

[דף סיכום בחינה](#)**מזהה בחינה: 001000252318 מזהה סטודנט: 209061****שם קורס: משפט מינהלי**

מספר שאלה	ציון מירבי	ציון שאלה סופי	שאלת בונוס
1	15.00	15.00	0
2	20.00	20.00	0
3	25.00	25.00	0
4	15.00	14.00	0
5	15.00	15.00	0
6	10.00	10.00	0
7	1.00		1

ציון בחינה סופי : 99.00**הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

אוניברסיטת בר-אילן - הפקולטה למשפטים

משפט מינהלי - סמסטר א תשפ"א - 99-625-01

שאלון לבחינה - מועד א

16:00 - 3.2.2021

הוראות לנבחנים

1. משך הבחינה - שעתיים.
2. הבחינה ב"חומר סגור". אין להשתמש בכל חומר עזר.
3. יש להשיב על כל השאלות.
4. מספר המילים המרבית המומלץ מצוין בכל שאלה. מותר לחרוג ממספר המילים המומלץ.
5. אין חובה לציין שמות של פסקי-דין, שופטים, וכו'.
6. נא לנמק את התשובות, ולציין את כל אפשרויות התשובה המעוגנות בחומר הלימוד, כולל דעות מיעוט, השקפות בחיבורים אקדמיים ודעת המרצה.
7. טיוטה: עומדות לרשותכם שתי אפשרויות לכתיבת טיוטה:

- אפשר לכתוב טיוטה במקום המיועד לתשובה (המקום המיועד לתשובה לא הוגבל). לאחר גיבוש התשובה אפשר למחוק את הטיוטה, או לציין "טיוטה לא לבדיקה".
- לאחר השאלות מסומנת "שאלת בונוס". זו אינה שאלה אמיתית, ומטרתה היא לאפשר כתיבת טיוטה. לאחר גיבוש התשובות אפשר, אך אין חובה, למחוק את הטיוטה. בכל מקרה הטיוטה לא תיקרא על-ידי הבודק.

בהצלחה

שאלה מס' 1 15% -

מהם ההבדלים בין הדינים החלים על תקנות בנות פועל תחיקתי לדינים החלים על הנחיות מינהליות? מספר מילים מרבי מומלץ לתשובה - 80.

תשובה:

[1] פרסום- לגבי תקנות בנות פעל תחיקתי: החובה לפרסמן מוסדרת בס' 17 לפקודת הפרשנות. הסעיף קובע כי שומה לפרסם כל תקנה בת פעל תחיקתי ברשומות. לעומת זאת, ההסדר לגבי פרסום הנחיות מנהליות מצוי בס' 6 לחוק חופש המידע. הס' קובע כי יש לפרסם הנחיות מנהליות אך לא קובע באיזה אופן. כלומר, צריך לפרסם אך אין חובה לפרסם ברשומות (לרוב הנחיות מפורסמות באתר האינטרנט של הרשות). כמו כן, יש הנחיות מנהליות הפטורות מפרסום (הנחיות שאינן מגעות לציבור/ כאשר יש חשש לביטחון הציבור או הדינה/ כאשר זה עלול לשבש את פעילות הרשות וכו'). לעומת זאת, ישנה חובה לפרסם כל תקנה בת פעל תחיקתי שהיא.

[2] סמכות- על מנת להתקין תקנות בנות פעל תחיקתי נדרשת הסמכה בחוק. על מנת להוציא הנחיות מנהליות אין דרישה לסמכות קונקרטית ובכל פעם שלרשות מסוימת יש סמכות של שיקול דעת, היא רשאית להוציא לעצמה הנחיות מנהליות.

[3] מידת החובה (שיקול דעת)- לגבי הנחיות מנהליות אין חובה לפעול לפיהן ויש שיקול דעת. ההנחיות המנהליות הן ברירת המחדל אך יש לבחון בכל מקרה האם ישנה הצדקה לסטות מן ההנחיות. לעומת זאת, תקנות בנות פעל תחיקתי ככלל, הן מחייבות.

שאלה מס' 2 20% -

באילו מקרים מותר לרשות מינהלית לפעול כשהיא במצב של ניגוד עניינים? מספר מילים מרבי מומלץ לתשובה - 150.

תשובה:

[1] כאשר יש חוק חוקתי המתיר לפעול במצב של ניגוד עניינים. (חוק חוקתי ספציפי גובר- הרי כללי הצדק הטבעיים הם משפט מקובל).

[2] צורך- כאשר אין ברירה, ועל מנת שהרשות תוכל לפעול היא חייבת להיות בניגוד עניינים. כלומר, ללא ניגוד עניינים היא לא תוכל להפעיל את סמכותה. למשל, בתקופת הקורונה הממשלה נאלצה לדון בשאלה האם לאסור קיום הפגנות כנגדה. מדובר במצב של ניגוד עניינים אך הממשלה היא המוסמכת לעשות זאת כך שאין ברירה אלא לאפשר לה לפעול במצב של ניגוד עניינים. (הרציונל הוא שכללי הצדק הטבעי נועדו להבטיח הליך ראוי אך לא מנוע כל יכול לבצע הליך ולהפעיל סמכות מנהלית).

[3] כאשר אין חשש שניגוד העניינים ישפיע על ההחלטה- בפועל, כמעט ואין מצב שלא יהיה בו ניגוד עניינים. קיומו של ניגוד העניינים זו שאלה שבעובדה. יישום דקדקני של האיסור יכול להקשות עד אפשרות להפעיל סמכויות שונות. לפיכך, השאלה היא מהי מידת עוצמתו של ניגוד העניינים. כאשר מדובר בניגוד עניינים פרטי (כלומר, אינטרס פרטי או אישי) יש לבחון האם יש חשש סביר שניגוד העניינים ישפיע על ההחלטה. כאשר מדובר בניגוד עניינים מוסדי (כלומר, ניגוד עניינים מעצם תפקיד ציבורי) יש לבחון האם ישנה אפשרות ממשית שניגוד העניינים ישפיע על קבלת ההחלטה.

שאלה מס' 3 25% -

מהי הרלבנטיות המעשית של סיווג החלטה מינהלית כחקיקתית, כשיפוטית או כביצועית? נא לציין את כל הדוגמאות שנלמדו. **מספר מילים מרבי מומלץ לתשובה - 200.**

תשובה:

6 נפקויות:

[1] **נטילת סמכות**- לפי ס' 34 לח"י הממשלה, השר רשאי ליטול סמכות מעובד ציבור (אם השר הוא אחראי על יישום החוק). השר יכול ליטול סמכויות חקיקתיות או ביצועיות אך הוא אינו יכול ליטול לעצמו סמכויות שיפוטיות. הרציונל: למנוע פגיעה באי התלות השיפוטית. כמו כן, בדרך כלל מי שבעל סמכות שיפוטית הוא בעל ידע משפטי.

[2] **פרסום**- לגבי כל ההחלטות חקיקתיות יש חובת פרסום (כלומר- חובה לפרסם תקנות). כאשר מדובר בתקנה בת פעל תחיקתי (רוב התקנות) יש חובה לפרסם ברשומות (לפי ס' 17 לפקודת הפרשנות). הרציונל: לרוב מדובר בציבור בלתי מסוים שקשה להגיע אליו באופן אישי. לגבי החלטות שיפוטיות- אין חובה לפרסם כאשר ניתן ליידע את הנוגעים לדבר (גם כאשר מפרסמים אין חובה לפרסם ברשומות). לגבי החלטות ביצועיות- אם מדובר בהחלטות אינדיבידואליות ניתן ליידע את הנוגעים לדבר ואין חובת פרסום. אם מדובר בהחלטות כלליות צריך לפרסם אך אין חובה לפרסום ברשומות.

[3] **אצילת סמכות**- לפי ס' 33 לח"י הממשלה, שר יכול לאצול לעובד ציבור סמכויות שיפוטיות או ביצועיות אך הוא אינו יכול לאצול סמכויות חקיקתיות. הרציונל: הכנסת היא בעלת הסמכות החקיקתית והיא אצלה סמכות זו לשר. לכן, אם יאצול סמכות זו לעובד ציבור זו תהא אצילה כפולה אסורה.

[4] **סופיות ההחלטה (יכולת לשנות)**- ככלל, החלטות שיפוטיות הן הכי סופיות. מטרת ההחלטות השיפוטיות היא להכריע בסכסוך באופן סופי. לפיכך, ככלל, אין אפשרות לשנות את ההחלטה לאחר כל הערעורים בערכאות השונות (קושי מסוים עם הפסיקה: בפס"ד חוטר ישי נקבע כי ההחלטה של התביעה אם לפתוח תיק או לא היא החלטה שיפוטית. בפס"ד דותן- נאמר כי ניתן לחזור מההחלטה אם לפתוח תיק או לא. יחד עם זאת, בפס"ד דותן היה היבט נוסף של היררכיה. החלטות חקיקתיות- לעולם אין סופיות. כלומר, יש יכולת יותר רחבה לשנותן. הרציונל: הכרה במציאות ובצורך לשנות מדיניות בהתאם לנסיבות. הרשות צריכה להפעיל את סמכותה בכל פעם בהתאם לנסיבות המשתנות. לגבי החלטות ביצועיות- יש משקל מסוים לאינטרס ההסתמכות. כאשר יש פגיעה באינטרס של הפרט, ניתן לשנות אם יש נסיבות המצדיקות זאת. (רציונלים המצדיקים שינוי החלטה: טעות/ הטעיה/ ראיות חדשות/ שינוי נסיבות/ שינוי מדיניות וכו').

[5] **זכות טיעון**- בהחלטות שיפוטיות- תמיד ניתנת זכות טיעון. הרי משמעות הסמכות השיפוטית היא הכרעה בסכסוך לאחר שמיעת הצדדים. לגבי סמכות חקיקתית- אין זכות טיעון. הרציונל הוא שהחלטות חקיקתיות יש השפעה על הרבה אנשים ולא ניתן בכל פעם לשמוע את כולם. לא ניתן יהיה להפעיל את הסמכות (לפי המרצה: ניתן וראוי במקרים מסוימים להזמין ולשמוע מספר אנשים המייצגים קבוצות מסוימות שיושפעו מההחלטה). לגבי סמכויות ביצועיות- אם מדובר בהחלטה אינדיבידואלית המשנה את מצבו או פוגעת באינטרס אישי ממשי של פרט מסוים יש זכות טיעון. אם

זו החלטה ביצועית כללית, אין זכות טיעון.

[6] **חסינות מתביעות לשון הרע**-לגבי החלטות שיפוטיות יש חסינות. לגבי החלטות ביצועיות וחקיקתיות אין חסינות מפני תביעות של לשון הרע.

שאלה מס' 4 15% -

לפי מאמרו של ד"ר יובל רויטמן, "המשפט המינהלי בעידן המכתב הרגולטורית" - באילו הקשרים וכיצד מן הראוי להתאים את המשפט המינהלי הכללי לסמכויות אסדרה (רגולציה)? מספר מילים מרבי מומלץ לתשובה - 120.

תשובה:

עקרון החוקיות - לפי המשפט המינהלי על מנת שרשות תוכל לפעול, נדרשת לכך הסמכה מפורשת בחוק. ביהמ"ש נוקט בגישה יותר מחמירה וקפדנית כאשר מדובר בסמכות שעלולה לפגוע בזכויות הפרט. לפי רוטימן, לגבי סמכויות רגולטוריות אין לבחון בדקדקנות ויש לנקוט בגישה גמישה בשאלת ההסמכה. כמו כן, הוא מציין כי ביהמ"ש נוטה להיות דקדקן כאשר סמכות הרגולטור עלולה לפגוע בזכויות של הגוף המפוקח. לגישתו, מצב זה יוצר כוח יתר של הגופים הפרטיים המפוקחים שלרוב זה מגזר עסקי חזק. לגישתו, יש להבחין בין פגיעה בזכויות של הפרט לפגיעה בזכויות של הגופים המפוקחים. הרי למעשה בפעולת הפיקוח, הרגולטור שומר ומנסה להגן על זכויות וחירויות הפרט ה"חלש" אל מול כוחו של המגזר העסקי ה"חזק".

דרישת התשתית העובדתית הנאותה - רויטמן מציין כי המשפט המינהלי דורש שהחלטה של רשות מנהלית תתבסס על תשתית עובדתית נאותה, מלאה, ברורה ומשכנעת. לגישתו של רויטמן, לגבי החלטות רגולטוריות, יש מקום להקל בדרישת התשתית העובדתית ממספר טעמים (המידע בפועל הוא אצל הגופים המפוקחים, זה עלול לסכל או לעכב קבלת החלטות מסוימות, חוסר ודאות וכו'). הוא מציין כי אמנם אין לאפשר קבלת החלטות באופן שרירותי אך יש להקל עם הדרישה.

עקרון עצמאות שיקול הדעת - עקרון זה נקבע בהלכת מיכלין. עקרון זה קובע כי על הרשות המוסמכת להפעיל את שיקול דעתה בעת הפעלת סמכותה ולמעשה אוסר על ציות להנחיות של גורם ממונה שהוא איננו הגורם המוסמך. רויטמן מציין כי ביהמ"ש אינו מקפיד על הלכת מיכלין כי אינו מסכים איתה. בפועל, הרשויות עוקפות את ההלכה הדורשת שיקול דעת עצמאי לבעל הסמכות, וביהמ"ש "עוצם עין" ומאפשר זאת (ע"י "התייעצות" או נטילת סמכות). לגישתו של רויטמן, המציאות המוסדית כיום, בה יש גופים רגולטוריים עצמאיים מחייבת עמידה על עקרון עצמאות שיקול הדעת שנקבע בהלכת מיכלין. לסברתו, על הרגולטור להיות בעל שיקול דעת עצמאי ולא להישמע להוראות והנחיות השר. לפיכך הוא גורס שיש לעמוד ולפתח את עקרון עצמאות שיקול הדעת בכלים משפטיים שונים.

+14

(4)

* **ביקורת שיפוטית** - רויטמן מציין כי כאשר מדובר באכיפת חסר של הרגולטור (יישום חסר של הסמכות לאכוף) ביהמ"ש לרוב מעדיף שלא להתערב משום שישנם שיקולים של תקצוב ותעדוף. לעומת זאת, כאשר מדובר באכיפת יתר ע"י הרגולטור, ביהמ"ש נוטה יותר להתערב מתוך חשש לפגיעה בזכויות. לגישתו של רויטמן אין להבחין בין המקרים וחשוב שביהמ"ש יזהיזד על ביקורת שיפוטית גם במקרים של אכיפת חסר. כמו כן, הוא מציין כי אמת המידה של ביהמ"ש לביצוע ביקורת שיפוטית במקרים של אכיפת חסר היא: כאשר הרשות הרגולטורית נמנעת כליל מלהפעיל את סמכות האכיפה או שהיא נמנעת באופן בלתי סביר. מדובר בעניינים אחרים שונים. כמו כן, שימוש בסבירות האכיפה גורר עימו עמימות רבה. בנוסף לכל, לא ברור מהו "גדר" האכיפה הנבחן (האם החוק כולו? האם הסדר ספציפי? האם מס' הסדרים?). רויטמן מציין כאמור כי יש לפתח את אמת המידה באופן ברור וכי יש לבצע ביקורת שיפוטית גם במקרים של אכיפת חסר. (וכאמור,

להבחין בין פגיעה בזכויות המפוקחים לזכויות הפרט).

שאלה מס' 5 - 15%

מהם ההבדלים בין הפרת חוזה על-ידי רשות מינהלית לבין השתחררות של רשות מינהלית מחוזה? מספר מילים מרבי מומלץ לתשובה - 80.

תשובה:

השתחררות מחוזה של רשות מנהלית איננה הפרת חוזה. הרשות המנהלית רשאית להשתחרר מחוזה מבלי שהדבר יהווה הפרה. השתחררות של רשות מנהלית מחוזה הינה פעולה חוקית ולגיטימית (אם היא עומדת בתנאים) בעוד שהפרת חוזה מהווה פעולה בלתי חוקית. קרי, הפרה של נורמה משפטית.

בעת ההשתחררות מהחוזה, על הרשות לשקול ולאזן בין ארון הציבור וההסתמכות של הצד השני לבין האינטרס הציבורי. הרשות המינהלית יכולה להשתחרר מחוזה אם קיים אינטרס ציבורי חזק (אינטרס ציבורי/ שינוי מדיניות/ שינוי מהותי בנסיבות/ חוזה ארוך טווח (פס"ד חברת החשמל)/ חוזה בלתי חוקי (פס"ד חברת החשמל- לפי המרצה: עילה שמעלה קושי משום שחוסר חוקיות לא אמור להיות עילה להשתחררות אלא חוזה בלתי חוקי אמור להיות בטל מעיקרו בשל אי החוקיות הנגוע בו). כאשר ישנה ביקורת שיפוטית על השתחררות מחוזה של רשות מנהלית, ביהמ"ש בוחן זאת לפי כללי שיקול הדעת. כאמור, השתחררות מחוזה איננה הפרה של החוזה ולכן **אין סעד והרשות איננה חייבת בפיצויים בגין ההשתחררות** (לפעמים ביהמ"ש מחייב מתן פיצויים אך לא מדובר בפיצויי הסתמכות או פיצויי קיום. קרי, אלו לא פיצויים בגין ההפרה- לא ברור באילו מקרים, מה הסכום ומה הסיבה לכך). לעומת זאת, לגבי הפרת חוזה, מדובר בהפרה של נורמה משפטית מחייבת וביהמ"ש יחייב את הרשות במתן סעד. הסעד יכול להיות **פיצויים** אך גם יכול להיות צו עשה המחייב אכיפה. הכל תלוי בנסיבות (לדוגמה- בפסה"ד בו חברת דרוקר הייתה אמורה לזכות במכרז- נקבע כי המכרז שהרשות הוציאה הוא מעין חוזה שהיא חייבת לפעול לפיו. משום שלא עשתה כן, ובחרה בחברה שלא הייתה אמורה לזכות במכרז, היא הפרה את החוזה. במקרה זה כבר החלו לבצע את עבודת המכרז ולכן לא ניתן היה לתת סעד של צו עשה (אכיפה). לכן, השופט חשין אמר שיש לתת פיצויים שהם "תחליף" לאכיפת החוזה עצמו).

באופן טבעי כאשר מדובר בביקורת שיפוטית על הפרת חוזה ביהמ"ש לא בוחן את ההפרה לפי כללי שיקול הדעת. הרשות הפרה חובה משפטית וביהמ"ש בוחן מהו הסעד הראוי.

כמו כן, השתחררות מחוזה זה הסדר ייחודי במשפט המינהלי הנוגע לרשות המנהלית (רק הרשות המנהלית יכולה להשתחרר מהחוזה. הצד השני לא יכול להשתחרר והוא כפוף לדיני החוזים של המשפט הפרטי). לעומת זאת, הפרת חוזה איננה ייחודית למשפט המנהלי וקיימת בכל חוזה. לפיכך, גם הצד השני יכול להפר את החוזה.

שאלה מס' 6 10%-

לפי אילו שיקולים מפעיל בית-המשפט את שיקול-דעתו אם לדחות עתירה בשל שיהוי? מספר מילים מומלץ לתשובה - 100.

תשובה:

ככלל, ישנן תקנות בתי משפט מנהליים הקובעות מהו הזמן בו יש להגיש עתירה מנהלית. לפי תקנה 3(א) אם זה קבוע בחוק, אז יש להגיש עתירה לפי הזמן הקבוע בחוק הקונקרטי. לפי תקנה 3(ב) יש להגיש עתירה מנהלית תוך 45 יום מעת הידיעה על ההחלטה של הרשות. בסופו של דבר גם אם לא עומדים בדרישות, לביהמ"ש יש שיקול דעת האם לאפשר את קבלת העתירה או לדחותה על הסף בשל שיהוי. בהפעלת שיקול דעתו הוא מתייחס לשלושה שיקולים:

[1] **שיהוי סובייקטיבי**- האם היה טעם מוצדק שבגינו העותרים הקונקרטיים השתהו בהגשת העתירה. בוחנים את המקרה לגופו ובודקים מדוע העותרים השתהו והאם היה לכך טעם מוצדק. יוער כי ישנו קושי משום שאין הגדרה ל"השתהות" (האם שבוע? חודש? חצי שנה?). בנוסף, לפי פס"ד גבעת שמואל, חילופי דברים עם הרשות אינם מצדיקים שיהוי. אמנם ניתן ומוטב לנסות ללבן את הדברים קודם מול הרשות, אך מרגע שניתנה תשובה סופית, פגת חוזרות ונשנות אין מצדיקות שיהוי בהגשת העתירה.

[2] **שיהוי אובייקטיבי**- האם בשל השיהוי יפגעו צדדים שלישיים? האם יש השפעות לשיהוי? האם הרשות החלה לפעול בצורה מסוימת? אם יש השפעה על צדדים שלישיים וכבר ננקטו פעולות מסוימות מצד הרשות או מצד צדדים שלישיים, ביהמ"ש ייטה לדחות את העתירה על הסף (לדוגמה: פס"ד גבעת שמואל- ההורים השתהו בהגשת העתירה, ילדי העיר כבר שובצו לגנים השונים, העירייה פעלה בהתאם).

[3] **שלטון החוק**- אף אם היה שיהוי אובייקטיבי או סובייקטיבי או שניהם יחד, ביהמ"ש יבחן אם יש מדובר במקרה בו ישנה פגיעה בשלטון החוק או אם נושא העתירה והאינטרס הציבורי מצדיקים דיון בעתירה לגופה, וזאת על אף ולמרות השיהוי.

שאלה מס' 7 (1 נק' - שאלת בונוס)

לרשותכם מקום לכתיבת טיוטה. חלק זה לא ייבדק.

תשובה: