**מחברת של ברוש טובול, 2023, חלק מהחומרים נלקחו מהמחברת של אוראל והמחברת של מיכל אדיב(:**

**משפט מנהלי:**

לקראת כל שיעור יש חומרי קריאה.

בחינה 90%

2 בחנים מתוך 4 10% מהציון, אפשר לא לגשת לכולם

הבחנים בחומר פתוח ומבוססים על חומרי הקריאה. מבוססים על הבנה של החומר.

הדין שמסביר את פעילות הרשות המבצעת, עוסק במינהל הציבורי. רשויות הממשלה, רשויות עירוניות והיחידות הסמוכות מנוהלות בדין המינהלי. המשפט המינהלי הוא הדין שחל על התאגידים מהמשפט הפרטי.

משפט מינהלי- הסמכות המנהלית, ההליך המינהלי, שיקל דעת מנהלי, שפיטה וסעדים בחום המשפט המנהלי.

**מבוא-**

משפט מנהלי הוא מקצוע יסוד משפטי, הוא הדין שמסדיר את הפעילות של הרשות המבצעת (המנהל הציבורי), הממשלה ומשרדי הממשלה ויחידות הסמך ורשויות מקומיות. גם גופים שמכונים תאגידים סטטוטוריים, גופים שלטוניים עצמאיים שלא כפופים לגוף אחר. הגופים שנקראים רשות.

גוף דו מהותי- מאוגד במשפט פרטי, והמשפט המנהלי לא כולו אלא חלקו חל עליו. למה הוא חל עליו? ככל שהגופים האלה ממלאים פונקציות ציבוריות. יש גם מקרים של הפרטה. המשפט המנהלי הוא הדין החל על כל סוגי התאגידים הללו.

חלק נכבד מהפעילות במדינת ישראל היא של הרשות המבצעת והגופים האלה במובן הרחב.

רשות המבצעת היא אכן המבצעת אך לא רק. רוב החקיקה היא לא של הכנסת אלא של הרשות המבצעת (תקנות), כמות החקיקה קטנה יותר מכמות התקנות. הרוב הוא של פעילות רשויות. הרשויות המנהליות למיניהן עוסקות בשפיטה. יש הרבה סמכויות שפיטה שגורמות לבעיות בהפרדת רשויות, אך זה המצב בפרקטיקה.

דוגמאות במסגרת המשפט המנהלי והרשות המבצעת- רשיונות (נהיגה, עסקים).; חוזים- חלק גדול מבחינה כמותית וגם מבחינה כספית מהחוזים במדינת ישראל עם מדינה, רשויות מקומיות וכו'. דיני חוזים הם פרטיים אך כאשר זה מול מדינה זה משתנה במעט. יש מכנה משותף אך אלה לא אותם דיני חוזים.

דוגמאות לשינויים-

1. עקרון חוזה של אדם פרטי- לפני חוזה יש משא ומתן, במנהלי אין משא ומתן- יש מכרז.
2. הלכת ההשתחררות- אם אין עילה לביטול חוזה, החוזה מחייב את האנשים הפרטיים. חוזה עם רשות מנהלית- הרשות יכולה באופן חד צדדי להשתחרר מהחוזה אם זה לטובת הציבור גם אם אין עילת ביטול- אך היא לפעמים תצטרך לשלם פיצויים.

יש כללים מיוחדים לגבי עילות נזיקין כאשר תובעים את המדינה, למשל עוולת הרשלנות תפעל אחרת.

**יש במשפט המנהלי שתי בעיות שמלוות אותו מאז קום המדינה:**

1. המשפט המנהלי הוא תחום מאוד מתפתח אך עדיין לא עבר מהפכה כמו תחומים משפטיים אחרים. עולם המושגים שלו הוא עולם שירשנו מהמשפט האנגלי. **התחום הזה יש בו מצד אחד המון חקיקה אך אין חקיקה בתחומים החשובים.** רוב החוקים מדברים על משפט מנהלי, רשויות המקומיות וכו'.

**אין חוק המנהלי הכללי**, והמשפט המנהלי הכללי הוא הכי חשוב. "המשפט המנהלי הוא הג'ז של המשפט", הכללים משתנים כל הזמן, השופטים מחליטים דברים שונים לפעמים. אנחנו רוצים לעשות סדר בבלגן (בעירבון מוגבל). בקורס זה אנחנו רוצים לחלץ את הנקודות המרכזיות והכללים הבסיסיים. המשפט המנהלי הוא תחום שאנשים באמת רוצים לדעת מה החוק. אנשים רוצים לפתוח עסק, לקבל רישיון וכדומה, גם הרשויות המנהליות עצמן דווקא רוצות לדעת מה אומר המשפט- לא רק שהן לא יודעות, המצב גם ממש מטעה. יש חקיקה אבל מעטה שעוסקת רק בחלק שולי יחסית של התחום- למשל יש "חוק הפרשנות"- הוא חוק משפט מנהלי כללי- סמכות לעשות משהו כוללת גם סמכות לבטל את העשייה/לשנות אותה העקרונות הכלליים (שכל עוד לא נאמר אחרת בחוק הם אלו שחלים), הם בגדר תורה שבעל פה. ובמצב כזה, באין חוק כללי, רק המשפטנים שעוסקים בתחום יודעים את הכללים.

כתוצאה מהבעיה של היעדר חוק כללי של המשפט המנהלי, נוצר מצב בו לא רק שהרשויות המנהליות עצמן לא יודעות כיצד לפעול בזירה המשפטית, אלא שהוא אפילו מטעה. וזאת משום שהכללים בחקיקה מתווספים לתורה שבעל פה ולפסיקה, אך הם לא עומדים לבד. כלומר, בנוסף לכך שהציבור לא יכול לדעת ולהבין את המשפט המנהלי, החקיקה עצמה מטעה כי היא לא משקפת את מצב המשפטי הקיים.

**משפט מנהלי כללי**

בקורס הזה נעסוק בעיקר במשפט מנהלי כללי. כפי שצוין לעיל, במשפט במנהלי אין חקיקה כללית יסודית ומרכזית, אך בשולי התחום ניתן למצוא מספר הוראות חקיקה כלליות. דוגמא לכך הוא חוק הפרשנות, או בשמו הנוסף- פקודת הפרשנות (שהייתה בתקופת המנדט, שלה נשארו שני סעיפים בתוקף).

חוק הפרשנות לא באמת עוסק בפרשנות במובן שאנו מכירות- אלא חוק של משפט מנהלי כללי. החוק קובע כי רשות שהוסמכה לקבל החלטה, מפרשים שיש לה הסמכות גם לבטל את ההחלטה. כלומר המשפט המנהלי הכללי אומר כי הסמכות לקבל משהו כולל גם הסמכות לבטל את ההחלטה.

קיימים סעיפים נוספים אך הם גם יכולים להטעות- למשל ס' 15 לחוק הפרשנות שקובע כי סמכות שניתנה לרשות לעשות משהו זה אומר שיש גם סמכות לבטל או ולתקוף או להתלות (להשעות את התוקף זמנית) באותה הדרך שבה התקבלה ההחלטה המקורית. אנשים שקוראים את הס' הזה מבינים שניתן לבטל את ההחלטה, ולא שיש סמכות לבטל, אך סמכות זה רק חלק מהמשפט המנהלי. כלומר אולי יש סמכות לבטל את ההחלטה, אך אין זה אומר שהיא יכולה לבטל את ההחלטה. סמכות זה רק כאשר נעשה בכפוף לשקילת בשיקולים מסוימים, בהליך הוגן, בשימוע, כללים, משפט וכו. כלומר הס' מדבר על סמכות אך לא מדבר בכלל על שיקול דעת, ולכן יכול להטעות.

משפט מנהלי כללי בפסיקה

**המשפט המנהלי הכללי ברובו אינו נמצא בחקיקה אלא במשפט המקובל (הלכה פסוקה, תורה שבע"פ)** שכל הזמן מתפתח ומשתנה. מעבר לזה שאנשים רגילים ולא משפטנים לא יכולים לדעת מהו המשפט המנהלי הכללי, אלא גם מי שמכיר רק את החקיקה עשוי להתבלבל. היעדר חוק כללי מציף בעיה שניתן לקרוא לה גירעון דמוקרטי- הכנסת לא ביצעה את תפקידה לחוקק חוק מנהלי כללי. עם זאת חשוב לציין כי לא רק שהכנסת לא חוקקה חוק כללי מסיבות פוליטיות, אלא שהליך החקיקה שיפוטית לא אופטימלי. כלומר, בהיעדר חקיקה, שופטים קובעים תקדים שמשנה את החוק, יש פה פיתוח ענף משפטי שלם על ידי שפיטה שלא רואה את התמונה הגדולה.

ניתן לתת שתי דוגמאות למשפט מנהלי כללי המעוגן בפסיקה:

1. הנחיות מנהליות

דוגמא אחת חשובה מבחינה מעשית של משפט מנהלי כללי- מוסד הנחיות מנהליות. **הנחיות מנהליות** זה השם המשפטי, אך בפרקטיקה יש מגוון שמות- חוזר מנכל, קריטריונים וכו. **הנחיה מנהלית זה מצב שבו לא החוק ולא התקנות קובעים פרטים לגבי אופן הפעלה של סמכות, אלא החוק קובע סמכות מסוימת, ולרשות יש לכאורה שיקול דעת להפעיל את הסמכות. רשויות שונות מיוזמתן (ואף מחויבות), מוציאות הנחיות מנהליות להפעלת שיקול הדעת.** יש סמכות, והרשות עצמה מפרסמת את **הקריטריונים שעל פיהם היא מפעילה את שיקול הדעת שלה.** אלו כללים מפורטים שמעמדם הוא **מעמד ביניים- מצד אחד אם אין סיבה מיוחדת הרשות צריכה לפעול לפי הכללים שהיא קבעה, ולכן זה דומה לחוק ולתקנות.** הרשויות בעצמן חושבות ולא מבדילות בין חוק לתקנות להנחיות, **אבל הנחיה לא שוללת את שיקול הדעת. רשות בנסיבות מסוימות יכולה ואף חייבת לחרוג מהנחיות אם יש הצדקה ודבר חריג בנסיבות העניין**. בנסיבות חריגות יש לרשות שיקול דעת ומקרים חריגים בית המשפט קבע שהמקרה כל כך חריג שזה לא ראוי שהרשות לא חרגה מההנחיות.

דיני ההנחיות המנהליות קבועים בפסיקה אך זהו לא חקיקה ראשית. מבחינת הרשות המנהלית אם יש הנחיות מנהליות זה חוק, אך משפטית, חוזר מנכל שקובע נוהל איננו במעמד של חוק וניתן לחרוג מההנחיה לפי שיקול הדעת.

1. זכות הטיעון

לצד חוקים שקובעים ומעגנים במפורש את זכות הטיעון, ישנם חוקים שותקים, שלא אומרים דבר לגבי קיומה של הזכות. בפועל, למרות שבחוק לא מעוגנת זכות הטיעון, **המשפט המנהלי קובע שבמקרה כזה קיימת זכות הטיעון (גם אם היא לא קבועה בחוק).**

**נושאי\ תחומי המשפט המנהלי**

באופן גס ניתן לחלק את המשפט המנהלי **לארבעה תחומים מרכזיים.** מאחר שאין חוק שמחלק לתחומים פורמליים, החלוקה איננה עובדת בכלל המקרים- בעוד שיש מקרים שלא נכנסים בצורה ברורה לאחד מהתחומים, יכולים להיות מקרים המשלבים מספר תחומים.

1. סמכות מנהלית

**עצם קיומה של סמכות. בין היתר עקרון החוקיות- רשות צריכה לעגן את סמכותה בחוק.** יש כללי חוקיות המשתנים בהתאם לסוג הסמכות, ומשום כך בנושא הסמכות המנהלית נעסוק **במיון הסמכויות לסוגים- כמו סמכות ביצוע, סמכות חקיקה, סמכות שפיטה.** זה חשוב מבחינה מעשית משום שמשפט המנהלי יש שוני בין כללים החלים על סמכות ביצוע לבין כללים החלים על סמכות שפיטה או חקיקה. לכן, לפעמים צריך לדעת לסווג את סוג סמכות, כדי לדעת למשל באיזה אופן לתת את זכות הטיעון.

לדוגמא: **פס"ד חותר ישי נ' עדנה ארבל**. **חוק איסור לשון הרע קובע כי יש חסינות לדברים שנאמרו בגלל שזה במסגרת הפעלה של סמכות שיפוטית. לכן,** **בית המשפט קודם צריך להבחין באיזה סוג של סמכות מדובר על מנת שנוכל להחיל את חוק איסור לשון הרע.** דרור חותר ישי טען כי ההחלטה לא להעמיד לדין והנימוקים להחלטה הם הפעלת סמכות ביצועית ולכן חל חוק איסור לשון הרע, הטענה של המדינה הייתה כי הסמכות להחליט האם להגיש או להגיש כתב אישום היא סמכות בעלת אופי שיפוטי לפיה יש חסינות מהחוק. זו דוגמא למה השאלה הזאת חשובה.

דוגמא שנייה היא **זכות הטיעון-** **לפני שרשות מנהלית מקבלת החלטה שהיא עומדת לפגוע במישהו היא צריכה לשמוע את טענותיו, זה נכון לגבי החלטות שיפוטיות והחלטות בעלות אופי ביצועי, אך זה** **לא נכון לגבי חקיקה- לפני התקנת תקנות, הרשות לא צריכה להעניק זכות טיעון לנפגע** מהתקנה המדוברת. היא לא צריכה לתת לכל אדם שנפגע מהתקנה את זכות הטיעון, וזאת מסיבה פרקטית. יש מקרי גבול שבהם נצטרך לבחון מה הקריטריונים כדי לקבוע באיזה סמכות מדובר.

הסמכות המנהלית כוללת גם דיני הסמכה- החוק נותן סמכות למגוון רשויות, איך אנחנו מגשרות בין לשון החוק הנותנת סמכות לבעל תפקיד מסוים (למשל שר הביטחון או היועץ המשפטי לממשלה), בין זה בפועל יש מגוון רחב שפועלים מכוח סמכות שר הביטחון. **יש את דיני הסמכה שקובעים האצלת סמכות וכו.**

1. הליכי המנהל

**הפרוצדורה המנהלית, או בשמה הנוסף הליכי המנהל, זאת הקטגוריה השנייה ואף החשובה ביותר. נוגעת למשל לזכות טיעון\שימוע, פרסום ההחלטה, איסור קבלת החלטה במצב של ניגוד עניינים וכו.**

**הליכי המנהל כל כך חשובים משום שברגע שהרשות מוסמכת לקבל החלטה, המשפט לא מתערב בטיב ההחלטה שהיא מקבלת אלא בדרך שבה היא התקבלה.** כלומר, אם מוכיחים שההחלטה התקבלה באופן מקצועי והוגן, בית המשפט לא יתערב בתוכן ההחלטה, גם אם היא שגויה. זה נובע בין היתר מכך שהרבה פעמים השופטים גם לא יודעים אם ההחלטה נכונה או לא. למשל במקרה של סמכות פסיכיאטר לאשפז בכפייה חולה נפש. מאחר ולא ניתן לקחת את כל התחומים המקצועיים ולהכניס אותם בחוק אחד, בפרקטיקה לרשויות יש שיקול רחב והשופטים לא מתערבים בהחלטות שלהן.

מאחר ובית המשפט לא בוחן את טיב ההחלטה, **מתעוררת השאלה כיצד המשפט דואג שיתקבלו החלטות נכונות מבלי שהשופטים יודעים את תוכן ההחלטות. התשובה לכך היא הפרוצדורה. הפרוצדורה מגדילה את הסיכויים שההחלטה תתקבל בצורה נכונה.** אנחנו מניחות אינטואיטיבית כי קיים סיכוי יותר גדול שההחלטה תהיה נכונה אם מי שמקבל אותה לדוגמא לא נמצא בניגוד עניינים.

אותו הדבר עם זכות הטיעון והשימוע, ההנחה היא שיכולה להתקבל החלטה יותר טובה לאחר שחושפים בפני הרשות המוסמכת את כל השיקולים וכל החסרונות, ולכן אינטואיטיבית החלטה שתתקבל אחרי שימוע, נניח כי היא טובה יותר מאשר החלטה שהתקבלה בלי זכות הטיעון, שבעצם תפקידו לשדרג את טיב ההחלטה. דווקא **במקום שהמשפט לא מכיר את התכנים המקצועיים של החלטות מנהליות, יש מקום למשפט המנהלי.**

1. שיקול דעת מנהלי

התחום השלישי המרכזי הוא שיקול הדעת המנהלי. **זה שגוי לחשוב כי המשפט כלל לא מסדיר את תוכן ההחלטות, שכן, לפעמים תוכן ההחלטה מוכתב על ידי החוק, עם זאת,** **בדרך כלל ניתנת לרשות המנהלית שיקול דעת- היא יכולה לבחור על פי קריטריונים של מדיניות מהי חלופת ההחלטה שהיא תקבל. שיקול הדעת המנהלי הוא אף פעם לא מוחלט אלא מוסדר על ידי כללים מסוימים של המשפט המנהלי הכללי.**

**דוגמא לכך הוא כלל חוסר הסבירות, המידתיות (שהתחילה מהמשפט המנהלי ולא החוקתי), כלל מרכזי נוסף הוא שוויון אריסטוטלי (עקביות), הרעיון** **שגם אם לרשות יש שיקול דעת רחב, היא לא יכולה כל פעם להפעיל את שיקול הדעת באופן אחר. הרעיון של הנחיות מנהליות הוא לעזור לרשות** (במיוחד לזו שיש לה הרבה אורגנים), **להפעיל את שיקול הדעת בעקביות ולא בשרירותיות אקראיות.**

1. שפיטה וסעדים בעניינים מנהליים

**שלושת הנושאים הראשונים הם נמצאים בשלב טרום השפיטה,** וזה בא לענות כאשר רשות רוצה לפעול באופן חוקי, על שאלות כמו מה היא צריכה לדעת, מה היא צריכה לקבל. **מהרגע שהרשות קיבלה החלטה ומתעוררת מחלוקת, אנחנו נכנסות לתחום השפיטה.**

במשפט מנהלי אנחנו מפרידות בין השפיטה לבין התרופות, על הפרה של המשפט המנהלי **לבית המשפט יש שיקול דעת מלא איזה סעד לתת- הוא יכול לתת אכיפה, ביטול, פיצוי או שלא**, וזאת לעומת דיני החוזים, שם יש כללים למתן תרופות. המשפט מנהלי השתנה במשך השנים אך קיבע את המושג של **בטלות יחסית- זה שבית המשפט מחליט האם לתת תרופה ואם כן איזו תרופה.** יש לכך יתרונות בכך שזה מאפשר לבית המשפט להעניק את התרופה הכי צודקת למקרה הקונקרטי שבא לפניו, אך יש גם קשיים מבחינת שלטון החוק, וודאות, בהירות וכו.

חשוב להבהיר כי יש כל מיני נושאים המשלבים בתוכם מספר תחומים, וכי לא ניתן להגיד שהם קשורים רק לתחום אחד כמו- שפיטה וסעדים, לשיקול דעת, הליכי המנהל, סמכות מנהלית. דוגמאות:

* ס' 15 המדבר על הסמכות לבטל. הס' כולל בתוכו מלבד הסמכות המנהלית גם את התחום של שיקול דעת (מהו שיקול הדעת בעת הפעלת הסמכות לביטול החלטה).
* רגולציה- הסמכות של רשות מנהלית לפקח על גופים וחברות פרטיות ניתן לדבר עליה כמשלבת דינים בתחום הסמכות, הליכים, שיקול הדעת ובתחום השפיטה והתרופות.

**שיעור 2:**

**הסמכות המינהלית:**

**עקרון חוקיות המנהל- רשות יכולה לפעול רק אם ניתנה לה סמכות בחוק או מכוחו**, במיוחד כאשר מדובר בזכויות אדם שנפגעות. **השאלה אם חוק מקנה סמכות מסוימת- היא שאלה פרשנית.**

דוגמא לשאלה פרשנית:

**פס"ד עמותת טבקה- צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל:**

החוק: ס' 2 לחוק החזקת ת.ז. והצגתה תשמ"ג : **"תושב שמלאו לו 16 שנים חייב לשאת עמו תמיד ת.ז. ולהציגה בפני קצין משטרה בכיר, ראש רשות מקומית, שוטר או חייל במילוי תפקידם, כשידרשו זאת ממנו".**

**השאלה: האם החוק אומר שלשוטר יש סמכות לדרוש מעובר אורח להציג לו תעודה מזהה ומשהוצגה התעודה לבצע פעולות שיטור נוספות ( כגון תשאול, הצלבת פרטי ת.ז. במסוף המשטרתי, בירור טלפוני עם המוקד המשטרתי), וזאת מבלי שקיים חשד סביר שאותו אדם ביצע עבירה.**

דעת הרוב- הנשיאה אסתר חיות:

1. **ס' 1 לחוק תעודת זהות מסמיך שוטרים לדרוש מאדם להציג בפניהם ת.ז אף ללא קיומו של חשד סביר** לביצוע עבירה.
2. **תנאים להפעלת סמכות- בשים לב לזכויות אדם:**
3. מכיוון שדרישת ההזדהות גורמת לעיכוב, יש לעכב על פי מגבלות המנויות בחוק המעצרים בקשר לעיכוב.
4. צריכה להיות זיקה רלוונטית בין הדרישה להזדהות ובין המידע המצוי בתעודת הזהות (לרבות עצם החזקת התעודה). כלומר, צריכה להיות סיבה שהצגת תעודת הזהות והפרטים שבה יועילו לשוטר.
5. ס' 2 לחוק תעודת זהות אינו מסמיך שוטרים לנקוט פעולות שיטור נוספות, בשים לב לפגיעה בזכות לפרטיות.

דעת המיעוט- השופט אלכס שטיין:

**"התיבה "כשידרשו" אינה יכולה לשמש אכסניה לסמכות לדרוש מאזרח להציג את תעודת זהותו** – זאת, מאחר שאינה מכוננת שום הסמכה אלא רק מפנה לסמכויות דרישה אשר נקבעו בחיקוקים אחרים... התיבה "כשידרשו" והציווי להיענות לדרישת שוטר להציג את תעודת הזהות, אשר מופיעים [בסעיף 2](http://www.nevo.co.il/law/71706/2) לחוק תעודת הזהות, **מניחים כי הדרישה מועלית מכוחו של דין** (כלומר, מניחים שאם השוטרים מבקשים הם פועלים מכוח סמכות שכתובה בחוק אחר)– **זאת, כתנאי מקדמי ובסיסי אשר צריך להתקיים כדי שהאזרח יחוב בהצגת תעודת זהותו לשוטר."**

"[סעיף 3](http://www.nevo.co.il/law/72952/3) ל[פקודת המשטרה](http://www.nevo.co.il/law/72952) קובע כי "משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילוין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש." מדובר בפירוט תפקידי המשטרה ולא בהסמכה של שוטרים".

"הזכות לא להיות מסומן ומוטרד על ידי שוטר או איש שררה אחר, והרציונל שלה הוא חופש כפשוטו – לא כבוד, ולא פרטיות."

**תורת הרשויות המוסמכות:**

מבנה החקיקה בישראל: הסמכת רשות מסוימת

יש שיטות משפט, במיוחד אירופאיות, שכאשר הפרלמנט רוצה להעניק סמכות, הוא מעניק סמכות ומשתמש בלשון "המדינה". כלומר, הסמכות מוענקת למדינה ולא לגורם ספציפי. זה נובע מההנחה כי החלוקה והשאלה מי עושה בתוך המדינה הם עניינים של ארגון פנימי, המדינה תחליט איזה משרד, איזה עובד וכו.
עם זאת, השיטה הנוהגת בישראל היא השיטה שהורשה מהמשפט האנגלי\ המנדטורי, שחוץ ממקרים נדירים ביותר, **החקיקה (גם חוקי הכנסת וגם התקנות\ חקיקה מנהלית) קובעת איזו רשות מוסמכת ולמי מעניקים את הסמכות, לדוגמא- שוטר, חייל, פקיד שומה, שר האוצר וכו. רק לעיתים רחוקות החוק שנותן סמכות, לא יכתוב למי הסמכות.** לא כתוב בחוק המסמיך רק את הסמכות, אלא מי מוסמך, איזו רשות היא המוסמכת.

הרציונל של מבנה זה

הרציונל של הסמכות לרשות מסוימת **קשור לעקרון חוקיות המנהל-** משמעותו היא שהרשות מוסמכת לפעול רק מכוח הסמכה מפורשת ב[חוק](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7) או מכוחו, וכל מה שאינו מותר לה על פי הדין - אסור לה. **ההנחה היא שהשאיפה של הרשות המחוקקת היא לתת את הסמכות לגורם שהיא הכי רוצה שיפעיל את הסמכות.** בדרך כלל זה ישתנה לפי אופי הסמכות- האם מדובר בסמכות בעלת אופי מקצועי, סמכות עם אופי של נבחר ציבור וכו. זהו רציונל לפיו לא מסתפקים רק בהענקת סמכויות, ולא יוצאים מנקודת ההנחה שזהו עסק וארגון פנימי של המדינה איזה פקיד ולמי, שכן הרשות המחוקקת היא זו שקובעת למי מופנית הסמכות. לכן רק במקרים נדירים ביותר לא יהיה כתוב בחוק מי הרשות המוסמכת לכך.

הרציונל נשמע הגיוני אבל במציאות ובפרקטיקה קשה מאוד לחיות איתו.

קשיים בפרקטיקה שפוגעים ברציונל: בפרקטיקה נוצר מצב שיש הרבה רשויות מוסמכות, אבל אין פירוט בחוק מי מבין עובדי המנהל הציבורי מוסמכים. **יש שרים עם עשרות אלפי סמכויות** וקשה לצפות שהם יפעילו בעצמם את הסמכויות הרבות האלה. למשל, סמכות לתת פטור משירות צבאי ששייכת לשר הביטחון. כל שנה, יש אלפים רבים של בקשות כאלו אז איך יספיק שר הביטחון להתעסק בהן? מה עם כל היועצים ואנשי המקצוע?

**כמו כן, גם את הדברים שהשר או הרשות המוסמכת כן יכולים לעשות או יכולים לחתום על ההחלטה, הם לא יכולים לעשות את זה לבד.** שכן, הרשויות המוסמכות לא עושות כל דבר הקשור לביצוע הסמכות והן **צריכות שיתוף פעולה וסיוע של גורמים חיצוניים אחרים.**

**על כן, המשפט המנהלי פיתח כל מיני תורות משפטיות כדי לגשר על הפער בין הרעיון התיאורטי היפה של שיטת הרשויות המוסמכות לבין צורכי המציאות.**

הבעיות בתורות המשפטיות:

* בעיה אחת היא שהתורות לא כתובות בחוק והן פיתוחים של הפסיקה
* התורות חלקן לא ברורות ויש חילוקי דעות בין השופטים לגבי היישום שלהן- דוגמא טובה לכך היא הדוקטרינה של האצלת סמכויות, לפיה לרשות אסור להאציל סמכויות לגורם אחר, אלא אם החוק מתיר זאת במפורש. לעומת זאת, נקבע כי מותר להיעזר באחרים. כלומר, אסור להאציל סמכויות אבל מותר "להיעזר" באחרים. בנוסף לכך, האצלת סמכות מותרת רק לעובדי ציבור ולא לאנשים פרטיים, בעוד שהיעזרות באחרים אפשר גם מחוץ למנגנון המדינה. יש להוסיף שההבחנה עצמה בין היעזרות באחרים לבין האצלת סמכות היא לא ברורה. השאלה היא מתי מדובר בהאצלת סמכויות מותרת שעובדי הציבור מטילים על אחרים וזה בסדר, ומתי מדובר בהאצלת סמכויות לאנשים שהם פקידים ואין להם באמת סמכות.
* שיטת הרשויות המוסמכות יש לה הנחה בסיסית- איסור הסמכה, אם החוק העניק לגורם מסוים סמכות, הוא לא יכול להסמיך מישהו אחר לאותה סמכות. **אם החוק נתן לגורם מסוים את הסמכות אז הוא חייב להפעיל אותה על פי שיקול דעתו ולא יכול לקבל אותה מאף אחד. למה זה בעייתי?**
* **פס"ד מיכלין קובע כי אם חוק מעניק כוח ומוסר לפקיד מסוים את הסמכות להשתמש בכוח לפי דעתו, על המוסד לפעול כראוי, ועל הפקיד לפעול לפי שיקול דעתו ולא לפי מה שהממונים עליו החליטו.**
* " לדעתי אם חוק מעניק כח ידוע למוסד או לרשות ד מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זד. לפי שקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה ועל בל פנים אינו מחויב להשמע להוראותיו של מישהו אחר׳ כי הרי החוק מוסר לו — ולא לאחדים — את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת. להיפך, **יש אסמכתא לדעה, כי, אם פקיד כזה יפעל על פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה."**

כלומר חל איסור לקבל הוראות מגורם אחר, שכן אם הרשות היא רשות מוסמכת היא חייבת לפעול בצורה עצמאית ולא על פי הוראות של אחרים**. זה בעייתי משום שכל מנהל תקין מבוסס על היררכיה, וכי חוקים לא תמיד נותנים סמכויות לשר של המשרד, אלא לכל מיני גורמים מקצועיים בתוכו**.

* דוקטרינות- **יש כל מיני דוקטרינות שפותחו כדי לגשר בין שיטת הרשויות למציאות, אך הדוקטרינות הללו לא מצליחות לכסות את כל הסיטואציות שמתעוררות. יש סיטואציות שבהן לא עולה על הדעת שלא ניתנה סמכות, אך גם לא ניתן להצביע על מקור הסמכות, וזה מפני שאין שום דוקטרינה מתאימה.**
לדוגמא היה סיפור שהתעורר בפסיקה- באותו מקרה עלתה השאלה האם המשטרה מוסמכת לסייע בהדרכת שוטרים בהאיטי. הטענה הייתה שסמכות משטרה נתונה רק להגנה על ביטחון הפנים בישראל, ולכן המשטרה לא יכולה לטוס לחו"ל לטובת האיטי ולא לטובת ישראל. בית המשפט פסק כי זה לא קשור לסמכות המשטרה אלא סמכות הממשלה לקבוע בענייני החוץ, וכחלק מזה הממשלה אפשרה למשטרה. אך למה זה קשור למשפט המנהלי? אפשר לומר שנעשה פה ביצוע של הסמכות באמצעות אחר, הסמכות היא של הממשלה והיא ביצעה אותה בסמכות אחר- המשטרה. הדוקטרינה קיימת אך לא בארץ, ובכל זאת בהנחה שהממשלה מוסמכת לסייע להאיטי במסגרת משלחת בינלאומית, אבסורד מוחלט שהשרים יעשו את זה. אך מה במשפט המנהלי מגשר בין שרי הממשלה לשוטרים שהתנדבו, לא ברור. גם הדוקטרינות של בית המשפט לא מספיקות ויש תופעה של סמכות עמומה. לכולם ברור שיש סמכות ואפילו לא טוענים שאין, אבל לא ברור מכוח מה יש סמכות.

**השלכות: עצמאות שיקול הדעת ואיסור הסמכה**

האיסור של רשות מוסמכת לקבל הוראות מגורם בכיר- הבעיות

1. מנוגד לטבע האדם- כאשר מקבלות הוראה מגורם בכיר, הנטייה האנושית והטבעית היא לפעול לפי הנחיותיו. לכן לא עולה על הדעת לדרוש מאדם שהוא בדרג של כפיפות לא לפעול בהתאם להנחיות ולהראות של הממונים עליו. זוהי דרישה קשה ואפילו בלתי אפשרית במנהל הציבורי.
2. מנוגד למנהל התקין- עקרון שיקול הדעת מנוגד למנהל התקין שקובע שיהיה סדר והיררכיה במערכת. במנהל התקין יש צורך בהיררכיה וגם אם החוק העניק לגוף סמכות מסוימת הוא לא יכול להתעלם מההיררכיה הניהולית הדרושה.
3. מעודד עקיפה ושימוש בפיקציות- מאחר שטבע האדם והמנהל התקין שוללים במקרים רבים את עקרון שיקול הדעת של הרשות המוסמכת, זה מעודד כל מיני פיקציות שיעקפו את האיסור. **פיקציה אחת שבית המשפט אישר הוא שהפקיד יכול להתייעץ עם השר, שהרי השר חכם מאוד והוא תמיד יכול לשכנע את הפקיד.**

לדוגמא סגירת רחוב בר אילן- הסמכות לסגור רחוב היא של ממונה התחבורה. השר בתקופת פס"ד היה הרב יצחק לוי, מי שהיה השר לפניו היה בני צוקר ממרצ. הממונה על התחבורה היה פקיד ותיק. בתקופת בני צוקר, הממונה כתב חוות דעת מקצועית למה לא לסגור את הכביש בשבת ואכן הוא לא סגר. לאחר מכן, בתקופה של לוי, הממונה כתב חוות דעת הפוכה וביסס את זה על ס' בחוק שקובע שהשר יכול ליטול לעצמו סמכויות נוספות וכי הרשות המוסמכת מסכימה איתו. יש נטייה לבית המשפט לאשרר את זה- וזאת מפני שהוא לא כפוף אך הוא בהחלט יכול להתייעץ ולהשתכנע מהעצות של הממונים מעליו. בית המשפט פיתח טכניקות אחרות לעקוף את האיסור על קבלת הוראות על ידי רשות מוסמכת בגלל הקשיים הקודמים של מנהל תקין וטבע האדם.

**דרכי עקיפה**

1. התייעצות אנכית- לקבל את הדעה של מישהו אחר, הגיוני מעשית שזה נעשה אנכית. בפועל הרשות החליטה במקרה הזה- הלמעלה קובע ללמטה. **לבית המשפט כבר הכיר באפשרות להתייעץ ולקבל את הדעה של אדם אחר, שזה הגיוני מעשית כשזה נעשה אנכית (עם הבוס, הממונה, עם הדרג הגבוה),** אך לאורך הזמן ניתן לראות כי בית המשפט העתיק את האפשרות למצב שהוא כלל לא רלוונטי.
2. התייעצות אופקית- **בין משרדים, למה בעצם זה לא טוב?** למה לא מקבלים את זה? **אם מנהל תקין של משרד האוצר יציית למשרד הביטחון- אין היבט של טבע האדם כי משרד הביטחון לא מעליו. לדוגמא** **פס"ד כפר ורדים-** אנו רואים כי בית המשפט מתרגל לקבל החלטה אחרת בצורה של התייעצות. שר האוצר פשוט לקח והעתיק רשימות של צה"ל והחליט לפי רשימות אלו ובית המשפט קיבל זאת.

**בפס"ד כפר ורדים בית המשפט קבע כי זה בסדר גמור ושר האוצר יכול היה להתייעץ עם שר הביטחון.** אבל בעצם שר האוצר לקח את הקריטריונים שעיצב שר הביטחון לגבי אזורי גבול שבהם יש סכנה ביטחונית. למשרד הביטחון יש רשימות עם ישובים, למשרד האוצר יש סמכות לתת להם הנחות במסים באזורים האלו. כך שבפועל שר האוצר בעצם לקח את הרשימה וזה לגיטימי בגדר התייעצות- זה לא מחייב את שר האוצר וזה בגדר התייעצות.

למה הפיקציה הזאת כשמחילים אותה באופן אופקי- שני משרדי ממשלה זו בעיה? יש עניין של מנהל תקין וטבע האדם. במנהל תקין בתוך משרד ממשלתי ראוי שתהיה היררכיה, ולא להעמיד אנשים במצבים בלתי אפשריים לפעול לא לפי דעת הממונה עליהם שיכול לפגוע בהם ולפטר אותם. בין שני משרדי ממשלה אין צורך בהיררכיה- **לא תקין שמשרד האוצר יציית למשרד הביטחון**. הסמכויות הן סמכויות שונות, מפכ"ל הביטחון מפעיל את סמכותו משיקולים ביטחוניים בעוד שלמשרד האוצר יש שיקולים כלכליים, שיכולים לסתור אחד את השני. **בית המשפט התרגל לכך שניתן בעצם לקבל החלטה של רשות אחרת במסווה של התייעצות, כשזה במקרה של היררכיה, אך הפעם העביר את זה לרמה האופקית במקרה בו הצורך להיררכיה בשל טבע האדם לא מתקיים.** **כלומר לא רק שאין שיקולים של מנהל תקין וטבע האדם, אלא שהשיקולים בין המשרדים הם שונים וסותרים.**

1. נטילת סמכות- עוד דרך שעוקפת איסור קבלת הוראות היא על ידי נטילה סמכות. **השר המוסמך על ביצוע החוק, בתנאים מסוימים, רשאי לפי חוק יסוד הממשלה ליטול לעצמו את הסמכות ואז הוא לא נותן הוראה לרשות המוסמכת איך להפעיל את הסמכות אלא הוא בעצמו מפעיל את הסמכות. אם זה דבר שנעשה בלי שיש צורך אמיתי אלא רק כדי לפתור בעיה של איסור קבלת הוראות מרשות מוסמכת, זה דבר מיותר וסוג של התחכמות.** אם מותר לך ליטול את הסמכות אז וודאי אז למה שיהיה ינתנו הוראות. הוא בעצמו מותר לך ליטול את הסמכות אז בוודאי אתה יכול לתת הוראות. כאשר שיקול הדעת הוא מקצועי לא מקבלים הוראות מהשר. הקושי הוא שלא מבחינים בצורה ברורה בין שבירת ההיררכיה הברורה לבין עניינים שזה לא מוצדק וזה יכול לגרום לשיבושים. **עצמאות שיקול הדעת של רשות מוסמכת זה דבר חשוב אך צריך להיות מותאם לפי נסיבות העניין ואז גם אי אפשר ליטול את הסמכות.**

סוגי סמכויות והבחנה ביניהן

נשאלת השאלה איך אנחנו מבחינות בין הסמכויות השונות- ההבחנה יכולה להיות מסובכת. אך חשובה משום שיש לה השלכות מעשויות. ישנם כללים שחלים על כל סוגי הסמכויות וכל החוקים, אבל הרבה מהכללים של המשפט המנהלי חלים על סוגים שונים של סמכויות.

1. סמכות בעלת אופי חקיקתי- זאת נורמה כללית שאיננה מתייחסת לאדם ספציפי אלא לציבור רחב או לפחות ציבור שלא ניתן לזהות אותו על פי שם של אדם, אלא על פי קטגוריה כללית- אזרחי המדינה, עורכי הדין, רופאים וכן הלאה.
2. סמכות שיפוטית- בהגדרה הבסיסית שלה היא הכרעה בסכסוך- כאשר הרשות המנהלית היא איננה מקבלת באופן חד צדדי החלטה, אלא היא שומעת טענות של שני הצדדים.
3. סמכות ביצועית- זה כל היתר שזה מה שהמנהל הציבורי עושה- קבלת החלטות אינדיבידואליות שאינן חקיקה, כמו **פתיחה במלחמה, ביטול רישיון** וכו'.

לדוגמא: **פס"ד מיכלין דן בשאלה האם החלטתה של הרשות להעמיד לדין היא סמכות שיפוטית או ביצועית.** לדעת בית המשפט, מדובר בסמכות שיפוטית. פרופ' בנדור מבקר את הפסיקה שלא נצמדה להגדרה הדקה של סמכות ביצועית וסמכות שיפוטית. החלטה להעמיד או לא להעמיד לדין היא החלטה שאיננה סכסוך בין שני צדדים, זו לא הכרעה בסכסוך בין המתלונן לנאשם, ולכן לא ניתן להחשיב את זה כסמכות שיפוטית, אלא כביצועית. לכן, **בנדור מבקר את בית המשפט שסיווג את החלטה שפרקליטת המדינה להעמיד לדין כהחלטה שיפוטית ולא החלטה ביצועית.**

**פס"ד חוטר ישי נ' ארבל-** יש ס' בחוק איסור לשון הרע שאומר שיש חסינות משפטית בתביעות אלו כאשר דברי הלשון הרע נאמרו במסגרת סמכות שיפוטית. לכן, בית המשפט צריך לסווג האם מדובר בסמכות שיפוטית, סמכות חקיקה או סמכות ביצוע. **במקרה זה ביהמש קבע כי אכן זו הייתה סמכות שיפוטית.**

**דוגמא נוספת**- לפני שרשות מנהלית מקבלת החלטה שתפגע במישהו, היא חייבת לערוך שימוע ולתת לצד השני להשמיע את טענותיו. אך **הכלל הזה נכון בהחלטות בעלות אופי ביצועי או שיפוטי. כשמדובר בעניין חקיקתי (התקנת תקנות למשל) אין חובה כזו.**

**הגדרות:**

**החלטה שיפוטית: כאשר הרשות המנהלית איננה מקבלת באופן חד צדדי החלטה, אלא שומעת את הטענות של 2 הצדדים ופוסקת ביניהן באופן אובייקטיבי.** למשל: כאשר גוף מנהלי שמשויך למשרד בביטחון פנים מבצע וועדת שחרורים. בצד אחד האסיר טוען טענותיו ובצד השני פרקליטות. לאחר מכן הוועדה מקבלת את ההחלטה.

**סמכות ביצועית-:**כל היתר. קבלת החלטות אינדיווידואליות שאינן חקיקה.

**\*\* אמר ששאלה יפה-** האם הלכה בפסיקה נחשבת לסמכות שיפוטית או חקיקתית. כנראה ההלכה עצמה נחשבת חקיקתית, וניתן לראות זאת בכך שגם לא נותנים לכל בן אדם נפגע מההלכה להשמיע את עמדתו. ואילו בסמכות שיפוטית כן נותנים.

**הצורך בדיני הסמכה והבעייתיות בדינים הקיימים:**

כפי שציינו לעיל, בניגוד למדינות הקונטיננטאליות שבהם החוקים נותנים סמכות למדינה, והמדינה מחליטה מי בדין יפעיל אותה. **המבנה של החקיקה במדינת ישראל, הדומה למשפט המקובל, הוא, שכל חוק וכל תקנה נותנים סמכות וגורם מסוים ומציינים מי עובד הציבור שמוסמך לקבל את ההחלטה או לבצע את הפעולה.**אלא הקושי התעורר הוא שיש מספר גדול מאוד של עובדי ציבור, בניגוד לרשויות שלהן מספר מצומצם. במצב כזה, אדם אחד לא יכול לעשות את הכל לבד ויש צורך להסמיך רשויות או גורמים אחרים. **מכאן נדרשים דינים המכונים דיני הסמכה, שהם חלק מהמשפט המנהלי הכללי, והם מאפשרים להרחיב את מעגל האנשים שמפעילים את הסמכות, וזאת מעבר לבעל התפקיד שנקבע בחוק.**

הצורך בדיני הסמכה:

* **יעילות-** לא הגיוני שהרשות המוסמכת תעשה את הכל לבד, שהרי לעיתים מדובר במספר בודד של אנשים. לכן דיני ההסמכה מאפשרים להרחיב את האנשים שיפעלו בסמכות מעבר למה שנקבע בחוק המקורי. גם אם בפועל בעל הסמכות מקבל את ההחלטה, הוא צריך להיעזר בעוזרים שונים.

כמו כן, בדיני ההסכמה מפורט גם מה קורה כאשר יש ניגוד אינטרסים מסוים של בעל הסמכות.

* **התמודדות עם הלכת מיכלין (איסור מתן הוראות לרשות מוסמכת)-** מההלכה עלה שרק רשות מוסמכת יכולה לקבל החלטות ואסור לה לקבל הוראה משום גורם אחר. על כן, דיני ההסמכה מאפשרים בעצם שגורם אחר יקבל סמכות ופותרים את הקושי שעלה מההלכה.
* **צורך בשיתופם של גורמים מחוץ למנהל הציבורי-** למרות שיש הרבה עובדי ציבור, אין זה יעיל ורצוי שרק עובדי הציבור יעשו הכל. למשל, כדי להפעיל סמכות מסוימת יש צורך לבנות מחשבים ומדפסות וכו', ואין זה אפשרי שהמדינה תהפוך למפעל מחשבים. על כן דיני ההסמכה נותנים פתרון שמאפשר גם לאנשים שאינם עובדי ציבור לקבל החלטות בדברים מסוימים.

בעייתיות בדיני ההסמכה הקיימים:

* **דיני ההסמכה לא תמיד אומרים מכוח מה הסמכות.**

דוגמא: **פס"ד פדרמן-** מן הסתם שהשרים עצמם לא ילכו וידריכו חיילים בהאיטי, לכן שוטרים התנדבו לעשות זאת. השוטרים בעצם "הושאלו" למשרד ראש הממשלה, אבל הסמכות הייתה של הממשלה ולא של השוטרים. וכולם מרגישים כי שיש סמכות אך לא ידוע מכוח מה הסמכות.

* **אין "ביצוע באמצעות אחר"-** במדינת ישראל דיני ההסמכה לא כוללים ביצוע באמצעות אחר. אותה דוגמא כמו פס"ד פדרמן- ביהמ"ש לא אומר שמותר לממשלה לעשות ביצוע באמצעות אחר, כלומר להחליט לשלוח את השוטרים. עם זאת, אמנם זו לא הייתה הלכה רשמית שמותר לבצע באמצעות אחר, אך ניתן להבין שבמקרה הספציפי הזה בית המשפט אישר זאת.
* **דיני ההסמכה עמומים-** דיני ההסמכה שכן קיימים הם עמומים ולא ברורים. מתי מותר לאצול? מתי אסור? מה השיקולים שיש לשקול בעת קביעה כזו?

**מהי אצילת סמכויות?**

החוק נותן את הסמכות לרשות מסוימת שקבועה בחוק (למשל היועמ"ש), והיא אוצלת את הסמכות, כלומר:

1. הסמכות ניתנת לרשות הנאצלת. יש לה את הסמכות המלאה.
2. הסמכות נשארת גם בידי הרשות האוצלת. הסמכות לא נלקחת מהרשות האוצלת, אלא שהרשות האחרת מקבלת סמכות מלאה בנוסף לרשות המקורית.
3. מותר לרשות האוצלת להנחות את הרשות הנאצלת. הרשות המקורית נשארת בעלת סמכות.
4. איסור אצילה כפולה. אם א' האציל סמכויות לב', אז ב' לא יכול להאציל סמכויות ל-ג'. ב' יכול לפנות ל-א' ולבקש מרשות זו להאציל סמכויות גם על ג'. כלומר, רק הרשות המקורית מאצילה. לדוגמא, ליועמ"שית יש 200 סמכויות, אז היא יכולה להאציל סמכויות לכמה גופים.

יש 2 הסדרים שונים בנוגע לאצילה:

1. **הראשון הוא אצילה לפי ס' 33 לחוק יסוד: הממשלה. ההסדר הזה הוא הסדר כללי ספציפי שנוגע למקרים בהם הרשות המוסמכת שנקבעה בחוק היא הממשלה או שר.**

**אצילת סמכויות**

33.    (א)  סמכות הנתונה על פי דין לממשלה רשאית הממשלה לאצול לאחד השרים; סעיף זה לא יחול על סמכויות הממשלה לפי חוק-יסוד זה, למעט סמכויות לפי סעיף 32.

          (ב)  סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו (העבירו את הסמכות משר אחד לשר אחר) על פי סעיף 31(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור.

          (ג)   סמכות שהממשלה אצלה לשר, למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצלה, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור אם הסמיכה אותו הממשלה לכך.

**(תיקון מס' 5) תשע"ח-2018**

          (ג1) כיהן ראש הממשלה כשר הממונה על משרד, רשאי הוא לאצול את סמכותו, בהתאם להוראות סעיפים קטנים (ב) או (ג), גם לסגן שר באותו משרד.

          (ד)  בסעיף זה, סמכות הנתונה לממשלה או לשר, לרבות חובה המוטלת עליהם.

          (ה)  הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה.

הסבר: ההבדלים בין ס' א (שנוגע לממשלה) לבין ס' ב (שנוגע לשרים):

**הממשלה יכולה לאצול כל סמכות- גם בעלת אופי ביצועי, גם חקיקתי וגם שיפוטי.** הסיבה לכך היא שהממשלה מאוד עסוקה, וצריכה לדון בהרבה עניינים כשאין הרבה זמן. בניגוד לכך, **בסעיף ב' ניתן לראות שברירת המחדל לגבי שרים היא שהם יכולים לאצול סמכות שיפוטית וביצועית אך לא חקיקתית.** הסיבה לכך הוא ששר מתעסק רק בעניינים האלו לאורך כל היום ויש לו יותר זמן.

**הבדל נוסף הוא שהממשלה יכולה לאצול רק לשר, ואילו שר יכול לאצול לכל עובד ציבור.** הסיבה לכך היא שלממשלה יש קשר עם השרים. היא יכולה לפקח ולהתערב. אם הייתה מעבירה את הסמכות לאיזה פקיד, אז לא הייתה לא יותר מדי אינטרקציה ודרך לפקח עליו. שר הוא חלק מהממשלה ולכן הממשלה יכולה לאצול עליו ועדיין להיות עם איזושהי זיקה לסמכות הזו.

**למה שר לא יכול לאצול סמכות חקיקתית של התקנת תקנות? כי כשהכנסת מסמיכה שר להתקין תקנות, היא בעצם נותנת לו סמכות לכך. הכנסת לא מחוקקת לבד אלא נותנת לשר לעשות זאת. אם יאשרו לשר להעביר את הסמכות הזו למישהו אחר זו תהיה אצילה כפולה, כי מלכתחילה זו הייתה מעין סמכות של הכנסת (באופן "רעיוני"). אך עדיין נקבע שאם הממשלה אצלה לשר, אז באופן חריג השר כן יוכל לאצול את הסמכות על מישהו אחר. מה הרציונל שעומד מאחורי זה? גם לשרים אין הרבה זמן להתעסק בהכל ולכן יש צורך בהאצלה.**

סעיף ה- הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה. כתוב "אלא אם כן הדבר משתמע", ולכן נוצרות בעיות כי צריך לדון האם משהו אחר משתמע או לא משתמע.

1. **חוקיות אצילה לפי המשפט המנהלי הכללי:**

**מה לגבי מקרים בהם הסמכויות לא ניתנות ספציפית לשרים ולממשלה? במשפט המנהלי הכללי אין חקיקה ואנחנו נחזור למשפט המנהלי הכללי שהתפתח בפסיקה. החזקה היא איסור אצילה**. **בעוד שחוק יסוד הממשלה אומר שאם מתקיימים תנאיו אז אצילה מותרת (אלא אם משתמע אחרת), לגבי סמכות שאיננה סמכות של שר בממשלה חזקה שאצילה אסורה. הרציונל הוא תורת הרשויות המוסמכות- אם החוק נתן את הסמכות לרשות או לעבוד ציבור מסוים חזקה שכוונת המחוקק הייתה שאותה רשות תפעיל אישית את הסמכות ולא תוכל לאצול אותה.**

החזקה=איסור אצילה

אך יש שיקולים שבגינם תהיה חריגה מהחזקה הזו:

* היקף האצילה. אם מדובר בסמכות מאוד רחבה יהיה קשה להאציל את כל הסמכות (אולי יאצילו חלק. לפעמים אפילו מאצילים ממש מקרה ספציפי, למשל כאשר בעל הסמכות נמצא במצב של ניגוד עניינים). אך אם מדובר בסמכות מצומצמת יהיה יותר קל לאפשר אצילה לגורם אחר.
* מעמדה של הרשות האוצלת ומידת ייחודיות המשרה. למשל, אם מדובר ברשות ספציפית שמתמחה בעניין מסוים ירצו שהיא תתעסק בזה ולא תאציל את הסמכות לגורם אחר.
* היקף שיקול הדעת. ככל שיש במסגרת הסמכות פחות שיקול דעת של הרשות יהיה יותר אפשרי להאציל את הסמכות. אציין כי ספק אם יש מקרים שבהם אין כלל הפעלת שיקול דעת.
* מהות הסמכות: שיפוטית, חקיקתית, ביצועית. כשמדובר בסמכות חקיקה, כפי שראינו, הגורם המינהלי הכללי בדרך כלל לא יוכל לאצול אותה. כשמדובר בסמכות שיפוטית- תלוי בנסיבות, יכול להיות מצב שלרשות בעלת הסמכות אין הרבה הבנה משפטית, אך הגורם שאליו היא מעוניינת להאציל את הסמכות הוא כן בעל ידע בתחום ולכן תוכל להאציל אליו.
* השפעה של זכויות האדם. ככל שהסמכות פוגעת יותר בזכויות אדם כך יהיה קשה יותר להאציל אותה.
* צרכים מעשיים ויעילות. המשפט לא דורש לעשות דברים בלתי אפשריים, אך אם ממש קשה לבצע את החוק אז לעיתים מפרשים את החוק באופן שיהיה נוח לאותה הרשות לבצע אותו. אם אי אפשר להפעיל את הסמכות לפי הרשות המקורית עקב חוסר זמן ושיקולים של יעילות, אין מנוס שהיא תאצול את הסמכות.

**יש כאן בעייתיות כי הצהרתית אומרים שיש חזקה לפיה אסור לאצול, אבל בפועל הרבה מאוד סמכויות ניתן לאצול.**

ביקורת על החזקה שאסור לאצול:

* החזקה שאוסרת אצילה היא לא מעשית. בפועל, בדרך כלל כן מותר לאצול וצריכה להיות סיבה מיוחדת אם לא רוצים לאצול.
* הרציונל לא תואם את המציאות. לא תמיד יש מחשבה עמוקה כשמחליטים לתת לרשות סמכות מסוימת. לכן זה לא קריטי אם היא מעבירה לרשות אחרת.
* זה שונה מההסדר בחוק יסוד: הממשלה ללא הצדקה. ההסדר בחוק כן מאפשר לאצול.

איסור אצילה לגורמים פרטיים:

האיסור הזה אומר שרשות ציבורית לא יכולה לאצול לגוף פרטי. הסיבות לכך הן:

1. לגופים פרטיים יכול להיות ניגוד עניינים.
2. קשיים בפיקוח על הגוף הפרטי כי הוא לא חלק משירות המדינה, אין לגביו דין משמעתי, הוא לא פוחד שיטילו עליו סנקציות אם לא יפעל כראוי כי הסנקציות שניתן להטיל עליו, בניגוד לעובד ציבור, הן יותר מצומצמות.

אצילה לעומת הסתייעות באחרים:

אסור לרשות לאצול על גורם אחר, אך כן ניתן להסתייע בו.

הגדרה של הסתייעות:

**לפי הפסיקה: הסתייעות היא בעניינים טכניים שלא מצריכים הפעלת שיקול דעת מהותי.**

**יצחק זמיר: ההסדר הרלוונטי כתוב בס' 17ב' לחוק הפרשנות: "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו"- ניתן להעביר גם סמכויות** עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת, וזה ייחשב הסתייעות ולא האצלה.

הערה: **הסתייעות באחרים- חזקה שהיא מותרת.**

פסק דין עמותת עיר עמים: "**רוב הפעולות שביצוען נמסר לעמותה הן בעלות אופי תפעולי וחלקן האחר, אף שכורכה בו הפעלה מסוימת של שיקול דעת , כפוף לפיקוח ולבקרה הדוקים של הרשות תוך שעיקר שיקוד הדעת אשר הוקנה לרשות על פי דין נותר בידיה. על כן** **ניתן לומר כי ההתקשרות במהותה היא הסתייעות בעמותה לצורך תפעול האתר ואף שמדובר בהסתייעות בהיקף רחב יחסית אין היא עולה כדי האצת סמכויות של הרשות והעברתן לעמותה.** מסקנה זו נתמכת לא רק באופיין של הפעולות שביצוען נמסר לעמותה, אלא גם בעובדה שמנהל הגן מטעם הרשות מופקד על ניהולו השוטף, היומיומי והצמוד, בעובדה שעיקר הפונקציות הכרוכות בניהול האתר ושיקול הדעת בסוגיות המהותיות בקבלת אישור מטעם הרשות לכל מהלך משמעותי שיש בו כדי להשפיע על אופיו של האתר."

למה אז פה בית המשפט התעקש שזה הסתייעות? כי הם גוף פרטי והם היו בעלי אופי פוליטי, ולכן זו בעיה לתת להם את כל הסמכויות באתר עיר דוד. מכאן ניתן לראות שיש דעות לכאן או לכאן במקרים מסוים לגבי השאלה האם מדובר בהאצלת סמכויות או בהסתייעות. **בית המשפט קיבל את הטענה שמדובר בהסתייעות למרות שהיא לא הייתה רק הסתייעות טכנית.**

 לעומת זאת, **בבגץ בתי הסוהר ביהמ"ש קבע כי לא מדובר רק בהסתייעות בגוף הפרטי בנוגע לענייני טכניים, אלא שהגוף הפרטי המנהל את בית הסוהר גם יהיה אחראי על אופן הפגיעה בזכויות האסירים** במקרה של ענישה, וכן יהיה אחראי על המשמעת. **כלל: סמכות לפגוע בזכויות אדם אף פעם לא נחשבת להסתייעות בעניינים טכניים.**

ס' 34 לחוק יסוד: הממשלה:

**"שר \*הממונה על ביצועו של חוק\* רשאי ליטול לעצמו כל סמכות (שנתונה לרשות אחרת), למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי הנתונה עפי אותו חוק לעובד המדינה,** אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת. "

**השר לא יכול ליטול סמכות שיפוטית מכיוון שהשר הוא דמות פוליטית.**

דוגמא: חוק המים נותן הרבה סמכויות לנציב המים. בחוק נקבע כי השר הממונה על חוק המים הוא שר החקלאות. שר החקלאות לא אהב את נציב המים, ולכן נטל את כל הסמכויות שלו. לנציב המים לא היו תפקידים יותר ולכן נאלץ להתפטר.

**הליכי המינהל**

**הליכי המינהל הם הפרוצדורה של המשפט המנהלי הכללי. הליכי המינהל הם ההליכים, האופנים והדרכים שבהם הרשויות המנהליות נדרשות לקבל החלטות מסוגים שונים**, שלפעמים עשויים להיות סוגים שונים של החלטות- למשל ההליכים להפעלת סמכויות ביצועיות ההליכים עשויים להיות שונים מהפעלת סמכויות שיפוטיות, וכך גם בנוגע לחקיקה.

**חשיבות הליכי המינהל**

מדוע הליכי המינהל חשובים? ניתן לחלק את זה לשני ערכים:

1. ערך מעשי

הערך המעשי הוא כפול:

1. שיפור איכות ההחלטות- ההחלטות מתקבלו לפי נהלים מסוימים.
2. שיפור שביעות הרצון מההחלטות- מחקרים אמפיריים כבר הוכיחו כעניין סטטיסטי שהאדם שלא קיבל את הדבר שהוא רוצה, עדיין יהיה שבע רצון וישלים עם ההחלטה שהתקבלה נגדו אם היה הליך הוגן. לפעמים יכול להיות גם מקרה הפוך, שאדם קיבל את מה שהוא רוצה אך ההליך היה פגום ומידת שביעות הרצון שלו תהיה פחותה. אחד הערכים שהמשפט שואף אליהם זה לאו דווקא קבלת החלטות טובות אלא גם אמון הציבור ושביעות רצונו אם לא מתוכן ההחלטה אלא בתהליך עצמו.

לצד הערכים המעשיים של שיפור איכות ההחלטות ושיפור שביעות הרצון ישנו גם ערך דאונטולוגי בהליך הוגן וראוי.

1. ערך דאונטולוגי

דאונטולוגי משמעותו מטרה בפני עצמה של הליכי המינהל. ישנו גם ערך דאונטולוגי בהליך הוגן וראוי וזאת כחלק מכבוד האדם. גם אם היו מוכיחים לנו שאף פעם אין ערך מעשי לזכות הטיעון- שאף פעם לא תשתנה ההחלטה אם יטענו טענות לפני, כלומר שזכות הטיעון משנה את הכוונה המקורית, וגם אם היינו מראות שאין קשר בין שביעות הרצון לבין ההליך, גם אז, עדיין יש ערך דאונטולוגי הנובע מכבוד האדם. **חלק מכבוד האדם זה שהאדם יזכה ליחס הוגן, שמי שמקבל החלטות שעשויות לפגוע בו ישמע אותו לפני כן, שמי שמקבל החלטות בקשר אליו לא יהיה במצב של ניגוד עניינים\ אינטרסים וכו.** יש גם ערך עצמאי להליכי המנהל ומטען החשיבות שלהם. מכיוון שבמשפט המנהלי, רוב העתירות נדחות, ואם הרשות פעלה באופן תקין, רק במקרים מאוד קיצוניים בית המשפט יקבל את העתירה.

**איך המשפט מקדם קבלת החלטות טובות ונכונות מצד השופטים?**

1. **כללי הצדק הטבעיים (ערך מעשי)-** א. זכות הטיעון/ השימוע. זה יכול לעזור לאיכות ההחלטה מכיוון שכך יעלו לפני בית המשפט הטענות של הצד השני. לפעמים יוצגו טענות מבוססות שישפיעו על החלטת בית המשפט. באמצעות זכות הטיעון יש יותר סיכוי שהשופטים יקבלו החלטה נכונה. זכות הטיעון משפיעה על ההחלטות. ב. איסור ניגוד עניינים/ משוא פנים- נדבר בהרחבה בהמשך. מצב בו לאדם שבעמדת קבלת ההחלטות יש אינטרס לא קשור שעלול למנוע ממנו לקבל החלטות נכונות. ההחלטה של אדם בניגוד אינטרסים תתייחס גם לשיקולים שאינם מקצועיים ואינם רלוונטיים.

ש**ני הכללים הללו הם כללים של משפט מקובל, כמו רוב הכללים של המשפט המנהלי הכללי**. אלו כללים לא כתובים אך מחייבים. המעמד שלהם הוא מעמד של משפט מקובל. **מה זה אומר מבחינת פירמידת הנורמות? משפט מקובל הוא שווה מעמד לחוק. אך כמובן חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, ולכן אם הכנסת העבירה חוק שאומר אחרת (למשל שמותר להיות בניגוד עניינים), אז החוק החדש יגבור על כללי הצדק הטבעיים.**

**חשוב לציין כי חלק מהזכות לכבוד האדם הוא הזכות להליך הוגן למשל. אם כן, גם אם הכנסת תעביר חוק חדש, היא לא תוכל לפגוע בזכות להליך הוגן אלא אם כן החוק יעמוד בתנאי פסקת ההגבלה (למשל חוק שפוגע בזכות הטיעון פוגע בזכות להליך הוגן).**

מה קורה כאשר חוק ספציפי מתייחס לאחד מכללי הצדק הטבעיים?

* כלומר, קובע הסדר שקשור אליהם, אך לא מתייחס לסיטואציה מסוימת. נניח חוק שאומר שהורים לא יכולים לקבל החלטות על קרובי משפחתם, אך לא מדבר על דודים וסבים. האם הם כן יוכלו לקבל החלטות? האם יש להניח שגם השאר פסולים או להניח שהשאר יכולים עד שלא יהיה חוק שאומר אחרת**. בפ"סד ראשון לציון נאמר שכל עוד החוק לא מתייחס באופן חד משמעי לסיטואציה מסוימת וקובע חריג לכללי הצדק הטבעי, יש להתייחס לכללים אלו. "שתיקתו של המחוקק אין בה כדי להוות הסדר שלילי לגבי תחולת העיקרון של ניגוד העניינים‏,** שכן שתיקתו של המחוקק מוסברת על בסיס קיומו של הכלל מכוח יצירתו של בית-משפט זה. בפסק הדין בית המשפט אמר שברור שיש בעיה של ניגוד עניינים כשגם המנכל וגם ראש העיר בתאגיד. החוק לא קבע שאסור שיכהנו גם בעבודה העירונית וגם בתאגיד, לכן פנו לכללים של המשפט המנהלי. המשפט המנהלי הכללי אוסר ניגוד עניינים ולכן פסלו את המינוי. **פס"ד נוסף לדוגמה, הוא פס"ד סיעת הליכוד בעריית פתח תקווה נ' עריית פתח תקווה, שם מונה כיו"ר וועדת הביקורת חבר בהנהלת העירייה.** לכאורה, יש פירוט בפקודת העיריות על מצבים של ניגוד עניינים שניתן להיות בהם, וזה אינו נזכר בהם. אולם **בדיעבד, ברור כי מדובר בניגוד עניינים, הרי הכיצד יוכל יו"ר הוועדה לבקר את פעולותיו שלו כחבר בהנהלת העירייה**. ביהמ"ש פסק כי הסדר חלקי אינו הסדר שלילי, ואומנם הוא לא פסול מכוח החוק, אך הוא פסול מכוח כללי הצדק הטבעי של המשפט המקובל.

אם כך, **לשם מה הכנסת קובעת הסדרים חלקיים בחוק, כשהם אינם בבחינת הסדר שלילי?**

1. לכללי הצדק הטבעי פנים לכאן ולכאן משום שמדובר במשפט מקובל אשר לא תמיד ברור. **למען הסר ספק** הכנסת מחוקקת חוקים שהיא מתכוונת אליהם בוודאות, אולם הסדר חלקי אין משמעו שלא חלים כללי הצדק הטבעי.
2. **לעיתים חוק שמסדיר חלק מכללי הצדק הטבעי, אינו חוק מינהלי בלבד**. יש חוקים מסויימים שהם בגדר עבירה פלילית או עוולה אזרחית, וזה להיות קבוע בחוק, למשל ניגוד עניינים שהוא עבירה פלילית. זאת מכיוון שהסנקציות של המשפט המנהלי לא יהיו מספיקות והמחוקק רוצה להטיל גם סנקציות פליליות על כך.

 כללי הצדק הטבעי אינם חלים באופן מוחלט.

יש מקרים בהם כללי הצדק הטבעי אינם יחולו (חריגים):

1. **כאשר יש חוק שנחשב חוקתי אשר סותר את כללי הצדק הטבעיים.** **יש להסביר במבחן שהחוק צריך להיות חוקתי.**
2. **צורך-** הרעיון הוא שעם כל הכבוד להליכי המינהל, מטרת ההליכים הם להוביל לקבלת החלטות. מקרה של צורך הוא מקרה שבו קשה מאוד לקבל החלטה אפקטיבית אם נפעל לפי כללי הצדק הטבעיים. דוגמא: מקרים שבהם ההחלטה של הרשות עלולה לפגוע באדם, אך עדיין אסור שהאדם יידע על כך בזמן אמת. למשל, הוצאת צו חיפוש- אי אפשר להגיד לבן אדם שנבוא לחפש אצלו. אם יפעלו לפי כללי הצדק הטבעי זה יסכל את מטרת ההחלטה. דוגמא נוספת: לפעמים הרשות המוסמכת בהגדרה נמצאת במצב של ניגוד עניינים. במצב שבו אין אפשרות לקבל החלטה מבלי שיהיה מעורב ניגוד עניינים, לא יוכלו להתחשב בכללי הצדק הטבעיים.
3. **איזון אינטרסים-** חריג פחות נפוץ מהשניים האחרים. לפעמים יש מקרים שבהם רוצים לעשות איזון אינטרסים. למשל **פסק הדין שעוסק בהריסת בתי מחבלים.** לכאורה אמורים להתקיים הליכים שבהם תתקיים זכות הטיעון טרם הריסת הבית. מנגד, טענו שההריסה צריכה להיות מיידית כדי שתהיה הרתעה. אם כן, מצד אחד יש את זכות הטיעון ומצד שני יש שיקול ביטחוני. ביהמ"ש עשה איזון אינטרסים וקבע שניתן לאטום את הבית מבלי לאפשר זכות טיעון, ויחד עם זאת שומרים על זכות הטיעון בכך שכשמדובר בהריסת בית כן יש לאפשר זכות טיעון מלבד מקרים חריגים. במקרה הזה בית המשפט ערך איזון בין זכות הטיעון לבין ערכים אחרים. אציין כי לרוב אם אין חריג של צורך או חריג של חוק חוקתי, לא יערכו איזון אינטרסים. לפעמים בעת איזון אינטרסים יקבעו שיש אינטרס כל כך כבד משקל, שגם אם הוא לא מגיע לרמת צורך, עדיין יש להטות את הכף לטובתו.

**כעת נפרט על כל אחד מכללי הצדק הטבעיים:**

**זכות הטיעון (זכות השימוע)-** זכות להעלות טענות לפני שמקבלים החלטה שעלולה לפגוע במישהו.

**באילו הליכים חלה זכות הטיעון? יש הבחנה בין תחולת זכות הטיעון בסוגים שונים של סמכויות והליכים:** הליכי חקיקה והתקנת תקנות- כשמדובר בהליכי חקיקה והתקנת תקנות, זכות הטיעון לא חלה. אין חובה מכוח המשפט המינהלי הכללי לתת לכל אדם שרואה את עצמו כעלול להיפגע מחוק/ תקנות את זכות הטיעון. הרציונל כאן הוא בעצם רציונל של צורך- זה לא אפשרי ולא מעשי. אם ניתן לכל אחד זכות טיעון הליך החקיקה יימשך לנצח. התפיסה הזו של המשפט המינהלי היא לא תפיסה מאוד משכנעת. זאת מאחר שההנחה לה היא שיש רק שתי אפשרויות- או שיש זכות טיעון או שאין. עם זאת, המצב לא כל כך קיצוני. לא מעשי לתת זכות טיעון לכל אחד אך המרצה טוען שניתן לתת זכות טיעון לגוף מייצג. בכנסת נותנים זכות טיעון ליושבי הראש של הוועדות והם מעלים טענות בעד ונגד חוקים מסוימים. כמו כן מגיעים גם עמותות וארגונים כדי להעלות טענות. אז אם בכנסת שומעים טענות מנוגדות (לא של כל אדם ואדם אבל כן של נציגים מסוימים), למה לא עושים כך גם על תקנות? אם כן, הכלל של המשפט המנהלי אינו מידתי. לכן, בפועל יש הרבה הליכים שמאפשרים לחלק מהגורמים לטעון טענות. יש כל מיני נהלים שמעגנים את זה.

הליכי שפיטה- כשמדובר בהליכי שפיטה הדין הוא הפוך. חייב לתת לכל הצדדים לסכסוך זכות טיעון בפני בית המשפט/ בית הדין/ רשות מבצעת לפני שהן מקבלות את ההחלטות. כך גם בהליכים מול המנהל הציבורי. כך ייעשה ברוב המקרים למעט מקרים חריגים בהם לפי עיקרון הצורך לא אפשרי שההליך ייערך במעמד כל הצדדים. בהליכים כאלו יתנו לאזרח לטעון בדיעבד את טענותיו ולערער למשל. אך זה ייעשה רק במקרים מעטים מאוד.

לגבי החלטות ביצועיות, למשל החלטה לבטל רישיון, השאלה היא האם יש פגיעה בזכות. אם ההחלטה לא פוגעת בזכות אז אין צורך בזכות הטיעון. אך אם עלולה להיות פגיעה בזכויות, אז תהיה לצדדים זכות לטעון את טיעוניהם לפני הרשות המנהלית. רק לאחר מכן הרשות תקבל החלטה. **בפס"ד מוסטקי (ביטול הכרה בלימודים באוניברסיטת לטביה), ראינו דוגמא לכך שגם כאשר מדובר בהחלטות ביצועיות רבות שמתייחסות לאינדיבידואלים ספציפיים, תהיה קיימת זכות הטיעון.** הרשות תצטרך לשמוע את הטיעונים האישיים של כל מי שעלול להיפגע מההחלטה. בעקבות פסק הדין, לשליש מהאנשים שעתרו כן הכירו בלימודים. **עצם העובדה שהרשות רצתה להחליט החלטה גורפת בנוגע לאנשים שהם אינדיווידואלים ולכל אחד סיפור שונה, היא שפגעה בזכות הטיעון.** החלטה גורפת זו הייתה פסולה והיה צריך לדון בכל אדם בנפרד כפי שמאפשרת זכות הטיעון.

מה לגבי הליכי העמדה לדין? העמדה לדין היא דבר שפוגע בזכויות. בעבר הייתה מקובלת הגישה שזכות הטיעון היא במשפט הפלילי עצמו, ולא בשלב ההעמדה לדין (כי לא מדובר בהחלטה אלא רק בהעמדה לדין). במידה ויתקיים משפט תהיה זכות טיעון. אנו יודעים שתפיסה זו שגויה וכבר בהחלטה להעמיד לדין יש זכות טיעון. ההעמדה לדין עצמה פוגעת בזכויות ומשנה לנאשמים את החיים. לכן, בהדרגה ערכו שינויי חקיקה ונקבע הסדר לפיו בעבירות חמורות יהיה חובה לתת שימוע לפני שהמדינה תגבש החלטה סופית להעמיד לדין (אם הפרקליטות שוקלת העמדה לדין אז היא תזמן את האזרח לטעון טענותיו בשימוע.). הרשות נוטה בדרך כלל בכל זאת להעמיד לדין. בעבירות יותר קלות אין הליך שימוע מסודר, אך אם סניגור כן רוצה לדבר עם הפרקליטות אז הפרקליטות כן אמורה לשמוע אותו גם אם אין חובה כזאת בחוק. כלומר, יש סוג של זכות טיעון לפי רצונו של הנאשם.

**בפס"ד רחמני עסקו בשאלה בפני מי צריכה להיות זכות הטיעון? האם הרשות המוסמכת צריכה לשמוע את הטיעונים בעצמה, או שמשרד מסוים יכול לשמוע במקומה?** יש מקרים שהחוק עצמו קובע מי צריך לשמוע את הטיעונים אך ברוב המקרים אין הסדר כזה. בדרך כלל אם מדובר בשר בממשלה שהוא מאוד עסוק, אז יהיה אפשר שאדם אחר מהמשרד יישמע את הטיעונים (לא מדובר בהאצלת סמכות אלא בסמכות עזר שבה רק יסכמו את הטיעונים ויעבירו לרשות המוסמכת). כך עולה בדרך כלל מהפסיקה.

**נקודה חשובה היא שאת הטיעונים יש חובה לשמוע אלא אם כן החוק מאפשר אחרת. הרשות חייבת לקבל את ההחלטה רק לאחר שמיעת הטיעון. אך אם קבלת ההחלטה אמורה להיות סודית כדי שהאזרח לא יוכל לעשות מניפולציות, אז שמיעת הטיעונים מדוע יש לבטל את ההחלטה תוכל להיות אחרי ההחלטה. אך זה ייעשה רק במקרים חריגים. הרציונל מאחורי זכות הטיעון הוא שהטיעונים שבהם עובר מידע אינם בעלי ערך אם הם ניתנים אחרי שהתקבלה כבר החלטה. גם הלגיטימציה שנתנת להליך המשפטי והאמון במערכת תלוי בכך שאנשים יקבלו זכות טיעון והליך הוגן.** על כן הטיעונים צריכים להישמע לפני קבלת ההחלטה.

מתי בכל זאת יכולה להיות זכות טיעון רטרואקטיבית:

* כשיש אילוץ של **צורך** שמונע שמיעת טיעונים מראש. אמנם תהיה פגיעה בזכויות אך זה יעמוד בעיקרון המידתיות (פסקת ההגבלה).
* לפעמים ביהמ"ש יאפשר זכות טיעון לאחר מעשה **במקרים בהם הייתה הפרה של זכות הטיעון** (לא נתנו את זכות הטיעון מראש). לא רוצים לבטל את ההחלטה שהרשות כבר קיבלה ומצד שני כן רוצים לתת זכות טיעון אז מאפשרים לשמוע רטרואקטיבית. השימוע לא ייעשה מול הסמכות המקורית מכיוון שהחלטתה כבר התקבלה, אלא בפני גורם אחר.
* **לפעמים כשמדובר בנושא ממש חשוב בית המשפט יגיד שפשוט ההחלטה בטלה כי אין דרך לתת זכות טיעון לאחר מעשה.**
* יש מקרים שבהם יינתן פטור מזכות הטיעון (?)

זכות טיעון לאחר מעשה, ככלל זה דבר פסול ויאפשרו אותה רק כאשר יש פטור ממתן זכות הטיעון מראש או שאין ברירה כסעד מידתי לבטל את ההחלטה.

מה זכות הטיעון כוללת מלבד אפשרות להשמיע טענות:

חשוב לציין כי זכות הטיעון דורשת להגיד לאותו אדם מראש באיזו נושא מדובר, איזו החלטה עשויה להתקבל, מה העובדות שידועות לרשות, מה השיקולים שבגללם הרשות עלולה לקבל החלטה שפוגעת בו. גם **בפס"ד רחמני ביהמש אמר שאי אפשר להזמין אדם ולהפתיע אותו כי זה לא מאפשר לו להתכונן מראש. צריך ליצור קשר זמן סביר לפני ההליך, לאפשר לפנות לעו"ד, לציין מה החומר הרלוונטי שידוע בעניין.** צריך שהזכות תהיה אמיתית.

מהי זכות טיעון משנית?

לפעמים הרשות שומעת את הטיעונים ואז היא שומעת עוד עדות של אנשים/ מתוודעת למידע נוסף שרלוונטי/ הרשות חושבת על שיקול שלא התייחסה אליו, ואז הרשות חייבת לפנות עוד פעם לאדם העלול להיפגע, ליידע אותו במידע החדש, ולתת לו את זכות הטיעון עוד הפעם. זו נקראת זכות טיעון משנית והיא מאפשרת לו להשלים את הטיעון בהתאם למידע החדש.

זה לא מעוגן בחוק אלא לפי המפשט המקובל ולכן אין כלים בהירים. **בית המשפט אומר שזכות הטיעון המשנית צריכה להיות הוגנת בנסיבות העניין.**

עולה שאלה האם הטיעון צריך להיות בעל פה או בכתב? בדרך כלל הפסיקה לא מחייבת שהטיעון יהיה בעל פה ומחשיבה גם טיעון בכתב, אך כן יש מקרים שבהם חושבים שכדי שההליך יהיה הוגן יש לאפשר גם טיעון בעל פה.

בדרך כלל העמדה היא שאדם לא חייב לטעון בעצמו ויש לו זכות לייצוג משפטי על ידי עורך דין.

לרשות יש אפשרות להגביל את הטיעון (באופן סביר) כדי שהטיעון לא יהיה ארוך מדי לדוגמא. רשות יכולה להקצות זמן/ היקף עמודים מסוים לטיעונים.

כיצד נדע אילו מגבלות של הרשות אינן סבירות והוגנות? זה לא קבוע בחוק אך אם מקרה כזה יגיע לבית משפט, אז בית המשפט יחליט.

**איסור משוא פנים/ ניגוד עניינים-** כעת נפרט מהם הכללים בעניין זה. נקודה חשובה מאוד היא שמדובר בכללים שנוגעים להליכי המנהל. יש הגבלות על שיקול הדעת המנהלי ויש הגבלות הנוגעות לתוכן ההחלטות אך זה לא קשור לכללי הצדק הטבעיים. כאן עוסקים בכך **שכדי לקבל את ההחלטה אסור לרשות להיות במצב של ניגוד עניינים. זה לא עוסק בתוכן ההחלטה אלא בתנאים מקדמיים על מנת שהליך קבלת ההחלטה יהיה בכלל חוקי ומתוך סמכות.**

מה המכנה המשותף של איסור משוא פנים ואיסור ניגוד עניינים? מדובר ב2 מצבים אובייקטיבים של חשש שהמצב בו הרשות נמצאת עלול לגרום לה לקבל החלטה מתוך הטייה ושיקולים זרים (גם אם הרשות אכן מתכוונת לפעול בתום לב כי אין דרך לדעת איך תפעל). על כן, הכלל הזה מנסה למקסם את הסיכוי שתתקבל החלטה ראויה על ידי הטלת איסור במקרים אובייקטיביים אלו שעלולים לעורר חשש. **בפס"ד רשות הנמלים נקבע: האיסור על ניגוד עניינים אינו מתמצא במקרים של וודאות שקיים ניגוד עניינים כזה, אלא די בחשש סביר שמישהו מהרשות הינו בעל אינטרסים נוגדים.** למשל אינטרסים פרטיים, או אינטרסים מתפקיד נוסף שבו אותו אדם נמצא. ברגע שלאדם יש אינטרסים אובייקטיביים שאפילו בלי כוונה עלולים לגרום להחלטה להיות לא ראויה, יש לאסור אליו לעסוק בעניין ולהאציל את הסמכות על גורם אחר. זה לא נכון שלאדם עם סמכות ציבורית יהיו אינטרסים סותרים.

**יחד עם זאת, בפס"ד בעניין מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה** **נאמר שלא כל ניגוד עניינים הוא אסור ופוסל את ההחלטה המינהלית.** נניח שנגיד בנק ישראל והמפקח על הבנקים הוא בעל חשבון בנק באחד מהבנקים, יש לו אינטרס לעזור לבנק שהוא נמצא בו. אך אין דרך למנוע ממנו את הניגוד עניינם הזה כי הוא חייב להיות בבנק מסוים. זה מראה שלא כל ניגוד עניינים אנחנו נפסול **אלא רק ניגוד עניינים ברמה גבוהה.**

המבחן לניגוד עניינים הוא **"מבחן החשש הסביר"-** כלומר, העוצמה של ניגוד עניינים שנדרשת כדי לפסול את הרשות מלקבל החלטה היא: **מקרים בהם קיים חשש אובייקטיבי סביר, שכתוצאה מהאינטרס הזר הרשות תתייחס לשיקולים לא רלוונטיים שנובעים מניגוד העניינים. לא די בחשש רחוק ותיאורטי אך גם לא צריך שתהיה וודאות מוחלטת. החשש צריך להיות סביר והגיוני.**

מהם הרציונלים לאיסור על ניגוד עניינים:

**-מניעת שיקולים זרים.** בדיעבד אנו לא יודעים אם לרשות יש שיקולים זרים כי הרשות לא תודה בכך. אנו רוצים למנוע את השקולים הזרים הללו ולכן כשיש ניגוד עניינים משמעותי אנחנו מלכתחילה נמנע מאותו אדם לקבל את ההחלטה (גם אם אכן ייתכן שהוא התכוון לפעול בהגינות).

- **שמירת טוהר המידות.** הרבה פעמים פעולה מתוך ניגוד עניינים יכולה להוביל לשחיתות וסותרת את טוהר המידות.

- **שמירת האמון הציבורי במערכת המשפט** (ע"י זה ששומרים על טוהר המידות).

**מבחן החשש הסביר הוא המבחן שחל כאשר יש אינטרסים פרטיים (חברות, קרבת משפחה, עסקים פרטיים). יש מקרים שבהם ניגוד העניינים הוא בין 2 תפקידים ציבוריים (מבחן לניגוד עניינים מוסדי)- במקרים אלו אין הכרעה מה המבחן, אך אומרים שצריך להחמיר פחות מכיוון שיש רצון שאדם "איכותי" ימלא יותר מתפקיד אחד גם אם יש חשש מסוים לניגוד עניינים. לכן יש שופטים שיגידו שבמקרה זה נקל ולא נסתפק בחשש סביר בשביל לפסול, אלא יהיה צריך להראות חשש ממשי וקצת יותר גדול על מנת לפסול.** מדוע ביהמש לא הכריע מה יהיה המבחן במקרים אלו? ראשית כי ההבחנה בין חשש סביר לבין חשש ממשי היא לא ממש ברורה. שנית, כי לא היה מקרה בו בית המשפט אמר שאין חשש ממשי אבל יש חשש סביר. לרוב אם יש חשש סביר אז כבר יגידו שיש חשש ממשי. בינתיים זה נשאר בצריך עיון.

**בפס"ד דגש,** נקבע כלל חשוב. בתקופה של הפרטה יש הרבה סמכויות ציבוריות שעוברות לגורמים פרטיים. **לא יכול להיות שבמקרים אלו בהם הגוף הפרטי מקבל סמכות ציבורית והופך למעין "גוף דו מהותי", יהיה לגוף הפרטי פטור מהאיסור על ניגוד עניינים. זאת מכייון שהסמכות בעלת אופי ציבורי וצריך למנוע ניגוד עניינים.**

**לפעמים מתעוררת שאלה האם במצב של ניגוד עניינים צריך בכלל לפסול אדם מהתפקיד או שיש לפסול אותו רק מהחלטות ספציפיות בהן יש ניגוד עניינים?** התפיסה היא תפיסה של מידתיות. אם התפקיד במהותו יוצר מצב בו כמעט כל החלטה מעוררת חשש לניגוד עניינים, אז אין מה לעשות ויהיה צריך לפסול את האדם מהתפקיד. אך אם הניגוד עניינים נוגע רק להחלטות ספציפיות, אז רק בנושאים הנוגעים לדיון ולהחלטה עצמה אותו אדם לא ישתתף. זה המקרה שהיה בעניין **מושלב-** שדן בשאלת הכהונה וקבלת החלטות של חברי קיבוץ בענייני תכנון ובנייה שנוגעים גם בבנייה בקיבוץ עצמו. בית המשפט אמר כי ככלל לא פוסלים חברי קיבוצים מלשבת בוועדות תכנון ובנייה של המחוז, אך אם יש בקשה הקשורה לקיבוץ, וחברי הקיבוץ יש להם חלק בבעלות בקרקעות ולכן יש להם אינטרס אישי ולא רק ציבורי, אז לא נפסול מכל התפקיד, אלא רק מלדון בבקשות של הקיבוץ עצמו. **פסלו מלדון באותם עניינים ספציפיים שבהם יש חשש לניגוד עניינים, ולא פסלו את האדם מהתפקיד באשר לקבלת החלטות אחרות שנוגעות לתפקיד. רק אם כל מהות התפקיד יוצרת ניגוד עניינים נפסול את האדם מתפקידו.**

צילמתי בפלאפון תמונה שרלוונטית – 20/11/2022

פס"ד רמות למען הסביבה: פס"ד דיבר על סיטואציה שבה רשות ציבורית מסוימת בעצם הגישה ובמסגרת תפקידה הציבורי בקשה לאישור תוכנית. בשלב של התוכנית עצמה, מי שמגיש את התוכנית הוא חלק בלתי נפרד מהתהליך וממי שטוען את הטענות. בשלב הבא יש שלב של ערערים. מה שקרה באותו מקרה, הוא **שהמהנדסת של הרשות שהגישה את התוכנית, השתתפה גם בדיון השני בדיון הערר. חשוב להבהיר כי לא הייתה לה זכות הצבעה מאחר והיא לא הייתה חברה במועצה הארצית לתכנון ובנייה, אך כן ישבה והשתתפה בדיון. בית המשפט בסופו של דבר פסל אותה מהשתתפות בדיון.**

בהערת אגב, השימוש של בית המשפט במונח של אפשרות ממשית, הוא כדי לא להסתבך עם ההבחנה בין חשש סביר לאפשרות ממשית.

בענייננו, יש הוראה ספציפית בחוק לסיטואציה כזאת כאשר מי שמעורב בהגשת התוכנית הוא חבר בגוף, אך פה לא היה מדובר במישהי שהיא חברה בגוף, אלא מישהי שהייתה חברה שהייתה רק יועצת, אך הייתה לה השפעה בדיון הפנימי. חשוב לזכור ראינו כי אם חוק איננו קובע במפורש חריגה מכללי הצדק הטבעי, עצם העובדה שבחוק יש הסדר שפוסל אנשים מסוימים, זה לא מתפרש הסדר שלילי שמכשיר אנשים אחרים, אלא חוזרים לכללי הצדק הטבעי. ולכן בית המשפט קבע כי בסיטואציה כזאת אין טעם שלא להחיל היגיון דומה על השתתפותם של חברים בגופים שיזמו תוכניות, בישיבות עררים הדנים באותן התנגדויות.
**זו דוגמא למצב של ניגוד עניינים על רקע מוסדי,** כשמי שהיה במסגרת תפקידו הציבורי מעורב בהכנת תוכנית, לאחר מכן לא יכול לשבת בדיון הפנימי שדן בהתנגדויות, להשפיע ולייעץ האם לקבל ולדחות את הטענות. שהרי כשהוא יושב ומשפיע בדיון הוא לא יכול להיות במצב ניטרלי, אלא יש לו הטיה ברורה לטובת התוכנית שאותה עיצב. הסיכוי יחסית קטן שמי שהכינה את התוכנית, לאחר ששמעו את ההתנגדויות לתוכנית, היא תסכים איתן ותדרוש שלא יאמצו את התוכנית.

**משוא פנים-**

**מצב אובייקטיבי בו קיימת הטייה לעמדה מסוימת.**

ניגוד עניינים קשור לקטגוריה רחבה יותר של איסור משוא פנים. מדוע מנסים למנוע מצבים של ניגוד עניינים? הטעם המרכזי הוא לוודא כמה שאפשר ששיקול הדעת יהיה ראוי ויוביל לקבלת ההחלטה הנכונה ביותר. לא רוצים שמי שמקבל החלטות יושפע מאינטרסים זרים.

אבל, יכולים להיות גם מצבים של א**יסור על מצב של משוא פנים (דעה קדומה)** שאיננו נובע מניגוד עניינים- במשפט מינהלי ההחלטות הן לרוב החלטות ביצועיות. בהחלטה ביצועית מי שיוזם קבלת החלטה הוא הרשות עצמה. לדוגמא: הרשות היא שיוזמת ביטול רישיון נהיגה של מי שביצע עבירת תנועה. **ברור שאם הרשות יזמה את ההליך לביטול הרישיון, יש לה סוג של משוא פנים לטובת ההחלטה לפסול את הרישיון** (גם אם ניתנת זכות שימוע וכו'). ברוב המקרים יש משוא פנים כזה, וקשה למנוע אותו אחרת יהיה קשה מאוד לקבל כמעט כל החלטה מנהלית. **כדי לפסול רשות מוסמכת מלדון בנושא מסוים, יש להראות שאם הייתה דנה, אז דעתה הייתה נעולה על החלטה מסוימת מראש. זה מבחן הדעה הנעולה. צריך להראות שמבחינת המצב האובייקטיבי הדעה כבר הייתה נעולה.** **בפס"ד בן דוד (תרומות דם)-** **מסאלה כבר אמר מראש מה הוא מעוניין שיהיו התוצאות- שבן דוד יפוטר,** אמר ש"בפחות מזה לא יסתפק". העמדה שלו הייתה פסקנית. הנתונים ה\*אובייקטיביים\* העמידו אותו במצב של משוא פנים, גם אם לא בהחלט היה דובק בדעה זו ולא משנה אותה.

"**האיסור על חברות בוועדה חל מקום שיש לו לחבר הוועדה דעה קדומה, שאין סיכוי סביר כי תשתנה במהלך דיוני הוועדה.** ביסוד גישה זו מונח האינטרס (הפרטי) של מי שעלול להיפגע מהמלצות הוועדה, הזכאי לכך כי ההמלצה בעניינו תיעשה על יסוד מכלול החומר המצוי לפני הוועדה, ולא על יסוד דעותיו הקדומות של חבר הוועדה. ביסוד גישה זו מונח גם האינטרס (הציבורי) של אמון הציבור בפעילות הוועדה, בתקינותה ובאובייקטיביות שלה. זהו אמון הציבור כי המלצות הוועדה "נובעות מבירור ענייני והוגן ומשקפות את האמת, ללא משוא פנים או דעה קדומה" (כן, ההלכה האוסרת על משוא פנים מבוססת הן על הצורך לעשות צדק והן על הצורך כי ייראה שנעשה צדק.

בהפעילנו כלל זה על נסיבות העניין שלפנינו, אין מנוס מהמסקנה כי בחברותו של מר אדיסו מסאלה בוועדה יש משום הפרה של הכלל האוסר על משוא פנים. למר אדיסו מסאלה דעה קדומה על תוצאות דיוני הוועדה. הוא הביע אותה בפומבי.

הוא הדגיש בדבריו, זה מקרוב, כי העדה האתיופית מצפה לכך שהוועדה תוציא מסקנות אישיות נגד העותר. הוא ציין כי "בפחות מזה לא נסתפק". **התנהגותו של מר אדיסו** מסאלה בכל השלבים - ההפגנה, העתירה לבית-משפט זה שהוסרה, הפירסומים בעיתונים - **מראה בבירור כי הוא גיבש לעצמו עמדה פסקנית, שממנה לא ייסוג."**

דוגמא נוספת שלא למדנו: **פס"ד מלאך-** סיפור על תוכנית להקמת אצטדיון כדורגל בירושלים. הוועדה המחוזית תכננה את האצטדיון ומכוח החוק גם שמעה את ההתנגדויות. יו"ר הוועדה התבטא בתקשורת נגד כל ההתנגדויות ואמר שצריך לדחות אותן. הוא ארגן את הדיון בהתנגדויות באולם קטן, ללא נכונות לשמוע את ההתנגדויות. לכן הגישו עתירה. **אחד השופטים אמר שאי אפשר לפסול סתם על המשוא פנים הזה כי מן הסתם שאם הרשות יזמה את הנושא אז היא בעדו. הגיוני שהרשות תהיה בעד נושא שהיא יזמה. אם נפסול כל דבר שהרשות יוזמת ייפסל בגלל שזה משוא פנים אז זה ייצור מצב לא הגיוני בו כל החלטה תיפסל.**

**כללי הצדק הטבעי**

זכות הטיעון

איסור בדבר משוא פנים וניגוד עניינים

ניגוד עניינים

משוא פנים

**חובת הפרסום:**

**ס' 17 של פקודת הפרשנות- פרסום ברשומות של תקנות בעלות פועל תחיקתי.**

מרבית החקיקה בישראל היא על ידי תקנות. אבל, האמת היא שככלל קיימת חובת פרסום כללית של נורמות, בין אם הן כלליות או פרטניות שמתקבלות על ידי רשויות של המנהל הציבורי (חובת פרסום כללית). זה לא נוגע רק לחקיקה אלא גם להחלטות שיפוטיות או ביצועיות. ההבדלים הם באופן הפרסום: האם הפרסום צריך להיות בפומבי או רק מול הצדדים, האם הפרסום צריך להיות ברשומות או באינטרנט?

**חובת הפרסום חלה גם בהיעדר הוראה בחוק, אך החקיקה פשוט קובעת את אופן הפרסום**, לא את החובה. כלומר, החובה הייתה קיימת גם בלי סעיף 17. אם החקיקה נוגעת לציבור הרחב, יש לפרסם באופן שיעדכן בכך את הציבור הרחב. ואם זה רלוונטי רק לגורמים ספציפיים, יש לעדכן אותם.

כמו כן, החקיקה נדרשת לפטור מהחובה. יש חריגים לחובה (שמעוגנים בחקיקה): למשל חוק חופש המידע הקובע חריגים שונים לפרסום החלטות מינהליות שונות, דוגמת הנחיות על שיטות חקירה של שב"כ. לא ראוי שהכללים לגבי חקירה יפורסמו לעיני כל (סוג של טענת צורך).

חשיבות חובת הפרסום של תקנות שנקבעו ע"י המנהל הציבורי:

* זכות חוקתית: **כבוד האדם-** הנחיות מנהליות נכנסות לפירוש הצר של כבוד האדם, קרי פגיעה במובן הבסיסי, לפיו לא ניתן לצפות מאדם לקיים החלטה בלי שידע על ההנחיות בעניין. יש להתייחס לאדם כאדם רציונלי שכאשר הוא ידע על הנחיה מסוימת הוא יקיים אותה.
* **הגינות-** כלומר איך אפשר לדרוש מהציבור להתנהג לפי נהלים מסויימים ללא שהם הובאו לידיעתו.
* **כדי שיבצעו את הנורמה צריך לפרסם אותה**
* **כדי שהנורמה תהיה ברורה ובהירה יש לפרסם אותה-** כאשר הנורמה כתובה ומפורסמת זה מבהיר לציבור מה בדיוק הנורמה.

סעיף 17 לפקודת הפרשנות:

 תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה.

מהן תקנות בנות פעל תחיקתי (פסק דין אלכסנדרוביץ):

בפסד אלכסנדרוביץ ביהמ"ש קבע 2 מבחנים מצטברים:

1. **דרישה של כלליות- הנורמה צריכה לפנות לציבור בלתי מסוים. כלומר, לא לאנשים ספציפיים** (זו כן יכולה להיות קבוצת של אנשים מעטים אך לא לאדם ספציפי). בנוסף, לפעמים למרות שהתקנה בנושא ספציפי, היא לא מיועדת לאדם ספציפי. לדוגמא: תקנה על השכר של נשיא המדינה. הנשיא כל פעם משתנה לכן זה בלתי מסוים. זה יהיה רלוונטי לכל הנשיאים שיבואו ולא צריך להפיץ לו את זה אישית במייל אלא לכולם. תקנה בת פעל תחיקתי לא יכולה להיות מופנית למשל רק לבוגרי האוניברסיטה שהיו בלטביה, כי זה לא נוגע לעתיד. לא אמרו שכל מי שילמד בעתיד בלטביה לא נכיר בתואר שלו אלא על אנשים ספציפיים שלמדו בעבר.

ציבור בלתי מסוים= לא בני אדם ספציפיים. אך יכול להיות גם אדם אחד (ראש ממשלב, שר האוצר, נגיד בנק ישראל)

ציבור מסוים= יכול להיות גם מספר גדול של בני אדם ספציפיים, ואז זה לא עומד בדרישת הכלליות (למשל הסטודנטים שעשו תואר בלטביה).

1. **נורמטיביות- צריך לפרסם כלל משפטי (ולא עובדות). זו צריכה להיות נורמה שיוצרת שינוי מסוים בטבלת הזכויות והחובות**. תקנה בת פעל תחיקתי להבדיל מעובדה בת פעל תחיקתי (השופט ויתקון בפס"ד רונן).

**פס"ד רונן:** גישתו של השופט זמיר (לא כתבתי מדוייק. כדאי לברר): ביהמ"ש קבע שצריך לפרסם ברשומות את התמרור כי ההחלטה להציב אותו היא נורמה. הצבת התמרור יוצרת שינוי בזכויות ובחובות . ביהמ"ש לא קיבל את טענת המדינה שהצבת התמרור היא הפרסום**.** השופט זמיר טען שבנושאים אחרים כן מפרסמים- הצבת בית ספר כן מפורסמת ברשומות, ובמובן הזה הצבת בית ספר היא בדיוק כמו הצבת תמרור. לכן סבר, שכן יש לפרסם תמרורים ברשומות. על זה **בית המשפט קובע מבחן כיצד לדעת אם מדובר בתקה בת פעל תחיקתי או לא: האם המטרה הייתה לקבוע כללים של אסור ומותר, או שהמטרה היא לקבוע עובדה שרלוונטית לתחולת נורמות?** לדעת זמיר, לא מדובר בהחלטה פשוט להציב תמרור עצור, אלא בהחלטה להאט את התנועה באיזור מסוים, לכן זה כן תקנה בת פעל תחיקתי.

ההחלטה האמיתית היא לא הצבת התמרור אלא לקבוע שיש להאט ולתת זכות קדימה. יש חובה מיוחדת של להודיע על החלטה כזאת בתמרור ברור, והסמכות הזו היא סמכות המשנה את המצב המשפטי ויוצרת חובה על ציבור בלתי מסוים שלא היה קודם לכן, ומשום כך **לשיטתו ההחלטה לקבוע תמרור וכלל תנועה במקום מסוים הרלוונטי לציבור בלתי מסוים זה במעמד תקנה בת פועל תחיקתי.** ואפילו המיתוג של ההחלטה להציב תמרור היא שגויה, כי ההחלטה היא לא על התמרור, שכן הוא רק הפרסום של ההחלטה, ההחלטה היא בעצם להחליט לא לנסוע במקום מסוים. **לכן לגישתו המבחן הוא האם הרשות הוסמכה לקבוע נורמה או לקבוע עובדה שיש לה רלוונטיות לתחולת נורמות.**

מדוע צריך לפרסם החלטה על הצבת תמרור? מדוע צריך כאשר בכל מקרה מודיעים על הכלל התחבורתי באמצעות תמרור, מדוע צריך גם לפרסם ברשומות? האמת היא שיש לזה רציונל. אם יש תמרור במקום צריך לאפשר לאדם שרוצה לברר ברשומות אם אכן רשות מוסמכת הציבה אותו. איך נדע מי זה שהחליט להציב את התמרור, והאם באמת מדובר בתמרור שהרשות הציבה?

 חשיבות האבחנה בין תקנה בת פעל תחיקתי לעובדות בנות פועל משפטי:

1. תקנות יש לפרסם ברשומות אך אי ידיעת החוק אינה פוטרת מאחריות.
2. עובדות לא צריך לפרסם ברשומות, אך במשפט פלילי נדרש יסוד נפשי לגבי מודעות אליהן.
3. **שיהיה מדובר בתקנה-** איזו דרישה חסרה במבחנים של פס"ד אלכסנדרוביץ אבל כן נזכר בס' 17? המילה תקנה.

**מהי תקנה?** תקנה מוגדרת בס' 1 לפקודת הפרשנות:      "תקנה" – תקנה, כלל, חוק עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר, שניתנו מאת כל רשות בארץ ישראל או בישראל, בין לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין לאחריה, מכוח חוק, או מכוח אקט של הפרלמנט הבריטי או מכוח דבר-המלך-במועצה, לרבות צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר שניתנו על יסוד תקנה, כלל או חוק עזר כאמור; אולם מקום שהמלה "תקנה" באה בחיקוק שניתן לפני תחילת תקפה של פקודה זו, תהא משמעותה כמשמעות שהיתה נודעת לה אלמלא פקודה זו;

מה שעולה מהתיאור הזה הוא שמדובר בנורמה ש: א. נקבעה על ידי רשות של מדינת ישראל, ב. רשות שיונקת את סמכותה מכוח חוק ישראלי (כלומר מכוח חוק מנדטורי).

דוגמאות לנורמות בנות פועל תחיקתי שאינן תקנות (ולכן לא חובה לפרסם אותן ברשומות):

1. משפט זר- כאשר ביהמ"ש הישראלי מחיל על נושא מסוים את המשפט של מדינה זרה. בגלל שמדובר במדינה זרה אז זו לא נורמה שנקבעה על ידי רשות של מדינת ישראל, והיא גם לא יונקת את סמכותה מכוח חוק ישראלי. לכן, זה לא דבר סביר לפרסם ברשומות את החוקים של מדינות העולם.
2. דין תורה- במשפט הישראלי מתייחסים לדין תורה בענייני נישואין וגירושים. דין תורה הוא בעל פועל תחיקתי בכל הקשור לנישואין וגירושין, אבל לא מדובר בתקנה. הקדוש ברוך הוא הוא לא "רשות" של מדינת ישראל, ופשוט המדינה החליטה שהיא רוצה להיות כפופה לה' בכל הקשור לנשואים אלה. לכן זו לא תקנה ולא מפרסמים את התורה ברשומות.
3. אמנות בינלאומיות- גם הן אינן תקנה. שכן המדינות החתומות הן לא רשויות של מדינת ישראל ולא חתמו עליה מכוח סמכות חוק ישראלי.
4. "עקרונות החירות הצדק והיושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל". לברר

הערת מינוח:

בחוק הפרשנות:

"הוראת מינהל"- הוראה או מינוי- לרבות הודעה, מודעה, רשיון, היתר וכיוצא באלו שניתנו בכתב מכוח חוק ואינם בני פעל תחיקתי.

"תקנה"- הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת פעל תחיקתי.

יש את פקודת הפרשנות שכמעט לא נשאר ממנה כלום, ויש את חוק הפרשנות שחוץ ס' 17 וסעיף ההגדרות, בעצם החליף את פקודת הפרשנות ולא העתיקו את כולה לשם. בחוק הפרשנות המונחים הם שונים- בעוד שבפקודת הפרשנות יש תקנה בת פעל תחיקתי ותקנה רגילה (שהיא לא בת פועל תחיקתי), הרי שחוק הפרשנות הוא מבחין בין הוראת מנהל לבין תקנה. **הוראת מנהל היא נורמה פרטנית אינדיבידואלית, קרי שאיננה בתי פועל תחיקתי וזה מקביל לתקנה לא בת פועל תחיקתי בפקודת הפרשנות**. ואילו תקנה בחוק הפרשנות מקבילה לתקנה בת פועל תחיקתי בפקודת הפרשנות.

ודוק:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **פקודת הפרשנות** | **חוק הפרשנות** |
| תקנה בת פועל תחיקתי (ברשומות) | תקנה בת פועל תחיקתי | תקנה |
| תקנה שאיננה בת פועל תחיקתי | תקנה | הוראת מנהל |

בחוק הפרשנות שהוא חוק מודרני יש הוראת מנהל שהיא מתייחסת לאדם מסוים, אל מול תקנה בת פועל תחיקתי שהיא מחייבת פרסום ברשומות. העניין הוא שההגדרה של תקנה בפקודת הפרשנות כוללת גם החלטות אינדיבידואליות, כמו רישיון. ואז יש תקנה בת פועל תחיקתי שצריך לפרסם ברשומות וכאלו שלא (כמו רישיון). חוק הפרשנות בשנות ה80 שהוא החוק היותר מודרני, יש הוראה מנהלית שהיא אינדיבידואלית וניתנת לאדם מסוים, ותקנה שהיא תקנה בת פועל תחיקתי.

בשפה המודרנית אז הוראת מנהל זאת החלטה אינדיבידואלית ותקנה היא נורמה כללית הקרויה בשפה הארכאית של פקודת הפרשנות כתקנה בת פועל תחיקתי.

**פתרון הבוחן ע"י בנדור:**

האם יש לפרסם ברשומות את רשיון החפירה?

כלומר, השאלה היא האם מדובר בתקנה בת פעל תחיקתי. לצורך הוכחה כזו יש להתקיים 3 תנאים: 1. שמדובר בתקנה- מתקיים. מדובר בחוק ישראלי של רשות מסוימת מתוקף סמכות ישראלית. 2. ציבור בלתי מסוים- כל אדם לא יוכל להיכנס מבלי שיתקיימו התנאים. 3. נורמטיביות- שינוי המצב המשפטי. דבר שהיה אסור הופך להיות מותר. אך עולה השאלה, האם מדובר בעובדה (שאינה טעונה פרסום ברשומות)?

לפי פס"ד רונן, השופט ויתקון- רישיון הוא בגדר נתון עובדתי. אם הוא מתקיים, אז חלות הנורמות בחוק. בהתקיים הנתון הזה, עשויות לחול מגבלות, אך הנתון הזה הוא לא הנורמה.

השופט זמיר, מתנח אחרת, לפי תכלית הרישיון- האם התכלית במתן הרישיון היא להטיל איסור מסוים? ככל הנראה מתן הרשיון נועד להרשות לחפור במקרים מסוימים.

**פרסום הנחיות מנהליות**

מהי הנחיה מנהלית? **הרשות קובעת לעצמה נהלים איך היא מפעילה את שיקול הדעת שלה.** החוק נותן שיקול דעת, והרשות קובעת לעצמה נהלים איך היא מפעילה את שיקול הדעת. **מכאן עולה השאלה האם צריך לפרסם את ההנחיות.**

במשך שנים רבות הפסיקה לא עסקה בשאלה, פעם אחת העלו את הטענה שמדובר בתקנה בת פועל תחיקתי. מכל מקום, במשך עשרות שנים לא נהגו לפרסם. בסופו של דבר **בפס"ד אפרתי**, הגיע הנושא בצורה ממוקדת לביהמ"ש העליון. בפס"ד **השופט חשין קבע כי יש עקרון רחב של פרסום ולכן לא מקובל על הדעת שהרשות תפעל על פי כל מיני קריטריונים ותכריע בבקשות בעזרתם, בזמן שהציבור לא יודע על פי מה היא פועלת בשום צורה.** מכוח עקרונות בסיסיים של המשפט המנהלי הכללי חשין קבע שיש חובה לפרסם.

הכנסת שרצתה להגביל את החובה הכללית והנרחבת של פרסום כפי שבית המשפט קבע (כמו אי החלת חובת פרסום על הנחיות של המשטרה לאכיפה, כי אז אנשים ידעו בפועל מתי מותר להם לקיים עבירות). כעבור שנים אחדות חוקק חוק חופש המידע (1998), מה שהצמיח לכנסת את ההזדמנות לעגן את החובה הזאת בחוק. לדעת בנדור הכנסת שגתה וזו טעות, מאחר וחוק חופש המידע נוגע לעובדות ולא לפרסום נורמות.

**הנחיות מינהליות וחוקי עזר**

6.    (א)  רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור.

          (ב)  הוראות סעיף 9 יחולו, בשינויים המחויבים, על העמדת הנחיות מינהליות לעיון הציבור לפי סעיף זה.

**הכנסת שילבה את חובת הפרסום של הנחיות מנהליות בס' 6א לחוק חופש המידע. יש לשים לב שמדובר על הנחיות כתובות ולכן בתיאוריה אם מדובר בהנחיות בע"פ אין חובה לפרסם.** כוונת הס' כי אם יש **הנחיה פנימית שאין בה שום קשר לחובות או זכויות של אזרחים במדינה, אלא רק עניין ארגוני לגמרי, אז לא חייבים לפרסם את ההנחיות.**

**ס' קטן ב** עוסק בסייגים ועולה ממנו שזו לא חובה מוחלטת לפרסם. ס' 9 מתייחס לעניין עובדתי ולכן הוא לא חופף בצורה מלאה. **יש מקרים שס' 9 פוטר מחובת הפרסום, ואותן החרגות שמונעות פרסום מידע יחולו גם על חובת הפרסום של הנחיות מנהליות. יש קושי עם הס' מפני שהוא מחיל החרגות שנוגעות לגילוי** פרטיים עובדתיים ולא קשורות בכלל להנחיות מנהליות- למשל אסור לרשות למסור מידע על פרטי משא ומתן, מידע בדבר דיונים פנימיים, מידע שהוא סוד מקצועי וכו, זה במובהק מתייחס לעובדות ולא קשור להנחיות מנהליות. אם ביום מן הימים יחשבו בצורה נפרדת על פרסום הנחיות מנהליות, אז באמת יקבעו חריגים שמתאימים לנורמות ולא על עובדות. המצב הזה לאחר עיגון החובה בחוק חופש המידע, גם עם כל הביקורת עליו, הוא עדיין יותר טוב מהמצב שהיה לפני פס"ד אפרתי.

תחילת תוקף ומועד הפעולה של ההנחיות המינהליות:

**לכאורה ההסדר בנושא תחילת תוקף, קרי ממתי נכנסת לתוקף החלטה מנהלית, מוסדר באותו סעיף 17 לעיל לפקודת הפרשנות,** ובלשונו: *"תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות,* ***ותחילת תקפן ביום פרסומן****,* ***אם אין הוראה אחרת*** *בעניין זה"*. **עם זאת, נראה כי ההסדר מאוד כללי ומשמעותו חלקית כי:**

1. ההסדר חל רק על תקנות בנות פעל תחיקתי, ואיננו חל על החלטות אינדיווידואליות, שעה שרוב ההחלטות המנהליות הן אינדיווידואליות.
2. מתעוררת השאלה מהו פירוש *"תחילת תוקפן"*? מדובר בביטוי עמום וכללי.
3. היכן יכולה להיות *"הוראה אחרת"*? האם בחוק המסמיך בלבד, או גם בתקנות עצמן?

שאלת תחילת תוקף עוסקת במועד של התנהגות או מצב שבו ההחלטה המינהלית, במובן הרחב הכולל החלטות בנות פעל והחלטות אינדיווידואליות, משנה את התוצאה המשפטית של עובדות ומעשים שהיו בעבר. ההחלטה המינהלית יוצרת חובות חדשות, סמכויות חדשות, ושלל נפקויות מעשיות חדשות. אם כן, במילים אחרות יוצא כי **לפני ההחלטה יש מצבת מסוימת של זכויות וחובות, ולאחריה תתקבל מצבת שונה של זכויות וחובות.** ביחס למועד בו נתקבלה החלטה, **עולה השאלה האם ההחלטה משנה את התוצאות המשפטיות מרגע קבלת ההחלטה ופרסומה, או שהיא משנה גם מצבים שהתקיימו לפני החלטה? ישנן 4 קטגוריות של תחולה בזמן:**

1. **תחולה אקטיבית:** היא התחולה הבסיסית. זו ברירת המחדל, לפיה יהיה שינוי בתוצאות של פעולות שייעשו **מרגע ההחלטה (או פרסומה).** זוהי גם התחולה העולה מסעיף 17.
2. **תחולה רטרואקטיבית:** לפיה יהיה שינוי בתוצאות ממועד **הקודם** לרגע ההחלטה, מועד מסויים שייקבע.
3. **תחולה** **רטרוספקטיבית:** מדובר בסוג של תחולה אקטיבית, לפיה יהיה שינוי בתוצאות **מרגע** קבלת ההחלטה, והשינוי ישפיע על מצב **שהתחיל** להתקיים **לפני** מועד קבלת ההחלטה. במילים אחרות, מדובר בתחולה אקטיבית, שכן התוצאות משתנות מרגע ההחלטה, ויחד עם זאת היא משנה את התוצאה של מצב שהתחיל להתקיים לפני מועד ההחלטה. למשל, נניח שרשות המסים החליטה להטיל מס של 10% על דמי השכרת דירה, בתחולה רטרוספקטיבית. לפיכך, על הנישום לא יהיה לשלם מס על דמי השכירות שקיבל בעבר, אלא רק מרגע קבלת ההחלטה, על אף שהשכרת הדירה עוד התקיימה בעבר.
4. **תחולה פרוספקטיבית:** לפיה יהיה שינוי בתוצאות המשפטיות של פעולה מסוימת רק ממועד **המאוחר** למועד בו הנורמה התקבלה או פורסמה, קרי תחולה ממועד שלאחר מועד ההחלטה. זה מאפשר לאנשים להיערך לנורמה החדשה. בפס"ד מסוים, עשו שינוי של שיטת הבחינה של לשכת עורכי הדין כחודש לפני הבחינה. זה כביכול תחולה אקטיבית, אבל עדיין ביהמ"ש קבע שזו בעיה כי סטודנטים הסתמכו על זה והתכוננו בצורה מסוימת לבחינה בשיטה הקודמת. ביהמ"ש אמר שזה בעצם שינוי רטרוספקטיבי וחייב את הלשכה לתת תקופת מעבר.

**יש חזקה נגד תחולה רטרואקטיבית:** התפיסה הרווחת היא **שאין לעשות תחולה** **רטרואקטיבית**, ולכך הצדקות שונות:

* עקרון שלטון החוק: תחולה רטרואקטיבית פגעת בעיקרון שלטון החוק, לפיו יש להפעיל את החוק, במובנו הרחב, כפי שנקבע בשעת המעשה.
* ודאות: הפרטים בחברה פועלים לפי כלל מסויים, וכל שינוי בו מערער את הוודאות המשפטית. אם יהיה מותר לעשות כללים רטרואקטיבים אני לא אוכל לדעת מה יקרה אף פעם.
* הסתמכות: הפרטים בחברה מסתמכים על החוק הידוע, ואף ניתן לומר כי **ההסתמכות נגזרת מהזכות החוקתית של כבוד האדם.** רוצה לומר, האדם יכול להסתמך על החוק ובהתאם לכך לכלכל את צעדיו, שעה שכל שינוי בחוק בתחולה רטרואקטיבית יפגע ביכולתו לפעול באופן רציונלי.
* הכוונת התנהגות: נורמה יכולה לכוון התנהגות לגבי העתיד בלבד ולא לגבי העבר.
* מניעת הפליה: תחולה רטרואקטיבית של נורמה עלולה לגרום לאפליה, בעיקר במצבים של שוויון אריסטוטלי, כלומר כאשר ישנם שני מצבים זהים במהותם, אלא שהתחולה הרטרואקטיבית מחילה לגביהם כללים שונים. יש פחד שחוק רטרואקטיבי נועד לצורך הפליה **(פס"ד איכות השלטון).**

האם תחולה רטרואקטיבית יכולה להינתן ללא הסמכה בחוק? לכאורה לא, כי זה פוגע בכבוד האדם ולכן לא יכול להיות ללא הסמכה. בעבר, במשך עשרות שנים וגם היום, לא דרשו הסמכה בחוק לתקנות בתחולה רטרואקטיבית. הדבר היחיד שנקבע הוא שניתן לעשות כן, רק אם תקופת הרטרואקטיביות היא סבירה. כל עוד הנימוקים היו הגיוניים זה היה בסדר. לדוגמא: מס רטרואקטיבי. כיום יש פסיקה שאוסרת רטרואקטיביות ויש פסיקה שמשאירה זאת בצריך עיון. מכל מקום, מבחן הסבירות כן הביא את ביהמש במקרים מסוימים לפסול תחולה אקטיבית ולקבוע שיש לתת הוראות מעבר.

**פס"ד התנועה למען איכות השלטון-** היה מדובר בהכשרה רטרואקטיבית של הקמת מתקן סולרי בחוות השקמים. נקודת המוצא הייתה שעל מנת שהחזקה הפרשנית נגדר רטרואקטיביות תיסתר, רשות נזקקת להסמכה בחוק ולהפעיל שיקול דעת ראוי ומנומק מדוע לחרוג מהחזקה. ביהמ"ש קבע כי **חזקה שתחולה רטרואקטיבית אסורה גם אם היא מטיבה**, **אלא אם יש סיבה משכנעת להחלה כזו**. בית המשפט יהיה יותר נדיב במתן הכרה חוקית בהחלטה רטרואקטיבית מטיבה, אבל הנטייה לא לפסול קיימת רק ככל שהרטרואקטיביות איננה פסולה מטעמים אחרים כגון: אופייה המטיב של ההחלטה טומן בחובו החלטה בלתי מוצדקת על מי שהיא תחול עליו ועל מי שהיא לא תחול עליו, והתחולה הרטרואקטיבית גם אם היא מטיבה, היא בסופו של דבר גם פוגעת בשוויון. **הואיל וכל החברות האחרות כיבדו את האיסור ולא הקימו חוות, בעוד שחוות השקמים צפצפו על החוק** ופתאום החילו על זה רטרואקטיביות**. המשמעות היא העדפת יזמים שפעלו בניגוד להחלטות המועצה הקודמות על פני כל אלה שפעלו בהתאם להחלטות הקודמות** ולכן זה לא "win win" ואין כאן שיקול ייחודי כמו במשפט הפלילי. **מתן רטרואקטיבית מהווה הפליה לשאר הגורמים שכיבדו את החוק**, ולכן בית המשפט קבע כי החלטה רטרואקטיבית גם אם היא מטיבה היא אסורה מאחר והיא כרוכה בהפליה.

אומנם הרטרואקטיביות הייתה מיטיבה עם בעלי חוות שקמים, אך היא פגעה במתחרים העסקיים שלהם, כך שמה שנראה מטיב לאחד יכול להרע לאחר. **בהיעדר הצדקה לנורמה החדשה, ובהתחשב בכך שכולם הסתמכו על הנורמה, ובהתחשב בכך שהחוק יוצר אפליה, ביהמש סבר שגם אם ההחלה הרטרואקטיבית מיטיבה, היא עדיין אסורה כי היא כרוכה באפליה.**

**מועד הפעלת החלטת הרשות: חוק הפרשנות ס' 11:**

"הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו **במהירות הראויה** ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות."

אך יש מקרים בחוק שכן קובעים זמן קונקרטי לביצוע משהו מסוים. כשמדובר ברשויות, הרבה פחות מקפידים על הזמנים. אם נקבע בחוק שרשות צריכה לבצע פעילות מסוימת תוך זמן קונקרטי, בדרך כלל ביהמ"ש לא יפסוק שאין לרשות סמכות לפעול באיחור. ביהמ"ש קובע זאת על ידי:

1. **טענת ההוראות מנחות-** החוק הוא הוראה שמנחה את הרשות לקבל תקנה/ החלטה תוך זמן מסוים, אך אם הרשות חרגה מכך היא רשאית להפעיל את הסמכות שלה גם באיחור. אם היא חרגה ולא קיבלה את ההחלטה באותו הזמן, אז היא אולי לא פעלה בהתאם להנחיה, אך אין זה שולל את סמכותה והיא רשאית להפעיל את הסמכות גם באיחור. לדעת בנדור זו פסיקה לא מוצדקת כי אם צריך להיעשות תוך זמן ספציפי שנקבע בחוק, לא ברור המקור לפיו חוק זה רק בגדר דבר מנחה כמו בקשה להשתדל.
2. **מישור הסעד: בטלות יחסית-** לעיתים ביהמ"ש מאפשר לאחר על ידי שימוש בסעד הבטלות היחסית. בית המשפט פיתח תורת סעדים שלפיה העובדה שרשות מנהלית פעלה באופן בלתי חוקי לא הופכת בהכרח את החלטתה לבטלה ולחסרת תוקף, אלא לבית המשפט יש שיקול דעת לתת גם סעד אחר או לא לתת בכלל בהתאם לאיזון אינטרסים בנסיבות המקרה. לכן לפעמים בית המשפט אומר כי אומנם הזמן מחייב אך הסעד על החריגה מהזמן זה לא הקביעה שלרשות אין יותר סמכות לקבל את אותה ההחלטה, אלא הסעד הוא שאין סעד או שהוא אחר ויותר מרוכך- כמו הארכה של הזמן לקבלת ההחלטה.

**פסק דין ארגון אמון הציבור:** בשנת 2002 נחקק תיקון לחוק חובת המכרזים שמחייב את שר הפנים להתקין תקנות תוך 90 ימים להחלתה של חובת המכרז על עסקאות מסוימות. אין אפשרות להחיל את התיקון בלי שהשר יקבע את התקנות. בגלל שלא יכול להיות שבכלל לא תהיה חובת מכרז, משרד הפנים קבע שלמשך ה90 ימים הקרובים יחילו את אותם דיני מכרזים שחלים על הרשויות עצמם. התקנות לא הותקנו, לא תוך 90 יום ולא במשך 18 שנים. מדובר בעיכוב ענק מהמועד שנקבע בחוק. השר השמיע כל מיני טענות ואמר שבגללן היה עיכוב.

ביהמש קבע:

**"מדובר בפרשה עגומה של אי-הפעלת סמכות חובה, העולה כדי פגיעה מתמשכת בשלטון החוק, שיש לשים לה סוף פסוק ברור וקצוב בזמן. המחוקק איננו עוסק בכתיבה למגירה, וברי כי חוק שנחקק בכנסת – צריך שיינתן לו תוקף והוא יופעל על-ידי שרי הממשלה והגורמים שעליהם הוטלה המטלה ליישמו – במהירות הראויה. "**

**אף לולא מסגרת הזמנים הקצובה והברורה שגזר המחוקק – 90 ימים למן חקיקתו – ניכר כי השיהוי המינהלי בהפעלת סמכותו של המשיב 1 הוא מכביד ביותר בנסיבות ונעדר הצדקה ממשית, ועומד בניגוד להוראת סעיף 11 ל**[**חוק הפרשנות**](http://www.nevo.co.il/law/4667) **לפיו הסמכה או חיוב לעשות דבר שלא נקבע זמן קצוב לעשייתו יש לעשותם במהירות הראויה.**

המשיבים העלו להצדקת הימנעותם מהתקנת התקנות טענות בדבר מורכבות ההסדר העומד על הפרק והבהירו כי מטרת הדחיות היתה להגיע להסכמות עם גורמים שונים מטעם השלטון המקומי. טענה זו, בכל הכבוד, איננה יכולה להצדיק שיהוי מתמשך של קרוב לשני עשורים, שמונע הכפפת מאות תאגידים ציבוריים, בעלי מחזור שנתי מצטבר של מיליארדי שקלים, האוחזים בסמכויות נרחבות – לכללים סטטוטוריים של מינהל תקין.

**על המשיב 1 (שר הפנים) להפעיל את סמכותו הקבועה בסעיף 4 לחוק חובת מכרזים (תיקון מס' 14), התשס"ג-2002**, ולהציע, בהתייעצות עם המשיב 2 (שר האוצר), תקנות בעניין חובת מכרזים של **תאגידים מקומיים**, **וזאת בתוך 90 ימים ממועד פסק דין זה.** המדובר בפרק זמן נכבד, בשים לב לכך שהמחוקק עצמו צפה לפני שנים כי ניתן להתקין את **התקנות** בתוך 90 ימים בלבד.

עדיין אין חובה על וועדת הכנסת לאשר את הצעת התקנות.

**כעת סיימנו את החלק השני בקורס שעוסק בהליכים המינהליים- כללי צדק הטבעי, פרסום תקנות וכו'**.

**שיקול הדעת המינהלי:**

בדרך כלל המשפט המנהלי הכללי לא מכתיב לרשויות הנבחרות והמקצועיות את תוכן ההחלטות שלהן, אלא מתמקד בעצם הסמכות להחליט החלטות ולבצע הליכים. **לרשויות יש שיקול דעתלגבי ההחלטות שהן מקבלות והן פועלות במסגרת סמכותן, אך יחד עם זאת המשפט המנהלי לא מאפשר ששיקול הדעת יהיה מוחלט.** המשפט המינהלי מגביל במידה מסוימת את התכנים של ההחלטות. יש סמכויות בהן לכאורה אין שיקול דעת כי הכנסת קבעה שאם מתקיימים מספר תנאים יש לקבל החלטה ספציפית, אבל ברוב המקרים הכנסת נותנת סמכות לבחור בין מספר החלטות שונות. עם זאת, בפועל תמיד יש שיקול דעת, כי בפרקטיקה גם בשאלות עובדתיות שקובעות האם מתקיימים מספר תנאים יש שיקול דעת.

מילה שמעידה על שיקול דעת בחוק היא המילה "רשאי"- לדוגמא, השר רשאי לעשות משהו.

מהו בעצם "שיקול דעת" במשפט המינהלי:

יש כל מיני הגדרות שונות למושג. אך **במשפט המינהלי כשמדברים על שיקול דעת מתכוונים לאיזשהו מצב אובייקטיבי שבו הסמכות (כפי שמנוסחת בחוק) מאפשרת לרשות המוסמכת לבחור בין מספר חלופות החלטה (לפחות שתיים).**

**כל אחת מחלופות ההחלטה מייצגת משקל יחסי שונה של שיקולים ואינטרסים שעומדים מאחוריה, ואשר יש לקחת בחשבון בעת קבלת ההחלטה.** הרשות היא שקובעת באחוזים כמה אחוז משקל יש לתת לכל שיקול. למשל כשמדובר במכרזים, יהיה צריך להתחשב בשיקולים כמו: שיקולים כספיים (לדוגמא 60%) , רצון לפתח את הפריפריה (30%), רצון לתת את התפקיד לספק בעל ניסיון (10%) וכו'. ברוב המקרים הרשות לא פועלת בצורה כל כך מדויקת אבל זו התיאוריה.

הדרכים בהן ניתן לראות מהם השיקולים שיש לקחת בחשבון:

1. לשון החוק שנותן את הסמכות- למשל, בתקנות חובת המרכזים, יש רשימה של כל השיקולים שצריך לשקול בעת קבלת החלטות. לא בכל החוקים יש רשימה כזו, אבל ברובם יש רשימה לפחות של חלק מהשיקולים.
2. תכלית החוק המסמיך- אם אין את השיקולים בלשון החוק, אפשר ללמוד על השיקולים מתוך תכלית החוק וההקשר שלו. כמעט ליד כל חוק כתוב מהי מטרת החוק, אך אם לא כתוב אותה ניתן להסיק אותה. לעיתים שיקול שממש רלוונטי בחוק אחד, הוא שיקול שאסור לקחת בחשבון בחוק אחר. למשל, צנזורה היא בסמכות של קצין צה"ל בתקנות ההגנה לשעת חירום. ניתן להבין שהשיקולים שיש לקחת בחשבון הם שיקולים ביטחוניים ושיקולים של חופש הביטוי. על כן, הקצין לא יכול לפסול סרט פורנוגרפי כי זה קשור לשיקולים של פגיעה ברגשות הציבור. שיקול של פגיעה ברגשות הציבור הוא חשוב, אך לא רלוונטי לתקנות שעוסקות בהגנה בשעת חירום. כדי להבין זאת היה צריך להסתכל על המטרה של החוק.
3. עקרונות כלליים של השיטה-יש מקרים בהם מכירים בשיקולים גם אם הם לא עולים מלשון או מתכלית החוק. כשמדובר בעקרונות יסוד של השיטה, או עקרונות בעלי מעמד חוקתי (חוקי יסוד), הם גם ייכנסו במסגרת האינטרסים והשיקולים שיש להתחשב בהם.

כללי שיקול הדעת המינהלי:

מתוך ניתוח הפסיקה ניתן ללמוד על 4 כללים מרכזיים:

1. **חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים.**
2. **איסור להתחשב בשיקולים זרים- שיקול זר הוא לא בהכרח שיקול רע שפסול תמיד, אלא שיקול שלא רלוונטי להחלטה המסוימת.**
3. **סבירות ומידתיות-** גם אם הרשות התחשבה בכל השיקולים הרלוונטיים, וגם אם לא היה שום שיקול זר, עדיין המשפט המינהלי דורש שההחלטה שהרשות מקבלת תהיה סבירה ומידתית. הסבירות והמידתיות מגבילות את המשקל היחסי שניתן לתת לכל שיקול. צריך לראות שהמשקל שניתן לשיקול לא היה נמוך באופן מופרז או גבוה באופן מופרז.
4. **שוויון מינהלי- עקביות-** גם אם התקיימו 3 התנאים לעיל, ההחלטה צריכה להיות עקבית להחלטות אחרות של הרשות. אם יש מקרים שהם כמעט זהים, צריך לנהוג בהם באופן דומה.

נקודת המוצא- היא שהסמכות היא של הרשות ולא של בית המשפט, אך אם זה מגיע לבית משפט, בית המשפט צריך לבדוק ששיקול הדעת הופעל במסגרת 4 המגבלות הללו.

**הסבר לגבי כל כלל:**

1. **חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים:**

בשני מובנים:

1. **חובה לשקול (במובן התודעתי) ולבדוק את מכלול השיקולים. להיות מודע אליהם ולחשוב עליהם.**
2. **השופטת דורנר בפס"ד ויכסלבאום (דיון נוסף): חובה לבחור חלופת החלטה שמגלמת שיקלול של מכלול השיקולים הרלוונטיים.**

בפסק הדין נאמר שיש לקחת בחשבון שיקול של אחידות, מצד שני יש שיקול של רצון לשמור על האוטונומיה וכבוד האדם. לכן ביקשו ששר הביטחון יחשוב לפחות על פיתרון שבו כן ניתן לייחד את הקבר. **שר הביטחון התייעץ עם מספר גורמים אך החליט לא לאפשר. כלומר, השלב הראשון של לחשוב על כל השיקולים התקיים. אך דורנר אמרה, שלא מספיק לחשוב על השיקול, אלא שההחלטה עצמה צריכה לגלם באופן מסוים את ההתחשבות בשיקול הזה (אי אפשר לתת לשיקול מסוים משקל של 0%). המטרה של הכלל הראשון שאומר שיש לחשוב על כל השיקולים, היא שבאמת תהיה להם משמעות.** הרי המטרה היא לא רק שכבוד השר יחשוב על משהו, אלא שתהיה לכך משמעות. לא מתקבל על הדעת שכל המשמעות תהיה לעשות סדר במחשבות של השר.

מקרים שבהם החובה לבחור חלופת החלטה שמגלמת את כל השיקולים אינה חלה- השופטת דורנר-

1. **כשיש מספר מצומצם של חלופות החלטה, שאף אחת מהן אינה מגלמת את מכלול השיקולים הרלוונטיים (או שהאופציה שכן מאפשרת אינה מעשית)-** מה שמכונה הלכת דרעי: העברה מתפקיד של שרים, מדבר על מינוי שרים. ביהמ"ש אומר שהשיקולים הרלוונטיים בנסיבות שכנגד השר יש כתב אישום הם שני שיקולים- שיקול הפוליטי , השיקול של התפקוד במשרד המשפטי, שיקול שכנגד, לגבי שר אין החלטות ביניים- או שהוא שר מאה אחוז או שמפטרים אותו, אם מפטרים אותו נותנים משקל של מאה אחוז לשיקול אמון הציבור ו-0 אחוז לשיקול הפוליטי. אם לא מפטרים אותו אז ההפך. בסיטואציה מהסוג הזה אז אי אפשר לקיים את הגישה שהרשות תבחר בחלופה המגשימה כל אחת מהשיקולים. לעומת זאת, יש מקרים כמו ויכסלבאום שיש לרשות אינספור אפשרויות.
2. **כשיש שיקולים רלוונטיים שאינם שיקולי חובה. כלומר, יש שיקולים שהרשות חייבת לחשוב עליהם אבל היא לא חייבת ליישם.** למשל, ברוב המינויים בציבור אסור לשקול שיקולים פוליטיים למרות שהם כן רלוונטיים. אך אין זה חובה לשקול שיקול כזה.

למשל מינוי מנכ"ל. במינוי מנכ"ל מצד אחד יש שיקול מקצועי, האם האדם שהשר רוצה למנות יש לו ניסיון רלוונטי והוא מתאים לנהל את המשרד הממשלתי, אבל מהצד השני יש שיקול לגיטימי אחר והוא האמון האישי. רוב השרים ממנים את אנשי אמונם וחלק מחפשים אנשים מתוך המשרד. לפי הפירוש הנכון של החוק אלו שיקולים שאפשר לשקול אותם, לא חובה לשקול אותם ולא חובה ליישם אותם בתוכן ההחלטה. במקרה כזה, ספק אם חייב לשקול את השיקולים האלה במובן התודעתי אך בוודאי שאין צורך ליישם אותם בהחלטה.

1. **איסור להתחשב בשיקולים זרים בעת קבלת החלטה**

הרשות לא יכולה להתחשב בשיקולים שאינם רלוונטים.

**פס"ד אילנה רסקין-** יש חוק של הכנסת שנקרא חוק איסור הונאה בכשרות. השם של החוק מטעה. **בחוק היה סעיף שנאמר בו שבמתן תעודת הכשר, הרבנות המקומית תיקח בחשבון שיקולים של כשרות המזון בלבד (כלומר, שאר השיקולים הם שיקולים זרים).** היה מצב שרבנות ירושלים שנחשבת מחמירה, אמרה שלפי הבנתה ההלכתית אם במקום בו מגישים את האוכל מתקיימות פעילויות בלתי צנועות אז האוכל לא כשר (ריקודי בטן). **ברור שכוונת המחוקק הייתה רק לעניינים הקשורים לאוכל עצמו ולא להתנהלות שבמקום. לכן, הרבנות התחשבו בשיקול זר.**

פס"ד ועדת השופטים: בעניין ועדת השופטים של פרס ישראל, כולם מסכימים כי שיקולים של מצוינות וקידום התחום הם שיקולים רלוונטיים. כשחופש הביטוי זהו שיקול רלוונטי כי הוא רלוונטי בכל הקשר שמתעורר (מאחר ומדובר בזכות חוקתית). באותו מקרה הייתה שאלה האם שיקולים חיצוניים (כפי שבית המשפט קרא להם) הם שיקולים רלוונטיים להענקת הפרס. המועמד לפרס הורשע במעשים פליליים חמורים והיו לו התבטאוות קשות וקריאה לחרם. השופט עמית קבע כי הקריאה לחרם היא שיקול חיצוני שניתן להתייחס אליו רק כשקריאה לחרם היא על מדינת ישראל או על אקדמיה. בעוד השופטים סולברג וזילברג לאור ההגדרה בלשון חוק החרם כי גם כשקריאה לחרם היא לגבי אדם ומוסד מסוים, לרבות אנשים במוסדות ואזורים שהם בשליטת המדינה (מתייחס לאוניברסיטת אריאל).

**השר החליט לא לתת את הפרס למועמד בשל קריאתו לחרם, ובית המשפט פסל את ההחלטה.** השופט סולברג מסביר כי במסגרת החלטתו של שר החינוך הפך החריג לכלל. השאלה איננה האם ראוי להעניק כלומר השיקול האם ראוי להעניק את הפרס על רקע מכלול הפעילות הפוליטית כולל פעילות פוליטית הנתפסת בעיני השר כפעילות בעייתית, האם ראוי להעניק את הפרס זה אינו שיקול זר. אבל רק אם בוחנים את השיקול הזה כשיש לו עוצמה מאוד גדולה, שהשופט סולברג מכנה כמקרה קצה אז ניתן להתחשב בשיקול. כלומר לא ראוי להעניק על רקע דעות פוליטיות, ורק במקרים בעלי קיצוניות חריגה השיקול רלוונטי רק אם הוא נשקל כמקרה קצה, ולא השאלה האם העמדות של המועמד ראויות. אלא האם פעילותו והפצת דעותיו של המועמד הן כל כך בלתי נסבלות, שבמקרה חריג לא נעניק לו את הפרס על בסיס עמדותיו ולא תרומתו המקצועית. אם יש מקרה קיצוני הקשור למידה שבה הוא ראוי לאור שיקולים חיצוניים אז כן ניתן לשקול.

כלומר:

אם השיקול היה אם להעניק את הפרס- אז ההתחשבות בשיקולים החיצוניים בדבר ההתנהגות שלו היו שיקולים זרים. במקרים כאל יש לבחון האם מדובר ב"מקרה קצה" שגורם לשיקולים החיצוניים להיות רלוונטיים בכל זאת.

**גם אם חלופת ההחלטה שנבחרה ע"י הרשות המוסמכת מצויה במתחם הסבירות, ואף נראית ראויה בידי בית המשפט, ההחלטה תיפסל אם הוכחו שיקולים זרים. הרציונל שבכך הוא שיש אפשרות שהרשות המוסמכת הייתה בוחרת חלופה אחרת אם לא הייתה מתחשבת בשיקול הזר.**

חריג: אם יש רק חלופת החלטה חוקית אחת.

באותה רוח (הרוב בפסק דין ועדת השופטים):

**גם אם נשקל שיקול זר ויש רק 2 חלופות החלטה חוקיות, ביהמ"ש ייטה לא לחייב את הרשות לבחור בחלופת ההחלטה השנייה, אלא יאפשר לה לשקול את ההחלטה מחדש, מבלי להתחשב בשיקול הזר.**

**סבירות ומידתיות:**

**הסבירות והמידתיות מגבילות את המשקל של השיקולים הרלוונטיים האחרים ועוסקות באיזון בין האינטרסים שעושה הרשות.** גם אם יש פתרון שנמצא מתאים מהצד של השיקול הכלכלי, עדיין צריך לראות שהוא גם סביר. הרעיון של כלל הסבירות, הוא שיכולות להיות חלופות שהאיזון שהן מקיימות בין השיקולים הוא מותר, אבל המשקל שהן נותנות לאחד מהשיקולים הוא מוגזם וזה יוצא מקו הסבירות.

**שתי הדרישות מבוססות על "מתחם" בחירה, ובדרך כלל אינן מכתיבות לרשות חלופת החלטה מסוימת. בדרך כלל בתחום המתחם הזה יימצאו לפחות כמה חלופות סבירות. זה נכון בדרך כלל גם לגבי מידתיות** **ולרוב לא תהיה רק החלטה אחת שנחשבת מידתית, למרות שמידתיות מצמצמת את שיקול הדעת מעט יותר מהסבירות.**

סבירות היא נורמה בלתי קביעה (indeterminable). רוצה לומר, היא אינה כזאת שניתן לומר מראש אם היא מתקיימת או לא, אלא אם כן ביהמ"ש קבע תקדים לנסיבות ספציפיות. אם כן, **מגבלת הסבירות היא יותר בבחינת בסיס לביקורת שיפוטית, מאשר הנחיית הרשות.** ועדיין, ישנם **יתרונות** למגבלת הסבירות.

יתרונות לסבירות:

1. **אפשרות להגיע לתוצאות ראויות במקרים אינדיבידואליים**.
2. **תמריץ לקבלת החלטות ראויות, שכן אילולא מגבלת הסבירות הרשות לא הייתה צריכה להסביר את איזון השיקולים.**
3. **בפרקטיקה, מדובר בתחליף להוכחת שיקולים זרים/ אי התחשבות בשיקולים רלוונטיים.** כלומר, לעיתים, כשנראה כי לפי השכל הישר שהחלטה התקבלה על סמך שיקולים זרים, אך לא ניתן להוכיח זאת, ניתן לפסול את ההחלטה על חוסר סבירות קיצונית. למשל, **בעניין הקמת אצטדיון טדי**, הטענה לאי הקמתו הייתה כי יש להמתין עד להשתלבות שאר הפרויקטים באזור, אם כי בפועל השיקול לכך היה אחר וזר, הוא חילול השבת שהאצטדיון יגרום. **משום שלא היה ניתן להוכיח את האחרון, ביהמ"ש פסל את ההחלטה במסגרת עילת הסבירות בשל הראשון.**

חסרונות לסבירות:

1. **אי וודאות- זה מושג עמום.**
2. **סובייקטיביות של בית המשפט-** *"הלכה למעשה, השאלה אם החלטה נתונה היא סבירה נתונה להכרעתו הבלעדית של השופט היושב בדין ברגע מתן ההכרעה השיפוטית, וזאת מבלי שקיימים כל קני מידה מקדמיים (קרי נורמות משפטיות כלליות וברורות) שעל פיהן מתקבלת הכרעה כזו".*
3. **קושי מרכזי: דווקא בגלל שנוח לבית המשפט להשתמש בסבירות, "הסבירות השתלטה במידה רבה על המשפט המנהלי.** הלכת הסבירות החליפה כללים אחרים של משפט מנהלי בכלל ושל שיקול דעת מנהלי בפרט. הלכת הסבירות עברה שינוי והתפתחה לממדים הקרובים לכאלו של "נורמת על". **תוך כדי התפתחות היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שוב, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר** "(למשל העילות של מטרה זרה ושיקולים זרים) (בגץ אמונה- תנועה האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פס' 9 לפסק דינו של השופט אשר גרוניס).

דוגמא ל"השתלטות מתוך הנושאים שנלמדו:

* התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים נבלעה במגבלת הסבירות לדעת פרופ' דפנה ברק-ארז.
* סמכות עזר/ היעזרות באחרים היא מותרת לפי עילת הסבירות. פסק הדין של השופטת חיות בעמותת עיר עמים- הפעם הכלל היה ברור: אי אפשר לאצול על גוף פרטי סמכות שדורשת שיקול דעת. אבל השופטת חיות אמרה שזה בסדר לאצול סמכות שכוללת שיקול דעת אבל רק אם זה במתחם הסבירות. היא קבעה מבחני עזר נוקשים כדי לדעת מתי זה במתחם הסבירות.
* האם זכות הטיעון תינתן בעל פה או בכתב, היא עניין של סבירות בנסיבות העניין.
* איסור על ניגוד עניינים- נבחן לפי היווצרותו של חשש סביר לניגוד עניינים.

**פס"ד עמותת פורום המזרח התיכון:**

רקע עובדתי: בית המשפט לעניינים מנהליים דחה עתירה נגד החלטת עיריית תל אביב יפו להסיר ארבעה שלטי חוצות בטענה לפגיעה ברגשות הציבור. בשלטים נראו נשיא הרשות הפלסטינית וראש הלשכה המדינית של חמאס כשהם כורעים על ברכיהם, עיניהם מכוסות, ידיהם מורמות ואחד מהם מחזיק דגל לבן בין ידיו. ברקע נראה אזור זרוע הרס ומסוקים מרחפים ממעל לו. על השלטים נכתב: שלום עושים רק עם אויבים מובסים".

**בית המשפט המחוזי דחה את העתירה וציין כי החלטת ראש העירייה עומדת במתחם הסבירות וברף הנורמטיבי באיזון בין חופש הביטוי לבין ההגנה על רגשות הציבור** ומכאן שאין עילה להתערב בהחלטתו. אך סולברג שם לב כי יש בכלל עניין של זכויות האדם, ולכן השיח הכללי של סבירות לא בהכרח קשור. ביהמש המחוזי דחה את העתירה וציין שהחלטת ראש העירייה מצויה במתחם הסבירות ועומדת ברף הנורמטיבי לאיזון בין חופש הביטוי ובין ההגנה על רגשות הציבור. במצב דברים זה, כיוון ששיקול הדעת מסור מראש לראש העירייה, אין עילה להתערב בהחלטתו.

השופט נועם סולברג: "סמוכתו של ראש העירייה, המעוגנת בהוראת חוק העזר העירוני, תחומה אפוא בגבולותיו של המבחן החוקתי. אם יורה ראש העירייה על הסרת שלט שאינו ' חוצה את סף הסיבולת של החברה, אינו מרעיד את אמות הסיפים שלה, כי אז חרג ראש העיריה מסמכותו, גם זו שלפי חוק העזר העירוני.

דא עקא, אמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה – אמורפיות, מופשטות, אין בהן יותר מאשר קריאת כיוון עקרונית. במצב דברים שכזה, בית המשפט, האמון על פרשנותו של כל דבר חקיקה – בכלל זה חקיקת-היסוד – איננו בן חורין למנוע עצמו מלהיכנס בעובי הקורה, לפרש ולחדד את אמות המידה החוקתיות, שהן הן גבולותיו של חוק העזר: "בשיטת משפט דמוקרטית זו, תפקידו של השופט להגן על המשטר הדמוקרטי ולגשר בין המשפט לבין צרכי החיים [...] עליו לתת להוראות החוק מובן שיתן פתרון לפער הבלתי נמנע בין הנורמה המשפטית לבין המציאות החברתית". מלאכה זו, עניינה ביציקת תוכן ממשי לפרשנותו של חוק היסוד, ושמירה על ישומו כדין, בחיי המעשה. בכגון דא, ברי כי דריסת רגלו של בית המשפט רחבה יותר, עמוקה יותר, מאשר התערבותו בהחלטות מינהליות 'קלאסיות'. הותרת שיקול דעת מלא בידיו של ראש העירייה, ובחינת 'סבירות' החלטתו, אינה ממצה אפוא את הדיון המשפט.

**השאלה היא שאלה של פגיעה בזכות חוקתית ולא שאלה של סבירות, ולא בוחנים את הפגיעה במתחם הסבירות אלא סף הסיבולת,** גם אם מבחן של סף הסיבולת לא הכי ברור. אבל בנושא של זכות חוקתית אומר השופט סולברג זה כבר תחום שבית המשפט לא צריך לתת מתחם כל כך גדול בדומה למתחם הסבירות.

השופט שטיין- דוקטרינת הסבירות קובעת, הלכה למעשה, כי החלטה מינהלית אשר נראית בלתי סבירה במידה קיצונית, היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא איננו גלוי לעין. תחום שביהמ"ש לא צריך לתת מתחם כל כך גדול.

מצד אחד סבירות זה עניין סביר אם בכלל הוא מוכן להשתמש , אבל כשיש זכויות אדם- זה של ביהמ"ש , תמיד צריך לראות שההחלטה הזו איננה פוגעת באופן בלתי ראוי בזכויות האדם.

קרא- חרף אמירות שונות שתכליתן "לכרסם" בדוקטרינת הסבירות, רגליה של עילת הסבירות (ועילת המידתיות) נטועות עמוק בקרקע המשפט המינהלי.

אבל, אין לומר כי עילת הסבירות היא בבחינת one-size-fits-all. ההלכה הפסוקה קבעה כי מתחם הסבירות של הסמכות המינהלית מתחשב במאפייני הסמכות, לרבות מעמדה של הרשות המוסמכת (רשות מקצועית; גוף בעל אופי פוליטי) והאם הסמכות מופעלת על סמך, למשל, שיקולי מדיניות ערכיים או שיקולים מקצועיים-מומחים.

**לפי שופטי הרוב בדרך כלל סבירות זה דבר חריג מבחינתם אך זה לא מתאים במקרים שבית המשפט צריך לספק הגנה יעילה על זכויות אדם, וגם אם קשה לקבוע מבחן ברור בית המשפט צריך להיכנס לעובי הקורה ולא לדבר על מתחם רחב של שיקול דעת שבית המשפט לא נכנס אליו.**

**מידתיות- פיתוח המידתיות לצורך התמודדות עם חסרונות הסבירות:**

הלכת הסבירות- נורמה בלתי קביעה: בסיס לביקורת שיפוטית ולא להנחיית הרשות:

1. אי וודאות
2. סובייקטיביות של ביהמ"ש
3. חוסר הנחיה לרשויות

**המידתיות- שמקורה במשפט המינהלי ולא החוקתי, נועדה להתמודד עם קשיים אלה: להסדיר את האיזון בין השיקולים אך תוך מידה רבה יותר של אובייקטיביות, והנחיית הרשויות.**

**המטרה של המידתיות:** איזון בית תכלית ציבורית והאמצעים לקידומה לבין הזכות או אינטרס פרטי מוגן. **יש שלושה מבחני משנה-** בהינתן תכלית ציבורית ראויה (שיקול רלוונטי לסמכות הנדונה):

1. **מבחן ההתאמה / הקשר רציונלי (פס"ד בן עטייה):** משמעותו של מבחן זה היא שצריך להיות קשר רציונלי בין המטרה לבין האמצעי שנבחר למימושה. כלומר, האמצעי שהרשות החליטה לנקוט בו, יש בו בכדי להשיג את המטרה. מאחר ויש בחלופה משום פגיעה באינטרס מוגן, כל עת שאין הסתברות משמעותית שהיא תשיג את המטרה, אם לא וודאות מוחלטת, בוודאי שהאיזון ע"פ תורת המידתיות איננו איזון חוקי.

**בפס"ד בן עטייה** הייתה סיטואציה שבה בית ספר הורשה כחלק מבחינות הבגרות שיהיו בחינות בגרות פנימיות שיבחנו על ידי המורים וההשגחה על הבחינות האלה היא השגחה פנימית של מורים ולא השגחה חיצונית של משרד החינוך. הסתבר שבבחינות החיצוניות תלמידי בית הספר העתיקו, וכעונש על כך, בשנה הבאה יסרבו לתת אישור לבחינות פנימיות, וביה"ס יבצע רק בחינות חיצוניות. הייתה עתירה כנגד החלטה.
בית המשפט עושה ניתוח של מבחני המידתיות ובודק את מבחן ההתאמה\ הקשר הרציונלי וקובע כי אין קשר רציונלי בין הרצון למנוע פגיעה בטוהר המידות (אשר נתקיימה בעבר על ידי תלמידים שנבחנו בבחינות הבגרות החיצוניות) לבין שמירה של תלמידים אחרים על טוהר המידות במבחנים הפנימיים. כלומר מה הקשר בין הרצון למנוע פגיעה בעבר על טוהר המידות על ידי תלמידים אחרים (אלו שהעתיקו) ולא אלו שאמורים לגשת בשנה הזו, לבין שמירה על טוהר המידות במבחנים הפנימיים. אם מישהו מסוים העתיק אין קשר רציונלי ברור לתת את העונש למישהו אחר. ובנוסף הם מלכתחילה העתיקו בבחינות חיצוניות ולא פנימיות, לכן מה הקשר של העונש על בחינות פנימיות? צריך להיות קשר בין המטרה של שמירת טוהר המידות לבין האמצעי ולכן גם העובדה שמדובר בתלמידים אחרים וגם שהעתיקו בבחינות החיצוניות ולא הפנימיות שולל את הקשר הרציונלי. בית המשפט לא מדבר על מתחם הסבירות אלא מדבר על סוג של קריטריון שניתם לבדוק איתו.

1. **מבחן הפגיעה הפחותה:** משמעותו של מבחן זה היא כי משום שניתן לקדם את המטרה בחלופות שונות, יש לבחור בחלופה שאינה פוגעת באינטרסים המוגנים, או לכל הפחות פוגעת בהם הכי פחות.

**בפס"ד בן עטייה,** **ביהמ"ש קבע כי כאשר התכלית היא שמירה על טוהר הבחינות כנגד חשש של העתקות, האמצעי הפוגע פחות שיש בו כדי להשיג את המטרה המבוקשת הוא הגברת הפיקוח** (וכן הגברת החינוך והגברת ההסברה). גם בהנחה שהמבחן הראשון מתקיים, מכל מקום ניתן להשיג את מטרת השמירה על מניעת העתקות ע"י פיקוח מתאים. מבחן זה מכונה הן מבחן מדרגה משום שיש לטפס במדרגות החלופות השונות עד להגעת החלופה שפוגעת הכי פחות באינטרס.

1. **מבחן המידתיות במובן הצר / היחסיות:** משמעותו של מבחן זה הוא כי בהנחה שנבחר האמצעי המשיג את המטרה תוך הפגיעה הפחותה ביותר באינטרס, יש לבחון כי מתקיימת פרופורציה ראויה בין התועלת שבהשגת המטרה לבין הנזק שיגרום האמצעי. זאת, משום שלעיתים הנזק שייגרם מהשגת המטרה עלול להיות גדול מתועלת שתופק בגין זה.

**בפס"ד בן עטייה,** ביהמ"ש קבע כי לא מתקיימת פרופורציה ראויה בין התועלת הצומחת מהפעלת האמצעי לבין הנזק שהיא גורמת. כלומר, **נזק לכל התלמידים של בית הספר המבקשים לגשת לבחינות בגרות פנימיות; פגיעה בכלל מורי בית הספר, ללא הוכחה כי מישהו מהם כשל בעניין; ונזק לשמו הטוב של בית הספר.** לכן אין יחס ראוי בין התועלת לנזק. אם כן, אף אם היה מדובר באמצעי היעיל ביותר למניעת העתקות, משום שמדובר בנזק משמעותי משולש, מבחן זה לא מתקיים.

**יוצא, כי מבחן משנה זה דומה לכאורה לעילת הסבירות, שכן בשניהם מופעל המון שק"ד.**

**לכן פותחו מבחני עזר כדי להבדיל בין המבחן השלישי לבין סבירות, אם כי הם לא קונקרטיים, והם:**

* מבחני איזון עקרוניים, כגון מבחן הוודאות הקרובה, מבחן האפשרות הסבירה, מבחן החשש הסביר וכדומה. לפיהם, רק כאשר יש וודאות קרובה לכך שהשיקול הציבורי יפגע באינטרס המוגן, לא מתקיימת מידתיות במובן הצר. מבחנים אלו לא קיימים לכל האינטרסים המוגנים, אך אלו יכולים להתפתח בהמשך ע"י הפסיקה. **למשל, לפי מבחן הוודאות הקרובה, אם ישנה התנגשות בין חופש הביטוי לביטחון המדינה (בג"ץ קול העם), רק במידה של וודאות קרובה (הסתברות במידה גבוהה) שביטחון המדינה יפגע אם תופעל הזכות לחופש הביטוי, מבחן המידתיות הצר מתקיים**. האם תמיד מפעילים את המבחני איזון האלה? לא.
* מבחן ההשפעה התוספתית, קרי השוואה בין שתי חלופות: ההשוואה נעשית בין משקלה של התוספת השולית של קידום התכלית הציבורית לבין משקלה של התוספת השולית של הפגיעה בזכות או באינטרס, ביחס לכל אחת מהחלופות. **על העותרים למבחן זה להציג לביהמ"ש חלופה מגובשת היפותטית אל מול החלופה שנבחרה בפועל. ביהמש ישווה בין החלופות:** השאלה הינה האם משקלה של התועלת השולית שקול כנגד משקלו של הנזק השולי. למשל, לעניין תוואי גדר הפרדה, יש לבחון חלופה המגנה על הביטחון ב100% ומגנה על הזכויות ב0%, לעומת חלופה המגנה על הביטחון ב99% ומגנה על הזכויות ב100%. במקרה כזה, עשוי ביהמ"ש לומר, כי גם אם האינטרס הציבורי עולה על הזכויות, בהינתן חלופה שמקיימת את שניהם באופן כמעט מוחלט, יהיה זה לא סביר להעדיף את החלופה האחרת רק בגלל צניחה של 1% מהגשמת האינטרס הציבורי. במילים אחרות, משקלה של התועלת השולית (1%) לא שקול למשקל הנזק השולי (100%), אם כן מבחן המידתיות הצר לא מתקיים.

~~ועדיין,~~ **~~לעילת המידתיות מגבלות משלה~~**~~:~~

* ~~המשמעות במקרים שבהם לא נפגעת זכות היא איזון בלתי קביע בין תועלת לנזק.~~
* ~~לעניין מבחן ההתאמה (קשר רציונלי), האופן בו ביהמ"ש מיישמו, לא שונה בהרבה מיישום עילת הסבירות, שכן אין צורך בהשגת כל התכלית או בוודאות להשגת חלק מהתכלית. כל שכן אין צורך בראיות מדעיות, קרי שהרשות תבסס את החלטתה באופן רציונלי על בסיס הוכחות, אלא די בשכל ישר.~~
* ~~לעניין מבחן הפגיעה הפחותה, רק כשהאינטרס מוגשם באותה מידה ובאותה עלות, אזי יש להעדיף את החלופה שפוגעת פחות בזכות, אלא שהמדובר במקרים נדירים. כלומר, בדר"כ האינטרס הציבורי לא מוגשם באופן זהה בין שתי חלופות החלטה, והעלות ביניהן שונה. כל שכן, בפועל דרישה זו אינה מוקפדת, כאשר אין אמת מידה קביעה מתי החלופה השנייה משיגה אותה תכלית בפגיעה פחותה בזכויות. המדובר בעניין ערטילאי של שק"ד, ללא ממצאים אמפיריים שניתן להסתמך עליהם. עוד, המבחן אינו מתאים במקרים של איזון בין זכויות. רוצה לומר, פעמים רבות רשות מינהלית מאזנת בין זכויות מתנגשות בהחלטתה, ואילו המידתיות מתאימה למקרים של איזון זכות מול אינטרס.~~
* ~~לעניין מבחן היחסיות (מידתיות במובן הצר), הרי שהוא די דומה לעילת הסבירות (נורמה בלתי קביעה), ולוקה בערטילאיות וחוסר וודאות מסויים.~~
* ~~עילת המידתיות אינה מוחלת תמיד, ובאופן עקבי, וכך היה למשל~~ **~~בפס"ד ג'קלין~~**~~, שם לכאורה היה מקום להפעילה, אך העילה כלל לא הוזכרה. כותב השופט שטיין בפס"ד כי~~ *~~"האיזון בין אוטונומיה לשוויון הוא אחד ההסדרים החברתיים הראשוניים שמסור למחוקק ולו בלבד. הקביעה כיצד איזון זה ייעשה צריכה להיעשות ביום הבוחר, ולא ביום העותר".~~*
1. **דרישת השוויון והעקביות- במשפט חוקתי ובמשפט המינהלי:**

אחד העקרונות העמומים ביותר.

הבחנה בין זכות חוקתית לשוויון (שוויון חוקתי) לבין איסור אפליה במשפט המינהלי (שוויון מינהלי/ אריסטוטלי/ עקביות)

ההבחנה שנויה במחלוקת: השופט יצחק עמית לעומת השופטת אסתר חיות **בפסק דין הבית הפתוח:**

* **השוויון החוקתי** הוא זכות לכך שהאדם לא ייפגע עקב השתייכות לקטגוריות קבוצתיות מסויימות, ובהן דת, גזע, עדה, מין, גיל וכדומה. השוויון החוקתי נפגע גם כשההשתייכות הקבוצתית רלוונטית, פשוט מדובר בזכות יחסית אז היא ניתנת לפגיעה בהתקיים התנאים של פסקת ההגבלה.
* **השוויון המינהלי** (שבו נתמקד) מושתת על תפיסה המיוחסת לאריסטו, לפיה מוחלים עקרונות שוויון מעבר לשוויון החוקתי, לאור הדרישות המצטברות הבאות:
1. התייחסות שווה למקרים שווים, כשאין ביניהם שוני רלוונטי מהותי.
2. התייחסות שונה למקרים שונים.אם יש הבדל מהותי ורלוונטי לנושא הנדון, אז אי אפשר להתייחס לשני המקרים אותו הדבר, כי זו גם הפליה.
3. השוני בהתייחסות לשני מקרים שונים, נדרש להיות בפרופורציה לשוני בין המקרים. למשל, בתחום המיסוי, נניח שאלמוני מרוויח 10,000 ₪ לחודש וממוסה ב1000 ₪, שעה שפלוני מרוויח 100,000 ₪ וממוסה ב1001 ₪. אומנם הייתה התייחסות שונה למקרים שונים, אבל ההתייחסות אינה פרופורציונלית.

**פס"ד ר.מ.י** הוא דוגמה למקרה מהסוג הראשון, לפיו **הייתה התייחסות שונה למקרים שווים.** חברת ר.מ.י ביקשה ונדחתה להקים בי"ח, שעה שבנסיבות דומות קיבל אישור הקמה בי"ח אחר (חורב). ביהמ"ש קבע כי **לכאורה הרשות לא חרגה משק"ד המינהלי בדחייתה את הבקשה של ר.מ.י, אבל משום שבמקרה אחר, הזהה במהותו למקרה דנן, ניתנה החלטה שונה, החלטת הדחייה נפסלת בעקבות הפליה אסורה. לא הייתה עקביות.** במילים אחרות, לא היה הבדל רלוונטי בין חורב לר.מ.י שיצדיק את השוני בין ההחלטות שנתקבלו לגביהם, ולכן ההחלטות לוקות באי-שוויון. מדוע ביהמ"ש החליט להעניק אישור לבי"ח של ר.מ.י ולא לבטל את האישור שניתן לבי"ח חורב? ראשית, מבחינה דיונית הדבר לא אפשרי, שכן אין ביהמ"ש דן בעניין חורב. ביהמ"ש לא יכול לתת סעדים נגד גורם שלא עתר ולא הציג טענות בבית המשפט. שנית, זוהי החלטתה של המדינה לאשר או לא את ביה"ח. **יוצא מפס"ד כי מבחן השוויון המינהלי, בשונה ממבחן השוויון החוקתי, הוא חד שלבי.** במבחן החוקתי נבחן א. האם הייתה פגיעה בשוויון, וב. במידה והייתה, האם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, **שעה שבמבחן המינהלי נבחן רק את שלב א'- האם הייתה פגיעה בשוויון, כלומר האם ההבחנה בין 2 המקרים הייתה רלוונטית או לא**.

דרישת השוויון המינהלי מוגבלת ואינה פשוטה ליישום מבחינות שונות:

* **קשה לזהות האם ההבחנה בין 2 המקרים רלוונטית או לא-** לא תמיד ברור ויש פנים לכאן ולכאן.
* **יש מקרים בהם דרישת השוויון המינהלי אריסטוטלי אינה יישימה-** **מקרים בהם יש מספר חלופות החלטה מצומצם ומספר מקרים רב שביניהם הבחנה רלוונטית.** באופן זה, הרשות לא יכולה להיות עקבית בהחלטותיה. למשל, לעניין בחינות מעבר (60 ציון עובר), הרי הן מי שקיבל 0 והן מי שקיבל 59 לא יעברו את הבחינה, שעה שהן מי שקיבל 60 והן מי שקיבל 100 יעברו את הבחינה. אף כי ישנו הבדל משמעותי בין הציונים השונים שיכולים להתקבל (בין 0 ל100) ישנן רק שתי חלופות החלטה (עובר / לא עובר), ובכך אין התייחסות שונה למקרים שונים. כאשר אלמוני מקבל 59 ולא עובר את הבחינה, שעה שפלוני מקבל 60 ועובר את הבחינה, אף לא תהייה התייחסות שווה למקרים שווים (הבדל של נקודה אחת הוא מזערי), כל שכן שההתייחסות נעדרת פרופורציה. ועדיין, נאפשר קיום של מצב כזה מטבע הדברים והמהלך הרגיל של בחינות מסוג זה (למשל בחינות לשכה).
* **קיים קושי עקרוני ליישם את השוויון המינהלי,** מכיוון שאם יידרשו עקביות קפדנית זה יבטל את סמכות הרשות המינהלית. כלומר, **במצב בו כל החלטה שרשות הייתה מקבלת, היא הייתה צריכה להתאימה להחלטות עבר, אנו כובלים את שק"ד המינהלי.** זאת, מסכל במידה רבה את כל מהותו של שק"ד המינהלי.
* קיים גם קושי מעשי ליישם את השוויון המינהלי, שעה **שאין אמת מידה מדויקת לפרופורציות שאמורות להיות ביחס בין שני מקרים שונים כדי להעניק להם יחס שונה פרופורציונאלי.**
* **התוצאה של כל המגבלות הללו, היא יישום השוויון המינהלי במקרים קיצוניים בלבד.** למשל לעניין אחידות הענישה, אם שני אנשים פשעו בצורה שונה מהותית, אך נענשו באופן זהה, ביהמ"ש יתערב. אולם, לא הגיוני כי עונש שהוטל על אלמוני בשנת 1959 יהווה קו מנחה במתחם הענישה כיום.
* **כל עוד אין שיקול זר, מתאפשרת שרירותיות במקרים שבהם קיים אילוץ חוקתי, וכך היה למשל בפס"ד גן אירועים תל מגידו,** שם דובר על פיצויים שניתנו בעקבות מלחמת לבנון השנייה. יש תקציב מסוים ורצו לפצות עסקים שנפגעו מהמלחמה. אך מאחר שהתקציב מוגבל וכן רצו לפצות ולא לחלק באופן שכל אחד מקבל סכום נמוך, אלא פיצוי שבאמת יכול לעזור. אז בעצם הייתה כאן פגיעה בשוויון האריסטוטלי משום **שאלה שסבלו לפי הערכה יותר קיבלו פיצוי, בעוד אלה שסבלו אך סבלו פחות לא קיבלו כלום. זה שרירותי אך שרירותיות שנובעת מכך שהתקציב הוא תקציב מוגבל.** קביעת קווי גבול היא מכורח המציאות ומגבלות התקציב, גם אם היא מותירה ללא פיצוי, באופן שרירותי, אזרחים שסבלו גם הם פגיעות, נזקים והפסדים. **לכאורה מדובר בהחלטה שרירותית, אך התנאי הוא כי ההבחנה בין מקבלי הפיצוי לבין אלה שאינם מקבלים מבוססת על שיקול רלוונטי, ומכל מקום אינה מבוססת על שיקול זר.**

**פרק ח': הנחיות מנהליות**

אחת מהמצאות החשובות במשפט המנהלי, לא הגיעה מהשופטים ובית המשפט אלא צמחה בשטח ואז בית המשפט עשה לזה פורמליזציה משפטית וזה הנחיות מנהליות. הנחיות מנהליות הן בין שיקול דעת חופשי לבין הנחיות ותקנות שכובלות שיקול דעת.

**הנחיות מנהליות לעומת שיקול דעת**

הכלל הבסיסי הוא איסור על כבילת שיקול דעת- מאחר ואם הכנסת העניקה שיקול דעת אז אסור מראש להחליט מה תהיה ההחלטה וצריך לדון בנסיבות כל עניין מה ההחלטה הראויה.

**הרציונל הברור של שיקול הדעת הוא קבלת ההחלטה הטובה ביותר בהתאם לנסיבות העניין הקונקרטי אך זה מעורר קשיים ובעיות:**

1. מעשית קשה לשמור על שוויון מנהלי שכל החלטה מתקבלת לגופה במיוחד שזה על ידי אנשים שונים- למשל במשטרת התנועה שיש מאות שוטרים, אין אפשרות לאכוף באופן מוחלט במאה אחוז את עבירות התנועה אז יש לשוטר שיקול דעת את מה לאכוף. כך **ששיש שוטר אחד שלפי שיקול דעתו כל מי שחורג את המהירות המותרת אפילו בקמ"ש אחד נותן דוח, אל מול שוטר אחר שנותן מעבר ל80 קמ"ש דוח.** נצא מנקודת הנחה שגם השוטר הראשון וגם השני, ההחלטה שלהם נמצאת במתחם הסבירות. אך גם מבחינה תודעתית ורגשית, וגם מבחינה רציונלית זה לא עקבי ופוגע בשוויון האריסטוטלי- בשני מקרים דומים היו תוצאות שונות. לכן איסור לכבול את שיקול הדעת משמעותו המעשית היא פגיעה בשוויון האריסטוטלי.
2. פגיעה ביעילות- **כל פעם שמישהו מקבל החלטה הוא צריך לחשוב מחדש מה הקריטריון, האיזון בין השיקולים, המידתיות-** כל פעם מחדש זה מאוד לא יעיל. לכאורה זה מה שאמור להיות, אבל אם כל פעם מחדש הרשות שצריכה לקבל החלטה בנושא מסוים, צריכה להפעיל את שיקול דעתה מחדש זה מאוד לא יעיל.
3. פיקוח על הפעלת סמכויות שנאצלו**- רשות שאוצלת את הסמכות (דבר שקורה לעיתים קרובות) נצפה ממנה שהיא תפקח, אך אם יש שיקול דעת בכל מקרה ומקרה יהיה לה קשה לפקח.** אז אם הרשות אוצלת את הסמכות לעשרה אנשים וכל אחד מפעיל שיקול דעת בצורה שונה, אז איך היא תפקח על שיקול הדעת אם אסור לכבול?

**הפתרון שנמצא זה הנחיות מנהליות.**

מהן הגדרתן ומשמעותן של ההנחיות המינהליות? הנחיות / נוהל / חוזר מנכ"ל / אמות-מידה / קריטריונים, כלומר הן **כללים גמישים שהמינהל הציבורי קובע בכדי להדריך את עצמו במילוי תפקידו**. ההנחיות המינהליות נכתבות כאשר אין חוק שמגביל את שק"ד של הרשות. לעיתים, יש הנחיות שמערבות בתוכן חוקי כנסת או תקנות, למשל תקשי"ר, אך עדיין אין המדובר בחוק או בתקנות, משום ש**ההנחיות אינן בסמכות לדבר חקיקה או תקנה.** סמכות- חוק ותקנות מוסמך לקבוע רק השר או הכנסת, והם עושים זאת מכוח סמכותם בחוק. וזאת לעומת הנחיות מנהליות לגביהן אין צורך שהחוק יקבע סמכות לקביעת הנחיות מנהליות, למעט חוקים שכן קבעו זאת במפורש.

עוד, **ההנחיות מובדלות מחוק או מתקנות, במידת החובה בה ההנחיה מחייבת.** כלומר, ככלל יש לנהוג על פי ההנחיה, אולם החובה איננה מוחלטת. אם כן, **ההנחיות אינן מייתרות שק"ד של הרשות**, אלא עליה להפעיל בכל מקרה ומקרה שק"ד האם יש לחרוג מההנחיה. **ברירת המחדל היא פעולה לפי ההנחיות, אך מותר, ולפעמים חובה, על הרשות לחרוג מההנחיות כשיש נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת**.

למשל, בפס"ד **הורמן נ' ראש עריית ת"א**, הגברת הורמן רצתה לפתוח מסעדה צמחונית ברחוב דיזינגוף, הידוע כמשלב דיור, מסחר ובילוי, ומטבע הדברים לעירייה יש שק"ד באיזון הפעילות ברחוב, כשהיא מתבקשת לתת רישיון עסק. הגברת השקיעה מכספה וזמנה בכדי לקבל רישיון עסק, וזאת לאחר שביררה מה עליה לעשות, אך עדיין לא קיבלה את האישור בנימוק כי לאחר הפעלת שיקול דעת, הגיעו למסקנה כי יש לשמור על האיזון ברחוב ולמנוע הפרעה לשכנים. השופט לנדאו קיבל את העתירה, בטענה כי *"המסעדה שהעותרת מתכוונת לפתוח, מיוחדת במידה, יוגשו בה מאכלים טריים ומרקים, ולא יהיו בה בישול וטיגון בשומן, היכולים להוות מטרד לסביבה. המטרד הסביבתי הכרוך בבית אוכל כזה הוא מזערי, ואפשר להקטינו עוד על ידי התקנת מכשור מתאים לקליטת האדים של בישול המרקים. יש להניח שגם הקהל הפוטנציאלי שיפקוד בית אוכל כזה הוא "צמחוני" ואינו מסוג הקהל הרועש של מבקרי ברים ובתי מרזח שבהם מושפעת הסביבה".* במילים אחרות **מדובר במקרה חריג, עד כי ביהמ"ש חייב את העירייה לחרוג מהנוהל, אף כי הנוהל עצמו חוקי.**

מהם יתרונות ההנחיות המינהליות?

1. ההנחיה המינהלית עוזרת לשמור על **שוויון מינהלי**, שעה שיש אלפי סמכויות שונות, **ולפעול באופן עקבי.**
2. **יעילות:** מאוד לא יעיל להפעיל שק"ד מחדש בכל מקרה ומקרה אלפי פעמים בשנה, ולכן ההנחיה המינהלית מאפשרת לקבוע מראש את המדיניות בצורה יעילה ומרוכזת בפעם אחת, וכמובן שניתן לשנותה במידת הצורך.
3. **מאפשר לרשות מוסמכת לקבוע הנחות לרשות שאצלה לה את סמכותה.**

**כמובן לרשות המינהלית עומדת האפשרות לסטות מההנחיות, כנעשה בפס"ד ועד ההורים בארי.** שם, דובר על שאלת סגירת בית ספר קטן, כאשר ראשית, בית הספר הנידון אינו עונה על הגדרתו של "בית ספר קטן" כהגדרתו בהנחיה, ושנית, משמעות ההנחיה הייתה סגירת בית ספר קטן והעברת כיתות שלמות לבתי ספר אחרים, ובפועל היה אמור להיעשות ההפך. עם זאת, **ביהמ"ש קבע כי החריגה מוצדקת ואף לגיטימית, וכתב כי "די בקיומם של שישה בתי ספר יסודיים באזור נווה-שאנן, ורק טבעי הוא שבית הספר אשר ייסגר הוא בית הספר בו מספר התלמידים הינו הקטן ביותר".**

האם חובה על הרשות לקבוע הנחיות מינהליות?

בדר"כ אין חובה לרשות לקבוע הנחיות, למעט מקרים בהם חובה לקבוע הנחיות מינהליות מכוח חוק, או בכל מקרה של הקצאת כספי ציבור (איסור "כספים ייחודיים"). כך או אחרת, **ההנחיות עצמן צריכות להיות מבוססות על שיקולים רלוונטיים, ותוכנן צריך להיות מידתי, סביר, ושוויוני. במילים אחרות, ההנחיות כפופות לכללי שק"ד המינהלי, ובמיוחד לשוויון המינהלי**, **כפי שנקבע** **בפס"ד עמותת ל.כ.ן.** ואן, ישנם כמה וכמה פסקי דין בהם ביהמ"ש פסל את ההנחיה המינהלית משום אי חוקיות.

**שיעור חדש-הנחיות מנהליות**

הנחיות מנהליות-

- ההבדל מחוק או מתקנות : סמכות / מידת מחויבות.

- אינן מייתרות שיקול דעת

- ברירת המחדל: פעולה לפי ההנחיות

- מותר ולפעמים חובה לחרוג שיש נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

**פס"ד החשב הכללי במשרד האוצר נ' עמותת תיאטרון הגלבוע-** איחור של תיאטרון בהגשת בקשת תמיכה כלכלית ביחס למועד שנקבע בהנחיה המנהלית. מנהל התאטרון שביקש מספר פעמים "פגישת הכוונה" בדבר אופן הגשת הבקשה, קיבל הודעה כי הוטמעה מערכת דיווח חדשה, וכי הוא מוזמן להדרכה במועד שלאחר המועד שנקבע בנוהל כמועד האחרון להגשה . הזמנה זו גרמה למנהל התאטרון להחמיץ את מועד ההגשה. **ביהמ"ש העליון קבע כי זה מקרה חריג המצדיק חריגה מהנוהל, בגלל שהאיחור היה באשמת הרשות ולא באשמת התיאטרון. סולברג ציין כי אין בכך פגיעה בשוויון מנהלי – שכן למנהל התיאטרון הספציפי הזה הייתה הזמנה לפגישה שבעקבותיה הוא החמיץ את המועד, וההזמנה לפגישה היא נסיבה רלוונטית שמבדילה אותו מהמקרים האחרים. על כן, גם אם יאפשרו למקרה זה להיות חריג זה לא יפגע בעקביות ובשוויון מול שאר התיאטראות.** להפך, זה דווקא מתקשר עם השוויון המנהלי, שאומר שבמקרים שונים בצורה מהותית (שהשוני ביניהם רלוונטי), התוצאות צריכות להיות שונות.

במקרה הזה אפשרות החריגה הייתה בכל מקרה מעוגנת בסעיף מסוים בנוהל, שקובע חריג לפיו אם האיחור אינו "באשמת המוסד".

ההגנה על אינטרס ההסתמכות:

השאלה: עד כמה קיומה של החלטה מינהלית קודמת (שיפוטית, חקיקתית או ביצועית), משפיע על היכולת של הרשות לקבל החלטה חדשה: מבחינת סמכות לקבל החלטה חדשה, מבחינת ההליכים שצריך לנקוט כשמקבלים החלטה חדשה, מבחינת שיקול דעת (האם זה שיש כבר החלטה קודמת משפיע על שיקול הדעת בעת קבלת החלטה חדשה שחורגת מהקודמת).

לעצם קיום החלטה יש השלכות:

1. **מבחינת שיוויוניות-** אם יש נוהל מסוים שהחילו במקרים מסוימים, ואז פתאום משנים אותו כך שעל אותו מקרה בדיוק יחול נוהל אחר, תהיה בעיה של שוויוניות. יכול להיות שנגיד שזו חריגה מוצדקת מהשוויוניות אך עדיין תהיה פגיעה בשוויון המינהלי האריסטוטלי.
2. **הסתמכות:** כלומר, אם יש החלטה כלשהי של הרשות זה גורם לגופים אחרים להסתמך עליה. לדוגמא, אנשים מסתמכים על כך שכל עוד אין להם בעיה רפואית חדשה, הם יוכלו לחדש את רישיון הנהיגה.
3. **קיים ערך ציבורי ליכולת להסתמך: כך השיטה יותר בהירה ויותר זולה.** שכן אם יש יכולת להסתמך אין צורך להוציא עוד כסף למשל על אמצעי זהירות מכיוון שאי אפשר לסמוך על הנוהל.
4. **מניעת החצנת עלויות:** אם עושים שינוי בנוהל מסוים, יש לכך השלכות כלכליות. העלויות נופלות על מי שהסתמך ונפגע, וכך כל הציבור נהנה אך אנשים ספציפיים נפגעים. העול לא נופל באופן שווה על כל הציבור.
5. **השתתפות שוויונית בנטל ההוצאות של הפעילות השלטונית:** שינוי גורם לנזקים לאנשים מסוימים, ורק הם ייפגעו ויצטרכו לשלם את ההוצאות. הנטל לא ייפול על הציבור באופן שווה.
6. **זכויות האדם: כבוד אדם, "קניין חדש"-** יש השלכות לשינוי החלטה וקבלת החלטה חדשה. אם האדם לא יכול להסתמך, זה פוגע בכבודו, שכן הוא אדם רציונלי ולא נותנים לו לדעת מה ההשלכות של מה שהוא עושה. "קניין חדש" זה מושג אקדמי אמריקאי שאומר שקניין הוא לא רק מקרקעין ומיטלטלין, אלא גם רישיון למשל. גם עניינים רגולטוריים שווים כסף ומהווים סוג של קניין. לכן אם משנים החלטה ומשנים את הנוהל כך שלא יקבל רישיון, זה פוגע לו בקניין.

מצד שני אם תמיד נשמור על ההסתמכות אז:

1. **ייווצר מצב שייפגע האינטרס הציבורי-** כי כל החלטה תהיה סופית. האינטרס הציבורי הוא שתהיה גמישות בקבלת החלטות. שלא נהיה תקועים עם תקנות שהיו טובות לפני 10 שנים וכבר לא טובות לציבור כיום.
2. **שיקול המינהל התקין-** בפרקטיקה הרבה פעמים רשויות בכירות מבטיחות כל מיני דברים ומחליטות דברים באופן פזיז. במיוחד לקראת בחירות. לעיתים החלטות מתקבלות בחוסר רצינות וצריך לשנותן. אם לא נאפשר לשנות החלטות לא יהיה ניתן לשנות החלטות שהתקבלו בפזיזות.

הרצון לשמור על ההסתמכות קשור לסוג ההחלטה:

1. **חקיקה-** החלטה בעלת אופי חקיקתי (למשל תקנה), היא החלטה שהכי אפשר לשנות. האזרחים במדינה דמוקרטית צריכים לצפות שישנו את החוק ושהם לא יכולים להסתמך עליו ולחשוב שהוא סופי.
2. **שפיטה-** כשמדובר בפסק דין של בית משפט שמקביל לפסק דין של רשות מינהלית, מאפשר עדיין לערער ולשנות אותו. אך כאשר הפסק דין חלוט יהיה קשה מאוד לשנותו. זאת מכיוון שיש חשיבות בכך שכל צד יוכל לדעת את מקומו ולדעת שהסכסוך הסתיים בוודאות. רק במקרים נדירים מאוד תהיה אפשרות לפתוח את הנושא מחדש כשהפסק דין חלוט.
3. **ביצוע-** הנחיות ביצועיות הן איפהשהו באמצע. הן לא גמישות מאוד ולא נוקשות מאוד.

חוק הפרשנות- ס' 15, לכאורה פותר את הבעיה:

**סמכות התקנה**

15.   הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקנן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה.

הסעיף עוסק בדיוק בנושא הזה ומדבר על שינוי, ביטול והתליה של החלטות מינהליות.

האם הסעיף נותן מענה לשאלה?

1. **מבחינת היבט הסמכות-** נראה שהסעיף אומר שיש סמכות לשנות תקנה והוראת מינהל. כל פעמים שחוק/ תקנה נותנים סמכות, מפרשים את הסמכות להתקין תקנה גם כסמכות לבטל ולשנות תקנות.
2. **מבחינת היבט ההליכים-** נאמר בסעיף שההליכים בעת ביטול/ שינוי תקנות, יהיו אותם ההליכים כמו בעת התקנת תקנות/ הוראות."בדרך שהותקנו התקנות או הניתנה ההוראה"- המשפט לא ברור. האם הכוונה לדרך שבה בפועל הותקנה התקנה, או בהליך לפיו היה צריך לפעול? השכל הישר אומר שצריך לפעול לא לפי מה שהיה בפועל, אלא לפי ההליך בו היו מחויבים להתקין את התקנה. זאת מכיוון שהחוק לא יגיד לרשות לעשות שינוי בתקנה בדרך לא חוקית. אך אין לכך תשובה חד משמעית.

עולה עוד שאלה- האם יש דרישות הליכיות נוספות, או שמספיק שהליך שינוי התקנה יהיה כמו הליך התקנת התקנה? האם החוק ממצה? למשל, אם רשות עיינה במסמכים ונתנה לאדם רישיון. וכעת היא רוצה לשנות את זה וכבר לא לתת לו רישיון. האם היא פשוט צריכה לעיין במסמכים ולהגיד שהיא לא מאשרת? לפי מה שלמדנו מגיעה לאדם זכות טיעון לכן ס' 15 לא מבהיר את הכל. זכות הטיעון מגיעה מכללי הצדק הטבעיים לכן ס' 15 אינו ממצה ולא מסביר את כל ההליכים הנדרשים. יש כללים נוספים ועוד דוגמאות מלבד זכות הטיעון, שלא חלים על התקנת תקנה אבל כן יחולו בעת שינוי/ ביטול/ התניה של תקנה.

1. **מבחינת היבט שיקול הדעת-** הסעיף לא נותן לכך תשובה. הסעיף לא מתייחס לשיקול דעת. לכן עוברים למשפט המנהלי הכללי- דיני שיקול הדעת ובודקים שם האם יש כללים מיוחדים להפעלת שיקול דעת כשלא מדובר בהחלטה מקורית אלא בהחלטה שיוצרת שינוי/ ביטול/ התניה על התקנה המקורית.

עילות לביטול רישיון:

**ראינו שהליך לביטול רישיון צריך להיות בדרך שבה ניתן. אך מה נדרש מבחינת שיקול הדעת?**

האם הרשות מוסמכת לבטל רישיון? מה ההליך? מה קורה מבחינת שיקול הדעת, מתי אפשר לבטל רישיון?

**בפס"ד שללם** נקבע כי הפעלת שק"ד לשינוי או לביטול החלטה קיימת במיוחד כשמדובר בהחלטה שקובעת זכויות או חובות של אנשים ספציפיים, ואין המדובר בשק"ד של קבלת ההחלטה המקורית. **לקבלת ההחלטה המקורית שק"ד רחב, שעה ששיקול הדעת בעניין תיקון, ביטול, התניה ושינוי של החלטה הוא יותר מצומצם. זאת משום שבעת שינוי ההחלטה המקורית מתווסף שיקול נוסף רלוונטי, הוא שיקול ההסתמכות**. למשל בדנן, אדם בעל רישיון שונה מאדם שרוצה לקבל רישיון. צריכות להיות סיבות מיוחדות שחורגות מהשיקולים שבאישור הראשוני, תוך לקיחה בחשבון של ההסתמכות, על מנת לשנות את ההחלטה המקורית. ועדיין, אין דברים מוחלטים שאין סמכות לרשות לשנותם. **מהם השיקולים המיוחדים שהרשות נדרשת להתחשב בהם כשהיא שוקלת לבטל \ לא להאריך תוקף החלטתה, כשיש הסתמכות מוצדקת? קיים מדרג**:

**-הטעיה:** אם מי שקיבל את הרישיון הטעה את הרשות ניתן לבטל. כמעט תמיד תהיה לה הסמכות לשנות החלטתה, גם אם הדבר נעשה בתו"ל.

**- טעות:** אם הרשות עשתה טעות יש לה יכולת לבטל אך שיקול הדעת יהיה יותר מצומצם. ללכתחילה, אם הרשות ביצעה טעות מצדה, יכול להיות שבימ"ש ימנע מהרשות לתקן את ההחלטה בשל הטעות שלה. כל שכן, אם ההחלטה לא מזיקה לציבור, וכבר יש שהסתמכו עליה, ייתכן כי ביהמ"ש ימנע מהרשות לשנות את ההחלטה. אמנם, במקרה שיכול להתהוות סיכון ממשי לציבור, אף אם הרשות טעתה בהחלטה, ניתן לה לחזור בה.

**עובדות חדשות:** אם התגלו עובדות חדשות שלא היו לפני כן אז זה לא כמו הטעיה, ולכן בדרך כלל שיקול הדעת של הרשות יהיה מצומצם והיא תוכל פחות לבטל. אם המדובר בעובדות מהותיות, ניתן יהיה לשנות את ההחלטה.

**- שינוי מדיניות:** אם הרשות שינתה את המדיניות ורוצה על סך המדיניות החדשה לבטל את הרישיון, אז יהיה צמצום בשיקול דעת בגלל רצון לשמור על אינטרס ההסתמכות.

**- מה אם הרשות מתחרטת?** בהפעלה מחדש של שק"ד, **רק במקרים קיצוניים ניתן לרשות לשנות את החלטה**. חוץ מבמקרים חריגים מאוד, **שינוי מדיניות כעקרון לא חל באופן רטרואקטיבי, אלא באופן פרוספקטיבי או אקטיבי.**

 **מעבר לזה, יש התחשבות בעילה שבגללה הרשות מעוניינת לתקן או לשנות את החלטתה המקורית**.

**בפס"ד קרינסקי**, לעותר היה רישיון לאקדח, והאחרון נגנב ממנו שלא באשמתו. הוא ביקש לחדש את רישיונו (תוקפו של הרישיון טרם פג), אולם בקשתו נדחתה בטענה כי המדיניות שונתה, וכעת אין הוא עומד בקריטריונים. ביהמ"ש דוחה את עתירתו, בטענה כי הרישיון לא ניתן לנשק בתור נשק אלא לחפץ הספציפי, ומאחר שהנשק של המבקש נגנב הוא נדרש לרישיון חדש. אם כן, גם אם הצורך בבקשת רישיון חדש לא באחריותו של המבקש, יש לדון בבקשה החדשה לפי המדיניות שלבינתיים השתנתה, ולפיה המבקש לא זכאי לרישיון. כלומר, זה לא שהם ביטלו לו את הרישיון או לא אישרו חידוש שלו. מדובר ברישיון חדש, לכן גם אם יש בו צורך שלא באשמת המבקש, הרשות רשאית להחיל את המדיניות החדשה. **לדעת המרצה,** מבחינת הרציונל נראה כי הפסיקה שרירותית ופורמליסטית וראויה לביקורת, שכן בקשת הרישיון לא הייתה באשמת המבקש. קשה להבחין בין המקרה דנן לבין ביטול רישיון תקף משום שינוי מדיניות, שכאמור אסור. אדם שיש לו רישיון לאקדח לא מסתמך על רישיון לאקדח הספציפי הזה, ויש לו הסתמכות על רישיון לאקדח והוא מסתמך על כך שיקבל אקדח.

**בפס"ד דותן** ניתן לראות כי הפסיקה איננה עקבית, ואף כי נראה שלכאורה יש הגנה על עקרון ההסתמכות, ביהמ"ש סוטה ממנו בלי נימוק משכנע. בדנן, אדון דותן היה תחת חקירה, והתביעה המשטרתית החליטה שלא להעמידו לדין. בניגוד לכך, הפרקליטות החליטה דווקא כן להעמידו לדין, על אף שנודע לו אחרת, והכל עניין שבשק"ד. ביהמ"ש קיבל את החלטת הפרקליטות, והסביר כי כאשר המדובר באזרח שלא דבק עוול בכפו, אין בדרך כלל אפשרות ליישם את הסמכות לשינוי ההחלטה אלא בנסיבות מיוחדות **(ציון הכלל**). אלא, שהאמור לא חל מקום בו מדובר בביצועה של עבירה ובפתיחת הלכים בקשר אליה (**הסטייה)**. מעבר לכך, גורם תביעתי אינו מנוע מלהגיש כתב אישום משום שגורם אחר הכפוף לו (התובע המשטרתי), החליט לא להגיש, שכן האינטרס הציבורי של אכיפת החוק והשלטתו גובר. ההלכה כאן מצומצמת, לפיה השופט לא פגע בכלל שאין לשנות החלטה אלא בנסיבות מיוחדות, אלא הוא קבע חריג שבו ניתן לשנות החלטה במקרה של ביצוע עבירה ופתיחת הליכים בקשר אליה, כאשר השינוי מגיע מדרג גבוה יותר מזה שקיבל את ההחלטה הראשונית נשואת השינוי. יש לציין כי השופטת נתניהו הוסיפה כי שק"ד מוחלט אינו תקין. **לדעת המרצה,** לא מובן פשר הוצאת התחולה של הכלל (אין לשנות החלטה אלא בנסיבות מיוחדות) על ביצוע עבירה ופיתחת הליכים בנוגע אליה, באופן כולל ומוחלט.

**נושא חדש- הבטחות שלטוניות:**

נעסוק בכללים משפטיים שונים שמנסים לאזן בין אינטרס ההסתמכות (שמבטא גם את כבוד האדם- נותן לאדם יכולת להסתמך ולכלכל את צעדיו), לבין האינטרס הציבורי- גמישות, אי כבילת שיקול הדעת, יכולת להתחשב בשינויי נסיבות. על רקע זה המשפט מבחין בין סוגי החלטות שונות בהקשר להגנה על ההסתמכות. לגבי תקנות- ברור המקרים לא ייתנו חשיבות רבה להסתמכות. בהחלטות בעלות אופי שיפוטי תהיה חשיבות גבוהה מאוד להסתמכות- רוצים ליצור יציבות וודאות. ובאמצע יש החלטות מינהליות מסוגים אחרים (דיברנו על שינוי/ ביטול החלטות מנהליות). החלטות ביצועיות הן באמצע מבחינת הסתמכות.

**פרק י': הבטחות שלטוניות והשתק של רשות**

1. **הבטחות שלטוניות**

במשפט הפרטי, ככלל, הבטחה חד-צדדית איננה נורמה משפטית מחייבת. לעומת זאת, במשפט המינהלי, בתנאים שהתפתחו בפסיקה, ובראשיתם **פס"ד סאי-טקס** **שניתן על ידי השופט ברנזון**, **נקבע שהבטחה שרשות מינהלית נותנת לפרט באופן חד צדדי יכולה להיות כשלעצמה נורמה משפטית מחייבת.**

מדוע קיים ייחוד במשפט המינהלי המצדיק הכרה בהבטחה מינהלית כהכרה בהבטחה מינהלית חד-צדדית כנורמה מחייבת:

1. מן הרשות מינהלית יש דרישה משפטית לרמה גבוהה של הגינות, מכוח **חובת ההגינות המוגברת על רשות** (בניגוד לאדם פרטי). כל שכן **ישנו צורך באמון גבוה של הציבור בשלטון.** אבל רשות ציבורית היא לא עסק פרטי ולכן רמת תום הלב הנדרשת היא והרבה יותר גבוהה דווקא משום שזה לא אדם שלגיטימי שהוא ידאג בראש ובראשונה לעצמו, אלא זו רשות שאמורה לשרת את כל הציבור ונדרש גם אמון ברמה גבוהה של הציבור ברשויות השלטון.
2. **ישנו צורך ציבורי להשפיע על התנהגותם של פרטים על ידי יצירת תמריצים שיתרמו לקידום מדיניות של הרשות, ודרך מצוינת לכך היא הבטחת הטבות שונות שייחשבו כמחייבות**. הכרה בהבטחה של רשות מנהלית עשויה לשמש כתמריץ על מנת שרשות תוכל לקדם מדיניות, לפעמים יש לה אינטרס שאנשים פרטיים יפעלו באופן מסוים, והיא יכולה לגרום להם לפעול באופן מסוים באמצעות הכלי של ההבטחה. כלומר היא יכולה לגרום לאנשים לפעול באופן מסוים כשחוזה איננו אפשרי באמצעות הבטחה שאומרת כי אם האדם יפעל ברמה מסוימת ובהתאם לרשות, אז הרשות מבטיחה שהיא תגשים את מה שהובטח. פה חשוב להבין כי אם להבטחה אין תוקף אז כמובן שזה לא יעבוד, ורק אם להבטחה יהיה תוקף, רק אז זה יהיה כלי שיכול לסייע לרשות במקרים המתאימים.
3. **הסתמכות ופיתוח ציפיות על סמך הבטחות שלטוניות הן מוצדקות-** כשמדובר באדם פרטי, מישהו מבטיח דבר מסוים, אז יסמכו עליו. אבל אנשים פחות מצופים בפרקטיקה להסתמך אם אין מחויבות משפטית ברמת חוזה או מסמך אחר. ובכל זאת כשמדובר ברשות שלטונית, גורם של מדינת ישראל, אם הן מבטיחות זה יוצר הסתמכות, בוודאי ציפיות שהן גם עובדה קיימת וניתן גם להצדיק אותן. לא רק שבפועל אנשים מסתמכים ומפתחים ציפיות, זה גם טבעי ומוצדק שרשות שלטונית היא זו שמבטיחה וזה לא כמו שאדם פרטי מבטיח משהו בלי לכתוב וזה בא עם יחסים של אמון אישי.

מנגד, קיימים שיקולים נגד היות הבטחה מינהלית נורמה מחייבת:

* **כבילת שק"ד-** כלומר, ככל שאנו מכירים בהבטחה כמחייבת, אנו כובלים את שק"ד של הרשות במידה והמדיניות או המציאות משתנה.
* קיים חשש לניצול לרעה על ידי קבוצות אינטרסים, שכן בפרקטיקה ההתחייבויות ניתנות לגורמים בעלי עוצמה. **לא רוצים ששרים יקבלו החלטות בגלל לחץ של קבוצות אינטרסים, ואז זה יחייב גם את השרים הבאים בתור לשנים ארוכות.**
* **קיים חשש למינהל לא תקין-** רוב הפעולות המנהליות הן מסודרות. לעומת זאת, הבטחה היא מטבע הדברים לא דבר מסודר. לא קובעים בעת מתן הבטחה מדיניות מסודרת, תקציב, וזה יוצר פגיעה במסגרת התקציבית, פגיעה בפיקוח המשפטי, פגיעה בהליך הרגיל להתחייבות (למשל אישור חשב, מכרז) וכדומה.

על רקע זה **בפס"ד סאי-טקס נקבעה ההלכה כי "הבטחה שניתנה על ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקוים** הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, **אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה**. אמינות הממשל בעיני הציבור חשובה לאין ערוך מן האפשרות שיינתן לו לחזור בו או לסגת, במקרה זה או אחר, מהבטחה שנתן או מהתחייבות שקיבל על עצמו כלפי האזרח, בגדר סמכותו החוקית ואפשרות הביצוע המעשית". הרעיון שעומד מאחורי ההלכה הוא כי הבטחות של הרשות יש לקיים, למעט במקרים חריגים. עם זאת, **בהמשך הפסיקה עיקרה את ההלכה של ברנזון, עיוותה את דבריו, וחילקה את ההלכה שיש לקיים הבטחה, לשישה תנאים מצטברים**:

1. ראשית, ההבטחה צריכה להינתן כדין, הן מבחינת הסמכות והן מבחינת התוכן, לפי הכללים של שק"ד המינהלי. בחוק אין באמת סמכות לתת הבטחה, לכן כנראה הכוונה סמכות לקבל את אותה החלטה שהובטחה. בנוסף גם תוכן ההבטחה צריך להיות חוקי\ כדין. ברור שהבטחה מנוגדת לחוק זה לא מעורר קושי, אך מה אם הבטחה שאין תקציב מאושר לקיים אותה, גם פה ניתן לומר שתוכן ההבטחה הוא בלתי חוקי.
2. דרישה נוספת היא שלרשות הייתה כוונה לתת הבטחה בעלת תוקף משפטי, לפי המבחן האובייקטיבי. כלומר, אין הכרח שההבטחה תינתן בכתב, אך בדרך כלל כתב הוא סממן. הסדר בעל פה לרוב פחות ייחשב; בנוסף, דורשים שההבטחה תהיה הבטחה לאדם או לתאגיד ספציפיים ולא לציבור רחב (למשל בתקופת בחירות).
3. דרישה נוספת היא ש**המקבלים** יבינו את ההבטחה כבעלת תוקף משפטי. גם זה אובייקטיבי, אומרים שאם ניתנה ההבטחה בעל פה אז לא ייתכן שמי שקיבל אותה יחשוב שיש לזה תוקף משפטי, כי אחרת הוא היה דורש שיכתוב מכתב מסודר וכן הלאה.
4. **דרישה חשובה!:** ההבטחה צריכה להיות ברורה ומפורשת, מפורטת, נטולת סייגים ולא תלויה בסיכומים נוספים. זאת, למרות שהבטחה מעצם מהותה לא תמיד מפורטת. כלומר, ההבטחה לא צריכה להיות כללית אלא מסוימת.
5. צריך שיהיה מדובר בהבטחה בת ביצוע, הן ביום בו ניתנה והן במועד עתידי שבו היא אמורה להתבצע- אם אין תקציב זה אומר שלא ניתן ליישם את ההחלטה. זה לא חל במובן הזה על חוזה, שהוא דבר מחייב גם אם זה לא דבר בר ביצוע.
6. אין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה, אלא אם היה שינוי בנסיבות, אם מדובר בהבטחה הפוגעת באינטרס הציבורי, או היה שינוי מדיניות. לרשות יינתן **מתחם סבירות** לפיו יהיה מקום שבימה"ש יכיר ביכולתה של הרשות שלא לקיים את הבטחתה. הלכת ההשתחררות היא כשיש צורך ציבורי חיוני. במקרה כזה היא תשלם פיצויי השתחררות (לא פיצויי קיום אלא מה שייראה לביהמ"ש).

**אין הכרח להראות שלצד השני הייתה הסתמכות שהשפיעה על החלטותיו בפועל (ברנזון), ועם זאת, אם מקבלי ההבטחה לא שינוי את מצבם לרעה על יסוד ההבטחה, פוחתת עוצמת מחויבותה של הרשות לקיום ההבטחה.** בפועל, רוב העתירות שמוגשות נגד רשות מינהלית בגין הפרת הבטחה נידחות, משום שלפחות אחד מהתנאים הללו לא מתקיימים.

**בפס"ד מתווה הגז** (התנועה למען איכות השילטון נ' ממשלת ישראל), **הממשלה החליטה מטעמיה להתקשר באופן חד-צדדי, ולא בחוזה, עם חברות הגז, וקבעה בהתקשרות את פסקת היציבות.** פסקה זו קבעה כי הממשלה התחייבה במסגרת אותו מתווה הגז **לא לשנות לתקופה של 10 שנים את מדיניותה המפורטת בסעיפי המתווה בנוגע למשק הגז בשלושה תחומים**, הם תחום המיסוי, כפי שנקבע בחוק ובהוראות משלימות במתווה (ההבטחה המינהלית); ייצוא, כפי שנקבע בהחלטת הממשלה; והגבלים עסקיים, כפי שנקבע במתווה מכוח חוק. **מעבר להתחייבות כללית זו, הממשלה הוסיפה והתחייבה באותה הבטחה להתנגד להצעות חוק פרטיות שיבקשו לערוך שינויים בתחומים אלו, ואף אם הצעת חוק פרטית תעבור, הממשלה התחייבה ליזום הצעת חוק ממשלתית שתשיב את המצב לקדמותו.**

* **השופט רובינשטיין בדעת רוב** קבע כי יש לפסול את מתווה הגז משום פסקת היציבות, ובלשונו "עקרון יסוד במשפט המינהלי אוסר על כבילת שיקול הדעת המינהלי. משמעות העיקרון הוא משמוענקת לרשות המינהליות סמכות, חלה עליה חובה מתמשכת לשקול את הצורך בהפעלתה ואל לה לקבל החלטה מראש לגבי העמדה שתחזיק בה בעתיד באשר לאופן הפעלתה. אחת הנפקויות המעשיות של חובת הרשות להפעיל שק"ד היא שהרשות אינה יכולה להתחייב מעיקרא שלא לשנות את עמדתה. כבילה גורפת מראש, של שיקול דעתה של הרשות המינהלית, ללא הותרת דרך מעשית וסבירה לשיקול ענייני ופרטני בעתיד של כל סוגיה רלוונטית, הטעונה עיון ובחינה בהתאם לצרכי השעה המשתנים, אינה יכולה לעמוד, וכאשר נעשה כך, התחייבויות אלו משוללות תוקף". גם כשמדובר בהבטחה רגילה, בלעדי פסקת יציבות, "אפשרותה של הרשות לחזור בה מהבטחה שניתנה אינה מוגבלת, וייתכן כי חזרתה מאותה הבטחה, נוכח הסתמכות מושא ההבטחה, תעלה כדי חוסר סבירות בנסיבות המקרה. ייתכן שהחשש מפני השלכות של הפרת הבטחה או ההסכם יהוה שיקול משמעותי בהחלטת הרשות המינהלית האם להשתחרר מן ההתחייבות, ובשיקול זה כשלעצמו, יהא כדי לכבול את שיקול דעתה במידת מה". כלומר, **לכתחילה כל הבטחה שניתנת על ידי הרשות המקומית, כל עת שהיא עומדת בכללים של המשפט המינהלי, תקפה ויש להפרתה השלכות, כאשר יש צורך בשיקול מהותי על מנת לסטות ממנה, אף בלעדי פסקת היציבות.** **"ואולם, מטבע הדברים, עדיין נותר לרשות גם בכגון דא מרחש שק"ד רחב מזה המוקנה לה במצב בו היא מתחייבת, מעיקרא, שלא להפעיל את שיקול דעתה, התחייבות שכאמור אין הרשות מוסמכת להעניק ולכן אינה עולה כדי הבטחה מינהלית מחייבת"**. **לדעת המרצה,** אף כי השופט רובינשטיין סיווג את הפגם בתנאי הראשון של סאי-טקס, קרי בעיה של סמכות, שכן היא מוסמכת לקבל את המתווה, אלא **הבעיה המהותית היא בכבילה מוגזמת של שק"ד. זהו התנאי האחרון,** לפיו גם אם יהיה צידוק חוקי לשנות את ההבטחה, לא נשנה את ההחלטה ונעשה כל שביכולת הממשלה כדי לבטל את השינוי. **הממשלה** מראש מתחייבת שהיא לא תבטל ולא תשנה את החלטתה.
* בפסק דינו של **השופט סולברג בדעת מיעוט (איתה המרצה מסכים)** נכתב כי **"הפסיקה והספרות הכירו בכך שיישום דווקני של איסור כבילת שק"ד, יאיין את הפרקטיקה של התקשרויות בין רשויות ציבוריות ובין גורמים פרטיים, שהמציאות מלמדת כי הן חיוניות לקידום עניינו של הציבור.** **ככל שיחול שינוי נסיבות מהותי או שיימצא אינטרס ציבורי חשוב שיצדיק את שינוי המדיניות הרגולטורית, תוכל המדינה לעשות כן, גם אם יהא הדבר כרוך בתשלום פיצויים". בעצם, לדעתו הן ההבטחה שלא לשנות את ההבטחה כפופה להלכת סאי-טקס, אם כן אין סיבה לסטות ממנה, והרי שלממשלה גמישות והיא לא יכולה לכבול את שק"ד הלכה למעשה. כל שכן, אף ניתן להשתחרר באופן מלא או חלקי אף מהחובה לשלם פיצויים אם יהיה לכך צידוק חוקי, כלל וישנה חובה לשלם פיצויים.**

מתווה הגז- צורך בחקיקה:

אם אכן המתווה היה מעוגן בחוק, ייתכן שהיה דווקא מתחזק בהיבט הכבילה. בין היתר לאור הגבלות על תיקוני חקיקה רטרואקטיביים.

הייתה **הסכמה גם של הרוב וגם של המיעוט, שהממשלה תוכל להשתחרר בעתיד מהמתווה אם יש לכך צידוק.** אם כן, **למה סבר הרוב שעדיף שסעיף הכבילה יבוטל (ועמו יתבטל המתווה כולו)?** **הנימוקים שנתן הרוב (רובינשטיין):**

* החלטה שנקבע בה שאי אפשר לשנות אותה, וכובלת את שיקול הדעת של הרשות, היא הבטחה שאין להם סמכות לתת.
* פסקת היציבות מצמצמה את מתחם הסבירות שבו ניתן לחזור מההתחייבות.
* הפיסקה כובלת גם את הכנסת, והופכת את הכנסת לכפופה לממשלה.
* אופן הכבילה, לרבות מחירה הכלכלי של ההשתחררות, יקשה מאוד להשתחרר מההחלטה. זה יהפוך את ההשתחררות לבלתי מעשית.
* ספק רב אם ניתן לעגן בחוזה, ומכל מקום, פיסקה דומה. היא הייתה נפסלת גם בחוזה.

**השתק של רשות מינהלית:**

השתק או מניעות, הוא כלל במשפט הפרטי במקור שהתגלגל הן למשפט המינהלי, **וקובע כי בהתקיים שלושה תנאים מצטברים הצד שהציג את המצג או נתן את ההבטחה, מושתק (מנוע) מלהתכחש לו, גם אם טענתו נכונה.**

התנאים הם:

1. מצג עובדתי לא נכון או מתן הבטחה בלתי מחייבת (כגון הבטחה מעובד זוטר ללא סמכות).
2. הצד שקיבל את ההבטחה הסתמך עליה בתו"ל סובייקטיבי (שינה מצבו לרעה עקב ההסתמכות). כלומר הצד לא רק פיתח ציפיות, אלא ממש שינה מצבו לרעה, דוגמת השקיע כסף רב לאור המצג.
3. הוא הסתמך הסתמכות שהייתה סבירה מבחינה אובייקטיבית. אדם סביר יכול היה להסתמך בצורה כזו.

**התוצאה: הצד שהציג את המצג או נתן את ההבטחה, מושתק (מנוע) מלהתכחש לו, גם אם טענתו נכונה.**

טענת ההשתק דומה לטענת ההבטחה המינהלית, אך שונה ממנה בהיבטים הבאים:

* הבטחה מחייבת רק אם מתקיימים כל התנאים שנקבעו בהלכת סאי-טקס, שעה שהשתק יכול לחול גם בלא סמכות. **השתק יכול להיות גם כשההבטחה לא ניתנה בסמכות או שיש פגם בעובדות שתוארו.**
* הבטחה לפי סאי-טקס לא מחייבת הסתמכות, ואילו **טענת השתק כן מחייבת הסתמכות של הצד השני.**

מהו מקור טענת ההשתק?השתק במקור הוא כלל במשפט הפרטי שהיה חל בארץ מכוח דיני היושר הבלתי כתובים. ברבות השנים, השתק במשפט הפרטי בוטל, לאור ביטול המשפט המקובל ודיני היושר בחקיקה חדשה, והוחלף בחובת תו"ל הגמישה. עם זאת, במשפט המינהלי הכללי כמעט אין חקיקה, והמשפט הבלתי כתוב ממשיך לחול, ובינו גם כלל ההשתק.

מהו הקושי בהחלת טענת ההשתק במשפט המינהלי?

הוצג **בפס"ד עבאדה**, ובלשונו: ***"החשש כי השתקת רשויות מינהליות תאפשר את הפרתן של נורמות המשפט המינהלי, שלהן אופי כופה (קוגנטי) והן אינן ניתנות להתניה"*. למשל, בחסות ההשתק הרשות יכולה לקבל החלטה ללא סמכות, או החלטה המבוססת על שיקולים זרים, או החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, ואז לטעון שחובה לקיים אותה.** **שאלה למבחן: לתת דוגמאות לקוגנטיות של המשפט המנהלי- החשש הוא שהרשות באופן מניפולטיבי תשחרר את עצמה מכללים קוגטיים שהיא חייבת** לעשות. כך, בדיעבד הרשויות יוכלו לפעול באופן בלתי חוקי, וכאמור יפרו את הכללים הקוגנטיים של המשפט המינהלי.

למרות זאת, כבר **בפס"ד עבאדה**, נקבע כי **אין הקושי הזה משמעו שצריך לדחות על הסף את טענת השתק.** זאת, משום שמנגד יש סיבות טובות להחלת ההשתק דווקא במשפט המינהלי. כלומר, הרעיון שעומד מאחורי ההשתק הוא הרעיון שעומד מאחורי המשפט המינהלי. ובלשונו של פס"ד: *"תפיסת הצדק העומדת ביסוד תורת ההשתק הכללית יפה דם למצבים שבהם פרט מסתמך בסבירות ובתום לב על מצג של רשות מינהלית ומשנה בשל כך את מצבו לרעה. הימנעות מהשתקתה של הרשות עשויה לגרור תוצאות בלתי צודקות מבחינתם של הפרטים הבאים עמה במגע, ולהביא למעשה לענישה של אותם פרטים"*. **פס"ד מוסיף וקובע כי במשפט המינהלי ישנם שיקולים מיוחדים המצדיקים את החלת ההשתק דווקא במשפט המינהלי:**

* חובת ההגינות המוגברת המוטלת על רשויות מינהליות. חובת ההגינות על רשויות גבוהה מזו המוטלת על אדם פרטי, וכן השתק הוא עניין של הגינות מצד הרשות שלא תביא פרטים לנזקים על סמך מצג שווא ולא תישא באחריות.
* הצורך בשוויון ביחסים שבין הרשויות לבין הפרט. כלומר, כשם שהרשות יכולה להשתיק את הפרט במקרים מסויימים, כך הפרט צריך להיות בעל יכולת להשתיקה גם.
* המשקל המיוחד שראוי לתת למצגיהן של רשויות מינהליות, קרי יותר מתבקש שאנשים יסתמכו על מצג של רשות. מדובר במדינת ישראל, משרד ממשלתי, לכן מן הסתם שאנשים מסתמכים על כך.
* העיקרון בדבר פיזור הנזק (ומניעת החצנה) מחייב את פיזור העלויות שנגרמו בעטיו של מצג פגום שעשתה רשות ציבורית על כלל הציבור, במקום לפזר את העלויות רק על הפרט ששינה את מצבו לרעה.
* שיקול נוסף שלא הוזכר בפס"ד: בהירות ותנאים קביעים ביחס לחלופות: תום לב של רשות מינהלית ושיקול דעת שיפוטי במישור התוצאות והתרופות פחות ברור מההשתק. להשתק יסודות מאוד ברורים כאמור לעיל, ולכן הוא גם מעניק וודאות יותר גדולה.

**אם כן, המסקנה בפס"ד עבאדה היא כי יש לאזן בין עקרון חוקיות המינהל לבין האינטרסים של הפרט שהסתמך בתום לב ובסבירות על מצג של רשות מינהלית.**

מה השיקולים באיזון כאמור?

1. מידת הפגיעה בתקנת הציבור שעלולה לגרום אכיפת מצגה של הרשות.
2. השווי של השינוי לרעה שחל במצבו של המסתמך לעומת שווי אכיפת המצג והפגיעה באינטרסים של צדדים שלישיים העשויה להיגרם כתוצאה מן האכיפה.

**אם איזון זה מוביל למסקנה שלפיה אין לאכוף על הרשות את המצג, יש לבחון את אפשרות המרת האכיפה בקיומו של דבר מה קרוב למצג שבו מעוניין הפרט ("אכיפה תחליפית") או בתשלום פיצויים כספיים לפרט המסתמך.**

**בפועל**, הלכת ההשתק כמעט ואינה מיושמת, **ובפס"ד בית הרכב** חוזר הנימוק כי ***"הרשות איננה יכולה, בהתנהגותה או בדבריה, להרחיב את תחומי סמכותה הקבועים בחוק.*** *הכרה בכך עלולה להביא לידי הרחבת סמכויות הרשות והענקת תוקף למעשים שהמחוקק לא התכוון להכשירם.* ***אין להפעיל את תורת ההשתק כדי להקנות לרשות סמכות שהדין לא הקנה לה. השתקת הרשות, שהיא מטבעה קביעה מקדמית הסותמת את הגולל על בחינת המקרה לגוף העניין, מונעת את בחינת שיקולי הצדק שנקבעו בפסיקה****. השתקת הרשות בשלב המקדמי, שמשמעה קיום החוזה המינהלי הפסול, אינה נותנת את המשקל הראוי לתכלית החקיקה הניצבת בבסיס דרישת הצורה המהותית. בעוד שטענת השתק שוללת דיון לגופו של עניין בטענות הצדדים, הרי שטענת תום הלב, במסגרת יישום עקרון ההשבה, היא חלק ממכלול השיקולים להכרעה לגופו של עניין. לפיכך יש להעדיף לדעתי את הדיון בטענת ההסתמכות במסגרת יישום עקרון ההשבה, תחת כנפי עקרון תום הלב, ותוך שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים. מורכבות המקרה שלפנינו רק מחזקת את מסקנתי* ***כי מן הראוי לדון במכלול הטענות ולא לבחור בפתרון הקל של השתק".*****בין השורות ניתן להסיק שיקול נוסף שנמצא ביסוד הרתיעה מהלכת ההשתק, הוא החשש לעודד מינהל לא תקין, אם כי זה לא נכתב מפורשות.** רוצה לומר, אם הרשות תיצור הסתמכות של אנשים על פעולות מנהל לא תקינות, יהיה ניתן להכשיר את הפעולות על ידי ההשתק, וכך הרשות תרחיב את הסמכות שלה גם אם זה לא בהתאם לחוק.

**פרק יא':** **חוזים והסכמים של גופים ציבוריים**

בחוזים והסכמים של גופים ציבוריים נראה דואליות נורמטיבית של תחומי משפט שונים, הם הענף של המשפט המינהלי עם הענף של דיני החוזים או הנזיקין במשפט הפרטי.

ישנו חיכוך, ואף שיגידו סתירה עקרונית, בין המשפט המינהלי לבין הכרה בחוזים או הסכמים מחייבים של רשויות מינהליות, ולו כמה סיבות:

* **כל המהות של הסכם כאשר המפשט מכיר בו כמחייב, היא הגבלה של שק"ד של הצדדים**. לעומת זאת, לאור הכללים של המשפט המינהלי, רשות מינהלית לא יכולה לכבול את שק"ד, משום שבכל עת עליה להפעילו בהתאם לנסיבות והמדיניות המשתנה, לטובת הציבור ולטובת האינטרסים שהיא מופקדת על קידומם.
* **המשפט המינהלי במהותו מבוסס על כך שפעולתו היא חד-צדדית,** קרי הרשות מגבילה או מעניקה זכויות לאזרחים בפעולה חד-צדדית, לעומת חוזה שמהותו הוא פעולה דו-צדדים, קרי נורמה שנוצרת על ידי שני צדדים.

**ובכל זאת, משום שהמשפט המינהלי נועד למלא את האינטרס הציבורי, אין ברירה אלא להכיר ביכולת של הרשויות להתחייב בחוזה או הסכם.** אם לא היו מתקשרות החוזים, האינטרס הציבורי היה נפגע- המדינה אינה יכולה לספק את כל צרכיה, זה לא מעשי ולא יעיל, ולכן חוזים עם גורמים פרטיים הכרחיים לפעילותה, עד כי בפועל המדינה היא המתקשרת הכי גדולה בחוזים. חוזה בהגדרתו ממקסם את התועלת החברתית הכלכלית, כאשר כל צד לו מקבל יותר ממה שהוא נותן. אם כן, ברי כי חוזים והסכמים של גופים ציבוריים מועלים לפעילות מינהל תקינה ("חוזה מינהלי"). **נניח שהמדינה הייתה יכולה להתקשר בחוזים, אך כאלו שאינם מחייבים משפטית ("הסכמים ג'נטלמנים"), הרי שמבחינה משפטית יש קושי במצב בו המדינה לא מחויבת לעקרון ש"חוזים יש לקיים". שכן,** **חובת ההגינות בכלל, וחובת ההגינות המוגברת שהיא דרישה במשפט המינהלי, לא מאפשרות שהמדינה לא תהיה חייבת לקיים הסכם.**

אכן, מתעוררות הרבה מאוד שאלות בהקשר זה, ובינן היא **שאלת עצם ההתקשרות**. אדם פרטי יכול להתקשר עם כל מי שירצה, כל עוד הכל נעשה בדרך מקובלת ותו"ל, שעה שרשות לא יכולה לעשות כן, אלא **עליה להתקשר במכרז.** זאת, משום שהתקשרות בחוזה משמעה הטבה לצד השני, ולפיכך על הרשות להקצותה לפי הכללים השונים של המשפט המינהלי, ובראשונה לפי עקרון השוויון. **במילים אחרות, מכרז מאפשר לאכוף על הרשויות לחלק את ההטבות באופן שוויוני. אם כן, הדינים שנדון בהם להלן צריכים לאזן מחד בין הצורך של הרשות להתקשר בחוזים לבין נורמות שמקורן בדין האישי של הרשות, הן לפעול במסגרת סמכותן, לפי דרישת ההגינות המוגברת, ולהפעיל שק"ד לטובת הציבור.** העניין איננו פשוט, ואף כי יש פסיקה רבה בעניין, ישנן שאלות שעדיין נותרו בלי מענה.

בכדי לבחון חוזים והסכמים של גופים ציבוריים, ישנן שתי שאלות מקדמיות שעולות, והן:

1. **האם ישנה לצדדים כוונה להתקשר בחוזה / בהסכם משפטי, קרי גמירות דעת של הצדדים (פס"ד אלחג')?** בתחום הציבורי ישנן כל מני הסכמים, דוגמת הסכם פוליטי, שבעניינם מתעוררת השאלה האם כוונת הצדדים הייתה שההתחייבות היא בתחום המשפט?
2. **האם בכלל היה מותר לרשות להתקשר בחוזה משפטי?** יש להבחין בין תוכן החוזה שיכול להיות חוקי, לבין המסגרת שבו הוא ניתן, שיכולה להיות לא חוקית, נניח לדוגמה את מתווה הגז. עוד דוגמא- הסכמים קואליציוניים. לא נכון לומר שהצדדים, המפלגות, בהכרח מתכוונות שלא יהיה תוקף מחייב. ביהמ"ש לא בהכרח אומר זאת במפורש, הוא אומר שחזקה על הצדדים שבנושאים מסוימים הם לא התכוונו שההסכם יהיה מחייב. גם אם יכתבו שההסכם הוא מחייב, וגם אם ההסכם לגופו אין בו דבר לא חוקי, בסופו של דבר נראה שבית המשפט אומר שהם לא התכוונו, מה שמעניין את ביהמ"ש הוא לא הבירור הסובייקטיבי של הכוונה.

הנושא שאכתוב עכשיו הוא גם חלק מהשאלות המקדמיות (אמור להיות השאלה המקדמית השנייה אבל לא ממש הבנתי): בעבר הייתה הבחנה בין חוזים להפעלת סמכות שלטונית (אסורים) לבין חוזים "מסחריים" (מותרים). אלא, שהבחנה זו לא נכונה הן מבחינה מעשית והן מבחינה תאורטית, וכך פסק לאחרונה העליון (כנראה פס"ד מילר- לא למדנו). הסיבות: ראשית, כל מה שרשות מינהלית עושה הוא במסגרת סמכויותיה השלטוניות, ולא במסגרת "מסחרית". שנית, לעיתים הרשות מתחייבת לגבי עניינים שאין להם מקבילה בתחום הפרטי, ולכן לא ניתן לכבול את ידיה. אם כן כל חוזה של רשות הוא חוזה שילטוני, ואין יכולת לפסול על הסף את היכולת של הרשות להתקשר בחוזים משפטיים.

ל**ביהמ"ש יש גישה מצמצמת בעניין השתחררות מחוזה עקב טעמים כספיים.** אם אדם רגיל היה מבטל חוזה עקב זה שהמחיר כבר לא מתאים לו, זה לא היה מתקבל. לכן גם בעניין של רשות ביהמ"ש יהיה בגישה מצמצמת כלפי זה.

הערה: תקנת הציבור- לא מתאים שביהמ"ש יתעסק בפרשנות ואכיפה של הסכמים בעלי תוכן פוליטי.

בהיעדר חקיקה במשפט המינהלי, ישנה אי בהירות במקרים רבים. יש שאלות רבות שאין לגביהן הכרעה ויש בעניינן גישות שונות:

* **מהו הדין החל על הסכמים שלטוניים?** האם דיני החוזים / כללי המשפט המינהלי / דואליות נורמטיבית? ישנן דעות שונות.

**ביהמ"ש אומר שיחולו כללי המשפט המינהלי, אך המשפט המינהלי לא מספיק מפותח במובן הזה, לכן לא ברור מה בדיוק יחול בהעדר חקיקה.**

* **ההבחנה בין חוזים מינהליים לבין הסדרי טיעון לא תמיד ברורה (פס"ד ארביב)**. ישנה גישה שטוענת כי הסדר טיעון הוא הסדר חוזי, ואינו הסכם שילטוני. **השופט ברק אומר שעל הסדרי טיעון חל רק המשפט הציבורי, ולא דיני החוזים.** השופט ברק לא שלל באופן מוחלט את התוקף המחייב של הסכמים פוליטיים, אך צריך לבדוק זאת.
* **מה תוכנו של הדין לגבי חוזה שלטוני?**
* **מהם הסעדים?** תרופות בגין הפרת חוזה או סעדי המשפט המינהלי?
* **איזה הסדר חל במקרים של חוזה בלתי חוקי או ללא סמכות?** אם לא חל ס' 30 לחוק החוזים, אז איזה דין כן חל?

כל אלה הן חולשות גדולות מאוד במשפט המנהלי, שאין לו חוק מנהלי כללי. ביהמ"ש יכול להגיד על הסכמים מסוימים שהמשפט המנהלי חל עליהם אבל המשפט עצמו לא בהכרח עונה על השאלות שמתעוררות. במקרים האלה בפועל לא נקבעו הלכות וטרם הגיעו מקרים שהוכרעו לביהמ"ש.

**הלכת ההשתחררות:**

* השתחררות שונה מהפרה.
* שיקולים ציבוריים בהשתחררות: אמינות השלטון וחובתו לפעול בהגינות לעומת טובת הציבור.
* שיקול שאינו מוזכר בפסיקה: השלכות הרוחב מבחינת נכונות להתקשר עם רשויות והמחיר החוזי.
* עילות ההשתחררות\ אינטרס בעל עוצמה- שינוי נסיבות\ שינוי מדיניו\ משך החוזה\ אי חוקיות ההסכם (לרבות בהיבט של שוויוניות\ שיקול כלכלי).
* שיקול הדעת בהשתחררות- שיקול דעת מנהלי.
* פיצויי השתחררות: מתי ישולמו\ שיעורם.

אחד ההבדלים המשמעותיים, אולי אף המרכזי שכן מחילים את דיני החוזים אך צד לחוזה הוא רשות שלטונית, הוא הלכת ההשתחררות. מובן שלפי דיני החוזים, אם הצד השני מפר את החוזה, אז הרשות יכולה לבטל את החוזה מכוח דיני החוזים. אך הרשות יכולה לבטל את החוזה לא רק במקרה של הפרה או במקרה של אחת מעילות הביטול האחרות המופיעות בדיני החוזים, היא היכולת הביטול הנוספת- הלכת ההשתחררות.

**בעצם קיימת אפשרות רחבה יותר לצד הציבורי להשתחרר מהחוזה מבלי שההשתחררות תחשב להפרת חוזה. זאת, למרות שייתכן כי גם במצב של השתחררות תהיה חובה על הרשות המשתחררת לשלם פיצויים לצד שנפגע מההפרה, אך לא מכוח חוק התרופות כי אם מכוח כללי המשפט המינהלי.**

יסודותיה של הלכת ההשתחררות:

* **ההשתחררות שונה מהפרת חוזה.**
* **שיקולים ציבוריים להשתחררות הרשות הם אמינות השלטון וחובתו לפעול בהגינות כלפי הצד שהתקשר איתו מצד אחד לעומת טובת הציבור מצד שני.** רק עם צידוק מהותי תוכל הרשות להשתחרר מהחוזה בעזרת הלכת ההשתחררות. ניתן להעלות שיקול נוסף, שאינו מוזכר בפסיקה, הוא השלכת הרוחב מבחינת נכונות להתקשר עם רשויות והמחיר החוזי, כלומר עצם קיומה של הלכת ההשתחררות היא בעלת משמעות כלכלית. ככל שהגורמים פועלים בצורה רציונלית, הרי שקרוב לוודאי שיש בידיעה שרשות יכולה להשתחרר השפעה על המחיר שהיא תשלם למתקשר (יותר או פחות).
* **הצידוק והעילה להשתחררות צריך להיות אינטרס חיוני בעל עוצמה (פס"ד מילר**- לא למדנו), ובכלל זה שינוי נסיבות / שינוי מדיניות / משך החוזה / אי חוקיות של ההסכם (לרבות בהיבט של השוויון)/ שיקול כלכלי?
* **שיקול הדעת בהשתחררות הוא שק"ד מינהלי**, ועליו חלים הכללים הרגילים של המשפט המינהלי. רוצה לומר, נקודת המוצא היא שלרשות שק"ד רחב, וביהמ"ש רק בוחן האם החלטתה להשתחרר נעשתה במסגרת הסבירות, אף אם חושב הוא כי לא הייתה היא צריכה להשתחרר. אין הרבה מקרים בהם בית המשפט לא יאפשר לרשות להשתחרר.
* **מהות החוזה היא של פעולה דו-צדדית, ונראה כי לא מתאים שבנורמה דו-צדדית יחולו לעניין השתחררות הרשות כללי המשפט המינהלי**. כאשר מדובר בנורמה דו צדדית, שכאשר מגיעים להשתחררות חוזים למשפט המינהלי, זה לא מתאים. על פני הדברים **כשיש שני צדדים לחוזה, מן הראוי היה שביהמ"ש היה מצמצם את המתחם שק"ד של הרשות, ובוחן האם ההשתחררות אכן מוצדקת, ולא רק אם היא בלתי סבירה באופן קיצוני.**
* לבסוף, זה לא רלוונטי תמיד ואף לא ברור מתי זה קיים, אך ב**מצבים מסויימים כדי להשתחרר מהחוזה על הרשות יוטלו פיצויי השתחררות. אלו לא פיצויי קיום, אלא פיצויים שמקורם במשפט המינהלי.** ישנו פס"ד של העליון שטוען כי אלו יהיו פיצויי הסתמכות (השופט אנגלרד), שהם נמוכים מפיצויי קיום, ועדיין, לא ברור מה שיעורם או מתי ישלמו. בדר"כ ניתן לראות שביהמ"ש נותן אומדן נמוך לפיצויים.

**דיני מכרזים במשפט המינהלי:**

**מהות המכרז:** חלק נכבד מהחוזים בישראל הם חוזים של המדינה, רשויות מקומיות, וגופים אחרים הכפופים לחובת המכרז (חברות ממשלתיות, תאגידים סטטוטוריים, מועצות דתיות, קופות חולים ומוסדות להשכלה גבוהה). אלו חוזים שלא חלים עליהם רק חוק החוזים וחוק התרופות, אלא גם חוקי החוזים המיוחדים במשפט המנהלי. מהו מכרז? באופן כללי**, מכרז הוא הליך מאורגן בעל אופי תחרותי לבחירת המתקשר**. בעצם המכרז **מחליף משא ומתן המתקיים במשפט הפרטי**, וזהו ייחודו. בעבר, חובת המכרז נקבעה בפסיקה, כחלק מהמשפט המינהלי המקובל. ברבות השנים הפסיקה הוחלפה בחקיקה, **בעיקר על ידי חוק חובת המכרזים**. למרות שההסדר המרכזי ביסודו נעשה מכוח חוק, חוקיו הם חוקים מאוד בסיסיים, ולכן **עיקרי הדינים קבועים בתקנות**, אף כי ראוי היה שהסדרים בסיסיים יהיו קבועים דווקא בחוק ולא בתקנות. החוק לא אומר יותר מדי. **בעצם חוק חובת המכרזים הוא חוק שנותן הסמכה להתקנת התקנות רבות לעניין זה.**

המטרות של \*חובת\* המכרז הן:

1. **שוויון וטוהר המידות:** מטרה זו היא הליבה של המשפט המינהלי. במילים אחרות, מאחר והתקשרות בחוזה היא מתן טובת הנאה, יש ליתן שוויון הזדמנויות לכל המבקש, ללא אפליה. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בחוזה בסדר גודל מדינתי, ולאור כך שהמדינה חייבת בחובת השוויון החוקתי והמינהלי. יחד עם השוויון בא ערך קרוב שלו, הוא ערך של טוהר המידות.
2. **בחירת ההצעה הטובה ביותר (לרבות שיקולים של עידוד נשים, העדפת תוצרת הארץ, העדפת אזורי עדיפות לאומית, מבחינה כלכלית).** ההנחה היא שבחירת ההצעה הטובה ביותר, אינה סוטרת את חובת השוויון וטוהר המידות, אלא צועדת איתן יד ביד. המכרז היא שיטה תחרותית, ולכן נקודת המוצא היא כי המשתתפים יציעו את ההצעות הכי טובות שהם יכולים להציע על מנת לזכות באותה טובת הנאה. עם זאת, ניתן לטעון כי אם השיטה המשתלמת ביותר הייתה מכרז, הרי שגם במשפט הפרטי בעלי יכולת היו מתקשרים אך ורק במכרז.

2 המטרות הללו הן ערכיות. **בדר"כ אין התנגשות בין המטרות, אולם ישנם מקרים נדירים בהם ההצעה הטובה ביותר תידחה מפני השוויון.** רוצה לומר, **אם קבלת ההצעה הטובה ביותר פוגעת בשוויון, אזי הרשות תעדיף את השוויון**. הרציונל הוא שהמדובר בהחלטה ערכית משום החובה המוטלת על המדינה להתייחס באופן שוויוני לאזרחים.

סוגי המכרזים:

1. **מכרז פומבי (רגיל. זה גם המכרז המועדף כברירת מחדל)-** הוא מכרז שבמסגרתו הרשות מפרסמת את תנאי סף להתמודדות במכרז; תנאי המכרז עצמו; התוכן המפורט של החוזה האחיד שזוכה במכרז צריך לחתום עליו (לא מתנהל מו"מ); השיקולים על פיהם הרשות תכריע במכרז, והמשקל היחסי של כל אחד מהם בהחלטה (לרוב על פי נקודות). בתוך כך, ראשית וועדת המכרזים של הרשות פוסלת את מי שלא עומד בתנאים, ולאחר מכן בהתאם לקריטריונים של המכרז היא בוחרת את ההצעה הזוכה. לצד זאת, ישנו הליך המאפשר זכות טיעון למי שהצעתו נפסלה. מכרז זה הוא המועדף. גוף ציבורי יעדיף לבצע התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל גם במקום שמותר לו לבצע התקשרויות שלא בדרך זאת.
2. **מכרז סגור** הוא מכרז דו-שלבי המתנהל כאשר רשות פועלת במסגרת תחום שיש בו הרבה עוסקים / תחום מורכב הדורש סודיות. בשלב הראשון הרשות עורכת מכרז לבחירת מספר תאגידים או אנשים נבחרים שיוכלו לגשת למכרז בתחומים מסויימים בבוא העת. בשלב השני, בבוא העת, הרשות מקיימת מכרז פומבי רגיל לחלק אקראי מאותו פאנל שנבחר במכרז הראשון. בכל מכרז יפנו לחלק אקראי אחר.
3. **מעין מכרז** הוא מכרז שיש בו אלמנט של מו"מ. בניגוד לשני סוגי המכרזים הראשונים, בהם ישנו איסור מוחלט לקיים מו"מ, ישנם מכרזים שהם כל כך מסובכים עד כי לא ניתן לקבוע מראש את תנאי החוזה, ולכן יש לנהל במסגרתם מו"מ מראש לגבי התנאים. לכן המכרז הוא מעין הזמנה להגיש הצעות, שכן המדינה לא יכולה לפנות למישהו ספציפי ולהגיד לו שהיא מעוניינת שהוא יעשה זאת. צריך לאפשר להגיש הצעות כמו במכרז אחר.

**בתקנות כתוב מתי מותר מכרז סגור ומתי מותר מעין מכרז, אך עדיין כתוב שגם במקרים אלו יש לתת העדפה למכרז פומבי, שהוא השוויוני ביותר ושומר על טוהר המידות.**

**הסמכה להתקין תקנות:** רוב דיני המכרזים קבועים בתקנות, כאשר הסמכות לכך מופיעה בחוק חובת המכרזים, ושם נאמר:

**פטור ממכרז, מכרז סגור ודרכי עריכת מכרז**

4.       (א)  שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יקבע בתקנות –

(1)   סכומים או סוגי עיסקאות ונהלים לסיווג עיסקאות, שלגביהם, על אף האמור בסעיף 2 –

(א)   לא תהיה חובה לערוך מכרז כלל;

(ב)   לא תהיה חובה לערוך מכרז פומבי אלא מכרז סגור ותנאיו של מכרז כזה;

(2)   סוגי עיסקאות שבהן תהיה ההשתתפות במכרז מותנית בתנאים שייקבעו;

(3)   סוגי עיסקאות שבהן ניתן לנהל משא ומתן עם המציעים שהצעותיהם נמצאו מתאימות, וכללים לניהול המשא ומתן;

(4)   צורת המכרזים ודרכי הזמנתן וקבלתן של הצעות מחירים, ואופן פרסומם של המכרזים ברבים;

(5)   אופן הרכבתן ואיושן של ועדות מכרזים, ואמות המידה לבחירת ההצעות המתאימות;

(6)   הוראות מיוחדות ותנאים מיוחדים למכרזים לסוגיהם השונים של המוסדות והתאגידים שחוק זה חל עליהם;

(7)   **כל ענין אחר הנראה לו דרוש לשם ניהול תקין והוגן של עיסקאות ובמטרה להבטיח את קבלת ההצעות שיעניקו את מרב היתרונות למי שערך את המכרז.**

**(תיקון מס' 3)  תשנ"ג-1993**

           (ב)  בתקנות לפי סעיף זה ייקבעו, בין היתר, פטורים מחובת מכרז להתקשרות הנדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש ולהתקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז, ותנאים למתן פטורים כאמור.

אם כן, תקנות ניתן לקבוע בדרך כלל לסוגי עסקאות או לסוגי הגופים המתקשרים, והן יחולו ככל שאינן סותרות התחייבות של המדינה באמנה בינלאומית. עוד, נראה כי החוק מכשיר קביעת תקנות לא רק בעניינים טכניים, אלא אף בעניינים עקרוניים. לצד זאת, **החוק מתיר לקבוע בתקנות פטור ממכרז**. ואכן, ישנן מאות תקנות פטור, שנראה שהותקנו לצורך עסקאות ספציפיות, ולצידן קטגוריות פטור כלליות, הכוללות בין היתר:

* פטור ממכרז בהתקשרויות ששווין אינו עולה על 50,000 ₪; ואולם בכל תקופה רצופה של 12 חודשים לא יתקשר המשרד עם מתקשר מסוים בלא מכרז לפי פסקה זו בהתקשרות בסכום כולל העולה על 100,000 ₪.
* פטור ממכרז בהתקשרות הנדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש, אשר יש להחיל בביצועה בתוך שני ימי עבודה או פחות, בהיקף ולתקופה המזעריים הנדרשים בנסיבות כאמור.
* פטור ממכרז בהתקשרות בעסקה אשר עריכת מכרז לגביה עלולה לפגוע פגיעה מהותית בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בכלכלתה, בביטחון הציבור, או בסוד מסחרי או מקצועי של המשרד.
* פטור ממכרז בהתקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז.
* פטור ממכרז בהתקשרות עם ספק יחיד, קרי מי שלפי זכויות מכוח דין או בהתאם למצב הדברים בפועל הוא היחיד המסוגל לבצע את נושא ההתקשרות, למשל במצב של זכויות יוצרים.

**מהם שלבי המכרז?**

1. קביעת תנאים למכרז, כולל תנאי סף- מי רשאי לגשת, הכשרה נדרשת, וותק נדרש וכו'.
2. פרסום וקבלת הצעות.
3. בדיקת עמידה בתנאי סף.
4. שיקולים בהכרעה במכרז:

יש 2 אופציות:

* *א.* ***"ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה או היקרה ביותר*** *(תלוי אם הרשות קונה או מוכרת), לפי העניין, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו ולאחר שנתנה לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, הזדמנות להביא טענותיו בפניה".*
* *ב.* ***"נכללו במסמכי המכרז פרטים לעניין אמות המידה שלפיהם תיבחר ההצעה הזוכה, תבחר ועדת המכרזים את ההצעה המעניקה את מרב היתרונות*** *לעורך המכרז בהתאם לאמות המידה כאמור (וותק, ניסיון וכו'), זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שירשמו".* במילים אחרות, הועדה יכולה לכלול גם אמות מידה נוספות **בתנאי שהיא מפרסמת את אותן אמות מידה נוספות בתנאי המכרז**. בתוך כך, *ועדת המכרזים תכלול במסמכי המכרז את* ***פירוט כל אמות המידה****, מבחני המשנה,* ***את המשקל היחסי*** *שיינתן לכל אמת מידה שלפיו תיבחר ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז ואופן שקלולם. אמות המידה לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז הן אלה, כולן או חלקן:*
* *המחיר המוצע או המבוקש לפי העניין (מכירה או קנייה);*
* *איכות הטובין או המקרקעין, העבודה או השירות המוצעים, או נתונים מיוחדים שלהם, והתאמתם לעורך המכרז; (למשל יכולים להחליט שלכך יינתן משקל של 30%).*
* *אמינותו של המציע, כישוריו, ניסיונו, מומחיותו ותחומי התמחותו;*
* *המלצות אודות המציע, אם נדרשו לפי תנאי המכרז, ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות;*
* *דרישות מיוחדות של עורך המכרז* (בתנאי שמפרסם אותן לפני כאמור לעיל)*;*
* *התנהלותו של המציע בנוגע לשמירת זכויות העובדים.*

העשרה: מכרז הוא בעת ובעונה אחת 2 דברים שונים: 1. ניתן לראות הצעה למכרז כהצעה למשא ומתן. 2. ויש שרואים במכרז הצעה לחוזה והקיבול נעשה על ידי הצדדים. מי שהגיש את ההצעה הטובה ביותר בעצם מבצע את הקיבול ויש מחויבות חוזית להתקשר איתו.

**רגולציה:**

להשלים מחברה על ס' 2 לחוק עקרונות האסדרה.

הרגולציה ואסדרה הוא נושא מרכזי במנהל הציבורי של ימינו, זה נושא שמתפשט ומתקדם.

**הכנסת לפני כמה חודשים חוקקה חוק- חוק עקרונות האסדרה. שזה חוק חריג בנוף המשפט המנהלי, וזהו חוק שאמור להסדיר את עקרונות הרגולציה וסמכויותיה.** אז לכאורה זו בשורה שנה הכנסת הוסיפה חקיקה למשפט המנהלי שזה כבר חידוש. סוף סוף המחוקק מכניס חוק של המשפט המנהלי על נושא עכשווי.
אבל החקיקה הזאת מאכזבת בעיקרה, במובן הזה שהיא מאוד מפרטת, ואם האסדרה עצמה יוצרת סרבול ועלויות, אז חוק של רגולציה שהוא מאוד מסובך, מקשה מאוד. **הבעיה העיקרית היא שאין בחוק התאמה של המשפט המנהלי הכללי, נושא שמדבר עליו רויטמן לסמכויות רגולציה, החוק הזה בעיקרו עוסק בקביעת מנגנונים שונים מתוך מטרה לייצר רגולציה יותר איכותית.** אך אין ניסיון בחוק להתאים את המשפט המנהלי הכללי לרגולציה- אין התאמה לשיקול הדעת וכו לרגולציה. החוק רק מייצר אסדרה לאסדרה**. החוק נתפס כמסורבל ומוסיף על הרשויות הרגולטוריות עוד בלגאן.** הבעיה שהחוק הזה מטיל נטל נוסף לרשויות הרגולטוריות ולכן בהמשך השנים נצטרך לבדוק אם מטרות החוק באמת הושגו.

מהי רגולציה?

**בס' ההגדרות הרגולציה הוגדרה כ"הוראה שקובעת כלל התנהגות כללי, שנקבעה לשם אסדרה פעילות כלכלית או חברתית, ניתנת לאכיפה פלילית או מנהלית, ונקבעה או בחיקוק או בהנחיה מנהלית, וחריגים שונים".** המשמעות של חריגים היא שסמכויות אסדרה חלות רק על גופים פרטיים ולא ציבוריים, אסדרה גם אם היא אסדרה במהותה וגם אם חלים עליה כללים שונים של המשפט המנהלי, היא על גורם שהוא בעצמו בעל אופי ציבורי ולא חלק מהשוק הפרטי, אז החוק הזה לאו דווקא כל דיני הרגולציה של המשפט המנהלי לא יחולו. חוק עקרונות האסדרה לא יחולו. ולכן גוף שנמנה עם המגזר הציבורי הרחב, החוק הזה איננו חל עליו, בעצם כולל גם משרדי משמלה וגם גופים דו מהותיים שהם חלק מהמנהל הציבורי להבדיל מגופים פרטיים.

**מה זה רגולציה/אסדרה? רגולציה הוא פיקוח שלטוני על פעילות פרטית**. ובאמת החוק מצמצם את עצמו לפעילות פרטית, למרות שבאמת יכולה להיות, גם אם החוק לא חל עליה, יכולה להיות רגולציה גם וכאשר מדובר בפעילות של רשות שלטונית אחת על אחרת. הדוגמא הקלאסית הוא פיקוח של שלטון המרכזי על המקומי, או פיקוח של משרד האוצר על שאר משרדי הממשלה (החשב הכללי שבא לפקח על ההיבט התקציבי). זוהי רגולציה על השלטון גם אם חוק עקרונות האסדרה לא עוסק בפן הזה של הרגולציה. **לכן לעיתים מדובר בפיקוח על פעילות שלטונית.**

**"המדינה הרגולטורית-** המדינה הפחיתה את מידת מעורבותה בהספקה ישירה של מצרכים ושירותים לאזרח, והרחיבה את מעורבותה העקיפה באמצעות הסדרה של פעילות פרטית, קרי פיקוח על פעילות פרטית בעזרת רגולציה.

התפתחות ענף הרגולציה

ענף הרגולציה שהולך ומתפתח במשפט המנהלי, קם על רקע התפתחות חברתית ולא ממשלתית- התפתחות של מדיניות שהשלטון עושה פחות ופחות, והוא יותר מפקח באמצעות אסדרה על פעילות של גופים פרטיים. המינהל לא בעצמו עושה את הדברים, כמובן שיש עדיין דברים שהשלטון עושה בעצמו כמו בכל הקשור להפעלת כח של משטרה וצבא, פעולה קלאסית שלטונית של השלטון. באופן כללי **המגמה המודרנית כבר בהרבה מאוד שנים, היא שהשלטון פחות בעצמו מספק את השירותים ויותר מפקח, מסדיר ומאסדר.**

**זה נובע מתוך תפיסה ליברלית-ליברטינית לפיה השוק החופשי מיטיב עם המדינה מבחינת היעילות, כלומר כל תפקיד השלטון שהיה בעבר של אספקת השירותים והמצרכים עובר לשוק החופשי, וכעת תפקיד השלטון עובר לפיקוח- יש צורך בפיקוח בשל כשלי שוק, אינטרסים של גורמים פרטיים המזיקים לשוק ולא עולים בקנה אחד עם הצורך הציבורי, קידום מטרות חברתיות שונות שהגורמים הפרטיים מתקשים לקדם על דעת עצמם.** הרגולציה נובעת מתהליך ההפרטה, ככל שמפריטים, השלטון מחליף את תפקידו לפיקוח, מתפקיד של לעשות בעצמו לפיקוח על אחרים.

יש תחומים שמאז ומתמיד היו במגזר הפרטי, ובתהליך הרגולציה, עשוי להיות שהמדינה מתחילה לפקח. הם אף פעם לא נחשבו בתחום של רשות שלטונית, שכן הם נחשבו בתחום האוטונומיה של הפרט, אך עם השנים הוכללו בתחום מעורבותה של המדינה. וזאת מתוך מודעות שפעילות שהיא אולי פרטית יש לה משמעויות ציבורית המצדיקות התערבות של השלטון.

רגולטור עצמאי ושילוב סמכויות

בעקרון רגולציה יכולה להיעשות והרבה פעמים נעשית על ידי משרדי הממשלה הרגילים שבראשם עומד שר\ה וההנהלה הרגילה של המשרד. אבל לצד זאת יש הרבה מאוד רגולציה, ואף רשויות הרגולציה היותר מרכזיות ומשמעותיות הן כאלו הפועלות במודל של **גוף רגולציה עצמאי, אינו כחלק מהמבנה של מנהל והיררכיה רגילה של משרד ממשלתי מסוים, אלא גופים מקצועיים שבדרך כלל קשורים ויש להם זיקה למשרד ממשלתי כזה או אחר. הרעיון הוא שגופים מהסוג הזה הם בעלי ניסיון ידע, מקצועיות, משוחררים משיקולים פוליטיים.** לרגולטור שראשו הוא שר בממשלה יש שיקולים פוליטיים רגילים ומתבקשים. מאחר שגופים עצמאיים הם עובדים לטווח ארוך, **הם יציבים, וזאת משום שלא מתחלפת ההנהלה הראשית.**

מה שמאפיין גופים אלה במיוחד בנושאי הרגולציה המרכזיים, הוא **שילוב הסמכויות**. שילוב סמכויות נדיר מאוד ולא נמצא במנהל הציבורי. **לרגולטורים אלה, העצמאיים המקצועיים, יש גם סמכויות חקיקה, תקנות הדורשות אישור שר, ואף סמכות להוציא הנחיות מנהליות. ובנוסף הן גם רשויות מפקחות, חוקרות- לפעמים על הרצף הפלילי, אוכפות, ורבות מהן עוסקות גם בשפיטה- בתחום הרגולטור.**

**זוהי תופעה שהיא יחסית נדירה בגופים לא רגולטוריים, שהיא שילוב של כל סמכויות אלה**- חקיקה, אכיפה, שפיטה. זה מעורר בעיות לא פשוטות אפילו במישור החוקתי.

סוגי הרגולציה

יש מספר סוגים של רגולציה:

1. ציווי ושליטה- הסוג הקלאסי, לפיו הרגולטור מוציא הוראות מחייבות, נהלים מחייבים לגופים שהוא מפקח עליהם, על השוק שהוא מפקח עליו. והוא גם אוכף את ההוראות בדרכים שונות.
2. רגולציה רכה- באמצעות יצירת תמריצים. הרגולטור לא נותן הוראות משפטיות מחייבות עם איזה עונש, אלא הוא יוצר תמריצים לרוב כלכליים לפעול צורה מסוימת.
3. רגולציה של שקיפות- מחייבים גורמים מפוקחים להיות שקופים לפי כללים שהמאסדר קובע.
4. הסכמים רגולטוריים- נראה כמו חוזה, אך בפועל מתקיים משא ומתן בין הרגולטור לבין הגורם המפוקח, חותמים על איזשהו סוג של חוזה, אבל הוא עוסק באסדרה, קביעת כללים לגורמים המפוקחים. זה סוג שהולך ומתפתח. למשל דיברנו על הסכם הגז שיכל להיות הסכם קלאסי רגולטורי, שבמהותו קובע כללים שהמפוקחים חייבים לעמוד בהם.

ביקורת

**רובנו שומעים שלרגולציה יש עלויות: יש גם עלויות להפעלת הרגולטור עצמו, אבל גם יוצרת עלויות לגורמים המפוקחים שבסוף מגולגלים למשק.** למשל רגולטור המכונה מכון התקנים. הוא מוסמך להרבה מאוד מוצרים מסוגים שונים על מנת למכור ולשווק אותם בארץ על פי תקן מחייב. המשמעות של תקן מחייב שגורם לא יכול לייבא בלעדיו. לכן הפיקוח עלול לדרוש דרישות שעולות כסף, מכבידים על יצרנים שלא רוצים להפסיד כסף ובמקום מגלגלים העלויות לצרכן. אז רגולציה גם מבחינת ההוצאות על עצמה והמשק, יכולות להיות לה ויש לה עלויות. **הרגולציה עצמה היא לטובת הציבור אך יש לה גם עלויות.**

**והרגולציה הזאת יכולה להיות גם על עסקים קטנים וגם על גדולים, שהנטל על עסקים קטנים עלול להיות כבד הרבה יותר.** **מדובר על עול בעייתי הפוגע בתחרות, חופש העיסוק וכן הלאה.**

רגולציה וביקורת שיפוטית:

**הפרקטיקה: כיום יש ביקורת שיפוטית רגילה. יש 2 גישות לגבי זה:**

גישת ד"ר יובל רויטמן (מאמר): ביקורת שיפוטית מתמרצת: מאחר שמטרת הרגולציה היא גם ככה להבטיח את זכויות הפרט את מול תאגידים רבי עוצמה, על הביקורת השיפוטית לתמרץ את הפעלת הכוח השלטוני ולא לרסנו. כלומר, יש לדעתו צורך בתמרוץ הרגולציה ולא הגבלתה, כי הרגולטור הוא שותף של בית המשפט לזכויות הפרט.

גישה אחרת: בנדור לא כל כך מסכים עם הגישה של רויטמן. לנוכח איחוד הסמכויות אצל רשויות רגולטוריות והיותן בלתי נבחרות ובהתחשב בעלויות האסדרה שמשלם הציבור, יש צורך בביקורת שיפוטית קפדנית יותר מהרגילה, על בסיס סטנדרטיים קפדניים יותר. הרשות היחידה שעוסקת ברגולציה עצמה ואינה הרגולטור עצמו, היא ביהמ"ש. זאת מכיוון שכל הסמכויות כבר אצל הרשות הרגולטורית, ואין איזונים ובלמים. ביהמ"ש מפקח על כך שהשלטון יפעיל את סמכויותיו באופן תקין. הסמכות השלטונית היחידה שנשארת לא אצל הרגולטור היא סמכות בג"צ וכל האיזונים והבלמים בין הרשויות לא מתקיימים ברגולציה, אלא שם יש רשות אחת שמחזיקה בכל הסמכויות- ביצוע, חקיקה, שפיטה.

הרבה פעמים בית המשפט מתעלם מכך שהביקורת השיפוטית מגיעה אליו, ולפעמים בית המשפט מתייחס לכך כהחלטה מנהלית, מקצועית ורגילה, יש בכך קושי. והביקורת השיפוטית לא צריכה להיות יותר מתמרצת, אלא דווקא מדיניות הפוכה.

ד"ר רויטמן מדגים את התזה העקרונית שלו בכל מיני נושאים במשפט מנהלי:

1. עקרון החוקיות החדש:

**בנסיבות בהן הרשות הרגולטורית פועלת לקידום אינטרס ציבורי לגיטימי, יש לפרש בהרחבה את החקיקה המסמיכה אותה ככל שהדבר נדרש לטובת פיקוח יעיל.**

**יש לפרש הוראת חוק שמקנה סמכות לרשות מאסדרת כמקנה לה גם סמכות משתמעת לקיים גם פיקוח לאותה הסמכות.**

הוא מסתמך על הגישה ההקשרית ברוח פס"ד **המפקד הלאומי:**

פסק הדין דיבר על עקרון החוקיות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, פגיעה של זכות צריכה להיקבע בחוק או מכוח חוק, בית המשפט אמר עד כמה צריכה להיות הסמכה מפורשת בחוק. **אם הסמכות פוגעת פגיעה קשה בזכות חשובה, חשוב שיהיה חוק מאוד מפורט, לעומת זאת, גם אם יש פגיעה כלשהי בזכות והפגיעה לא חמורה אז יקלו ויאמרו שהסמכות לפגוע בזכות קבועה בחוק.**

**רויטמן אומר שיש להבחין בין נסיבות שבהן האכיפה של הרגולטור נעשית מול הפרט לבין נסיבות בהן מדובר באכיפה של נורמות רגולטוריות כלפי תאגיד רב עוצמה בהן יש לפרש בהרחבה (כפי שאמרו במפקד הלאומי).**

**הוא כותב שהשפעתם של גופים עסקיים פרטיים בעלי עוצמה רבה על הליכי החקיקה צריכה להוות אף היא שיקול בעד פרשנות מרחיבה של הסמכות**. זאת, על בסיס התפיסה כי בנסיבות שבהן קשה לצפות לשינוי של ההסדר החקיקתי, יש לפרש את הסמכות המסורה לרשות המנהלית בצורה מרחיבה.

ביקורת על גישת רויטמן:

1. יש חשיבות לעקרון החוקיות במדינה דמוקרטית.
2. חוקיות נדרשת במיוחד למניעת פגיעה בזכויות. גם לתאגידים יש זכויות ולא רק לבני אדם.
3. קושי בעקיפת הרשויות הנבחרות: פרשנות מרחיבה לאו דווקא תהיה בהתאם לתכלית של החקיקה.
4. הלכת מיכלין- דין רצוי בתחום הרגולציה

למדנו על הלכת **מיכלין:** אסור לרשות מוסמכת לקבל הוראות מרשות אחרת, גם אם הרשות האחרת במעמד גבוה יותר בהיררכיה. עליה לפעול בשק"ד עצמאי. במהלך השנים ההלכה התגמשה. רויטמן מביע ביקורת ואומר **שלדעתו הדין הרצוי הוא לחזור להלכת מיכלין.** הרשות לא צריכה להתחשב בדעת השר או הממשלה. צריך להקפיד על כך שהרגולטור לא יכול או צריך לקחת בחשבון מדיניות של רשויות שפורמאלית נמצאות מעליו. **בדרך כלל רשויות מאסדרות הן תחת משרד ממשלתי, עם עצמאות מסוימת. ולכן אסור להן לקחת בחשבון את מדיניות השר והממשלה, וצריך להחזיר את מיכלין ולתת לה את כל הכבוד.**

**בנדור מוצא בכך קושי דמוקרטי (הביקורת על רויטמן). בעיה מבחינה דמוקרטית להדיר את הרשויות הנבחרות, ולתת לרשויות שנמצאות מטה יותר בהיררכיה להפעיל שיקול דעת על דעת עצמן.** גם אם מיכלין עומדת, עדיין מדיניות בית המשפט היא לצמצם את השפעתם הנובעת משיקולים דמוקרטיים, מהחשש להדיר את הרשויות הנבחרות מקבלת החלטות של מדיניות. לדעת בנדור זה חל גם בענייני הרגולציה. לדעת בנדור הגישה לא צריכה להיות גורפת. לרגולטורים יש גם סמכויות אכיפה ושפיטה, בעניינים שנוגעים ישירות לאכיפת החוק, אז כאן ברור שרשויות פוליטיות לא יכולות להתערב. אך רגולטורים עושים דברים אחרים מעבר להעמדה לדין, והביקורת שיש על הלכת מיכלין והשפעתה מבלי לבטל את ההלכה גם על פסיקות בית המשפט, במקרים רבים מתאימה וראויה גם בקשר לסמכות אסדרה.

1. תשתית עובדתית:

ככלל, ובוודאי בסמכויות שפוגעות בזכויות כדוגמת חופש העיסוק, הרשות צריכה להתבסס על תשתית עובדתית נאותה, ברורה, חד משמעית ומשכנעת לפני שתקבל החלטה. זה ימנע השפעה של בעלי עניין כי הרשות תצטרך לנמק את החלטתה על עובדות.

**לדעת רויטמן, יש לגלות גמישות: "דרישה מכבידה לגיבוש תשתית עובדתית מקיפה עלולה בנסיבות מסוימות להטות את הכף לטובת זכויות ואינטרסים של גופים מפוקחים על חשבון האינטרסים של הציבור הרחב;** היא עלולה להקשות על גוף הרגולציה להתמודד עם שינויים תכופים בדרך הפעולה של הגופים המפוקחים ובתמורות המתרחשות במציאות החברתית והכלכלית;"

הדרישה נשענת על הנחות יסוד, שאינן מבוססות בהכרח בדבר יכולתו העדיפה של גוף הרגולציה ... בכל הנוגע באפשרוות הגישה למידע; ובנסיבות רבות היא מבטאת העדפה, בלתי מוצדקת בהכרח לסטטוס קוו.

נימוקים:

1. מרדף
2. פערי מידע
3. מתן אפשרות לנסיינות ("פיילוט) רגולטורית
4. זהירות מונעת

הסבר: הוא אומר שהתפתחויות כל כך מהירות, שהגרומים המפוקחים ישנו את דרכם, **יש להם יותר מידע מהרגולטור** ולכן הוא יתקשה לעמוד בדרישה של תשתית עובדתית רצינית כשהמידע איננו אצלו. ולכן רויטמן תומך בין היתר **בפיילוט רגולטורי-** כלומר אין לו מידע מוכח מה בדיוק צפויה להיות התוצאה של אמצעי פיקוח כזה או אחר, אין תשתית עובדתית מספקת, ולכן הוא צריך לעשות ניסוי- להפעיל את אמצעי הפיקוח לתקופה מסוימת ותראה מה התוצאה. לרשות רגילה לא נאפשר לעשות ניסיונות, אך לרגולטור שפועל לטובת האזרח כן נאפשר. לרגולטור אין את המידע המוכח, הוא נמצא אצל הגופים הקטנים. כמובן כשיש סכנה רצינית כמו רגולטור העוסק בבטיחות או בבריאות, אז צריך להיזהר **זהירות מונעת** גם אם אין את המידע.

ביקורת: כנגד זה **יש קושי בפעילות שלטונית ללא תשתית עובדתית הולמת, וכל שכן פעילות הפוגעת בזכויות. לרגולטורים ככלל יש סמכויות אכיפה אם לא מצייתים להם- בין קנסות לחקירות בעלות אופי פלילי.** ולמרות השיקולים של רויטמן **יש קושי בכך שהרגולטור יפעל בלי תשתית עובדתית, בלי מידע ורק על סמך השערות אינטואיטיביות.**

אפשר להבין את הטענות של רויטמן אך **בנדור טוען שהן בעייתיות**. גם אם יש מקום להתאמת כללי המשפט המנהלי לצרכים של רגולציה, זה לא בהכרח ההתאמות שעליהן מדבר רויטמן.

לדוגמא: בדרך כלל הביקורת השיפוטית על סמכויות רגילות היא ביקורת שיפוטית המבוססת על תשתית עובדתית כפי שהיא נקבעה על ידי הגוף השלטוני, תוך מתן שיקול דעת רחב. ביקורת שיפוטית היא לא ערעור, אלא רק בוחנת את מתחם הסבירות והחוקיות. דווקא כאשר מדובר ברגולטור, שיש לו עוצמה רבה, ובמיוחד שהוא מפעיל סמכויות אכיפה וענישה למיניהן, אז הביקורת השיפוטית צריכה להיות, לפי בנדור, כערעור. למשל בהחלטת היועמ"ש בהעמדה לדין נותנים מרחב סבירות מאוד רחב, אבל במשפט פלילי אין מרחב סבירות- מעל לכל ספק סביר. לגבי רגולטור שיכולים להעניש ולהטיל קנסות חמורות, בית המשפט רגיל לבחון את מתחם הסבירות הרחב, שהוא גם לא רק נושא שיורי אלא גם בכלל כללי הצדק הטבעי בהיבטים אחרים. לפחות לגבי ביקורת שיפוטית בעצם בסנקציות מנהליות המוטלות על רגולטור, ראוי בשונה מהפסיקה, שבית המשפט יבחן בכלים של ערעור ולא רק בכלים הרגילים של הביקורת השיפוטית ומתחם הסבירות. ולכן אולי מתאימה ביקורת שיפוטית יותר עמוקה דווקא בגלל הפגיעה של הרגלטור והשיקולים שציינו.

**פס"ד זליגמן (אוהב אותו)- הנסגת דעת בפירוש נהלים של מאסדרים:**

זה פס"ד חשוב מאוד במיוחד לעניין השלכות הרוחב שלו. זה נושא מרכזי שהתגלגל לדיון בהליך אזרחי (ולא מנהלי). הנושא הספציפי שבמסגרתו **בית המשפט היה צריך לדון בדיון העקרוני- איזה סוגי ביטוח רשאים מבטחים לגבות תשלום נוסף בשל פריסת הפרמיה לתשלומים**. השאלה האם חברת הביטוח יכולה לגבות תשלום נוסף כשהיא פורסת לתשלומים. **הרגולטור הוציא הנחיה מתי מותר ומתי לא.**

**בנושא מסוים גברת זליגמן, כתובעת ייצוגית טענה שהמשיבה גבתה ממנה ומאנשים אחרים תשלום נוסף, שהוא בניגוד לחוזר ההנחיות של המפקח על הביטוח. חברת הביטוח טענה שלפי החוזר הרלוונטי של המפקח היה מותר לה לגבות.** ומנגד גברת זליגמן טענה שלפי הפירוש הנכון של חוזר המפקח על הביטוח, שהמעמד הנחיה מנהלית, שאסור לגבות. **ביקשו את הפירוש של המפקח על הביטוח, והוא טען שלפי הפרשנות שלו, חברת הביטוח צודקת.**

בית המשפט המחוזי שדן בתביעה הייצוגית קבע שזה לא פירוש הגיוני, ומי שהסמכות לפרש חוקים, תקנות וחוזרים, כאשר יש מחלוקת, זה בית המשפט. שהוא לוקח בחשבון כמובן את המומחיות והניסיון הרלוונטי של המפקח על הביטוח, אבל בסופו של דבר הפירוש של המפקח הוא לא נכון ולא מקובל. וברגע שהמפקח מוציא הנחיות מנהליות זה בסמכות הפרשנות של בית המשפט. זה הגיע לביהמ"ש העליון.

בהרכב של שלושה, פה אחד החליטו שצריך לאמץ את הפירוש של המפקח, לא משום שבית המשפט חושב שזה נכון, אלא משום שכל עוד הפירוש הוא אפשרי, גם אם לפי בית המשפט זה לא הפירוש הנכון, כל עוד זה במתחם הסבירות, הפירוש הנכון הוא של המפקח. למרות שפס"ד של העליון ברשות הערעור האזרחי היה בפה אחד, **אישרו דיון נוסף. כי לנושא הזה יש השלכות רוחב, שכן רגולטורים מוציאים הרבה מאוד הנחיות והשאלה היא מי הפרשן-** כלומר האם תפקיד ביהמ"ש רק לבדוק שהפירוש עומד בתנאים הרגילים או שעל ביהמ"ש לפרש בעצמו תוך נתינת משקל לפירוש האחר.

ביהמ"ש בדיון נוסף

**ברוב דעות, הפסיקה התהפכה. ביהמ"ש קבע שכפי שבית המשפט הוא הפרשן המוסמך של חוקי יסוד, חוקים ותקנות, לא רק בודק האם הפרשנות במתחם סבירות אלא בית המשפט הוא המפרש, כך הוא זה שיפרש חוזרים והנחיות של רגולטורים שמתעוררים בהליך אזרחי.** התהפכה התוצאה וקבעו **שאומנם כמו כל פרשנות של רשות מנהלית המומחית ומנוסה בתחום מסוים, בית המשפט ייתן לה משקל מיוחד בכלל הניסיון שלה, אבל בסופו של דבר ביהמ"ש מפרש ולא רק אומר שהפרשנות היא במתחם הסבירות,** אז אין מקום לחרוג כאשר מדובר בפרשנות של רגולטורים.

נימוקי דעת הרוב (וחלקם של בנדור):

1. עקרון הפרדת הרשויות- תפקיד ליבה בהפרדת הרשויות של בית המשפט הוא פרשנות. כשיש מחלוקת, בהפרדת הרשויות, תפקיד ליבה שבית המשפט יפרש ולא רשות מבצעת. בית המשפט מאז ומתמיד נותן משקל מוגבר לפירוש של רשות שיש לה מומחיות בתחום, אך התפקיד לפרש הוא של בית המשפט ולא רק לבחון את שיקול הדעת לפי הביקורת השיפוטית.
2. שיטת הפרשנות- יש שיטת פרשנות שבית המשפט אימץ כבר משנות ה60- פרשנות תכליתית. הרגולטור לא בהכרח משפטן, ולכן פתאום חוזרים אל הרגולטור שלו יש שיטת פרשנות אחרת, חלק מהחשיבות בפרשנות של בית המשפט זה המתודולוגיה שלו ושמירה עליה, שהרגולטור לא מחייב שיפרש בשיטה המקובלת.
3. הרשות הפרשנית המוסמכת- אומרים שצריך ללכת לפי הפירוש של הרגולטור עצמו, אך מי זה? האם זה מי שעומד בראש, שהוא בדרך כלל לא למד משפטים בכלל? האם היועץ המשפטי? כנראה מדובר על יועץ המשפטי, ואז שנגיד שיועץ משפטי יעמוד מעל בית המשפט בפרשנות- זה מעורר קושי.
4. פרשנות עלולה להינתן לצורך ההליך המסוים- בפרשנות של הרגולטור, הוא יודעל מה שואלים אותו. לא שואלים אותו בצורה מעורפלת מה הפרשנות, שכן הוא ישאל למה אתם שואלים. הפרשנות עצמה תקבע את תוצאת ההליך, וזה בדיוק מה שקרה בזליגמן. הרגולטור ישאל באיזה עניין שואלים. הוא יפרש לפי מה שנוח לו ובעצם יקבע מראש את התוצאה. אם הפרשנות של הרגולטור נדחית, התביעה מתקבלת. אז מעשית כשהרגולטור מפרש הוא לא רק יושב כמו בית משפט בהכרעה בפרשנות, אלא יושב כמו בית משפט בהליך עצמו וקובע את התוצאה המעשית.
5. פרשנות עלולה להינתן בהליך בלתי שקוף, ללא מתן זכות טיעון לגורמים המושפעים ממנה- כשבית המשפט מפרש יש תהליך ברור, הוא שומע טענות לפה ולשם, ולפעמים שומעים את היועץ המשפטי לממשלה. הרגולטור לא שומע את העמדות השונות והוא לא עובד כמו בית משפט. הוא לא מקיים הליך כמו בית משפט, וזה מה שמכריע בתוצאת המשפט.
6. חוסר עקביות-אם הרגולטור יפרש, התוצאה עשויה להיות חסרת עקביות. כל אחד מפרש הנחיה אחת באופן אחר, ורגולטור אחר יפרש אחרת גם במתחם הסבירות. כשבית המשפט מפרש יש הליך מסודר והוא מתאם בין פרשנויות שונות. אילו כל רגולטור יפרש את ההנחיות בעצמו, זה עשוי להביא לשתי תוצאות שונות. יכולות להיות החלטות שונות שכל אחת מהן לגיטימית, אבל יהיו פירושים שונים ואף סותרים, שלכאורה סבירים בפני עצמם.
7. פרשנות קודמת- פרשנות המאסדר עלולה להיות מנוגדת לפרשנות קודמת של ביהמ"ש. ההליך על פרשנות המאסדר תהיה תובענה ייצוגית ואין נוהל מדויק לקבל את פרשנות המאסדר. יכול להיות מצב שבית המשפט פירש את הנוהל הזה, ויכול להיות שאותו נוהל התפרש על ידי בית משפט בצורה אחת, ועל ידי רגולטור בצורה אחרת. וכך ייווצר מצב שבהליכים פליליים תחול הפרשנות של בית המשפט ובאזרחיים תחול הפרשנות של הרגולטור.
8. עמימות- יש חשש לעידוד מאסדרים להוציא הנחיות עמומות בכוונה, כדי שיוכלו לפרש אותן אחר כך לפי מה שנוח להם. בחוקים אולי זה נכון שיהיה ממד של עמימות אך התפקיד של הנחיות רגולטורים זה להיות כמה שיותר ברורות, הכוונה היא לקבוע פרטים ברורים כדי להנחות את השוק וכדי שהשוק ידע איך לפעול. זה לא נכון לתמרץ רגולטורים לקבוע הנחיות עמומות כדי לקבוע פרשנות שראויה לו.
9. קושי כשלהנחיה יש השלכות רוחב, כולל בהיבטים חוקתיים.
10. איזונים ובלמים- לרגולטור יש סמכויות אכיפה, חקיקה וביצוע ועכשיו גם ניתן לו סמכות שפיטה
11. קושי כשהמאסר הוא צד להליך- הרגולטור הוא צד להליך, אז צד להליך הוא זה שיפרש את ההנחיה והפרשנות שלו היא הקובעת? ואז מה יהיה תפקיד ביהמ"ש אם הפירוש הוא של צד בהליך, והוא כפוף לפרשנות שלו?
12. קושי במקרים של תקיפה עקיפה- תקיפה עקיפה זה כאשר חוקיות החלטה לא נבחנת בהליך שפונים לבית המשפט כדי שייתן סעד להחלטה, אלא תוקף ההחלטה נדון כאשר מתבקש סעד אחר למשל במשפט פלילי או אזרחי, ואז צריך לדון בתקיפה של נורמה. פס"ד מרכזי לדוגמא- בנק המזרחי. תקיפה עקיפה הרגולטור בכלל לא צד, זה יכול להיות משפט אזרחי או פלילי שהנושא מתעורר, ובתקיפה עקיפה בית המשפט יכול לקבל פירוש מסוים לטובת העותר ובהליך אחר פרשנות אחרת וכן הלאה.
13. קושי במקרים של חוזים רגולטוריים- חוזה באופן פורמאלי בין הרגולטור למפוקח, אך המתכונת הוא חוזה בין שני צדדים. איך ניתן לצד אחד בחוזה את הפרשנות המחייבת? צד לחוזה קובע את הפרשנות ומחייב גם את בית המשפט? בעיה.
14. פוליטיזציה כשהרשות המאסדרת אינה עצמאית- יש סמכויות שנתונות לגופים פוליטיים- שרים או שהרגולטור כפוף לשר. מישהו באופן לגיטימי שעומד בראש הראשות זה השר, ואז אם יש השפעה של שר, האם השר יפרש ויכתיב את הפרשנות שלו לבית המשפט?
15. פגיעה במבנה היררכי- המבנה של מערכת המשפט הפנימית של הרשות המבצעת, הוא מבנה היררכי שבראשו עומד היועמ"ש והמשנים שלו. ובתוך הראשות המבצעת, כמובן שהראשות הספציפית מפרשת, אבל במחלוקת היועץ המשפטי לממשלה מחליט. ברגולציה, האם ניתן גם לראש, היועץ המשפטי לממשלה או לראש הרגולטור עצמו, את סמכות הפרשנות?
16. תיחום הליכים אזרחיים- מראש תיחמו את זה להליכים אזרחיים, אז האם אותה הנחיה תתפרש באופן שונה בהליכים פליליים ובהליכים מנהליים?
17. חזקת תקינות מוחלשת כשההנחיות אינן ברורות- יש מחלוקת אמיתית כשהנחיות לא ברורות, אז במיוחד במקרה כזה יש קושי לומר שאם ההנחיות לא ברורות אתה גם תפרש אותם. יש חזקה שהחלטה מנהלית תקינה והתובע יצטרך להראות אחרת, אבל השופטת ברק ארז אומרת כי חזקת התקינות לא נעלמת אלא מוחלשת כאשר יש מחלוקת ויש פנים לכאן ולכאן. אז דווקא כשהרגולטור לא התנהל כמו שצריך ונתן הנחיה לא ברורה, אז להניח שהוא הסמכות לפרש אותה? זה דבר בעייתי. .
18. "שבי רגולטורי"- שורה של בעיות המקשות על מתן משקל מכריע לפרשנות הרגולטור להבדיל מזה שבית המשפט שומע את הרגולטור ומחליט מה נכון בעיניו. שבי רגולטורי זה חשש מהשפעת יתר של הגורמים המפוקחים על הרגולטור, יש על זה הרבה מחקרים. יש סוגים שונים של בעיות שהשם הכללי הוא שבי רגולטורי. הבעיות:
19. חשש שפרשנות תושפע מאינטרס של שימור מוניטין- הפרשנות ניתנת בדיעבד ויש חשש שהרגולטור יושפע משיקולים של שימור המוניטין שלו. למשל בזליגמן יטענו על המפקח שאיפה הוא היה בפיקוח על גביית תשלום נוסף. ולכן יש לו אינטרס לומר שזה בסדר גמור שהם שילמו תשלום נוסף. בשלב שזה מגיע לבית משפט אם לא נקבל את פירוש הרגולטור יוצא לא רק שההנחיה לא ברורה, אלא שהוא גם לא פיקח, והתפקיד של הרגולטור זה למנוע מראש על הפרת הנהלים ולא יגיע בדיעבד לבית המשפט. זה מוציא אותו לא טוב.
20. תיעדוף יתר של יציבות הגופים המפוקחים- המפקח על הבנקים מבחינתו כרגולטור זה יהיה אסון אם בנק יהיה בקשיים, כמי ששיקול מרכזי שלו זה לא רק להגן על האזרח אלא גם למנוע פגיעה ביציבות של הגוף המפוקח, ולכן אם המסקנה של תובענה ייצוגית הוא תשלום פיצויים גבוה מאוד, אז אולי האינטרס שלו היא פרשנות לטובת הפיקוח, שכן אולי עוד פעם יצא שהוא כשל בתפקידו.
21. הגופים המפוקחים הם שחקנים מתוחכמים, בעלי ידע, המאורגנים כקבוצה בעלת כח, וזאת לעומת ציבור הצרכנים, שאינו מאורגן ובדר"כ סובל מפערי מידע.
22. **"**תופעת הדלת המסתובבת- נושאי משרה בכירים הפועלים ברשויות הרגולטוריות השונות מתמנים למשרות בגופים פרטיים שעליהם פיקחו בעבר, ולהפך – כאשר בכירים בגופים הפרטיים המפוקחים מתמנים למשרות בכירות ברשויות הרגולטוריות באותו שוק. החשש הנדון בהקשר זה הוא מפני הטבות שיינתנו לגופים המפוקחים, אם מתוך רצון של המאסדרים להתחבב על הגופים המפוקחים על-מנת לשמר הזדמנויות תעסוקתיות אצלם בעתיד ואם מתוך הזדהות של המאסדרים עם אותם גופים שבהם הועסקו בעבר.
23. החשש שלפיו מתן מעמד בכורה לעמדתו הפרשנית של המאסדר את הנחיותיו תתמרץ מאסדרים לנסח את הנחיותיהם באופן עמום, וזאת על-מנת להותיר לעצמם גמישות בפירוש הנחיות אלו במסגרת הליכים משפטיים הצפויים להתעורר בעתיד.

ובשורה התחתונה: מוסכם שגם אם הפירוש של המפקח ורגולטור אחר, הוא בלתי אפשרי ויש בו פגמים כמו החלטה מנהלית אחרת, אין תוקף להחלטה כזו. אך **מה קורה אם הפירוש שלו סביר ובמסגרת מתחם הסבירות, אך בית המשפט חושב אחרת? דעת הרוב קבעה כי אומנם יש לתת משקל לניסיון של הרגולטור כפי שנותנים לכל רשות מנהלית אחרת המפרשת נורמה שהיא מנוסה בהפעלתה, נותנים משקל מיוחד לפרשנות שמקובלת עליה אך לא מעבר לכך.** בסופו של דבר במסגרת מתחם הסבירות האפשרית אלא בית המשפט תפקידו לפרש.

דעת המיעוט- השופטת וילנר

בסופו של דבר ההבדל בין הרוב למיעוט הוא במישור העקרוני, כי כפי שוילנר אמרה כי ברוב המקרים הרוב והמיעוט יגיעו לאותה התוצאה, ורק במקרים חריגים יהיה הבדל, והמחלוקת שלהם היא יותר עקרונית שיכולות להיות לה גם השלכות להקשרים אחרים. האמת היא שהשופטת וילנר גם שינתה את עמדתה בין הדיונים. בעוד שפס"ד הראשון לא היה כל כך מסויג או רק באופן חלקי, ופס"ד בהליך הדיון הנוסף, שדעתה הפכה להיות דעת המיעוט, אך היא מאוד עידנה אותה כך שמבחינה מעשית כנראה לא היו הבדלים רבים בין דעת הרוב למיעוט.

השופטת וילנר אומרת שההקבלה שהרוב עושה בין פרשנות שרשות מינהלית תיתן לגבי החוק המסמיך אותה, לבין הפרשנות של המאסדר ביחס להנחיות שהוא הוציא, אינה במקומה כי זאת לא השאלה.

1. **ראשית המאסדר המפרש את ההנחיות שלו, נהנה מיתרון מובהק לצורך פרשנותן, כי הוא זה שיצר את הנורמה. רשות מנהלית לא קבעה את החוק המסמיך אותה.** וכך למשל התקנות, שהרבה פעמים לא מופעלות על ידי הרשות אלא על ידי רשות מוסמכת אחרת, ולא השר שהתקין.
2. נקודה שנייה שהשופטת וילנר מציינת היא שההלכה הכללית שחלה על משקל מיוחד שניתן לפרשנות של רשות מנהלית של החוק המסמיך, מבוססת על המומחיות והמקצועיות של הרשות מצד אחד, והסתמכות של הציבור ברשות הנוהגת מצד שני. היא אומרת ששני השיקולים האלה עשויים לחול במקרים טיפוסיים כאשר מדובר לא בפרשנות של חוק או תקנות, אלא בפרשנות של המאסדר, הרגולטור, של הנחיות שהוא בעצמו הוציא.

**רגולטור בהגדרה הוא מומחה בתחום שבו מדובר, וההנחיות שהוא מוציא, הן בעצם קובעות את ההתנהלות בתחום המסודר.** תקנות וחוקים לא בהכרח, אך הנחיות יש בסך הכל שחקנים ברורים- הגורמים המפוקחים שלהם יועצים משפטיים, והם עובדים באופן שוטף לפי ההנחיות האלה ולא פעם גם הציבור. **היא אומרת שפה יש ייחוד להנחיות של הרגולטור לעומת חוקים כלליים ולא הנחיות של רגולטור שהוא בעצמו מוציא אותן בהתאם למומחיותו.**

* **אבל במקרים שבהם הפרשנות של הרגולטור עוסקת במונחים כללים, ואיננה נובעת או קשורה במיוחד לא במומחיות או במקצועיות שלו, אז לא ניתן משקל מיוחד לפרשנות שלו. אותו דבר באותם במקרים, שבהם הפרשנות לא הובילה לנוהג ואינטרס של ההסתמכות.** לא מוכיחים שהפרשנות הזאת היא זו שנהגה במשך תקופה משמעותית והתסמכו עליה. **הפרשנות של הרגולטור ככלל תהיה מחייבת רק כאשר הייתה: א. מומחיות ב. הפרשנות הזו יצרה נוהג ןהסתמכות של המפוקחים/ הציבור בקשר להנחיות הספציפיות שבהן מדובר.** **ג. העמדה משקפת את כוונת יוצא הנורמה ; ד. העמדה אפשרית וסבירה (הגיונית ומתקבלת על הדעת, ולא במובנה של עילת הסביאות במשפט המינהלי ), ועולה בקנה אחד עם לשון הנורמה;**

כלומר כשלפני בית המשפט עומדת עמדה פרשנית המשקפת את עמדת יוצר הנורמה, כלומר שהרגולטור יצר את הנורמה, הוא יודע את כוונתו והוא מפרש אותה, גם פרשנות סבירה, הגיונית, שעולה בקנה אחד עם לשון הנורמה. היא גם תחום מקצועי בתחום המומחיות של הרגולטור, וגם פרשות יצרה נוהג ואינטרס הסתמכות בין בקרב הגורמים המפוקחים ובין בקרב הציבור, אז **כשמתקיימים כל התנאים האלה זו צריכה להיות ברירת המחדל של הפרשן המוסמך, דהיינו בית המשפט.** זה מתיישב עם ההיגיון הבריא והשכל הישר.

**אבל היא גם מוסיפה ומסייגת את עצמה, גם אם כל ארבעת התנאים מתקיימים עדיין זה לא כלל מוחלט ולכן במקרים שבהם הפרשנות של הרגולטור נובעת משיקולים זרים, או שהתקבלה תוך ניגוד עניינים, אז יהיה בכך כדי להציג סטייה מהעמדה הפרשנית, ובית המשפט יוכל לאמץ את הפרשנות הראויה בעיניו**. גם אם בית המשפט עשוי היה להגיע לפרשנות אחרת, ראוי שבית המשפט ייצמד לפרשנות של הרגולטור הבקיא והמוסמך בנושא.

היא מחדדת את פס"ד המקורי, כלומר מוסיפה כל מיני טענות:

היא מדברת על **חזקת התקינות**, ואין מקום להבחין בחזקת התקינות בין פרשנות מאסדרת וההנחיות שלו. זה בדיוק חלק מהתפקיד שלו, לא רק להוציא הנחיות אלא גם לפרש אותן, ולכן לצורך היישום אין הצדקה להבחין בין פרשנות נכונה וחוקית לבין כל מקרה אחר.

**היא אומרת שאתם שופטי הרוב מסתמכים על הטענות השונות של השבי הרגולטורי- הדלת המסתובבת, הרגולטורים מגיעים מעבודה אצל גורמים מפוקחים, או אחרי הם הולכים לעבוד אצל הגורמים. אבל אם באמת יש בעיה כזאת אז למה אתם מתייחסים אליה רק לגבי הפרשנות? אפשר את כל הסמכויות של הרגולטור לחשוד בהן ולא להחיל עליהן את חזקת התקינות, אלא את חזקת אי התקינות,** חזקה שהרגולטור פועל בצורה בלתי חוקית בכל דבר שהוא עושה. הוא עשוי לתקן תחילה תקנות שלא משקפות את האינטרס הציבורי, להכריע בסכסוכים המובאים בפניו, נחשוד ונצא מנקודת הנחה שהפסיקות שלהם אינן נכונות או ראויות. **אם ניקח את הטענות בדבר שבי רגולטורי ברצינות, אז לא תהיה חזקת תקינות, בכל דבר ועניין תהיה חזקה שהרגולטור פעל באופן בלתי חוקי, והוא זה שיצטרך לשכנע את בית המשפט שהוא פעל בצורה חוקית.** הנחה שהמאסדר פועל באופן לא תקין, לא רק שזה לא מתיישב עם חזקת התקינות אלא יוצר חזקה הפוכה של אי תקינות.

יחד עם זאת היא אומרת שאחרי הסייגים שהיא סייגה (שחלקם לא היו בפס"ד המקורי), שבצדק שבדרך כלל לא יהיה ביטוי ממשי, למרות שבמקרה הספציפי הזה כן היה ביטוי ששופטי הרוב סברו שלא הייתה פרשנות נכונה. ולכן היא אומרת שזה יותר עניין עקרוני, מה מעמדו של בית המשפט ומערכת היחסים בינו ובין רשויות השלטון האחרות. היא מדגישה כי התפיסה שלה מבוססת על ההכרה בתפקוד של שאר הרשויות. **העמדה הזאת, של השופטת וילנר לשיטתה מבוססת באמת על היתרון של הרשות המבצעת, הרגולטור בתחומים מקצועיים שהוא עוסק בהם. יתרון שגם נובע מההיכרות שלו עם השדה הפרקטי ואם הרגולטור בנושאים של רגולציה הוא המומחה, בית המשפט צריך להכיר בכך ואם אין סיבה מיוחדת לחרוג, בית המשפט צריך להמשיג את דעתו גם אם הוא חושב אחרת.** לכאורה זאת שאלה פרשנית אך היא קשורה למקצועיות בתחום, הבנת הפרקטיקה ומנהגים שהתפתחו, וכך גם אם בית המשפט חשוב אחרת, פה יש גורם שהוא יותר מומחה מבית המשפט.

**שוב, בסופו של דבר ההבדל בין דעת הרוב למיעוט הוא לא הבדל דרמטי, ובנדור חושב שגם בהיבטים רבים כלל שיש הבדל, גם אם השורה הסופית של דעת הרוב נכונה, הצדק הוא עם דעת המיעוט השופטת וילנר.** **שכן לדעתו, טענות השבי הרגולטורי הן טענות בעייתיות אם נכניס אותן לתוך כללים של המשפט המנהלי**. כי שבי רגולטורי זה לא בנסיבות קונקרטיות שמוכיחים שיקולים זרים וחשש לשיקולים זרים, אם אנחנו נאמר שכללי המשפט המנהלי מבוססים על חששות מסוג של שבי רגולטורי, **הדבר הזה אומר שמראש אנחנו חושדות ברשויות מנהליות, יוצרות חזקה שההחלטות שלהן לא אינן נכונות, אלא אפילו מושחתות.** תפיסה מהסוג הזו מביאה לכך שגם אם אין הוכחה קונקרטית, אנחנו חושדות ברשויות מנהליות והן צריכות להוכיח את חפותן, וזאת לא מפני שהצביעו חשש קונקרטי אלא סוג חששות כללים של שבי רגולטורי. אפילו מעבר למשפט המנהלי, זה הופך את הרעיון של המוציא מחברו עליו הראיה, כל מיני חזקות משמעותן שמי שצריך להוכיח משהו לכאורה אלא הוא לא צריך להוכיח.

**בסופו של דבר השיקול המרכזי הוא שהרשות הפרשנית המוסמכת היא בית המשפט. העברת תפקיד הפרשנות המחייב לרשות אחרת זו פגיעה בהפרדת הרשויות, לא משום שאנחנו מטילות ספק ברשויות שמא הן מפרשות על סמך שיקולים זרים, אלא משום שהתפקיד לפרש בהפרדת הרשויות הוא של בית המשפט**. **הרבה פעמים אנחנו נניח שלבית המשפט יש מומחיות יותר גדולה מהרשות בפרשנות, אבל האמת היא שהפרדת הרשויות לא מבוססת רק על מומחיות, הפרדת הרשויות יש גם אלמנט שהרשות המבצעת מומחית בביצוע, והשופטת בפרשנות, אבל הסיבה המרכזית היא הרצון למנוע ריכוז רב מידי של כוח**. ולכן גם בנסיבות שרשות אין לנו ספק במומחיות שלה. אנחנו לא אמורות לתת לה את כל הכוח אלא לפצל את הכוח מול רשויות שונות, וחלק מהפיצול הוא שהפרשנות תהיה לפי המאסדר. **זה חשוב אצל הרגולטורים כי אצלם יש כוח רב וייחודי, ככלל רק רגולטורים יש להם שילוב של סמכות חקיקה, חקירה, אכיפה, ביצוע, שיפוט וכו.** והרשות הנוספת היחידה שיכולה לקבל החלטות היא בית המשפט, אז את המינימום הזה, גם בהנחה שהרגולטור בתחום שלו הוא הפרשן הטוב ביותר, עצם חלוקת הסמכויות היא חשובה ובמיוחד לאור הריכוז הגדול של הסמכויות בשיש בידי הרגולטור.

**סיבה מרכזית נוספת שבגללה אין סיבה לחרוג מהכלל שהרשות הפרשנית העליונה היא בית המשפט ולא הרגולטור הוא דווקא משום שהרגולטור הוא לא רשות נבחרת.** זה לא קיים לגבי רגולטורים מקצועיים שיש להם כוח רב בתחום שלהם יותר מרשויות נבחרות, והן גם לא נבחרות. העובדה שהרגולטורים המרכזיים דוגמת המפקח על הביטוח, שהפרשנות שלו נדונה במקרה הזה, הם אינם גורמים נבחרים ובסוף להגיע לתוצאה על פיה, גוף אחד שאינו נבחר ויש לו גם את כל הסמכויות בתחום, חוץ מסמכות ביקורת שיפוטית. אז גם היא תפעל מתוך המשגת דעת? זה ריכוז רב מידי של כוח.

**שיעור חדש: הפרה של הכללים המהותיים:**

עד כה, דנו בכללים המהותיים של סמכות, הליכים ושיקול דעת מינהלי. עולה השאלה, **מה הדין כשנטענת הפרה של הכללים המהותיים?**

* מהן **תוצאות ההפרה, כלומר האם החלטה שהתקבלה בניגוד לכללים תקפה** / בטלה / משהו באמצע?
* מבחינת **סעדים**, מעבר לתקפות ההחלטה, מהם הסעדים על הפרת המשפט המינהלי?
* מבחינת **שפיטה**, לבג"ץ או לביהמ"ש לעניינים מנהליים נתונה סמכות לדחות עתירה על הסף מבלי לדון בגוף העניין (דיני עמידה, חוסר ניקיון כפיים, שיהוי ועוד). מהי חלוקת הסמכויות בין שתי הערכאות?

לכאורה, ניתן לטעון כי במידה והרשות מפרה את הכללים, יש לבטל את החלטתה שהתקבלה לאור כך. אלא, שבשום תחום משפטי התוצאות, הסעדים וכללי השפיטה אינם שיקוף מוחלט של הכללים המהותיים. במילים אחרות, **יש פער בין מה שמראש יש לעשות כשיש הפרה לבין מה שקורה בפועל כשיש הפרה, למשל:**

* דיני העונשין מתמקדים בהיבטים של אחריות פלילית והטלתה, אך לא בהשבת המצב לקדמותו.
* בדיני חוזים שולט העיקרון של השבת המצב לקדמותו, אך בד בבד קיימת סמכות לביהמ"ש לאכוף את החוזה / לפטור צד מחובת ההשבה. בבטלות לפי ס' 30 ביהמ"ש רשאי, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לפטור צד מהחובה להשבה.
* בדיני הנזיקין העיקר הוא הטלת האחריות הנזיקית והפיצוי ואילו אכיפה היא סעד שולי.

**מה המקור לפער זה?** עצם ההפרה ועצם ההליך השיפוטי מעוררים אינטרסים חדשים שהחוק לא לקח מראש בחשבון. למשל, **אי יכולת להחזיר את המצב לקדמותו, אינטרסים של צדדים שלישיים, יכולת הוכחה וכדומה.** במשפט המינהלי, הן הכללים המהותיים והן התוצאות, הסעדים ובמידה חלקית גם הכללים הנוגעים לשפיטה, הם **יציר הפסיקה** (משפט מקובל) בלבד.

תוצאות ההפרה: בהנחה שההחלטה המינהלית אכן לא חוקית, מהן תוצאות ההפרה?

* **הגישה המסורתית:**

הגישה המסורתית משתקפת **בדעת המיעוט של** **השופט שלמה לוין** **בפס"ד גיספן**, והיום היא כבר כמעט ולא קיימת. לפי גישה זו, ישנו קשר בין סיווג הפגם לתוצאת ההפרה:

* אם מדובר בפגם של **סמכות**, כלומר הרשות פעלה שלא במסגרת סמכותה, התוצאה היא **בטלות** של ההחלטה.
* אם מדובר **בפגמים אחרים**, שאינם פגמים של סמכות, התוצאה היא **נפסדות (ניתנות לביטול)-** ביהמ"ש בוחן את ההחלטה והפגם ומחליט אם לבטל, ההחלטה איננה בטלה לבד.

מהם ההבדלים בין בטלות לנפסדות?

1. תקיפה ישירה לעומת תקיפה עקיפה: אם ההחלטה בטלה בשל חוסר סמכות ניתן הן לפנות לבג"ץ ולתקוף את ההחלטה הזו בתקיפה ישירה, והוא יכריז על בטלותה, וניתן גם לתקוף אותה בתקיפה עקיפה. אולם, אם ההחלטה ניתנת לביטול (כשהפגם *עלול* להביא לבטלות ההחלטה), ניתן לתקוף את ההחלטה רק בתקיפה ישירה לבג"ץ.
2. שק"ד שיפוטי: אם ההחלטה בטלה, הרי שאין שק"ד לביהמ"ש, אף אם היה מקום להחליט אחרת. לעומת זאת, אם ההחלטה ניתנת לביטול, יש לביהמ"ש שק"ד מסויים. שכן, ביהמ"ש מחליט האם לבטל את ההחלטה בנסיבות מסוימות.
3. בטלות רטרואקטיבית / אקטיבית / פרוספקטיבית: אם ההחלטה בטלה, הרי שהיא בטלה ומבוטלת באופן רטרואקטיבי. לעומת זאת, אם ההחלטה ניתנת לביטול, כל עוד שלא נתבטלה על ידי ביהמ"ש, הרי שהיא תקפה. אם יבטל אותה ביהמ"ש יבטל אותה מכאן והלאה (בטלות אקטיבית או פרוספקטיבית).

גישה זו עוררה הרבה קשיים:

* **אין בהכרח חומרה רבה יותר בפגם של הסמכות מאשר בפגמים אחרים.** רוצה לומר, הגישה מבוססת על אינטואיציה לפיה פגם בסמכות הוא הכי חמור, אך האינטואיציה אינה נכונה. למשל, ייתכנו פגמים טכניים בסמכות שאינם כה חמורים, ולראיה פס"ד גיספן. שם, ההחלטה שנתקפה הייתה החלטת שופט להטלת מאסר על תנאי בתוקף ל3 שנים, שעה שבמסגרת סמכותו הוא יכול להטיל מאסר על תנאי בתוקף של עד שנתיים. זה פגם שולי בסמכות. לעומת זאת, יכולים להיות פגמים שנעשו בסמכות אך חמוריים הרבה יותר, דוגמת החלטה בסמכות שנלקחה תוך ניגוד עניינים.
* **הרבה פעמים קשה להבחין בין פגם של סמכות לפגמים אחרים.** למשל בפס"ד גיספן, אף מה שהשופט לוין סיווג כפגם של סמכות, לא בהכרח כזה, שכן לשופט הייתה סמכות להטיל מאסר על תנאי, אלא הפגם היה בכך שהמאסר על תנאי ניתן לתקופה ארוכה מהמותר.
* **בין בבטלות ובין בנפסדות, מדובר בתוצאה נוקשה שאינה מתחשבת במורכבות השיקולים**. רוצה לומר, סיווג הפגם כפגם בסמכות או לא, ותו לא, לא נותן לביהמ"ש שק"ד שביכולתו לייצר גמישות.
* **בטלות ונפסדות אינן מצבי טבע, אלא קטגוריות משפטיות מלאכותיות (המצאה של השופטים) שיש בהן מידה ניכרת של עמימות.** אם כך, ראוי שעיצובן של קטגוריות אלה ייעשה באופן שמקדם תכליות. זה לא שמדובר באיזה תכונה של ההחלטה שלפיה רואים אם היא בטלה או נפסדת. זה קטגוריות משפטיות, זה לא מצבי טבע. זה דבר גס שמעורר שאלות של סיווג, מביא לתוצאות לא צודקות לפעמים.
* התפתחות הלכת הבטלות היחסית / התוצאה היחסית:

על הביקורות, **בהדרגה התפתחה הלכת הבטלות היחסית בפס"ד דרעי, כאשר היה מגוחך לפסוק באופן טכני על סמך הסיווג הנוקשה.** שם, דרעי היה אסיר שקיבל הקלה של שליש בעונשו מועדת שחרורים. בדר"כ כשהוועדה מקלה בעונש, היתרה נשארת כעונש על תנאי. באותה תקופה, הסמכות של וועדת שחרורים הייתה מוגבלת רק לתקופת המאסר שנותרה, ואף לא ליום אחד לאחר מכן. יום לאחר תקופת השחרור, הוא נתפס בעבירה נוספת. לא ניתנה לו זכות הטיעון, במסגרת לחץ זמנים, והועדה החליטה להחזירו למאסר. העתירה שהגיש בגין זה נדחתה, משום סייג הצורך, המצדיק את אי מתן זכות הטיעון כשאין זמן לכך (דעת רוב). השופט כהן מוסיף בדעת יחיד כי אף אם דרעי היה מובא בפני ועדת השחרורים, הרי שאין לו טענה מצדיקה מדוע אין להחזירו לכלא. **אם כן, בנסיבות כאלה (כשאין שום טענה לטעון), על אף שלא ניתנה זכות הטיעון והחלטה צריכה להיות בטלה, הבטלות תהיה יחסית, משום שלא נגרם שום עוול**.

**בהמשך התפתחה** **התפיסה המקורית שרואה את הבטלות היחסית לא כמבטאת גמישות מיוחדת של ביהמ"ש בסעדים, אלא כמבטאת את העובדה שבטלות היא יחסית, בדומה לכל מושג משפטי, ותלויה בכל מני משתנים**. לעניין זה כותב **השופט ברק בפס"ד שפירא** כי ***"מושג הבטלות כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה ומבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני****; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון. דבר זה נכון בכל שטחי המשפט.* ***בטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד".***

* אם כן, מהי הלכת הבטלות היחסית כיום?

***כדברי השופט זמיר בפס"ד גיספן "שומה על ביהמ"ש לבחון בכל מקרה שבו נפל פגם משפטי, ואפילו מדובר בפגם של חריגה מסמכות, את נסיבותיו ואת מאפייניו הפרטניים. יש להתאים את הסעד שיינתן לנסיבות הרלוונטיות****. בנסיבות מסויימות, עשוי פגם בהחלטה המינהלית להצדיק סעד של בטלות מוחלטת, ובנסיבות אחרות, עשוי אותו פגם להוביל למתן סעד אחר. הכל במטרה להגיע, כלל הניתן, לתוצאה שתשיג צדק יחסי בין הגורמים המושפעים מן ההחלטה"*. במילים אחרות, ביהמ"ש חייב לבחון בכל מקרה שבו יש פגם משפטי, גם כאשר מדובר בפגם בסמכות, את נסיבותיו של אותו מקרה. בהתאם לכך, יתאים ביהמ"ש את הסעד, כך שבנסיבות מסוימות ייתן סעד של בטלות מוחלטת ובנסיבות מסויימות ייתן סעד אחר.

אלא מה?

* **במקרים רבים משמעותה של הלכת הבטלות היחסית** היא לא רק שביהמ"ש יכיר בהחלטה ובמקום לבטל אותה ייתן סעד אחר (למשל להחליט שתהיה בטלה רק ממועד עתידי מסוים או לתת פיצויים), אלא שביהמ"ש **אינו נותן לעותרים כל סעד שהוא**. הבטלות היחסית הפכה להיות מעין שם קוד לאי מתן סעד כלל, עד כי שהמדינה טוענת באופן שיגרתי בבג"ץ שאף אם החלטתה הנדונה לא חוקית, הרי שאינה בטלה משום הבטלות היחסית.
* **ישנו שק"ד לביהמ"ש במתן אפשרות לתקיפה עקיפה (אם בכלל לאפשר תקיפה עקיפה), שעה שאין לכך קריטריונים קבועים אלא כל מקרה נבחן לגופו.**
* **שק"ד רחב במועד הבטלות. כלומר, גם אם ביהמ"ש יחליט לבטל את ההחלטה, יכול שיהיה מועד הבטלות רק בעתירה הבאה.**
* **התראת בטלות:** **טל סלע ופרופ' בנדור במאמרם** סקרו רעיון חדש של התראת בטלות שהתפתח בפסיקה. התראת בטלות משמעה שבימ"ש קובע שהחלטה נראית על פניה בלתי חוקית, אך הוא לא מבטל אותה אלא מתריע בפני הרשות שאם תמשיך לקבל החלטות כאלו הוא יבטלן בעתיד. לא מובן מה הטעם לפרקטיקה זו שהתפתחה, שכן אם ההחלטה בלתי חוקית מדוע לא לבטל אותה, אלא להסתפק במתן התראה? המדובר בעוד וריאציה בעייתית של הבטלות היחסית.

חסרונות הגישה הקיימת:

* אין הבחנה בין "יחסיות" חריגה (כדוגמת סעיף 31 לחוק החוזים), לבין גמישות מוחלטת. רוצה לומר, נכון הדבר כי צריכה להיות מידה של גמישות לביהמ"ש, כך שבמקרה של הצדקה ספציפית הוא יוכל לדחות תקיפה עקיפה או לא לראות החלטה חוקית כבטלה. אלא, **התפיסה שלביהמ"ש תמיד יש שק"ד רחב בעניין הבטלות היחסית היא בעייתית ולא מבחינה בין יחסיות חריגה (שהיא רצויה) לבין גמישות מוחלטת (שאינה רצויה). כלומר, היה עדיף שתהיה ברירת מחדל שההחלטה תבוטל, וליצור חריגים בהם יהיה אפשר להותיר את ההחלטה.**
* **שק"ד הרחב שיש לביהמ"ש פוגע בשלטון החוק-** אם הגישה אינה קובעת שאם פעלו באופן בלתי חוקי צריך לבטל את ההחלטה, אלא שבית המשפט יכול לחשוב מה התוצאה הראויה, התוצאה היא היחלשות של שלטון החוק.
* כאשר ביהמ"ש קובע שהמדובר בהחלטה שהתקבלה בניגוד לכללים המהותיים של המשפט המינהלי, אך לא מבטל אותה, הרי שהמדובר **בזילות בכללים המהותיים.**
* **הבטלות היחסית מהווה תמריץ להפרת החוק**, באופן שהרשות יודעת שאף אם היא מפרה את החוק, יש סיכוי שבנסיבות העניין החלטתה לא תתבטל וביהמ"ש לא ייתן סעד / ייתן סעד חלקי.
* **אי-ודאות במצב המשפטי-** ברור שגם ס' 31 לחוק החוזים או ס' 3 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה, יש לה אלמנט של חוסר וודאות אך עדיין יש כלל וחריג, פה אין כלל וחריג אלא שיקול דעת, ועוד שיקול דעת בלתי מונחה שלא מבוסס על כלל וחריגים לכלל. כולל לא רק היבטים של בטל או לא בטל, תקיפה ישירה וכו, ברגע שיש שיקול דעת כה רחב ובלתי מונחה יש פגיעה מעבר לוודאות, בשונה מתחומים אחרים שגם בהם אין וודאות מוחלטת.

**לסיכום, עם פיתוח הגישה הקיימת ביחס להלכת הבטלות היחסית, בימ"ש החל בכיוון הנכון בכך שרצה לאפשר גמישות בדין למען מצבים מיוחדים בהם יש צורך במתן סעד ייחודי, חלקי או אי מתן סעד כלל, על אף קבלת החלטה בלתי חוקית. אלא, נראה כי בהימ"ש עבר מקיצוניות (מחוסר גמישות) לקיצוניות (גמישות יתר).**