**הרשות המבצעת הלכה למעשה**

**מבוא**

לימודי המשפטים מתמקדים בעיקר בחוקים אותם קבעה הרשות המחוקקת ובפסקי הדין של הרשות השופטת. ואולם, הרשות שהינה בעלת ההשפעה העיקרית על חיי היום יום של האזרח היא הרשות המבצעת. כשחיים את היומיום גם בתור אזרחים וגם בתור עורכי דין, הרשות העיקרית שניתקל בה היא הרשות המבצעת. לא רק שהרשות המבצעת מוציאה לפועל את החוקים והמדיניות של הרשות המחוקקת- את רוח החוקים, היא בעצם מנהלת את היומיום שלנו. למשל- רישיון נהיגה, הוצאת דרכון, עסקה ואישור ברשות התחרות וכו. בקורס הזה ננסה להסביר איך הרשות המבצעת עובדת וגם לתת כלים שיקלו להתמודד עם הרשות המבצעת בתור עורכי דין.

**עיקרון הפרדת הרשויות**

עיקרון הפרדת הרשויות, שהגה מונטסקייה, מדבר על שלוש רשויות: מחוקקת, מבצעת, שופטת. בית המשפט ציין את מטרת עיקרון הפרדת הרשויות בבג"ץ ועדת המעקב לענייני ערבים- ביזור כוחות השלטון בין גופים שונים, ומניעת ריכוז כוחות ביד אחת. הניסיון הוכיח שבמקום שמופקדות כל הסמכויות החקיקה והביצוע בידי גורם אחד, לא יהיו חירות וזכויות אדם, והעריצות תמשול. הפרדת הרשויות מבסס את העיקרון של איזון ומניעת ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד - משולש שאמור לעשות איזון בין סמכויות השלטון- מתוך ההבנה שכוח אבסולוטי הוא כוח משחית. למשל עקרון הפרדת הרשויות משתף ברשות השופטת בביצורה כרשות עצמאית שיכולה לקבל החלטות בצורה שמנותקת מהשפעות ואינטרסים.

מטרות ההפרדה

* מניעת ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד- כל רשות מופקדת על סמכויות אחרות.
* יצירת פיקוח על רשויות השלטון- כל רשות מפקחת על אחרת ויכולה להגביל את פעילותה, על מנת למנוע פגיעה בזכויות אדם ואזרח, וידוא שהרשות עובדת כחוק וביעילות
* הפרדת הרשות השופטת מיתר הרשויות- כדי שהרשות השופטת תוכל לשפוט לפי חוק, צדק ומוסר, ללא מעורבות של רשויות אחרות ותלות בהן.

הפרדה רשויות, האומנם?

אחד מתפקידיה המשמעותיים של הכנסת זה פיקוח וביקורת על הממשלה. אך למרות עצמאות הרשות המחוקקת, הממשלה כרשות מבצעת יכולה להשפיע על החקיקה. כך שלמרות שיש לכאורה הפרדת רשויות בישראל יש מקום מסוים שההפרדה לא עובדת- והוא סמכויות החקיקה. כך למשל הסכמים קואליציוניים, או ועדת שרים לענייני חקיקה- מביאים כל חוק בין אם הוא ממשלתי או בא מהכנסת, קובעים מהי עמדת הממשלה לגביו. עמדת הממשלה שוועדת השרים קובעת, מחייבת את כל הקואליציה. בשורה התחתונה היא שהממשלה שהיא הרשות המבצעת גם קובעת לחברי הכנסת מה הם יצביעו יש פה סוג של טשטוש בין הרשות המבצעת למחוקקת. בשאלה עד כמה הממשלה מתערבת בחקיקה, בית המשפט כמעט אך פעם לא התערב בסוגיה הזאת. עקרון הפרדת הרשויות הרי שוועדת השרים לענייני חקיקה, מחייבת את כל מפלגות בקואליציה להחליט על פי ועדת שרים מה שמוביל למצב שהממשלה קובעת את דעת הכנסת, ולמרות העיוות בית המשפט לא מתערב. אלא הוא מתערב במקרים חריגים שנוגעים רק לפגם שנפל בהליך החקיקתי.

לדוג'- בג"ץ קוונטינסקי- למרות שהממשלה קידמה את חוק מס על דירה 3 שחוקקה הכנסת, למעשה היא לא אפשרה לכנסת לקיים דיונים לגביו. כך שהעילה שכנגד החוק לא עסקה דווקא בתוכן החוק אלא בהליכי החקיקה. סולברג- הרשות המחוקקת אינה חותמת גומי לרשות המבצעת. בית המשפט אומר כי גם כשהיו הרבה מקרים שהליך החקיקה לא היה תקין בית המשפט לא התערב, כך היה בשל רעיון האיזון בין הרשויות. בדיוק זה מה שיצר בקרב הממשלה את התחושה שהכל אפשרי ואין מי שיגביל. בפס"ד ביהמ"ש מדגיש כי הרשות המחוקקת לא עובדת כחותמת גומי של הרשות המבצעת. הממשלה הרחיקה לכת ועברה את הגבול, ואכן נקבע שהממשלה לא מפקחת על הכנסת אלא שהכנסת מפקחת על הממשלה. השפעת פס"ד ניכרת, כי נגמרו הזמנים שבהם יושבי ראש הועדות היו רצים על הצעת החוק כדי לסיים את הדיון כמה שיותר מהר, כשהיום, אחרי פס"ד הם בהחלט נותנים את לחברי הכנסת את הזמן הדרוש כדי לעבור על כלל הסוגיות והקשיים שמעוררת הצעת החוק. זו דוגמא לכך שעיקרון הפרדת הרשויות בישומה בשטח, זה לא דבר שהוא כל כך דיכוטומי אלא הדברים מתערבבים אחד בשני ומחלישים את ההפרדה.

**הרשות המבצעת- המסגרת הנורמטיבית**

1. חוק יסוד: הממשלה- העיקרי לסמכויות הממשלה בשעת חירום.
2. חוק הממשלה- חלק מהכלים וההנחיות הממשלה.
3. תקנון עבודת הממשלה- כל ממשלה קובעת לעצמה את כללי המשחק, פעילות הוועדות וכו.

**סמכויות הממשלה**

1. קביעת מדיניות וקבלת החלטות
2. התקנת תקנות ומתן צווים– "שר הממונה על ביצועו של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו".
3. התקנת תקנות לשעת חירום – חוק יסוד הממשלה ס' 39, תקנות שעת חירום.
4. סמכות שיורית של הממשלה- סעיף 32 לחו"י הממשלה- כל מה שאין סמכות מפורשת בחוק אחר, לממשלה יש סמכות שיורית לקבוע אותו. כלומר כל סמכות שלא מחזיק בה מישהו ספציפי, בכל דבר שאין חקיקה ספציפית למתן סמכות לאיזשהו שר או גורם אחר, אז הסמכות מופקדת בידי הממשלה.

מדוע נדרש חוקים אם לממשלה יש סמכויות רחבות? ועד כמה הסמכות יכולה להגיע? האם הממשלה יכולה החלטות משמעותיות? בשביל לענות על שאלות אלה, יש להפריד בין הסדר ראשוני למשני- כלומר ההבחנה בין הסדרים ראשוניים והסדרים משניים. הסדר ראשוני בא להגדיר עד כמה הממשלה יכולה לעשות שימוש בסמכות השיורית שלה- לא יכול להיות שמכוח הסמכות השיורית הממשלה תפעל כמחוקק, שתקבל כל החלטה. ולכן בית המשפט קובע הבחנה- יש דברים שאותם אפשר לעשות רק בחוק.

פס"ד הראשון שהתייחס לכך הוא פס"ד ועדת המעקב העליונה- עתירה נ' החלטת הממשלה לקבוע אזורי עדיפות לקבלת הטבות מס. הגורם המוסמך להחליט הוא הכנסת ולא הממשלה. ההחלטה הסתמכה על הסמכות השיורית. ביהמ"ש עליון- בית המשפט אומר שכשהממשלה קבעה אזורי עדיפות, במסגרת הזו היא הפלתה בין אזורים שנים. ולכן בית המשפט קובע כי הסדר ראשוני ניתן לקבוע רק בחקיקה ראשית, כמו החלטה הנ"ל. לפיכך הממשלה לא יכלה לקבוע את אזורי העדיפות, אלא הכנסת צריכה לחוקק את ההחלטה.

פס"ד נוסף ומאוד ידוע מהשנים האחרונות שגם מתייחס להסדרים ראשוניים ומשניים- הוא פס"ד שדן על הסדר הגז. בית המשפט התערב רק בסוגיה אחת- הממשלה התחייבה לשנים מסוימות לא לשנות את ההסכם עם חברות הגז במשך מספר שנים מוגדרות. בית המשפט קובע כי סוג ההתחייבות שהממשלה עשתה, זה סוג התחייבות שרק הכנסת יכולה לעשות, מה שהוביל לפסילת ההתחייבות.

**הסכמים קואליציוניים**

הסכמים קואליציוניים זה אירוע שקורה פעם בארבע שנים ואפילו בשנים האחרונות קורה יותר. הנושא חשוב משום שחוץ מהסכם שלום, ההסכם קואליציוני הוא אחד מההסכמים הכי חשובים שמשפיעים על חיי האזרחים. וזאת משום שהסכמים קואליציוניים קובעים לאן פונה הממשלה- לא רק לאיזה כיוון אידיאולוגי ופוליטי ורפורמות חשובות שהמפלגות ירצו לקדם אלא יש גם בהסכמים אלו משמעויות תקציביות ארוכות טווח. לאור החשיבות שבהסכמים הקואליציוניים, קם הצורך ללמוד את הנושא וזאת כדי להבין איך הממשלה נולדת ומ כוח מה היא פועלת.

דוג' לתחומים שהוקמו בהסכמים קואליציוניים:

* "מעיין החינוך התורני"- הקמת רשת החינוך, עד היום ההחלטה משפיעה על עשרות אלפי תלמידים, שלומדים במסגרת שלא הייתה עפ"י חוק בעת היווסדה ובניגוד לעמדת משרד החינוך אלא רק כפועל של הסכם פוליטי.
* מחיר למשתכן- משפיע על עשרות אלפי מחירי דירות ועל יכולת צעירים לקנות דירה.
* רפורמת כרטיסי האשראי- הוצאת חברות האשראי מהבנקים.

**מסגרת נורמטיבית**

* ס' 1 לחוק יסוד הממשלה- "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".
* ס' 3 לחוק יסוד הממשלה- "הממשלה מכהנת מכח אמון הכנסת."

**תהליך כינון (הרכבת הממשלה)**

* שלב א'- מתקיימות בחירות שקובעות בכמה מושבים בכנסת זכתה כל מפלגה.
* שלב ב'- לאחר פרסום התוצאות, כל סיעה מקיימת פגישה עם נשיא המדינה, בה הסיעה מביעה תמיכה באחד מראשי הסיעות לתפקיד רוה"מ מיועד.
* שלב ג'- הנשיא מטיל על אחד מהח"כים להקים ממשלה. התפקיד מוענק לראש הסיעה בעלת הסיכוי הרב ביותר להרכיב קואליציה.
* שלב ד'- לאחר הרכבת הממשלה, מציג רוה"מ המיועד את הרכב הממשלה במליאת הכנסת. נערכת הצבעת אמון בה נדרש רוב מוחלט של 61 קולות.

**ממשלה קואליציונית**

עד היום לא הייתה מפלגה שזכתה ב61 מנדטים ולכן קם הצורך בהסכמים קואליציוניים שעל פיהם תוקם ממשלה, כשקיבוץ חברי הכנסת ל61 יאפשר את הקמת הממשלה. ההסכמים הקואליציוניים מבטאים את ההסכמה בין השותפות, המדיניות, חלוקת התיקים.

בעוד שבכנסת הראשונה נערך הסכם קואליציוני קצר מאוד באורך של חצי עמוד, שם נקבע הסטטוס קוו על שבת, כשרות, נישואין וכו. ככל שהימים עברו, ההסכמים השתכללו וגדלו מבחינת אורכם ושיעורם.

**מה הסכם קואליציוני כולל?**

1. התחייבות הצדדים להסכם- חלוקת התפקידים בין המפלגות.
2. קווי יסוד של הממשלה העתידה לקום- המדיניות נקבעת לפי כוח כל מפלגה.
3. תקנון עבודת הממשלה.
4. חובות וזכויות של כל סיעה.
5. הסכמת איוש משרות בממשלה.
6. הסכמה על קווי יסוד המדיניות המשותפת- ההסכמים קובעים גם את סדרי העדיפות של הממשלה לטווח הקרוב והרחוק.

הדברים המעניינים באמת בהסכמים קואליציוניים נמצאים בין השורות:

* הסכם קואליציוני הליכוד- ישראל ביתנו; "לבסיס התקציב תינתן תוספת של M10 ."₪ - בהסכם לכינון הממשלה 22, נכתב בסיס התקציב על העלאת מימון מפלגות הליכוד וישראל ביתנו. אך יש לשים לב כי כאשר כותבים "בסיס תקציב" בהסכם המשמעות היא שהסעיף קבוע כמעט לעולם ועד- משום שכאשר מכינים את התקציב הבא, אותו סכום הכסף שנכתב בהסכם מופיע אוטומטית בתקציב ולא צריך לדון בזה פעם נוספת. ולכן ברוב המקרים חברי הממשלה לא יבטלו את הסעיף או ידונו בו.
* כשראש הממשלה אריאל שרון נכנס לנבצרות, החליף אותו אהוד אולמרט למרות שפרס היה השר הבכיר לפי סעיף קטן בהסכם קואליציוני, למרות הסעיף שאומר שפרס יכהן כמשנה לראש הממשלה, אין בסמכויותיו משום פגיעה מסמכויות ממלא מקום ראש הממשלה עפ"י הקבוע בחוק.

**פרסום הסכמים קואליציוניים**

* אלבז- המקרה הראשון היה אלבז ב1964 שם בית המשפט קבע שהוא לא עוסק בנושא של הסכמים קואליציוניים, בעניין הזה.
* יעקב רובין נ' מנחם ברגר- בג"ץ לא התערב בהסכמים הקואליציוניים, אך קבע שראוי וחובה שההסכמים יהיו שקופים ומפורסמים לציבור.

משולם שליט נ' ח"כ פרס- עתירה לפרסום הסכמים קואליציוניים לכינון הממשלה. הרקע לכך הוא התרגיל המסריח היה ניסון להקמת ממשלה ב1990, שם שמעון פרס ניסה להקים ממשלה ולהעביר הסכם עם ש"ס להקמת הממשלה, ברגע האחרון שני חברי כנסת לא הגיעו וזה נפל. הייתה עתירה של ח"כ שליט כנגד פרס- בשאלה האם חלה החובה לפרסם את ההסכמים הקואליציוניים.
בפס"ד ברק מדבר על המקורות מהם נגזרת חובת הגילוי הינם:

* מהות המשטר הדמוקרטי- צורך האזרח לגבש עמדה פוליטית וצורך חברי הכנסת המביעים אמון בממשלה שהורכבה על יסוד הסכמים קואליציוניים.
* אופיו הציבורי של ההסכם- סיעה בכנסת וח"כים הם נבחרי ציבור.
* זכות הציבור לדעת- חובת נושא משרה ציבורית לספק מידע.

בעקבות פס"ד, ב1992 נחקק חוק יסוד: הממשלה החדש, במסגרתו בסעיף 17 הוכנסה חובת פרסום. משנת 2001 חובת הפרסום הסכמים בקשר לכינון הממשלה, מצויה בסעיף 1 לחוק הממשלה.

**שפיטת הסכם קואליציוני- האם ההסכם שפיט?**

בג"ץ ז'רז'בסקי נ' רוה"מ

גם ברק וגם אילון קובעים שהוא שפיט. אלון קבע שפיטות מוגבלת (השפיטות נובעת בכלל מהמשפט העברי ומורשת ישראל), ברק מתייחס לכך שהכל שפיט. רוב פס"ד הוא דיון תיאורטי לגבי נושא השפיטות.

* ברק- ההסכם שפיט.
* אלון- ההסכם שפיט בצורה מוגבלת ביותר. חלקים בו אינם שפיטים, ולכן נבחן רק את אי החוקיות הקיימת בהסכם.

האם הסכם קואליציוני ניתן לאכיפה?

* ברק- התרופה העיקרית תהיה ביטול ההסכם, כשאכיפתו תהיה רק במקרים נדירים ביותר.
* אלון- הסעד שניתן ברב המקרים הוא סעד הצהרתי בלבד, ולא אכיפה. הסעד ההצהרתי יעמיד את הצד השני שנהג לא כראוי לביקורת הציבור.

חשוב להבין כי בית המשפט הוא לא מקום שממנו ניתן לאכוף הסכם קואליציוני- זהו עניין פוליטי התלוי בתלות של חברות הקואליציה אחת בשנייה. לא ניתן לסמוך על כך שהוכנס סעיף שבהסכם שלפיו ניתן לתבוע ולקבל צו מבית המשפט. לכל היותר במקרים חריגים תינתן החלטת ביטול של הסעיף.
בממשלה האחרונה ההסכמים הקואליציוניים היו מאוד חריגים, בשל שלטון חליפים ובעל תוכן פחות קונסטרוקטיבי לגבי פעולות שיעשו אלמלא לתת איזון ולמלא תפקידים ולמצוא את המשותף בין כל השחקנים שבממשלה.

פס"ד וולנר

עתירה שהוגשה נ' הסכם קואליציוני שנחתם בין מפלגת העבודה בראשות רבין לבין ש"ס, בו היה סעיף "אם בג"ץ יקבל החלטות שיפוטיות שיפסלו חקיקה דתית או ישנו את הסטטוס קוו, הצדדים להסכם מתחייבים להתקין חקיקה שתחזיר את המצב לקדמות". פס"ד שמתייחס לסוגיה מה בעצם מנגנונים והסעדים שניתן לעשות ביחס להפעלת הסכם הקואליציוני. הרקע לפס"ד הוא דמיון לפסקת ההתגברות, בהסכם נקבע שאם עולה סוגיה בענייני דת בבית המשפט, הסכם קואליציוני שאומר שבכל מקרה שבית המשפט העליון קובע החלטה מנוגדת לדעתם בנושא דת ומדינה, הממשלה תצטרך לחוקק חוק שמעגן את דעת הנגד לבית המשפט.

1. שמגר- צרך להימנע כמה שיותר מלפגוע באיזון שבין שלוש רשויות השלטון. אומנם הסכם קואליציוני הוא בתחום שיפוטו של בית המשפט אך יש לבטל הסכם רק במידה והוא לוקה בפגמים של שלילת קיום מדינת ישראל, אופייה הדמוקרטי, וכו- למשל מניעת השתתפות בבחירות, כלומר התערבות במקרים נדירים ביותר.
2. גולדברג- יש לשמור על אמון הציבור במערכת המשפט. לא בטוח שההסכם ימומש ברשות המחוקקת. לדעתו יש בהסכם בעייתיות, אך העובדה שהמערכת המשפטית תגן על עצמה ע"י פסילת ההסכם תהווה פגיעה גדולה באמון הציבור. עצם התערבותו של בית המשפט בהסכם קואליציוני, בית המשפט עלול להיראות כמי שחצה את קו אדום, כלומר שבית המשפט בניגוד עניינים- שמי שעוסק בעניינים שלו ופועל לטובתו. יחד עם זאת, אם הוא סבר שההסכם אכן היה יוצא לפועל היה מקבל את העתירה, אך במקרה הזה הוא האמין שחברי הכנסת יתנגדו להצעת החוק. הוא סומך על חברי הכנסת שבמקרים כאלו הם לא ילכו אחרי ההסכם הקואליציוני כמו עיוורים אלא יפעלו לפי שיקול דעתם.
3. חשין- הסכם קואליציוני הוא המשכו של המצע, ואם המצע חוקי הרי שההסכם חוקי. כל דבר שהיה במצע בחירות של אחת המפלגות לא יכול להיות מצב שלא יוכלו להכניס לתוך ההסכם הקואליציוני- מעצם העובדה שאפשרנו להם לרוץ לבחירות עם מצב כזה לא ניתן לבטל את ההסכם הקואליציוני.
4. דעת המיעוט- אור וברק- הסעיף פוגע במעמדה של הרשות השופטת ופוגע בעצמאותה. בנימוק השני שהסעיף פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות- הורס את הגשר שהפרדת הרשויות נשענת עליו. קביעה אפריורית שכל החלטת ביהמ"ש המשנה את סטטוס קוו תבוטל, מהווה פגיעה בתקנת הציבור ובטלה. ברק ואור- סעיף בהסכם הנוגד את "תקנת הציבור החוקתית"- פגיעה במעמד רשות השופטת ובעצמאות השופטים, בטל ומבוטל.

**קווי היסוד של הממשלה**

פעם קווי היסוד היו עמודי התווך, אך עם הזמן הדברים איבדו את חשיבותם. דווקא בממשלה האחרונה, השקיעו בקווי היסוד זמן ודיונים רבים, וזאת משום שהממשלה הנוכחית מורכבת ממגוון המפלגות שעל הרצף הפוליטי, וקווי היסוד חזרו לחשיבותם.

פס"ד שדיבר על קווי היסוד- ב2005 ,כדי להעביר את החלטת הממשלה על ההתנתקות. רוה"מ רצה רוב בוודאות ולכן פיטר 2 שרים. הוגשה עתירה לבג"ץ בטענה שהפיטורים לא עולים בקנה אחד עם קווי היסוד של אותה ממשלה, שדיברה על שמירת גבולות הארץ ואי החזרת שטחים. ביהמ"ש- עד כמה שיש חשיבות לקווי היסוד, אין בהם לכבול את שיקול דעתו של רוה"מ בבואו להחליט בשאלת העברתו של שר מכהונתו. המשמעות העיקרית של קווי היסוד היא בעיקר הצהרתית, כלפי הציבור וכלפי המפלגות אחת לשנייה. לא מוקדש זמן רב לניסוחם, לעומת זמן רב שמוקדש לניסוח הסכמים קואליציוניים

**תקנון עבודת הממשלה**

כביכול עניין טכני, אך בעל משמעויות רבות, הוא קובע איך תעבוד הממשלה, כללי המשחק שלה ואת סדר היום של הממשלה. לדוג'; שרים רוצים להעביר החלטה אך רוה"מ לא יעלה אותה לדיון.

תוכן התקנון:

* סדר היום של ישיבות הממשלה- נושאים לסדר היום, הגשת הצעות, פרסום ברשומות.
* ישיבות הממשלה- ניהול הישיבות, הנושאים לדיון, סדר הדיון.
* ועדות שרים- מזכירות ועדות שרים, השתתפות בהן (הועדה הכי חשובה היא הקבינט הביטחוני, ועדת שרים על פי חוק הכי חשובה).
* נסיעות ח"כים וסגני שרים לחו"ל וקביעת ממלאי מקום.

**מזכירות הממשלה**

המזכירות אחראית לתחומים שונים בעבודתה השוטפת של הממשלה. היא פועלת בהתאם לחוק יסוד: הממשלה ובהתאם לתקנון עבודת הכנסת ובראשה עומד מזכיר הממשלה. התחומים המרכזיים שבהם עוסקת המזכירות הם :

* ישיבות הממשלה- עריכת פרוטוקולים הרשמיים של ישיבות הממשלה וועדות שרים.
* הכנת סדר יום והחומר הנלווה, לרבות חומר רקע, לישיבות הממשלה וועדות שרים.
* עריכת סטנוגרמות של ישבת הממשלה והקבינט, וכן של ועדות שרים אחדות שלא מופצות.

**סמכות הרשות המבצעת**

**מהי הסמכות המנהלית?**

הסמכות המנהלית היא תפקיד ציבורי על פי דין.

הבג"ץ הראשון- בג"צ ניימן משנת 1948, הבהיר שאין סמכות בלא מקור סמכות. אזרח לא חלק מהצבא נתן שירותים בצבא עבר עבירה ורצו להעמיד אותו לבית דין צבאי. עורכי הדין אמרו שהוא לא חלק מהצבא כך שבית דין צבאי לא יכול לשפוט אותו. טענת המדינה- העותר איש בשירות הצבא ולכן כפוף לחוקיה, יש חובה לעקור את העבריינות מהשורש.
ביהמ"ש- עקרון כללי של הוצאה מהשורש של העבריינות, לא יכולה לשמש במקום הוראה חוקית מפורשת בדבר סמכות ביה"ד של הצבא. משמע, נדרשת מקור סמכות לפעולה נ' אזרח. כלומר רק חייל יכול להיתבע בדין צבא. מהרגע שאין מקור סמכות לשפוט הם לא יכולים לשפוט- אין סמכות ללא מקור סמכות.

**מה הסמכויות של המבצעת?**

הסמכות המנהלית כוללת 2 סמכויות:

* סמכות ביצוע- עיקרית לגבי רשויות. מעוגנת בס' 32 לחוק יסוד: הממשלה. הגדרתה שיורית "כל סמכות שאינה חקיקה או סמכות מעין שיפוטית", לכן רוב הסמכויות הן סמכויות ביצוע, לאו דווקא חקיקת משנה. למשל- מתן רישיונות.
* סמכות חקיקתית- סמכות לחוקק חקיקת משנה. כשהרשות המבצעת משמשת גם כמחוקק משנה, כסמכות נגזרת מהוראה מפורשת של הכנסת להתקין תקנות, להוציא הנחיות וצווים.

**(1) הנחיות מנהליות (סמכות ביצוע)**

בין שתי הסמכויות יש דבר נוסף המכונה הנחיות מנהליות- שהן מגוון פעולות/כללים של הרשות המבצעת, וכוללות נושאים- מדיניות, קריטריונים, אמות מידה, דרכי פעולה, הוראות פנימיות, כללים, נהלים. אלה כללים גמישים שרשות מנהלית קובעת לעצמה כדי שידריכו אותה בהפעלת סמכותה. צריך הנחיות מנהליות משום שהן עושות סדר. אי אפשר שכל פקיד ישקול כל מקרה לגופו לפי שיקוליו. ההנחיות מסייעות לאותו הפקיד לגבש מדיניות- לדעת למי לתת ולמי לא ולמנוע החלטות סותרות.

מטרה מבחינת האזרח – לשרת את צרכי המנהל הציבורי ואת טובת האזרח, שיכול לבחון למי נותנים את הרישיון, להתאים עצמו/לא להגיש מראש. מאפשר ניהול של שיקול דעת קיבוצי.

הבחנה בין הנחיות מנהליות לסוגים אחרים של הוראות

הנחיה מנהלית לא מחייבת את הרשות. אלא הרשות חייבת לשקול אותה, אך אם היא בניגוד לחוק/לכללים אחרים או מטופשת היא לא מחייבת. המעמד והמשקל עשויים להשתנות מהנחיה להנחיה, בעיקר לפי מקורה ונושאה. בדר"כ רשאית הרשות המנהלית להתייחס להנחיות כאלה, אם הן עומדות במבחן ההלכות המסדירות את שיקול הדעת המנהלי, כאילו הן עצות. משמע, אם ההנחיות לא לוקות בשיקולים זרים או בפגם אחר, רשאית הרשות להתחשב בהן ולייחס להן משקל ראוי לפי נסיבות העניין.

למה זה חשוב?

1. נותן כלי לעו"ד לבקש את ההנחיות לפיהן שללו בקשה מנהלית כלשהי של לקוח. לרוב לכל החלטה של המנהלית יש הנחיות.
2. לעיתים בייצוג גופים ציבוריים אין חובה חוקית לפעול בדיוק לפי הכללים הללו.

לא פעם הרשויות מתעצלות ומוציאות הנחיות מנהליות, למרות סמכותן להתקין חקיקת משנה. לפי מבקר המדינה, לא פעם הרשויות משתמשות בהנחיות מנהליות במקום התקנת תקנות. דבר זה לא תקין, לעיתים מדובר בפגיעה ממשית ביכולת יישום הוראות החוק, שעלולות להישאר "אות מתה"- יש לחוקק חקיקת משנה ולא עם הנחיה מנהלית.

רשות מוסמכת

יש גופים שיש להם סמכות לקבל החלטות, החוק קובע שהוא אחראי. רשות שהוסמכה עפ"י חוק לבצע פונקציה כללית/ספציפית שבצידה סמכות שבשיקול הדעת, אותה ממלאת הרשות ללא כפיפות להנחיות הממונים עליה בהיררכיה המנהלית. מאפייניה- עצמאות ש"ד, לא אנונימית וכללית.

**(2) חקיקת משנה (סמכות חקיקתית)**

האם חקיקת משנה אינה פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות? מן הראוי שבנושאים כלליים, יהיו הנחיות מנהליות במקום שאין חקיקת משנה. סמכות הרשות המנהלית היא לחוקק הסדר משני ולא ראשוני, כחקיקת הכנסת.

יש עירוב סמכויות בין רשויות- עסקו בזה בפס"ד חטיבת זכויות האדם, בג"צ הפרטת בתי הסוהר. אסרו על ההפרטה כשאמרו שזו הפרה של זכות יסוד של כבוד אדם.

יש זליגות בין הרשויות: לדוגמה כשהמבצעת יכולה לעסוק בהליכים מעין שיפוטיים, או כשהמחוקקת עוסקת בהדחת נשיא. גם חקיקת משנה היא סבירה.

**(3) תקנה בת פועל תחיקתי**

הכלי לחקיקת משנה הוא "תקנה בת פועל תחיקתי"- סעיף 17 לפקודת הפרשנות "תקנות בנות פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תוקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בעניין זה".

הנחיות מנהליות רצוי שיפורסמו אך זו לא חובה, לעומת חקיקת משנה/תקנות בנות פועל תחיקתי חייבות להתפרסם.

סממני תקנה בת פועל תחיקתי

* סממן הנורמטיביות – שינוי המשפט הנוהג, יצירת כלל התנהגות.
* סממן הכלליות – תחולה על ציבור בלתי מסוים של אנשים.

בבג"צ אלכסנדרוביץ (213/56) - מכרו סחורה החייבת במס ללא סימן זיהוי, כשהייתה הוראה למכורה עם בולים. לטענת אלכנדרוביץ'- הוראת הבולים היא תקנה בת פועל תחיקתי, ולכן היה חובה לפרסם אותה. מאחר והיא לא פורסמה היא לא מחייבת. טענת היועמ"ש- גם אם הדבר לא פורסם, אלכסנדרוביץ' ידעו באופן קונקרטי על חובת הבולים. ביהמ"ש- תקנה שאין בה כל נורמה או שיש בה נורמה שלא הופנתה לציבור בעילום שם אלא באורח קונקרטי לאנשים מסוימים הנקראים בשמם, וכל תוקפה מתמצא לגבי אותם אנשים, היא אינה תקנה בת פועל תחיקתי הטעונה רישום. עצם העובדה שהם מכרו סחורה ללא בולים, הרי גם הקונים היו שותפים לעבירה. לא ניתן לקבל זאת, כי לקונים לא הייתה דרך לדעת על חובת הבולים. תקנה בת פועל תחיקתי מחייבת פרסום (ברשומות).

**הכלים להתמודד עם החלטות הרשות המבצעת- זכות הטיעון**

חשוב לזכור את המונח "זכות הטיעון", שהיא נובעת מכללי הצדק הטבעי. כשאנחנו פוגעים או שוללים זכות מאדם יש לו הזכות להישמע. הטעמים לקיום זכות:

1. חובת הגינות- תינתן לאדם הזדמנות לשכנע את הרשות שאין הצדקה לפגוע בו.
2. שכלול ההחלטה המנהלית- כשהרשות שומעת את האדם נשוא ההחלטה, ייתכן וההחלטה תהיה יותר נכונה ומצדקת, ותפגע פחות.
3. הבטחת אמון הציבור- החלטות המתקבלות ללא אפשרות לתת לציבור להשמיע את דבריו, אמונו נפגע.
4. הגבלת הפעילות המנהלית- שההחלטות לא יהיו שרירותיות ויתקבלו משיקולים זרים.

יש החלטות ביצועיות וסמכויות מעין שיפוטיות. יש להבחין ביניהן בנוגע לנושא זכות הטיעון, אך לא קל לאבחן. לא ברור מה הכוונה ב"מעין". אולם הפרופסור מסיק מפסק הדין שסמכות מעין שיפוטית קובעת הכרעה בין שני גורמים. לדוגמה ועדות ערר, מעין ועדות מנהליות, צריכות להכריע בין אזרח שקיבל חיוב במס לבין רשות המיסים שקבעה את המס. שני גופים שיש להכריע ביניהם.

בג"ץ ברמן- העברת שכונת נחלת יצחק מת"א לגבעתיים. ביהמ"ש- לא נתנו לתושבים להציג את עמדתם, לכן בוטלה ההחלטה. "גוף אדמיניסטרטיבי לא מורשה לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכו', אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידית". בפסק דין ברמן אומרים שזה לא מאוד משנה. בין אם כך ובין כך, אם אתה עשוי לפגוע במישהו, בזכויותיו בחירותו וכל פגיעה שהיא, יש להעניק לא את הזכות להישמע.

לכל פגיעה שעשויה להיות, לכל אדם, עומדת לכל אחד זכות הטיעון. לדוגמה היום לכל מקרה פיטורים נדרש שימוע.

**(4) האצלת סמכויות**

ס' 33 לחוק יסוד: הממשלה. האצלת סמכות חייבת להיות לעובד ציבור או משרד ציבורי – מאחר והוא כפוף לכללי המנהל הציבורי. (ס'1 לחוק הפרשנות).

הסמכות המואצלת:

* סמכות הנתונה לו על פי חוק.
* סמכות שהועברה לו לפי 31.
* סמכות שהואצלה לו לפי 33.

נטילת סמכויות, ס' 34:

1. מהות – מדוע לאפשר? כי הממשלה רוצה לוודא שהמדיניות שלה ממומשת.
2. סוגי נטילה – מכוח חוק ספציפי, או על ידי שר. יש תנאים לנטילה על ידי שר, פחות רלוונטי.

**השירות הציבורי**

משרדי הממשלה מורכבים מהדרג הפוליטי והמנהלי. הדרג הפוליטי הוא דרג נבחר, המתמנה לתפקיד מכוח בחירת הציבור כשתפקידו הוא התווית מדיניות וקביעת יעדים שהמשרד צריך לבצע. בניגוד לדרג הפוליטי, הדרג המנהלי מורכב מפקידים ממונים- שלא תלויים בבחירות ולכן הם נהנים מקביעות. הדרג המנהלי אמון על יישום המדיניות שנקבעה על ידי הדרג הפוליטי.

**גישות לאופן מינוי הדרג המקצועי**

1. הגישה אמריקאית- "שיטת השלל", למפלגה הזוכה בבחירות עומדת היכולת להחליף את הדרג המנהלי- הפקידים והפקידות הבכירה, כלומר המפלגה הזוכה בשלטון מזכה את פעיליה במשרות ציבוריות. הרציונל שעומד בבסיס שיטת השלל היא מדובר בזכות של כל אדם להתמודד לבחירות המדינה, והקושי הוא שניתן להחליף כל דרג. בהחלפת השלטון השינוי איננו רק בתפקידים הבכירים בפקידות אלא גם החלפת שגרירים- מקובל שלפחות יש 6,000 פקידים שמתחליפים. כך שבהחלפת הממשל מתחלף מספר משמעותי של עובדי ציבור שלא נהנים מקביעות.
2. גישה בריטית- מדובר בפקידות מקצועית שלא מתחלפת, יש סגל סגור והוא נבחר מקרב הפקידות, העובדים נהנים מקביעות גם בשינוי ובחילופי שלטון. פקידות מקצועית שתפקידה הוא ייעוץ לממשל ויישום מדיניותו באופן ניטרלי פוליטית, לכן קיים קוד החל על כל המינויים למשרות ציבוריות**.** הסדרה הבריטית המוכרת "פריים מיניסטר" מלמדת שמי שמנהל את ענייני המדינה הפועל זו הפקידות הבכירה.

**מה מינוי פוליטי?**

מינוי של אדם למשרה ציבורית שלא היה נעשה אלמלא אותו אדם נחשב לאישיות פוליטית. כלומר זהו מינוי שממנים לא לפי הכישורים אלא הקשרים. ממנים את האדם לתפקיד לא מפני שהוא כשיר לתפקיד אלא מפני שהוא בעל קשרים פוליטיים הנוחים לתפקיד ויש הלימה בין דעותיו הפוליטיות לפוליטיקאי העומד בראשות המשרד. כך שהפוליטיקה הוא הגורם המרכזי למינוי, וכן נגזר מכך שלא האדם המתאים ביותר הוא הזוכה בתפקיד. זוהי אחת מהביקורות המרכזיות כלפי השיטה האמריקאית- שהמינויים שנעשים הם בגלל סיבה פוליטית ולא עניינית- הקשרים והדעות קודמים לכישורים.

הנזק שגורם המינוי הפוליטי

1. פגיעה בעקרון השוויון- במקרה ששניים מתמודדים לתפקיד, למה שהוא ימנה את המקורב לפוליטיקאי כששניהם שווים בכישוריהם?
2. פגיעה באמון הציבור בשירות הציבורי- אם אני בתור אזרחית יודעת שמי שנותן את השירות לא נבחר בגלל כישוריו אלא כי הוא מקושר לגורם פוליטי, האמון שלי במערכת יפגע.
3. פגיעה ברמה המקצועית של עובדי הציבור- לא הטובים ממונים בהכרח.
4. מביא לניפוח המערכת על מנת לקלוט מיועדים ולגרום ליצירת תפקידים חדשים.
5. עלול להסיט את הרשות משיקולים ענייניים לשיקולים זרים.
6. עלול להביא לניגוד עניינים- העובד נאמן לממנה שלו (לפוליטיקאי) ולא לכלל הציבור.
7. עלול להביא להשחתת המוסר הציבורי.
8. עלול לגרום לתחלופה בשירות הציבורי.
9. פגיעה בטוהר המידות.

**הגישה הישראלית**

הגישה בישראל חופפת לגישה הבריטית, אך החפיפה לא מלאה משום שכן יש תפקידים של מינויים פוליטיים ומינויים שלא נבחרו על ידי מכרז- כמו מנכל המשרד.

* 1950- הוקמה מחלקת המנגנון במשרד ראש הממשלה.
* 1954- נציבות שירות המדינה- הנציבות היא הגוף שמנהל את שירות המדינה.
* 1959- חוק שירות המדינה- החוק קובע כי מינויו של אדם לתפקיד בשירות הציבורי הוא לפי מכרז.

לפני שהייתה חקיקה בנושא, הנציבות הייתה גוף שנמצא תחת משרד ראש הממשלה. כבר עם הקמת המדינה, בן גוריון ניסה לחוקק את הצעת החוק שהתייחסה לחוק שירות המדינה ומינויים, אךן לא הצליח להתמודד מול המנגנון שבמשרד ראש הממשלה. ב1959 הוא הצליח לחוקק את החוק.

**מסגרת נורמטיבית**

1. חוק שירות המדינה (מינויים)- המתייחס למינויים ולעובדים בשירות המדינה.
2. חוק החברות הממשלתיות- המתייחס לגבי מינויים בחברות ממשלתיות ותאגידים סטטוטוריים שלהם יש קשר הדוק למדינה. חברות ממשלתיות אלו חברות שהמדינה לקחה פעילות מסוימת שהיא אמונה עליה, והעבירה את הפעילות לחברה- כשהמדינה היא בעלת חמישים אחוז מהשליטה בחברה. בעוד שתאגיד סטטוטורי הוא תאגיד שמוקם מכוח חוק- מוקם על ידי הממשלה (כמו חברת החשמל).

**(1) חוק שירות המדינה (מינויים)**

בניגוד לשרים שהם העומדים בראש הפירמידה של הרשות המבצעת, השירות הציבורי מושתת על עובדים קבועים שלא מתחלפים- כל פעם כשמתחלף דרג פוליטי הממונה עליהם. הם אמורים להתמנות לתפקידים על פי כישוריהם בלבד, מבלי שלדעתם ולזהות הפוליטית יהיה משקל כלשהו במינוי.

**חובת המכרז- ס' 19**

הס' החשוב והמרכזי ביותר בחוק שירות המדינה הוא ס' 19: "*לא יתמנה אדם עובד המדינה אלא לאחר שנציב השירות הכריז על המשרה בפומבי, על פי בקשת המנהל הכללי או מי שהוסמך לכך על ידיו, בין שנתפנתה המשרה ובין שהיא עשויה להתפנות."*

הס' בעצם קובע ומתחלק לשני חלקים:

1. קביעת משרה על ידי מנכל או מי שהוסמך לכך- לפי בקשת מנהל כללי של משרד ניתן לפתוח משרה שאליה יתמנו.
2. חובת המכרז- החלק היותר חשוב הוא המשפט שלא יתמנה אלא לאחר שהכריזו על המשרה בפומבי, המשרה התפרסמה לציבור הרחב והתקיים לגביה הליך מכרזי. כלומר רק לאחר שהמנכל הודיע לכולם על קיומה של המשרה ויש הליך מכרזי לצורך בחירת הממונה.

פס"ד אבו קרינאת - ביהמ"ש בפסד אומר כי לאור חוק זה ומעמד הנאמנות של הרשות הציבורית, יש חובה להימנע ממינוי אך בשל השתייכותו הפוליטית של המועמד. המינוי לא צריך להיות בגלל שייכות פוליטית אלא כמינוי ראוי. גם אותו השר ובעלי תפקידים בכירים שמתמנים, הם נאמנים של הציבור וצריכים לפעול לטובת הציבור.

פס"ד נאוה ארד- בפס"ד נאוה ארד בית המשפט באמצעות פסק דינו של זמיר מסביר מדוע הדרך הנכונה זה למנות לתפקיד את האנשים הטובים בעלי הכישורים ולא את מי שתומך בהשקפה הפוליטית של השר. יש טענה לפי מי שמיישם את המדיניות, שאלו הפקידים-עובדי המשרדים, צריכים להאמין למדיניות ולתמוך בה מבחינה פוליטית, משום שרק אנשים כאלו יוכלו לסייע בלב שלם ובאמונה בתוכנית של השר. אך זמיר אומר שהטיעון לא מבוסס ואף הוא מסוכן- גם הטיעון שמדובר על תוכנית מדינית זה טיעון הרלוונטי למגזר קטן, כי לרוב השירות הציבורי אין קשר אמיתי לתוכניות מדיניות. הפקיד צריך לבצע את המדיניות, הוא מחויב לבצע את המדיניות לכלל המגזר למגוון בעלי העמדות ולא רק לאלה שתומכים בעמדת הפוליטיקאי.
בהערת אגב- המנכל ניתן לבחור ולפטר אותו ללא מכרז והוא הגורם המרכזי ליישום המדיניות של השר. כמובן שמי שמתנגד למדיניות למרות שהוא עובד ציבור ויש לו את הדרכים לשים מקלות בגלגלים, ברגע שהוא יעשה את זה הוא פועל בניגוד לחובות שלו.

הדרכים לעקיפת מכרז בשירות הציבורי

דוח ביקורת המדינה ציין את הדרכים לעקיפת המכרז בשירות הציבורי. הרקע לכך הוא שב2003 צחי הנגבי מונה לשר להגנת הסביבה. בביקורת של מבקר המדינה נמצאו עשרות מינויים פוליטיים שמונו בתקופת כהונתו של הנגבי, כמו מגוון חברי המרכז נמצאו במשרות הפקידים. על רקע זה נפתחה אפילו חקירה פלילית. מבקר המדינה התייחס בדוח לדרגים לעקיפת מכרז בשירות הציבורי:

1. שימוש בחברות כוח אדם- יכול להיות שהבחירה בחברת כוח אדם אומנם עולה ומנצחת בכרז, אך לא ניתן לדעת מי אלו הנמצאים בתוך החברה ומאיישים את המשרות. ואכן, בפועל היו לוקחים חברות כוח אדם שהעסיקו את המקורבים לשר.
2. מינוי יועצים חיצוניים- המשרות בשירות ציבורי ככלל נבחרות חלק במרכז, אך יש משרות שמשכר מסוים לא צריך מכרז. ולכן ניתן למנות מקורבים למשרות שלא צריך בהן מכרז. אך דרך נוספת היא שבמכרז ניתן לפנות לכמה יועצים, שאו שהם יקרים מידי או שזה לא התחום שלהם- וככה בעקיפין דואגים לבחור את היועץ הרצוי. ודוק: עד סכום מסוים ניתן לבחור ביועץ חיצוני ללא מכרז, ולפעמים גם ניתן לעשות מכרז לייעוץ חיצוני אך להבטיח את מי שאת רוצה שיבחר.
3. מינוי בפועל- לא עושים מכרז כי שמים בינתיים באותו השלב את המקורב למלא את המשרה. כך שממלא מקום, בפועל ממלא את התפקיד בלי מכרז. כלומר הוא לא נקרא מנכל אבל בפועל ממלא את תפקיד המנכל.
4. השפעה על וועדת המכרזים- שמים מקורבים לפוליטיקאי בתוך וועדת המכרזים. למשל מינוי המנכל שמקורב לשר או מישהו שמקורב למנכל ומקשיב לו וכו, וכך בעצם בוועדת מכרזים בוחרים במי שרוצים במכרז אחרי שעוברים את הסינון הראשוני- והקביעה מי מאושר זו הקביעה סובייקטיבית ולכן יש כוח גדול לוועדת המכרזים לקבל מישהו פחות מוכשר.

**חריגים לחובת המכרז (ס' 19)**

סעיף נוסף שהוא ס' רלוונטי הוא ס' 12 לחוק המינויים לפיו מנכ"ל- למרות שהוא עובד ציבור והוא נחשב לפקיד הכי בכיר במשרד, ניתן לבחור בו גם ללא מכרז. ובעצם השר לא פעם מחליף את המנכל שעומד בראש המשרד. היום הפרקטיקה היא שמנכל שהיה בממשלה הקודמת מציע את ההתפטרות שלו- השר או מסכים לקבל או מתנגד.

**מנהלים כלליים (תיקון מס' 15) תשע"א-2010**

12.   הממשלה תמנה, בכפוף להוראות חוק זה ובתנאים שתקבע, לכל משרד מנהל כללי על פי הצעת השר הממונה על אותו משרד, ועל המינוי לא תחול חובת המכרז לפי סעיף 19.

צריך ליישם את המדיניות של השר והשר צריך לסמוך עליו ולכן אנחנו לא בתפיסה הקיצונית ביותר אלא מרככים אותה.

כדי להבטיח מינויים של מנכלים שהקישור היחיד שלהם לא יהיה רק הקשר לשר שממנה אותם- קיבלו החלטת ממשלה שקובעת דרישות סף לתפקיד מנכ"ל: כמו תואר וניסון ניהולי. תחילה זה היה 4 שנים של ניסיון, שלאחר הרבה ביקורת והתרעמות התנאי מדבר על ניסיון ניהולי מופחת.

הקימו ועדת מינויים בראשות נציב שירות המדינה שתפקידה הוא- שכאשר רוצים למנות מנכ"ל מביאים לאישור הועדה את המנכ"ל- והיא בודקת את ההתאמה שלו. התפקיד הוא לאשר מינויים לתפקיד מנכ"ל. בנוסף יש אפשרות למנות 12 מינויים שלא מקרב השגרירים של שירות החוץ.

**פטור ממכרז (ס' 21)**

**פטור ממכרז (תיקון מס' 3) תשכ"ג-1963**

21.   הממשלה רשאית על פי הצעת ועדת השירות ובהודעה שתפורסם ברשומות[[4]](https://www.nevo.co.il/law_html/law01/p221k1_001.htm?msclkid=5514e294b0cd11ec8a3f28095bc5f598" \l "_ftn5" \o "), לקבוע משרות וסוגים של משרות שעליהם לא תחול, בתנאים שתקבע, חובת המכרז האמורה בסעיף 19, והסעיף 11 לא יחול על הצעת ועדת השירות; וועדת השירות רשאית, בין בדרך כלל ובין במקרה מסויים, להתיר, בתנאים שתקבע, או ללא תנאי, מינוי למשרה בלי שהוכרז עליה כאמור, אם המועמד עובר לשירות המדינה לפי חוק זה עקב אחת מאלה:

(1)   העברת משרתו או יחידתו של המועמד ממוסד מוכר כמשמעותו בסעיף 61 לחוק שירות המדינה (גימלאות), תשט"ו-1955 – לשירות המדינה;

(2)   העברת משרתו או יחידתו של המועמד מארגון ציבורי כמשמעותו בפרק החמישי לחוק שירות המדינה (גימלאות), תשט"ו-1955 – לשירות המדינה, אם על העברת המועמד חל הסכם כללי או מיוחד לפי סעיף 62א לאותו חוק;

(3)   העברה ממשרה בשירות המדינה שחוק זה אינו חל עליו.

ס' חשוב שמדבר על פטור ממכרז הוא ס' 21 לחוק שירות המדינה- הס' קובע כי יש אפשרות להחליט על משרות מסוימות, חוץ מהמנכ"ל, שלא צריכות חובת מכרז.

למשל: החשב הכללי ממונה בלי מכרז או ועדת איתור. יש רשימה מצורפת והיא משתנה כל פעם לפי בקשת השירות. בפועל, עד לפני X שנים כל המשרות מינו אותם בפטור ממכרז, החל משנת 2000 יש פרקטיקה מתגברת שגם למשרות שלהן פטור ממכרז, קמה וועדת איתור.
ההבדל בין ועדת איתור למכרז הוא שמכרז מפורסם בפומבי ובעל כללים מאוד נוקשים, מול ועדת איתור שהתנאים שלה יותר רכים. גם המשרות הבכירות נבחרות על ידי ועדת איתור שהשר ממנה, ובשאר המקרים המכרז מנותק מהשר, ממונה על ידי אחר ובוחר את המינוי.

**מינוי באישור הממשלה (ס' 23)**

ס' 23- אפשר ללמוד ממנו על התנהלות המערכת, שדיבר על כך ש"משרה מן המשרות המפורטות בתוספת השנייה לחוק זה "לא יתמנה אדם אלא באישור הממשלה ובתנאים שתקבע; הממשלה רשאית להוסיף על רשימת המשרות שבתוספת השנייה ולגרוע ממנה".

במשך השנים, הייתה תוספת שנייה ברשימת המשרות, שבין המשרות שנכתבו ברשימה, הייתה משרה של מנהל. כתוצאה מכך, השר ניסה למנות לתפקיד את המקורב אליו. כנגד כך הוגשה עתירה על המינוי בשם ההסתדרות הכללית נגד השר ועל המינוי.

בג"ץ הסתדרות העובדים הכללית

מינוי למנהל המנהל לבנייה כפרית, שצריך לעמוד במכרז. המועמד לא עמד בתנאי המכרז ולכן משרד הבינוי והשיכון הכניס את התפקיד לתפקידים הפטורים ממכרז לפי סעיף 23 . טענת הסתדרות- המשרות צריכות אישור ממשלה, ולא נאמר שיש פטור ממכרז. ביהמ"ש- העובדה שהמשרה מהמשרות המפורטות בתוספת השנייה דורשת אישור ממשלה, היא כשלעצמה לא פוטרת מחובת מכרז. כלומר, הפרשנות המקובלת אומרת כי יש פטור ממכרז ולכן אין השר יכול למנות לתפקיד בלי לבצע מכרז. הס' אומנם קובע שבמשרות האלה יש חובה להביא לאישור הממשלה אך לא כתוב שזה מביא לפטור ממכרז. בפס"ד בית המשפט קיבל את העמדה הזאת, וקבע כי זה לא פוטר את הממשלה מעריכת מכרז.

חשוב לציין כי בעולם הציבורי, הרבה פעמים יש מצב נתון מסוים שלאורך שנים פועלים בצורה מסוימת- אך בדיון המשפטי מגלים שאופן ההתנהלות היה שגוי. חשוב להבין שזה שבהתנהלות של גוף ציבורי פועלים כך לאורך שנים, אין זה משנה את סעיפי החוק וההתנהלות שאמורה להתבצע. הרבה פעמים יש נורמה שגויה מקובלת, ואף אחד לא בחן את החוק. כך למשל למרות שלפי החוק היה אסור לתלות שלטים בכביש בין-עירוני, בפועל תלו שלטים לאורך נתיבי איילון. רק לאחר שהוגשה והתקבלה העתירה כנגד תליית השלטים באיילון בטענה שמדובר בכביש בין-עירוני, ובית המשפט הורה להוריד את השלטים- לקח כמה שנים כדי לחוקק חוק שיאפשר לתלות שלטים בנתיבי איילון.

**משרות הפטורות מחובת המכרז**

משרות אמון לא מחויבות ופטורות ממכרז. כאשר שר נכנס לתפקיד, הוא רשאי למנות מקורבים למשרות אמון- כמו ראש לשכה, יועץ פוליטי וכו. מאחר והם ממונים במשרות אמון בלי זכייה במכרז, יש להם מספר מגבלות מרכזיות:

1. חוסר סמכות- הם לא רשאים לתת הנחיות לעובדי מדינה.
2. היעדר קביעות- כאשר שר מסיים את תפקידו, הם מסיימים את תפקידם אוטומטית ולא נהנים מקביעות כמו עובדי המדינה.
3. לא יכולים לגשת למכרזים על בסיס עבודתם בשירות במדינה.

**(2) חוק החברות הממשלתיות**

חוק החברות הממשלתיות נחקק בשנת 1975.

1. **חברות ממשלתיות**

יש היום (כולל חברות בת) קרוב ל100 חברות ממשלתיות. למרות שאנחנו נתקלות בהן ברמת היומיום, אנחנו לא יודעות שהן חברות ממשלתיות, בדרך כלל הן חברות שמנהלות ומספקות משאב חיוני, כמו חשמל- חברת חשמל, מים- חברת מקורות, רכבת- רכבת ישראל, דואר- חברה ממשלתית, נמל- חברה ממשלתית וכו.

גם בחברות ממשלתיות, ביומיום אנחנו נתקלות בסוגית המינויים, והאם השרים מינו למשרה מקורב או לא. בדרך כלל, תתעורר הסוגיה במינוי דירקטורים בחברות ממשלתיות, ולא בתפקידים אחרים. במסגרת חברה יש כמה תפקידים חשובים, כמו מנהל עסקי, מנכ"ל וכמובן דירקטורים. בכל חברה ממשלתית יש מספר מסוים של דירקטורים, שתפקידם מתרכז בקביעת המדיניות של החברה ופיקוח על התנהלות המנכ"ל. מי שאמון על מינוי דירקטורים לחברות ממשלתיות הם השרים של הממשלה. בדרך כלל החלוקה היא שכל שר אמון על מינוי דירקטורים של החברה הממשלתית הנמצאת בתחומו- למשל את הדירקטורים של החברה הממשלתית, רכבת ישראל, שרת התחבורה תמנה.

**מינוי דירקטורים בחברות ממשלתיות**

בשנת 1975 חוקקו את חוק החברות הממשלתיות, שם נקבעו הדרישות והמגבלות במינוי אדם למשרת דירקטור בחברה ממשלתית:

* סעיף 17(א**)**- מי שלא כשיר להיות דירקטור הם; שר, סגן שר וח"כ, עובד החברה ומי שמועסק בשירותה, אדם מקרב הציבור שלדעת השרים עלולים עיסוקיו האחרים ליצור ניגוד עניינים, מנהל הרשות ועובדיה.
* סעיף 17(ג)- שר האוצר רשאי לקבוע בחוק הוראות בדבר כשירותו של דירקטור ותנאי סף למינוי.

שר האוצר רשאי התייעצות עם הרשות ולקבוע בתקנה את דבר כשירותו של דירקטוריון. בעצם לפי ס' 17א' השרים יכולים למנות כל אדם לתפקיד בין אם יש לו את הכישורים הנדרשים ובין אם אין לא. אבל ס' 17ג' מגביל את השרים בכך ששר האוצר רשאי לקבוע ולהתקין תקנות לדרישות התפקיד של דירקטור.

אך האם הותקנו תקנות?
התשובה שלילית, אומנם השרים דנו ואף הקימו וועדות רבות, ועדיין שום דבר לא קרה, כל זה למרות שהיו גלים של ביקורת על מינויים של אנשים בלתי מוכשרים ובעלי זיקה. נאום הג'ובים האירוני של לבנת מדגים לנו את האבסורד- בזמן שלבנת שאלה בנאומה האם נבחרנו לחלק ג'ובים? וכי התשובה המתבקשת הייתה שלא, כל המפלגה אמרה פה אחד כן.

רק בשנת 1993 תוקן החוק ונקבעו תנאי הכשירות דרישות לתפקיד. נקבע תנאי כשירות לדירקטור בסעיף 16(א)- תושב ישראל מעל לגיל 25, הוא בעל תואר אקדמי או שהוא בעל ניסיון של לפחות 5 שנים. כלומר שני תנאי סף:

1. בעל תואר אקדמי (שני\שלישי).
2. בעל ניסיון ניהולי מצטבר של 5 שנים.

כדי להתמנות ליו"ר ומנכל צריך לענות על שני הכישורים- גם תואר אקדמי וגם ניסיון ניהולי של לפחות חמש שנים. אשר במקרים חריגים מי שאין לו תואר אקדמי יכול להתמנות לתפקיד אם יש לו ניסיון ניהולי של 12 שנים.

הוועדה לבדיקת מינויים

יש שלוש ועדות לעניין מינויים:

1. ועדת טירקל- היא הוועדה הבכירה ביותר שעוסקת ב7 מינויים בלבד- הרמטכ"ל, המפכ"ל, ראש השב"כ, ראש המוסד, נציב בתי הסוהר, נגיד בנק ישראל, המשנה לנגיד בנק ישראל. שמה המלא של הועדה הוא הועדה המייעצת למינוי בכירים בשירות המדינה.
2. ועדת נציב שירות המדינה- מינויים בכירים של שירות המדינה. הועדה עוסקת באישור מינויי מנכלים למשרדי ממשלה ובמינוי תפקידים בכירים כמו הועדה לאנרגיה אטומית, המכון הביולוגי, ו11 שגרירים שלא מקרב שירות החוץ, הנקראים מינויים פוליטיים לתפקידי השגריר. 11 המינויים האלה הם לתפקידים הטובים והנחשבים ביותר, וזה נובע מכך שלמשל לוושינגטון ולניו יורק צריך לא רק ניסיון מקצועי כמו עובדי משרד החוץ אלא גם דיפלומטי, ולכן התפיסה היא שונה.

*ס' 18ב לחוק החברות הממשלתיות:*

1. ועדה לבדיקת מינויים על פי חוק החברות הממשלתיות- עוסקת בכל המינויים של דירקטורים ומינוי מנכ"לים בחברות ממשלתיות. את הוועדה לבדיקת מינויים ממנה שר האוצר, והרכבה נקבע לפי ס' **18 ב** לחוק החברות הממשלתיות: יו"ר (משפטן/עובד מדינה/שופט בדימוס), נציג ציבור ונציג שירות החברות הממשלתיות.

תפקיד הועדה הוא לבחון את המועמד למשרה, והבדיקה שלה כוללת שלושה היבטים:

* תנאי כשירות פורמליים- האם למועמד יש השכלה אקדמית רלוונטית וניסיון עסקי, או אי התקיימות תנאי הפסלות.
* כישורים מיוחדים במקרה של זיקה לשר בממשלה (**ס' 18ג)-** חלק מהסיבות לחקיקת התיקון לחוק ב93' היו המינויים הפוליטיים, כלומר מינוי אנשים לא בשל התאמתם לתפקיד אלא בשל קישוריהם, הקרבה שלהם לשר או חברות במלגה- היכולת לתרום מבחינה כספית לאותו המועמד, וכתוצאה מכך מונו אנשים שלא מתאימים. ולכן, בתיקון נקבע כי אם יש חשש שלמועמד יש זיקה פוליטית אישית או עסקית, הרי שהוא צריך כישורים מיוחדים כדי שהוא יבחר לתפקיד דירקטור, מנכל או יו"ר.
* ייעוץ בנושא התאמת מועמד לתפקיד בהתחשב במאפייניו הקונקרטיים ושל החברה, ובמתאם ביניהם

בג"צ שרגא רוזנברג נ' הוועדה לבדיקת מינויים

 דירקטוריון עמידר מינה את שרגא לתפקיד מנכ"ל. הוועדה קבעה כי הוא לא עומד בתנאי הכשירות משום שלא היה בעל תואר אקדמי, ולכן מונה מנכ"ל אחר. לטענת שרגא- הוא נפסל שלא כדין, הדירקטוריון היה מוסמך שלא לקבל את עמדת הוועדה.
במילים אחרות, רצו למנות מנכל לחברת עמידר והיה ויכוח האם הוא עומד בתנאים- למועמד הייתה השכלה רבנית ואילו החוק דורש השכלה אקדמית. בית המשפט מעבר לעובדה שקבע כי לעותר אין השכלה תורנית, וקבע בשאלת סמכות ועדת המינויים כי לוועדה יש שלושה תפקידים:

1. בשלב בדיקת הכשירות (הפורמאלית)- האם יש ניסיון ניהולי ותואר אקדמי. קביעת הוועדה מחייבת ולא ניתן לעקוף אותה. אי אפשר להשיג על הועדה וקביעותיה.
2. בשלב בדיקת ההתאמה- הוועדה גורם מייעץ. האם המועמד עומד בתנאי הסף, הועדה מייעצת לשר והשר לא חייב לקבל את עמדתם. בפועל לא היה עד לאחרונה מקרה בו השר לא קיבל את עמדת הוועדה ופעל בניגוד אליה.
3. בבחינת כישורים מיוחדים- עמדת הוועדה מחייבת, אך ניתנת לערעור לפני מליאת הממשלה.

עד למינוי עמיר פרץ, שהיה עד לא מזמן לא קרה מקרה אחד שבו למרות שהוועדה לא קבעה שיש זיקה ואין כישורים מיוחדים, הממשלה קבעה ומינתה מועמד בניגוד להחלטת הועדה. זה המקרה היחיד, שהועדה קיבלה החלטה חד משמעית, ובכל זאת הממשלה קיימה דיון וסטתה מהחלטת הוועדה.

סעיף 18ג כשירות מיוחדת

מועמד שנמצא כי יש לו זיקה אישית/עסקית/פוליטית לשר בממשלה, לא ימליצו עליו, אלא אם יש לו כישורים מיוחדים בתחומי פעולת החברה.

פס"ד מוריס ניסן- כישורים מיוחדים- אחרי פס"ד רוזנברג ודחיית המינוי, עמידר רצו מינוי נוסף- שהפעם זהו בחור בשם מוריס ניסן. כתוצאה מתאונת דרכים שניסן עבר, נגרמה לו פגיעה פסיכיאטרית קשה עד לכדי חוסר תפקוד, ולכן בעתירה נטען כי אם זה אכן המצב הפסיכיאטרי שלו, הוא לא יכול לתפקד כמנכל, אך אם זה לא המצב, אז ניסן שיקר כדי לזכות בפיצוי גדול. בית המשפט קיבל את העמדה הזאת וקבע כי הוא שיקר בתצהיר והוא לא מאשר לו להיות מנכ"ל. בית המשפט מצא הזדמנות לעסוק בסוגיה מהם כישורים מיוחדים. אמרנו כי למי שיש זיקה אישית או פוליטית, צריך כישורים מיוחדים על מנת שיוכל להתמנות, אך עד לנקודה זו לא עסקו בשאלה מה הם אותם כישורים מיוחדים.
בית המשפט קובע כי בשל משקלה הסגולי של תרומתו לחברה צפויה להיות כה מכרעת, עד כי הדבר מצדיק לקחת את הסיכון הטבוע במינוי בשל קשריו של המועמד לשר בממשלה. משמע, כדי למנות אדם בעל זיקה לתפקיד דירקטור או מנכ"ל, הוא נדרש להיות בעל כישורים מיוחדים ולתרום תרומה יוצאת דופן לחברה.
מוריס ניסן היה חבר מרכז, הייתה לו זיקה פוליטית ובית המשפט מפרש באופן מאוד מצמצם את האפשרות להתמנות אם קיימת זיקה פוליטית למועמד.

מינויים- הנחיות היועמ"ש

הנחיות היועמ"ש שעוסקות במינויים בחברות ממשלתיות:

* מינויים שלא טעונים אישור של הוועדה- עקרונות למינויים שאינן כפופים לבחינת הוועדה.
* עקרונות יסוד בבחירת מועמדים ע"י שר.
* תפקידיה של הוועדה וקווים מנחים לפעילותה.
* נהלי עבודתה של וועדת המינויים, לרבות בדיקת כישוריהם של חבריה.
* התמודדות עם סוגיות של ניגוד עניינים או עם מועמדים עם זיקה לשר בממשלה.

נבחרת הדירקטורים

לא עולה עם לשון החוק משום שלמרות שלפי החוק השרים אלו שיכולים למנות דירקטורים, אורי יוגב שהיה יו"ר רשות החברות הממשלתיות ויאיר לפיד פעלו ליצירת רפורמה שמטרתה הייתה ליצור מאגר מועמדים גדול שרק ממנו יוכלו שרי הממשלה לאייש את הדירקטורים בחברות הממשלתיות שתחת אחריותם. שכן, לפני הרפורמה, בסופו של דבר השרים מינו את מי שבא להם (בכפוף לזה שהוא עובר את הוועדה)- כלומר את האנשים שייבחנו בוועדה הם אלו שמביאים, כשמי שהם יביאו בדרך כלל יהיה מקורב להם.
נוכח הסכמת שר האוצר הקימו את נבחרת הדירקטורים- רשות החברות מפרסמת מדי תקופה קול קורא, מועמדים מגישים מועמדות, נדרשים לעמוד בתנאי הסף (השכלה וניסיון) מתוך המועמדים הנותרים השרים בוחרים את מי למנות. היום יש נבחרת דירקטורים חדשה וגורמים מקצועיים בוחנים את המועמדים לנבחרת, שבסופו של דבר נבחרים 1,000 איש שהם מיועדים לתפקיד דירקטור.

מטרת הנבחרת- צמצום הפוליטיזציה, הגברת המקצועיות בדירקטוריון, הקמת מאגר מועמדים, סינון מועמדים עפ"י אמות מידה שנקבעו מראש, בניית מאגר מאוזן מבחינת מגדר ולאום.

1. **תאגידים סטטוטוריים**

תאגיד סטטוטורי זהו תאגיד שהוקם עפ"י חוק, כמו ביטוח לאומי, מכון התקנים וכו. יש 50 תאגידים סטטוטוריים.

סעיף 60א(א)

בניגוד לחברות ממשלתיות, אין להם חוק ייעודי שדובק בהם, אלא יש סעיפים מסוימים שיחולו גם על תאגידים סטטוטוריים. לכן ס' 60 לחוק החברות הממשלתיות מחיל את הס' גם על תאגידים סטטוטוריים. למשל בשביל למנות את מנכ"ל ביטוח לאומי הוא יצטרך לעבור ועדת מינויים.

ס' 60אא: הוראות של מינוי וועדת המינויים יחולו גם לגבי תאגידים סטטוטוריים.

**נציבות שירות המדינה**

הנציבות הוקמה מכח ס' 6 לחוק שירות המדינה (מינויים): "הממשלה תמנה נציב שירות המדינה, ועל מינויו לא יחול סעיף 19, המחייב מכרז".

**תפקידים**

* אישור המבנה הארגוני במשרדי הממשלה וביחידות הסמך.
* אישור התקנים בשירות המדינה.
* קביעת מסלולי קידום לתפקידים שונים בשירות.
* קליטה ומינוי עובדים.
* הכשרה והדרכת עובדים לשיפור רמת השכלתם ומיומנויותם המקצועית.
* טיפול בתחום הרווחה של עובדי מדינה.
* טיפול במשמעת ואכיפתה בשירות המדינה.
* קידום מעמד האישה בשירות המדינה.
* גיבוש מדיניות תנאי שירות וטיפול בפניות עובדים.
* מתן ייצוג הולם לקבוצות מיוחדות עפ"י חוק המינויים.
* טיפול בפרישת עובדים לגמלאות.

בדרך כלל התפקידים האלה יקבעו את האופן בו תפעל נציבות שירות המדינה.

**נציב המדינה**

נציב המדינה הוא העומד בראש הפירמידה הוא הסמכות הבכירה בנציבות, והוא משתתף ב2 וועדות:

1. וועדת נציב שירות למינוי מנכלים.
2. וועדת גולדברג.

סמכויותיו

* לאשר חלוקת תפקידים וסמכויות בין היחידות המנהליות ובתוכן.
* לעודד הקמת שירותי רווחה לעובדים ולייצג את הממשלה בפיקוח עליהם.
* לתאם את תנאי העבודה עם הרשויות המקומיות, עם מוסדות ציבור וכו'.
* להנהיג תקנונים מנהליים למוסדות ממשלה.
* לדאוג לחקיקה בתחום ניהול חבר העובדים.

**תקשי"ר- תקנות שירות המדינה**

תקנון שירות המדינה- חוברת עבה הכוללת עיסוק בתחומים רבים וכללים לעובדים בשירות המדינה. לתקשי"ר אין חיים משל עצמו, הוא לא קובע את הכללים, אך הוא אוסף של כל הכללים שנקבעו בכל מיני ואריאציות- החל מחוק, חקיקת משנה, הוראות ביצוע מנהליות וכו.

על מי התקשי"ר חל?

התקשיר חל על כולם, על כל סוגי העובדים בשירות המדינה: קבועים, זמניים, בניסיון, עפ"י חוזה מיוחד ועוד.

ס' 1.11 מגדיר מי נחשב לעובד:

* "עובד"- אדם המועסק ע"י המדינה בתור עובד.
* "שירות"- שירות המדינה, למעט שירות בתור עובד ארעי אלא אם נקבע אחרת.

זה לא לגמרי מדויק כי יש פסד ברק כהן משמעותי שמתייחס למי עובד המדינה. ברק הגיע לכך דרך השאלה האם מאבטח שהיה מאבטח פרטי או נתן שירות לביטוח לאומי? משום שהיה צריך לסווג את עבירת השוחד- האם הוא נחשב עובד ציבור לצורך שוחד?
בית המשפט קבע שהתשובה חיובית. ההגדרה היא רחבה- גם אם אתה לא עובד מדינה, אך לצורך החוק הפלילי אתה נותן שירות נלווה, אתה עשוי להיחשב כעובד ציבור.

**על עובד מדינה חלים 3 סוגי דינים\ מערכות חוקים**

1. דין פלילי- עובדים שנחשבים לעובד ציבור לצורך חוק העונשין: לפי חוק העונשין, "עובד ציבור"- עובד מדינה, לרבות חייל, עובד רשות מקומית, מועצה דתית, מוסד לביטוח לאומי, עובד בנק ישראל, עובד בהסתדרות הציונית העולמית, עובד בלשכת התעסוקה, עובד מפעל, מוסד, דירקטור מטעם המדינה בחברה ממשלתית. זו הגדרה רחבה הכוללת לא רק עובדי מדינה אלא גם רשויות מקומיות, קק"ל שאינה גוף ממשלתי ועוד.
הדין הפלילי כפי שהוא חל על כולנו אך ביתר שאת, משום שהמשמעות היא לעובד ציבור יש עבירות ספציפיות שחלות רק על עובדי ציבור, או עבירות מוחמרות. למשל יש פרק שלם העוסק רק בעובדי ציבור, והוא נושא עונשים חמורים על עבירת מרמה והפרת אמונים.
2. דין משמעתי- לפי חוק שירות המדינה (משמעת), "עובד מדינה"- מי שנתמנה לשירות המדינה לפי חוק המינויים, לרבות עובד עפ"י חוזה מיוחד (חוזה אישי וקליטה באופן לא רגיל). הגדרה מצומצמת לעומת חוק העונשין.
3. כללי האתיקה- כללי האתיקה אלו כללים החלים על עובדי מדינה ויש להם חיים משלהם והם נפרדים משאר הדינים, אך יחד עם זאת העבירה עליהם נחשבת לעבירה משמעתית.

**חוק שירות המדינה (משמעת)**

החוק שנוגע לעובדי מדינה הוא חוק שירות המדינה (משמעת), הוא קובע מי עובד מדינה ומהן עבירות המשמעת.

* "עובד מדינה"- מי שנתמנה לשירות המדינה לפי חוק המינויים, לרבות עובד עפ"י חוזה מיוחד (חוזה אישי וקליטה באופן לא רגיל).
* סעיף 17- עובד מדינה שעשה בישראל או מחוץ לארץ אחת מאלה אשם בעבירת משמעת:
1. עשה מעשה או התנהג באופן שפגע במשמעת שירות המדינה.
2. לא קיים את המוטל עליו כעובד מדינה, או התרשל בקיום המוטל עליו.
3. התנהג התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד מדינה או התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו של שירות המדינה- סעיף סל לכל התנהגות שאינה נורמטיבית.
4. התנהג התנהגות בלתי הוגנת במילוי תפקידו.
5. השיג את מינוי במסירת ידיעה כוזבת או בשימוש באיומים או בכוח.
6. הורשע על עבירה שיש עמה קלון.

החוק קובע שלל עבירות משמעת, אך הוא מגדיר אותן בצורה מאוד עמומה- למשל, התנהג התנהגות בלתי הוגנת- אך מהי התנהגות לא הולמת?

תכלית השיפוט המשמעתי הסטטוטורי

* שמירה על רמת התנהגות אתית גבוהה.
* הגנה לציבור מפני שימוש לרעה בתפקיד או מניצול שלילי של סמכות.
* שמירה על מראיתה ותדמיתה של הרשות הציבורית.

שילוב חוק העונשין עם חוק המשמעת

סעיף 61 לחוק המשמעת- עובד שהורשע בעבירה פלילית יכול לעמוד לדין משמעתי. ס' שקובע כי עובד מדינה יכול להיות אשם גם בדין פלילי וגם משמעתי- העובדה שהוא עמד לדין פלילי לא מבטיחה את שלא יעמוד גם לדין משמעתי.

בג"ץ צימוקין- עובד מדינה שזוכה מעבירת שוחד, והוגש נגדו תביעה משמעתית. לטענתו- יש מעשה בי"ד. בית המשפט נדרש לשאלה- העובד הועמד לדין פלילי אך יצא זכאי, והועמד גם לדין משמעתי. ביהמ"ש-אחריותו של עובד מדינה לפי חוק המשמעת בשל עבירת משמעת פלונית לא גורעת מאחריותו הפלילית של אותו המעשה/מחדל ומותר לנקוט באמצעי משמעת גם אם נענש/זוכה בביהמ"ש.

* זוסמן- בי"ד המשמעתי אינו ביהמ"ש, הוא סוג של גוף מנהלי שאין בהתנהלותו סתירה להתנהלות ההליך הפלילי.
* לנדוי- בי"ד המשמעתי שהוקם לפי הוראות התקשי"ר, הוא סוג של חוזה העבודה בין המדינה לעובד. עבירת משמעת היא הפרת החוזה.
* לגבי מעשה בי"ד- הראיות הפליליות אינן הראיות בהליך המשמעתי, ולכן לא ניתן לטעון שזיכוי פלילי מהווה מעשה בי"ד במקרה של דין משמעתי.

סעדים\ אמצעי המשמעת

אמצעי המשמעת לפי סעיף 34 לחוק שירות המדינה:

* התראה- העונש הקל ביותר.
* נזיפה.
* נזיפה חמורה.
* הורדה בדרגה או הקפאתה, והמדיה ולתקופה שיקבע.
* הקפאת משכורת.
* העברתו למשרה אחרת.
* פסילה למילוי תפקידים מסוימים.
* פיטורים בתשלום או ללא תשלום.
* פסילה למילוי תפקידים מסוימים לצמיתות.
* פסילה לשירות המדינה לצמיתות.
* בצירוף לאמצעי משמעת אחר- פרסום החלטת בי"ד.
* בנוסף לעונש, לדרוש מהנאשם להחזיר מתנה שלא כדין/ שוחד/ ציוד וכדומה.

המטרה היא לעקור את קלקול המידות.

**חוק שירות הציבור (מתנות)**

תכלית החוק- בא להבטיח טוהר מידות בשירות הציבורי ולחזק את הרשויות הציבוריות.

החוק מגדיר וחל על "עובד ציבור"- נושא משרה או תפקיד מטעם המדינה, לרבות חייל. הגדרה רחבה מאוד, וזאת בניגוד למשל חוק שירות המדינה (משמעת) שחל רק על עובד מדינה, חוק המתנות חל גם על נושא משרה וגם על נבחרי ציבור.

"מתנה"- הקניית נכס שלא בתמורה או מתן שירות או טובת הנאה שלא בתמורה.

כאשר עובדת מדינה מקבלת מתנה כתוצאה מהעובדה שהיא עובדת מדינה, המתנה לו שלה והיא צריכה להעביר אותה למשרד בו היא נמצאת. ניתן לעובד ציבור באשר הוא עובד ציבור. אם את עובדת ציבור אך לא קיבלת את המתנה בשל העובדה שאת עובדת ציבור, אלא למשל מפני שהוא ידיד קרוב, אז זה לא יחשב כמתנה לצורך החוק.

סעיף 2(א)(1)- ניתן לבקש היתר לקבל את המתנה, אך לא יינתן היתר אם יש במתנה ערך עבור המדינה מלבד ערכה הכלכלי, או אם יש בהקנייתה לעובד ציבור משום חשש לפגיעה בטוהר המידות. אישור לקבל את המתנה, לא מבטל את הדרישה שהעובד ישלם את תמורתה למדינה. עובד ציבור יכול להגיד שקיבל מתנה מאוד סנטימנטלית ורוצה לשמור את המתנה- הוא יכול לבקש לקנות את המתנה.

הס' לא חל על מתנה, סעיף 2(ב)- מתנה לעובד ציבור אינה-

* מתנה קטנת ערך וסבירה שניתנה לפי הנהוג בנסיבות העניין. היועץ המשפטי לממשלה קיים דיון בנוגע לשאלה מה היא מתנת קטנת ערך- עד 50 דולר.
* מתנה מחבריו לעבודה.
* פרס שהוענק לעובד ציבור על הישגיו.

**אמון הציבור ועבר פלילי**

אמון בציבור זה נושא משמעותי בכל הסוגיות שנוגעות לעובדי מדינה, משום שהמחשבה שבבסיס היא שכשציבור מתחיל לחשוב שהפקיד שמקבל החלטות לגביו ומכריע בסוגיות, ורואה אותו כמושחת אז בעצם כל המערכת נפרמת, ולכן בית המשפט מקפיד על אמון הציבור.

פרשת קו 300- בין אותם העובדים שהוציאו להורג את המחבלים וקיבלו חנינה היה אדם בשם גינוסר שהיה בכיר בשב"כ. כמה שנים אחרי שהשתחרר, אריק שרון רצה למנות אותו למנכ"ל המשרד הבינוי והשיכון. כנגד זה, הוגשה עתירה שטענה כי לא ניתן למנות אדם שביצע כאלה עבירות לתפקיד בכיר? התשובה של הפרקליטות הייתה שגינוסר קיבל בחנינה ולא הורשע ולכן לא יכולים לבוא אליו בטענות.
בית המשפט קבע כי כדי לבחון את המינוי לא צריך הרשעה אלא בחינה באמצעות כלים מנהליים על פי המשפט המנהלי- בוחנים את מעשיו ואם ביצע דברים חמורים, במידה כזאת יש סמכות לבטל את המינוי, מי שמינה חרג משיקולי הסבירות.

למעשה אם נרחיב את זה מעבר גינוסר, יש לא פעם מינויים של אנשים בשירות המדינה שהואשמו בשל עבירות פליליות ובמינויים, ולכן נשאלת השאלה האם ניתן למנות, אפילו אם בפועל לא עברו עבירת פלילית. לפי פס"ד אייזנר נקבע כי נבחן את חומרת העבירה והזמן שעבר, ובנוסף בוחנים את התפקיד הנדרש למינוי- עד כמה התפקיד משמעותי. ולפי התבחינים האלה קובעים האם המינוי אפשרי.

**ככלי אתיקה לנבחרי ציבור**

לא רק לעובדי ציבור, אלא גם לנבחרי ציבור יש כללי אתיקה שצריכים לעמוד בהם. המשמעות של כללי האתיקה זה שאם נבחר ציבור עבר על כללי האתיקה, הוא יישפט תחת הדין המשמעתי בגין התנהגות בלתי הולמת.

כללי אתיקה לשרי ממשלה

גם נבחרי ציבור רצו להחיל כללי אתיקה ובשל כך הוקמו לאורך השנים כמה וועדות:

1. כללי וועדת אשר- שכר שרים וכו'. ניסו להקין וועדה ציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי ממשלה.
2. וועדת שמגר-ב2006 הוקמה ועדה ציבורית בראשות שמגר, שכעבור שנתיים הוציאה המלצות ומסקנות. בשנת 2009, שרת החוץ ציפי לבני הגישה את המלצות הוועדה לאישור הממשלה, מה שבסוף לא קרה.
3. וועדת נאמן- ב2011 החליט ראש הממשלה נתניהו להתעלם מהמלצות משגר והקים ועדה חדשה ששמה נאמן. גם היא קבעה כללי אתיקה לנבחרי ציבור, אך כללי האתיקה שגיבשה היו קצת יותר רכים משאר הוועדות. גם המלצות אלו לא אושרו.

חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה)

חוק שירות הציבור מונע העלאת שכר ע"י פקידים בכירים/ ממונים על השכר, על מנת שלא יושפע מאפשרויותיו לאחר הפרישה. בעצם החוק מדבר ומעגן תקופת צינון. עובד מדינה כשהוא מסיים את תפקידו, רוצים להימנע ממצב בו עובד הציבור במסגרת תפקידו נותן הקלות לגורמים המושפעים ונמצאים תחת סמכותו המקצועית, מתוך חשיבה שבסיום תפקידו הקרב ימצא תפקיד באותה חברה שנתן לה הקלות. למשל היה מקרה ידוע בו עובד ציבור במשרד הכלכלה, נתן אישור למפעל או הקלות מס בשווי מיליארדים, ויום אחרי שסיים את תפקידו, התקבל לעבודה אצל החברה הזאת.

* סעיף 3- מי שפרש משירות הציבור, לא ייצג אדם לפני עובד בשירות הציבור שהיה כפוף לו ערב פרישתו כל עוד לא עברה שנה אחת מהיום שפסקו יחסי הכפיפות.
* סעיף 4- עובד מדינה שהייתה לו סמכות החלטה לגבי גורם מסוים, לא יהיה רשאי לקבל זכות ממנו/לעבוד אצלו/לייעץ לו ולקבל טובת הנאה או שכר סעיף זה לא יחול בכל המקרים הבאים:

למשל חוק שירות הציבור קובע כי בס' 4, כי אם קיבלתי החלטה במסגרת תפקידי כשר התיירות, ובמהלך עבודתי ניתן מענק לרשת ישרוטל, לא אוכל לעבוד אצל ישרוטל. אך יש סייג לקביעת הס':

1. עברה שנה מיום פרישתו- שנה אחרי שעובד מדינה יצא משירות מדינה הוא יכול לעבוד כמעט אצל כל מעביד, גם אם הוא היה מעורב במתן זכות.
2. קיבל אישור מוועדת ההיתרים לקיצור השנה- הועדה מאפשרת לתת הקלות לאחר פרישה- הועדה למתן היתרים
3. הוועדה אישרה שעברו שנתיים מיום שטיפל בפעם האחרונה באותו גורם

יצחק זמיר מדבר על הרציונל ותכליות שבסיס החוק. הטעם בחוק הוא שמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי ואמון הציבור בו.

חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים)

חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים) מגביל עובדים לעסוק בפעילות מפלגתית במהלך עבודתם.

* ס' 3א- עובדים בכירים בשירות המדינה לא יהיו חברים ב: (בעיקר בגופים פוליטיים), וזאת משום שמדובר בעובדי ציבור שיש להם מעמד ציבורי, וברגע שהם מזוהים פוליטית הם פוגעים באמון הציבור ופוגעים במעמד השירות הציבורי
* סעיף 3ב- לא עוסקים בפעילות מפלגתית בתחומם של נכסי ציבור.

**תאגידים ציבוריים**

הנושא שלנו היום יהיה גופים ציבוריים, שהכוונה לא הממשלה עצמה ולא הרשויות המקומיות אלא גופים סטטוטוריים (תאגיד שפועל מכוח החוק), חברות ממשלתיות ותאגידים עירוניים (גופים שפועלים בתוך הרשות ולמען הרשות).

**תאגידים ציבוריים בישראל**

* 1. גופים ציבוריים מובהקים: ממשלה ורשויות מקומיות.
	2. תאגידים ציבוריים:
1. תאגידים סטטוטוריים.
2. חברות ממשלתיות (הגורם המרכזי).
3. תאגידים עירוניים.
4. **חברות ממשלתיות**

בישראל, יש קרוב ל100 חברות ממשלתיות השולטות על חלק גדול ויש להן השפעה מהותית על חיינו. במהלך השנים עם מגמת ההפרטה, חלק מהחברות אכן הופרטו כמו חברת אל-על. מאז קום המדינה יש חברות ממשלתיות שהתנהלו באופן יחסית עצמאי. אך בעקבות דוח מבקר המדינה שיצא בשנת 1959 שהתייחס לניהול והפיקוח הכושל של המדינה על החברות הממשלתיות, החליטו להקים את לשכת החברות במשרד האוצר. הדוח גם הוביל להקמת שתי וועדות:

1. דו"ח וועדה בדבר ניהול המפעלים העסקיים של המדינה- המכונה וועדת מוזס, דוח שלא יושם בפועל.
2. דו"ח וועדה להכנתה של הצעת חוק החברות הממשלתיות- דוח שעלה לאוויר בתור הצעת חוק החברות בשנת 1973. לאחר דיונים של קרוב לשנתיים, ב1975 נחקק חוק החברות הממשלתיות, שמלווה אותנו עד היום.

**מהי חברה ממשלתית?**

* חברה ממשלתית"- חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספות הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית הדירקטורים הם בידי המדינה. בהערת אגב, בעוד שבהצעת החוק ההגדרה התייחסה למצב שבו למדינה יש 50% או יותר מבעלות בחברה, ממניות החברה או מהיכולת למנות דירקטורים, בחוק שחוקק בפועל הוחלט כי יותר ממחצית כוח ההצבעה או הזכות למנות דירקטורים. הפער הוא בין על מחצית, לבין יותר ממחצית.
* "חברה בת ממשלתית"- חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספות הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית הדירקטורים הם בידי חברה ממשלתית. כלומר חברה בת ממשלתית היא חברה שחברה ממשלתית מחזיקה בה, וחלות עליה אותן מגבלות שחלות על חברה ממשלתית.

משמע, חברה ממשלתית היא כאשר יותר מ50% מיכולת מינוי הדירקטורים ומההון הוא בידי הממשלה.

**למה חברה ממשלתית קמה?**

החברות הממשלתיות נועדו לבצע פעולות עבור הממשלה או פעולות שהממשלה בדרך כלל עושה אותן אבל עם הזמן ישנה הבנה שהממשלה באופן שהיא מתנהלת יש קשיים משום שהם פועלים לא כמו גוף עסקי או שאין את היכולת להתעסק במשאב והשירותים שהמדינה מספקת, ולכן המדינה מעבירה את "המושכות" ומקימה חברה שתתעסק בזה במקומה. כך למשל בעבר הייתה רשות הנמלים והרכבות שהייתה רשות ממשלתית, שהופרטה לחברה ממשלתית.

**מאפייני חברה ממשלתית**

 לחברה ממשלתית יש שני מאפיינים:

* פרטיים- לא הוקמה בחוק (בניגוד לתאגידים סטטוטוריים וגופים ממשלתיים), אישיות משפטית נפרדת (לא חלק מהממשלה) במשפט הפרטי, לא מדובר ברשות אלא בחברה פרטית לכל דבר ושפועלת מתוך שיקולים עסקיים לניהול ולמטרות רווח.
* ציבוריים- בבעלות המדינה, בדרך כלל מספקת שירות חיוני לציבור או עוסקת בתחומים ציבוריים, לעיתים בעלת זיכיון/מונופול, הממשלה רשאית (לא חייבת) לקבוע לחברה קווים מנחים.

**קווי הפעלה**

חברה ממשלתית צריכה לפעול מכוח ס' 4 לחוק החברות הממשלתיות:

1. חברה ממשלתית תפעל לפי שיקולים עסקיים שעל פיהם נוהגת חברה לא ממשלתית, זולת אם קבעה לה הממשלה שיקולי פעולה אחרים.

החוק מסביר כי חברה ממשלתית צריכה לפעול כמו חברה לא ממשלתית, כמו חברה רגילה אך אינו מגדיר כיצד פועלת חברה רגילה. סעיף 11 לחוק החברות- חברה צריכה לפעול להשאת רווחיה. העמדה המקובלת הייתה שחברה ממשלתית פועלת לפי שיקולים עסקיים. חברה ממשלתית פועלת כמו חברה רגילה ואמורה לקחת בחשבון שיקולים עסקיים.

1. חברה ממשלתית שמטרותיה היא לספק לציבור מצרכים/שירותים שלא על מנת להפיק רווחים, רשאית הממשלה להחליט שתפעל בהשגת מטרה זו לפי כללים מחייבים אדם הממלא תפקיד ציבורי עפ"י דין.

הממשלה רשאית לקבוע שיקולי פעולה אחרים, לא רק שיקולי רווח. הממשלה עד היום הפעילה פעם אחת ויחידה את האפשרות הזאת שניתנת לה בחוק. המקרה שהממשלה קבעה שלא יפעלו לפי שיקולים עסקיים אלא שיקולים אחרים, הוא המקרה של אל על והאיסור לטוס בשבת. אם נחזור אחורה, הרי שבעצם ס' 4א קובע שסע' 4א פונה לס' 11 בחוק החברות.

**גופים דו מהותיים**

גם בגופים שאין להם תחרות ולהם והם היחידים שמספקים משאב ושירות מסוים (כמו חברת החשמל, רכבת ישראל וכו), יש עניין רב להפעיל אותם בתור חברה נפרדת, וזאת משום שחברה כזאת פעולת באופן אוטונומי, וכי יש יכולת לבדוק האם החברה עסקית- שהרי בניגוד לחברה, למשרד ממשלתי אין דוח כספי המצביע האם החברה רווחית או מפסידה. ולכן גם למשל רשות שאמורה להפעיל גוף מונופולי, יש לה עניין להפעיל אותה כחברה ממשלתית כדי שתעבוד כמו חברה עסקית.

מאחר וחברה ממשלתית היא בגבול של חברה פרטית לגוף ממשלתי- אנחנו מצד אחד בעולם פרטי, ועדיין היא גוף שמספק שירותים לציבור מכוח מונופול, ולכן נצפה ממנה שהיא לא תהיה כפופה רק לדינים האזרחיים. כתוצאה מכך, מהרגע שהתחילו לקום חברות ממשלתיות, התעוררה השאלה עד כמה הן צריכות לפעול רק לפי כללים פרטיים או גם לשקול שיקולים ציבוריים? כמו שיוויון, הוגנות וכו.

1. מיקרודף

מיקרודף היה פס"ד הראשון שעסק בגופים דו מהותיים. באותו מקרה חברת חשמל נזקקה בשירותים ולשם כך בחרה להתקשר עם קבלן מסוים, ולא עשתה זאת על ידי מכרז. מיקרודף שהייתה חברה מתחרה הגישה עתירה לבג"ץ בטענה שחברת חשמל הייתה חייבת במכרז למרות שלא חלה חובת מכרזים על החברה. בית המשפט, בפסק דינו של ברק, דן בעניין וקבע כי מעמדה של חברת החשמל שונה ממעמד חברה ממשלתית רגילה. המייחד אותה הוא הצטברות מספר תכונות המשוות אותה לתאגיד סטטוטורי: 1. קיום זכויות שלטוניות 2. הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה 3. שליטה על אמצעי ייצור חיוני.
ברק התייחס לחברת חשמל והתייחס לעובדה שחברות ממשלתיות כמו תאגידים סטטוטוריים פועלים כגוף מהותי- הם גופים שחלים עליהם כללים גם מהעולם הפרטי אך גם כללים מהעולם הציבורי- הם פועלים בשני העולמות. כאן בית המשפט מזכיר מונח של דואליות נורמטיבית- שחלות נורמות גם מהעולם הפרטי וגם מהעולם הציבורי. בעצם ברק אומר כי הוא לא מתייחס לחברת חשמל כמו עסק רגיל, משום שיש לה זיכיון- תפקיד ציבורי, לא כמו האדם הפרטי שהקים חברה, הממשלה היא זאת שהקימה אותה כדי שתספק שירות לציבור, ועל כן יש לה חובות מהמשפט הציבורי. בסופו של דבר בית המשפט דחה את העתירה בטענה שהיה צריך להגיש את העתירה לבית משפט האזרחי ולא לבג"צ. לכן, כביכול מדובר באוביטר כי העתירה נדחתה, אך מיקרודף היה הפתיח להנחלת נורמות מהמשפט הציבורי על חברות ממשלתיות.

1. בג"צ חברה קדישא נ' קסטנבאום

קסטנבאום רצה לרשום באותיות לועזיות על המצבה וסורב. ביהמ"ש- תפקיד חברת קדישא בעיקרו ציבורי, מבחינה פורמלית ומהותית. למרות שחברה קדישא היא עמותה פרטית, מכוח העובדה שיש לה תפקיד ציבורי חלה עליה תקנת הציבור. הדרישה שלהם לכתוב רק בעברית הוא שימוש בכוח במסגרת חוזה אחיד, בניגוד לתקנת הציבור. ברק- כל חברה המחזיקה במונופול, גם אם זו לא חברה ממשלתית ויש לה תפקיד ציבורי או סטטוטורי, חלים עליה אותם כללים של חברה ממשלתית.

למרות שאנחנו חושבות על חברת קדישא כגוף ציבורי, היא בעצם עמותות שלא שייכות למדינה. כך שלמרות שקדישא היא לא חברה ממשלתית, או תאגיד סטטוטורי אלא היא גוף פרטי- בית המשפט קובע ומסתכל על קדישא כגוף דו מהותי, שכן היא מספקת שירותים ציבוריים ומחזיקה בזיכיון מטעם המדינה. לכן, יש להחיל על קדישא את אותם עקרונות של העולם הציבורי.

1. פס"ד און נ' מפעלי הבורסה ליהלומים

ההרחבה הבאה היא בפס"ד און. הבורסה בבלגיה אסרה על כניסתו של און היהלומן, פנתה לבורסה בת"א וביקשה למנוע את כניסתו ונאסרה עליו כניסה. שאלה משפטית- הבורסה היא חברה פרטית, האם יש זכות להתערב בפעולותיה?

בית המשפט העליון סוקר את ההתפתחות בקסנטבאום אך ממשיך צעד קדימה- הוא אומר שייתכן מצב בו קניין נרשם כפרטי אך באופן מהותי הוא יחשב לציבורי. בורסה היא חברה פרטית, אך היא מחזיקה בשטח שכל אחד יכול להיכנס אליו, זה סוג של קניין פרטי עם היבטים מהעולם הציבורי. אזי בגבול בין המשפט הפרטי לציבורי שם קיים אזור דמדומים, שבו שניהם משמשים בערבוביה, על הבורסה חלים כללי המשפט הפרטי והציבורי "דואליות נורמטיבית". בית המשפט קובע כי יש פה גוף שמחזיק בנכס פרטי אך אי אפשר להתייחס אליו כגוף פרטי גרידא, כי יש לו סוג של אחריות ציבורית ובאופן כזה מרחיב את ההלכה העקרונית. הרבה פעמים בית המשפט אומר אמרות אגב שמשמשות כרף מסוים ולמרות שלא קיבלו את העתירה באותו מקרה, הוא נותן לפסק דין הבא לממש אותו ולהפוך אותו להלכה.

**בעיית הנציג בחברה ממשלתית**

בחברה רגילה יש בעלי מניות והם ממנים את הדירקטורים, כך שבחברות כאלה יש בעל שליטה, שלמרות שכל דירקטור חייב לפעול לטובת בהחברה ולא לקבל הנחיות ממקור אחר, מבעלי המניות, בפועל בעל המניות ממנה את הדירקטור בעל אותה ההשקפה ולפעמים ממנה את עצמו, ולכן הדירקטורים בדרך כלל נושאים את עיניהם לבעל המניות ופועלים לפיו.

בחברה ממשלתית המצב שונה. בעל השליטה בחברות ממשלתיות היא בעצם הממשלה. אך הממשלה היא גוף אמורפי- היא אומנם מורכבת משרים, אך השרים הם לא אלה שנותנים הוראות לחברות, ובשונה מחברה רגילה בה יש בעל מניות שממנה את הדירקטוריון, כאן אין בדיוק גוף שעומד ורוחו שוהה על החברה. לבעיה הזאת קוראים בעיית הנציג. שלעומת חברה רגילה, אין בעלים אחד, שכן הבעלות היא ממשלתית, ואין בעל בית אחד. בארצות הברית יש תופעה של חברות הפועלות ללא בעל שליטה, נפוץ יותר בחברות ציבוריות. אתה בעל המניות הכי גדול ולפעמים אתה לא שולט כי אין בעל מניות חזק. בישראל התופעה מתרחבת- למשל בנק לאומי זה בנק ללא בעל שליטה. ולמעשה במקרים כאלה הכוח עובר לידי ההנהלה. במקרה כזה הכוח של המנכ"ל הוא כוח לא קטן פחות מאשר המניות.

**בעיית הנציג**

ברב החברות הציבוריות יש גורם בעל שליטה, שממנה את הדירקטורים. למרות שהם חייבים לפעול לטובת החברה ועפ"י ש"ד עצמאי, ייתכן ולא כך יעשו משום ש-

1. בעל השליטה יכול למנות את עצמו כדירקטור וכיו"ר הדירקטוריון.
2. דירקטור מושפע מבעל השליטה (יכול לפטרו).

**כללי הממשל התאגידי**- יש הבחנה בין תפקידי הדירקטוריון שהם לקבוע מדיניות ולפקח על ההנהלה, לבין תפקידי ההנהלה המבצעת את הניהול השוטף.

בחברות ממשלתיות, השרים ממנים את הדירקטוריון, ומרגע מינויים אין להם קשר לשרים ופועלים לטובת החברה עפ"י ראות עיניהם.

**בעיית הנציג בחברות ממשלתיות**-

* נכסי החברה הם נכסי ציבור, אך הכח של בעלי המניות מפוצל בין גורמי ממשלה רבים (שרים, משרדי ממשלה, דירקטורים).
* המדינה לא יודעת/יכולה להפעיל כח שליטה כמו בעל שליטה.

לבעיית הנציג שאין בעלים ונציג מובהק, רשות החברות הממשלתיות אמורה לתת מענה. חוק החברות הממשלתיות מסדיר את אופן פעילות הממשלה כבעלת מניות, ותורם לציות תאגידי מוגבר.

בכל אופן לממשלה סמכויות שנוגעות לחברה הממשלתית על פי חוק החברות הממשלתיות, מעורבים הממשלה, השרים ורשות החברות הממשלתיות. כל חברה ממשלתית שייכת למשרד מסוים. למשל רכבת ישראל שייכת למשרד התחבורה. השר של אותו משרד הממונה על אותה החברה, הוא יחד עם שר האוצר או שממונה על חברות ממשלתיות, אלה נחשבים בעלי המניות ומקבלים את ההחלטות בחברות הממשלתיות, הם בעלי המניות לכל קבלת החלטות באספה הכללית.

ודוק: יש שלושה גורמים רלוונטיים בקבלת החלטות בחברות ממשלתיות: חוק החברות הממשלתיות מחלק את הסמכויות בין הממשלה, השרים ורשות החברות.

* הממשלה- מתערבת בצמתים מרכזיים, בשינוי מטרות, הקצאות, כמו; החלטה על הקמת חברה, מיזוג, פירוק והפרטה.
* השרים- שר האוצר (בפועל שר הסייבר) יחד עם שר שהממשלה מגדירה כאחראי לענייני החברה, למשל; שר התחבורה מחזיק בחברת נתיבי ישראל. הם פועלים בסמכות משותפת בנושאים בעיקר במינוי דירקטורים.
* רשות החברות- היא סוג של רגולטור.

יחסי דירקטוריון הנהלה

סוגיה שרלוונטית תמיד לחברות הממשלתיות- יחסי דירקטוריון הנהלה. לחברה יש שלושה אורגנים חושבים. 1. אספה כללית, שדירקטוריון 3. הנהלה. לפני כמה חודשים היה כנס של חברות ממשלתיות, מנכל שר האוצר ששימש בפועל גם רשות חברות הממשלתיות ודיבר על ההפרדה בין הדירקטורים למנכל. זה הציף סוגיה של גבולות הגזרה של המנכל לדירקטוריון. לאספה הכללית יש סמכויות מוגבלות מאוד, מינוי דירקטורים, אישור דוחות וכו, אך עיקר המשקל של החברה הוא הדירקטוריון.

סעיפים הרלוונטים ליחסי דירקטוריון מנכ"ל:

* ס' 92 לחוק קובע את סמכויותיו ותפקידיו של הדירקטוריון, רשימה ארוכה של סמכויות.
* ס' 121 לחוק קובע את תפקידי ההנהלה והמנהל הכללי העומד בראשות ההנהלה. בניגוד לדירקטוריון, ס' שמגדיר את סמכויות ההנהלה מאוד קצר: "מנהל הכללי יהיו כל סמכויות הניהול והביצוע שלא הוקנו בחוק זה או בתקנון לאורגן אחר של החברה, והוא יהיה נתון לפיקוחו של הדירקטוריון.

החוק קובע הבחנה ברורה בין תפקידי הדירקטוריון שאמור לקבוע מדיניות ולפקח על המנכל, לבין המנכל שאמור לנהל את הפעולות השוטפות של החברה. יש לציין כי בשאלת יחסי המנכל ודירקטוריון יש לא מעט עימותים בתוך חברות.

* ס' 49 לחוק החברות: "סמכות של החברה שלא הוקנתה בחוק או בתקנון לאורגן אחר, רשאי הדירקטוריון להפעילה." זוהי סמכות שיורית, נתקלנו פעם נוספת בסמכות שיורית בעבודת הממשלה- כל מה שלא נקבע במופרש בחוק לגורם כזה או אחר, הוא תחת הסמכות השיורית של הממשלה.
* ס' 51 לחוק החברות: "דירקטוריון רשאי להורות למנהל הכללי כיצד לפעול לענין מסוים; לא קיים המנהל הכללי את ההוראה, רשאי הדירקטוריון להפעיל את הסמכות הנדרשת לביצוע ההוראה במקומו, אף אם לא נקבעה לכך הוראה בתקנון."
ביחסי הכוחות בדירקטוריון למנכ"ל, הדירקטוריון יכול לתת הנחיה ספציפית למנכ"ל, ואם המנכ"ל לא מוכן לפעול לפיה, הדירקטוריון יעשה זאת במקומו.

חובת ציות הדירקטוריון לממשלה

מאחר ומדובר בדירקטוריון לטובת השאת רווחי החברה הממשלתית לפי סעיף 11 לחוק החברות- אין לו חובת ציות לממשלה, אלא אם הממשלה נותנת לו מונופול במסגרתו היא קובעת תנאים. יש הטוענים כי לא ייתכן שחברה ממשלתית תתעלם מהממשלה, גם אם הממשלה לא הפעילה את סמכותה לפי סעיף 4(א).

נשאלת השאלה האם החברה הממשלתית חייבת לפעול בהתאם להחלטות הממשלה וחייבת לשקול בשיקוליה את עמדת הממשלה והשרים בנושא מסוים. השאלה כמה צריך לפעול על פי החלטות ממשלה. באופן עקרוני, דירקטוריון צריך להיות עצמאי ותפקידו השאת רווחי החברה ובאופן פורמאלי לא צריך לשקול מעבר לשיקולים של גוף דו מהותי. מתקיימים לא מעט דיוניים האם הדירקטורים צריכים לפנות ולהסתכל על דעת הממשלה, אך העמדה המשפטית היא שלא- על הדירקטוריון להיות מנותק.

השינוי בגישה בפסיקה- פס"ד מלט הר טוב נ' חברת נמלי ישראל- נמלי ישראל הוציא מכרז לפריקת מלט, והייתה צריכה לתת בלעדיות. מלט הר טוב טענה שהמכרז נעשה באופן לא תקין. ביהמ"ש- במסגרת שיקולים של חברה ממשלתית, הרי שהיא צריכה להביא בחשבון גם את טובת הציבור בכללותו ולא רק את שיקולי טובת החברה.

איך הממשלה מצליחה לקבוע לחברה הממשלתית מה לעשות? למשל חברת קצא- שפועלת מכוח זיכיון. אז במסגרת הזיכיון קובעים את כללי המשחק ויחסי הגומלין בין הממשלה לחברה. ואם לא פועלים לפי כללי המשחק הם לא מקיימים את החוזה ולא יעבירו פרויקטים נוספים. לפחות מבחינה הפורמלית הדירקטורים צריכים לפעול לטובת החברה ולא לשמוע לגורמים נוספים.

רשות החברות הממשלתיות

רשות החברות היא הרגולטור שייצר את הממשלה.

1. היא הגורם המקצועי בממשלה לגבי ניהול חברות.
2. היא אינה עוסקת בהיבטים הענפיים של הפעילות.
3. נציג הרשות בכל ישיבת דירקטוריון מאפשר היכרות קרובה עם הניהול היומיומי.
4. הרשות מסייעת בשיפור יעילות החברות.
5. חוזרי רשות החברות- אחת הדרכים של רשות החברות להנחות את החברות היא בדרך של חוזרי רשות החברות- כמו חוזרי מנכל. בהם רשות החברות נותנת הנחיות לחברות כיצד לפעול.

מעמדו של חוזר מנכל הוא התווית מדיניות ולא מחייב, מבחינה משפטית זה הנחיה מנהלית בניגוד לדין, כמו חוק, תקנה וצו, שהם מחייבם לכל דבר, הרי שהנחיה מנהלית היא הנחיה שחלה גורמים שחייבים להקשיב לה אך לא חובה ללכת אחריה במאה אחוז. את חוזר החברה חייב לשקול ולבחון אותו, ואם יש לה שיקולים להם לא לת יש לה יכולת לעשות זאת.

1. **תאגידים סטטוטוריים**

מהו תאגיד סטטוטורי? תאגיד שהוקם מכוח חוק ופועל על פיו. בשונה מחברה בין אם היא פרטית או ממשלתית, שיש חוק חברות אבל את קובעת תקנון ומקימה את החברה, את מקימה אותה בעצמך ולא מכוח חוק.

יש 54 תאגידים סטטוטוריים, למשל חוק הביטוח הלאומי, חוק ניירות ערך, חוק מרכז רבין.

לגופים האלה יש עצמאות ניהולית ותקציבית אך עדיין הממשלה שולטת בהם. כל תאגיד סטטוטורי כפוף לחוק הספציפי הנחקק לגביו. בשונה מחברות ממשלתיות, לתאגידים סטטוטוריים אין רגולטור ואין חוק המטיל עליהם כללי משחק מעבר לחוק הספציפי שנחקק לגבי כל תאגיד. בהערת אגב, משרד המשפטים הכין הצעת חוק תאגידים סטטוטוריים וההצעה הזאת כפי שקורה לא פעם, לא חוקקה. החוק הזה עד היום לא חוקק, בהצעת החוק רצו להכפיף את התאגידים הסטטוטוריים לרשות החברות.

1. **תאגידים עירוניים**

הרשויות המקומיות פועלות לפי פקודת העריות- פקודה מנדטורית שעברה נוסח חדש ב1950. כל השיטה של הרשויות המקומיות בארץ מבוססת על השיטה הבריטית, ובעצם החקיקה של פקודת העיריות, מבטאת את השיטה הבריטית והאופן שהדברים מתנהלים באנגליה. מאז תיקון נוסח פקודת העיריות, לא נוצרה חקיקה חדשה.

המיוחד שבניגוד לחוק החברות הממשלתיות הכולל עשרות עמודים, לגבי תאגידים עירוניים יש ס' אחד קטן, ס' 249 שהוא קובע מה סמכויות העירייה והרשות המקומית. הס' מעגן כ 30 סעיפים קטנים, שם נכתבה בין היתר את הסמכות לייסד חברה או תאגיד כלשהו:

ס' 249(30): לייסד חברה, אגודה שיתופית או כל אגודה אחרת לכל מטרה **שהיא בגדר סמכויות העיריה ותפקידיה**, לרכוש מניות או ניירות ערך או זכות הנאה אחרת של כל חברה, אגודה שיתופית או אגודה אחרת, שמטרותיה מסייעות, לדעת המועצה, להשגת כל מטרה כאמור, ולנהוג בהם דרך בעלים; לענין זה, "חברה", "אגודה שיתופית" או "כל אגודה אחרת" – חברה, אגודה שיתופית או אגודה אחרת, שהתאגדו בישראל על פי דין;

ס' 249 מדגיש כי הסמכות להקים חברה מוגבלת למטרה שהיא בגדר סמויות העירייה ותפקידיה. כלומר, העירייה לא יכולה להקים תאגיד עירוני שיבצע תפקיד מסוים מחוץ לסמכויותיה של העירייה, כך למשל התאגיד לא יכול לבנות בניין בהונג קונג. כך שרק מה שנקבע בחוק, אלה הסמכויות לפיהן ניתן להקים תאגיד עירוני.

**לשם מה מקימים תאגיד עירוני?**

הסיבה להקמת תאגיד עירוני נשענת על אותם טעמים שבגינם מקימים חברה ממשלתית:

* התאגיד העירוני מהווה את הזרוע הביצועית של הרשויות, העירייה, המסייעת לה לעמוד במשימות מורכבות ובהתמחות בנושא מסוים.
* התמחות בנושא ספציפי והעיקר שיקולים זרים תורמים לכך שהתאגיד יוכל לפעול מתוך שיקולים כללים והגברת הרווחה ברשות המקומית.

ברור שבעירייה מכיוון שהיא אחראית על כל תחומי החיים והצרכים של תושביה, אז הדברים מתערבבים ולא ניתן להתרכז בדבר מסוים. כתוצאה מכך, מקימים תאגידים הפועלים כגוף עסקי וגוף שצובר התמחויות מסוימת. למשל בעיריית תל אביב פועלים 30 תאגידים עירוניים, כמו אחוזת החוף שמתמחה בחניונים.

**מסגרת נורמטיבית**

* סעיף 249 לפקודת העיריות קובע את סמכויות העירייה- החקיקה היחידה העוסקת בתאגיד עירוני, זה ס' 249 לפקודת העיריות.
* התאגיד כפוף לחוקים מיוחדים לסוג התאגידים אליו הוא משתייך, וכן לרגולטור, למשל רשם העמותות.
* צו העיריות- הוראות להקמת תאגיד. יש צווים המתייחסים למינוי דירקטורים בתאגידים אך יש חקיקה מאוד מצומצמת.
* תקנות העיריות- הוראות למינוי דירקטורים שהם נציגי עירייה בתאגיד עירוני.

התאגיד העירוני כפוף לחוקים המיוחדים לסוג התאגידים אליו הוא משתייך ולרגולטור הרלוונטי, למשל- רשם העמותות.

תאגיד עירוני יכול להיות עמותה, חברה לתועלת הציבור, צורות ההתאגדות יכולות להיות שונות ומגוונות בהתאם לאופי ומטרות התאגיד. כגון חברה בע"מ, חברה לתועלת הציבור (חלצ), עמותה (ער). אגב, בעבר על עמותות הייתה רגולציה קפדנית מאוד, בעוד שעל חברה לתועלת הציבור היא חברה ללא מטרת רווח, אך היא גם ללא רגולציה. כתוצאה מהפערים של הרגולציה וההסדרה כולם עקפו והשתמשו בחל"צ כדי להימנע מפיקוח. כתוצאה מכך, שינו את החקיקה והטילו על החל"צ תשלום ששווה לעמותה. כך שחברות ללא מטרות רווח הן עמותות שיש להם רגולציה נפרדת החוק החברות.

**תפקיד התאגיד וסוגיו**

תפקידו של התאגיד העירוני הוא לשמש כלי בידי הרשות המקומית לביצוע המשימות המוטלות עליה.

יש שני סוגים של תאגידים:

* תאגיד עירוני בשליטה- **סעיף 249(א)**- כאשר העירייה מקימה תאגיד ויש בה לפחות מחצית מההון או מחצית מכוח ההצבעה בתאגיד. כדי שתאגיד ייחשב תאגיד עירוני לא צריך רב ההון אלא 50%. כשתאגיד עירוני יכול להיות בבעלות של 50 אחוז או מכוח השליטה ולא גבוה יותר.
* תאגיד עירוני שאינו בשליטה- תאגיד עירוני שלא בשליטה, שלא נחשב כתאגיד עירוני, לרשות יש פחות ממחצית המניות. לפעמים הרשויות לא רוצות להקים חברה אלא מקימות עמותות ללא מטרות רווח, אך מבחינת הציבור אין לזה משמעות.

**חובת האמון של דירקטור בתאגיד עירוני**

סעיף 249(א)(2)- חובת נציגי העירייה להפקיד על כך שפעולות התאגיד העירוני יהיו במסגרת סמכויות העירייה ותפקידיה; חובת האמון שהם חבים לעירייה לעולם תהיה עדיפה על חובתם כלפי התאגיד. משמע, בשונה מחוק החברות שחובת האמון של הדירקטורים היא לטובת החברה, חובת אמון של נציגי עירייה היא לעירייה. מיהי העירייה? ציבור התושבים בעיר.

חובת האמון של דירקטורים היא לפעול בתום לב לטובת החברות, אך ס' 249 קובע כי למעשה בעוד שהחובה של מנהל התאגיד העירוני היא טובת החברה, חובתו של הדירקטור וחבר ועד מנהל היא לטובת העירייה. המקרה היחיד שחובת האמון היא לא לטובת החברה היא בתאגיד עירוני. לכן, הדירקטור חב לטובת החברה, לא לטובת התאגיד העירוני אלא עירייה ותושביה.

אם מחצית מהמניות זה לעירייה וחצית הדירקטורים זה לגוף הפרטי- יוצר אפקט מוזר. חובת האמון לעירייה- זה אומר שחובת האמון לתושבים. מבחינה משפטית טהורה אין על זה דיון משפטי, וכל דירקטור חייב לשקול מה היא טובת העירייה ולקבל את ההחלטה בעצמו, ולא לקבל הוראות מאף גורם אחר. יכול להיות כי שני דירקטורים יראו את טובת העירייה באופן אחר, אך חובת הדירקטור לשקול את הדברים באופן עצמאי.

**היועץ המשפטי לממשלה**

ביחידה זו נדבר על הליך המינוי של היועץ המשפטי לממשלה, נדבר על תפקידיו, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (המהוות כלי עבודה חשוב בעתיד), ולבסוף נזכיר את פקיד המשנה ליועץ המשפט לממשלה.

**הקדמה**

היועץ המשפטי לממשלה נוכח בחיינו בכל יום בשלל החלטות, דברי חקיקה, העמדות לדין וכן הלאה. הוא ישות פוליטית ונבחר על ידי הדרג הפוליטי. אך מאיפה הגיע תפקיד היועץ המשפטי לממשלה? בארצות הברית למשל היועץ המשפטי לממשלה הוא דמות פוליטית הנבחרת בסוג של בחירות ומסיימת את תפקידה עם סיומם של התפקידים הפוליטיים. במדינת ישראל שורשי התפקיד התחילו בתקופת המנדט הבריטי.

במדינת ישראל השורש של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה מתחיל בתקופת המנדט, כאשר בדומה למקומות אחרים שנשלטו תחת המנדט הבריטי, המינוי של היועמ"ש היה מינוי מקצועי שלא היה קשור לגורם פוליטי, כשבעצם מדינת ישראל המשיכה את המסורת הזאת גם לאחר סיום המנדט הבריטי והקמת המדינה. למעשה היועץ המשפטי לממשלה קיבל כוח גדול השונה משרר המקומות- היועמ"ש הוא גם אחראי על תביעה כללית וגם היועץ המשטי לממשלה במובן שהוא היושב בישיבות הממשלה, מפרש את החוקים ומשמש כגורם המנחה את הממשלה ואת הרשות המבצעת מה הן צריכות לעשות מבחינה מקצועית, איך לפרש את החוק ואיך הן צריכות לנהוג.

כך שיש שני היבטים בתפקיד היועמ"ש:

* 1. הגורם המנחה
	2. התביעה הכללית

**תולדות תפקיד היועמ"ש**

מדוע ליועץ המשפט לממשלה ניתן כוח גדול? משום שהחיים מורכבים והפוליטיקה מנצחת. כשהוקמה המדינה שר המשפטים הראשון, פנחס רוזן, רצה ששר המשפטים לא יהיה או יחזיק בכוח חזק מידי ולכן על מנת לצמצם את כוחו, הפתרון היה להעמיד יועץ משפטי חזק שיחזיק בהרבה מאוד כוח. מאז, הדבר השתרש במדינה ועד היום ליועץ המשפטי יש סמכויות מאוד רחבות וחזקות.

בעבר תהליך המינוי היה שהיועמ"ש ממונה על ידי שר המשפטים- שהיה מביא את הצעתו למועמד והממשלה הייתה ממנה. זה היה עד שנת 1977, בשנה זאת הייתה פרשת בראון חברון, בפרשה אחרי שסיים מיכאל בן מאיר את כהונתו כיועמ"ש היה צריך למנות יועמ"ש חדש, ראש הממשלה נתניהו ושר המשפטים הביאו הצעת החלטה למנות את בראון למינוי היועמ"ש. בעקבות זאת החליטו לנבור בחייו של בראון ומצאו כל מיני פרטים שהובילו להגשת עתירה לבג"ץ יומיים אחרי המינוי, והוא התפטר. הכתבה של איילה חסון הציפה כי היה דיל שבתמורה למינוי בראון הוא ידאג לכך שלא יוגש כתב אישום כנגד אריה דרעי, יחד עם זאת התיק נסגר. אבל בעקבות זאת הייתה החלטה כי הליך מינוי היועמ"ש צריך להיות מסודר- הוקמה וועדה שכונתה וועדת שמגר והיא הוציאה את דוח וועדת שמגר. חברי הוועדה היא מאיר שמגר שהיה נשיר בית המשפט בדימוס, שרי משפטים בעבר, ודוח שמגר סקר את ההיסטוריה של תפקיד היועמ"ש וסמכויותיו.

לאחר הוצאת דוח שמגר התקבלה החלטת ממשל איך ממנים יועמ"ש, החלטה זאת שונתה בחלק מצומצם ב2007. ההחלטה הזאת קבעה כי הליך המינוי לא יהיה כזה שראש הממשלה ושר המשפטים יביאו מועמד, אלא תהיה ועדה בעלת חמישה חברים כשרק רוה"מ, שר המשפטים או חבר מהוועדה רשאים להציע מועמדים. דרושה הסכמה של לפחות 4 מתוך 5 חברי הוועדה. אם הממשלה החליטה לא למנות מועמד, יוחזר הדיון לבחירת מועמדים לוועדה. כמו כן המועמד לתפקיד היועמ"ש צריך להיות כשיר להתמנות לשופט ביהמ"ש עליון, ומשך כהונתו יהיה לתקופה של שש שנים.

השינוי ב2007 מתייחס לשני נושאים:

* 1. בהחלטה המקורית נקבע כי מי שיעמוד בראש הוועד היא נשיא בית המשפט, אלא שתוקן כי זה יהיה בהסכמת שר המשפטים, מה שנבע מכך שהפוליטיקאים לא הסכימו כי הנשיא יחליט מי יהיו חברי הוועדה.
	2. חברי הוועדה לא יציעו רק מועמד אחד אלא יותר מאחד.

**תפקידי היועמ"ש**

יש לו חמישה תפקידים שלכל אחד מהם יש חשיבות שלא ניתן להמעיט בה:

1. **ראש התביעה הכללית**

למעשה היועץ הוא המופקד על אכיפת החוק, הוא הגורם שמקבל את ההחלטות איך לאכוף את החוק- על מה להקפיד ועל מה לא, יש הרבה עבירות שלא מקפידים עליהם. למשל ס' 117 שעוסק בהדלפות שאומר כי לא ניתן לעשות שימוש בכל מידע של עובד ציבור במסגרת תפקידו, ולמרות שיש המון הדלפות, מבחינת היועמ"ש זאת עבירה שלא אוכפים אותה. זאת דגומא עד כמה המשמעות של היועמ"ש לא רק להגשת כתבי אישום, לא רק אכיפת החוק אלא גם את השפעתו על המדיניות של האכיפה- מה לאכוף ומה לא. כלומר היועמ"ש לא רק נותן הסמכות, אלא הוא הגורם שנותן את ההנחיות לתביעה ואת כללי המשחק, לרבות אחריות מקצועית על נציגי התביעה והופעתם בערכאות משפטיות בכל תחומי המשפט.

התביעה הכללית כוללת את פרקליטות המדינה בראשות פרקליטות המדינה, וכן את התביעה המשטרתית ותביעות מתמחות במשרדי ממשלה וברשויות המקומיות. כלומר בתוך הרשויות יש אכיפה, כמו למשל במשרד הכלכלה יש מחלקה שאוכפת חברות שלא עובדות לפי חוק קבלני כוח אדם.

בהליך פלילי המאשימה היא המדינה, מכוח ס' 11 לחוק סדר הדין הפלילי: המאשים במשפט הפלילי הוא המדינה ומי שמייצג אותה הוא היועץ המשפטי לממשלה. ס' 12 לחוק הסדר הדין הפלילי קובע כי התובע הוא היועץ המשפטי לממשלה, אבל ס' 12 א קובע מי הם הנציגים שלו שהם פרקליט מדינה, המשנה שלו, פרקליטי המחוזות ומי שהיועץ המשפטי לממשלה הסמיך לייצוג המדינה. מדובר על כך שהוא יכול להסמיך גורמים שונים כדי שתהיה להם את הסמכות להגיש כתב אישום, ההסמכה הזאת עברה מהיועמ"ש לפרקליט המדינה. ס' קטן 2 קובע כי גם במשטרה יכולים להיות תובעים, שהם תובעים בעבירות יותר קלות.

ישנם גורמים נוספים המגישים כתבי אישום פליליים, כמו התביעה המשטרתית בנושאי תחבורה, רשויות המיסוי, רשות ניירות ערך.

יש מקרים שהם היועמ"ש הוא היחידי המוסמך לקבל החלטה, כמו פתיחת חקירה והעמדה לדין של ראש הממשלה, נטילת חסינות של חברי כנסת וכן הלאה.

הסמכויות האלה הן סמכויות רחבות שניתן לראות בחוק סדר הדין הפלילי. הסמכות הזאת היא סמכות מואצלת, שהיועמ"ש מאציל לפרקליטות מחוז וגורמים אחרים לפי העניין. אך הסמכויות רחבות מאוד:

* ההכרעה בשאלת העמדה לדין- בסוף מי שמקבל את החלטת העמדה לדין הוא יועמ"ש או למי שמואצלת הסמכות.
* ערר- החלטה שלא להגיש כתב אישום.
* החזרה מאישום- תוך כדי ההליך המשפטי חוזר מאישום.
* עיכוב הליכים- הפרקליטות יכולה לבקש במהלך התיק מסיבות כאלה ואחרות.

עד כאן סמכות יועמ"ש כראש התביעה הפלילית.

1. **ייצוג המדינה בערכאות**

היועמ"ש מייצג את המדינה בערכאות, על ידיו או נציגיו, בהליכים מכל הסוגים שאינם פליליים. כלומר מי שאחראי על הליכים אזרחיים מכל סוג- תביעות אזרחיות, מנהליות, פיסקליות, יחסי עבודה וכו', הוא היועמ"ש ונציגיו. הם אלו המייצגים את כל הגורמים הרלוונטים מהמדינה בערכאות.

האם המדינה יכולה להיות מיוצגת בענייניה ע"י מי שלא שייך ליועמ"ש ולפרקליטות המדינה?

כעיקרון אין ייצוג חיצוני אלא בהסכמת היועמ"ש, וזה בדרך כלל קורה בשני מקרים:

1. במקרים שהיועמ"ש בהליכים אזרחיים ירצה לקחת משרד פרטי- היועמ"ש יכול לאפשר ייצוג חיצוני, כמו במקרים שכיחים במיוחד של איכות הסביבה. בדרך כלל למדינה אין מספיק פרקליטים להגשת כתבי אישום כנגד גורמים מזהמים ושפוגעים בסביבה, לכן, במקום הפרקליטים בוחרים משרד עורכי דין פרטי ומסמיכים אותו להגשת כתב אישום ופעולות נוספות הנגזרות מכך. חשוב לציין כי התנאי לאפשר ייצוג חיצוני זה בהסכמת היועמ"ש ומי שנבחר צריך לעמוד בהרבה מאוד תנאים ודרישות על מנת להבטיח שהוא מייצג את האינטרסים הציבוריים.
2. במקרים של עתירות לבג"ץ- למרות שכעיקרון ייצוגה של רשות ציבורית חייב להיות על ידי היועמ"ש, קורים מקרים בהם ליועמ"ש יש עמדה מסוימת המתנגשת עם עמדת השר והפוך (קורה לרוב בשרים ובדרגים ברמה הגבוהה ביותר). במקרים כאלה שגורם לא מסכים עם העמדה של היועמ"ש באופן תיאורטי היועץ המשפטי יכול לטעון כי הוא לא מוכן בתור מייצג האינטרס הציבורי להגן על העמדה האחרת, ולכן הגורם יכול לבקש ייצוג עצמי. אם נניח ראש הממשלה רוצה להציג עמדה השונה משל היועמ"ש והיא בלתי חוקית בעליל הרי שהיועמ"ש לא יסכים ויתיר ייצוג נפרד, מאחר ולא ניתן לאפשר ואין מקום לאפשר לרשות ציבורית להציג עמדה שעל פניה היא בלתי חוקית בעליל, אך אם הויכוח הוא על פרשנות ובמסגרתה אומר אותו גורם ציבורי שהוא לא מסכים לעמדת היועמ"ש, אז היועמ"ש יתיר ייצוג עצמאי. יש סוגיה לא פעם שמגישים לבג"ץ- לפעמים השרים לא בעמדה אחת אלא בעמדות שונות ומתנגשות (למשל סוגיות העברת נפט מאילת לאשקלון) היועמ"ש שצריך להגיש עמדה משותפת וצריך לפשר בין הגורמים, במקרים כאלה לא תמיד מצליח, ולכן הוא מאפשר שני ייצוגים נפרדים לכל משרד. אלו מקרים נדירים שלמשרדים יש עמדות שונות, ומאפשרים להם להציג בנפרד את עמדתם.

כלומר, בשורה התחתונה בשאלת ייצוג חיצוני- אם יש אי חוקיות בנויה, היועמ"ש לא ירשה לגורם הציבורי לקחת ייצוג חיצוני. אך במקרים של חילוקי דעות בין השר/הרשות הציבורית ליועמ"ש הוא יכול לאפשר להם לקחת ייצוג חיצוני.

1. **ייעוץ משפטי לממשלה ולרשויות**

היועמ"ש משמש ראש מערכת הייעוץ המשפטי לרשות המבצעת, לממשלה ולכל משרדיה ושלוחותיה. היועמ"ש הוא הגורם הסטטוטורי והגורם המנחה, הוא המספק הנחיות במגוון ומכלול הנושאים של משרדי הממשלה, שבסופו של דבר הנחיותיו נוגעות לכל תחום (החל ממסים, משפט אזרחי, חוקתי, משמעת וכן הלאה).

עד כמה פרשנות היועמ"ש מחייבת את הרשויות הממשלה?

מה משמעות פרשנותו של היועמ"ש? עד כמה עמדתו מחייבת? באופן אירוני, אנחנו קוראות ליועץ המשפטי לממשלה "יועץ" אך הוא לא יועץ אלא מחייב. היועץ הוא הפרשן המשפטי ולכן עד כמה הפרשנות שלו מחייבת? למה שהפרשנות שלו תחייב ולא של השר?

בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' מועצת מקרקעי ישראל- פס"ד מ2014 עסק במקרה של מועצת מקרקעי ישראל של הקמת תחנת כוח בחוות השקמים. באחת מהטענות של היועץ המשפטי של מקרקעי ישראל הסבירו כי הדבר בלתי חוקי. בית המשפט באותו פס"ד קובע כי הלכה מושרשת היא שהיועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי רשויות המנהל, וחוות דעתו מחייבת אותן- כל עוד לא פסק ביהמ"ש אחרת. פרשנות של היועמ"ש או נציגיו את החוק היא מחייבת את כל רשויות השלטון, הפרשנות הזאת מחייבת ורשויות המדינה חייבות לנהוג לפיה.

דו"ח וועדת שמגר- זה הכלל הבסיסי, אך ועדת שמגר קבע סייג מסוים: הסייג לכלל אומר כי לגבי הממשלה- הפרשנות של היועמ"ש לא בהכרח מחייבת וממשלה יכולה לקבל החלטה אחרת, אך ההבנה היא כי כשהיועמ"ש קובע כי הדבר אינו חוקי גם הממשלה לא יכולה לקבל את החלטה בניגוד לפרשנותו. הממשלה יכולה לקבל החלטה שלא מנוגדת לפרשנותו בלבד, אם יש בה אי חוקיות היא איננה יכולה לקבל את אותה ההחלטה.

לכן ניתן לומר כי זאת לא פרשנות אלא הוראה מחייבת של היועמ"ש. הנחיית היועמ"ש ופרשנותו מחייבת את משרדי הממשלה לא משנה כמה הם חושבים שהוא טועה, השרים יכולים לנסות ולשכנע את היועמ"ש לקבוע אחרת, אך מהרגע שהיועמ"ש קובע הנחיה אותם גורמים צריכים לנהוג לפיה.

בית המשפט התייחס לכך בפס"ד פנחסי: אותו בגץ שהוגש נגד רבין בשל העובדה שהוא לא פיטר את סגן השר פנחסי, שהוגש נגדו כתב אישום בגין חושד. זאת הלכה שעד היום מסתמכים עליה ששר שהוגש כנגדו כתב אישום צריך להפסיק את עבודתו בממשלה. באותו פס"ד נקבע כי חוות דעתו של יועץ המשפטי לממשלה מחייבת.

נשאלת השאלה מה קורה כאשר ראש הממשלה מגיע למסקנה כי הנחיית היועמ"ש שגויה וכי הוא חושב שלפעול לפיה הרי שזאת הייתה טעות? זה אחד מהמקרים שביהמ"ש התייחס לעניין הזה. עם כניסתו של אריאל שרון להיות רוה"מ, שרון מינה את הבן שלו להיות שליח מיוחד בשיחות מול ערפאת. היועמ"ש הנחה את רוה"מ שהוא לא יוכל לשלוח את בנו והגיעו למסקנה כי אם יש מקרה קונקרטי שראש הממשלה חושב שיש לשלוח אותו והיועץ יצטרך לאשר. במהלך הדיון עלתה השאלה שנניח שרוה"מ פנה ליועמ"ש והוא סירב לעניין, וראש הממשלה חושב שהיועמ"ש טועה? השופט ברק קבע כי הוא יכול להגיש עתירה לבג"צ. יש פה דבר אבסורדי שקובעים כי הגורם המנחה והפרשני שמפרש את החוק יותר חזק מכל אחד אחר, הוא מנחה את ראש הממשלה וכל אחד מהשרים, וככל שאדם שר או כל גורם בעל חשיבות יש לו את הזכות לפנות לבג"צ.

**הדואליות של תפקיד היועמ"ש**

כמו שראינו היועמ"ש מופקד על הליכי החוק הפלילי, ובמקביל הוא גם יותן את היועץ המשפטי לממשלה וחבריה. וכתוצאה מכך נשאלת השאלה לגבי הדואליות של תפקידו של היועמ"ש- מאחר ומצד אחד עומד בראש התביעה הכללית ומנגד מייעץ לממשלה ולרשויות. יש הסוברים שרצוי לחלק את 2 התפקידים.

דוגמא מובהקת לבעייתיות בדואליות של התפקיד היא העמדה לדין של ראש ממשלה. אם ניקח את חקירות רוה"מ, כמעט כל רוה"מ היה בחקירה- אהוד ברק (פעוטות), אריאל שרון (אי יווני), אולמרט (מעטפות, נתניהו (שוחד). בסיטואציה שבה היועמ"ש, מצד אחד הוא זה שצריך לקבל את ההחלטה האם להעמיד לדין את השרים ומהצד השני, הוא גם יושב איתם בישיבות ממשלה וישיבות אפילו יותר אינטימיות, יש פה תחושה לא נוחה.

דוח וועדת שמגר מתייחס לשאלה הזאת וקובע כי הפיצול יכול לפגוע בקיום הנכון והמלא של הפונקציות המהותיות אותן ממלא היועמ"ש, כאשר הוא פועל לפי המתכונת הקיימת, ובעיקר ביעילות הפיקוח המשפטי ובתוקף המעשי של הנחיותיו המשפטיות. לכן אין מקום לשינוי מעמדו של היועמ"ש כראש התביעה הכללית או להפרדת סמכויות אחרת, הגורעת מסמכויותיו המהותיות הנוכחיות של היועמ"ש.

כך שהסיבה המרכזית שבגינה לא מפצלים- צריך שיהיה ראש אחד למערכת. בנוסף אם פרשנות היועמ"ש מחייבת, ברגע שהוא יהיה רק פרשן ולא גורם בעל סמכות בראש התביעה הכללית אזי לא יפעלו לפי הנחיותיו ופרשנותו. אם נקבל את העמדה שהיועמ"ש הוא המנחה את משרדי הממשלה והם צריכים לפעול לפיו, אם ניקח את סמכותו כראש התביעה הכללית לא יעשו לפיו, וכך האם הם יודעים שהוא ראש התביעה הכללית יחששו ממנו ותהיה יראת כבוד אליו, ולכן יש הצדקה. כך למשל מרגע שמבקר המדינה גם הטיל סנקציה על אי תיקונים ועמידה בדוח, כלל המשרדים התייחסו ברצינות ופעלו לכך, אך ברגע שמבקר המדינה הנוכחי ביטל את הסנקציה דוח מבקר המדינה חזר להיות טופס עבה ללא כל משמעות.

בקיצור: ועדת שמגר קבעה שאין לפצל את התפקיד וזה מה שקורה גם היום.

1. **ייעוץ וסיוע בחקיקה**

מתן ייעוץ וסיוע לממשלה ולשר המשפטים בהכנת תזכירי חוק מטעמם, ובחינת הצעות חוק פרטיות המוגשות מטעם ח"כים.

הנושא הריבעי הוא הייעוץ וסיוע בחקיקה, שהוא חלק מאוד מרכזי מעבודתו של היועמ"ש משמעותי. כמעט בכל חוק היועמ"ש מעורב, בין אם בחקיקה של הממשלה ובין אם של הכנסת. למשל בחקיקה ראשית של הממשלה, כאשר הממשלה יוזמת חוק היא מוציאה מזכיר חוק, שעליו עובר היעוץ המשפטי של המשרד ומעביר ליועץ המשפטי לממשלה. או בנוגע לתקנות בין אם הן צריכות לעבור את אישור הכנסת ובין אם לא, צריכות לעבור בדיקה של היועץ המשפטי.

יש מספר טעמים לבדיקה של היועמ"ש:

1. לבדוק האם החקיקה תואמת את המדיניות הכללית. יש המבקרים את הטעם הזה מאחר והיועמ"ש לא צריך לקבוע את המדיניות, אך בכל זאת הוא מעורב בהיבטי מדיניות.
2. אחידות בחקיקה- לפחות נסב את תשומת הלב שהעמדה של המחוקק בחוקים אחרים שונה מהצעת החוק שרוצים להגיש- לא נרצה לצאת כנגד מדיניות שקבועה בחוק אחר, ואם רוצים זה צריך באופן מפורש.
3. אחידות בטרמינולוגיה- את אותו הסעיף צריך לכתב באותו נוסח ולכן משרד המשפטים מקפיד לוודא שהטרמינולוגיה היא אחידה ולא נשתמש במונחים שונים ולחוקים שונים.

וועדת משגר קובעת כי: לרבות סיוע בניסוח ועריכה, בכל הנוגע לתוכנה וללבושה המשפטי של חקיקה. היועמ"ש גם מטפל בייזום חקיקה ממלכתית. הכנת חקיקת משנה אף נעשית לפי הנחיות היועמ"ש, והוא בוחן שהחקיקה מתיישבת עם החוק המסמיך, עם עקרונות משפטיים מחייבים, עם עקרון השוויון, אחידות בניסוח וכו'.

כשמדובר בחקיקה פרטית, אז הנוהג הוא שכל הצעה עוברת דרך היועמ"ש של כל משרד, וגם היועמ"ש נוגד עמדה לגבי אותה חקיקה. באופן תיאורטי הכנסת יכולה להתעלם מהדעה שלו אך בדרך כלל נותנים כבוד רב לעמדתו.

1. **ייצוג האינטרס הציבורי ושמירה על קיום החוק**

היועמ"ש מופקד גם על שמירת האינטרס הציבורי בתחום המשפטי ע"י התייצבות בביהמ"ש, גם בתיקים שהממשלה לא צד בהם, כשהמדובר בנושאים בעלי אינטרס ציבורי. כמו כן ניתנות חוות דעת שונות בנושאי משפט ציבורי, למשל בתביעות ייצוגיות. יש רשימה של חוקים שמתייחסים ליועמ"ש, בעיקר מתייחס לתביעות ייצוגיות שהיועמ"ש מגיש עמדה.

דוח וועדת שמגר- היועמ"ש הוא בעל סמכויות שונות עפ"י חיקוקים שונים, בכולם הוא מופקד על האינטרס הציבורי כי זה הטעם הענייני בעטיו קבע המחוקק את מעורבותו של היועמ"ש.

**משנה היועמ"ש**

ליועמ"ש יש 7 משנים שתקופת כהונתם עמדה על 7 שנים. יש לציין כי מספר המשנים גדל מ6 ל7 עם השנים. המשנים הם האנשים החשובים ביותר שיכולים להיות לנו כעורכי דין אינטראקציה איתם. משום שבעוד שהיועמ"ש הוא מקבל ההחלטות במקרים נדירים, מי שמקבל את ההחלטות שהכי משפיעות על הפרקטיקה וביומיום הם המשנים, כלומר המשנה הוא הדמות המשמעותית בנושאים קונקרטיים. בניגוד למחשבה הראשונית זה לא שכל דבר מגיע להחלטתו של היועמ"ש, אלא המשנים הם העומדים בראש הפירמידה של קבלת ההחלטות בנושא מסוים. המשנים מבחינתו הם מי שילוו רשויות וגופים, ולכן הכתובת היא למשני היועמ"ש, שהם מקבלי ההחלטות באופן הרחב ביותר והם הדרג הבכיר ביותר.

* משנה לניהול ולתפקידים מיוחדים
* משנה למשפט ציבורי חוקתי- ייעוץ חקיקה
* משנה למשפט ציבורי מנהלי
* משנה למשפט פלילי
* משנה למשפט אזרחי
* משנה למשפט כלכלי
* משנה למשב"ל

**הנחיות היועמ"ש**

הדבר החשוב ביותר עבורנו כעורכי דין, אלו הנחיות היועמ"ש. הרשות הציבורית היא חזקה מאוד מאחר והיא צריכה לקבל החלטות, אך לא תמיד גם צריכה לנמק אותם. בג"ץ לא תמיד נמהר להתערב בהחלטות הרשויות, ולכן הדרך לנצח זה הנחיות יועמ"ש שקובע מה הרשות צריכה לעשות והן לא עושות בפועל. בחוק היבש לא נמצא את הפרשנות שהנחיות היועמ"ש קובע, ולכן ההנחיות יכולות להיות עזר רב. ההנחיות של היועץ יש להן מעמד גדול כמוט הנחיות מנהליות שאומנם לא מחייבות אך מכבדים אותן מאוד.

**היועץ המשפטי לכנסת**

עד שנת 2000 היה יועץ משפטי לכנסת אך גם היא פעלה לפי הנחיות היועמ"ש. היועץ המשפטי לכנסת הרכין ראשו כנגד היועמ"ש ואפילו בהגשת עתירה כנגד הכנסת מי שעמד הוא היועמ"ש. בשנת 2000 הסדירו את היועץ המשפטי לכנסת מתוך רצון להפרדת סמכויות- לא מתאים שהיועמ"ש הוא היועץ של הרשות המבצעת היהיה גם היועץ המשפטי של הכנסת.

ס' 17 לחוק הכנסת שתוקן בשנת 2000 לחוק הכנסת, קובע כי:

1. לכנסת יהיה יועץ משפטי.
2. היועץ המשפטי לכנסת –
3. ויעץ ליושב ראש הכנסת, לנושאי התפקידים בה ולמוסדות הכנסת בכל עניני חוק ומשפט, הנוגעים לסמכויותיהם ולתפקידיהם;
4. ייעץ לכנסת ולועדותיה בכל ענין הנוגע להליכי החקיקה ויפעל להבטחת תקינותם;
5. ייעץ לחברי הכנסת בכל ענין הנוגע לכנסת והנובע מחברותם בה;
6. ייצג את הכנסת בערכאות; ואולם רשאי הוא, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, לבקש כי הכנסת תיוצג על ידי פרקליטות המדינה, או לייפות את כוחו של עורך דין אחר לייצג את הכנסת;
7. ימלא כל תפקיד אחר המוטל עליו לפי כל דין.

זה החידוש המשמעותי שהיום שיש עתירה משמעותית נגד הכנסת מי שממלא ומייצג את הכנסת הוא היועץ המשפטי לכנסת. היום יש יועץ משפטי עצמאי שלא כפוף ליועמ"ש, ויכולים להיות מקרים שיש עמדות שונות ליועמ"ש לבין היועץ המשפטי של הכנסת. חוות הדעת של היועץ המשפטי של הכנסת לא מחייבת, אך הכנסת לרוב פועלת לפיו. כשדעתו של היועץ המשפטי של הכנסת, מתנגשת עם היועמ"ש, אז חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת היא המחייבת.

**ביקורת המדינה**

יחידה זו תהיה על מבקר המדינה, הזכרנו את מוסד מבקר המדינה פעמים רבות, ולמרות שבשוטף לא נתקלים בו יש לו השפעה משמעותית על המערכת הציבורית. צריך להכיר את הכלים שיש לו והעוצמות שיכול לעשות מהם שינוי.

**חוק מבקר המדינה**

חוק מבקר המדינה חוקק ב1949 ותוקן ב1958, שלבסוף חוק היסוד יצא ב1988, שמטרתו הייתה להגן על מעמדו של מבקר המדינה.

שלבי החוק:

* 1949- החוק דיבר על ביקרות מסורתית- בדיקה שפועלים לפי החוק ובאופן יעיל וחסכוני.
* 1952- הכניסו תיקון המתייחס לטוהר המידות.
* 1980- הכניסו תיקון אפקטיביות הביצועים והערכות לגבי תוצאות הפעילות של הממשל ומדיניות.

כלומר, עם הזמן, הביקורת התרחבה מבדיקה טכנית של חוקיות הפעולות, לחיסכון ביקורת ויעלות ועד טוהר מידות ואפקטיביות ביצועים.

**יסודות ביקורת המדינה**

* חוקיות וסדירות- בדיקת חוקיותה של פעולה שעשה עובד ציבור או מי שהפעיל סמכות או הוציא כספי ציבור נועדה לברר אם היה מסמכותו החוקית לבצע את הפעולה על פי חוק ופסיקת ביהמ"ש. כלומר בודקים האם הפעולה נעשתה על ידי אותו עובד ציבור כדין, האם הפעיל סמכות שהייתה לו, שכן, הציפייה הבסיסית היא שפעולה המתבצעת תעשה על פי חוק מסמיך ולא באופן בלתי מוסמך ובלתי חוקי.
* חיסכון ואפקטיביות- בביקורת החיסכון נבדקות בעיקר התשומות שהושקעו בפעולה הנבדקת, בביקורת היעילות נבדק היחס בין התשומות לתפוקות, בביקורת האפקטיביות נבדקות התפוקות שהושגו, דהיינו האם יעדה של הפעולה אמנם הושג. ובמילים אחרות: שלא נעשה בזבוז כספי ציבור, נעשה בצורה יעילה, לא יתנו למשרד ממשלתי לקנות מוצרים יקרים בלי סיבה, בצורה המבזבזת משאבים של מדינה.
* טוהר המידות- בדיקת עמידתם של עובדי ציבור בנורמות ובכללי התנהגות מחייבים מתוקף תפקידם כנאמני ציבור, הציפייה מעובדי הציבור וכל מי שנתון לביקורת שיפעל לפי דין, שלא יפעל בניגוד עניינים, שיפעל משיקולים עניינים ולא זרים, שלא יפעל למען מקורביו, שלא יפעל למען קבלת טובות הנאה. טוהר המידות לוקח את שלל המקרים של שיקולים שהם זרים\ לא ענייניים- ניגוד עניינים, שיקולים זרים, משוא פנים, ניצול מעמד, וזה יכול להגיע אפילו עד לשוחד.
* שמירת זכויות הפרט- עוד תחום שמבקר המדינה נכנס אליו בתקופת יוסף שפירא, שמירה על זכויות הפרט- שמירה על זכויות האזרחים, בדיקה של הגופים המבוקרים בנורמות החוקתיות והחוקיות בדבר הגנה והגשמה של זכויות אדם, המתחייבות מחו"י, מההסדרים החוקיים ומפסיקת ביהמ"ש.
* ביקורת חשבונות של סיעות הכנסת וחשבונות המועמדים והסיעות לרשויות המקומיות- אם בתחילת הדרך הביקורת הייתה רק כלפי גופים ציבוריים, עם הזמן הביקורת התרחבה וניתנה סמכות למבקר לבדוק את החשבונות של הסיעות לכנסת ובהמשך של המועמדים והסיעות רשויות מקומיות. כל סיעה בכנסת מקבלת תקציב ומבקר המדינה בודק את השימוש והצרכים שהתקציב מופנה אליהם. עפ"י חוק מימון מפלגות וחוק הרשויות המקומיות (מימון בחירות).
* המטרה- להבטיח שוויון הזדמנויות בין המתמודדים ולמנוע פגיעה בטוהר המידות באמצעות ריסון הוצאותיהם ומניעת תלות בתורמים בעלי עניין, ביקורת על השימוש בכספים המוקצים למפלגות מהקופה הציבורית.
* ביקורת חשבונות שוטפים של המועמדים בפריימריז- בהמשך זה מופנה גם מועמדים בפריימריז- לפי חוק המפלגות. מפלגות שנערך בהן פריימריז על פי חוק מותר לכל מתמודד לאסוף תרומות להוציא הוצאות בסכום מסוים. יש קשר בין התרומות שמותר לו לקבל לבין ההוצאות שהוא יכול להוציא ויש הגבלה על כך. יש הוראות חוק יותר ספציפיות כמו הוראה שקובעת כי על כל הוצאה צריך להיות הסכם, איסור קבלת מזומן אלא באופן שכל הפרטים של תורם מתקבלים.

הרעיון הוא גם שקיפות מצד אחד והשני זה שוויון הזדמנויות בין מתמודדים. ברגע שניתן למתמודד בעל אמצעים גדולים גם לקבל תרומות בלי סוף וגם להוציא בלי סוף כספים הרי שכך יפגע בשוויון ובשיקולים של אותו מועמד בהמשך. בארצות הברית למשל ההגבלות יותר מצומצמת וכך חברות גדולות תורמות סכומים גדולים ומשפיעות על המועמד בהמשך. זה גם נובע מהרצון למנוע חשש שמועמדים שכתוצאה מהתרומות שהם מקבלים, הדבר ישפיע על שיקוליהם בעת שהם פועלים במסגרת סמכותם, כחברי כנסת ושרים. ניתן לשער שמועמד שנבחר וקיבל הרבה כספים מחברה מסוימת, כאשר הוא מקבל החלטות שקשורות לאותה חברה ומשפיעות עליה, הדבר יכול להיות משמעותי בקבלת ההחלטות. בארץ יש ניסיון להתמודד עם תרומות כדי להשפיע ולמנוע קידום אינטרסים. היו שיטות שניסו לעקוף את המגבלות האלה, אך עם השנים האפשרות הזאת לעקוף את ההגבלות הולכת ומצטמצמת, שהיום הדרך היחידה היא תשלום במזומן וזה כבר עבירה פלילית. אחרי כל בחירות יצא דוח מבקר המדינה שעוסק גם במפלגות וגם דוח על כל המועמדים בפריימריז בהתנהלות שלהם.

* ביקורת על הצהרות הון והכנסות שרים וסגניהם- בהתאם לכללים למניעת ניגוד עניינים בפעילותם של שרים וסגניהם. עם כניסתה של ממשלה חדשה כל הסגנים והשרים צריכים לספק דוחות הצהרות הון וגם מחויבים בהכנת ניגודי עניינים, שאלו ניתנים למבקר המדינה וגם ולעדה למתן היתרים. הועדה למתן היתרים היא הועדה שיכולה לאשר לאותו שר לעשות פעולות שבמצב רגיל לא יכול לעשות אותן. יש לה יכולת להחריג מהשרים וסגני השרים את החובות המוטלות עליהם.

**נציב תלונות הציבור**

מעבר לתפקיד מבקר המדינה כמבקר גופים ורשויות, תפקיד נוסף של מבקר המדינה זה תפקיד נציב תלונות הציבור.

ס' 4 לחוק יסוד מבקר המדינה קובע: "*מבקר המדינה יברר תלונות מאת הציבור על גופים ואנשים כפי שייקבע בחוק או לפיו; בתפקידו זה יכהן מבקר המדינה בתואר "נציב תלונות הציבור".*

נציב תלונות הציבור זה מוסד שקיים בעוד מדינות, אך ישראל היא המדינה היחידה בה מבקר המדינה מכהן גם כנציב תלונות הציבור. כדאי להכיר את המוסד הזה משום שהוא אמצעי שניתן לפנות אליו אם לא מקבלים מענה מרשויות השלטון, הוא לפעמים מגן ומסייע. דוגמא: הוצאת צווי הגנה לעובדים החושפים שחיתויות. זה מודל שהוא ייחודי לישראל והוא מאפשר לברר תלונה פרטנית.

אם מבקר המדינה פועל על פי יוזמתו ומבצע ביקורת רוחבית על מוסד מסוים, אזי שנציב תלונות הציבור מברר תלונה פרטנית של אזרחים.

**עצמאותו**

חוק היסוד בא להבטיח את עצמאות מבקר המדינה. מכיוון שהוא בוחן ובודק את הגופים שקשורים לרשות המבצעת, הרי שהוא צריך עצמאות. ולכן אומר חוק היסוד בס' 6 לחוק כי: במילוי תפקידיו יהיה מבקר המדינה אחראי בפני הכנסת בלבד ולא יהיה תלוי בממשלה. כלומר המבקר יקיים קשר עם הכנסת, יגיש לה דוחות, חשבונות וחוות דעת בתחום תפקידיו ויפרסם אותם ברבים.

למעשה הגוף היחיד שיכול לקבל החלטות זו הכנסת, הרשות המבצעת לא יכולה להתערב בהחלטות המבקר ואת הדין וחשבון הוא מביא רק לכנסת. הגוף שעוסק בהחלטות ודוחות המבקר היא ועדת ביקורת המדינה, שבראש תמיד יעמוד ראש האופוזיציה. מן הראוי שמי שיעמוד בראש הועדה שמקבלת את הדוחות ומזמינה גופים כדי להסביר, הוא חבר כנסת מהאופוזיציה ולא מהקואליציה מאחר והיא תמיד תנסה להצדיק את הפעילות שלה. בכנסת הנוכחית, וועדת ביקורת המדינה לא פועלת משום שמי שעומד בראשה זו האופוזיציה, שלא מוכנה לעבוד ולהיות בוועדות.

כשוועדת ביקורת מדינה דנה בשורה של נושאים, הדיון בוועדה במסגרתו מבקר המדינה ונציגיו מציגים את הדוח והליקויים ואותו משרד ממשלתי צריך להסביר כיצד הוא יתמודד עם זה ויתקן את הליקויים. ולכן יש פה פעילות שלא רק מבקרת אלא גם לתקן ליקויים, ואף היא כלי של האופוזיציה לנגח את הממשלה.

**פרסום הדוח**

את הדוח מפרסמים פעם בשנה, וכל פעם צריך שהמרדים יגיבו לדוח, ורק אחרי שלושה חודשים מתפרסם הדוח לציבור כולו. זה אחד המקרים היחידים שהתקשורת עומדת בכללים ולא מפרסמת את הדוחות למרות שחלק מהם כבר הגיעו לידיעתה. הדוחות ניתנים כמה ימים לפני שהתקשורת כדי שתוכל להיערך לפרסום הדוח.

**איך בנוי משרד מבקר המדינה?**

המבנה הארגוני



מה שחשוב זה שיש חמש חטיבות- חטיבה אחת שעוסקת בשלטון מקומי, מערכת הביטחון, משרדים כלליים, תחומי חברה ורווחה, משרדי ממשלה ומוסדות שלטון. החוק עצמו נקרא חוק מבקר המדינה ולא חוק ביקורת המדינה

למעשה כל הסמכויות של משרד מבקר המדינה נגזרות ממבקר. המבקר במשרד הזה הוא חצי אלוהים במובן הזה שכל הסמכויות ניתנות לידו, והדוח השנתי כולל עשרות דוחות שנוגעים לחברות ממשלתיות, המבקר עצמו יכול להחליט ואין אף אחד שיכול לקבל החלטה מלבדו. הוא הדמות הדומיננטית העליונה וכל החלטה עוברת דרכו ויכול לבטל כל החלטה של גורם אחר, הסמכות שלו היא סמכות בלתי מבוקרת.

**הגופים המבוקרים**

הגופים המבוקרים לפי סעיף 9 לחוק מבקר המדינה:

* כל משרד ממשלתי
* מוסד או מפעל של המדינה

כל אדם או גוף המחזיק שלא לפי חוזה, ברכוש המדינה.- אם אני מאיזשהו טעם כזה על פי חוק, אם אני גוף שהמדינה הקימה על מנת לנהל נכס של המדינה אני מבוקר. נפתח סוגריים ונסביר כי אדם המחזיק נתח מכוח חוזה הוא מיחסי ספק לקוח ולא חל עליו, הכוונה היא להחיל אחריות על כל אחדם שקם מכוח חוק הוחלטה של רשויות.

* כל רשות מקומית
* כל חברה ממשלתית להשלים מס' החוק- מספיק שיהיה גוף שיש בו דירקטור אחד מטעם הממשל ה- למשל הוקמה חברה בבעלות פרטית, אך מאיזושהי סיבה הוכנס סעיף שלממשלה יהיה דירקטור מטעם המדינה, אותה חברה כפופה למבקר המדינה.
* כל אדם, מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר שיועמדו לביקורת לפי החלטת הכנסת או הסכם ביניהם לממשלה- הכנסת יכולה להחליט שגוף מסוים יעמוד לביקורת, למשל- חברה קדישא, מד"א . יש עוד שתי אופציות להחיל ביקורת על גוף: 1. על פי החלטת הכנסת 2. הסכם עם ממשלה. המקרה היחיד שהיה עם הסכם של הממשלה זה קק"ל אך זה לא יצא לפועל, והיום היא כפופה למבקר המדינה רק בתחום מאוד צר שלה.
* כל חברה בת ממשלתית
* כל מפעל, קרן או גוף אחר הנתמכים ע"י הממשלה- למשל- חברות אגד ודן המקבלים סובסידיות. גוף שמגיש במסגרת התמיכות של הממשלה, הרי שגופים כאלה ברגע שהם מקבלים תמיכה מהממשלה הם נכנסים ומבקר המדינה יכול לקבוע שהם גופים מבוקרים ויכול להתחיל לבקר אותם.

ניתן לחלק את הגופים המבוקרים ל4 סוגים:

* ציבוריים- משרדי ממשלה, חברות ממשלתיות, רשויות מקומיות. הם גופים ממשלתיים השייכים לציבור ולמדינה.
* פרטיים- התמכים ע"י הממשלה.
* פרטיים- מכוח החלטת הכנסת/ הסכם.
* פרטיים- המספקים שירותים למדינה או פועלים בשת"פ עמה (ספקים, בעלי רישיונות, זיכיונות). גופים שהם לא ממש מבוקרים אבל למעשה ביקורת המדינה יכולה להתייחס אליהם. גופים פרטיים שמשתפים פעולה עם הממשלה כמו זיכיונות. אולי הם לא מבקרים אותם באופן ישיר אך יכולים להגיש מסקנות. הביקורת לא חלה במישרין עליהם, ולכן מבקר המדינה לא ירשום את שמם ויתייחס באופן מפורש, אלא רק בצורה עקיפה.

ביקורת המדינה בישראל מקובלת שהיא מהנרחבות בעולם- מדובר ב1,400 גופים מבוקרים- משרדי ממשלה, גופי ביטחון וכו. רשימת הגופים המבוקרים אינה קבועה אלא משתנה מעת לעת. יש גופים שנכנסים בגדר סעיף 9, ויש גופים שהוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת החליטה להעמידם לביקורת לאחר אישור מליאת הכנסת.

**היקף הביקורת**

לפי סעיף 10 לחוק- המבקר יבדוק אם כל הוצאה בתחום ההקצבה החוקית ולמטרה שלה נועדה של גופים מבוקרים הייתה בחיסכון, ביעילות ובטוהר המידות וכל עניין אחר שיראה בו צורך (סעיף סל).

1. האם הוצאה בתחום ההקצבה החוקית והמטרה שנועדה לה
2. אפ הגופים המבוקרים לפי ס' 9(1),2,4,5 – האם אותם גופים פעלו בחיסכון, ביעילות, בטוהר המדינות
3. כל עניין אחר שיראה צורך בו- ס' הסל. כל עניין אחר כבר הפך לקלישאה של מדיניות- האם ההחלטה הייתה סבירה או לא.

**הליך הביקורת**

לפני שנדבר על ההליך והסדר של הדברים, נשאלת השאלה איך מחליטים מי הגוף המבוקר. לפני כמה שנים יצא חוברת ארוכה של האופן שבו כללים של מבקר המדינה. כל מי שילווה גוף ציבורי בעל כורחו יתקל בסוגיות ביקורת ולכן זה הידע הבסיסי בעולם הזה. זה דבר הנדרש מעורך דין שעובד בעולמות האלה. בשאלה איך נחליט, אין תורה מיוחדת אלא יש מבקר המדינה שמנכ"לים מציגים לו תוכנית עבודה, פורסים חלוקה לפי תוכנית העבודה אך אם מידי פעם למשל קופצת כתבה קשה על גוף ורשות כזו או אחרת, גם זה יכול להתווסף לתוכנית העבודה של מבקר המדינה לשנה הקרובה

1. הודעה על עריכת סקר/ ביקורת בנושא מסוים או ללא נושא- אחרי שבוחרים מי הגוף המבוקר מפיצים הודעה על עריכת סקר.
2. **ביקורת בארגון**:
* דרישת מסמכים.
* ראיונות עם עובדים ונושאי משרה.
* כניסה למחשבי החברה- כך שבוויכוח האם הם יכולים או לא, לפי הנחיות הם יכולים.
* תלונות של חושפי שחיתויות.
1. לאחר עריכת הביקורת מכינים טיוטת דוח- לאחר כל הליך הביקורת עורכים טיוטת דוח ומעברים אותה לגוף המבוקר.
2. ניתן לארגון זמן לתת תגובה, לשכנע שממצאי הביקורת אינם נכונים (בשני סבבים)- התחיל תהליך שאם בטיוטת הדוח יש התייחסות ספציפית לעבוד מסוים, אז ניתנת טיוטה לכל עובד שעלול להיפגע כדי שיוכל להגן על עצמו ולהגיב לפני שיוצאת טיוטה מלאה.
3. הוצאת דוח סופי- הוצאת דוח סופי שמסירתו לרוה"מ ופרסומו 3 חודשים לאחר מכן. במהלך שלושת החודשים בכל גוף המנכל צריך להקים ועדת ליקויים שתתקן אותם ותגיב איך תיקנו את הליקויים.
4. תיקון ליקויים ויישום המלצות הביקורת.

**השפעת הביקורת**

כל מבקר בא עם העולם שלו והשוני בין המבקרים משפיע על כל עולם הביקורת. עד למבקר המדינה לינדנשטראוס מוסד מבקר המדינה ההשפעה שלו הייתה מינורית והבדיחה תמיד הייתה שהשימוש הכי וטוב בדוח מבקר המדינה זה כמעצור בדלת. שנים שביקורת המדינה נחשבה לא חשובה, קו פרשת המים היה מינויו של לינדנשטראוס למבקר המדינה, שבכהונתו שנקט ב2 הליכים:

* פרסום שמות המבוקרים- ברגע פרסום השמות, הדבר פוגע בשמו הטוב וביכולת הקידום במערכת הציבורית.
* שימוש נרחב בסעיף 14(ג) לחוק מבקר המדינה- "העלתה הביקורת חשש למעשה פלילי, יביא המבקר את העניין לידיעת היועמ"ש, ורשאי הוא לעשות כן אם העלתה חשש שנעברה עבירת משמעת עפ"י כל דין". דוח ביקורת כזה גם יכול להוביל לפנייה ליועמ"ש וחקירה פלילית, ולכן כשבתוך דוח הביקורת רשום כי יש חשש לפגיעה בטוהר המידות, ניתן להביא זאת ליועמ"ש על מנת שתיפתח חקירה.

**מה תפקידו של בית המשפט בביקורת המדינה?**

בג"צ טרנר נ' מבקר המדינה

פס"ד טרנר הוא פס"ד הכי חשובים בעולם זכויות מבוקרים.

רקע עובדתי: לפני שהיה ראש עיר שימש כמפכ"ל. ביקשו לתת דוח וחוות דעת על הנושא הזה, היא כתבה חוות דעת מפורטת שלפי דעתה טענתו של טרנר לא מקובלת, היא כתבה חוות דעת חד צדדית בלי שנתנה לו להתגונן. מבקרת המדינה טענה כי טרנר לא דובר אמת. לטענתו, נפגעו זכויותיו כי לא אפשרו לו לקבל את כל החומרים.

ביהמ"ש- אחרי שבית המשפט מסביר שיש למבקר הרבה חופש פעולה, הוא קובע כי ביהמ"ש לא יושב כערכאת ערעור על דוחות מבקר המדינה, מנגד חלים גם על המבקר ונציב תלונות הציבור כללי יסוד של המשפט המנהלי, וכפועל יוצא פיקוחו השיפוטי של בג"ץ.
אם המבקר מתייחס לניהול תקין וחיסכון ופוגע באדם, זו פגיעה קטנה וזכות הטיעון והעיון לא עומדת לנפגע באופן נרחב. אבל אם נושא הביקורת הוא טוהר מידות, ערך כבוד האדם נפגע במלוא משמעותו ולכן נדרש לתת לנפגע את מלוא זכות הטיעון והעיון כדי לאפשר לו להגן על שמו הטוב. במקרים כאלה צריך לתת למבוקר את האפשרות להגן על עצמו, הוא צריך להגיב ולראות את כל החומרים שעל פיהם מסתמך המבקר כשהוא כותב את הטיוטה.

ההלכה היא שאומנם בית המשפט לא מהווה ערכאת ערעור, אך ברגע שנפגעו זכויות המבוקר וחוות הדעת מטילה כתם משמעותי על יושרתו ואופיו של העובד, הי שבכך יש פגיעה בכבוד האדם ולכן חוות הדעת לא ערכאת ערעור. בית המשפט לא מחליף את שיקול הדעת אלא את ביצוע ההליך עצמו.

פס"ד נכון לא רק למבקר המדינה אלא לכל הליך ביקורת שהוא. לכל הליך ביקורת יש למבוקרים את הזכויות שלהם ופס"ד מהווה אבן יסוד בנושא הזה.

בג"צ רות בלום דוד

בג"צ כנגד פרקליטת המחוז בשל ביקורת בהוצאת חומרים לנאשם. הוצאת הקלטות באופן לא תקין. היא טענה שהייתה חריגה מסמכות של המבקר וטעה בהחלטותיו.
ביהמ"ש- ביהמ"ש אינו ערכאת ערעור לביקורת המדינה. גם אם יש טעות בביקורת, הוא לא מתערב אם היא לא מאוד משמעותית. בית המשפט אומר כי גם אם יש טעויות הוא לא מתערב בהחלטתו.

**עד כמה דוח המבקר מהווה ראיה?**

הכוח העצום של המבקר מעוגן בס' 30 לחוק. סעיף 30 לחוק המבקר- דוחות, חוות דעת או כל מסמך שהכין המבקר לא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי או משמעתי. בנוסף, הודעה שנתקבלה אגב מילוי תפקידו של המבקר, לא תשמש ראיה.

הדבר בא כדי לאפשר לעובד שמרואיין או נחקר על ידי מחקר מבקר המדינה, לתת את כל המידע שיש לו ולא לחשוש שהמידע שהוא נותן יהווה ראיה כנגד המשרד. המטרה היא שההליך יהיה יעיל והאנשים יתנו את כל המידע שיש ברשותם על מנת לייעל את המערכת. ולכן גם אין פה את ההגנה של הפללה עצמית שיש במשטרה.

בג"צ אלון דוידי

עתירה נ' ניגוד עניינים בפיתוח כיפת ברזל. לא היה ניתן לעשות בראיות שימשו משום שהם היו במסגרת ביקורת מבקר המדינה.
ביהמ"ש- טענת ניגוד העניינים של העותרים מסתמכת על דוח המבקר. סעיף 30 נקבע מפורשות די דוחות או כל מסמך של המבקר לא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי.

פס"ד קונדיטוריה שפיק

סייג פס"ד דוידי ניתן בפסד המחוזי קונדיטוריה שפיק.
אומנם ביהמ"ש לא יכול לקבל את דוח המבקר כראיה, אך הוא יכול לקבל שההוראה לא חלה על הליכים שעניינם יישום המלצות המבקר. משמע, אם ארגון לא יישם את המלצות דוח המבקר, ניתן להשתמש בדוח הביקורת כעילה להתרשלות.

בית המשפט עושה הבחנה בין מה שכתוב בדוח מבקר המדינה לבין המלצות. כל מה שכתוב בממצאים של דוח ביקורת לא יכול לשמש ראיה, אך בהמלצות לתיקון הרי שחייבם לתקן, מהרגע שלא תוקנו אי יישום ההמלצות עצמן בזה ניתן להשתמש כראיה, שהרי זה מצביע על רשלנות.

סיכום ההשפעה

* גופים ציבוריים- פגיעה באפשרויות קידום של נושאי משרה ובפעילות הגוף המבוקר. כאשר מדובר בגופים ציבוריים, נושא תפקיד כאשר הוא מגיש מועמדות לתפקיד יש קטגוריה שדורשת האם שמו נזכר בדוח מבקר המדינה, שיפגע באופן משמעותי לסיכויים שלו להיבחר לתפקיד.
* גופים פרטיים נתמכים- צמצום התמיכה, נקיטת אמצעים ע"י הממשלה והקשחת תנאי ההסכם בהמשך.
* גופים פרטיים- נקיטת צעדים ע"י הממשלה כגוף, אותו גוף ופגיעה בסיכויי התקשרות בעתיד.

הפיכת הביקורת להזדמנות לפי דוח רשות הגז הטבעי- "הרשות נדרשת לסייע לחברות בשלבי תכנון מוקדמים, ובכלל זה במגעים שהן מקיימות.. וכן לקבוע באופן מוסדר את הסיוע שתיתן בתהליך התכנון.." למרות שזה גוף לא מבוקר ניתן לנקוט באמצעים כתוצאה מהביקורת.

ביקורת של מבקר המדינה היא אירוע משמעותי בחיי החברה בין אם היא הגוף המבוקר ובין אם יש לה מערכת יחסים עם גוף המבוקר. ולכן הפועל היוצא הוא שיש להיערך לביקורת.

**מכרזים**

נדבר ביחידה זו על מכרזים, אין כמעט אזרח שלא שמע את המילה מכרז. כעורכי דין כמעט בכל תחום שנעבוד נתקל במרכזים, וזאת משום שהמדינה והרשויות המקומיות, תאגידים כל הגופים הציבוריים על מנת להתקשר (בין אם זה קנייה או מכירה, פרויקטים) באמצעות מכרז. בתור עורכי דין תמיד נתקל בסוגיית התקשרויות, ואז גם סוגית המכרז תעלה- האם יש חובת מכרז, האם יש פטור, מה כללי המשחק של המכרז. ההסכמים של הרשות המבצעת רובם מתבצעים באמצעות מכרז. נדבר גם על המקרים בהם קיימים פטור בהליך מכרז, אבל גם בהם יש הליך תחרותי המחליף את המכרז, שרק במיעוט המקרים אין מכרז בכלל.

**מהו מכרז?**

מכרז הוא הזמנה לתחרות מאורגנת, המנוהלת עפ"י כללי משחק שנקבעו מראש. המיוחד במכרז שיש פה עירוב של כללים מהעולם הפרטי (שהרי יש התקשרות עם גוף כזה או אחר, עושים הסכמים שצד אחד אמור לתת שירות, למכרו טובין והצד השני צריך לשלם, על חלים כללים מהעולם הפרטי), ומהצד השני כללים של העולם הציבור, מאחר וזו תחרות מאורגנת שמאגן אותה הגוף הציבורי שכפוף לכללי המשפט הציבורי. בשפה המשפטית, במכרז יש דואליות נורמטיבית- חלק מהעולם הפרטי לעולם הציבורי. המכרז הוא בשלב הטרום חוזי, ולכן הוא כולו כפוף לכללי המשפט המנהלי. כללי משחק יכולים להיות מחיר, איכות וכדומה.

בג"צ אינווסט אימפקט- המכרז הוא בעצם סוג של הזמנה לתחרות מאורגנת עם כללי משחק מאורגנים. לקראת כריתת חוזה עם המזמין. המאפיין את המכרז הוא קיומה של תחרות מאורגנת, שבה מתבקשות ומתקבלות הצעות הנבחנות זו כנגד זו תוך תחרות חופשית ביניהן. מטרת המסגרת היא השגת הצעות הראויות ביותר, תוך שמירה על עקרונות יסוד של שוויון, הגינות וטוהר המידות.

**יתרונות הליך מכרזי**

* מאפשר השגת הצעה מיטבית עבור המזמין- ברמה עקרונית זה נכון אך זה לא תמיד עובד.
* שמירה על טוהר המידות של המזמין בעת בחירת ספק- אם אני היום ראש עיר, אז לא ניתן לקבל החלטה לבחור את השכן שלי הקבלן, אלא עושים תחרות מאורגנת עם כללי משחק. יש הרבה אפשרויות לעקוף את המכרז, אך אם יש בקרה ראויה ונאותה וניתן להבטיח טוהר מידות ואי בחירת מקורבים.
* נותן הזדמנות שווה לספקים להשתתף בפעילות העסקית במשק- הממומנת ע"י רשויות המנהל. מאפשר לכל אחד להשתתף במכרז, ברור שאין פה באמת שיוויון מוחלט מאחר והמכרז מתבסס על מדדים של איכות, ניסון רב ולכן יש לשחקן חדש חיסרון, אך זה נותן אפשרות כלל אחד להשתתף אם הם עומדים בכללי המשחק.

**התפתחות דיני המכרזים בישראל**

בשונה משאר עולם המשפט, שדיניו נלקחים מחו"ל והם כבר קיימים מאות שנים, דיני המכרזים נחשבים כדין צעיר בעולם, בזמן שמדינת ישראל בעניין הזה היא יחסית מתקדמת. עשרות השנים שהמכרזים קיימים בארץ ויש הרבה מאוד פעילות בתחום הזה. ובעצם זה אירוע שהתפתח רק בעשרות השנים האחרונות, כשלפני מאה שנה לא היו מכרזים גם במדינות מבוגרות.
עולם המכרז למרות שהוא לא עולם מסובך, אין הרבה תקנות והכללים מאוד ברורים, אך למעשה יש כמעט אינספור מקרים שאין להם תשובה. כמה שהנושא לא מורכב יותר מידי, מגלים בעולם האמיתי שאין אף מקרה דומה למשנהו ותמיד נתקלים בשאלות שאין להן תשובה בספר. ולכן זה ענף שעדיין בעיצוב.

בעבר מכרזי הרשויות מנהליות בישראל, לא היו כפופים להסדר חקוק, אלא חובת מכרז הייתה באמצעות נוהג ופסיקת בית המשפט הגבוה לצדק. זה נבע מהרצון לתת לגופים להשתתף ולהתחרות תוך הגשמת עיקרון השוויון. ודוק: לא היה חוק והמכרזים היו נוהג של הפסיקה.

בג"צ בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות- שר החקלאות הוציא מכרז לבית אריזה. בג"ץ דן האם יש לו סמכות לדון בנושא או לא, והגיע למסקנה בגלל שאנחנו דנים בשלב הטרום חוזי, אנחנו בעולם שחל עליו כללי המשפט המנהלי. ומשנת 1991 בג"ץ החל לדון במכרזים של גופים ציבוריים. שלב המכרז הוא שלב שחל עליו העולם הציבורי, ואם נקבע הסדר וחוזה נימצא בשלב החוזי. עד לפני זכיית המועמד אנחנו במשפט המנהלי ולכן מי שגן הוא בגץ, אחרי שאדם זכה במרכז ונקבע הסכם, הרי שבמקרה הזה פונים לבית משפט אזרחי וחיים כבר בעולם הפרטי.
עפ"י חישובי משרד החקלאות בית אריזה יכין הציעו במכרז הצעת זולה יותר מרחובות, והיא זכתה. בית אריזה רחובות גילה שהצעתו זולה יותר, למרות זאת וועדת המכרזים הותיר האת ההחלטה. שאלה משפטית- האם בג"ץ הוא הכתובת לדיון על ערעור החלטת וועדת המכרזים? מה הדין? ביהמ"ש- ביהמ"ש רשאי להתערב ולתקן את המעוות. הוא יגיש את עזרתו לאזרח הנפגע בכל מקרה של הפליה פסולה. הפעולה היא מעין ציבורית ולכן המכרז ואופן הטיפול בו הוא בשטח המשפט הציבורי.

1. בשנים 1961-1991

 בג"ץ טיפל בכל התיקים הנוגעים למכרזים. עד שנת 1991 בג"ץ טיפל בכל המקרים של עתירות מכרזים.

1. בשנים 1991-2000

העברת הטיפול לביהמ"ש אזרחי. החלוף השנים מ1961, התרחשו שינויים שהובילו את ביהמ"ש העליון לגישה חדשה, שהצדיקה לשנות את ההחלטה שלו מ1961. לכאורה יש תקדים מחייב ולכן ביהמ"ש לא יכול לשנות את החלטתו, עם זאת, פסק דין של בית המשפט העליון הוא מחייב, אך הוא לא מחייב את עצמו. למדנו את זה במקרים של החלת כללי המשפט המנהלי, בית המשפט לפעמים מרחיב ומשנה את ההחלטות שלו.
ב1991 בפס"ד פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון, בית המשפט העביר את נושא המכרזי לבית המשפט המכרזי.

בג"ץ פסטרנק נ' שר השיכון והבינוי- מכרז לאספקת מגורונים. ביהמ"ש- סמכות הדיון בסכסוכים בעניין אזרחי הוא ביהמ"ש אזרחי, ולכן אין סיבה שגם השלב הטרום חוזי ידון שם. יש הרבה סיבות שבג"ץ החליט שהוא דן במכרזים, אך מכאן ואילך מי שידון אלו בתי המשפט המחוזיים.

הסיבות- למה בג"ץ העביר לבתי משפט מחוזיים?

* בג"ץ לא מוסמך לדון בתצהירים.
* ביהמ"ש אזרחי מוסמך להעניק פיצוי כספי לנפגע, לצד סעדים הצהרתיים.
* יש עומס עבודה על בג"ץ וירד משקל דיני מהכרים לאחר שנקבעו הנורמות הבסיסיות.
1. שנת 2000

ב1991 נחקק חוק חובת מכרזים, וחוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים מהווה נדבך משמעותי בתהליך הארגון מחדש של מערכית ביהמ"ש בארץ.

**חוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים**

ביהמ"ש לעניינים מנהליים קיבל סמכות לעסוק בהרבה עניינים שהיו מסורים בעבר לבג"ץ. חוק זה העביר הרבה מהנושאים לדיון אצל בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט לעניינים מנהליים. מטרתו היא להסמיך את ביהמ"ש מחוזיים לטפל בעניינים שעד כה נידונו בבג"ץ.

* "עניינים מנהליים"- עניינים הנוגעים לסכסוכים בין אנשים פרטיים לרשויות, הכולל את רשויות המדינה, מקומיות וכן ממלאי תפקידים ציבוריים עפ"י דין.
* התוספת הראשונה לחוק- קובעת מהן ההחלטות שביהמ"ש לעניינים מנהליים ידון בהם, למשל- ארנונות, החלטות מועצה דתית, רשם החברות, רישוי עסקים וכו'. כמו כן הגדרת מכרזים מופיעה בתופסת הראשונה.
* "מכרזים"- ענייני מכרזים של גוף או רשות.. וענייני מכרזים של רשות מקומית שעניינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה, לרכישת שירותים וכן מכרזים לעניינם מתן רישיון/זיכיון לפי דין. אם חוק המכרזים חל עליהם הרי שידונו בבתי משפט מנהליים, והם הגופים ש: מדינה, רשות מקומית, תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופ"ח, ומוסד להשכלה גבוהה.

מכרזים ציבוריים של גופים כגון:

* המדינה
* רשות מקומית
* תאגיד ממשלתי
* מועצה דתית
* קופ"ח
* מוסד להשכלה גבוהה
* לגבי תאגיד מקומי נאמר כי זה יחל רק אחרי חקיקת החוק. יחד עם זאת, פרוקצ'יה קבעה כי הפרשנות של החוק אומרת שהחוק לא חל עליהם, הרי שבגלל כוונת החוק יש להחיל עליהם חובת המכרז, וכל תאגיד עירוני יבסס נוהל שיחייב אותו לחובת מכרז. שרת הפנים בעקבות בג"ץ התקינה תקנות שהונחו לוועדת חוק ומשפט. משרד הפנים התחיל לחייב תאגידים לפעול לפי חובת מכרז וזאת באמצעות כל שהתאגיד יכניס את החובה לתקנות שלו.

גופים שאינם כפופים לבית משפט לעניינים מנהליים למשל: גוף פרטי שמוציא מכרז, במקום שבו ניתן יהיה לקיים הליך שיתבררו טענות כנגד מכרז זה בבית משפט מחוזי, מתוך הסמכות השיורית.

לפי חוק בתי המשפט לעניינים המנהלייםשווי המכרז הציבורי לא רלוונטי, גם אם הוא נמוך מ2.5M ₪ הוא ידון בביהמ"ש לעניינים מנהליים. החוק חל על מכרזים ציבוריים, לגבי מכרזים פרטיים אין לביהמ"ש לעניינים מנהליים סמכות לדון בהם אלא היא נתונה לביהמ"ש אזרחי בהתאם לשווי התובענה אתה תמיד תגיש את זה לבית משפט לעניינים מנהליים למרות שהמחוזי עוסק בתביעות סכום כזה מסוים. ולכן זה תמיד יוגש לבתי משפט מנהליים בלי התייחסות לשווי המכרז.

**מתי בכל זאת בג"ץ מעורב בענייני מכרזים?**

בית משפט לעניינים מנהליים לקח מבג"ץ את הסמכות, יחד עם זאת, לבג"ץ עדיין יש סמכות אך הוא כמעט ולא עושה בה שימוש. יש מקרים שהפנייה לא תהיה לבית משפט לעניינים מנהליים- כמו עצם ההחלטה לצאת למכרז או לא, זה כבר לא בדיני מכרזים אלא החלטה של שר וגוף משפטי שמחייבת עתירה לבג"ץ ולא פנייה לבתי משפט לעניינים מנהליים, רק ברגע שיצא מכרז אז נדבר על בית משפט לעניינים מנהליים.

* עתירה שעניינה החלטת שר או ממשלה לצאת למכרז.
* כשהנושא מעורר בעיה משפטית קשה וחשובה.
* כשאין הלכה פסוקה בנושא.
* סמכות שיורית של נושאים שאינם מוזכרים בתוספת לחוק.
* בכל הנושאים שהסמכות לדון בהם הועברה לביהמ"ש לעניינים מנהליים, נותרה לבג"צ סמכות מקבילה.

**המסגרת החקיקתית**

* חוק חובת מכרזים 1992.
* תקנות חובת מכרזים 1993.
* תקנת העריות (מכרזים)
* פקודת העיריות- סעיף 197 "לא תתקשר העריה.. אלא עפ"י מכרז פומבי"
* תקנות חובת מכרזים (העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית)
* תקנות חובת מכרזים (התקשרויות מוסד להשכלה גבוהה)
* תקנות חובת מכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון)

בהערת אגב, שר המשפטים הוציא תסקיר שרוצה לעשות שינוי משמעותי לתקנות העיריות.

**עקרונות דיני המכרזים**

סעיף 1(א) לתקנות חובת מכרזים- *"גוף ציבורי יערוך מכרז.. באופן שקוף ככל הניתן בנסיבות העניין, הוגן ושוויוני, המבטיח את מרב היתרונות לגוף הציבורי"*. לגבי גופים דו מהותיים- הם כפופים לדואליות נורמטיבית של כללי משפט מנהלי ופרטי.

* עקרון השוויון- כולם שווים בפני המכרז, אלא אם המכרז קובע עדיפות לבעל ניסיון וכדומה.
* עקרון הגינות- מניעת שחיתות ומשוא פנים.
* עקרון יעילות כלכלית- בחירת ההצעה הטובה ביותר.

העיקרון החשוב ביותר מבין ה3- עקרון השוויון. העיקרון המוביל במשפט הישראלי הוא עקרון השוויון, נראה את זה בעיקר באספקה של ערבויות בנקאיות. שלושת העקרונות חשובים- יעילות כדי להצעה הכי טובה, הגינות כדי לא להביא למקורבים, ועיקורן השוויון כדי שתהיה תחרות הוגנת.

פס"ד מ.נ.ע.ר- המדבר על הדואליות נורמטיבית זו המאפיינת את המכרז הציבורי נובעת מאופיו הייחודי.. יש בו כדי להגשים את המטרות שלשמן נועד של עיקרון השוויון, שמירה על טוהר המידות ומניעת משוא פנים ושחיתות, בצד שאיפת הרשות התקשר בעסקה כלכלית מיטבית תוך התנהלות יעילה החוסכת בכספי הציבור.

פס"ד י.ת.ב**-** בית המשפט בפס"ד אומר כי עקרון השוויון הוא העקרון החשוב ביותר.

כלל עיקרון השוויון בעל מעמד בכורה, והוא נתפס "כנשמת אפו של המכרז הציבורי". לכן ביהמ"ש נוהג להעדיפו גם במחיר של ויתור על השגת תוצאה כלכלית מיטבית במקרים של התנגשות בין העקרונות. הרציונל- פגיעה בשוויון אולי יש בה תועלת כלכלית לטווח קצר אך היא עלולה לגרום לנזק כלכלי וחברתי לטווח הארוך, ואם יפקידו על השוויון יגבר אמון הציבור ותעודד השתתפות במכרזים ציבוריים.

דוגמא- גוף זכה במכרז, שהציע במחיר גבוהה ויקר יותר, ועדיין הוא זכה, בגלל טעות בערבות בנקראית, ובית המשפט קבע כי בגלל הטעות זה פגע בעיקרון השוויון. זה בא להדגים עד כמה בית המשפט עקרון השוויון חשוב יותר משאר העקרונות.

**האם היתרונות של המכרז שקולים כנגד החסרונות שלו?**

סיבות לחייב את הרשות לערוך מכרז

* כספה של הרשות הוא כספי האזרחים והיא מנהלת את ענייניה לטובת הציבור ולא כדי להרוויח כסף.
* הרשות כגוף ציבורי, אין לה משל עצמה כלום וכל פעולותיה נעשות בשם הציבור ועבורו. לכן, כנאמן הציבור הרשות צריכה לבחור בהצעה הטובה ביותר דרך מכרז.
* גוף ציבורי צריך לתת הזדמנות שווה לכל מי שמעוניין לעבוד מולו. זו החובה שלא להפלות, שמאפיינת גופים ציבוריים ולא חלה על חברות פרטיות.

חסרונות המכרז

* שיטה מסורבלת יחסית עם כללים נוקשים, לכן נמשכת זמן רב ועלותה גבוהה יחסית.
* בעיות התארגנות של השוק מול המכרז גורמת לכך שההצעה הזוכה היא לא בהכרח המשתלמת ביותר- חבירה או תיאום מחירים של מתחרים. יש סיבות שהצעה שבסוף זוכה היא לא ההצעה לא הכי משתלמת.
* במקרים רבים גם לאחר ההחלטה על הזוכה, פונים מציעים אחרים לביהמ"ש דבר שמייקר את ההליך. תמיד ניתן לחטוף עתירה, להגיע לבית משפט וזה יכול להאריך את האירוע בלא מעט זמן.

במהלך השנים עשו תיקונים לחוק חובת מכרזים: כמו ס'סעיף 2א לחוק חובת מכרזים- *"עורך מכרז לא יקבע תנאי להשתתפות של מציע המכרז, אלא אם כן התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז".* תנאי סף למכרז- צמצום מספר המשתתפים באופן משמעותי. לכן המחוקק קבע שלא ניתן לעשות תנאי השתתפות אלא אם זה נובע ממהות המכרז. על מנת למנוע כל מיני התחכמויות, המחוקק קובע כי די למנוע מצב שבו מונעים מאחרים להשתתף במכרז, יש תוספת המבררת מה תנאי הסף שניתן להוסיף לחוק.

**פטור מחובת מכרז**

למרות שיש חובת מכרז יש מקרים בהם יש פטור, עם כי בית המשפט אומר כי נקודת המוצא היא שיש חובת מכרז. כלומר אם יש פטור מפורש בית המשפט יפרש בצמצום לאור עקרון העל- שיש חובת מכרז.

בג"ץ אריאל- נקודת המוצא הפרשנית- גם כשיש פטור מפורש, ביהמ"ש יפרשו בצמצום לאור עקרון העל שקיימת חובת מכרז תמיד.

סעיף 3 לתקנות חובת מכרזים- מונה רשימה של 34 סעיפי פטור שבמקרים הללו אין חובת מכרז. פטור ל34 מקרים מחובת מכרז, ביניהם:

1. גוף ציבורי שהתקשרות ששוויה אינו עולה על 50K ₪- כדי למנוע חילוק פרויקט לחלקים של 50K ₪, לכן אם מתקשרים עם ספק במשך שנה בסכום מעל ל100K ₪ הפטור יחול. בחברה ממשלתית- פטור עד 200K ₪. בנוהלי המכרזים הפנימיים- יכולת לבצע רכישה בלא מכרז היא מצומצמת יותר.
2. התקשרות הנדרשת בדחיפות- כדי למנוע נזק נדרש אישור וועדת הפטור המשרדית. למשל במשרד מסוים היה פיצוץ של דוד וצריך לתקן מהר, ולכן ברור שלא נחכה למכרז אלא תהיה פנייה דחופה ללא מכרז.
3. ספק יחיד- לפעמים יש ספק יחיד שרק הוא נותן את השירות, אך לפעמים שי לפנות והציג מודעה כדי שתביא עוד אנשים.
4. התקשרות בעסקה שעריכת מכרז עלולה לפגוע פגיעה מהותית בביטחון המדינה.

עילות הפטור הינן סכום נמוך, דחיפות וספק יחיד (נדרש לקבל חוות דעת שהוא אכן הספק היחיד למוצר/שירות המבוקש).

**הוראות התכ"ם- תקנות כלכלה ומשק**

תכ"מ הם תקנות כלכלה ומשק, הוראות של החשב הכללי, הן הנחיות שניתנות למשרדי הממשלה כיצד לפעול בנושאים כלכלים. אלו סוג של הנחיות פנימיות ויש התייחסות לפטור. כלומר גם כאשר יש פטור בתקנות עדיין יש לבדוק את הוראת התכ"מ שמהוות הנחיות פנימיות של הרשות, על כל הכרוך בכך.

הוראות החשב הכללי, שיכול לקבוע תקנות נוספות לגבי חובת מכרז.

**סוגי המכרזים**

1. מכרז פומבי
* מכרז פומבי רגיל- כל אחד יכול להשתתף במכרז.
* מכרז פומבי מוגבל- מכרז ממוכן מהיר או מכרז פומבי שמנוהל בו מו"מ עם מציעים במכרז.
1. מכרז סגור- בו הפנייה לקבלת הצעות מופנית לספקים מסוימים בלבד. רשות יכולה להקים לעצמה מאגר ספקים. לא נפתח לכל הציבור ולא מפרסם באינטרנט, אלא פונה למספר מסוים של ספקים ורק אליהם. פנייה לקבוצה ממצמצת ולא לכל הציבור.

**שלבי המכרז**

1. שלב הכנת המכרז עד פרסומו
2. פרסום המכרז, רכישת מסמכים, הבהרות והגשתם
3. שלב פתיחת ובחינת הצעות- אחרי שהמשתתפים הגישו את ההצעות שלהם, פותחים את הצעות ובוחנים אותן
4. המלצות הוועדה- אם זה לא מכרז רק כספי אלא איכות, שיש גורמים מקצועיים שנותנים מיקוד. וועדת המכרז בוחרת מיקוד ובחורת את החוזה.
5. בחירת הזוכה- מעבר מהמשפט המנהלי אל דיני החוזים.
6. חתימת ההסכם

 **שלב ראשון- הכנת המכרז עד פרסומו**

השלב הראשון של הכנת המכרז עד הפרסום הוא מחייב כמה שלבים, שכל אחד מהם הוא עולם ומלואו:

1. התהליכים המקדמיים בהכנת מכרז;
* הרשאה תקציבית והגדרת הצורך- מי שרוצה את המכרז צריך להגדיר מה רוצים במסגרת המכרז.
* מומחים ויועצים- שמסייעים לחברה בקביעת האיכות/ תנאי הסף. בחירת יועצים שילוו את המכרז
* הכנת האומדן- אומדן לה שווי המכרז כדי לבחון האם יש הצעה גבוהה או נמוכה מידי.
* הגדרת דרישות הסף- תנאים להשתתפות במכרז. התוספת קובעת מהם התנאים האפשריים, למשל- לא יעלה ותק מעל ל5 שנים אלא אם הפרויקט יוצא דופן ונדרש לנמק את ההחלטה. למשל בניית בית ספר אומר כי נבחר רק מי שיש לו ניסיון של בניית שלושה בתי ספר וכו.

רק מי שעובר את הסף של מחיר + איכות נכנס למכרז, ואז משם בוחנים את איכות המתמודדים. את על מנת שרק מתמודדים איכותיים יכנסו ולא רק הזולים ביותר.

* הגדרת דרישות המשקל, אמות מידה להכרעה במכרז- קביעת תמהיל לשקלול ולבחינת הצעות.
1. הכנת ועריכת מסמכי המכרז**;** צריך לראות מה החוזה שזוכה המכרז יידרש לחתום עליו. ברגע פרסום המכרז החוזה סגור + הצעת משתתף במכרז וכולל מחיר, לו"ז, אחריות, מפרט טכני, נוסחי ערבויות בנקאיות וכו'. זאת על מנת לא לעכב את הפעולה ולא לפגוע בעיקרון השוויון. צריך לכלול את עיקרי המכרז. בדרך כלל מכרזים גדולים כוללים מאות עמודים.
* החובה הנורמטיבית והיקפה
* תוכן הפרסום הנדרש
* סוגיות הפרסום המכרז.
1. הגשת ההצעות למכרז; עוד לפני שלב הגשת ההצעות יש כמה דרישות. במקום שיש תיבת מכרזים יש חובה להגיש את ההצעה עד לזמן נקוב. יש מקרים שניתן לשלוח הצעה בדואר/מייל.
ההצעה תכלול:
* *עמידה בדרישות הסף*
* *ערבות בנקאית*- למה נדרשת ערבות בנקאית? ערבות בנקאית- לכתב ערבות 4 תכליות;
1. מקור כספי לשיפוי עורך המכרז- דמי רצינות (שלא יזכה במכרז ולא יבצעה). הערבות הנקאית היא סוג של פיצוי לגוף שעושה את המכרז, וגם סוג של התרעה כלפי כל אחד מהמשתתפים במכרז שיגיש הצעה אך יברח מהמכרז.
2. להבטיח איתנות פיננסית של המציע.
3. להתריע מציעים מקשירת קשר ביניהם.
4. להבטיח את רצינות המציע וגמירת דעתו.
הערבות זה המקום הכי מובהק לעקרון השוויון. יכול להיות שתהיה ערובת בנקאית שעל פי המכרז נדרש כי הערבות תהיה צמודה למדד, ופתאום הבנק הוציא בנקאות וקובע על פי מדד של חודש אחר, בית המשפט יפסול את ההצעה כי יש כאן פגיעה בעקרון השוויון.

פס"ד חופרי השרון- פגם הערבות יש בו בדר"כ כדי לפסול הצעה, וזאת מבלי שיהיה צורך לבחון את פשר הטעות או כוונת המעורבים.

פס"ד אפקון- פגם בערבות יש בו כדי לפסול הצעה, משום שעקרון השוויון בין המתחרים מחייב שוויון בדרישת הערבות, ופגם בה משמעותו פגם מהותי, הפוגע בעקרון יסוד של דיני מכרזים, ולכן דינו פסילה. נקבע שלערבות הבנקאית חשיבות משמעותית וכי יש קשר הדוק בינה לבין יסודות דיני המכרזים. לכן תנאי המכרז מחייב הפקדת ערבות מהווה תנאי חשוב ומהותי, שיש למלא אחריו בשוויוניות ובדקדקנות.

אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המוצעה המקוימת

באותו מקרה המציע הגיש ערבות של 10 מיליון וחמש מאות אלף שח, בקצת, ובית המשפט העליון אומר שאפילו שהערבות יותר טובה הוא פוסל את ההצעה, משום שזה פתח לפגיעה בשוויון במשתתפי המכרז. יחשבו שאולי יש לו יכולת כלכלית יותר גבוהה, ובאופן עקיף יפגע בעיקרון השוויון. היום יש פסיקה שחוזרת אחורה וגם במקרה של ערבות מיטבה ועדות המכרזים בהתחלה פסלה ובית המשפט אישר את ההצעה בכל זאת.

פס"ד קל בניין- מסמכים שהוגשו בצורה מרושלת וכתוצאה מזה נפסל המכרז.

* *שאלות הבהרה*- אם נעסוק במכרזים נצטרך לקחת את חשיבות שאלות בהברה. לכל מכרז, במסגרת המועדים שהוא נותן, למשל הגשת המכרז עד הראשון ביולי בשעה בעשר, אבל ניתן להגיש שאלות הבהרה עד ה22 ביולי. לא תמיד זה כתוב שיש אפשרות להגיש שאלות הבהרה, אבל עדיין ניתן להגיש. שאלות הבהרה זה חשוב כי תשובה לשאלת הבהרה למכרז הוא חלק מהמכרז. מה שמחייב מכאן ואילך זה לא מה נרשם במקור אלא מה התשובה שניתנה בשאלת הבהרה. תשובה לשאלת הבהרה בנוגע למכרז היא חלק ממנו. כל השאלות והתשובות מפורסמות.
פס"ד נחום עמוס נ' עריית אשדוד- נקבע תנאי סף שהמציע צריך להציג ניסיון בהקמת "מבנה" בסך 20M ₪ שהוגדר "בי"ס, גני ילדים.." **שאלת הבהרה**- האם הניסיון צריך לכלול בי"ס אחד או כמה? **ביהמ"ש**- "עפ"י לשון המכרז ותכליתו.. ועפ"י הפסיקה כאשר קיימים מספר פירושים סבירים ללשון המכרז, יש להביא פרשנות המקיימת תוצאות על פני פרשנות הפוסלת אותה". לכן הגדרת מבנה הוא מספר מבנים. נקבע כי לפי הפרשנות הזאת צריך לראות בו כמי שעמד בתנאי הסף. ברגע שהמצב לא ברור הולכים לפרשנות הנתונה. הסיפור הזה מראה שתמיד כדאי לשאול שאלת הבהרה.

מניעים להגשת שאלות הבהרה

* להבהיר סוגיה שאינה ברורה.
* שינוי תנאי הסף באופן שיאפשר השתתפות- הרחבת תנאי, חריגה מהתוספת לחוק חובת מכרזים ללא נימוק, התנאי לא מתחייב ממהותו של המכרז או מאופיו, הוכחת עמידה בתנאי הסף באמצעות גורמים קשורים.
* רצון להחמיר עם התנאים ולמנוע השתתפות ספקים אחרים- צמצום פרשנות של תנאי בלתי ברור, כשיש יותר מפרוש סביר אחד יש לבחור בפרוש שמקיים את ההצעה.
* הפניית זרקור לתנאי מתנאי המכרז- על מנת להשפיע על משתתפים פוטנציאליים. למשל- אחריות הספק ללא הגבלה. לפעמים שואלים שאלת ההברה שלעיתים היא מובנת מאליה אך שואלים אותה כדי להפנות את המשתתפים האחרים אליה.
* *הצעת מחיר***-** פגמים שעלולים להוביל לפסילת ההצעה
* הצעה נמוכה/ גבוהה באופן בלתי סביר.
* אי מילוי כל הפרטים כנדרש, לרבות מחירים.
* הסתייגות מציע מתנאי המכרז.
* ניגוד עניינים, קשר פסול לחברי וועדת המכרזים.
* ערבות בנקאית
* *הסתייגויות בהצעה-* אסור שיהיו.

**שלב שני: רכישת מסמכים, הבהרות והגשתם**

**שלב שלישי: שלב פתיחת ובחינת ההצעות**

**שלב רביעי: המלצות הוועדה**

**שלב חמישי: חתימת ההסכם**

**שלב שישי: בחירת הזוכה**

**הפגמים בהליך המכרזי**

הפגמים בהליך המכרזים, יכולים להיות בכל שלבי המכרז. הפגמים נעים על ציר החל משלב הכנות לפרסום המכרז, עובר בשלב קביעת תנאיו, הגשת מסמכים, ניהול מכרז עד להחלטה בדבר תוצאותיו- אולם בפועל יכולים להתחיל קודם לכן עוד משאלת בחינת עצם קיום ההליך והתאמת אופיו לדין, ולהסתיים לאחר מכן. כל פגם יכול להופיע בכל אחד מהשלבים ומשקלו משתנה בהתאם.

**ניהול הליך משפטי בדיני מכרזים**

יש את מי שמפסיד במכרז והוא מגיש העתירה. המשיבים הם אותה חברה או גוף ציבורי שהוציאה את המכרז. הזוכה לעיתים הוא המציע השני, ויתר המציעים נוספים לעתירה שבמקרה שיפסלו את הזוכה אחד המציעים אחרים יזכו במקומו.

ההליך המשפטי מתנהל בביהמ"ש לעניינים מנהליים. יש להגיש עתירה נ' וועדת המכרזים, הזוכה והמשתתפים האחרים. העותר צריך לצרף גם את ההצעה שלו, אחרת נמנעת מהמשיבים לבחון את הצעתו.

**תפקיד בית המשפט**

ביהמ"ש לא יושב כערכאת ערעור להחלטת וועדת המכרזים. הוא מתערב בעניינים הנוגעים לחוסר תקינות ההליך המכרזי (שיקולים זרים, ניגוד עניינים, הפרת חובת שמיעה, היעדר שקיפות או כשהחלטת הועדה בלתי סבירה באופן קיצוני).

1. צורת ההתערבות- לרוב, החזרה לדיון בוועדת המכרזים, או הכרזה על זוכה במכרז, ביטול מכרז במקרים חריגים ביותר.
2. עילות התערבות- סבירות, מידתיות, פגיעה בשוויון, שיקולים זרים, ניגוד עניינים.

**חוק חופש המידע**

**תולדות חופש המידע**

אנחנו יוצאות מנקודת הנחה שחוק חופש המידע קיים מאז ומתמיד, אך לא כך הדבר, ולמעשה הוא חוקק בשנת 1988. למרות זאת, התנהלות של חופש המידע קיים לפני חקיקת החוק.

בג"ץ קלמן פיטל

פס"ד הראשון משנת 1967 שהתייחס לחובת חופש המידע. היה עותר שביקש לקבל את כוח השומה, וסירבו לו. בית המשפט קבע שני משפטים חשובים: יו"ר ועדת השומה, שאל מאיפה הסמכות בכלל לדרוש או חובה לתת את אותם מסמכים. ויתקון אומר כי "*על שאלתו של יושב ראש ועדת השומה: היכן האסמכתה בחוק המקנה לאזרח זכות לעיין בחומר שבידו? אינה במקומה. נהפוך הוא: מן הדין לשאול, היכן האסמכתה בחוק השוללת מהאזרח את הזכות לעיין בחומר, שבידיעתו יש לו ענין לגיטימי. כל "הסודיות" הזו, המקימה מחיצה ופורשת מסך בין השלטון והאזרח, לא יכירנה מקומה במינהל תקין במשטר חפשי".*
כלומר אלו המקרים שלא צריך לשאול מאיפה מקור הסמכות, אלא מאיפה הסמכות לא למסור מידע. כאן ויתקון אומר כי יש על הרשות חובת גילוי מידע.
המשפט הנוסף הוא חשוב לא רק לפס"ד אלא ככלל: *"העותר צדק בדרישתו לא רק מכיון שזכותו לעיין במסמכים נובעת מהוראות החוק, אלא - ובעיקר - מכיון שהשכל הישר וההגינות האלמנטרית ביחסי-ציבור בין שלטון ואזרח מחייבים מסקנה זו."*
כוחו של אזרח לגלות מסמכים נובע לא רק מהוראת החוק אלא מין היחסים בין השלטון לאזרח. השופט אליקים רובינשטיין אומר כי גם השכל השיר חבר במועדון, אל לחפש איפה החוק אלא לחפש את השכל הישר, יש דברים שההיגיון והשכל הישר אומרים שכך צריך לנהוג ולא צריך את החוק והמשפט בשביל זה.

חקיקת החוק

במהלך השנים ב1995 הוקמה וועדה שדנה בנושא חופש המידע ומה המידע שצריך לתת לאזרח, בעקבות הדוח, הוגשה הצעת חוק חופש המידע, והתקבלה כחוק בשנת 1998.

**סעיפי החוק**

ס' 1- העקרון החשוב ביותר בחוק הוא ס' 1 לחוק: *"לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית, בהתאם להוראות חוק זה."* החלק הזה קובע את הכלל והעיקרון של חופש המידע. בית המשפט אומר כי הכלל הוא שלכל אזרח ישראלי או תושב הזכות לקבל מידע, מידע המוחזק על ידי רשויות השלטון, ומוחזק אצלן בנאמנות עבור אזרחי המדינה ותושביה. ולכן ההנחה האי שכל מידע המוחזק ברשויות השלטון אמור להיות נגיש לפרט.

ס' 2- מתייחס להגדרות:

* מידע- *שההגדרה החשובה ביותר היא למהו מידע.  "מידע המצוי ברשות ציבורית, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב".* יש הגדרה מאוד רחבה למידע.
* קבלת מידע – "*לרבות עיון, צפיה, האזנה, העתקה, צילום, קבלת פלט מחשב או קבלת מידע בכל דרך אחרת, בהתאם לסוג המידע וצורת החזקתו".*
* רשות ציבורית– *"הממשלה ומשרדי הממשלה, לרבות יחידותיהם ויחידות הסמך שלהם; לשכת נשיא המדינה; הכנסת; מבקר המדינה, למעט לגבי מידע שהגיע אליו לצורך פעולות הביקורת ובירור תלונות הציבור; ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, למעט לגבי מידע המפורט בסעיף 79א לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969; בתי משפט, בתי דין, לשכות הוצאה לפועל, וגופים אחרים בעלי סמכות שפיטה על פי דין – למעט לגבי תוכנו של הליך משפטי; רשות מקומית; חברה עירונית; תאגיד שהוקם בחוק; חברה ממשלתית וחברה-בת ממשלתית כהגדרתן בחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, למעט חברות שקבע שר המשפטים באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; קביעה כאמור יכול שתהיה לגבי כל פעילותה של החברה, או לגבי פעילויות מסוימות; התאחדות ואיגוד, כאמור בסעיף 9ב לחוק הספורט, התשמ"ח-1988; מוסד להשכלה גבוהה שהמדינה משתתפת בתקציבו בהתאם להוראות סעיף 17א לחוק המועצה להשכלה גבוהה; החטיבה להתיישבות, גוף אחר, הממלא תפקיד ציבורי, שהוא גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9 לחוק מבקר המדינה".*
ההגדרה של רשות ציבורית היא מאוד רחבה- והיא כוללת כמעט את כל הענפים הציבוריים.

חשוב להבין את ס' ההגדרות כי הוא נותן מענה גדול לשאלות שמתעוררות בקשר לחובת חופש המידע. למשל- כשיש מידע שנותן לצד ג', הרשות מחויבת לפנות לצד ג' כלומר רשאית לפנות לרשם חופש המידע ולבקש את עמדתו. ולכן נשאלת השאלה האם מחויבים לתת את המידע או לא, בדרך כלל התשובה היא כן אבל ניתן להשחיר את המידע ולספק חלק מהמידע. השאלה מה המידע היא רחבה מאוד.

**ממונה על חופש המידע**

בכל גוף ציבורי, בראש רשות ציבורית, ימנה מקרב עבודתי הרשות ממונה על העמדת מידע לרשות הציבור ועל הטיפול בבקשות למקבל מידע ועל יישום הוראות החוק. יש ממונה בכל משרד ממשלתי הממונה על חופש המידע שהוא זה שצריך לדאוג לפניות שמגיעות למשרד לגבי חופש המידע, הוא צריך להוציא דוח שמציג נתונים לגבי פניות לחופש המידע. צריך לדעת שיש את הממונה, כי כשנפנה למשרד ממשלתי או כל דבר אחר, הוא אותו גורם שאמור לטפל בפנייה שלנו.

**ממונה**

3.    ראש רשות ציבורית ימנה, מקרב עובדי הרשות, ממונה על העמדת מידע לרשות הציבור, על טיפול בבקשות לקבלת מידע ועל יישום הוראות חוק זה.

המידע הוא לא רק מידע שעושים בו שימוש לצרכים ציבוריים אלא למידע הזה גם יכולה להיות משמעות עסקית. השימוש בחופש המידע בעולם העסקי יכול לתת הרבה מאוד מידע ולספק הרבה מאוד כוח.

תחומי אחריות הממונה- לספק את המידע, ביקורת ומעקב, נהלים פנימיים וכו.

**פרסום רשימת הרשויות הציבוריות**

4.    (א)  הממשלה תעמיד לרשות הציבור, במקום ובאופן שייקבעו בתקנות, את רשימת הרשויות הציבוריות, כאמור בפסקאות (1) ו-(8) להגדרה "רשות ציבורית"; הרשימה תכלול מידע תמציתי על תפקידיה של כל רשות ציבורית, וכן על דרכי ההתקשרות עם הממונה ועל דרכים נוספות לקבלת מידע שבידי הרשות, כנהוג באותה רשות.

ס' 4- הסעיף המשמעותי המעגן את היכולת למצוא באינטרנט מידע לגבי כל הרשויות הכפופות לחוק חופש המידע. זה מאוד מקל על קבלת המידע. יש הנחיה שרשות ציבורית תפרסם כל שנה, דין וחשבון אודות פעילותיה. אם מעניין תחום מסוים, כמו משרד התחבורה, ניתן להיכנס לאתר האינטרנט ולמצוא מידע רלוונטי.

ס' 7- קובע כי ניתן להגיש בקשה גם אם הטעם שלה עסקי. יש פס"ד שבית המשפט התערב ודחה בקשה מכיוון שזאת הייתה בקשה של מתחרה, ובית המשפט ראה בזה איזושהי התנהלות שלא תום בלב. אך היום עמדת הפסיקה היא כזאת שלא משנה מה הטעם שבגינו מגישים את הבקשה, ניתן להגיש אותה והוראות החוק חלות. יש חובה לענות על הפנייה למעט כשהסייגים חלים. לא משנה מה הטעם אף אחד לא חוקר- יש מעט מאוד מקרים בפסיקה שביהמ"ש אמר שעצם העובדה שמדובר במתחרה זה בעייתי, כשמהצד השני יש יותר מקרים שבהם נאמר שזה לא צריך להיות שיקול.

**נוהל הגשת בקשות והטיפול בהן**

7.    (א)  בקשה לקבלת מידע תוגש בכתב לממונה, או למי שהוסמך לכך על ידו; אין המבקש חייב לציין את הטעם לבקשתו.

(ב)  הרשות הציבורית תודיע למבקש המידע ללא שיהוי, ולא יאוחר מ-30 ימים מקבלת הבקשה, על החלטתה בבקשתו; ראש הרשות הציבורית, או מי שהוא הסמיך לכך, רשאי להאריך את התקופה האמורה, במקרה הצורך, ב-30 ימים נוספים, ובלבד שהודיע על כך למבקש בכתב, ונימק את הצורך בהארכת התקופה.

          (ג)   ראש הרשות הציבורית רשאי להאריך, הארכה נוספת, את התקופה האמורה בסעיף קטן (ב), בהחלטה מנומקת אשר תישלח למבקש תוך התקופה האמורה, אם בשל היקפו או מורכבותו של המידע המבוקש יש צורך להאריך את התקופה; ההארכה הנוספת לא תעלה על התקופה המתחייבת מהטעמים האמורים, ובכל מקרה לא תעלה על 60 ימים.

  החליטה הרשות הציבורית לדחות את בקשת המבקש, כולה או חלקה, תשלח למבקש הודעה בכתב שתפרט את נימוקי ההחלטה, ותיידע את המבקש על זכותו לעתור נגד ההחלטה לפי הוראות חוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000.

מה הפרודצדורה? לאחר שהוגשה בקשה לפי ס' 7, הרשות צריכה לתת תוך שלושים יום תשובה האם היא מתכוונת לתת את המידע או לא, כשברוב המקרים לא תהיה מניעה. היא יכולה להאריך בעוד שלושים יום, כמו במקרה שהיא רוצה לבדוק האם יש חובת חופש המידע או לא, האם קיים טעם לפעול אחרת. במקרים מיוחדים תינתן תקופה של עד 90 יום אך זה המקסימום. בסיום התקופה, הרשות צריכה להעביר את המידע תוך 15 יום, שאם מתברר שאין עליה חובה להעביר את המידע או שהיא לא רוצה להעביר את המידע, היא צריכה לפנות ולכתוב במפורש לפונה מה הסיבות לכך ולהודיע לו שהוא יכול לפנות לבית המשפט (ס' 7(ו)).

**סייגים למסירת מידע**

איזה מידע אפשר לא למסור? יש שני סוגים של סייגים:

1. זכות רשות בחוק (ס' 8)

באיזה מקרים הרשות רשאית לדחות את הבקשה?

1. *הטיפול בה מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה-* למשל מידע על דוחות התנועה שניתנו ב2019 לפי חלוקה לסוגי דוחות, במקרה כזה לעשות רשימה של כל הדוחות ולסווג לפי סוגים ייקח זמן רב מאוד. עם כי המחשוב של המידע מאפשר לרשות לדחות במקרים מאוד חריגים.
2. *המידע נוצר, או נתקבל בידה, למעלה משבע שנים לפני הגשת הבקשה ואיתורו כרוך בקושי של ממש.*
3. *לאחר שנקטה אמצעים סבירים, התברר לה שלא ניתן לאתר את המידע או שאינו מצוי ברשותה.*
4. *המידע פורסם ועומד לרשות הציבור או לעיונו, בין בתשלום ובין שלא בתשלום; ואולם בדחותה את הבקשה לפי פסקה זו, תודיע הרשות למבקש היכן יוכל לרכוש את המידע המבוקש, לקבלו או לעיין בו.*
5. *המידע נוצר בידי רשות ציבורית אחרת, ואין בהפניית המבקש לאותה רשות כדי להכביד הכבדה בלתי סבירה על קבלתו של המידע על ידו.*

אלה מקרים שבהם לרשות יש אפשרות לדחות את הבקשה למידע. בעוד שיש מקרים שאין ושאסור למסור את המידע.

1. מידע שאסור למסור אותו (ס' 9)

מהם המקרים שבהם חל איסור למסור את המידע? רשות ציבורית לא תמסור מידע שהוא אחד מאלה:

1. *מידע אשר בגילויו יש חשש לפגיעה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בביטחונו או בשלומו של אדם*- כאן המבחן של אי מסירת המידע הוא נמוך יותר מוודאות קרובה לפגיעה, אך גם לא מדובר על מבחן של מה בכך. יכול להיות חשש שהעברת המידע תגרום לנזק- לא חשש בוודאות קרובה ולא כל חשש קטן.
2. *מידע בנושאים ששר הבטחון, מטעמים של שמירה על בטחון המדינה, קבע אותם בצו, באישור הועדה המשותפת;*
3. *מידע שגילויו מהווה פגיעה בפרטיות.*
4. *מידע אשר אין לגלותו על פי כל דין.*

אלו סוגי מידע שהרשות לא תמסור אותו וכאן בא ס' קטן ב' שקובע מתי הרשות לא חייב למסור את המידע:

רשות ציבורית אינה חייבת למסור מידע שהוא אחד מאלה:

* 1. מידע אשר גילויו עלול לשבש את התפקוד התקין של הרשות הציבורית או את יכולתה לבצע את תפקידיה;
	2. מידע על אודות מדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב;
	3. מידע על אודות פרטי משא ומתן עם גוף או עם אדם שמחוץ לרשות;
	4. מידע בדבר דיונים פנימיים, , וכן חוות דעת, טיוטה, עצה או המלצה, שניתנו לצורך קבלת החלטה;
	5. מידע הנוגע לניהול פנימי של הרשות הציבורית, שאין לו נגיעה או חשיבות לציבור;

בעצם הרעיון הוא שכאשר הרשות היא בשלב של תהליך קביעת מדיניות, משא ומתן עם צד שלישי, חוות דעת פנימיות וכו, מידע כזה פנימי של חוות הדעת הקשורות למדיניות, הרי שאת המידע הזה אין חובה למסור.
בית המשפט אומר בתביעה המנהלית של איגוד בתי האבות, כי הרציונל העיקרי לקיומו של הסייג הוא לשמר את נכונותם של המשתתפים בדיונים פנימיים להתבטא באופן חופשי ובלי שיחששו לחשיפה הפומבית. כלומר הרעיון הוא שאנחנו נרצה שאנשים יוכלו לנהל דיונים פנימיים ללא חשש שיחשפו ויבקרו אותם.

כלומר ניתן לסווג את הסייגים ל:

1. טכניים- ס' 8 לחוק
2. מהותיים- ס' 9(א) מידע שאין למסור
3. ס' 9ב לחוק- מידע שאין חובה למסור

**שיקולי הרשות הציבורית**

ס' 10 מתייחס לשיקולים שעל הרשות לשקול מכוח הוראות חוקים 8-9. "*בבואה לשקול סירוב למסור מידע לפי חוק זה, מכוח הוראות סעיפים 8 ו-9, תיתן הרשות הציבורית דעתה, בין היתר, לענינו של המבקש במידע, אם ציין זאת בבקשתו, וכן לענין הציבורי שבגילוי המידע מטעמים של שמירה על בריאות הציבור או בטיחותו, או שמירה על איכות הסביבה."*

כלומר, לפני שנדחית בקשה מכוח ס' 8 ו9, צריך לשקול שיקולים שבאים לטובת הציבור ועל התועלת שהמבקש יכול להגשים בבקשתו.

ביהמ"ש קובע שיקולים נוספים שבאמצעותם יעשה איזון בין אינטרס חופש המידע לבין אינטרסים אחרים. "תחולתם של ס' 8-9אינה מוחלטת". למרות שכביכול ס' אלו מקימים הרבה סיבות מדוע לא למסור מידע, הנטייה של הפסיקה היום היא יותר ויותר לאפשר מסירת מידע ולצמצם כמה שאפשר את האפשרות לא להעביר מידע.

**מסירת מידע חלקי ומסירת מידע בתנאים**

ס' 11 קובע כי: *"היה המידע המבוקש מידע אשר הרשות הציבורית רשאית או חייבת שלא למסרו כאמור בסעיף 9, וניתן לגלות את המידע, ללא הקצאת משאבים בלתי סבירה או הכבדה ניכרת על פעולתה של הרשות, תוך השמטת פרטים, תוך עריכת שינויים או תוך התניית תנאים בדבר דרך קבלת המידע והשימוש בו, תמסור הרשות את המידע בהשמטות, בשינויים או בתנאים המחויבים, לפי הענין".*

גם אם יש אפשרות לא למסור את המידע לפי ס' 8-9, אם ניתן להעביר אותו בצורה כזאת שמסתירים את אותו חלק שעלול לפגוע לפי ס' 8-9 הרי שהרשות תצטרך למסור אותו.

**סייגים לתחולת החוק**

עוד סייגים לתחולת החוק מעוגנים בס' 14 הקובע כי יש גופים שלא כפופים ולא תהיה עליהם החובה שבחוק חופש המידע. רובם נוגעים לגופים ביטחוניים, בתי סוהר, רשויות שיפוטיות וכו.

**סייגים לתחולת החוק**

1. מערך המודיעין של צבא-הגנה לישראל
2. שירות הבטחון הכללי
3. המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים;
4. יחידת הממונה על הבטחון במערכת הבטחון;
5. יחידות במשרד ראש הממשלה ובמשרד הבטחון שעיקר פעילותן בטחון המדינה או יחסי חוץ
6. הועדה לאנרגיה אטומית ומרכזי המחקר הגרעיני שבאחריותה;
7. המרכז למחקר מדיני, החטיבה לפירוק נשק והחטיבה לתכנון מדיני במשרד החוץ
8. כל גוף או רשות שיש להם סמכות חקירה על פי דין, לגבי מידע שנאסף או שנוצר לצורכי חקירה ולגבי מידע מודיעיני;
9. מערכי המודיעין והחקירות של משטרת ישראל
10. שירות בתי הסוהר
11. כל רשות מעין-שיפוטית, שתפקידה לדון במצבו הרפואי של אדם – לגבי הליכים בפניה;
12. נציבות תלונות הציבור על שופטים
13. הרשות להגנה על עדים;
14. הרשות כהגדרתה בחוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009;
15. הוועדה המייעצת, לפי סעיף 14 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016;
16. נציבות תלונות הציבור על מייצגי המדינה בערכאות
17. מערך הסייבר הלאומי כהגדרתו בחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998, ויחידות הביטחון ברשויות ציבוריות, והכול בעניינים המונחים על ידי אותו מערך לפי החוק האמור.

**שמירת דינים**

ס' 20- קובע כי "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מתוקפו של חיקוק המחייב, המתיר, האוסר או המסדיר באופן אחר גילוי או מסירה של מידע שבידי רשות ציבורית".

כלומר יש איזושהי תעודת חיסיון מכוח פקודת הראיות שלא מוזכרת במפורש בחוק חופש המידע, הרי פקודת החיסיון תגבר על הוראות חוק חופש המידע.

כמובן שכל דבר בעולם המשפט הכל זה איזון אינטרסים, אך יש לזכור שהפסיקה החדשה מצמצמת עד כמה שאפשר את אותם הסייגים לתחולת חובת חופש המידע על רשויות השלטון.