רטרואקטיבית של נורמה: אך בפסיקה העניין לא הוכרע בבירור (אך ברור שצריך לעמוד בפסקת ההגבלה- בדיקה חוקתית). ביהמ"ש יוצא מנקודת הנחה שלרשות שיקול דעת לעשות כן ולכן יבחן האם הופעל שיקול דעתה כראוי- סבירות.

**בפס"ד לביא** (פסילת תארים שלישיים מחו"ל)- ביהמ"ש פסל את התחולה הרטרואקטיבית אולם לא בגלל שהחוק לא אפשר זאת אלא בשל הסתמכות והפליה. **המרצה** -האיזון אולי לגיטימי אבל יותר בולט שביהמ"ש לא דרש הסמכה מפורשת בחוק מה שלכאורה בסיסי.

החלטה רטרואקטיבית מיטיבה:

**פס"ד התנועה לאיכות השלטון** (הוכשרה בדיעבד הקמתו של מתקן סולרי)- הוחלט שהגבלות על רטרואקטיביות יחולו גם כאשר ההחלטה מיטבה שכן, ייתכן שתפגע בציבור מסוים ואין הכרח לכך שתהיה מיטיבה עבור כולי עלמא.

**החלטה רטרואקטיבית היא אינדיקציה להחלטה פרסונלית**- כי יודעים מיהו קהל הידע בעת ההחלטה יש לחשוד ולבדוק למי מטיבה. כמו בפס"ד זה שחלה רק על חוות השקמים ולכן זוהי פגיעה בשוויון והגינות.

**תחולה אקטיבית**

תחולה אקטיבית לפעמים יכולה להיות פוגענית כמו תחולה רטרואקטיבית וזאת משום שנדרש להעניק זמן לאזרח להיערך בהתאם (לדוגמא שינוי מתכונת בחינות לשכה).

**פס"ד מנהלי השקעות**- הוחלט על פסילת התחולה האקטיבית של חוק שסתר את חופש העיסוק מכיוון ולא אפשר לציבור המושפע ממנו זמן הערכות. נקבע כי יש להחיל את החוק פרוספקטיבית החל מעוד שנה.

**מועד ההחלטה**

אם אין הסדר ספציפי בחוק לגבי מועד ההחלטה נכנס לתוקף ס' 11 לחוק הפרשנות לפיו יש לבצע את החיוב במהירות הראויה- ביהמ"ש לא מייחס לזה חשיבות גדולה והאכיפה היא דלה ובמקרים קיצוניים. סיבה- לפי ביהמ"ש המועד הוא הוראה מנחה ולא מחייבת ולפי זמיר ניתן להחיל את הבטלות היחסית כאשר יש איחור.

**פס"ד ארגון אמון הציבור נ' שר הפנים**- איחור של 18 שנה לא מוצדק כלל. לכן אי הפעלת סמכות חובה עולה לכדי פגיעה בשלטון החוק. גם שם השופט מצר נותן אפילו יותר זמן משהחוק קבע ואוכפים כי ההפרה נורא בוטה וברורה.

**שיקול דעת מנהלי**

**הגדרה**

מצב בו הרשות צריכה לבחור בין מס' חלופות. הבחירה בחלופה אחת על פני השנייה משמעותה בחירה בשקלול אינטרסים מסוימים על פני שקלול אחר. ההגבלות התוחמות את התכנים והשיקולים נובעות מדיני שיקול הדעת המנהלי -**מסדירים את יכולת הבחירה בין החלופות.** כל חלופה מייצגת משקל יחסי שונה לאינטרסים.

**3 מקורות משפטיים מרכזיים שעל הרשות לשקול כאשר בוחרת חלופה מסוימת**:

1. לשון החוק המסמיך- או על פי סעיף המטרה או על פי רשימת השיקולים המופיעה בחוק עצמו.
2. תכלית החוק- גם אם חוק לא מציין את שיקוליו, נבחן את ההקשר, והאם יש סימנים הרומזים על השיקולים הרלוונטיים בלשון החוק.
3. ערכי היסוד של השיטה- דוגמת זכויות אדם, עקרון שלטון החוק, עקרונות כללים מהכרזת העצמאות.

לרוב מסכימים שאין רשימה במשפט הישראלי של אינטרסים שמותר\ אסור לשקול- זה אינדיבידואלי לכל סמכות וסמכות **בפס"ד ועדת השופטים** למשל ייחסו משקל לתכלית חוק המאוחר לחוק המסמיך בדיון על פירוש תקנון פרס ישראל כי היה רלוונטי.

 **4 הכללים המנחים של דיני שיקול הדעת**:

* החובה לשקול את כל השיקולים.
* איסור שקילת שיקולים זרים.
* סבירות ומידתיות.
* שוויון מנהלי (עקביות).
1. **החובה לשקול את מכלול השיקולים**

יש צורך שהרשות תהא מודעת לכל השיקולים הרלוונטיים. אכן, ייתכן ורשות תגיע לאותה התוצאה גם מבלי שתהיה מודעת לשיקול כלשהו.

**פס"ד ויכסלבאום** (אחידות הכיתוב על בתי קברות- אחידות מול אוטונומיה)- שקילת השיקולים ומודעות אליהם אינה מספיקה. יש צורך שהרשות תקדם בהחלטתה במידת מה את כל השיקולים הרלוונטיים, כך שאם לא ניתן משקל לשיקול ענייני, תיפסל ההחלטה. נראה אם כן כי על הרשות:

1. **להיות מודעת לכל השיקולים.**
2. **להביא את כלל השיקולים לידי ביטוי בתוכן ההחלטה בכפוף לסייגים** (לא מספיק לשקול אותם אלא צריך לתת להם ביטוי בהחלטה, השר בבירור היה מודע לשיקול האוטונומיה כאשר בדק שוב את העניין אך לא די בזה).

סייגים לשקילת כלל השיקולים:

1. **סמכות בינארית**- אז חלופה אחת תבטא 100% של אינטרס מסוים ו-0% של אינטרס אחר. לדוגמא, העברת שר מתפקידו🡨 פיטורים ייחשבו 100% אמון הציבור בעוד אי העברת השר תבטא 100% אינטרס פוליטי.
2. **שיקולי רשות**- אותם לא תמיד רלוונטי או חובה לשקול. לדוגמא: שיקולים פוליטיים במינוי.

**הרציונל לפי דורנר- עקרון ההתחשבות-** המחוקק נתן אינטרסים רלוונטיים כדישהגורם המוסמך יממש אותם בפועל. כלל המוזנח בפסיקה ומתערבב עם סבירות שאינה מספיקה.

**ברק ארז המסתייגת מהקביעה בויכסלבאום בספרה-** ניתוח יפה אבל לא פרקטי. יש לבחון במסגרת סבירות ולא התחשבות- יכול להיות החלטה שנתנה משקל אפס לשיקול אך לא תהיה קיצונית ולכן לא צריך לפסול אותה.

1. **איסור שקילת שיקולים זרים**

מהות האיסור: אסור לרשות להתחשב בשיקול שאינו נמנה עם השיקולים הרלוונטיים לקבלת החלטה מסוימת.

* שיקול זר הוא לאו דווקא שיקול פסול, אלא שיקול לא רלוונטי לאותה החלטה.
* **רק אם** יש רק חלופה חוקית אחת יחליט בית המשפט מהי ההחלטה שצריכה להתקבל אחרת יפסול את החלטת הרשות ויפנה לה לשקול מחדש מבלי התחשבות בשיקול הזר.

**פס"ד רסקין** (רקדנית בטן השפיעה על מתן כשרות): יש לבדוק את החוק מכוחו התקבלה ההחלטה, להתחקות אחר מטרתו ולהסיק מהם השיקולים הרלוונטיים שיש לשקול. הוחלט שאין לפסול כשרות בשל טעמים אלו. אם הוכח שהיו שיקולים זרים ההחלטה לרוב תתבטל, גם אם היה ניתן להגיע לאותה החלטה בדרך לגיטימית.

חריג: כאשר החלופה שנבחרה היא האופציה היחידה, אך בחירתה נעשתה תוך שימוש בשיקולים זרים, ביהמ"ש לא יבטל את ההחלטה אך יתחשב בכך במסגרת הסעד.

**פס"ד וועדת השופטים** (הענקת פרס ישראל) -התעוררה שאלה האם התבטאויות שאינן קשורות לתחום יכולות להיות שיקול רלוונטי. אם אין קשר בין ההתבטאויות לנושא בו עוסקים מדובר **בשיקולים חיצוניים**. שיקול חיצוני אינו זר אלא יכול להיות רלוונטי רק במקרים חריגים ("מקרי קצה") ולא באותו סדר גודל כמו שיקול אחר.
מקרי הקצה:1- מעשים פליליים חמורים, 2- הוכח שמדובר בהתבטאויות נגד ישראל שפוסלות מהתמודדות לכנסת (הסתה לגזענות, תמיכה באויב.) ו3- קריאה לחרם על מדינת ישראל (השופטים היו חלוקים לגבי הרחבה לחרם כלפי אדם/ מוסד).

1. **סבירות ומידתיות**

המשותף לסבירות ומידתיות- איזון אינטרסים רלוונטיים בהנחה שהרשות שקלה את כל השיקולים, הביאה אותם לידי ביטוי, ולא התחשבה בשיקולים זרים. – יוצרות מתחם בחירה. **לא חשוב רק השיקול אלא היחס הסביר שניתן לו.**

1. **סבירות**

הגדרה: על הרשות לתת משקל יחסי וסביר לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים בדבר ההחלטה, כאשר קיים מתחם סבירות.

בעייתיות *(לדעת המרצה)*: מדובר בכלל אשר חסר תוכן ממשי וכן קשה להנחות את הרשות בעזרתו, אלא אם כן מדובר בסיטואציה שנסיבותיה זהות לסיטואציה שהתבררה בעבר.

יתרונות:

1. הרשות יודעת שייתכן ותצטרך לתרץ את החלטתה ולכן מקבלת החלטה שתוכל לעמוד מאחוריה.
2. ביהמ"ש יכול לבחון כל החלטה לגופה.
3. ביהמ"ש משתמש בסבירות שיש חשד ממשי אך לא מספיק מוכח לשיקולים זרים/ חוסר התחשבות בשיקול רלוונטי.

חסרונות:

1. **אי וודאות**- כאשר אין תקדים אז לא יודעים איך לפעול
2. **סובייקטיביות ביהמ"ש**- בהיעדר תקדים ההחלטה נתונה להכרעת השופט. **גרוניס**- "נורמת על" ובלעה לתוכה עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר למשל:
* **התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטים**- כפי שהציעה ברק ארז ב**ויכסלבאום**- פשוט לבדוק סבירות.
* **סמכות עזר/ היעזרות באחרים**- **בעיר עמים** ביהמ"ש במקום לפתח את הכללים של היעזרות באחרים ואצילה פשוט בדק אם הגוף הפרטי קיבל החלטה בתוך מתחם הסבירות.
* **זכות טיעון**- אנו לא יודעים מהם כללים בבירור של אלא הרשות יכולה פשוט לפעול במתחם הסבירות.
* **ניגוד עניינים**- **בפס"ד דגש** השופטת פרוקצ'יה דיברה על איזון אינטרסים שהוא מעין מתחם סבירות.

**פס"ד עמותת פורום**(הסרת שלטי חוצות שפגעו ברגשות הציבור)- העתירה נדחתה בגלל עילות סף. **סולברג** לא אוהב את השימוש בסבירות לגבי זכויות חוקתיות, **שטיין** מסכים ומוסיף שסבירות בכלל לא כלל אלא משהו ראייתי שמעיד על הפרה של כללי המשפט המנהלי ואילו **קרא** אומר שכן יש מקום להחיל סבירות אך מציג את הבעיה בחוסר ההגדרה המתוחמת שלה.

1. **מידתיות**

המטרה: לקבוע כלל משפטי שהוא מוגדר וקבוע יותר מעילת הסבירות. הופיעה לראשונה טרם חקיקת חו"י כבוד האדם ב**פס"ד בן-עטיה** (פסילת תכנית בגרות מיוחדת בשל העתקות עבר)- ברק דן בשלושת המבחנים וקובע כי אף לא אחד מהם התקיים ולכן מבטל את ההחלטה.

**מידתיות-** פגיעה בזכות (במשפט המנהלי גם אינטרסים שראויים להגנה) היא חוקית אם עומדת במבחני המשנה:

1. **מבחן ההתאמה, הקשר הרציונלי-** האמצעי שננקט יוכל להשיג את המטרה.
2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**- בהינתן חלופות שיש בהן כדי להשיג את אותה המטרה, יש לבחור את האמצעי שייפגע כמה שפחות.
3. **יחסיות (מידתיות במובן הצר**) - אף אם שני המבחנים הקודמים מתקיימים, יש לבצע איזון אינטרסים ולבחון האם התועלת שבשימוש באמצעי עולה על הנזק שהוא הפגיעה בזכות.

ביהמ"ש לרוב מתרכז רק במבחן האחרון של תועלת מול נזק שדומה מאוד לסבירות. לכן פיתח ברק מבחני עזר ליחסיות:

* **מבחני איזון עקרוניים**- כמו מבחן הוודאות הקרובה (קרבה לוודאות של פגיעה תעזור להחליט אם יש לפסול). אפשרות סבירה לכך שביטוי יגרום לנזק, עמידה בסף הסיבולת. המבחנים לא פותחו וחבל.
* **מבחן ההשפעה התוספתית**- השוואה בין שתי חלופות- בחינה של ההחלטה שקיבלה הרשות וחלופה אחרת שמביאים העותרים. כך נעשה **בפס"ד סורק** (תוואי הגדר)- שהחלופה של העותרים קיימה את התכלית כמעט באותה רמה והפגיעה הייתה הרבה פחות חמורה.

בפועל: **המידתיות אכזבה**. מבחן המידתיות עמום לא פחות מהסבירות כך שהסבירות "בלעה" את עילת המידתיות:

1. במבחן ההתאמה- כל עוד לא מדובר באמצעי "מופרך", ביהמ"ש יקבל את האמצעי ככזה שמשיג את התוצאה.
2. במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה- ביהמ"ש מגדיר חלופות כזהות מבחינת העלות והתועלת שלהן כך שסטייה מכל אחד מהקריטריונים תוביל את ביהמ"ש לפסוק כי לא מדובר בחלופה הלכה למעשה.
3. מבחן היחסיות (מידתיות במובן הצר)- הופך להיות מבחן הסבירות בעצמו.
4. **שוויון מנהלי (עקביות)**
* המשמעות: מדובר בשוויון אריסטוטלי, דהיינו בהתקיים זהות בין מקרים, יש להתייחס אליהם באופן זהה, ובהתקיים שונות בין מקרים, יש להתייחס אליהם באופן שונה. ככלל, יש לשמור על פרופורציה בין השוני של המקרים לדרך ההתייחסות אליהם. שונה משוויון חוקתי שאוסר על הפליה ע"ב דת גזע ומין ונבדק ע"י פסקת ההגבלה.
* יישום בפועל: משמעות השוויון בהקשר המנהלי (לא החוקתי) הינה שיש צורך בעקביות. **בפס"ד ר.מ.י** (הקמה של בי"ח בירושלים לאחר שכבר הוקם אחד בחיפה)- נקבע כי הרשות לא יכולה לקבל החלטות בחוסר עקביות.
* היחס בין סבירות לשוויון מנהלי: הסבירות מאזנת בין שיקולים במקרה קונקרטי, והשוויון המנהלי משווה בין מקרים שונים כאשר החובה היא לא רק לקבל החלטה בכל מקרה נפרד באופן חוקי, אלא לקבל את ההחלטות באופן עקבי.
* הקשיים שמעלה עיקרון השוויון המנהלי:
1. **זיהוי הבחנה רלוונטית**- במקרים רבים קשה להבחין מתי הבדל הוא רלוונטי ומתי לא.
2. כאשר העקביות **אינה אפשרית** (החלטות בינאריות)- ישנם מקרים בהם יש שתי חלופות בלבד ולכן העקביות אינה אפשרית. לדוגמא, במתן ציון לבחינה, יכולים להיות מקרים מאוד דומים המובילים לתוצאות שאינן דומות (ציונים של 59, 60 מובילים לכך שהראשון ייכשל והשני יעבור) בעוד ייתכנו מצבים של מקרים השונים זה מזה בצורה כה מהותית אך מובילים לתוצאה שהיא דומה (ציונים של 60,100- בשני המקרים יעברו את הבחינה). ניתן להשתמש גם בדוגמא של מיסוי לפי מדרגות מס.
3. עקביות מוחלטת **אינה מעשית**- גם אם תהיה אפשרית אין לדרוש עקביות מוחלטת במקרים שאינם קיצוניים.
4. **רשויות אינן יכולות להיצמד לעד למדיניות ספציפית**- לא ייתכן שרשות תוותר על שיקול דעתה למען העקביות ובכך תרע את מצבה.

**בפס"ד תל מגידו** (העדפה לפצות חקלאים ותיירים על פני אלומות אירועים)- למרות השוויון המנהלי לעיתים אין ברירה להיות שרירותיים. היה תקציב מוגבל ולמרות שהרבה נפגעו מהמלחמה עדיף לבחור רק חלק כדי שהפיצוי יהיה משמעותי. השיקול לבחירה לא היה לגמרי רלוונטי אך לא קיצוני לגמרי לכן ביהמ"ש אפשר.

**לאור הקשיים בפועל לא כובלים את הרשות לאחידות אלא במקרים קיצוניים וחד משמעיים בהם יש צורך בנימוק מוצדק אם רוצים להחיל מדיניות חדשה.**

* נפקות משפטית-בשוויון מינהלי לרשות יש שיקול-דעת רחב יותר, שאינו כפוף למבחנים של פיסקת ההגבלה, לחרוג ממנו. לא תמיד אפשר לשמור על עקביות מוחלטת לכן יש לאפשר לרשות לשנות את מדיניותה ואין לשלול ממנה את הפעלת שיקול-דעת שהחוק הקנה לה.

כללי הצדק הטבעי וכללי שיקול הדעת נועדו להנחות את הרשות לקבלת החלטה ראויה שאין בה פגם. השוני ביניהם הוא סוג הפגם שמנסים למנוע- דיוני טכני(כללי הצדק הטבעי) או מהותי תוכני (כללי שק"ד). השוני מתבטא במועד הרלוונטי להחלת הכללים- כללי הצדק הטבעי נוגעים להליך **המקדים** לקבלת ההחלטה המנהלית, ואילו כללי שק"ד הם כללים שיש לקחת בחשבון **במהלך** קבלת ההחלטה מבחינת התוכן שלה.

**הנחיות מנהליות**
אלו הנחיות להפעלת שק"ד הקובעות איך מפעילים את שק"ד שהחוק או התקנות נתנו. הנחיות מנהליות אינן מבטלות את שיקול דעתה של הרשות אלא קובעות לרשות סייגים🡨 ההנחה היא **מעין חזקה** כך שניתנת לסתירה ולפעמים אף חובה לסטות ממנה. זה ההבדל בין הנחיה לבין תקנות וחוקים שמחייבות באופן מוחלט.

יתרונות ההנחיות המנהליות:

1. **כלי לשימור שוויון ועקביות**- עם זאת, ייתכנו מצבים בהם הדבקות בהנחיות דווקא תפגע בשוויון ולכן יידרש לסטות מהן. לדוגמא: **פס"ד דיזינגוף** (מסעדה צמחונית- דבקות בהוראות ראש העיר שלא לפתוח עוד מסעדות)- ביהמ"ש הסכים כי לרשות מתחם סבירות רחב אך במקרה דנן ניתן לחרוג ממנו.
2. **חיסכון**- הנחיה מנהלית מונעת בזבזנות שכן נקבע קו מנחה ואין צורך להשקיע משאבים בבירור הסיטואציה כל פעם מחדש (יעיל יותר לקבוע מדיניות פעם אחת).
3. **מניעת שחיתות**- הכרעה על פי שיקול דעת שרירותי (שאינו מונחה) מהווה כר פורה לשחיתות. יתרון זה רלוונטי במיוחד להחלטות הנוגעות לחלוקת כספים.

סטייה מהנחיה מנהלית:

בעת סטייה מהנחיה מנהלית, יש לספק הסבר סביר ובמידה ולא יינתן, ביהמ"ש יתערב. במקביל, אם מתקיימות נסיבות המצדיקות סטייה מההנחיה ולא נעשה כן, ביהמ"ש יתערב.

**פס"ד בארי** (סגירת בית הספר)- ככלל, ככל שמדובר בסטייה קלה מההנחיה, ביהמ"ש לא ימצא צורך להתערב. במקרה זה גודל בית הספר סטה במעט מהנחיות חוזר מנכ"ל משרד החינוך ואף על פי כן הותירו את סגירתו כי זה היה הדבר היעיל.

**פס"ד החשב הכלל**  (עמותה שניסתה להגיש בקשה לתקציב)- לכאורה זה לא נכון לתת רק להם להגיש באיחור אבל הייתה הצדקה כי הרשות תרמה לאיחור (קבעה מפגש לאחר המועד האחרון). לעיתים החריגה מההנחיות תהיה הכרחית לשמירה על השוויון המנהלי.

**לסיכום**, כאשר עוסקים בהנחיות מנהליות יש לקיים דיון כפול:

1. בדיקת חוקיות ההנחיות עצמן ע"פ כללי המשפט המנהלי (רטרואקטיביות, הפעלת שיקול דעת ועוד).
2. בחינת אופן הפעלת שיקול הדעת ע"פ ההנחיה- ברירת המחדל🡨 פעולה בהתאם להנחיה, אם כי כאמור מתאפשרת סטייה.

**הסתמכות**: בעת קבלת ההחלטה המחילה מדיניות חדשה השאלה הבסיסית היא כמה תשפיע –

1. שוויוניות- לכאורה פגיעה בשוויון המנהלי כי אתמול הוחלה הנחיה מסוימת והיום על אותו אדם תוחל אחרת.
2. הסתמכות- אנשים מסתמכים על הבירור שעושים ומתכננים את חייהם בהתאם.
* להסתמכות ערך ציבורי- חשוב שתהיה יכולת הסתמכות כדי לפעול בצורה יציבה ויעילה
* לא שוויוני- אם לא נכבד את ההסתמכות האנשים שהסתמכו ישלמו את המחיר בשביל כולם
* זכויות אדם- היכולת להסתמך היא חלק מכבוד האדם ומהווה מעין קניין – בעלת ערך.

**מנגד**- האינטרס הציבורי שולל סופיות כדי לקבל בכל זמן את ההחלטה הטובה ביותר לציבור.

**תיקון החלטות וביטולן**

ס' 15 לחוק הפרשנות מקנה סמכות לביטול/שינוי/תיקון/התליה של החלטה מנהלית (תקנה/הוראה מנהלית) באותה הדרך שבה נתקבלה. לכאורה מסדיר אך לא ברור אם כאשר מתקנים יש לשחזר את הליך ההחלטה המקורי. **התפיסה המקובלת** היא שכל עוד אין הנחיות ספציפיות לשינוי או ביטול מספיק להפעיל שיקול דעת ולא לשחזר את כל ההליך.

הסעיף לא עוסק ב**שיקול דעת** כלל ולכן פותחו לכך כללים מיוחדים. **פס"ד שללם** (חידוש רישיון נשק בצל גילוי של עבר פלילי)- בהחלטה המקורית יש שיקול דעת יותר רחב אך בהחלטה לבטל/לתקן/לשנות השק"ד יותר מצומצם כי מתווסף שיקול ההסתמכות על ההחלטה המקורית.

מתי מבטלים/ לא מאריכים למרות שישנה הסתמכות?

* **הטעיה**- למשל שהאדם קיבל רישיון כתוצאה מהטעיה הרשות רשאית ואף חייבת לבטל את ההחלטה.
* **טעות של הרשות עצמה**- יש צורך בטעות משמעותית עם השלכות רציניות לגבי האינטרס הציבורי. **פס"ד שנקרקו** (ביטול האישור של לימודי הרפואה בחו"ל)- הסתבר שההכשרה שעברה לא עמדה בסטנדרטים של מד"י ולכן ביטלו כי יש פגיעה בבריאות הציבור.
* **עובדות חדשות**- עובדות שלא יכלה הרשות לדעת עליהן מראש.
* **שינוי מדיוניות הרשות**- הרשות יכולה לשנות מדיניות בחופשיות לגבי העתיד.
* **הפעלה מחדש של שק"ד**- ראוי שתהיה סיבה למרות שבדותן לא הייתה.

**פס"ד קרינסקי** (הארכת רישיון לנשק אחר בשל גניבה)- ראו את העניין כהוצאה של רישיון חדש (שמקנה יותר שק"ד) ולכן לא מתחשבים בהסתמכות. נקבע כי עילת הסבירות גוברת, הרשות לא חרגה מהנוהל כך שביהמ"ש סוטה מפסק דין שללם. כי בשונה מששללם שבו הייתה סיבה- העבר הפלילי, פה מדובר בדבר שאינו באשמתו ולכן ההבחנה בעייתית אך ביהמ"ש פשוט הסתפק בסבירות למרות שלא נראה שהתקיימו אחת מהסיבות המוצדקות.

**פס"ד דותן** (הגשת כתב אישום ע"י הפרקליטות בניגוד להחלטת המשטרה שלא להעמיד לדין)- נקבע כי אפילו מדרג היררכי בין גופי תביעה יכול להוות שיקול שנמצא במתחם הסבירות ולכן ההחלטה היא תקינה.

* *ביקורת* *המרצה*: היררכיה לבדה אינה יכולה להיות עילה לשינוי החלטה, אם לא התקיימו אחד מעילות הביטול (אי ניקיון כפיים, טעות, שינוי מדיניות).

**הבטחות שלטוניות**

במשפט המנהלי כעיקרון הבטחה שרשות מנהלית נותנת יכולה להיות נורמה משפטית מחייבת כשלעצמה. **בפס"ד סאי-טקס** קבע ***ברנזון*** שהבטחה מנהלית היא מחייבת אולם כיום השימוש בהכרה זו הצטמצם אך ההלכה עדיין קיימת ויש לה רציונליים.

הצדקות להכרה בהבטחה מנהלי חד צדדית כמחייבת- מרשויות ציבוריות נדרשת **הגינות** מיוחדת, הדבר יתרום **לאמון** **הציבור** וכאשר ישנה **הסתמכות** מוצדק וסביר שתהיה מחייבת.

שיקולי נגד שגרמו לצמצום בפרוש ההלכה של ברנזון- חוסר הרצון **לכבול את שק"ד של הרשות** ע"י הבטחת עבר, חשש **לניצול לרעה** של ההבטחה ע"י מקורבים לשלטון (הבטחה זה משהו קל לתת) וחשש **למנהל לא תקין** כי כאשר רשות עושה חוזה מדובר בדבר מסודר לעומת הבטחה בלבד.

הפסיקה פירשה את ההבטחה השלטונית בהתקיימם של **6 תנאים מצטברים** (כך שההלכה חלה במקרים חריגים בלבד):

1. ההבטחה ניתנת במסגרת **סמכות**.
2. **כוונת המבטיח** לתת תוקף משפטי להבטחה.
3. **הנבטח רואה בהבטחה כמחייבת** (בעלת תוקף משפטי).
4. על ההבטחה להיות **ברורה ומפורשת.**
5. ההבטחה **בת ביצוע.**
6. **אין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה**.
* *לדעת המרצה*: בית המשפט בכוונה עיקר את ההלכה משום שרצה למנוע דווקנות בהבטחות שניתנות כלאחר יד.

הבעיה שנוצרה: ביהמ"ש במקום לשנות או לבטל את ההחלטה בעניין הבטחה מנהלית, משאיר אותה על כנה ולא מיישם אותה כך שנוצר עיקרון הפוך לזה שעמד בבסיס פסיקתו של ברנזון- שהרשות מחויבת להחלטותיה ומתנהלת בהוגנות כלפי הציבור הרחב. גם כאשר מתקיימים התנאים עדיין הרשות יכולה להגיע למסקנה שקיום ההבטחה יפגע באינטרס הציבורי ולכן יכולה לשקול במתחם הסבירות אם לבטל/לשנות את החלטה. אם עושה זאת מוטל עליה **פיצוי** **השתחררות** אך לא בהכרח תחויב לשלם אותו.

**פרשת מתווה הגז**-הבעייתיות בהסכם הייתה פסקת היציבות אשר לא רק הייתה הבטחה מנהלית, אלא אף עלתה כדי כבילת שיקול הדעת של הרשות. הרציונל בכך הוא שחובותיה של הרשות הן קוגנטיות והיא אינה יכולה לבטל כליל את שיקול דעתה העתידי. בפסק הדין נחלקו דעותיהם של השופטים כך שבעוד שהשופט סולברג סבור היה כי די בביטול פסקת ההגבלה כי כפופה גם היא לכללי שיקול הדעת ולכן צריכה לעמוד הלכת ההשתחררות ואם הדבר יוסדר בחוק דווקא תהיה יותר כבולה, שופטי הרוב בראשות השופט רובינשטיין ביטלו את המתווה כולו משום שלתפיסת המדינה מדובר היה במקשה אחת.הבעייתיות בפסקה נבעה מחריגה מסמכות, כבילת הכנסת, אופן הכבילה שדורש מחיר כבד אם סוטים מהפסקה ועצם העובדה שסעיף כזה לא היה מתקבל בחוזה.

**השתק רשות**

הגדרה: הרשות מנועה מלטעון טענה (אפילו טענה נכונה) כאשר צד כלשהו הסתמך על מצג שווא שלה בתום לב **ושינה את מצבו לרעה**.

השתק .Vs הבטחה מנהלית:

1. הסתמכות- כאשר מדובר **בהבטחה**, יש צורך שתינתן מכוח **סמכות**, אך אין צורך להוכיח **הסתמכות/שינוי לרעה** בעוד **שבהשתק** אין צורך שההחלטה תיעשה מכוח סמכות, אך יש צורך **בהסתמכות** ו**בשינוי מצב לרעה**.
**בפס"ד עבאדה**- נקבע כי על ההסתמכות להיות **סבירה (**אובייקטיבית**) ובתום** **לב (**סובייקטיבי**)**.
2. פגם בהתנהלות הרשות- תנאי להשתק הוא פגם בהתנהלות הרשות (הציגה מצג לא נכון)

הבעיה בהשתק- ישנו חשש שהשתקת רשויות תאפשר הפרה של נורמות המשפט המנהלי (גם אם ישנה הסתמכות עדיין יש קושי בכך שרשות חורגת מהחוק). זוהי גם הסיבה שלא משתמשים בדוק' הרבה וקובעים הסדרים אחרים כמו עקרון תו"ל.

הצדקות להשתק (**בפס"ד עבאדה**)-

1. **חובת ההגינות מוגברת**- הדרישה להגינות גבוה יותר מרשויות לכן אין לתת לרשות להתכחש למצג שווא שהציגה
2. **שוויון** בין הרשויות לפרט- כשם שרשות יכולה להשתיק פרט, כך פרט יכול להשתיק רשות.
3. **המשקל** המיוחד למצג השלטון- מתבקש שלמצג של השלטון יהיה משקל מיוחד מאשר מצג של אנשים פרטיים
4. **פיזור הנזק**- אם יש שינוי מצב לרעה זה יתחלק לכל הציבור. ללא השתק כל הנטל ייפול על זה שהסתמך.
5. **שיקול נוסף (לא מהפס"ד)** השתק ספציפי וברור יותר מתו"ל הנתון לשיקול דעת שיפוטי.

הפתרון- **איזון**: מצד אחד מידת הפגיעה בתקנת הציבור (האינטרס הציבורי) אם תתקבל טענת ההשתק ומצד שני הנזק (השינוי לרעה) לאדם הפרטי שהסתמך בתום לב. לעיתים אם הפגיעה בפרט לא חמורה יתנו סעד אחר (לא הכל או כלום).

**שופטי ביהמ"ש אינם אוהבים את הלכת עבאדה ותורת ההשתק- נוקשה מידי ולכן מאזנים בדרכים אחרות לפי בחינת הנסיבות ושק"ד. ביהמ"ש למשל מעדיף את תו"ל כי הוא יותר גמיש ונותן מרחב פעולה להגיע לתוצאה הרצויה.**

**פס"ד בית הרכב** (חוזה דמי שכירות בין חברה פרטית לעירייה שלא קיים את דרישות פקודת העירייה)- פסק הדין ממחיש את העובדה שביהמ"ש לא אוהב את תורת ההשתק. בעניין זה נקבע כי על ביהמ"ש לבחור בפתרון אשר ראוי בנסיבות העניין, שוב שימוש בסבירות וכוח לביהמ"ש.

**חוזים והסכמים של גופים ציבוריים**

חוזה מנהלי הוא בעייתי שכן מחד, משמעותו כבילת שיקול הדעת של הרשות, ומאידך, מדובר בפעולה הנצרכת עבור הציבור.

**שאלות מקדמיות**

* **כוונה-** הכוונה אינה ברורה מאליו כמו במשפט הפרטי כי יכול להיות שמדובר בהסכם ג'נטלמני (ללא כוונה לתת תוקף משפטי) ולכן בהסכמים ציבוריים יש לבחון את הכוונה והסכמה למתן תוקף משפטי.
* בעבר הייתה הבחנה בין חוזים מסחריים, עליהם יחולו דיני החוזים, לבין חוזים להפעלת סמכות שלטונית כגון הענקת רישיון בהם לא ניתן להתקשר בחוזה. כיום לא קיימת הפרדה בין סוגי החוזים לא תמיד ניתן להבחין בין מה שקשור לשלטון לבין דבר עסקי, בפרקטיקה מה שהמדינה עושה הוא תמיד לצרכי הציבור.

**מה הדין החל?** דיני חוזים/ דין מנהלי? לכאורה צריך לחול דין מיוחד של הסכמים ציבוריים אך טרם פותחו ולכן בפועל קשה לדעת מה להחיל שמדובר על תחום שמשלב את השניים כמו הסכם פוליטי.

**מהם הסעדים?** בחוק החוזים יש סעדים מדויקים (כשחוזה לא חוקי הוא מבוטל לפי ס' 31 לחוה"ח) אך במשפט המנהלי הולכים לפי הלכת הבטלות היחסית לפיה יש לביהמ"ש שיקול דעת רחב בשאלה אם לבטל את ההחלטה בצורה מוחלטת/ חלקית ואם/ איזה סעד לתת.

חוזה מסחרי שלא קשור לסמכות שלטונית מיוחדת

**הלכת ההשתחררות**- רשות מנהלית רשאית להשתחרר מחוזה/ הבטחה מנהלית אם קיים צורך ציבורי וזה לא יחשב הפרה. כלל שחל על כל הסכם שבו רשות ציבורית היא צד בו (לא ברור אם חל על רשויות דו מהותיות). מדובר באפשרות רחבה להשתחרר מחוזה אך על הרשות לשקול מצד אחד את חובת ההגינות והשלטון ומנגד שיקולים ציבוריים. יש להניח שגם שוקלת את העובדה שיכולת ההשתחררות באה לידי ביטוי במחיר החוזי (אדם פרטי מאזן במחיר את הפער ביחסי הכוחות שהמדינה יכולה להשתחרר והוא לא). כדי להשתחרר יש להתחשב בכללי שיקול הדעת בעיקר **מתחם הסבירות.** ככלל הרשות צריכה לשלם **פיצויים** אך בפועל הפסיקה לא תמיד מחייבת (מדובר בפיצויים משיעור נמוך מאשר בהפרה כי אלו פיצויים על הסתמכות).

**מכרזים**

מקור נורמטיבי: דיני המכרזים פותחו במשפט המקובל ולימים הוסדרו בחקיקה, אם כי גם היום רוב ההלכות הנוגעות למכרזים מפוזרות בפסיקה ובתקנות. כלל כיום ההתקשרות בחוזים מנהליים טעונה מכרז.

הגדרה: מכרז הינו תחרות מאורגנת, כאשר בהתבסס על כללים מסוימים על פיה ייבחר המתקשר/ההצעה.

סוגי מכרזים:

1. **מכרז פומבי** (ברירת המחדל)- הרשות מפרסמת את דרישותיה, וכל הרואה עצמו ניצע רלוונטי יכול לשלוח את הצעתו כך שבסוף תיבחר ההצעה הטובה ביותר.
2. **מכרז סגור**-לרשות תהיה רשימה של מספר ניצעים רלוונטיים ממנה תבחר, כאשר מדובר במצב בו צפוי מספר רב של הצעות פוטנציאליות. אם המכרז פתוח לכולם הסיכוי יורד ולא כולם ישקיעו במשאבים הרלוונטיים להכנת הצעה.
3. **מעין מכרז**-במצב דברים זה, תנהל הרשות מו"מ במקביל לקבלת ההצעות השונות כאשר מדובר במצב בו הנושא הוא מורכב או ייחודי כך שלא ניתן להגיד מי הגורמים המתאימים.

הרציונליים לדיני מכרזים:

1. **עיקרון השוויון**- חוזה מנהלי הוא מעין הטבה שניתנת ע"י המדינה ולכן ראוי לחלק אותה באופן שוויוני.
2. **שמירה על טוהר המידות**- דיני המכרזים מונעים מראש שחיתויות ומוודאים כי קבלת ההצעה תהיה לטובת הציבור.
3. **יעילות**- תחרות תביא בהכרח למצב בו כל מציע יציע מלכתחילה את ההצעה הטובה ביותר שיוכל להרשות לעצמו להציע.
* *לדעת המרצה*: אם עקרון היעילות היה נכון ומשמעותי כל-כך, הוא היה רווח גם בסקטור הפרטי.

התנגשות בין רציונליים- שוויון .Vs יעילות:

ככלל, **השוויון יגבר**. אם החוזה הוא היעיל ביותר אך יש סטייה בנוגע לשוויון ולטוהר המידות- החוזה יתבטל.

**שלבי המכרז:**

1. קביעת תנאים, כולל תנאי סף.
2. פרסום וקביעת דדליין לקבלת הצעות. (יש כמובן כללים בתקנות לפרסום)
3. בדיקת עמידה בתנאי הסף.
4. שיקולים בהכרעה במכרז (ללא אמות מידה מיוחדות): ועדת המכרזים תבחר לפי המחיר האטרקטיבי ביותר אלא אם החליטה שלא לעשות כן מסיבה מיוחדת שתנומק ולאחר שנתנה לבעל המכרז את ההזדמנות לטעון לפניה.
5. הרשות יכולה לקבוע במכרז אמות מדינה מיוחדות- מחיר, איכות, אמינות, ניסיון, המלצות, התנהלות לעובדים...

ועדת המכרזים תכלול במסמכי המכרז את פירוט **כל אמות המדיה, מבחני המשנה והמשקל היחסי** שיינתן לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לקבלת המכרז. גם כאן יש שיקול דעת לחרוג אך יש צורך בסיבה מיוחדת לכך.

קריטריונים להכרעת המכרז:

ככלל, הקריטריונים להכרעה במכרז יכולים להיות מגוונים, אם כי קיים קריטריון אחד אשר חובה לציינו והוא **המחיר**. מעבר לכך, ניתן לראות בחוק קריטריונים שונים כמו העדפת נשים, תוצרת הארץ.. בהן באופן מלאכותי מורידים את המחיר ב20% וכך נותנים יתרון מדויק וקבוע.

חשוב: יש לזכור שהמחיר מהווה קריטריון אחד מיני רבים, ולכן ייתכן כי בקריטריון המחיר המוצר מתוצרת הארץ ייגבר, אך בכל זאת נבחר במוצר אחר כיוון שמצטיין ביתר הקריטריונים.

פטור ממכרז: הגיוני שיהיה ניתן לחרוג אך יש מאות תקנות פטור וחלקן מאוד ספציפיות. קטגוריות פטור כלליות:

1. הגבלה לסכום התקשרות ללא מכרז עד סכום מסוים
2. אם צריך כדי למנוע נזק ניתן להתחיל ביצוע תוך זמן קצר
3. התקשרות שנסיבותיה המיוחדות מצדיקות עשייתה ללא מכרז- עמום ולא ברור
4. יש רק ספק יחיד שניתן להתקשר איתו

**רגולציה**

רגולציה (אסדרה) היא פיקוח שלטוני על פעילות כך שבמקום שהשלטון יבצע את הפעילות הוא זה שמפקח על פעילות של אחר. לרוב מדובר בפיקוח של פעילות פרטנית אך לעיתים גם מדובר ברשות שלטונית שמפקחת על פעילות שלטונית של אחרת (כמו שרים שמפקחים על רשויות מקומיות).

"**המדינה הרגולטורית**"- הפחתה של מעורבות המדינה בייצור והספקה מתוך התפיסה שיעיל יותר שמדינה תיעזר בציבור ובשוק הקיים מאשר שתיצור בעצמה כל דבר. המדינה נשארת בתמונה בתפקיד המפקחת כדי להבטיח קיומן של מטרות חברתיות. כך מתבטא תהליך של **הפרטה** (יותר דברים מתבצעים בצורה פרטית ולא ציבורית) **וגלובליזציה** (לעיתים המדינה נעזרת בגורמים בינלאומיים). אולם יש מקרים של דווקא הגברת מעורבות בחברה כמו בפיקוח על זכויות אנשים בעלי מוגבלויות למען קיום מטרה חברתית.

כיום הרגולציה היא בעיקר תפקידם של גופים עצמאיים שההתערבות בפעולותיהם מוגבלת מאחר והם אלו שמומחים במקצוע ואינם מושפעים משיקולים פוליטיים או מחילופי שלטון (יציבים). לגופים אלו **שילוב** **סמכויות- חקיקה, פיקוח אכיפה ושפיטה מנהלית**. יש להם מעין מחלקת משטרה שמקיימת חקירות, שימועים, שיפוטים מסוימים ואף סנקציות.

**רגולציה רכה**- הכוונה לפעולות מסוימות לא על ידי חיובים אלא תמריצים כלכליים או בקשה שאינה אכיפה (יעיל ברוב המקרים כי רוצים לשמור על יחסים טובים מול הרגולטור). יש גם מקרים רבים של קיום הסכמים רגולטורים עם הרגולטור עצמו. מצד אחד טוב כי מבטיח ציות אך יכול לגרום להטיות.

טענות דר' רויטמן:

1. יש בעיה ברגולציה כי לא יודעים תמיד מה **העלויות** וזה יכול לבוא על חשבון האזרחים
2. לטענתו בהקשר של רגולציה צריך לאמץ גישה מתמרצת (מתירנית) יותר **בביקורת שיפוטית** כי מדובר בפעילות שעוזרת לפרטים מול תאגידים גדולים ולכן יש לתמרץ אותה. **מנגד**, גישה מצמצמת אומרת שלרשויות פרטיות אין אחריות ציבורית כמו לשלטון ולכן יש צורך ביותר הקפדה על הביקורת השיפוטית כדי למנוע ניצול של הכוח הרב שבידיהם.
3. **עקרון חוקיות חדש**- אם הרגולציה היא לקידום אינטרס לגיטימי (כמו ז"א) והפגיעה לא חמורה נפרש בהרחבה את הסמכות של הרשות לפגוע. אף מוסיף שהחוק בכוונה לא נותן סמכויות מפורשות כי מושפע מתאגידים רבי כוח ולכן ביהמ"ש צריך לתת אותן. **ביקורת** זה עקרון שבא להגן לא רק על זכויות חלשים אלא מבטא את התפיסה הדמוק'. האמרה על השפעת הכנסת מרחיקת לכת ותגרום לעקיפת הרשות.
4. **הלכת מיכלין**-כלל רצוי ברגולציה (שסמכות הגופים הפרטיים לא תושפע מגופים פוליטיים). **ביקורת** שזה לא דמוקרטי להתעלם מעמדות נבחרי הציבור
5. **תשתית עובדתית**- יש להקל בדרישה לתשתית עובדתית בהחלטות מנהליות באשר לרגולציה כי השוק משתנה מהר והשגת המידע מהגופים הפרטיים תיקח זמן ומאמץ רב (אפילו מציע פיילוט רגולטורי כלומר תקופת ניסיון לכלל כדי לראות אם מתאים- בעייתי כי לא פועלים מתוך עובדות אלא על ניסיון אך בפועל קורה לפעמים). **ביקורת** למרות הנימוקים עדיין יש קושי בכך שהשלטון יקבל החלטות שלא מבוססות על עובדות בעיקר כאשר מדובר בפעילות שלטונית הפוגעת בזכויות.

**פס"ד זילגמן**(פרשנות של חוזי ביטוח)- דנו בשאלה מהו המשקל שעל ביהמ"ש לתת כאשר מפרש הנחיה מנהלית לפירוש של הרשות המאסדרת? מדובר בד"נ כאשר בדיון הראשון קבעו שיש חזקה שמאמצים את פירוש הרגולטור אלא במקרים חריגים. בד"נ:

**השופטת וילנר (מיעוט**)-כאשר עמדת הרגולטור משקפת את כוונת יוצר הנורמה, סבירה, אפשרית (עולה בקנה עם הלשון), נובעת מהמומחיות בתחום ונוצר מנהג להסתמך עליה נאמץ את פרשנותו אך נסטה ממנה אם נגועה בפגם כמו נ"ע או שיקולים זרים.- חזקה שהפרשנות הנכונה היא של הרגולטור. **ברק ארז (רוב)-** ביהמ"ש הוא הפרשן המוסמך גם להנחיות והסדרים רגולטורים ובמקרים המתאימים יתן משקל לפרשנות של הרגולטור להנחיותיו אך הפרשן המוסמך לפסוק הוא ביהמ"ש.
**שבי רגולטורי**- חשש שדעת הרגולטור לא אובייקטיבית אלא מוטת מהרצון לשמור על המוניטין שלו/ לשמור על יחסים עם הגופים המפוקחים כי אולי בעתיד יחליף מקצוע/ לדאוג לגופים הגדולים בשוק/ לחוקק מראש בעמימות כדי שיוכל לפרש בהתאם לנסיבות. בעוד השופט וילנר לא נותן משקל רב לחשש משבי רגולטורי עקב חזקת התקינות (מניחים שהרשות פועלת באופן תקין כל עוד לא הוכח אחרת) ברק ארז אומרת שבתחום הפרשנות שהוא תפקיד ביהמ"ש יש מקום להתחשב בשבי רגולטורי ולכן לא לתת יתרון לדעת הרגולטור.

**תוצאות ההפרה של כללי המשפט המנהלי ותרופות בשל הפרתם**

ההפרדה בין הדין המהותי לבין התרופה מקורה בכך שלפעמים, עצם ההפרה משנה את מאזן השיקולים ולכן נדרשת התייחסות נפרדת. לעומת כל הדינים האחרים בהם יש חלק נפרד בחוק העוסק בתוצאות וסעדים של הפרה (למשל ס' 30 ו31 בחוק החוזים), במשפט המנהלי אלה הם יצירי הפסיקה (המשפט המקובל).

**בטלות**

1. **הגישה בעבר**:
* פעולה שנעשתה ללא סמכות- נחשבה בטלה רטרואקטיבית, וניתן היה להעלות את הטענה בתקיפה ישירה (עותר לבג"צ ישירות כנגד ההחלטה המנהלית) או בתקיפה עקיפה (מתלונן על ההחלטה המנהלית במסגרת הליך אחר- לדוגמא מועמדת לדין בפלילים בגלל חריגה מסמכות ותוקף את ההחלטה המנהלית). לביהמ"ש אין שיקול דעת בבטלות.
* פעולה שנעשתה בסמכות אך דבק בה פגם (נפסדות)- ההחלטה ניתנת לביטול לפי שיקול דעתו של ביהמ"ש אך לא בטלה מעיקרה (כל עוד לא הוחלט אחרת היא לא בטלה), וניתן לתקוף בתקיפה ישירה בלבד.

ההבדלים הם בהעלאת הטענה בתקיפה ישירה/ עקיפה, שיקול הדעת השיפוטי שמוקנה ומימד הזמן.

* בעיות בגישה זו:
1. **קושי בסיווג**- קשה מאוד לעמוד על ההבדל בין ההחלטה שנעשתה בחוסר סמכות לבין החלטה שדבק בה פגם אחר.
2. **אין חומרה גדולה יותר דווקא לפגם בסמכות**- העובדה שההחלטה בסמכות/ אינה בסמכות לא בהכרח מעידה על חומרת הפגם. לדוגמא, גורם מוסמך שקיבל שוחד או לחלופין שר ששכח לחתום על האצלת סמכות.
3. **תוצאה נוקשה שאינה מתחשבת במורכבות השיקולים**- אין שק"ד במקרים של בטלות.
4. **"** **בטלות" ו-"נפסדות" אינן מצבי טבע**- אלא המצאות של ביהמ"ש שאין להן תכלית הגיונית.
5. **בקיעים לשינוי**
* **פס"ד דרעי** (ניכוי שליש וביצוע עבירה בסמוך לסיום התקופה)- ביטול השחרור מוקדם מהכלא ללא זכות טיעון. על אף שההחלטה התקבלה בחוסר סמכות, ***שופט היחיד (כהן)*** קבע כי לא היה למשוחרר מה לטעון ולכן ההחלטה לא בטלה. קבע כי **"הבטלות היא יחסית"** ובמקרה דנן אין משמעות להפרה ולכן יש מקום לדחות את העתירה. **שופטי הרוב** ביססו את ההכרעה על עיקרון הצורך.
1. **ריכוך הגישה-** הבטלות גמישה
* **פס"ד שפירא** ***ברק***- קובע כי בטלות היא מושג יחסי שיש לעצב ביחס לצורך.
1. **ההלכה כיום**
* **פס"ד גיספן** ***זמיר***- קבע את גישת הבטלות היחסית לפיה ביהמ"ש ישקול בכל מקרה לגופו את השיקולים הרלוונטיים ויחליט על התוצאה. המבחן לגבי הפגם הוא מבחן מהותי, ואין קשר בין שאלת הבטלות לצורת התקיפה- ישירה/עקיפה, ולשאלת הרטרואקטיביות.שק"ד הוא לגבי מועד הבטלות, אפשרות דיון בתקיפה עקיפה, אם בכלל לתת סעד כאשר מבטלים או במתן התראת בטלות (פעם הבאה נבטל).

קשיים בגישת הבטלות היחסית:

1. **אין באמת יחסיות** אלא גמישות מוחלטת בלתי מוגבלת לביהמ"ש
2. **חוסר וודאות משפטית**- הכל נתון לשיקול דעת בית המשפט מה שכאמור מונע הכוונת התנהגות.
3. **פגיעה בשלטון החוק**-הרשות עושה משהו בלתי חוקי ולא בטוח שתשלם על זה- גם אם יתבטל לא תמיד ידרשו סעד
4. **תמריץ להפרה**- ניתן להפר מבלי שיהיו השלכות חריפות מדי.
5. **ביהמ"ש עשוי אף להימנע מלבטל החלטה בלתי חוקית**- גם כאשר הרשות טוענת שהיא בלתי חוקית.

התראת בטלות-בימ"ש יכול להודיע שפעולה מנהלית מסוימת איננה חוקית אך הוא משהה את התערבותו ונותן לרשות אפשרות לתקן את פעולתה תוך אזהרה שאם לא תעשה כן, הוא יבטל את הפעולה.

התחשבות בצדדים שלישיים- **פס"ד עיריית בת ים**- מינוי של ממלא מקום ראש העיר לפני הבחירות. ביהמ"ש קבע שהחלטות העירייה אכן בטלות אך בכל אשר נוגע לצדדים שלישיים יש מקום להורות על בטלות יחסית ולא מוחלטת כי אחרת יוטלו עלויות רבות על הציבור (כי כל החלטה של העירייה בתקופה הזו תבוטל ותצטרך להתבצע מחדש)- הפגיעה בציבור היא גם שיקול.

**פיצויים**

**ההכרה בפיצויים**

* לפי ס' 15(ד)(2) לחוק בתי המשפט, במשך תקופה ארוכה הסעד שניתן ע"י בג"ץ היה אכיפה ע"י צווים.
* המהפכה: פס"ד בינוי ופיתוח *ברנזון-* השופט קבע שסמכות בג"ץ בס' 15 היא לתת סעד עבור הצדק ולכן אין זה משנה האם יהיה צו או לחלופין פיצוי (הס' לא קובע הסדר שלילי לגבי פיצוי).
* חידוד ההלכה: פס"ד מיגדה *ברק*- סמכות בג"ץ לפסוק סעדים באה גם מס' 15(ג) וס'75 לחוק בתי משפט, הפיצויים תלויים בקיומה של עילה (דין מהותי שלא מסביר מהו) ושק"ד ביהמ"ש.
* עילת הפיצויים הוסדרה בפס"ד חברת החשמל- אדם שהיה צריך לזכות במכרז שניתן לאחר. חשין-הקונסטרוקציה הרלוונטית היא "הלך הסעד אחרי הדין" כך שכל עוד אין אפשרות אחרת למתן זכות שמגיעה לאדם מותר לפסוק כל סעד אשר יחזיר את המצב לקדמותו. כך שגובה הפיצויים צריך להיות בסכום שהיה צריך לקבל אם הרשות פעלה באופן חוקי.
* הסתייגות בפס"ד רשות הנמלים בייניש- האפשרות לפיצוי תלויה בכך שקודם ביקשו אכיפה/ מניעה והפיצוי יינתן באומדן כללי ולא מדויק. יישום ההסתייגות בא לידי ביטוי בפס"ד קסם מילניום בו נאמר שבתחום המנהלי לא ניתן פיצוי אם יש אפשרות לאכיפה.

רשות מינהלית עשויה להיות מחויבת בתשלום פיצויי אומדן במקרים של **הפרת חובה** שמקורה במשפט המינהלי (כולל הבטחה מינהלית) ובמקרים של **השתחררות מחוזה**. הטעמים הם מגבלות הליכי השפיטה בעניינים מינהליים, שאינם מאפשרים תחשיב מדויק של נזקים, והצורך לא להטיל על רשויות מינהלית פיצויים בסכומים גבוהים שיפגעו בציבור.

**סמכויות השיפוט בעניינים של משפט מנהלי**

סמכות בג"ץ מעוגנת בחו"י השפיטה ב **ס' 15(ג)** עוסק בשתי דרישות מרכזיות על מנת שבג"צ ידון במקרה:

1. **כאשר נדרש סעד למען הצדק** -עמום ונותן לביהמ"ש לעשות מה שרוצה.
2. **מקרים שאינם בסמכותו של בימ"ש אחר**- נראה שזו סמכות שיורית. אין רמז לעניינים מנהליים וחוקתיים שבפועל גם לבתי משפט מחוזיים יש סמכות שיורית.

**תנאים לא ברורים שלא משקפים את הפרקטיקה.**

התנאים בפועל מהפסיקה והמשפט המקובל:

1. **המשיבים-** המשיבים המרכזיים יהיו המדינה/ רשויותיה/ רשויות אחרות שפועלות מכוח חוק.
2. **תחום-** חייב להיות משפט מנהלי או חוקתי.

חריג- ס' 15(ד) מקנה סמכות דיון במקרים שלא ניתן לערער עליהם בבית דין אחר באופן מידי (אז ידון מעבר למנהלי או חוקתי). לדג' **בפס"ד אייזנברג –** בג"ץ החליט כי לאור החשיבות בדיון אם ניתן למנות אדם שהודה בעבירות חמורות למשרד ממשלתי ידון בעתירה.

**סמכות מקבילה**- מקרים בהם יש חוקים שמסמיכים בתי דין אחרים לדון בעניין שגם בג"ץ יכול לדון בהם אך מאחר וסמכות בג"ץ באה מחו"י הוא יכול להחליט מתי הוא ידון ומתי הם. למשל למחוזי יש גם סמכות לדון בעניינים מנהליים.

בג"ץ הוא ציר ייחודי בסמכותו כי ניתן לערער ישירות- ירושה מימי המנדט בו הרציונל היה לדון בהחלטות רק מול שופטים אנגליים. יש לעניין יתרונות כי מעמדו של העליון נותן לו את הביטחון לעמוד מול שרים וגורמים גבוהים אחרים וכן מדובר בהליך מהיר יותר אולם יש גם כמה חסרונות:

1. אין זכות **ערעור**
2. **קושי בהוכחות עובדות**- זהו בית משפט עמוס שתפקידו לא לבסס עובדות (אין יכולת לעדין/ חקירות נגדיות..) ולכן יש קושי להוכיח שרשות פעלה לא כשורה.
3. **אי התאמה של הליכים לעליון**- כל מקרה קטן שאינו בסמכות של אף בית משפט ספציפי מגיע לבג"ץ
4. **אין נגישות**- כל עתירה היא בעצם צו על תנאי וזה לא נורמלי שצריך לבקש אישור לתביעה
5. **שק"ד רחב אם לדון בעתירה**- יש המון עילות סף ומכשולים שאין בבתי משפט אחרים

לאור כל אלו נהג בג"ץ "להעביר" הרבה מהתיקים לבתי משפט אחרים כאשר היה מימד דו מהותי מסוים (נגעו לעניינים אחרים כמו חוזים/ מכרזים..) וכך להקל על העומס שלו. אך בשנת 2000 הדבר הוסדר בחוק וחוקק חוק בתי משפט לעניינים מנהליים- מחלקה בכל בית משפט מחוזי שמורכבת משופטים מחוזיים שמנוסים בנושא המנהלי כאשר תקופת כהונתם היא 4 שנים אלא אם רוצים להמשיך.

**סמכות בתי המשפט המנהליים**

מדובר בסמכות לדון בעניינים קבועים וספציפיים המפורטים ב5 תוספות בחוק הנוגעים לסכסוכים שבין אדם לרשויות המדינה/רשות מקומית וגופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים בהקשר להחלטותיהם.

בנוסף דן גם ב:

* ערעורים על החלטות בנושאי משפט מנהלי של בתי משפט שלום/ אחרים.
* תובענות לפיצויים בדיני מכרזים
* תובענת ייצוגיות נגד רשויות
* עתירות נגד החלטות שונות של רשויות בשטחי יהודה ושומרון (עדכון די חדש).

**שינוי הסמכויות**- בכדי לשנות את התוספות (לגרוע מהסמכויות) אין צורך בהליך חקיקה רגיל אלא יכול שר המשפטים לעשות זאת בעזרת הסכמת נשיא העליון ואישור ועדת החוקה של הכנסת.

**האם ענה לחסרונות של פעם?** מצד אחד יש אפשרות לערעור על החלטותיו לעליון והעומס ירד אך גם בו סדרי הדין של שק"ד ודיני ראיות הם כמו בג"ץ מלבד דברים בודדים (למשל זכות ערעור) ולכן רבים מהחסרונות נשארו.

**העברה לבג"ץ**- כאשר לעתירה חשיבות רגישות או דחיפות מיוחדת יש סמכות העברה לבג"ץ (גם אם בית המשפט עצמו רוצה להעביר) אחרת ניתן לנסות.

האם עדיין יכול בג"ץ להעביר לבית משפט אזרחי דברים שלא בסמכות בית משפט לעניינים מנהליים בקיומם של אלמנטים דו מהותיים כמו בעבר? לפי פרוקצ'יה בפס"ד צ'רני עדיין קיימת הסמכות אך בג"ץ ישתמש בה רק במקרים נדירים- בפועל לא קרה עדיין.