**מבואות- מהו המשפט המנהלי?**

**מהו המשפט המנהלי?**

משפט מנהלי הוא מקצוע יסוד משפטי, החשוב כעניין מעשי ולא רק כעניין תיאורטי. משפט מנהלי הוא בעצם הדין המסדיר את הפעילות של הרשות המבצעת (או כפי שנקראת במובן הרחב המנהל הציבורי).   
המנהל הציבורי חולש על מגוון רחב של גורמים ורשויות, שביניהם:

1. כל רשויות הממשלה למיניהן ויחידות הסמך הסמוכות למשרדי הממשלה;
2. רשויות מקומיות;
3. תאגידים המכונים תאגידים סטטוטוריים וציבוריים- שהם גופים ציבוריים עצמאים שלא כחלק מהממשלה אך המשפט המסדיר אותן הוא המשפט המנהלי (כמו רשות ניירות ערך, ושאר הגופים שהמילה רשות היא חלק משמם).
4. גופים דו מהותיים- גוף שטכנית מאוגד במשפט הפרטי, והמשפט המנהלי בחלקו חל עליו (וזאת ככל שהגופים האלו ממלאים פונקציות ציבוריות ושלטוניות). למשל הרבה פעמים במקומות בהם יש תהליך של הפרטה אך עדיין מחזיקים ומספקים שירות ציבורי.

בעצם המשפט המנהלי הוא הדין שחל על כל סוגי התאגידים הללו. כשלמדנו דיני תאגידים, הכוונה לתאגידים מהמשפט הפרטי, אך ניתן לחשוב גם על המדינה כתאגיד, וכך גם על רשויות למיניהן, רשויות מקומיות וכן הלאה. אלא שדיני תאגידים שחלים על תאגידים פרטיים לא חלים על תאגידים ציבוריים, ובמקום חל עליהם המשפט המנהלי. חלק נכבד מהפעילות במדינת ישראל היא של הרשות המבצעת והתאגידים השלטוניים, ומכאן החשיבות הרבה שבמשפט המנהלי.

הרשות המבצעת רק מבצעת?

למרות שזהו שמה, הרשות המבצעת היא לא רק מבצעת מדיניות או מיישמת חקיקה, אלא שהסמכויות של הרשות המבצעת נוגעות גם לתחומים ששאר הרשויות אמונות עליהם- חקיקה ושפיטה:

* חקיקה- בפועל רוב החקיקה במדינת ישראל היא חקיקה של הרשות המבצעת ולא חקיקת הכנסת. כלומר כמותית, רוב החקיקה היא תקנות ולא חקיקה ראשית של הרשות המחוקקת.
* שפיטה- הרשויות המנהליות למיניהן גם עוסקות בשפיטה. הרשות המבצעת מחזיקה בהרבה מאוד סמכויות שפיטה המתנהלות במשפט המנהלי ושמופעלות לא על ידי הרשות השופטת אלא מופעלות על ידי הרשות המבצעת.

דוגמאות לסמכויות שברשות המנהלית והמבצעת:

1. רישיונות- רישיון נהיגה, עסקים, עריכת דין וכו.
2. חוזים- חלק גדול מבחינה כמותית וגם כספית של החוזים במדינת ישראל אלו הם חוזים עם מדינה, רשויות מקומיות, רשויות מנהליות למיניהן. עובדה זו חשובה משום שדיני החוזים שאחד מהצדדים להם היא המדינה, הם דינים שונים מדיני החוזים "הקלאסיים" של שני צדדים פרטיים. למשל כאשר המדינה היא צד לחוזה, בדרך כלל הדין שיופעל הוא של דיני המכרז, שבמהותו זהו דין שונה מדיני החוזים. לדוגמא:

* משא ומתן מול מכרז- בעוד שבדיני חוזים יש משא ומתן לחוזה, במשפט המנהלי אין משא ומתן והמקביל לכך זה מכרז.
* הלכת השתחררות- בדיני החוזים הקלאסיים, כאשר שני צדדים התקשרו בחוזה (בהיעדר עילה של קיפוח וכו), אז החוזה מחייב אותם אלא אם כן יש עילת ביטול. עם זאת, בחוזה עם רשות מנהלית, הרשות יכולה להשתחרר ולשחרר את עצמה מהחוזה, במידה וזו טובת הציבור (גם אם אין עילת ביטול). לפעמים היא תצטרך לשלם פיצויים על ביטול החוזה, אך לא פיצויים בגין הפרת החוזה אלא על השתחררות ממנו.

1. כללים מיוחדים- בנוסף יש כללים מיוחדים. למשל בדיני נזיקין- כשהגוף המזיק הוא המדינה או רשות מנהלית אחרת, אלו לא אותם דיני נזיקין. עוולת הרשלנות מופעלת בצורה אחרת כאשר הנתבע הוא המדינה, וזאת לעומת שהמזיק הוא אדם פרטי. השוני בכללים משקף את החשיבות בהכרת הסייגים להגשת תביעה נזיקית כשהצד המזיק הוא המדינה.

לאור זאת ניתן לראות כי כאשר המדינה (במובנה הרחב) מעורבת בעניין הדינים משתנים, בין אם באופן קל ובין אם באופן משמעותי.

**בעיית היסוד במשפט המנהלי**

למשפט המנהלי יש שתי בעיות שמלוות אותו מאז קום המדינה, ואף עוד מתקופת המנדט. המשפט המנהלי מאוד התפתח במשך השנים, אך בניגוד לתחומים משפטיים אחרים כמו דיני חוזים, הוא לא עבר מהפכה כשעולם המושגים שלו הוא עולם שירשנו מהמשפט האנגלי.

המשפט המנהלי התחום הזה הוא תחום שמחד יש בו המון חקיקה פרטנית ומאידך אין בו חקיקה כללית בתחומים החשובים. רוב החקיקה במדינת ישראל היא חקיקה מנהלית העוסקת ברשויות מנהליות, שלטוניות (חוק תכנון ובנייה, חוק רישוי עסקים, חוקים הנוגעים לעיסוקים, רגולציה- תפקידים של המדינה כמפקחת). אך בסופו של דבר מה שחסר הוא הנושא החשוב ביותר בחוק המנהלי- אין חוק המשפט המנהלי הכללי.   
ניתן לדמות את זה דומה למצב שבדיני החוזים יש הרבה חוקים חוזיים אך לא היה החוק הכללי של חוק החוזים, מה שהיה מוביל את המשפטנים לפעול לפי חוקים ספציפיים או פסיקה. או שבדיני עונשין היו רק עבירות אך לא היה בכתב את החלק הכללי של חוק העונשין- כמו סייגים, עבירות נגזרות וכו. ככה שאת המשפט הפלילי האמיתי זה היה דבר שרק מומחים שקוראים בפסיקה יכלו לדעת.

ובקצרה: במשפט המנהלי אין חוק כללי של המשפט המנהלי\ חוק של המשפט המנהלי חלק כללי, שהוא בעצם החלק החשוב ביותר. רוב המשפט המנהלי עוסק בסמכויות מנהליות קונקרטיות וספציפיות, אך 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, הליך החקיקה עצמו 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 הכללים 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 חריגות 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 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 רשות 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 בנוסף 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 שיקול דעת 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 פסלות 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.

**הסמכות המנהלית**

1. **עקרון החוקיות המנהלית**

הנושא הראשון שבתוך הסמכות המנהלית הוא עקרון החוקיות, או עקרון החוקיות המנהלית. לפיו, רשות מנהלית רשאית לפעול רק במסגרת הסמכות שהוקנתה לה בחוק או מכוח חוק, והיא לא רשאית לבצע פעולה שלא הסמיכו אותה בחוק או על סמך חוק לעשות.   
עקרון זה קיים תמיד, וכל פעולה והחלטה של הרשות המבצעת, היא חייבת להראות מקור משפטי המקנה לה את הסמכות לבצע את הפעולה.

עקרון חוקיות המנהלית

* רשות יכולה לפעול רק אם ניתנה לה סמכות בחוק או מכוחו
* חשיבות מיוחדת בכל הנוגע לפגיעה בזכויות אדם
* השאלה אם חוק מקנה סמכות- שאלה פרשנית

לעקרון החוקיות יש חשיבות והקפדה יתרה\ מיוחדת בנושאים הקשורים בעולם החוקתי ככלל, ופסקת ההגבלה בפרט, וזאת כאשר החלטה של הרשות פגעת בזכות. באופן כללי ניתן לומר כי ניתן ללמוד סמכויות שאינן קשורות לזכויות, מכוח הסמכה כללית של רשות לעסוק בדבר מסוים ולא בהסמכה פרטנית וברורה. ניתן לציין כי יש הרבה מאוד רשויות, שהחוק המסמיך את תחום הפעילות שלהן, קובע כי הרשות מוסמכת להפעיל את החוק וכל עוד לא נאמר אחרת יש לה סמכות לפעול.  
יחד עם זאת, אם רשות מבקשת לפגוע בזכויות אדם, בוודאי בזכויות הקבועות במפורש ובמשתמע בחוק היסוד, מכאן שיש חשיבות מיוחד בקיומו של חוק יותר ספציפי המסמיך את הרשות לפגוע בזכות המנויה. כאשר מדובר בפגיעה בזכות, אז החוק חייב להיות מפורש, מפורט וברור וגם כאן יכולים להתעורר חילוקי דעות.

אם חוק מקנה סמכות או לא מקנה סמכות זאת שאלה פרשנית, שבדרך כלל זו שאלה פרשנית טריוויאלית ולא מסובכת. בין אם היא הפרשנות היא קלה וברורה ובין אם היא יותר מורכבת השאלה האם חוק מקנה את הסמכות לרשות היא בסופו של דבר שאלה של פרשנות החוק המסמיך.

**עמותת טבקה**

דוגמא לשאלה פרשנית מורכבת משתקפת בפסק דינו של השופט שטיין בפס"ד עמותת טבקה נ' משטרת ישראל. בפס"ד עמותת טבקה יש ויכוח בין שופטים עד כמה צריך להחמיר בדרישה שחוק ספציפי יסמיך בצורה ברורה את הרשות.

השאלה הנדונה התעוררה משום שיש מקרים שבהם לא ברור האם החוק בנוסח שלו, הוא מספיק על מנת לעמוד בדרישת ההסמכה לפגיעה בזכויות אדם, או האם החוק כשלעצמו אין בו הסמכה מספיקה על מנת שיהיה ניתן לפגוע. פס"ד בעניין טבקה הוא דוגמא יפה לוויכוח שלא קורה הרבה בשאלה האם יש או אין סמכות מכוח לשון החוק.

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

השאלה המשפטית: האם שוטר מוסמך לדרוש מעובר אורח להציג לו תעודה מזהה ומשהוצגה התעודה לבצע פעולות שיטור נוספות (כגון תשאול, הצלבת פרטי תעודת הזהות במסוף המשטרתי, בירור טלפוני עם המוקד המשטרתי), וזאת מבלי שקיים חשד סביר שאותו אדם ביצע עבירה.

השאלה התעוררה בעקבות טענות שהוכחו (גם על ידי וועדה רשמית) של שיטור יתר מפלה כלפי יוצאי אתיופיה ואנשים כהי עור. יש נטייה רבה לשוטרים ואנשי חוק אחרים לדרוש מהם בלי עילה מבוררת להציג תעודת זהות, מעבר לצבע שלהם בלי התנהגות המעוררת חשד. ההנחה היא שהשיקולים של המשטרה שאומרים שלא מתכוונים להפלות אבל חלק מהאווירה של חוק וסדר זה שאזרחים יודעים ששוטר יכול לבקש מהם להזדהות ליצירת תחושת ביטחון ברחובות, וכתוצאה מכך השוטר לפי שיקול דעתו עושה בירור מעבר.

העתירה התקבלה ונקבע שהשוטר לא מוסמך. יש לציין כי היו דעות חלוקות בפסק הדין, כאשר שופט המיעוט החמיר יותר בפרשנות מבחינת האופן שבו ראה את הסמכות.

דעת הרוב- הנשיאה חיות:

1. ס' 2 לחוק תעודת זהות מסמיך שוטרים לדרוש מאדם להציג בפניו תעודת זהות אף ללא קיומו של חשד סביר לביצוע עבירה.
2. תנאים להפעלת הסמכות- בשים לב לפגיעה בכבוד האדם:

* מגבלות המנויות בחוק המעצרים בקשר לעיכוב- משום שדרישת ההזדהות גורמת לעיכוב- משום שאם מבוצע עיכוב, יש תנאים שונים לעיכוב גם אם זה לא חשד סביר לביצוע עבירה. בפועל אם עוצרים מישהו ודורשים ממנו להציג תעודת זהות, במהות זה עיכוב.
* קיום זיקה רלוונטיות בין הדרישה להזדהות ובין המידע המצוי בתעודת הזהות (לרבות עצם החזקת תעודה)- יש קשר בין הבקשה להצגת תעודת זהות לבין סוג המידע, לתעודת זהות יש פרטים מסוימים רק אותם ניתן לברר. הסיבה שהשוטר מבקש את התעודה צריך להיות בירור פרטני שנמצא בתעודת הזהות ולא סתם בצורה רחבה להציק לאנשים ולא לתת את התחושה הרחבה שיש בדר ומשמעת ברחובות.
* ס' 2 לחוק תעודת זהות אינו מסמיך שוטרים לנקוט פעולות שיטור נוספות- בשים לב לפגיעה בזכות לפרטיות- מעבר להצגת תעודת זהות לא ניתן לבצע דברים נוספים, אם לא אם כן אם אדם נתן תעודת זהות נראית מזויפת אז אפשר לעשות פעולות נוספות. אבל אם אין סיבה שעולה מתעודת הזהות ואין חשד שמצריך בירורים, לא ניתנה לשוטר הסמכות לעשות פעולות מעבר לכך. כל פעולות חקירה נוספות ובירורים בעקבות תוכן התעודה אל רק פוגעת בכבוד האדם אלא מעכבת עוד יותר. נכון שבאופן מסוים היא נתנה חבל למשטרה, אך המדיניות הכללית של המשטרה כפי שהיא של לעצור אנשים ולדרוש תעודת זהות וביצוע בירורים, לא יכולה להימשך.

דעת מיעוט- השופט שטיין:

השופט שטיין בדעת מיעוט נתן פסק דין אקטיביסטי, וטען כי בכלל אין סמכות לדרוש הצגת תעודת זהות אלא אם הסמכות נקבעה בחוק אחר. לדעתו, החוק בכלל לא מקנה סמכות, אלא אומר שאם מבקשים ממישהו תעודת זהות אז הוא צריך להציג את התעודה. הוא מסכים עם הסייגים של הנשיאה חיות, אך אומר כי לפי לשון החוק, צריך רק להציג את התעודה, והחוק איננו מקור הסמכות שממנו ניתן לדרוש תעודה. שהרי, לא מספיק שאדם חייב לתת תעודה אם שוטר מבקש, אלא שהשוטר צריך להיות מוסמך לדרוש את התעודה בחוק אחר. האדם צריך להציג את התעודה לפני חייל או איש כוחות ביטחון, אך החוק לא מסמיך אותם ולכן צריך לחפש חוק אחר שמכוחו יש לשוטר את הסמכות לבקש להציג תעודה. זה ס' הסמכה כללי מידי ולא יכול לענות על דרישת ההסמכה לפגיעה בזכויות אדם- כתוב מה תפקידי המשטרה אך אין הגדרה מפורשת לסמכויות של שוטרים או אנשים אחרים, ולכן זה לא מספיק.

משום כך, השופט שטיין קובע כי לשוטר אין בכלל סמכות לדרוש תעודת זהות, והסמכות לא נמצאת בתוך סעיף החוק הזה. ככל שיש סמכות או אין סמכות, לא הראו מקורות סמכות וצריך לתקן את החוק.

לדעת בנדור דעת המיעוט שגויה, וזאת משום שיש לפרש כפיפות לדרישה מסוימת כמתן סמכות. שהרי, אם הס' יוצר כפיפות אז ישר ניתן לשאול כפיפות למה? אם היו חוקים אחרים שעוסקים במתן סמכות אז כנראה שהיו מתבססים על החוקים הללו, אבל אם יש רק את החוק הנדון, ולשון החוק מייצרת כפיפות, יש לראות את זה כמתן סמכות. כלומר, אם יש כפיפות ואין ס' אחר שמקנה סמכות, אז אפשר לפרש את ס' החוק כהסמכה. כשיש סמכות, הסמכות כוללת כפיפות כמו שכפיפות כוללת סמכות. עם זאת, בשל הכובד והפגיעה בזכויות האדם השופט שטיין פירש את הס' ככזה שאינו מסמיך.

ניתן לראות שגם דעת הרוב וגם המיעוט ייחסו משמעות רצינית לכל פעילות המנהל, וכי גם דעת הרוב שגזרה מכפיפות סמכות, עדיין הסתייגה וקבעה כי יש לפרש את הסמכות בצורה מצומצמת ולקבוע סייגים לשימוש בסמכות.

מלצר

מלצר טוען שאם הייתה פגיעה חמורה ממש הוא היה הולך עם שטיין ודורש לא רק כפיפות מפורשת אלא גם סמכות מפורשת. הוא נסמך על פסיקת בית המשפט העליון כי אם הפגיעה היא מאוד קלה והזכות היא לא עד כדי כך חשובה, דרישת החוקיות מתגמשת ומסתפקים בהסמכה כללית. לעומת זאת אם מדובר בפגיעה מהותית והזכות היא זכות יסוד, אז נדרשת הסמכה יותר מפורשת.

ודוק: אם הפגיעה חמורה והזכות חשוב ההסמכה צריך להיות מפורשת, ואם הפגיעה קלה והזכות פחות חמורה צריכה להיות הסמכה אך פחות ברורה ומפורשת.

פסק הדין מראה כי בדרך כלל שאלת חוקיות המנהל בהיבט של יש סמכות או אין סמכות היא ברורה, אך לפעמים עולות שאלות דומות לזו שעלתה בפס"ד.

1. **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. אין בחוק המסמיך רק את הסמכות, אלא מי מוסמך, איזו רשות היא המוסמכת.

**הרציונל של מבנה זה**

הרציונל של הסמכות רשות מסוימת קשור לעקרון חוקיות המנהל. ההנחה היא שאת הרשות המחוקקת או מי שמתקינה את התקנות, מעניין מי יפעיל את הסמכות. השאיפה של הרשות היא להעביר 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 ברציונל

צריך להבין כי יש הרבה מאוד רשויות מוסמכות, אבל בחוק אין באמת פירוט מיהו הגורם הרלוונטי (מבין מאות אלפי עובדי המנהל הציבורי) לכל פעולה שמבצע המנהל הציבורי. למשל יש שרים עם עשרות אלפי סמכויות- כמו אוצר, פנים, ביטחון, תחבורה, אך אף אחד לא מצפה שהם אישית או הם בלבד יפעילו את הסמכות.   
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.

**המשפט המקובל כמגשר- בעיות**

המשפט המנהלי פיתח כל מיני תורות משפטיות על מנת לגשת על הפער בין הרעיון התיאורטי של שיטת הרשויות המוסמכות לבין הפרקטיקה. לגשר בין הפעמים שבאמת יש צורך בשיטה (כמו החלטות רפואיות מתקבלות על ידי אנשי רפואה, החלטות משפטיות מתקבלות על ידי משפטנים) לבין הפעמים שאין. המשפט המנהלי פיתח את הדוקטרינות והתורות משפטיות בתוך המשפט המקובל, המגשר על הפער בין החקיקה לבין צרכי המציאות.

* בעיה אחת היא שהתורות לא כתובות בחוק והן פיתוחים של הפסיקה
* התורות חלקן לא ברורות ויש חילוקים 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.
* 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. 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 הממשלה לא מוסמכת כי זו סמכות משטרה, וסמכות 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. כלומר משלחת במסגרת בקשה של ארצות הברית זה לא עניין של המשטרה, אלא עניין של סמכות הממשלה לנהל את ענייני החוץ. אך למה זה קשור למשפט המנהלי? אפשר לומר שנעשה פה ביצוע 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- 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 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 . 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. 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 מנהל תקין- לא תקין שמשרד האוצר יציית למשרד הביטחון מאחר ואין עניין של טבע האדם וגם מבחינת הסמכויות- 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 כאשר השיקולים של ההתייעצות לא חלים. 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. זה חשוב מפני שההבחנה בין שלושת סוגי הסמכויות המופעלות על ידי המנהל הציבורי, השאלה הזאת חשובה ולא מהווה רק שאלה עיונית תיאורטית, אלא 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 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.

1. **דיני הסמכה**

**הצורך בדיני הסמכות ובעייתיות הדינים 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 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

1. יעילות- דיני הסמכה נובעים מיעילות, שכן בלתי אפשרי ששר אחד יפעיל לבד את הסמכות. גם אם השרים הם שמקבלים את ההחלטה הסופית הם צריכים יועצים, וועדות וכו. זה לא יעיל במקרים רבים ואף בלתי אפשרי שרק מי שאמון על התפקיד שנקבע בחוק, יפעיל לבד את הסמכות.
2. התמודדות עם הלכת מיכלין- רציונל נוסף הוא התמודדות עם הלכת מיכלין שקבעה את איסור מתן הוראות לרשות מוסמכת. כלומר ההלכה הזאת שעד היום נמצאת בתוקף, קובעת שרק רשות מוסמכת יכולה לקבל את ההחלטה ואסור לה לקבל הוראות משום גורם אחר. ברגע שדיני ההסמכה מאפשרים שגורם אחר יקבל את ההחלטה אז זה יכול לפתור את הקשיים שהלכת מיכלין יוצרת.

הצורך בדיני הסמכה

* יעילות
* התמודדות עם הלכת מיכלין
* צורך בשיתופים של גורמים מחות למנהל ציבורי

1. צורך בשיתופים של גורמים מחוץ למנהל ציבורי- והרבה פעמים יש צורך בשיתוף פעולה עם גורמים שמחוץ למנהל הציבורי. למרות שיש הרבה מאוד עובדי מדינה, זה עדיין לא מעשי, לא יעיל ולפעמים לא רצוי שרק עובדי מדינה יעשו את הכל. לא יכול להיות שהמדינה תהיה משק סגור שיעשה הכל. אז במקרים שהם לא קשורים להפעלת סמכות אך הם הכרחיים כדי שיהיה ניתן להפעיל את הסמכות, אז דיני ההסמכה נותנים פתרונות לאנשים שהם לא חלק מהנהל הציבורי לקבל את ההחלטות.   
   לדוגמא- בניית הבניין של עובדי הציבור- על מנת שהם יוכלו להפעיל את הסמכות שניתנה להם, הם צריכים מקום עבודה. אך הם לא יכולים לבנות את הציבור שבו הם אמורים לעבוד, ולכן צריך שיתוף פעולה עם גורמים פרטיים שבצורה עקיפה יעזרו להם לממש את הסמכות.

במילים פשוטות: יש את העקרון הבסיסי שהרשות שנקבעה בחוק היא זו המפעילה את הסמכות, על זה יש דיני הסמכה שמאפשרים מעורבות של גורמים שלא נקבעו בחוק- בין אם מדובר בעובדי ציבור ובין אם מדובר באנשים בחוץ למנהל הציבורי.

בעייתיות דיני ההסמכה הקיימים

דיני ההסמכה הקיימים (של המשפט המנהלי הכללי שלא קבועים בשום מקום כתוב) במקרים רבים לא פותרים את כל הבעיות. כולם מרגישים שיש סמכות שחייבת להיות סמכות אך דיני הסמכה לא אומרים מכוח מה.  
למשל- פס"ד פדרמן. ההחלטה של הממשלה שבית המשפט קבע שהממשלה הייתה מוסמכת לקבל אותה, לסייע לארצות הברית בהדרכה מקצועית של שוטרים. הייתה שאלה האם זו סמכות של המשטרה, בית המשפט קבע כי זו סמכות הממשלה מכוח הסמכות השיורית. הממשלה מוסמכת ודחו את העתירה. הנושא שלא נדון בפס"ד הוא ביצוע באמצעות אחר.   
הסמכות בוצעה על ידי אנשים משרתים במשטרה והשאילו אותם, וזה לא נעשה במסגרת עבודתם כשוטרים. סמכות ההמשלה בוצעה על ידי אותם מתנדבים במשטרה. הסמכות בוצעה באמצעות אחר, אלא שבמדינת ישראל דיני הסמכה לא כוללים את הדוקטרינה של נעשה באמצעות אחר. יש פס"ד ישן בשנות ה60 שהמדינה טענה בהקשר של ביצוע באמצעות אחר ובית המשפט שלל אותה מכוח דיני הסמכה בישראל. לפי הדוקטרינה של הסמכות ביצוע באמצעות אחר, רשות מוסמכת יכולה לבצע את הסמכות באמצעות מישהו אחר. כלומר יש עמימות, וכולם מרגישים כי שיש סמכות אך לא ידוע מכוח מה הסמכות.

בעייתיות דיני ההסמכה הקיימים

* הסדרים חלקים המביאים לסמכות עמומה
* דוגמא- פסק דין פדרמן
* אין ביצוע באמצעות אחר
* הסדרים עמומים

יתר על כן גם דיני הסמכה הקיימים- הם בעצמם עמומים ולא ברורים. מתי ומה מותר לאצול, מתי אסור לאצול, מהם השיקולים, וכו. בסופו של דבר יש מקרים שהם מקרים ברורים אך יש גם הרבה מאוד מקרים שבהם דיני ההסמכה עמומים וקשה מאוד לדעת מה התוצאה של היישום שלהם. הכנסת לא הצליחה חוקק משפט מנהלי כללי, שבו רוב הכללים לא מכוסים בחקיקה וזה יוצר את אותה העמימות שמדברים עליה.

ודוק: מאחר ואין מספיק רשויות מסומכות ולא מתקבל על הדעת שכל פעולה וכל תפקיד במנהל הציבורי יחשב כרשות מוסמכת פני עצמה, פותחו דיני הסמכה המגשרים על הפער בין הרשויות המוסמכות לבין הצרכים במציאות. אלא שדיני ההסכמה עצמם הם חסרים. חלק גדול מהם קבועים בפסיקה והפסיקה לא פתחה תורות הסמכה ברורות ומדויקות.

1. **אצילת סמכות**

הכלל המרכזי של דיני הסמכה נקרא אצילת סמכות.

מהי אצילה?

1. הסמכות ניתנת לרשות הנאצלת- אצילת סמכות החוק נותן את הסמכות לרשות מסוימת (כמו שר, מנכל משרד ממשלתי, רשות החברות הממשלתיות וכן הלאה) והגוף שהואצל לו הסמכות, זה אומר שהסמכות המלאה מצד אחד ניתנת לסמכות האוצלת, והרשות הזו נותנת את הסמכות לרשות הנאצלת.

הסמכות המלאה ניתנת לגורם אחר, אבל היא ניתנת מבלי שהרשות המקורית מאבדת אותה. אצילת סמכות זה לא שהסמכות נלקחת מא' וניתנת מב' וא' מאבדת את הסמכות, אלא גם ב' מקבלת את הסמכות אבל היא לא נאבדת מא'. הרשות המקורית נותנת את הסמכות לרשות אחרת, שלה יש את הסמכות המלאה אבל הסמכות לא נלקחת מהרשות המקורית.

יש רק דוגמא אחת למצב שבו אפשר לקחת סמכות שניתנת בחוק ולתת אותה לרשות אחרת תוך שהרשות המקורית מאבדת את הסמכות. זה סמכות שנקבעה בחוק יסוד הממשלה בס'33ב והיא נקראת העברת סמכות משר לשר.   
דוגמא להעברת סמכות משר לשר- בעבר כל אגף התכנון במשרד הפנים, שר הפנים איבד את הסמכות והיא הועברה לשר האוצר. זה נקרא העברת סמכות כי הוא לא נשארה בידי שר הפנים. זה המקרה המרכזי היחיד שהחוק מאפשר לרשות שנקבעה בחוק לאבד את הסמכות, אך זה לא אצילת סמכות.

1. הסמכות נשארת גם בידי הרשות האוצלת- אצילת סמכות זה כשהיא מותרת לצד אחד, מישהו אחר שהוא איננו בעל התפקיד שנקבע בחוק להפעלת הסמכות, מקבל את הסמכות מהרשות המוסמכת (בעצמה ולא על ידי גורם שלישי) ויחד עם זאת, הרשות המוסמכת עצמה נשארת בעלת הסמכות. כל אחד מהגורמים נשאר בעל הסמכות. הרשות נאצלת היא סמכות מוסמכת לכל דבר ועניין.
2. מותר לרשות האוצלת להנחות את הרשות הנאלצת- הנקודה השלישית היא שהרשות האוצלת נשארת במעמד גבוה יותר מהרשות הנאצלת, מהבחינה זו שהיא יכולה לתת הוראות. הלכת מכלין קובעת כי הרשות המוסמכת לא יכולה לקבל הוראות מרשות אחרת, אבל במקרה בו הרשות אצלה את הסמכות אין למנוע מהרשות המקורית לתת הוראות לרשותה נאצלת. כלומר היא יכולה לתת הוראות ואפילו מצפים ממנה לתת הנחיות, הוראות, להתערב ולשנות לרשות הנאצלת. היא יכולה לתת הוראות לרשות הנאצלת ולא חלה הלכת מיכלין- כי מי שנותן הוראות זה לא גורם זר שהחוק לא רצה שיהיה מעורב בקבלת החלטות, אלא הרשות המוסמכת היא מקבלת את ההחלטה- בין אם היא מחליטה בעצמה ובין אם היא נותנת הנחיות לרשות הנאצלת.   
   חשוב להבין כי אצילת סמכויות היא חריג להלכת מיכלין- רשות נאצלת חייבת לקבל הוראות מרשות אחרת, ואין איסור עליה לקבל את ההוראות.
3. איסור אצילה כפולה- העקרון הוא שאם א' אצל לב', ב' לא יכול לאצול לג'. אם ב' לא יכול לפעול לבד והוא חייב לאצול לגורם נוסף שיעזור לו, הוא יכול לבקש מא' לאצול את זה לעוד, אך א' לא מאבדת את השליטה באצילת הסמכות על ידי האצלה כפולה. ראוי שא' תפקח באופן כללי ותקבע את המדיניות הרחבה, אך אם הנאצל יאצול לגורם שני, התוצאה המעשית היא שהרשות המוסמכת המקורית תאבד שליטה, ולכן לא מספיק לאצול לרשות אחרת אלא צריך להאציל לגורמים רבים. אך האצילה תמיד תעשה, ברירת המחדל כל עוד אין חריג הוא איסור אצילה כפולה, משולשת, מרובעת וכן הלאה. רק הרשות המוסמכת מוסמכת לאצול את הסמכות ויכולה לאצול אותה יותר לרשות אחת, הנאצל לא יכול לאצול לגורם נוסף.

דוגמא- לפי החוק כל מתן פטור משירות בצבא נניח מטעמים רפואיים זה בידי שר הביטחון- מובן לנו ששר הביטחון לא חותם על כל משוחרר כזה. ההחלטות של האצלה למיניהן בסוף חתומות על ידי השר אך בפועל הוא לא מתעסק בזה.

השוני בין ביצוע באמצעות אחר לאצילה

באצילה הנאצל הוא בעל הסמכות, בעוד שבביצוע באמצעות אחר אין לו סמכות אלא הוא רק במבצע במובן הטכני. באצילה הרשות המוסמכת היא מאצילה למישהו אחר, ואותו גורם נאצל הוא זה שמקבל החלטות מהותיות. בביצוע באמצעות אחר, מי שקובע את ההחלטה היא הרשות אך הביצוע של החלטה בפועל ובטח הוא באמצעות האחר. בעל הסמכות נותן את הסמכות במלואה לרשות הנאצלת.

**סוגים של דיני אצילה**

יש שתי מערכות כלליות של דיני אצילה במדינת ישראל, כלומר יש שני הסדרים כלליים שונים בתחום אצילת הסמכות. יש הסדר אצילת הסמכות מכוח המשפט המנהלי הכללי, שזה ההסדר הקבוע בפסיקה. ויש הסדר כללי ספציפי (כלומר הוא הסדר ספציפי הקבוע בחוק יסוד הממשלה אך גם הוא כללי כי הוא לא עוסק בתחום ספציפי, אלא הוא קובע הסדר של אצילת סמכויות של שרים).

1. **אצילה לפי ס' 33 לחוק יסוד הממשלה**

ההסדר השני הוא דיני אצילה הקבועים בחוק יסוד הממשלה וחלים רק על מקרים שבהם הרשות המוסמכת היא ראש הממשלה או שר בממשלה. לממשלה יש סמכויות רבות כאלה, כמעט כל חוק במדינת ישראל מקנה סמכויות מסוימות לשר. מאחר ויש אלפי חוקים ותקנות אז במקרה בהם שרים או ממשלה הם הרשויות המוסמכות הם מקרים רבים.

לא חל המשפט המנהלי הכללי אלא חוק יסוד הממשלה, היא סמכות ספציפית ביחס למשפט המנהלי הכללי. מהצד השני היא גם כללית מאחר וזה הסדר הנוגע לכל הסמכות שהחוק נותן לממשלה ולשרים, ויש עשרות סמכויות שונות שנתונות לפי החקיקה לשרים, ואז חל הסדר שגם הוא כללי, אבל הסדר שונה שקבוע בחוק יסוד הממשלה. כלומר דיני האצילה בחוק יסוד הממשלה הוא הם גם הסדרים פרטיים וגם הסדרים כלליים.

נדון תחילה בהסדר הכללי ספציפי ולאחר מכן נעבור להסדר הכללי שחל על שאר הסמכויות שקבועות בחוקים השונים ושלא נותנים לשר או לממשלה.

מה נקבע כיום בס' 33 לחוק יסוד הממשלה?

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.*"

כלומר סמכויות הממשלה שקבועות בחוק יסוד הממשלה אסור לאצול אותן, חוץ מהסמכות השיורית. הס' הזה עוסק רק בסמכויות הממשלה, שהרשות המוסמכת היא הממשלה ושהחוק שהסמיך קובע כי הממשלה היא הרשות המוסמכת. זה ס' צר ורחב- הוא גם מרחיב את סמכות האצילה וגם מצמצם בהיבט מצומצם את הסמכות האצילה:

* מרחיב- הסמכות של ממשלה רחבה יותר מסמכות האצילה של שר בכך שהממשלה יכולה לאצול כל סמכות, גם בסמכות בעלת אופי ביצועי, שיפוטי, וגם סמכות להתקין תקנות- דהיינו בעלת אופי תחיקתי. הממשלה יכולה לאצול את כל סוגי הסמכויות וזאת בשונה מהשרים שכביכול יכולים לאצול סמכות שיפוטית, סמכות ביצועיות אך לא יכולים לאצול סמכות חקיקתית. בניגוד לשרים, הממשלה יכולה לאצול גם סמכות להתקין תקנה.
* מצמצם- במה סמכותה ממשלה מצומצמת יותר מסמכות שר- שר יכול לאצול לכל עובד ציבור בעוד שהממשלה יכולה לאצול לכל שר.

הרציונל להרחבה ולצמצום הוא אותו רציונל של ייחוד הממשלה. מצד אחד הממשלה היא מאוד עסוקה, ממשלה היא כל כך עסוקה שגם להתקין תקנות צריך לאצול. אם רוצים לחוקק תקנות כממשלה, זה לא יקרה כי הממשלה לא יושבת הרבה זמן ביחד, אלא כל שר לעצמו. ממשלה היא כל כך עסוקה מצד אחד עם אחריות עצומה, ולא גוף שיושב זמן רב. ממשלה מתכנסת לישיבה פעם בשבוע, וגם התקנת תקנות לא תתקיים.   
מהצד השני, הסמכות מצומצמת רק לשר. הממשלה דווקא בגלל שהיא גוף מאוד עסוק, להבדיל משר שיושב כל הזמן במשרדו, היא אוצלת לשר כי לה יש קשר איתו, היא יכולה לפקח, לבקר ולהתערב לשר, ולא יכולה לבקר פקיד נמוך משרד ממשלתי, ולכן היא הייתה מאבדת כל קשר לסמכות שהחוק נתן לה. האצלה זה לא לקיחת הסמכות מהרשות המוסמכת והיא שוכחת ממנה, אלא רוצים לאפשר שהרשות המוסמכת תשמור על זיקה כלשהי, ולכן יש לשמור על קשר ויכולת לבקר את הרשות הנאצלת. אם הממשלה תאציל ישירות לאיזשהו פקיד כזה או אחר, לא רק שזה לא נכון, אלא גם נרצה של הממשלה תשמור על איזושהי זיקה ולא תשכח מהסמכות ומשום כך, היא יכולה לאצול לשר שהוא חלק ממנה וחייב לה דין וחשבון.

*33(ב) "סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 31(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור."*

פירוש "שהועברה לו"- הממשלה מעבירה לרשות סמכות שנתונה לפי חוק לשר א' והועברה לשר ב'. כעיקרון, זה לא כולל סמכות חקיקתית.   
סמכות הממשלה מצד אחד סמכות האצילה הבסיסית של שרים לא כוללת סמכות חקיקה, השר לא יכול לאצול ונדרש להתקין בעצמו, מצד שני הוא יכול לאצול לכל עובד ציבור. למה למעט הסמכות להתקין תקנות? זו סמכות חשובה ורחבה ולכן ראוי ששר הממשלה ייקח אחריות ולא ייתן לפקיד נמוך להתקין תקנות, שבמהות זה דומה לחקיקת חוק.

זה גם קשור לעיקרון של איסור האצלה כפולה. במשטר של הפרדת רשויות, הרשות המחוקקת היא הכנסת. כשהכנסת מסמיכה שר להתקין תקנות רעיונית היא אוצלת את הסמכות. רעיונית כשסמכות החקיקה הבסיסית היא סמכות של הכנסת, שהכנסת לא מחוקקת לבד את כל מה שצריך אלא את אותם הסדרים שהיא רוצה לחקוק ואת היתר עושה השר, היא אוצלת סמכות חקיקה הנתונה לכנסת ואוצלת אותה לשר. אם יאפשר היעדר נסבות חריגות, לשר לאצול סמכות להתקין תקנות במהות זו האצלה כפולה. הכנסת מסמיכה להתקין תקנות כי לא יכולה את כל החקיקה לעשות בעצמה, אבל מראש זו לא סמכות רעיונית שהיא של הרשות המבצעת. הרשות המחוקקת הסמיכה שר אז מהותית היא כבר האצילה את הסמכות, ולכן כשר מאציל את הסמכות להתקין תקנות זו האצלה כפולה. סמכות שבמקורה היא סמכות של רשות המחוקקת תעבור לעובד זוטר בראשות המבצעת שאין לו קשר או זיקה לכנסת.

הממשלה העבירה סמכות שניתנה לפי חוק לשר אחר- זה לא העברת הסמכות אלא האצלת סמכות. השר רשאי לאצול בצורה רחבה- לעובדי ציבור. בפרקטיקה השרים מעבירים את הסמכויות לגורמים ולעובדי שמבחינה ארגונית מסונפים תחתיו. מהצד השני סמכות האצילה יותר מצומצמת כי היא לא חלה על סמכות להתקין תקנות.

*33ג' סמכות שהממשלה אצלה לשר לפי סעיף קטן (א), למעט סמכות להתקין תקנות בנות-פועל תחיקתי, רשאי השר לאצלה, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור אם הסמיכה הממשלה את השר לכך.*

הוא סוג של חריג. כאמור חריגים יכולה להיקבע בחוק. אם הסמכות של הממשלה, והממשלה אצלה לשר, אז באופן חריג השר יכול לאצול עוד פעם את הסמכות. כאן יש היתר לאצילה ככפולה, הרציונל הוא שהשרים לא יכולים להפעיל בצורה שגרתית סמכויות שהממשלה אוצלת להם. אך זה לא כולל גם את הסמכות להתקין תקנות. השר הנאצל יכול לאצול פעם נוספת.

ההבדל בין ס' 33ב לס' 33ג: ב מתייחס לכך ששר יכול לאצול סמכות (פעימה 1), בעוד שס' ג מתייחס לכך ששר יכול לאצול סמכות באצילה כפולה (כלומר סמכות שהואצלה לו ועכשיו הוא רוצה להאציל לאחר- 2 פעימות)

*33ה'- הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או מטיל את החובה.*

ס' ה' הוא סעיף כל כך רחב שניתן לבקר אותו. אם היה כתוב כי הוראות ס'' זה יחולו אלא אם כן נקבע אחרת, זה גם היה אחרת. זה חוק יסוד ויש לו מעמד של חוקה, אז אם החוקה קובעת ברירת מחדל ומאפשרת לחרוג ממנה בלי הגבלה- לא כתוב שהחוק החורג צריך להיות לתכלית ראויה וכו. כתוב רק אלא אם כן הדבר משתמע. זה מאוד רחב ולא ברור. אך עדיין, ככלל זה לא שבכל מקרה מתחילים לדון האם זה משתמע או לא משתמע. אם החוק לא קובע הסדר שאוסר אצילה או מתיר אותה במקום שחוק היסוד מתיר או אוסר, יש צורך באינדיקציות מובהקות וחזקות שמהחוק משתמע אחרת.

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

מה לגבי כל שאר המקרים? רוב הסמכויות נתונות לגורמים אחרים ולא ניתנות ספציפית לשרים ולממשלה. במשפט המנהלי הכללי אין חקיקה ואנחנו נחזור למשפט המנהלי הכללי שהתפתח בפסיקה. החזקה היא איסור אצילה. בעוד שחוק יסוד הממשלה אם מתקיימים תנאיו אז אצילה מותרת (אלא אם משתמע אחרת), לגבי סמכות שאיננה סמכות של שר בממשלה חזקה שאצילה אסורה. הרציונל הוא תורת הרשויות המוסמכת- 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

שיקולי החריגה

החזקה איננה מוחלטת וניתן לחרוג ממנה. כאן החריגה היא לא נדירה אלא נעשית על סמך לקט שיקולים של שכל ישר. הפרקטיקה היא שאם אין סיבה מיוחדת לא לאצול אז מותר לאצול. המקרים החריגים הם רבים, יש הרבה מאוד שיקולים. לדוגמא:

* היקף האצילה- אם מדובר בסמכות מאוד רחבה, אז אולי יהיה קושי לאצול את כל הסמכות, ולכן לא נסכים לאצול את כולה בצורה גורפת. ככל שהיקף האצילה יותר רחבה אז החזקה נגד אצילה עומדת במקומה.
* כאשר הסמכות היא רחבה אך האצילה מסויגת, אז הנטייה תהיה שהאצילה היא חוקית.
* מעמדה של רשות האוצלת- רשויות מיוחדות יכולות להיות בעלות הרבה תפקידים שהן לא מסוגלות בעצמן לבצע. למשל, היועמ"ש- מעמד גבוה וייחודי, אבל יכול לאצול כמעט כל סמכות מהטעם הפרקטי.
* ייחודיות המשרה
* היקף שיקול הדעת- ככל שיש פחות שיקול דעת אז תהיה לאצול את הסמכות וההפך. ככל שיש שיקול דעת רחב יותר כן מעניין מי הגורם שמפעיל את הסמכות.
* מהות הסמכות- שיפוטיות, חקיקתית, ביצועית- אסור לפי חוק יסוד הממשלה לאסור סמכות חקיקתית אז בוודאי שגם לפי המשפט המנהלי הכללי אסור יהיה לאצול סמכות חקיקה. כאשר מדובר בסמכות שיפוטית זה תלוי נסיבות- יכול להיות גם מצב שנתנו לרשות בלי סמכות שיפוטית מיוחדת ואז תהיה נטייה לאשר את החריג. ככל שהרשות תהיה יותר מקצועית בסמכות השפיטה, לא נרצה לאצול.
* השפעה של זכויות אדם- סמכות שהפעלתה פוגעת בזכויות האדם, לא ניתן יהיה לאצול אותה, אך זה תלוי נסיבות.
* צרכים מעשים ויעילות- השיקול העמום ביותר. יש עיקרון לא כתוב שמתאים לכל המשפט, המשפט לא דורש לעשות משהו בלתי אפשרי. ויש אפילו מקרים מאוד נדירים עם דוקטרינת האבסורד- שאם אי אפשר לבצע את החוק, אז אי אפשר לבצע את החוק. לכן נחפש דרך לפרש את החוק באופן שסותר אותו. בכל תחום משפטי לא דורשים דברים בלתי אפשריים, ולכן אם רשות לא יכולה להפעיל את הסמכות- מתוך שיקולים מעשיים ויעילות, אם אין מנוס לאצול את הסמכות, אז נאצול אותה.

למרות החזקה של איסור הסמכות, בפועל הרבה מאוד סמכויות ניתן לאצול. יש כאן בעייתיות כי הצהרתית אומרים שאסור לאצול אבל בפועל הרבה מאוד סמכויות ניתנות לאצול אותם. אין קשר הדוק בין ההצהרה שאסור לאצול לבין מה שקורה בשטח.   
המשפט המנהלי הכללי הלכה למעשה לא מאוד שונה מההסדר של חוק יסוד הממשלה. לחוק היסוד יש חזקה שבמקרים מסוימים מותר לאצול, ולכאורה במשפט המנהלי הכללי יש חזקה שאסור לאצול. אבל אם יש מקרים חריגים מסוים יקבעו שחל החריג ומותר לאצול את הסמכות. כלומר שניהם מאפשרים בסופו של דבר לאצול את הסמכות.

ביקורת

* חזקה לא מעשית- החזקה לא מעשית, זה לא שבדרך כלל לא אוצלים, שהרי המצב הוא הפוך. צריכה להיות סיבה קונקרטית למה לא ראוי לאצול, וברירת המחדל היא כן לאצול.
* הרציונל לא תואם את המציאות- מה הרציונל? הרי אם החוק כותב שרשות מסוימת אז רק היא, בדרך כלל הכנסת רגילה לציין איזושהי רשות. יש באמת מקרים שחשבו מי תהיה הרשות המוסמכת ולהבטיח כישורים מסוימים. הרבה פעמים, שר וכהנסת לא חשבו למה להעניק את הסמכות הזאת אל הרשות הזאת. רוב המקרים הם שלא כזה משנה, ועושים את זה רק בגלל שיטת החקיקה, ולא מתוך מחשבה עמוקה למה רשות אחת כן ורשות אחת לא.
* שונה ללא הצדקה מההסדר בחוק יסוד: הממשלה- ההסדר בחוק יסוד הממשלה מתאים גם למשפט המנהלי הכללי שמאפשר ליצול לעובד ציבור בכל התנאים, אלא אם יש סיבה למה לא לאצול. כחזקה צריכה להיות חזקה הפוכה- מותר כל עוד אין סיבה שלא.

איסור אצילה לגורמים פרטיים

במשפט המנהלי קיימת חזקה נוספת לפי אין לאצול סמכות לגורמים פרטיים. בניגוד לחזקה של איסור האצלה, החזקה הזו של איסור האצלה לגורמים פרטים היא חזקה רצינית כלומר רק במקרים חריגים יסכימו לאצול סמכות לגורמים פרטיים.

1. ניגוד עניינים- בהרבה מאוד מקרים גורם פרטי שאוצלים לו סמכות ציבורית נמצא במצב של ניגוד עניינים שנובע מהאינטרסים האישיים שלו. ניתן לשאול מלכתחילה, למה שאדם פרטי ירצה לקבל סמכות? התשובה לכך היא שהרבה פעמים זה קשור באינטרסים הפרטיים שלו והתועלת שהוא יכול להרוויח מהסמכות. וגם אם אין לו אינטרס הוא יכול להיקלע לניגוד עניינים בשל היותו גורם פרטי שמספק שירות למגוון רחב של לקוחות.
2. קשיים בפיקוח- גורם שהוא גורם פרטי היכולת לפקח עליו והסנקציות שניתן להטיל עליו הרבה יותר מצומצמת מעבוד שהוא כחלק מהמערכת הציבורית.

**אצילה לעומת הסתייעות באחר**

אסור לאצול, ולעומת זאת חזקה כי כל עוד לא נקבע אחרת שלרשות מוסמכת (כולל לרשות הנאצלת, שקיבלה את הסמכות באצילה) מותר להסתייע באחרים. הסתייעות היא בעניינים טכניים ללא שיקול דעת מהותי. כמעט תמיד יש שיקול דעת, אך כל עוד הגורם בין אם בתוך השירות הציבורי ובין אם גורם פרטי, לא מפעיל שיקול דעת משמעותי בהגשמת הסמכות רואים אותו כמסייע בסמכות ולא כמי שהואצלה לו סמכות.

חשוב לזכור:

* מחד אצילה- חזקה היא שאסור לאצול.
* מאידך הסתייעות האחר- חזקה היא שמותר להסתייע באחר.

לעומת האצילה, החזקה היא שמותר להסתייע באחרים אלא אם כן החוק אוסר זאת במפורש או שיש אינדיקציה מיוחדת לפיה אסור להסתייע באחרים.

חשוב לציין כי סמכות לפגוע בזכויות אדם לעולם לא תוכל להיחשב כהסתייעות באחר. ניתן להעביר את הסמכות רק באצילה ולא ניתן להשתמש בדוקטרינת הסתייעות באחר. לא ניתן לומר שסמכות שמהותה וכרוכה בפגיעה בזכויות האדם היא סמכות טכנית בלבד שאחר יכול לסייע במילויה.

מה מקורו של הכלל?

יש גישה שהנציג שלה הוא השופט זמיר (שהיא לא הגישה המקובלת) לפיה הכלל של הסתייעות באחרים מקורו בחקיקה וזה לא רק המשפט המקובל של הפסיקה. מקורו הוא ס' 17ב של חוק הפרשנות- לפיו יש את הסמכות העיקרית ויש סמכויות עזר שהן לא זהות לסמכות העיקרית, אלא מתווספות עליה ולכן אם לא מדובר בסמכות עצמה אלא סמכות עזר אין איסור להסתייע באחרים בסמכויות עזר. מכל מקום, הפסיקה בדרך כלל לא הסתמכה על ס' 17 בפקודת הפרשנות.

כלומר לפי זמיר- הסמכות כוללת גם סמכויות משנה ולא רק מה שמעוגן בחוק. אם יש סמכות, היא כוללת לא רק את מה שנאמר במפורש בחוק אלא כוללת גם סמכויות עזר וסמכויות משנה. בסמכויות עזר ניתן להסתייע באחר, כלומר סמכויות שניתן להשתמש בהן בעת הסתייעות באחר. לדעת בנדור, יש קושי בגישתו של זמיר התולה בס' הזה את ההיתר להסתייע באחרים, שהוא גם על אחרים שהם גורמים פרטיים.

פס"ד עמותת עיר עמים

כפי שנפסק בפסק דין עמותת עיר עמים:

למה שם בית המשפט נזקק להסתייעות באחרים ולא אצילה? אצילה אסור לגוף פרטי, גם כשהיא מותרת (וחורגת מהחזקה של איסור אצילה) יש איסור כמעט מוחלט לאצול לגוף פרטי. אותה עמותה, עמותת אלעד היא גוף של המשפט הפרטי ולא חלק מהמשפט הציבורי.

"רוב הפעולות שביצוען נמסר לעמותה הן בעלות אופי תפעולי וחלקן האחר, אף שכרוכה בו הפעלה מסוימת של שיקול דעת, כפוף לפיקוח ולבקרה הדוקים של הרשות תוך שעיקר שיקול 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 האצלת סמכויותיה 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 לגביו נותרו בידי הרשות ובעובדה שהעמותה מחויבת בקבלת אישור מטעם הרשות לכל מהלך משמעותי שיש בו כדי להשפיע על אופיו של האתר"

בית המשפט הגיע למסקנה שמדובר בהסתייעות, גם אם יש בכל זאת בפעילות העמותה אלמנטים של שיקול דעת. כמובן שיש מקרים שלא ברור האם מדובר באצילה או הסתייעות באחר, וזה אחד מהם. ברוב המקרים מעשים יהיה ברור האם מדובר באצילה או בהסתייעות אל מול מקרים שזה קרוב אחד לשני. בית המשפט קיבל את ההחלטה שמדובר בהסתייעות למרות שברור כי לא מדובר רק בהסתייעות טכנית והיה לעמותה שיקול דעת בתפעול האתר.

1. **נטילת סמכות**

**נטילת סמכויות**

34.    שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לענין מסוים או לתקופה מסוימת.

קטגוריה נוספת של דיני הסמכה העשויה להתקיים לגבי סמכויות בחוקים ספציפיים, אך המשפט המנהלי הכללי לא קובע אפשרות כזאת. המשפט המנהלי הכללי מחות לחוק יסוד הממשלה אלא אם כן יש חוק ספציפי המאפשר נטילת סמכות. כלומר לא ניתן למעט במקרה של חוק ספציפי או הסדר הכללי בחוק יסוד הממשלה.

יש הסדר מכוח דיני ההסמכה בחוק יסוד הממשלה, וזאת בס' 34 לחוק יסוד הממשלה:

כלומר נטילת סמכות זה כשהשר הופך להיות הרשות המוסמכת, אם הוא נוטל את הסמכות בהתאם לכל התנאים הקבועים בס' 34:

1. שר צריך להיות ממונה על ביצועו של חוק- למשל חוק המים קובע ששר החקלאות ממונה עליו.
2. החוק נותן סמכות לרשות אחרת
3. השר רשאי לקחת לעצמו מהרשות המוסמכת את הסמכות שניתנה לה באותו חוק, בתנאי שהרשות המוסמכת היא עובד מדינה.

כשר הוא ממונה על ביצועו של חוק זה צריך להיות כתוב בחוק. חלק גדול ורוב החוקים בס' האחרון רשום כי שר כזה או אחר רשאי "יראוהו כאילו הוסמך לפי חוק זה". מצב שהשר ממונה על ביצועו של חוק. אבל זה ששר ממונה על ביצועו של חוק לא הופך אותו להיות הרשות המוסמכת או הרשות המוסמכת היחידה. יש הרבה מאוד חוקים שקובעים רשויות מוסמכות ושר שממונה על ביצוען, שבתוך החוק לגבי סמכויות ספציפיות נקבעו רשויות מוסמכות. במקרה שהחוק נותן סמכות לרשות אחרת, אז השר שממונה על ביצועו של חוק רשאי לקחת על עצמו מהרשות המוסמכת את הסמכות של הרשות המוסמכת כפי שהיא נקבעה באותו החוק.   
וזאת בתנאי שהרשות המוסמכת הוא עובד מדינה. למשל עובד מדינה לא נחשב ראש רשות מקומית, או עובד של תאגיד סטטוטורי. עובד מדינה הכוונה היא לעובדים של משרדים ממשלתיים. זה מוגבל רק לעובדי מדינה וזה לא חל על סמכויות בעלות אופי שיפוטי. כי אם מכוח חוק מסוים הקימו בית דין, בית דין במהותו הוא דומה לבית משפט גם אם היא ממוקם טכנית ברשות המבצעת. זה לא מתקבל על הדעת ששר פוליטי יטול לעצמו סמכות שיפוטית שלא נתונה לו אלא לגורמים אחרים גם אם השר ממונה על ביצוע החוק.

לדוגמא יש את המקרה של רפול כשר המים. יש את חוק המים, שמפנה הרבה מאוד סמכויות לעובד ציבור שנקרא נציב המים. נקבע בחוק כי השר הממונה על ביצועו הוא שר החקלאות. בעבר רפול שהיה שר החקלאות, מאיזושהי סיבה הוא הסתכסך והוא לא אהב פרופ' מסוים שתפקד כנציב המים. בשלב מסוים רפול נטל את כל סמכויותיו ולנציב לא נשארה לו שום סמכות.

דוגמא נוספת הוא זליכה כחשב הכללי. היה משבר גדול ברשויות שהלינו את שכר העובדים לתקופה ארוכה ולא הצליחו להגיע איתם להסדר. הממשלה ביקשה לשלם להם משכורת גם בהיעדר תכנית הבראה, אלא שהרשות המוסמכת לתוכנית הבראה היא לא הממשלה או שר האוצר, אלא זהו החשב הכללי. זליכה לא הסכים לכך, ובתגובה שר האוצר מכוח חוק שאמר שהשר המוסמך על הביצוע החוק הוא שר האוצר, למרות שהרשות המוסמכת הוא החשב הכללי, הוא נטל את סמכויותיו של זליכה.

נטילת סמכות זה לא דבר רגיל וצריכה להיות איזושהי סיבה.

**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- בהרבה מאוד מקרים המשפט המנהלי לא מכתיב את תוכן ההחלטה, אלא נותן לרשות המוסמכת שיקול דעת איזו החלטה לקבל מבין מבחר אופציות. הרשויות בין אם מדובר על רשויות נבחרות (שלה שיקול דעת רחב) או רשות מקצועית, בדרך כלל המשפט לא מכתיב לו את תוכן ההחלטה. שופטים לא יודעים מה ההחלטה הטובה ביותר מכיוון שאין להם את הכלים המקצועיים לדעת מהי ההחלטה הטובה ביותר וזה גם לא עניינם. התערבות של המשפט בתוכן ההחלטה זה רק במקרים קיצוניים ולא מכיוון שהם חושבים שלא התקבלה ההחלטה האידאלית. המשפט מאפשר לרשות המוסמכת- הנבחרת והמקצועית, לקבוע מהי ההחלטה הטובה ביותר.   
   אז איך בכל זאת המשפט מקדם בדרך שלו בלי לדעת בכל מקרה ומקרה מהי ההחלטה הטובה ביותר- בשאלה איך הוא מקדם סטטיסטית את קבלת ההחלטות הטובות ביותר מבלי שהשופטות יודעות מהי ההחלטה הטובה ביותר, לכאן נכנסים הליכי המינהל. ההנחה הסטטיסטית היא שהליכים ראויים והליכים חוקיים מנביעים ומובילים להחלטות שסטטיסטית יש סיכוי יותר גדול שהן נכונות מבחינה מקצועית. ברור שיכול להיות מצב שלא מתייעצים עם שום גורם או שומעים אף אחד, בכל זאת מתקבלת החלטה מושלמת, אך יכול להיות גם מצב שמתייעצים עם כולם, נותנים את זכות הטיעון ומקבלים החלטה נוראה. אך החשיבה היא מתוך הנחה סטטיסטית שככל שיש יותר מידע בפני הרשות שאותו היא מקבלת, לפני שהיא פועלת בהליכים שהמשפט המנהלי דורש, יש יותר סיכוי שהיא תקבל את ההחלטה הנכונה בלי שהמשפטנים יאמרו מראש מהי ההחלטה הנכונה. כך שערך מעשי אחד בחוקיות המינהל הוא שיפור קבלת החלטות כשאין למשפט יכולת לזהות מהי ההחלטה הנכונה מקצועית.

דוגמא לכך הם כללי הצדק הטבעי, שאחד מהם הוא זכות הטיעון\שימוע- כיצד העובדה שנותנים לאנשים שנפגעים מהחלטה, אפשרות לטעון את טענותיהם גם המשפטיות וגם העובדתיות לפני קבלת ההחלטה, עוזר לאיכות ההחלטה? משום שהם עשויים להביא בפני הרשות המוסמכת כל מיני שיקולים שהרשות לא חשבה עליהם לפני. אז ככל שהחלטה מתבססת על תשתית עובדתית ומשפטית עשירה יותר, יש סיכוי סטטיסטי רב יותר שזו תהיה החלטה הנכונה יותר לגופו של עניין, מבלי שהשופטים יודעים מראש מהי ההחלטה הטובה ביותר. איש מקצוע השומע טענות, לפעמים הטענות האלה הן טענות מבוססות שעשויות להשפיע על ההחלטה ולהביא אותו לקבל החלטה טובה יותר.

דוגמא נוספת שלא קשורה לכללי הצדק הטבעיים, הם כל מיני החלטות מנהליות שיש צורך להתייעץ בהליכי המינהל עם איזושהי רשות אחרי לפני שמקבלים אותן. הרציונל לכך שרשות צריכה להתייעץ עם השנייה (ולא לקבל ממנה רשות), המחוקק מניח כי ההתייעצות הזאת עשויה להועיל ולהוביל להחלטה יותר טובה. השופטים לא יודעים מהי ההחלטה היותר טובה אך באמצעות ההליכים, הם מיטיבים ברמה הסטטית את ההחלטה שתתקבל.

1. 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. ערך דאונטולוגי זה דבר שיש לו חשיבות בפני עצמו, יש לו ערך ערכי ללא קשר לתוצאות. כפי שניתן לומר שלכבוד האדם יש ערך דאונטולוגי, אז 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.

1. **כללי הצדק הטבעיים**

**מבוא**

הביטוי "כללי הצדק הטבעי"

שני הכללים המרכזיים ביותר בתוך ההליך המנהלי נקראים כללי הצדק הטבעי או "עיקרי הצדק הטבעי". הביטוי הזה הוא ביטוי שאין לא קשר לדבר אך הוא ביטוי מסורתי מהמשפט האנגלי הישן מהמאה ה18. אין לכללים שום קשר מיוחד לצדק, הם צודקים כמו כל כלל שנשאף אליו, הם כללים שלא קשורים למשפט הטבע, אלא זה ביטוי טכני מהמשפט האנגלי.

כללי הצדק הטבעי בעצם מתייחסים לשני הכללים החשובים ביותר בהליכי המינהל:

1. זכות הטיעון\ שימוע\ חובת השמיעה- אפשרות לטעון בפני הרשות, וזאת לפני שהיא מקבלת את ההחלטה.
2. הכללים בדבר איסור משוא פנים וניגוד עניינים- הכלל השני הוא בעצם משפחה של כללים.

מעמדם כמשפט המקובל

שני הכללים האלה הם כללים מהמשפט המקובל, ששיטת המשפט הישראלית ירשה מהמשפט המנדטורי. בדומה לשאר הכללים במשפט המנהלי הכללי במשפט המקובל, הם כללים לא כתובים אך הם כללים מחייבים כחלק מהמשפט המנהלי. כשם שהתורה בעל פה מחייבת, חלק מהמשפט הישראלי הם כללי הצדק הטבעי שמעמדם כמשפט המקובל. בדיוק כמו שדיני האצילה הכלליים (ולא אלה הכתובים בחוק יסוד הממשלה) הם גם כחלק מהמשפט המקובל וכחלק מהמשפט המנהלי בישראל. מבחינה מעשית מעמד כמשפט מקובל אומר כי בפירמידת הנורמות המשפט המקובל הוא שווה מעמד לחוק. אך יש לזכור כי בדומה לכך שחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, אז החוק המאוחר יגבר על המשפט המקובל. וכך גם כמו בחוק ספציפי על כללי- כללי הצדק המנהלי ייסוגו מהנורמות הספציפיות. אך כך עוד אין בחוק מסוים כלל הסותר את כללי הצדק הטבעי, אז כללי הצדק הטבעי של המשפט המקובל יחולו ומעמדם הנורמטיבי הוא כמו המעמד של חוק.

מעמד חוקתי- ככל שכלולים בזכות להליך הוגן כחלק מהזכות לכבוד האדם

עם זאת, זה לא לגמרי מדויק כי כאן נכנס המשפט החוקתי. אנחנו מדברות על כללי הצדק הטבעי כחלק מההליך המנהלי. לפי פסיקת העליון, חלק מזכות לכבוד האדם זו הזכות להליך הוגן כזכות חוקתית. בעצם ככל שהיבטים גם אם יותר מצומצמים של כללי הצדק הטבעי הם לא רק משפט מנהלי אלא גם משפט חוקתי כחלק מהזכות לכבוד האדם, אז הכנסת גם בחוק לא יכולה לפגוע בהם רק אם החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה. עד כה אין פסיקה ברורה מה מכללי הצדק הטבעי הוא כחלק מהזכות לכבוד האדם, ומה הוא רק פרוצדורה כעניין של חוק. אך כעניין מעשי, כמשפטניות, אם ניתקל במצב שבו חוק מפורש חורג מכללי הצדק הטבעי אז עד תחילת שנות ה90 המצב היה שחוק הוא נורמה מאוחרת ולכן נלך לפי הנורמה המאוחרת, אך ברגע שבית המשפט פירש את הזכות לכבוד האדם ככזו הכוללת גם ליבה של הליך הוגן, נוכל לטעון כי החוק בטל כי הוא פוגע בזכות להליך הוגן באופן שלא תואם את תנאי פסקת ההגבלה.

שתיקת חוק ספציפי= לא הסדר שלילי

מה קורה כאשר חוק ספציפי מתייחס לאחד מכללי הצדק הטבעי? כלומר קובע איזשהו הסדר שקשור לכללי הצדק הטבעי בעוד שהוא לא מתייחס לסיטואציה מסוימת ושותק כלפיה.

נניח חוק הקובע כי קרובי משפחה בן ובת זוג פסולים מלקבל החלטה על קרובי משפחתם, אך זה לא מתייחס לדודים, חברים, שותפים עסקיים. האם אנחנו נסיק מכך שהכנסת כן חשבה על סיטואציה של ניגוד עניינים ופסלה אנשים מסוימים? האם נסיק כי אנשים אחרים כן יכולים לקבל החלטה גם אם הם נמצאים בניגוד עניינים. כלומר בסיטואציה כזאת האם נפרש את החוק קובע הסדר שלילי- אם החוק קובע א' ב' ג' אז סימן שד' מותר לו, או שגם בהסדר כזה אין הסדר שלילי ואם החוק לא מתייחס במפורש אז נפנה לכללי הצדק הטבעי.

התשובה של בית המשפט העליון, כדוגמה בפסק דין עיריית ראשון לציון נ' הוועדה לבדיקת מינויים, שכל עוד החוק איננו מתייחס באופן חד משמעי לסיטואציה מסוימת וקובע חריג לכלי הצדק הטבעי, חוץ ממה שכתוב בחוק ממשיכים לחול גם כללי הצדק הטבעי של המשפט המקובל.   
בפס"ד עיריית ראשון לציון, עמד החוק שהתיר את מינוי ראש הרשות המקומית בתאגיד המים העירוני, למרות שלעירייה יש כל מיני אינטרסים החורגים מהמטרות של התאגיד. החוק גם מתיר בנפרש למנות כדירקטור את מנכ"ל העירייה. החוק לא אמר במפורש שמותר למנות את שניהם, ולכן מינו את שני בעלי התפקידים. החוק קבע כי למרות ניגוד העניינים, לגיטימי למנות את ראש הרשות. בס' אחר נאמר כי מותר למנות את מנכ"ל הרשות אך החוק לא אמר שמותר למנות את שניהם ביחד, ובאותו מקרה זה מה שנעשה. הוחלט למנות כדירקטורים בתאגיד המים גם את ראש העירייה וגם את המנכ"ל.   
בית המשפט קבע כי מאחר ויש בעיה מיוחדת של ניגוד עניינים ששניהם משרתים, זה מכפיל את ניגוד העניינים. כי כשהמנכ"ל שיושב עם הבוס שלו לצידו, הסיכוי שהוא יהיה דירקטור עצמאי (שהוא מינוי פוליטי ואישי) וישקול שיקולים אחרים, הסיכוי הוא קטן. ולכן בית המשפט הסכים לכך שניתן למנות את המנכ"ל כי החוק אישור, ובדומה לכך ניתן למנות את ראש העירייה כי החוק אישר. עם זאת, החוק לא אישר למנות את שניהם בו זמנית, אם נמנה את שניהם יש בעיה של כפל והגברת ניגוד העניינים- סיטואציה כזו, אנחנו חוזרות לכללי הצדק הטבעי הרגילים. וזאת מפני שלא ניתן להסיק מכך שהחוק מתיר למנות כל אחד מהם, ככזה המתיר למנות את שניהם ביחד. בסיטואציה כזו נחזור למשפט המנהלי הכללי, שהוא אוסר על ניגוד עניינים ולכן בית המשפט פסל את המינוי.

עיריית ראשון לציון נ' הוועדה לבדיקת מינויים

* החוק מתיר את מינוי ראש הרשות המקומית כדירקטור בתאגיד המים והביוב, ומתיר את מינוי מנכ"ל הרשות כדירקטור בתאגיד.
* החוק אינו עוסק בשאלה האם ניתן למנות את ראש הרשות והמנכ"ל יחד כדירקטורים.
* שאלה זו צריכה להיבחן על יסוד עקרונות הכלליים של דיני ניגוד העניינים (כחלק מכללי הצדק הטבעי).
* נוכח קיומם של יחסי כפיפות מובהקים בין המנכ"ל לראש העירייה, כהונת מנכ"ל העירייה לצד ראש העירייה בדירקטוריון עלולה לפגוע בעצמאות שיקול הדעת של המנכ"ל בתפקידו כדירקטור- כלומר להעמידו בניגוד עניינים מעבר למה שהחוק מתיר.

דוגמא נוספת הוא פס"ד ליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה. פקודת העיריות קבע רשימה של אנשים שלא יוכלו להיות חברים בוועדת הביקורת- דוגמא לכך הוא ראש העיר. קבעו רשימה של בעלי תפקידים, אך לא היה כתוב חבר בהנהלת העירייה. אז החליטה מועצת העירייה בהתאחדות האופוזיציה של הליכוד, למנה בוועדת הביקורת את חבר הנהלת העירייה. אז באה המועצה כי יש חוק ספציפי הקובע את מי אסור למנות, ולא נמצא בחוק את חבר הנהלת העירייה, ולכן המינוי כשיר. בית המשפט ענה לטענה זו שאין מדובר בהסדר שלילי- אם מכוח המשפט המנהלי הכללי בגלל בעיית ניגוד העניינים, גם את חבר הנהלת העירייה אסור למנות או כל אדם שלא מוזכר בחוק במפורש, אז אין הסדר שלילי. ולכן זה לא שחוק איננו יכול לחרוג מהמשפט המקובל, אך החריגה אמורה להיות ברורה, מפורשת, פוזיטיבית ולא מסיקים שאם החוק מתייחס לא' ולא מתייחס לב', אז ב' אפשרי. אחרים גם יכולים להיות פסולים מניגוד עניינים מכוח המשפט המנהלי הכללי שמעוגן במסגרת המשפט המקובל.

רציונליים

למה יש חוקים שקובעים הסדרים חלקיים- הרי אם יש ניגוד עניינים או זכות הטיעון לפי המשפט המנהלי הכללי, אז זה קיים מכוח זה, ולכן למה שיהיו חוקים שקובעים הסדרים חלקיים, שבכל מקרה חל הסדר יותר רחב. החוק הוא בעצם מיותר לגמרי, שהרי גם אם לא היה כתוב בחוק שראש הרשות המקומית לא יכול להיות חבר בוועדת ביקורת, הוא בכל זאת לא יכל להיות בגלל המשפט המקובל וכללי הצדק הטבעי של המשפט המנהלי הכללי. למה דרוש לכתוב אם רק אלה יהיו פסולים כשאנשים אחרים לא יהיו פסולים?

1. למען הסדר ספק- יש מקרים שיש פנים לכאן ולכאן, הכנסת חושבת על סיטואציות מסוימות ולא רצתה שיתחילו לדון בהם. וזאת משום שבפסיקה אין רשימה שאומרת כי מי הם האנשים הפסולים, התיאוריה לא תמיד הולמת את המציאות. יש מקרים שמטעמים כלכליים של יעילות, כדי למנוע את הסרבול של החלת הכלל של המשפט המנהלי הכללי שאף פעם לא פוסל על פי רשימה אלא בודק בכל מקרה לגופו ניגוד עניינים, הכנסת פוסלת רשימה מוגדרת של אנשים. אך זה שפוסלים מישהו מסוים אין זה מעיד על הסדר שלילי שמכשיר אדם אחר. כלומר לא מסיקים מעבר למה שנאמר במפורש בחוק. כלומר הסיבה הראשונה זה למען הסר ספק, כי הכללים של הפסיקה ויישום עמום, ולכן הכנסת רוצה שיהיה ברור ולא יתחילו לבחון כל מקרה ומקרה לגופו, עם כל העלויות והדיונים הדרושים לכך. הכנסת מנסה למנוע עמימות ובמקרים מסוימים גם אם אין בפועל ניגוד עניינים, היא תפעל מלכתחילה ותפסול את המינוי.
2. כלל שאינו מינהלי בלבד- סיבה שנייה הוא שהסבר בחוק הוא לא הסבר של משפט מנהלי כללי, אלא הוא גם הסבר למשל של משפט פלילי. אך למה זה משנה אם האיסור הוא רק במשפט המנהלי לבין המצב שהאיסור הוא גם במשפט המנהלי אבל גם פלילי? אם מפרים רק את הכלל של הפסיקה אז זה הפרה רק של המשפט המנהלי ויש תרופות מכוח המשפט המנהלי ולא הפלילי. ואם למשל ניקח דוגמא של אדם שמינה את חבר העירייה למרות שאסור לא להשתתף בישיבות, זה דבר אסור לפי המשפט המנהלי והתרופה תהיה ביטול המינוי. לפעמים במקרים שנראים לכנסת מאוד חמורים היא לא מסתפקת באיסור מכוח המשפט המנהלי אלא רוצה שיהיה גם איסור פלילי או ענף מהמשפט האזרחי, אבל אז היא צריכה לחקוק חוק מפורש. שהרי במשפט פלילי הפסיקה של המשפט המקובל לא חלה, וצריך לחוקק חוק. הכנסת אומרת כי מבחינתה שזה עניין חמור שקרוב משפחה מדרגה ראשונה, או ראש העירייה יושב בוועדת ביקורת על עצמו, אם הוא עושה דבר כזה נרצה להעניק לא רק תרופות מהמשפט המנהלי (שאז מספיקה הפסיקה) אלא גם תרופה מהמשפט הפלילי. אך על מנת שזה יהיה פלילי, הכנסת מראש צריכה להגדיר מה היא רואה כפלילי. ככל שהכנסת יכולה להגדיר מראש מהו גם איסור פלילי ולא רק בתחום המשפט המנהלי בזמן שהיא מחוקקת חוק, היא צריכה לעשות זאת. חוק ספציפי הקובע כללים החופפים באופן כללי את המשפט המינהלי, זה לא שהיא לא יודעת שהאיסור יותר רחב אלא הכנסת מתכוונת שמה שהיא אוסרת בחוק יהיה בגדר עבירה פלילית ולא רק הפרה של המשפט המינהלי.

**חריגים לתחולת כללי הצדק הטבעי**

כללי הצדק הטבעי אינם חלים באופן מוחלט. כלומר יש מקרים שבהם כללי הצדק הטבעי של המשפט המקובל\ המנהלי כללי אינם חלים.

1. חוק חוקתי- כלל צדק טבעי של הפסיקה לא יחול כשיש חוק מפורש, ספציפי וכו. אם חוק קובע באופן חד משמעי הסדר החורג מכללי הצדק הטבעי, אז החוק יגבר. אך כמובן הוא חייב לעמוד ולא לסתור חוקי יסוד. זה לא סתם שחוק יכול לחרוג מכללי הצדק הטבעי, אלא החוק עצמו צריך להיות חוק תקף שאיננו סותר את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ואיננו פוגע בזכות לכבוד האדם כחלק מההליך ההוגן באופן שלא תואם את פסקת ההגבלה.
2. צורך- חריג שני הוא חריג של צורך. הרעיון הוא שעם כל הכבוד להליכי המנהל, הליכים הם הליכים שמטרתם להוביל לקבלת החלטות. מקרה של צורך הוא מקרה שבו לא ניתן לקבל החלטה אם פועלים בהתאם לכללי הצדק הטבעי. לא ניתן לקבל החלטה או שמבחינה טכנית ניתן לקבל החלטה אך היא לא תוכל בשום פנים ואופן להשיג את מטרתה. שהרי המטרה של הליכים היא לאפשר קבלת החלטות ולא למנוע לגמרי אותן. ולכן יש מצבים שלפעמים נעניק את כללי הצדק הטבעי לאחר קבלת ההחלטה.

לדוגמא- מקרים שבהם ההחלטה של הרשות גם אם היא עלולה לפגוע באדם, אסור שאדם ידע על ההחלטה הזאת בזמן אמת, כי אחרת ההחלטה לא תהיה בת ביצוע והיא תסוכל. למשל צו חיפוש, ברור כי צו חיפוש פוגע בזכות לפרטיות, קניין וכו, אז למה לפני שמוציאים צו חיפוש לא פונים לאדם לחפש אצלו ומודיעים לו על כך. ההנחה היא שבמצב כזה, אדם יערך לקראת החיפוש כי הוא יודע על החלטת החיפוש. לפעמים מתן זכות הטיעון לפני החלטה איננה אפשרית משום שהיא מסכלת את היכולת לקבל החלטה, ועם כל החשיבות של כללי הצדק הטבעי, הם כללים לקבלת החלטות ולא כללים שמטרתם היא קבלת החלטות.   
דוגמא נוספת הקשורה לניגוד עניינים, לפעמים הרשות המוסמכת גם בהינתן אפשרות לאצול את הסמכות, בהגדרה נמצאת במצב של ניגוד עניינים. במצב שבו לא ניתן לקבל החלטה על ידי רשות שלא נמצאת במצב של ניגוד עניינים, כי הרשות המוסמכת נמצאת במצב של ניגוד עניינים והיא לא יכולה לאצול את הסמכות, אז כדי שניתן יהיה לקבל החלטה (שהרי המטרה היא קבלת החלטה ולא היעדר קבלת החלטות), אז זה מצב של צורך. למשל יש הרבה עתירות לבג"ץ נגד בית המשפט העליון או נגד בג"ץ עצמו. אם ההחלטה היא של הרכב מסוים של בג"ץ לא ישבו אותם השופטים שעותרים נגד החלטתם. אבל עדיין יש ניגוד עניינים, כי בג"ץ עצמו ממשיך לדון בעתירה למרות שהעתירה היא נגדו. מצב של צורך הוא מצב שלא ניתן לקבל החלטה או גם אם טכנית ניתן לקבל החלטה, היכולת לקבל החלטה אפקטיבית מסוכלת לחלוטין אם נפעל לפי הצדק הטבעי.

1. איזון אינטרסים- הקטגוריה השלישית שהיא כבר מעוררת קושי אך בפסקי דין שונים רואים מופעים שלה. החריג של כללי הצדק הטבעי שנובע מאיזון אינטרסים. בדרך כלל כדי לחרוג מכלל הצדק הטבעי, או שחוק מפורש צריך לאפשר חריגה או שיש צורך שלא ניתן ליישם את הכלל. במקרים רבים זה לא נוח לרשות להגשים את כללי הצדק הטבעי, זה זמן, פרוצדורה, משאבים, בטוחה בהחלטה שרוצה לקבל ולכן בדרך כלל הרשות תרצה שלא להפעיל אותם במגוון טענות, שבדרך כלל לא יקבלו אותן. קשה לעשות הכללה במשפט המקובל, אך פה ושם יש מקרים שבית המשפט כן מכיר בחריגה מהכלל. דוגמא לכך הוא פס"ד האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז.

פס"ד האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז

שדן בעתירה כנגד הריסה ואטימה של בתי מחבלים. הפרקטיקה מבוצעת למטרות הרתעה, ובית המשפט חשב שיש לצבא סמכות כזו במקרים המתאימים. ולכן במקרים מסוימים הורסים בתים של מחבלים גם כשהמחבל עצמו מת, אין קשר למשפחה וכו. בעיקרון רוב השופטים חושבים שהדבר הוא חוקי ויש לצבא את הסמכות להריסת הבית. עם זאת, לפני זה מתקיימים הליכים של זכות הטיעון טרם הריסת הבית.   
צה"ל עתר לבית המשפט בטענה כי לא נרצה לאפשר ולהעניק את זכות הטיעון, הואיל ויש חובה או צורך ביטחוני שההריסה תהיה מיידית. מתן זכות טיעון מעכבת את ההליך עד ששומעים את הטיעונים, פונים לבג"ץ ובסופו של דבר עוברים כמה חודשים שבזמן הזה האפקט המרתיע הוא אפקט פחות. מצד אחד יש את זכות הטיעון ומהצד השני יש את השיקול היבטחוני של רצון המיידיות.

בית המשפט מאפשר איזון האינטרסים- ניתן לאטום את הבית מבלי לתת את זכות הטיעון מאחר ואטימה היא עניין הפיך. ולעומת זאת לא הורסים בית מבלי לתת את זכות הטיעון כי הריסה היא בלתי הפיכה. בפס"ד ההבחנה בין אטימה להריסה נשמעת יפה, אבל מבחינת הפיכות היא לא לגמרי חדה. גם אטימת הבית הוא עניין בלתי הפיך, ושהיא נעשית ברמת בינוי של מומחה. גם אם ההבחנה החדה שבית המשפט ניסה ליצור היא לא לגמרי משכנעת, אך זה נובע ממקרה שזכות הטיעון שבית המשפט הכיר בה, עומדת אל מול הערך העליון של ביטחון המדינה, חיי אדם שבמקרה הזה בית המשפט היה מוכן לאזן בין השניים- זכות הטיעון אל מול ערכים אחרים. יש לציין כי בית המשפט אמר שכמובן אין זכות טיעון בזמן פעילות מבצעית שהרי זה מקרה של צורך, פגיעה בבית ובחיי אדם זה חלק מפעילות מבצעית ולא ניתן לקיים זכות טיעון לפני כל פגיעה כזאת.

אך זה מקרה חריג, בדרך כלל אם חל כלל הצדק הטבעי ואין מקרה של צורך, חריגה מפורשת בחוק חוקתי, אז אין איזון אינטרסים נוסף. אך יש מקרים חריגים שבית המשפט יכיר באיזון אך הם מקרים קיצוניים.

כעת נעבור לדיון וחלוקה בין שני כללי הצדק הטבעיים

1. **זכות הטיעון\ השימוע**

זכות הטיעון היא הזכות לטעון טענות לפני קבלת החלטה שעשויה לפגוע באדם.

**תחולת זכות הטיעון**

השאלה הראשונה שמתעוררת היא על אילו הליכים חלה זכות הטיעון? כאן יש הבחנה בין תחולה זכות הטיעון לסוגים שונים של סמכויות. כלומר התחולה של זכות הטיעון משתנה בהתאם להליך שבו מדובר- הליך חקיקתי, שיפוטי וביצועי.

אי תחולה על הליכי חקיקה

כאשר מדובר על הליכי חקיקה, קרי הליכים להתקנת תקנות, זכות הטיעון מכוח המשפט המנהלי הכללי לא חלה. אין חובה מכוח המשפט המנהלי הכללי, מכוח המשפט המקובל לתת לכל אדם שרואה את עצמו עלול להיפגע מתקנות של שר או רשות אחרת שוקלים להתקין, אין חובה לתת לו את זכות הטיעון לפני התקנת התקנות.

רציונל הצורך: הרציונל של אי מתן זכות טיעון בהליכי חקיקה הוא רציונל של צורך. ההנחה היא כי תקנות במהותן חלות על כל תושבי המדינה, כל האנשים שעוסקים במקצוע מסוים, אנשים שיעסקו בו בעתיד, ולכן אם יתנו לה לטעון טענות לפני תקנת התקנות, התוצאה המעשית היא שברוב העצום של המקרים לא ניתן יהיה להתקין תקנות. חשוב לזכור כי כללי הצדק הטבעי הם אמצעי לקבלת החלטות ולא אמצעי לאי קבלת החלטות. ההנחה של המשפט המנהלי הכללי היא שלא נותנים זכות טיעון בהליכי חקיקה מרציונל של צורך, יעילות, ומעשית לא ניתן להתקין תקנות באופן המתקבל על הדעת לכל מי שרואה את עצמו נפגע בעתיד מהן ולבוא לטעון טענות.

ביקורת על פי עקרון המידתיות: התפיסה הזאת של המשפט המנהלי הכללי היא בעצם לא תפיסה משכנעת. מאחר וההנחה של הפסיקה והמשפט המנהלי הכללי שיש שתי אפשרויות- יש זכות טיעון או שאין זכות טיעון. כלומר זכות הטיעון הרגילה זה בדרך כלל נכון שמתן זכות טיעון לכל מי שעלול להיפגע תסכל התקנת תקנות. אבל, המשפט המנהלי הכללי עובר מקיצוניות לקיצוניות- מכך שלא מעשי לתת זכות טיעון לכל אחד, אז לא אומר שלא צריך להיות הליך מותאם של זכות טיעון. הוכחה לכך היא הכנסת. בוועדות חקיקה של הכנסת, חלק משמעותי מאוד מהליך החקיקה זה שוועדה לפעמים מיוזמתה או פונים אנשים מראש, זה אנשים שבאים לטעון טענות לפגיעה והסתייגות מהחקיקה. אם כך בכנסת, מאפשרים לפי שיקול דעתו של יו"ר הוועדה להגיע ולטעון טענות, אין סיבה שאם כך פועלים לחוקי הכנסת, אז לא יתנהגו כך לתקנות שמתקבלות על ידי רשויות מנהליות. זה לא מידתי לנוע מהקיצוניות שלפעמים בלתי אפשרי מתן זכות טיעון אינדיבידואלית בהתקנת תקנות, לבין מצב שלא נותנים זכות טיעון ככלל. כלומר אי מתן זכות טיעון קלאסית הוא מצב לא מידתי. הכלל המסורתי הזה של אי תחולה של זכות הטיעון בהליכי חקיקה, לא עולה ולא מגשים את דרישת המידתיות.   
בהרבה מאוד מקרים מכוח הנחיות היועמ"ש, תקנון הממשלה, וכל מיני הנחיות פנימיות. יש הרבה מאוד תקנות שלאו דווקא מחובה משפטית, מתקינים אותן בהליך מסודר שכולל זכות טיעון. כלומר בפרקטיקה יש הרבה מאוד תקנות שיוצרות הליכים מותאמים להגשמת זכות הטיעון. בהרבה פעמים כן מאפשרים התקנת תקנות בצורה מסודרת שמגשימה את זכות הטיעון, גם אם אין זכות אישית לכל אדם. בפרקטיקה תקנות מתקבלות להליך דומה של הליך חקיקת חוקים, ויש הגשמה מסוימת של זכות הטיעון. אבל בסופו של דבר אנחנו הולכות לפי המשפט המסורתי והמקובל, לפיו זה לא העיקרון הכללי, העיקרון שרווח הוא עדיין אותו עיקרון מיושן לפיו בחקיקה לא צריך לתת את זכות הטיעון.

לפני שהרשות מתקינה תקנות (שעלולות לפגוע בזכויות ואינטרסים של התושבים), אין לכל אדם שהתקנה עשויה לפגוע בו זכות אישית לטעון טענות.

תחולה רחבה על הליכי שפיטה (הכרעה בסכסוכים)

בהליכי חקיקה ראינו את היעדרה של זכות הטיעון, אך כעת נשאלת השאלה מה בקשר להליכי השפיטה?

בהליכי שפיטה, לפחות לפי ההגדרה ובמובן הבסיסי של הכרעה בין סכסוכים, יש זכות טיעון אלמנטרית. כלומר לכל הצדדים לסכסוך יש זכות טיעון בפני בית המשפט, לפיה כל הצדדים יכולים לטעון את טענותיהם לפני שבית המשפט נותן פס"ד. זה גם המהות של ההליך האדברסרי, שזה הליך השפיטה המקובל בשיטה הישראלית, וכך גם בהליכי שפיטה שנערכים במסגרת המנהל הציבורי.

כפי שראינו גם חל עקרון הצורך ולכן יכולים להיות מקרים חריגים שלא אפשרי לקיים הליכים במעמד כל הצדדים, אלא רק במעמד צד אחד, ולכן יכולים להיות מקרים שרק לאחר קבלת ההחלטה, נותנים לאזרח אפשרות בדיעבד לטעון את טענותיו, כדי לבטל החלטה שיפוטית שהתקבלה. אך זה באמת במקרים חריגים ורק בהתאם לעקרון הצורך כשהוא חל. אבל כשמדובר בהליכים בעלי אופי שיפוטי, בוודאי כי בהגדרה הבסיסית של הכרעה בסכסוך, הרשות השיפוטית גם אם לא מדובר בבית משפט אלא ברשות שיפוטית אחרת שפועלת במסגרת המנהל הציבורי, מחויבת לשמוע את טענות שני או כל הצדדים לפני שהיא מקבלת את ההחלטה.

תחולה בהליכי ביצוע: החלטות הפוגעות בזכויות או באינטרסים

מה בקשר להליכי ביצוע? למשל החלטה לבטל רישיון הוא בתחום הביצועי של הרשות.

כאן המבחן הוא האם ההחלטה יכולה או עשויה לפגוע בזכות, או לפחות באינטרס של אזרח. ברור כי החלטה שלא יכולה לפגוע, אז אין משמעות להטלת חיוב להעניק את זכות הטיעון, שהרי נותנים את זכות הטיעון לאדם שיכול להיפגע מהחלטה ביצועית שבהגדרה היא החלטה אינדיבידואלית, המתייחסת לאנשים מסוימים. לכן במקרה כזה, לאותם אנשים שעלולים להיפגע בזכויותיהם או לכל הפחות האינטרסים שלהם, יש להם מכוח המשפט המנהלי הכללי זכות לטעון את טענותיהם בפני הרשות במעמד שקודם לקבלת ההחלטה. כך שקודם נשמעות הטענות, ורק בעקבות הטיעונים השונים הרשות רשאית לקבל את ההחלטה.

פס"ד מוסטקי: קושי מעשי- ככלל אינו שולל את הזכות

פס"ד בעניין ביטול ההכרה בלימודים באוניברסיטת לטביה, ושלוחותיה. זו דוגמא לכך שגם כאשר מדבור בהחלטות ביצועיות רבות, לגבי מספר גדול של אנשים, כל עוד מדובר בהחלטה ביצועית המתייחסת לאנשים אינדיבידואליים ולא מדובר בתקנות שלא נוגעות לאנשים ספציפיים אלא לקטגוריה רחבה, קיימת זכות הטיעון וזאת גם אם לרשות יש קושי מעשי. אין בקושי מעשי של הרשות, כל עוד זה לא ברמת הצורך שממש עולה למצב כי בלתי אפשרי לשמוע את הטיעונים של כולם, רשות חייבת מפני שבית המשפט פסק לשמוע את כל הטיעונים האישיים של כל מי שעלול להיפגע מההחלטה. בהערת אגב, ידוע כי לאחר שהוקמו ועדות לשמיעת טענותיהם של בעלי התארים בלטביה, כשליש מהבקשות התקבלו ובסופו של דבר לא נשלל מהם התואר. זה מוכיח כמה זכות הטיעון היא לא בגדר טקס, אלא דבר מועיל שיש בו כדי להשפיע על תוכן ההחלטה.

אפשר לומר שבמקרה של אדון מוסטקי, עצם ההחלטה של הרשות להכריע בצורה כללית וגורפת, התוצאה שלה היא שלילת זכות הטיעון וזה דבר פסול. זו הייתה החלטה הנוגעת לאנשים אינדיבידואליים ולא לאיזושהי קטגוריה מופשטת של מקרים, אלא לאנשים מסוימים שיש להם שמות, שכל אחד מהם למד לימודים שונים ונפרדים, כן נבחן וכו. עצם זה שהתייחסו לכך כהחלטה כללית, הדבר הזה היה פסול ולא היה מקום לקבל החלטה כללית מראש אלא לדון כל אדם בנפרד, ואז בדיון כזה קיימת מכוח המשפט המנהלי הכללי זכות טיעון אינדיבידואלית. כלומר במקרה מוסטקי עצם קבלת החלטה כללית, שהובילה לשלילת זכות הטיעון, היא הייתה פסולה.

שימוע בהליכי העמדה לדין

עצם העמדה לדין זה דבר שפוגע. בעבר הייתה מקובלת הגישה שעצם העמדה לדין זה אינה החלטה סופית, וזכות הטיעון היא במשפט הפלילי עצמו. הרשות והתביעה, מחליטה להעמיד מישהו לדין זה לא פוגע בזכויותיו המשפטיות אלא מהווה שלב מקדמי, ובעקבות זאת אם מחליטים להעמיד לדין, במשפט תהיה לנאשם זכות טיעון מלאה.

אנחנו יודעות שהתפיסה הזאת לא נכונה, כי עצם העמדה לדין יש בה פגיעה, במיוחד אם מדובר בעובדי ציבור (שהרבה פעמים משעים אותם בעקבות העמדה לדין). כבר משלב העמדה לדין אנשים צריכים לשכור עורכי דין, נמצאים במתח, צריכים להתכונן והחיים שלהם משתנים כבר מעצם ההחלטה להעמיד לדין. לומר שזה לא פוגע מכיוון שבמשפט הפלילי עצמו יש אפשרות לטעון טענות, זה לא סותר את הפוגענות שיש בהחלטה להעמיד לדין.

בעקבות זאת, בהדרגה בעצם נערכו כל מיני שינויי חקיקה שבהם נקבע הסדר לפיו בעבירות חמורות, לפי העונש שלהם (וגם עבירות שאינן חמורות אך חשבו כי בהן מן הראוי לאפשר זכות טיעון), אז יש שימוע לפני שהמדינה מגבשת החלטה להעמיד לדין. היא כמובן לא נותנת לכל אזרח במדינה זכות טיעון שאולי יעמידו אותו לדין, אך אם הפרקליטות הגיעה למסקנה כי יש לשקול העמדה לדין, אז באותן עבירות היא מזמנת את האזרח לטעון את הטענות בהליכי שימוע. שבעקבות כך הפרקליטות יכולה לא להשתכנע, להשתכנע או אפילו להעמיד לדין בעבירות יותר קלות).

זכות טיעון מוסדרת מכוח חוק סדר הדין הפלילי ולא קיימת לגבי כל עבירה. הכנסת יצרה כאן איזון בחוק מפורש- שבעבירות יותר קלות אין הליך מסודר, נפרד של שימוע לפני קבלת ההחלטה הסופית להעמיד לדין. יחד עם זאת, אם הסניגור כן רוצה להידבר עם הפרקליטות בעבירה יותר קלה ורוצה לשכנע אותה לשנות או לבטל את כתב האישום, הפרקליטות כן אמורה להתייחס ולשמוע אותו גם אם החוק קבע הסדר שלא מחייב אותה בגלל טעמים מעשיים לקיים הליך שימוע מסודר לפני קבלת ההחלטה.  
אך גם אחרי קבלת ההחלטה, העקרון לפיו נדרשים לשכנע את הפרקליטות לשנות אותה, ניתן לקיים לפני ההליך הפלילי ולפעמים בתוך במעין הליך שימוע. כלומר גם אם החוק קובע שבסוג של עבירות שאינן חמורות או המיוחדות שיש הצדקה לשימוע שם אין זכות טיעון, אז יכולה להינתן זכות כזו. היו מקרים שגם לאחר הגשת כתב אישום הפרקליטות מדברת עם הנאשם ומשנה את החלטתה.

**מתכונת זכות הטיעון**

פס"ד רחמני עסק במספר סוגיות מנהליות שונות. שוב, אנחנו נמצאות במסגרת המשפט המנהלי הכללי לפיו אין חוק, מדובר בפסיקה, שבהלכות יש דבר מעורפל.

* טיעון בפני מי?

שאלה אחת שאין לה תשובה אחידה היא זכות טיעון בפני מי- האם הרשות המוסמכת בעצמה צריכה לשמוע את הטיעונים, או שהיא יכולה לבקש מאיזשהו גורם בתוך המשרד לשמוע את הטיעונים. יש מקרים שהחוק עצמו קובע מי שומע את הטיעונים, אבל ברוב המקרים אין הסדר בחוק. בדרך כלל מאפשרים לרשות, במיוחד משר בממשלה, שגם אם בסופו של דבר הסמכות היא שלו, אז שהוא יוכל למנות עובד במשרד (שאז זה אפילו לא ייחשב כאצילת סמכות אלא סמכות עזר לשמוע את הטיעונים, לסכם אותם ולהעביר לרשות המוסמכת). כמובן שזה עניין של שיקול דעת, ונושאים שהם חשובים במיוחד מבחינתה של הרשות או האזרח הנוגעים בדבר, אז הרשות המוסמכת עצמה תשמע את הטיעונים אך אין חובה מוחלטת כזו. לא בטוח שכך זה תמיד רצוי אך כך עולה מהפסיקה.

* לפני קבלת החלטה

טיעונים חובה לשמוע אותם לפני קבלת ההחלטה, אלא אם כן החוק מאפשר אחרת או שקיימת סיבה ממשפחת הצורך. כלומר רשות לא יכולה קודם להחליט ואז לשמוע טיעונים על מנת לבטל את ההחלטה. הטיעון חייב להיות לפני קבלת ההחלטה, אלא אם כן יש צורך המשבש את כל היכולת לקבל את ההחלטה, כי עצם הכוונה לקבל את ההחלטה למשל אמורה להיות סודית, והודעה לפני לאזרח עשויה להוביל לכל מיני מניפולציות מצידו. אז במקרים של צורך, הטיעון יכול להיות אחרי קבלת ההחלטה, בניסיון לשכנע את הרשות לבטל את ההחלטה. אך כעיקרון ככלל, אם אין סיבה מיוחדת לחרוג, חוק ספציפי לא קובע אחרת, אסור לרשות קודם לקבל את ההחלטה.

יש לזכור כי הרציונל לזכות הטיעון הוא שהטיעון מספק לרשות מידע רלוונטי שחשוב שיהיה לה לפני קבלת ההחלטה, כך שלאחר קבלת ההחלטה יש פחות ערך למידע החדש. גם מבחינת שביעות הרצון של האזרח וההכרה שלו בלגיטימיות של ההליך המינהלי, היא תהיה יותר גבוהה אם מזמינים אותם לטעון ולשכנע לפני קבלת ההחלטה ולא אחריה. וגם מבחינת השיקולים של הליך הוגן בפני עצמו, הגינות ההליך כערך מחייבת שהטיעונים ישקלו לפני קבלת ההחלטה ולא אחרי.

* זכות טיעון לאחר המעשה?

מתי בכל זאת יכולה להיות זכות טיעון רטרואקטיבית? במקרים שיש עילות של צורך שמונעות קבלת ושמיעת טיעונים מראש, אז ברוח עקרון המידתיות אפשר לשמוע טיעונים לאחר קבלת ההחלטה. במצב של צורך לגיטימי, ניתן לשמוע את הטיעונים לאחר מעשה. עם זאת הרשות לא יכולה לומר שמראש הייתה פטורה לשמוע את הטיעונים לפני קבלת ההחלטה, היא לא יכולה לטעון שהיא גם פטורה לשמוע את הטיעונים לאחר קבלת ההחלטה.

עוד סיטואציה שבה בית המשפט יכול לאפשר את זכות הטיעון לאחר מעשה, זה אם הייתה הפרה- כלומר היה צריך לתת את זכות הטיעון מראש, לא נתנו אותה, אז האם הרשות לנצח תהיה מנועה לקבל החלטה? כלומר יבטלו את ההחלטה שהיא קיבלה, אך אם זה חשוב ציבורית לפעמים גם בחוסר השביעות הרצון, כסעד להפרת החובה, יאפשרו לתת את זכות הטיעון לאחר קבלת ההחלטה. ואז בדרך כלל זה לא יעשה בפני הרשות המקורית, אלא שהיא תאצול את הסמכות לאיזשהו גורם אחר שלו כבר אין דעה מוגמרת לגבי העניין, הוא יתחיל את התהליך מחדש.

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.

* יידוע של בעל הזכות במעוד מועד של מהות ההליך, העובדות והשיקולים

זכות הטיעון זה לא רק הזמנה של אדם לטעון טענות. כלומר הרשות לא רק מזמינה מישהו ומבקשת ממנו לטעון את הטענות, אלא צריך להגיד לו על מה מדובר, איזו החלטה יכולה להתקבל, מה העובדות שעומדות בפני הרשות שלאורך היא שוקלת לקבל את ההחלטה, מהם השיקולים שעומדים בפני הרשות שבגללם היא שוקלת לקבל החלטה שעלולה לפגוע בו.

היו לא מעט מקרים ופסיקות, ואף התייחסות בפס"ד רחמני- שבית המשפט אמר כי לא ניתן להזמין מישהו ולהפתיע אותו ולא לגלות לו את כל השיקולים. זכות טיעון משמעותה היא שזמן סביר לפני מועד הטיעון, אמורים ליצור קשר, לציין מהו בדיוק ההליך, שיהיה ברור כי מדובר זכות טיעון (יש לזכות לאנשים שרוצים להיות מיוצגים על ידי עורך דינם), כל מה שעומד בפני הרשות על מנת שהטיעונים יהיו טיעונים יעילים ושלא יבצעו את זכות הטיעון באופן שהיא לא תהיה זכות אמיתית.

* זכות טיעון משנית

זכות טיעון משנית זה כאשר הרשות שומעת את הטיעונים ולאחר מכן היא שומעת אנשים נוספים, מתגלים לה עוד חומרים, היא שוקלת וחושבת על עוד שיקול ואינטרס שלא היה בפניה כאשר התקיים ההליך המקורי של זכות הטיעון. במקרה כזה לכאורה הייתה ומומשה זכות הטיעון, אך יש לאדם את הזכות לפנות עוד פעם לאדם, ולומר לו מה השתנה בינתיים ואיזה עוד שיקולים התעוררו, לציין בפניו מה חדש ולאפשר לו בזכות טיעון משנית להשלים את הטיעון לגבי הדברים החדשים.

* הגינות במסגרת מתחם הסבירות (ובכפיפות להליכים בחוק): בכתב או בעל פה, ייצוג משפטי, הגבלות על הטיעון.

מכיוון שאין חוק והכל במסגרת הפסיקה והמשפט המקובל, יש הרבה מאוד דברים שאינם ברורים וחדים. בית המשפט אומר כי זכות הטיעון צריכה להיות הוגנת וצריכה להינתן בצורה הוגנת. אם אין חוק ספציפי המפרט בדיוק את הפרוצדורה ואת ההליך, אז הטיעון צריך להיות הוגן בנסיבות העניין, שהרבה פעמים לא ניתן לדעת מה זה הוגן מראש.

למשל יש הרבה פעמים שאלה האם כדי שהזכות תהיה הוגנת, אז הטיעון צריך להיות בעל פה או שניתן להסתפק בכך שאדם שעלול להיפגע ישלח בכתב את הטיעונים. בדרך כלל הפסיקה לא מחייבת בעל פה ומכירה בכך שטיעון הוגן יכול להיות גם בכתב, אך זה לא תמיד כך. יש סוגים מסוימים של מקרים שכן נצפה שהליך הטיעון יהיה הוגן ואפקטיבי גם טיעון בעל פה. בעיקרון כל עוד אין מקרה חריג שקבוע בחוק, אדם לא צריך לטעון בעצמו, ויש זכות ייצוג על ידי עורך דין. חוץ ממקרים חריגים ביותר הקבועים בחוק, תמיד הטיעון יכול להישמע על ידי עורך דין.

לרשות כן יש במתחם ההגינות והסבירות להגביל את הטיעון. שהרי מישהו יכול לבוא ולטעון במשך עשרה ימים, או אם מדובר בטיעונים בכתב אז לשלוח 1,000 עמודים. במסגרת ההגינות רשות יכולה להגביל זמן מסוים לטיעונים, כפי שבית המשפט הרבה פעמים עושה.

אך מה המבחן? כמובן שאין מבחן כשאין חקיקה, אך אם זה מגיע לבית המשפט הוא קובע האם במסגרת מתחם ההגינות והסבירות, האם המגבלות שניתנו על ידי הרשות הן עדיין עומדות ושומרות על הגינות הטיעון. אך כמובן שכדי שאנשים לא ימנעו מהרשות לקבל החלטות יעילות וידרשו לטעון במשך שעות על גבי שעות, אז הרשות יכולה להטיל מגבלות אך הטיעון צריך להיות הוגן.

1. **כללים בדבר איסור משוא פנים וניגוד עניינים**

לא מדובר בכלל אחד, אלא משפחה של כללים שונים שיש להם מכנה משותף וביחד הם אחד משני הכללים המרכזיים של הצדק הטבעי. כעת נפנה לכללים בדבר איסור משוא פנים וניגוד עניינים.

**כללי**

כללי הצדק הטבעי נוגעים להליך ולצורת קבלת ההחלטה ולא לתוכנה: נקודה שרבים מתבלבלים בה בגלל הביטוי משוא פנים. יש לזכור כי מדובר בכללים הנוגעים להליכי המינהל, יש הגבלות על שיקול הדעת המנהלי ותוכן ההחלטות, אך זה לא קשור לכללי הצדק הטבעי. כלל הצדק הטבעי בדבר איסור משוא פנים וניגוד עניינים, לא קשורים לשיקולים בקבלת ההחלטה ותוכן ההחלטה. וזאת משום שכדי לקבל את ההחלטה, אסור לרשות להיות במצב של משוא פנים או ניגוד עניינים כפי שהמשפט המנהלי הכללי מגדיר אותם. אנחנו לא מדברות על שיקולים שהרשות שקלה או בתוכן ההחלטה, אלא מדובר בתנאים הליכים שהם תנאים מקדמיים לעצם הסמכות או החוקיות של הליך קבלת ההחלטה. אם יהיו שיקולים זרים ופסולים זה כבר עניין אחר ולא קשור להליכי המינהל.

מצבים אובייקטיבים כמכנה המשותף: מהו המכנה המשותף של איסור משוא פנים לניגוד העניינים? אלו מצבים אובייקטיבים של חשש למשוא פנים. מהבחינה הזו של מצבים אובייקטיבים שבהם המצב של הרשות הוא כזה שגם אם מדובר בעובדי ציבור ישרים, הוגנים וכאלו העובדים בתום לב, הם עלולים לקבל החלטה מתוך משוא פנים, שיקולים זרים, הטיה. כשדיברנו על הרציונליים של כללי הצדק הטבעי, אמרנו כי המשפט איננו יודע לזהות החלטה כהחלטה בלתי ראויה מראש, כי החלטות הן בתחומים מקצועיים שונים והרשות תמיד תנסה להציג את השיקולים שלה כשיקולים תקינים. ההליכים המינהליים מנסים כמה שאפשר לפחות כעניין סטטיסטי, למקסם את הסיכוי שתתקבל החלטה ראויה, ובהקשר שלנו באמצעות הטלת איסור על מצבים אובייקטיבים ועובדתיים מסוימים. אנחנו לא נחשוב ונמצא בתוך הראש של עובדת ציבור אלא יש מצבים אובייקטיבים שהחשש שעלולים להביא להחלטה לא ראויה ונכונה, בלי שבית המשפט לומר לפי תוכן ההחלטה האם היא ראויה או לא.

1. **ניגוד עניינים**

ניגוד העניינים הוא מצב שבו לרשות המוסמכת יש לצד האינטרסים שהיא מופקדת עליהם, השיקולים הרלוונטים להפעלת הסמכות, גם אינטרסים אחרים- אינטרסים אישיים וציבוריים.

**מהו ניגוד עניינים?**

פס"ד דגש סחר חוץ (ספנות) נ' רשות הנמלים

בפס"ד דובר על ניגוד עניינים. ניגוד עניינים הוא מצב שבו אדם שאמור לקבל את ההחלטה, באופן אובייקטיבי יש לו אינטרסים אחרים, אישיים, פרטיים ואף אינטרסים הנובעים מתפקיד ציבורי אחר שעלולים לשבש את תוכן ההחלטה שלו מתוך ערבוב של האינטרסים. לכן מראש, כאשר לאדם המוסמך לקבל את ההחלטה, יש לו אינטרסים אובייקטיבים שאפילו מבלי כוונה עלולים לשבש את ההחלטה ולגרום לקבלת החלטה מתוך שיקולים זרים ולא רלוונטיים, אז במצבים כאלו נאסור עליו לדון בעניין ולאצול את הסמכות לגורם מוסמך אחר שאיננו נמצא במצב של ניגוד עניינים לקבל את ההחלטה.

האיסור על ניגוד עניינים במשפט הציבורי אינו מתמצה במצבים של וודאות לקיומו של ניגוד כזה. הוא נועד גם לקדם פני סכנה כי אמון הציבור עלול להיפגע עקב חשש לקיום ניגוד עניינים בעובד ציבור. לפיכך, אין צורך בהוכחת התממשות של ניגוד אינטרסים בפועל, אלא די בחשש סביר כי פעולתו של ממלא תפקיד במערכת הציבורית תיעשה בצילם של אינטרסים נוגדים.

ההנחה היא שאנשים שנמצאים במצב של ניגוד עניינים, גם אם הם אנשים ישרים, הם יכולים להטות את ההחלטה לטובת אינטרסים אישיים שיש להם. למשל אם אדם ידון בשאלה שנוגעת לזכויות של הבן שלו, הוא יטה לקבל החלטה לטובתו למרות שבמצב אחר שהוא היה שוקל רק את השיקולים הרלוונטים לנושא, הוא היה מקבל החלטה אחרת.   
הניסיון מראה כי דווקא לגבי אנשים ישרים, כשיש להם אינטרס אישי, מכיוון שהם ישרים זה עלול לגרום להם לקבל החלטה דווקא נגד האינטרס האישי שיש להם. דווקא אנשים ישרים שהם רוצים להיות בסדר, גם נמצא להם בראש שיקול בלתי ענייני. ולכן אנחנו לא תמיד יודעות לאן הולך השיקול ומה קורה בראש מקבל ההחלטה, אך מראש זה לא בריא ולא נכון שאדם שיש לו סמכות ציבורית, יהיו אינטרסים לא קשורים כי אנחנו לא יודעות מה הוא שוקל. מראש בזכות הכלל של איסור ניגוד עניינים נרצה למנוע מקרים כאלו.

מבחן החשש הסביר

עם זאת, כפי שראינו בפס"ד מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה במחוז הצפון, כי לא כל ניגוד עניינים הוא אסור ופוסל את ההחלטה המנהלית. כלומר עצם מצב של ניגוד עניינים איננו אסור, כי אין כמעט מקרה שאין ניגוד עניינים תיאורטי. בעולם מושלב עצם ניגוד עניינים היה פוסל אדם מלכהן בתפקיד, אך בפרקטיקה אין כמעט מצב שבו ואפילו בדרך עקיפה שלא יהיה אינטרס אישי או ציבורי, לרשות המקבלת החלטות הנובעים מהמצב האישי או מתפקיד ציבורי אחר שלה.

דוגמא לכך יכולה להיות בעניין המפקח על הבנקים, עצם זה שיש לו חשבון בבנק יש לו כבר ניגוד עניינים ואינטרס מיוחד ביציבות ובעמלות שגובה הבנק. אם אנחנו נפסול כל מקרה בשל ניגוד עניינים אז אנחנו בפועל נמצא כל ניגוד עניינים גם אם הוא רחוק ותיאורטי. לכן השאלה היא מה ניגוד העניינים שפוסל את ההחלטה. אם יש לו בעלות או חלק מהבעלות בבנק זה ניגוד עניינים בעוצמה גבוה שיפסול. כלומר לא כל ניגוד עניינים פסול, אלא הפסילה תלוי בעוצמה של ניגוד עניינים. כך שרק עוצמה חמורה ומשמעותית של ניגוד עניינים פוסלת.

המבחן לניגוד עניינים הוא לא לגמרי ברור אך הוא מבחן החשש הסביר. עוצמה של ניגוד עניינים שאוסרת על רשות לקבל החלטה, היא במידה וקיים חשש אובייקטיבי סביר שכתוצאה מהאינטרס הנוגד, הרשות תשקול שיקולים זרים שנובעים מהאינטרס הזר. הרבה פעמים בפסיקה גם כותבים חשש סביר לניגוד עניינים, אך זה לא נכון. ניגוד עניינים קיים ולכן השאלה היא לא האם יש ניגוד עניינים אלא האם יש חשש סביר כי ניגוד הענייניים הקיים יוביל אדם סביר לשקול אינטרסים שמקורם במצב ניגוד העניינים- כמו קרבה אישית, כספית, ציבורית ולא די באיזשהו חשש רחוק ותיאורטי. מנגד גם לא צריכה להיות איזושהי וודאות מוחלטת להשפעה של שיקולים זרים, צריך להיות חשש הגיוני (שקשה מאוד לכמת באחוזים). צריך לראות כי מדובר בחשש שאיננו רחוק ותיאורטי, אלא חשש אמיתי שעל סמך שכל ישר צריך לבחון האם יש חשש סביר שלאדם רגיל יש אינטרס בקבלת ההחלטה שחורג מסך השיקולים הרגיל, ועלול להוביל לכך שישקלו שיקולים לא רלוונטיים.

כך שהמבחן של החשש הסביר מחפש חשש סביר ולא חשש תיאורטי, חשש כזה שאדם רגיל וישר יתקשה שכשהוא מפעיל סמכות להתנתק מאינטרסים אחרים שיש לו. הרעיון הוא שאם אדם רגיל עשוי באופן סביר גם הוא פועל בתום לב, לקחת בחשבון את האינטרס הפרטי או האינטרס הציבורי המתנגש, אז אסור לו לקבל את ההחלטה או להיות חלק מהליך ההחלטה. אינטרסים יכולים להשפיע על אנשים ישרים דווקא מהכיוון ההפוך. הם יכולים לקבל החלטות כדי שכולם יחשבו שהם אנשים ישרים, ולקבל בעצם החלטות שהן בכיוון ההפוך מהאינטרס שלהם (שגם זה לאו דווקא תקין, כי יכול להיות שהם יחמירו במקום שלא צריך).

**הרציונליים לאיסור ניגוד עניינים**

1. מניעת שיקולים זרים- בדיעבד אנחנו לא יודעות האם היו שיקולים זרים. רשות בדרך כלל לא תודה שהיו לה שיקולים זרים והיא תציג אפילו בפני עצמה את השיקולים שלה כשיקולים טהורים. אנחנו מראש לא יודעות האם היו או לא היו שיקולים זרים ולכן נרצה למנוע את זה. אנחנו מונעות ניגוד עניינים בזכות הכלל לאיסור ניגוד עניינים משום שאם יש ניגוד עניינים משמעותי מהסוג שיוצר חשש סביר להתייחסות לשיקולים זרים, אז מראש נמנע מאדם כזה להיות במעמד קבלת החלטות. וזאת בכדי למנוע מסיטואציות שבהן האינטרס הנוגד יוצר חשש סביר כי השיקולים האלה ישקלו.
2. שמירת טוהר המידות- לצד מניעת שיקולים זרים יש גם את האינטרס העוצמתי של שמירת טוהר המידות. הרבה פעמים פעולה מתוך ניגוד עניינים עלולה להביא לשחיתות, סותרת את טוהר המידות. תוך שמירה על טוהר המידות נביא גם לשמירת אמון הציבור, וזאת בכך שהם יודעים שאנשים ישרים הם אלה שמקבלים את ההחלטה. אם יש ניגוד עניינים, נשמור גם למראית העין על טוהר המידות ואמון הציבור.

**אינטרס פרטי מול אינטרס ציבורי**

מבחן החשש הסביר זה המבחן שחל כאשר ניגוד העניינים הוא על רקע פרטי. כלומר מול האינטרסים הציבוריים הכרוכים בתפקיד יש גם אינטרסים פרטיים ואישיים- חברות, קרבת משפחה, אינטרסים כללים. ניגוד עניינים על רקע פרטי המבחן הוא מבחן של חשש סביר.

יש גם מקרים שבהם ניגוד העניינים הוא בין שני תפקידים ציבוריים, כלומר מצב ניגוד העניינים לא נובע מאינטרסים אישיים, אלא אינטרסים הקשורים בתפקיד ציבורי אחר. דוגמא לניגוד עניינים על רקע ציבורי, היא שלמשל בעבר במשך שנים, ראשי רשויות מקומיות יכלו להיות חברי כנסת ולהיפך. הרעיון היה שמדובר בשני תפקידים ציבוריים, אך חבר כנסת אמרו לשקול שיקולים של כלל תושבי המדינה ואזרחיה, ולעומת זאת מי שיש לו תפקיד ציבורי של ראש רשות מקומית, עומדים לנגד עיניו אינטרסים מגזריים של הרשות שהוא עומד בראשה.

במקרה של אינטרס ציבורי עולה הטענה כי במקרה כזה המבחן לניגוד העניינים צריך להיות יותר מקל ופחות מחמיר. מאחר ולפעמים יש אינטרס שאדם איכותי ימלא יותר מתפקיד אחד, ולכן יש שופטים שאומרים כי במקרה כזה יש להחיל מבחן יותר מקל, לפיו רק כשיש אפשרות ממשית ולא נסתפק בחשש סביר כדי לפסול, ונסתפק בחשש יותר גדול מסביר. אלו מילים שקשה לכמת אותם, אך נניח כי חשש סביר מהווה 10% מהחשש שישקלו שיקולים זרים, לעומת האפשרות הממשית שהיא 20% שישקלו שיקולים זרים. זה אומר כי אם ניגוד העניינים הוא על רקע מוסדי אז אם יש רק 10% שישקלו שיקולים זרים אז בכל זאת יאפשרו לקבל את ההחלטה. כי אם אדם הוא ראוי והמטרה היא ציבורית כדאי לאפשר לו למלא שני תפקידים ציבוריים, וזאת כל עוד אין אפשרות ממשית שזה מבחן גבוה יותר מחשש סביר לשקילת שיקולים זרים בפועל.

עדיין הפסיקה לא הכריעה בין שתי הגישות, והשאירו את השאלה כשאלה פתוחה. כך שבעוד שלגבי אינטרס פרטי הכריעו כי מתקיים מבחן החשש הסביר, בניגוד עניינים על רקע מוסדי (הקשור לתפקיד אחר של עובד הציבור ואז השאלה האם הוא רשאי למלא את שני התפקידים במקביל) עדיין השאלה בצריך עיון- בין חשש סביר לאפשרות ממשית.

למה עשרות שנים בית המשפט לא מצליח להכריע? ההבחנה בין חשש סביר לאפשרות ממשית היא לא ברורה, יש בזה רכיב אינטואיטיבי. אף אחד לא יודע להגדיר בצורה ברורה ומדידה מה ההבדל בין חשש סביר לחשש של אפשרות מעשית. ובסופו של דבר או שאין אפילו חשש סביר, או שיש אפשרות ממשית, כלומר עוד לא היה מקרה שבית המשפט אמר כי יש חשש סביר אבל הוא לא פוסל כי אין אפשרות ממשית. אם בית המשפט באמת חושב שיש חשש סביר, גם בניגוד עניינים על רקע מוסדי הוא כבר יגיע למסקנה כי זו אפשרות ממשית שמספיקה לפסילה. כלומר לבית המשפט או היועץ המשפט לא נוח להגיע לתוצאה שאומרת באופן פוזיטיבי כי יש ניגוד עניינים על רקע מוסדי, יש חשש סביר ובכל זאת לא נפסול כי אין אפשרות ממשית. יש חוסר נוחות בהגעה לחשש סביר, גם אם הוא על רקע ציבורי.

יכול להיות שאחת הסיבות שבית המשפט נמנע מקביעת רף שונה ומבחנים שונים בחשש לניגוד עניינים מוסדי, היא בשל שחלק גדול מהמקרים הציבורי הוא אישי. כלומר, ההנחה שעומדת ביסוד ההבחנה שבין עניין מוסדי טהור לבין אינטרס אישי היא לא קורית בפרקטיקה, קשה להבחין באופן חד בין אינטרס אישי טהור- כלכלי אישי, קרבת משפחה וכדומה לבין אינטרס שנובע מתפקיד ציבורי, שאנשים רוצים להצליח בו, רוצים שיבחרו אותם להמשך כהונה בתפקיד וכן הלאה. ההבחנה עצמה היא הבחנה קשה להתחיל להבחין מה הוא בדיוק סוג האינטרס הנוגד- האם זה באמת אינטרס מוסדי טהור, או שגם באינטרס המוסדי יש אינטרס פרטי.

פס"ד דגש:   
בפס"ד נקבע כלל מאוד חשוב. בתקופה של הפרטה יש הרבה מאוד סמכויות ציבוריות שמועברות לגורמים פרטיים. לא יכול להיות שעצם העברה של סמכות שהיא ציבורית במהותה לא גורם פרטי, הוא הופך להיות מן גוף דו מהותי, כי הסמכות נשארת ציבורית, אז זה יפתור את הגוף הפרטי מן התחולה של האיסור של ניגוד העניינים. ולכן גם אם סמכות ציבורית מופעלת במסגרת מדיניות הפרטה אצל גורם פרטי, עדיין לגורם הפרטי אסור לפעול במצב של ניגוד עניינים, כי מה שחשוב הוא שהסמכות היא בעלת אופי ציבורי. אף פעם לא היה מקרה שבית המשפט אמר כי יש חשש סביר, אין אפשרות ממשית ולכן ניתן לקבל את ההחלטה.

**פסילה מכהונה או הדרה מהדיון?**

בפס"ד מושלב נשאל האם יש חשש לניגוד עניינים. לדעת בנדור בוודאי שיש ניגוד עניינים כי כמעט תמיד יש ניגוד עניינים, ולכן השאלה היא לא האם יש ניגוד עניינים אלא מה העוצמה של ניגוד העניינים- האם הוא בעוצמה מספיקה על מנת לפסול ולמנוע מהרשות לקבל את ההחלטה.  
לפעמים מתעוררת שאלה, האם במצב של ניגוד עניינים צריך לפסול אדם מלמלא תפקיד כי במסגרתו הוא עלול להיקלע למצבים של ניגודי עניינים, או די בכך שהוא יפסל מקבלת החלטות מסוימות וספציפיות שבהן יש חשש לניגוד עניינים.

פס"ד מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז צפון:   
לכאן נכנס פס"ד בעניין מושלב- שדן בשאלת הכהונה וקבלת החלטות של חברי קיבוץ בענייני תכנון ובנייה. בעצם רשות התכנון והבנייה דנה בבקשה תכנונית שנוגעת לקיבוץ עצמו. שם 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.

התפיסה במושלב היא ברוח ותפיסה שבמהותה היא של מידתיות. תפיסה לפיה אם אפשר לצמצם את הפסילה להחלטה מסוימת. אם צריך לצמצם אותה להחלטה המצומצמת הזאת, ורק אם התפקיד בכללותו כרוך בניגוד עניינים נפסול את האדם מלכהן. כלומר אם התפקיד במהותו, כלל ההחלטות בתפקיד מעוררות חשש לניגוד עניינים, אז אין מה לעשות וצריך לפסול פסילה כוללת מלשמש בתפקיד (כמו ועדת ביקורת בהשתתפות של חבר ההנהלה- שתפקידה היא ביקורת על ההנהלה). אבל אם נותן לומר שיש ניגוד עניינים רק בקשר להחלטות ספציפיות, אז במסגרת מידתיות לא יפסלו אדם לגמרי אך ידירו אותו מהדיונים שעולה החשש ובהחלטה. וזה בדיוק מה שהיה בפס"ד מושלב- פסילה מלדון בכמה עניינים שיש להם ניגוד עניינים בעוצמה של חשש סביר, אך בהחלטות אחרות שבהן אין חשש סביר, לא פוסלים אותו מעצם התפקיד והוא רשאי להמשיך לכהן בתפקיד כל עוד הוא לא מעורב בקבלת החלטות באותם מקרים של ניגוד עניינים.

סעיף 47א הנ"ל מלמד על כך שאחת מהסיטואציות בתחום פעילותם של מוסדות התכנון בהן מתעוררת אפשרות ממשית לקיומו של ניגוד עניינים מוסדי מתרחשת כאשר נציג של גוף שיזם את התכנית משתתף בדיון שנערך בקשר להתנגדויות לאותה תכנית. בנסיבות מעין אלה ברי כי קיים חשש אינהרנטי להימצאותו של אותו נציג במצב של ניגוד עניינים מוסדי, שכן מחד יש לו אינטרס לקדם את אישור התכנית שיזם הגוף בו הוא חבר, ומנגד הוא נדרש לדון בצורה עניינית וללא משוא פנים בהתנגדויות לאותה תכנית עצמה. המחוקק צפה את הקושי הטמון בסיטואציה זו בכל הנוגע לחברים במוסדות תכנון הדנים בהתנגדויות או בעררים על תכניות שיזמו גופים אחרים שבהם הם חברים, ועל כן קבע את האיסור על ניגוד עניינים בסעיף 47א לחוק התכנון והבניה.

פס"ד רמות למען הסביבה:   
פס"ד דיבר על סיטואציה שבה רשות ציבורית מסוימת בעצם הגישה כעניין ציבורי, ובמסגרת תפקידה הציבורי הגישה בקשה לאישור. 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 הרשות שהגישה את התוכנית, כלומר אותה מהנדסת שעיצבה את התוכנית, היא גם השתתפה 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.

1. **איסור משוא פנים**

קטגוריה מעניינת הקשורה לניגוד עניינים היא איסור משוא פנים. בעצם אם נחשוב מה הבעיה ומדוע מבקשים למנוע מצבים של ניגוד עניינים, הטעם המרכזי לכך הוא לוודא כמידת האפשר ששיקול הדעת יופעל באופן ראוי ושיניב את החלטה הנכונה ביותר מבחינה מקצועית מבלי שהמשפט מגדיר בתוכן מהי ההחלטה הנכונה. המשפט לא אומר מראש ובחוק לא כתוב האם תוכנית כזו או אחרת היא חוקית או לא חוקית, לכן והמטרה המרכזית היא שבלי שבית המשפט יודע להגדיר משפטית מהי התוכנית הטובה ביותר, נוכל למקסם סטטיסטית שיתקבלו החלטות נכונות מבחינה מקצועית. אחת הדרכים למי שמשקבל את ההחלטות לא יפעל כשיש לו גם אינטרס משמעותי אחר שיוצר חשש סביר.   
אז בעצם הרעיון הוא למנוע מראש משוא פנים, למנוע מראש שיקול שאיננו שיקול ענייני ושעלול להשפיע על תוכן ההחלטה שתתקבל.

**מהו משוא פנים?**

יכולים להיות גם מצבים גם אם הם יותר נדירים, של איסור על מצב של משוא פנים שאיננו נובע מניגוד עניינים. מטבע הדברים צריך להיזהר, משום שמשוא פנים מתפרש כדעה קדומה. הליכים מנהליים להבדיל מהליכים שיפוטיים אחרים (שהשופטים הם ניטרליים, אין להם מגמה לא לפה ולא לפה, שומעים את כל הצדדים ואז מחליטים), במשפט המנהלי ההחלטות הטיפוסיות הן בדרך כלל החלטות ביצועיות. בהחלטה ביצועית מי שיוזם את ההחלטה הוא לא גורם חיצוני לרשות כשהרשות יושבת באופן ניטרלי (שומעת טענות לכאן ולכאן ומקבלת את ההחלטה). בדרך כלל הרשות עצמה יוזמת את הפעולה והטיפול בעניין, ולכן מטבע הדברים יש לה הטיה ומשוא פנים מסוים. היא לא נמצאת בניגוד עניינים אך מן הסתם שאם הרשות יוזמת את ההליך, אז יש לה הטיה ומשוא פנים לטובת החלטה מסוימת. למשל הליך לפסילת רישיון, הרשות תטה לפסול את הרישיון.

ברוב המקרים יש כבר משוא פנים, ואם המשפט היה בכל מקרה ומקרה שיש משוא פנים וכשהרשות המנהלית מלכתחילה יזמה את הדיון אז הוא יפסול אותה מלדון, לא יהיה ניתן בכלל לקדם החלטות מנהליות. ולכן, בשאלה האם הרשות מוסמכת לקבל את ההחלטה בנושא, עקב משוא פנים כעניין אובייקטיבי, מהבחינה מעצם משוא הפנים יש כבר מגמה מסוימת. משום כך אי אפשר בגלל מצב של משוא פנים לפסול את הרשות, כי לא ניתן יהיה לקדם הרבה מאוד החלטות.   
כדי לפסול רשות מוסמכת מלדון בנושא, צריך להראות שאילו היא הייתה דנה, דעתה הייתה נעולה עוד לפני שהסתיים ההליך, ולפני שהיא שמעה את הטיעונים במסגרת זכות הטיעון. על מנת שמשוא פנים יפסול החלטה הוא צריך להיות בדרגה שיוצרת אובייקטיבית רושם של דעה נעולה, שמראש עובדת הציבור קבעה את דעתה עוד לפני שהסתיימו ההליכים שרק לאחר שהם מתקיימים הרשות אמורה לגבש את דעתה.

הביטוי משוא פנים הוא ביטוי לא מוצלח, כי בדרך כלל אנחנו משתמשות בביטוי משוא פנים במובן של קבלת ההחלטה עצמה- כמו שיקולים זרים, נטייה לטובת צד מסוים, גם זה פוסל אך זה לא קשור לכללי הצדק הטבעי. כללי הצדק הטבעי הם חלק מהליכי המינהל, שהם שואלים האם אדם רשאי בכלל להיות חלק מקבלת ההחלטה. משוא הפנים זה מצב אובייקטיבי שהתבטאויות של הרשות המוסמכת או חברים בה, עולה אפשרות ברמה גבוהה מאוד שדעתם מוטה, או כפי שבית המשפט מכנה דעה נעולה.

חשוב להבין כי משוא פנים הוא מצב אובייקטיבי בו קיימת הטיה להחלטה מסוימת. ברוב המקרים הטיה כזאת נובעת ממצב של ניגוד עניינים, ומאחר וניגוד עניינים זה לא דבר שכרוך בחשש תיאורטי אלא חשש סביר בכל החלטה מנהלית. נכון אנליטית להגיד כי הרעיון של משוא פנים עומד ביסוד של ניגוד עניינים, אך יש גם מקרים של משוא פנים כמו הבעת דעה נעולה גם אם אין ניגוד עניינים. במשוא פנים נרצה למנוע מצב של דעה מוטה, גם אם אין אינטרס קונקרטי.

פס"ד בן דוד נ' ראש ממשלת ישראל

דוגמא טובה למצב שבו בית המשפט פסל חבר בגלל משוא פנים שהגיע לדרגה החמורה של דעה נעולה (באופן אובייקטיבי) הוא בפס"ד בן דוד. מאחר ולא ניתן לבחון מה קורה לאדם בראש ומה היה השיקולים שהוא שקל, ערב קבלת החלטה צריכה להיות אינדיקציה אובייקטיבית חזקה שהדעה נעולה שאיננה במצב שאדם לא פתוח באמת לשמוע את הטיעונים, וזאת להבדיל מנטייה מסוימת.

רקע עובדתי: הייתה מדיניות של מגן דוד אדום לזרוק תרומות דם מבני העדה האתיופית. בעקבות זה הקימו ועדת חקירה לבדיקת העניין. ואחד מחברי הוועדה לשם אמון הציבור היה איש העדה האתיופית. חשוב להבין כי עצם זה שאדם הוא חלק מהעדה האתיופית והוא דן בהחלטה על הקהילה האתיופית זה לא בגדר משוא פנים. כלומר עצם זה שהוא אתיופי בדיון על קהילה אתיופית לא נחשב כמשוא פנים.   
במקרה זה מסאלה התבטא ואמר שהוא כבר הודיע מה צריך לעשות, במיוחד שצריך לפטר את מנהל אגף שירותי אדם. כלומר הוא כבר אמר מראש מה יהיו התוצאות של ההליך, ואחר כך הוא אמר שהוא מוכן לשמוע. מסאלה כבר התבטא בדרכים שונות ואמר באופן חד משמעי עוד לפני שהתקיים ההליך ובמיוחד הליך הטיעון, מה תהיה התוצאה.

בית המשפט הסביר כי האיסור על חברות בוועדה חל מקום שיש לו לחבר הוועדה דעה קדומה שאין סיכוי סביר כי תשתנה במהלך דיוני הוועדה. דעה קדומה יש הרבה פעמים וזה דבר בלתי נמנע, ולכן בית המשפט אומר כי צריך שזו תהיה דעה קדומה שלפי אמות מידה אובייקטיביות, אין שום סיכוי סביר שהיא תשתנה.

קבלת החלטה ללא משוא פנים חשובה גם לאמון הציבור וגם ליסוד ההגינות, ליסוד ההליך ההוגן שעומד בבסיס כללי הצדק הטבעי, מבחינת אותם האנשים שעומדים להיפגע מהחלטת הוועדה. וזאת גם לכלל הציבור שגם לו יש אינטרס שיתקבלו החלטות נכונות, חזקה שהתקבלו לאחר שמיעת כל האינפורמציה והטיעונים, ולא קודם יקבלו החלטה ואז כאיזשהו טקס ישמעו את הטענות. בנסיבות אלה, אומנם מסאלה לא היה בניגוד עניינים אך הוא התבטא והתנהל באופן כזה החורג מסטנדרט הרצוי של ראש פתוח, ובמקום זאת הוא היה בדעה שבכל מקרה לא ישנו את החלטה.  
יש להבדיל בין משוא פנים שקיים בהרבה מההחלטות מנהליות לבין משוא פנים של דעה נעולה. העובדה שמסאלה הביע דעה בפומבי כנגד בן דוד עוד לפני ההליך, אז אובייקטיבית הוא גיבש לעצמו דעה פסקנית שממנה לא ייסוג. זה לא בטוח במאה אחוז, שהרי יכול להיות שהוא היה שומע את הטענות ומשתכנע, אך השאלה בכללי הצדק הטבעי זה איך מקבלים את ההחלטה, ולא אחרי שיש החלטה האם הוכיחו שיקולים זרים, אלא מראש הם אדם מסוים יכול לקבל החלטה ולהיות אחד מחברי הוועדה. הנתונים האובייקטיבים העמידו את מסאלה במצב של משוא פנים במיוחד שהוא לא לחש באוזנו של מישהו על דעותיו, אלא הוא הלך ודיבר ברש גלי ובתקשורת. אחרי שהוא אמר בעיתון פתאום הוא ישנה את עמדתו?   
בפרקטיקה בהרבה מהמצבים שפוסלים אנשים בעקבות דעה קדומה, זה לא כי הצליחו להוכיח בהקלטת סתר שאדם התבטא באופן מסוים, אלא מדובר על התבטאויות והתנהגויות פומביות.

פס"ד מלאך

מקרה נוסף לפסילה בגין משוא פנים הוא בפס"ד מלאך.

עובדות: הסיפור היה קשור בתוכנית להקמת אצטדיון בירושלים. הייתה תוכנית שהוכנה על ידי הוועדה המחוזית, שמכוח החוק הוועדה גם שומעת התנגדויות לפני אישורה.   
יו"ר הוועדה, רפי לוי, התבטא בתקשורת שצריך לזרז את הקמת האצטדיון ולדחות את כל ההתנגדויות מראש. בנוסף היו עשרות התנגדויות, אך לוי קבע את כל ההתנגדויות ביחד לזמן קצר מאוד- לשעתיים, וזאת למרות שלכל התנגדות, לכל אחד שמגיש יש זכות לטעון את התנגדויותיו לבד. ולא רק זה הוא קבע את הישיבה בחדר ישיבות קטן מאוד. הדיון עצמו אורגן באופן שלא הראה על נכונות לשמוע את ההתנגדויות, ולצד זה הוא גם התבטא שצריך לקדם את הפרויקט בזריזות ולדחות את כל ההתנגדויות עוד לפני שמיעתם. בעקבות זאת הגישו עתירה כנגדו, והיא התקבלה.

השופט שלמה לוין קבע כי לא ניתן בגלל עצם מצב של משוא פנים- כלומר מנטייה לקבלת החלטה מסוימת, לפסול את ההחלטה שנקבעה, וזאת כי חלק מההליך המנהלי הרשות עצמה יוזמת את ההחלטה ולכן מלכתחילה היא נמצאת במצב ויש לה נטייה למשוא פנים. משוא פנים זו דעה נעולה, ולכן לפני שהסתיים ההליך על פי אמות המידה האובייקטיביות, בשל ההתבטאויות בתקשורת ואיך שאורגנה הפגישה, ניתן להצביע על משוא פנים.

לכאורה עוד לא היה משוא פנים בפועל כי הוועדה עוד לא התכנסה והוא עוד לא החליט, אך ההתבטאויות שלו והאופן שהמפגש אורגן מצביע כי הוא מלכתחילה הגיע עם דעה נעולה.

.

**כללי הצדק הטבעי**

זכות הטיעון

איסור בדבר משוא פנים וניגוד עניינים

ניגוד עניינים

משוא פנים

1. **חובת הפרסום והיקפה**

**תחולת החובה**

הנושא הבא בפרק ההליך המנהלי נוגע להיקף חובת הפרסום של החלטות מנהליות.

עיקר הפסיקה שנוגעת לחובת פרסום היא חובת הפרסום מכוח ס' 17 לפקודת הפרשנות- חובת פרסום של תקנות בנות פועל תחיקתי, כלומר חקיקה. חשוב להבין כי לא רק שהכנסת איננה הרשות המחוקקת היחידה, אלא מבחינה כמותית רוב החקיקה במדינת ישראל מתבצעת באמצעות תקנות. כתוצאה מכך יש עיסוק רב וחשוב של חובת הפרסום מכוח ס' 17 של פקודת הפרשנות של תקנות בנות פועל חקיקתי.

חובת פרסום כללית

אבל האמת היא שככלל, בהיעדר מקרים חריגים ונדירים, קיימת חובת פרסום כללית של נורמות- בין אם מדובר בנורמות כלליות או פרטניות, המתקבלות באמצעות רשויות של המינהל הציבורי. לא רק חקיקה ובפרט תקנות צריכות להתפרסם, אלא יש לפרסם גם החלטות שיפוטיות וגם החלטות ביצועיות, אלא אם כן נכנס איזשהו חריג.   
ההבדלים ביו הסוגים השונים של הנורמות המנהליות- למשל בין אם מדובר בנורמה פרוצדורלית כמו מתן רישיון (שגם היא החלטה משפטית), לבין אם מדובר בהחלטה שהיא החלטה שיפוטית (פס"ד, במיוחד אם הוא ניתן מטעם רשות מנהלית). בשונה מהאינטואיציה של משפטנים בגלל בעיסוק הרב של אותו ס' 17 שקובע חובת פרסום של תקנות בנות פועל תחיקתי, יש חובת פרסום עקרונית אם אין החרגה לכל סוג של החלטה, נורמה מנהלית.

אמצעי הפרסום

ההבדלים בחובת הפרסום של נורמות הם בעיקר באופן הפרסום- בין אם מדובר בפרסום פומבי, רשומות, או בכל דרך אחרת כמו אתר אינטרנט.   
למשל ברור כי ההחלטה לבטל רישיון עסק של מישהו, אין בהחלטה עצמה צורך לפרסם לכל הציבור, שכן אין איזשהו עניין ציבורי או תועלת רחבה בפרסום הפומבי. במקרה כזה, הפרסום הסביר יהיה על ידי זה שנותנים לאותו אדם הודעה פרטית. לעומת זאת, לפי האינטואיציה אם מקבלים החלטה להתלות או לבטל מנהלית רישיון נהיגה של מישהו צריך להודיע לו- כלומר זה לא שאין חובת פרסום, אלא חובת הפרסום מתאימה לסוג ההחלטה.

* חובת פרסום כללית: לא רק חקיקה, גם החלטות שיפוטיות וביצועיות
* ההבדלים הם באופן הפרסום: פומבי\ לצדדים המעוניינים, ברשומות\ במודעות\ באינטרנט
* חלה גם היעדר הוראה בחוק. חקיקה קובעת את אופן הפרסום ולא את החובה, וכן נדרשת לפטור מהחובה
* חריגים לחובת הפרסום: עיגון בחוק חוקתי, בהתחשב בעקרון הצורך

אם אין פטור שכתוב בחוק, פרסום הוא חלק מההליך המנהלי. פרסום הולם צריך להיות לגבי כל החלטה והחלטה של הרשות המנהלית, וכך אם היא נוגעת לציבור הרחב צריך לפרסם ברשומות כדי שתהיה נגישות, אם מדובר באותו אדם צריך לפרסם דרך פרסום אישי.

פס"ד אז- פס"ד אז משנות ה60 של השופט חיים כהן. אדם פנה לרשות וביקש רישיון, היא בתגובה לא נתנה לו. כשאותו אדם שאל את הפקיד למה לא לתת לו את הרישיון, הפקיד הוציא מהשולחן כללים נסתרים למה לא לתת לו רישיון, ואז השופט כהן טען כי זה כמו הרשע בהגדה של פסח, שהרי אדם עשה כל מה שצריך לפי החוק, ואז מוציאים מהמגירה כללים שאף אחד לא ידע על קיומם, חוץ מהפקיד שכתב אותן, ובגין זה מונעים ממנו רישיון. מאיפה הוא היה אמור לדעת שזה אסור, אם זה לא היה ידוע ומפורסם?

ס' 17 לפקודת הפרשנות

העקרון והחובה הכללית של פרסום החלטות- כל החלטה באופן שהיא תוכל להגיע לאדם או לציבור הרלוונטי זה כלל של המשפט המנהלי הכללי וגם ברמה חוקתית, ולכן לא צריך חוק שיחייב לפרסם. החקיקה קובעת את אופן הפרסום ולא את חובת הפרסום. לכן ס' 17 לפקודת הפרשנות, הדגש שם זה חובה לפרסם ברשומות, אך גם אם לא היה ס' 17, אז תקנות בנות פועל תחיקתי, גם בלי הס' היה צריך לפרסמן.

ס' 17 עם כל חשיבותו והעניין שהוא מעורר, אומר כי נורמות מסוג מסוים ועם מאפיינים מסוימים צריך לפרסמן ברשומות, אך גם אם אין חוק שקובע כי צריך לפרסם משהו, אם לא מדובר בנוהל פנימי של הרשות שנוגע לחובות וזכויות של אזרחים, בכל מקרה כחלק מהמשפט המינהלי הכללי הלא כתוב (וגם כחלק מכבוד האדם- של אי אפשרות להכפיף אדם לנורמה שלא יודע על קיומה) הנורמה היא נורמה של פרסום. במידה והרשות לא מפרסמת, אז היא צריכה למצוא חוק שמאפשר לה לא לפרסם. כשאנחנו מדברות על ס' 17, זה לא ממצה את הדיון ונקודת המוצא שחייבים לפרסם באופן שהנורמה יכולה להגיע לידיעתם של אנשים שההחלטה משפיעה על מצבת הזכויות והחובות שלהם.   
כמובן שיכולים להיות חריגים שחייבים להיות מעוגנים בחקיקה, וגם חריגים כאלה שהם לפי קריטריונים של צורך. למשל לפעמים הפרסום והבאתו של אדם בזמן אמת, יכולים לשבש את היכולת לקיים את ההחלטה, ואז בסיטואציה כזאת החוק ייתן פטור. החריגים לחובת הפרסום יכולים להיות על פי פטורים בחקיקה או צורך קיצוני (שלא חייב עיגון בחקיקה מאחר והוא חלק מהמשפט המנהלי הכללי). בפרקטיקה למרות שלא חובה לעגן בחוק, בפועל החקיקה כן במקרים המתאימים קובעת פטור מחובת הפרסום.

אך שוב, חשוב להבין כי חלה חובת פרסום למעט אם יש הסמכה בחוק המחריגה ומסייגת מהחובה.

**חשיבות חובת הפרסום**

1. זכות חוקתית: כבוד האדם- חלק מהותי מכבוד האדם הוא שאדם יודע מה הזכויות ומה החובות שלו ובהתאם לזה מכלכל את צעדיו. כבוד האדם נטו, בהגדרה המינימלית הוא כולל מצב בו אדם יודע מה מצבת הזכויות והחובות שלו. זה נובע מההבנה כי האדם הוא יצור רציונלי ותבוני, ואם לאדם יש זכות אך הוא לא יודע עליה, ובמיוחד אם יש לו חובה והוא לא יודע עליה, אז אפשר לראות בכך כפגיעה נקייה בזכות לכבוד האדם שלא קשורה לזכויות אחרות. שמתייחסים לאדם כיצור רציונלי, חלק מזה זה היכולת לקבלת החלטות על סמך הנורמות המשפטיות הרלוונטיות. נורמות משפטיות אלה לא רק נורמות כלליות אלא גם נורמות פרטניות- כמו ביטול הרישיון שלי ולא ידעתי שהוא נפסל. גם אם העונש לא היה חמור, עצם העובדה שמכפיפים אותי לאיסור משפטי בלי שזה ידוע לו ולא יכול היה לדעת, יש כאן פגיעה ברציונל העמוק של כבוד האדם.

היום חובת הפרסום היא מכוח חוק, אבל היא נוצרה בפסיקה בזכות העיקרון שניתן לקשר אותו לזכות החוקתית של כבוד האדם- חובת פרסום של נורמות.

1. הגינות- שקשורה גם היא לכבוד האדם.
2. פרסום הנורמה נדרש לביצועה- למשל, הדוגמא להחלטה לבטל רישיון, כדאי לפרסם את זה ולהודיע לאדם שביטלו לו את הרישיון. אם מדובר בנורמה כללית של מקרים מסוימים שבהם לא ניתן רישיון, על מנת שנוכל לבצע את זה צריך שאנשים ידעו על כך. שהרי אנשים הגונים שרוצים לעמוד בדרישות החוק, חייבים להכיר אותו לפני. יש חשיבות לפרסם את הנורמה כדי שהיא תבוצע בפועל. יש חשיבות ביכולת לבצע את הנורמה בתנאי שהיא תפורסם.
3. פרסום הנורמה נדרש לבהירותה- פרסום בדרך כלל מדבר על כתיבה. דבר כתוב מבהיר בדיוק לציבור מה בדיוק הנורמה. כשאומרים דבר בעל פה לא ברור אפילו למי שמחליט, מה הוא מחליט. אם לא יפרסמו, לא יהיה ברור לתושבים מה הזכות, מה החובה, מה מותר ומה אסור. גם אם כוונתיה של הרשות טובות, אם היא לא תפורסם, לא נדע בדיוק מה היא אומרת.

**פרסום תקנות בנות פועל תחיקתי**

עד עכשיו דיברנו על העיקרון של חובת הפרסום של כלל ההחלטות המנהליות, במידה ואין מקרה חריג. עם זאת, נושא הדגל המסורתי שיש לו חשיבות מיוחדת הוא נורמות כלליות של תקנות בנות פועל תחיקתי.

**תחילת תקפן של תקנות בנות-פעל תחיקתי**

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

הס' שמסדיר את הנושא הוא ס' 17 בפקודת הפרשנות. הנושא המכונה פרשנות, שרוב מה שמכונה פרשנות אלו נורמות של משפט מנהלי כללי. פקודת הפרשנות, רוב סעיפיה עברו בניסוח חדש לחוק הפרשנות הישראלי. עדיין נשאר בתוקף הס' שעוסק בפרסום תקנות בנות פועל תחיקתי, אותו ס' בפקודה המנדטורית של פקודת הפרשנות.

הס' מדבר על תקנות בנות פועל תחיקתי שאותן חובה לפרסם ברשומות, אך נשאלת השאלה מה אלו בכלל תקנות בנות פועל תחיקתי?

מהן תקנות בנות פועל תחיקתי?

בפס"ד אלכסנדרוביץ, בית המשפט העליון קבע שני מבחנים מצטברים על מנת שיהיה מדובר בתקנות בנות פועל תחיקתי?

1. כלליות- דרישה של כלליות קרי פנייה לציבור בלתי מסוים. אם הנורמה פונה לאנשים מסוימים שניתן לזהות אותם לפי שמותיהם. למשל, ביטול ההכרה בתארים של לטביה זו דוגמא לנורמה לא כללית כי יכלנו להגיד בדיוק לאלו אנשים ההחלטה פונה. זה מאוד הגיוני כי אם היה אפשר לזהות את אתו ציבור, את אותם האנשים שמית, ניתן היה לפנות ספציפית ופרטנית אליהם וזה מייתר היה את צורך לפרסם את זה ברשימות. פנייה לציבור בלתי מסוים יכולה להיות כמו כל תושבי המדינה, עורכי הדין, סטודנטים, ואפילו מספר מאוד מצומצם של אנשים שלא מגדירים אותם לפי שמות. בדומה לנשיא המדינה, ראש הממשלה, שר הפנים, נשיאת בית המשפט העליון.

למה למשל נשיא המדינה הוא ציבור בלתי מסוים ותקנות שמדברות על נשיא המדינה הן תקנות בנות פועל תחיקתי? זה נובע מהסיבה, שלפעמים משהו שנחזה להיות נוגע לאדם מסוים אך בעצם הוא משפיע על ציבור בלתי מסוים. נניח אוצלים סמכות של עובד ציבור מסוים לעובד ציבור אחר- לכאורה ניתן להודיע לעובדים פרטנית, אך כלל הנראה צריך לפרסם את זה ברשומות כי אותה אצילה, מתן הסמכות לאנשים מסוימים יוצרים כפיפות לציבור בלתי מסוים.   
אבל למה למשל במקרה של תנאי שכר של נשיא המדינה גם זה עונה על עקרון הכלליות וציבור בלתי מסוים? מאחר והתקנות מדברות על תפקיד ולאו דווקא על האדם שממלא אותו. כלומר לא מדובר באמת באדם ספציפי, אלא נשיא המדינה זה ציבור מתחלף- היום אחד הוא הנשיא, אבל מחר זה מישהו אחר. לכן זה לא נוגע לאדם עצמו, אלא נוגע לתפקיד. ברגע מסוים אולי מדובר על אדם ספציפי אך זה חל על התפקיד. גם אם מדובר במס' מצומצם של אנשים או אפילו באדם אחד שברגע נתון הנורמה משפיעה עליו, עדיין מדובר בציבור בלתי מסוים כי זה נוגע לכל מי שיום מן הימים יכהן כנשיא המדינה. משום כך ציבור בלתי מסוים זה לא עניין מספרי- מצד אחד זה יכול להיות קבוצה גדולה של אנשים (כמו עורכי דין), וגם כשזה נוגע לאדם אחד (נשיא המדינה). יכול להיות שזה חל ברגע נתון על אדם מסוים אך חל על ציבור מסוים. האם מדובר על זיהוי שמי או לציבור שלא ניתן לזהות.

1. נורמטיביות- הכוונה היא לשינוי מצבת הזכויות והחובות המשפטיות. הרעיון בנורמטיביות הוא שלא צריך לפרסם עובדות אלא צריך לפרסם כללים משפטיים- כלל משפטי\נורמטיבי המשנה זכות, חובה, סמכות, כפיפות, כלומר משנה את אחד הרכיבים בטבלת הזכויות והחובות של הופלד. נראה בהמשך כי לפעמים לא כל כך ברור אם עניין מסוים הוא רק עובדה שיש לה השלכה לנורמה מסוימת, או שמדובר בנורמה כלל משפטית- כוח, כפיפות, חסינות וכן הלאה שאותן צריך לפרסם.

עם זאת יש תנאי נוסף שאינו חלק מההגדרה פס"ד אלכסנדרוביץ' אבל כן נזכר בס' 17- והוא תקנה. בעצם הכלליות והנורמטיביות זו תכונה של בת פועל תחיקתי. זה אומר כי אם מדובר בתקנה בת פועל תחיקתי זה לגבי תקנה כללית ונורמטיבית. אך יש דרישה שיהיה מדובר בתקנה. תקנה מוגדרת בס' 1 לפקודת הפרשנות.

אם נפשט מה עולה מהס', הכוונה לתקנה היא נורמה שנקבעה על ידי רשות של מדינת ישראל ויונקת את סמכותה מכוח חוק ישראלי. כלומר אם מדובר בנורמה גם אם היא בת פועל תחיקתי אך היא לא נקבעה על ידי רשות ישראלית ולא נקבעה מכוח חוק ישראלי, היא לא נכנסת לתוך ההגדרה של ס' 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;

           "תקנות סדרי הדין", לענין כל בית משפט – כללים לנוהג ולסדרי הדין באותו בית משפט, שנקבעו על ידי רשות המוסמכת אותה שעה להתקין תקנות או ליתן צווים.

דוגמאות לתקנות בנות פועל תחיקתי (כלומר נורמטיביות וכלליות) שאינן תקנות: אמנות בינלאומיות\ משפט זר\ דין תורה\ עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".   
נניח כי חוזה מסוים שדנים בו בישראל הוא על פי דין של מדינה זרה, במקרה כזה לא מתקבל על הדעת לפרסם ברשומות את כל הדינים של מדינות אחרות. אך למה לאור ההגדרה של תקנה לא צריך לפרסם ברשומות- כי זה לא רשות ישראלית והיא לא מקבלת את הנורמות מכוח חוק ישראלי.   
אותה דוגמא יכולה להיות על פי דין תורה, דין תורה חל במשפט הישראלי באופן מחייב בענייני נישואין וגירושין. בתחום הזה דין תורה הוא בעל פועל תחיקתי, אך מבחינה מעשית רישומם ברשומות הוא בלתי אפשרי. גם מבחינה משפטית, המוסד המכונן לפי התורה הוא אלוהים, והוא לא קבע את דין התורה מכוח הסמכותו בחקיקה הישראלית. כשמדינת ישראל החליטה שבתחום מסוימים יחול דין תורה שזה בעל פועל תחיקתי אך מבחינה מעשית לא תקנה. המשפט הישראלי מפנה אל הנורמות האלה אך הן לא נחשבות תקנה.

יש מקרים שאין בעיה עקרונית לפרסם, אך זה לא בגדר תקנה. למשל אמנות בינלאומית, שהן לאו דווקא הופכות להיות חלק מהחוק הישראלי, אך זה הופך להיות כזה במקום שהכנסת מאמצת אותה בחוק. יכולה גם להיות אפשרות שהחוק לא יחזור אל אמנה אלא יפנה אליה וייתן לה תוקף מחייב במשפט הישראלי. גם כשעושים את זה, בדרך כלל מוסיפים את האמנה כנספח לחוק.

כלומר תקנות בנות פועל תחיקתי שעליהן חלה חובת הפרסום ברשומות אלו תקנות כלליות ונורמטיביות.

הערת מינוח

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 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 מתייחס לאדם מסוים, אל מול תקנה בת פועל תחיקתי שהיא מחייבת פרסום ברשומות. העניין הוא שההגדרה 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.

לסיכום- תנאי תקנה בת פועל תחיקתי

1. תקנה- נורמה שהתקבלה על ידי רשות ישראלית מכוח חוק.
2. כלליות- כלל המשנה את מערך החובות והזכויות של ציבור בלתי מסוים. זה לא עניין של מספר למרות שבדרך כלל יש קשר, ציבור בלתי מסוים יהיה הרבה יותר אנשים מציבור מסוים, אך זה לא כלל מוחלט. ציבור בלתי מסוים יכול להיות גם מספר גדול של בני אדם ספציפיים, למשל אנשים ספציפיים שביקשו הכרה בשלוחת אוניברסיטת לטביה. אלו אנשים שיש להם שמות ולא הגדרה כללית. בעוד שציבור בלתי מסוים יכול להיות גם אדם אחד- כמו נגיד בנק ישראל. הרבה פעמים החוק באופן טכני מתייחס לאדם מסוים, אך הכוונה היא לא לאדם הספציפי אלא לתפקיד שלו, כמו קצין ממונה.   
   כשמדובר על שם של בן אדם לא צריך לפרסם ברשומות, אך אם לאדם הזה ניתנת סמכות המתייחסת לכוח לשינוי המצב המשפטי של ציבור בלתי מסוים, מדובר בנורמה כללית שהיא משנה את מערך החובות והזכויות של ציבור בלתי מסוים. כלומר זה שזיהינו שם של אדם מסוים, לא אומר שלא מוגשמת דרישת הכלליות, שכן למרות שהוא אדם מזוהה, יש בכוחו כוח על ציבור שהוא בלתי מסוים. לכן לא צריך לבדוק מה כתוב מבחינה טכנית, אלא מה המשמעות של הסמכות, ואם היא יוצרת כוח על ציבור בלתי מסוים.
3. נורמטיביות- שינוי מערך החובות והזכויות. השאלה היא האם מדובר בנורמה. כל נורמה שאנחנו מכירות, על מנת שהיא תתקיים היא מציינת בתוכה כל מיני עובדות (כמו בפלילי יש יסוד עובדתי). כל עובדה בעולם יכולה להיות לה משמעות משפטית, אך לא ניתן ואף לא נתכוון שכל עובדה בעולם תפורסם ברשומות. אם העובדות לא מתקיימות, הנורמה לא חלה, אבל את הנורמה צריך לפרסם ברשומות. לפעמים יש חילוקי דעות במשפט בין עובדות לנורמות, כדוגמא לכך פס"ד רונן נ' היועץ המשפטי לממשלה.

רונן נ' יועץ המשפטי לממשלה

בפס"ד דובר על תמרור. האשימו אדם בנהיגה בניגוד לתמרור, ואז הוא טען כי תמרור הוא תקנה בת פועלת תחיקתי ולכן היא ההחלטה להציב את התמרור במקום בו הוא הוצב, צריכה להתפרסם ברשומות. ולא מספיק שברשומות יש את הנוהל הכללי שיש תמרור שרואים עליו דבר מסוים מה צריך לעשות, אלא שההחלטה להציב את התמרור במקום עצמו היא תקנה בת פועל תחיקתי והיא יוצרת נורמה. את זה שמציבים את התמרור ברחוב זה לא מסכים. בית המשפט הסכים איתו כי ההחלטה להציב תמרור היא תקנה בת פועל תחיקתי, אז אם מציבים אותו ברחוב זה לא מספיק, כי מכוח ס' 17 צריך לפרסם ברשומות. זה דבר בהחלט ראוי לפרסם בדרכים אחרות, אך זו תוספת ובכל מקרה צריך לפרסם החלטה כזו ברשומות, ובפועל היא לא פורסמה.

בית המשפט העליון לא קיבל את הטענה של המדינה כי אין זה רלוונטי האם יש ברשומות את ההחלטה להציב את התמרור. אבל בית המשפט אמר כי הצבת התמרור היא יצירת העובדה שאם היא מתקיימת צריך לנסוע בצורה מסוימת וכל דרך שהתמרור מורה עליה. כל עוד מפרסמים עובדות ברשומות, זה גם בלתי אפשרי, כמובן שהחוק והתקנות שיתפרסמו אומרות איך לנהוג ליד תמרור מוגדר, וההחלטה להציב תמרור היא החלטה היא בסך הכל החלטה ליצור איזושהי עובדה שיש לה תוצאה משפטית, אבל כל עובדה בעולם בסיטואציה מסוימת יכולה להיות לה תוצאה משפטית. האם זה עובדה להציב את התמרור?

ד"ר יצחק זמיר חלק על ההחלטה הזאת. הוא טען כי נכון להבחין בין עובדות לבין נורמות, ורשויות ציבוריות באמת הרבה פעמים הן מחליטות עובדות שיש להן תוצאה משפטית זהה לתוצאה של תמרור. הוא נותן את הדוגמא של החלטה להקים בית ספר, בית ספר עובד כמו תמרור, מבחינה משפטית זה בדיוק אותו הדבר. אבל אומר השופט זמיר, צריך לראות מהי המטרה שלשמה הרשות הוסמכה לקבל את ההחלטה. אם המטרה שלשמה היא הוסמכה לקבל את ההחלטה היא יצירת נורמה שמטרה היא לקבוע כיצד נהגים אמורים לנסוע לפי תמרור מסוים היא תקנה בת פועל תחיקתי. לעומת זאת רשות שהוסמכה מכוח חוק להחליט על הקמת בית ספר, המטרה שלשמה היא מקימה בית ספר היא מטרה חינוכית ולא של הסדרת התנועה. ואז הוא אומר כי כרשות מכוח סמכותה מחליטה ליצור עובדה שיש לה תוצאה משפטית, אם נראה בזה עובדה או בהחלטה הזאת בעצם נורמה, אז יצירת התמרור היא נורמה צריך לפרסמה ברשומות. אם המטרה של יצירת הסמכות היא קביעת עובדה ודבר לא נורמטיבי כמו פתרון חינוכי של ילדים ללא הסדרה של התנועה, אז גם אם התוצאה המשפטית היא אותה תוצאה- האט ותן זכות קדימה, כשחד יש תמרור ומאידך יש בית ספר, כשאת התמרור צריך לפרסם. בעצם ההחלטה להציב תמרור היא עובדה, ההחלטה היא באותו המקום לצוות על ציבור הנהגים לתת זכות קדימה. החוק לא מסתפק בכך שהתמרור רשום ברשומות מסיבות מובנות (כי זה לא סביר לדרוש מאנשים לקרוא את התקנות כדי לדעת מתי ואיפה להאט ולתת זכות קדימה) אז דורשים גם פרסום בדרך של הצבת השילוט. ההחלטה האמיתית היא לא הצבת התמרור אלא 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. למשל יכול להיות מצב שאדם ליד ביתו יסמן על הכביש וישים תמרור שאסור לחנות בשביל לשמור לו על חנייה. אבל איך נדע מי זה שהחליט להציב את התמרור, והאם באמת מדובר בתמרור שהרשות הציבה? האם זה תמרור שהרשות הציבה או גורם פרטי ובאופן לא חוקי? בדיוק בגלל מקרים כאלה צריך לפרסם ברשומות על מנת שאזרחים יוכלו להבין האם התמרור שהוצב הוא ניתן כחלק מהחלטה של רשות מוסמכת, או בכלל שזה בכלל לא חוקי ונובע מגורם פרטי.

מהי ההבחנה בין תקנות בנות פועל תחיקתי לבין עובדות בנות פועל משפטי?

מצד אחד תקנות צריך לפרסם ברשומות, אבל משפורסמו ברשומות עליהן חל כלל אי ידיעת החוק. תקנות מפרסמים ברשומות, ואדם לא יכול לומר כי הוא לא ידע מה כתוב בתקנות.

**פתרון הבוחן**

השאלה בבוחן הייתה ס' 9א לחוק העתיקות, נקבע כי לא יחפור אדם במקרקעין לגילוי עתיקות אלא אם קיבל רישיון לכך. בס' 10א נקבע כי לא ייכנס אדם למקרקעין שניתן עליהם רישיון חפירה אלא אם הוא מחזיק בהם ובכפוף להסכמת בעל הרישיון. ועל זה השאלה האם יש לרשום ברשומות את הרישיון?

ברגע שמדברים על פרסום ברשומות, צריך לבדוק האם מדובר בתקנה בת פעל תחיקתי שיש לפרסם אותה ברשומות. לצורך חובת פרסום ברשומות לצורך אותו ס' 17 צריכים להתקיים שלושה תנאים:

1. תקנה- הרישיון ניתן על ידי רשות ישראל מכוח סמכות שניתנה בחוק ישראלי
2. כלליות- הרישיון משנה את המצב המשפטי גם של מי שקיבל אותו (שזה אדם מסוים) וגם ציבור בלתי מסוים שכניסתו למקרקעין מוגבלת, אז נתינת רישיון חפירה יש לזה השלכה גם על ציבור בלתי מסוים.
3. נורמטיביות- שינוי המצב המשפטי, דבר שהיה אסור הופך להיות מותר, התנאי מתקיים בכך שהרישיון הופך חפירה אסורה למותרת מבחינת אדם שקיבל אותו.

אך האם הרישיון הוא נורמה לגבי כל אדם או שלציבור הרחב מדובר רק כעובדה? עובדה איננה טעונה פרסום ברשומות, בעוד שנורמה כן. ראינו שתי גישות:

1. לפי פסק דין רונן- פסק דינו של ויתקון שהסתמך רק על ס' 17 נראה שרישיון הוא בגדר נתון עובדתי, שאם הנתון העובדתי הזה מתקבל אז חלות המגבלות בחוק. אם יש או אין רישיון זה נתון עובדתי ולכן על הציבור הרחב עשויות לחול מגבלות.
2. השופט זמיר- מנתח את השאלה בצורה אחרת לפי תכלית הרישיון, האם תכלית הרישיון היא להטיל מגבלות על הציבור, ציבור בלתי מסוים. נראה שלפי גישתו אין חובת פרסום כי מטרת הרישיון היא לאפשר למי שקיבל אותו לחפור ולא להגביל את הציבור בכניסה לשטח. מי שמקבל רישיון לא חשוב מה הדרך הכי יעילה למנוע אנשים להיכנס לשטח, כפי שהקמת בית ספר המטרה זה חיוך ולא להוביל לשינוי תנועה ברחוב. לכן על פי זמיר הוא מגיע לאותו התוצאה.

**פרסום הנחיות מנהליות**

מהי הנחיה מנהלית? הנחיה מנהלית זה כלל שהרשות קובעת לעצמה הפעלת שיקול דעת. החוק נותן שיקול דעת, אין כבילה של שיקול הדעת בחוק, והרשות קובעת לעצמה נהלים איך היא מפעילה את שיקול הדעת ומכאן עולה השאלה האם צריך לפרסם אותן.

הפסיקה שקדמה לחוק: במשך שנים רבות הפסיקה לא עסקה בשאלה, והעלו פעם אחת את הטענה שמדובר בתקנה בת פעול תחיקתי, אך בית המשפט אולי בטעות הגיע למסקנה כי לא מדובר בתקנה בת פועל תחיקתי כי זה לא כובל את שיקול הדעת ודחה את הטענה. מכל מקום במשך עשרות שנים לא נהגו לפרסם הנחיות מנהליות.  
בסופו של דבר פס"ד אפרתי מאמצע שנות ה הנושא הגיע בצורה ממוקדת לבית המשפט 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 עליהם, 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 מובהק 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.

1. **תחילת תוקף ומועד הפעולה**
2. **תחילת תוקף**

ס' 17 לפקודת הפרשנות לא עוסק רק לחובת פרסום ברשומות אלא גם בתחילת תוקף התקנות.

**תחילת תקפן של תקנות בנות-פעל תחיקתי**

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

ההסדר חל רק על תקנות בנות פועל תחיקתי: ההסדר בס' 17 חל רק על תקנות בנות פועל תחיקתי על פי הקריטריונים, אמות המידה והמבחנים שדנו בהם. עם כי בדרך של היקש ככל שזה רלוונטי גם לתקנות לא בנות פועל תחיקתי, שאלות שעשויות להתעורר פותרים אותם ברוח ס' 17 גם אם לא מדובר בתקנות בנות פועל תחיקתי אלא למשל סמכויות ביצועיות של הרשות המבצעת.

מה פירוש תחילת תוקפן? אם הרשות המתקינה, אז בוודאי שלא ניתן טכנית להחיל את התקנות פיזית לגבי העבר. התקנות יכולות לשנות את התוצאות המשפטיות על דברים שנעשו, ולכן אפשר פיזית להחיל אותן מרגע שהן קיימות ולא לפני. יש שאלה אחרת שנשאל בהמשך האם ובאיזה תנאים התקנות עשויות לשנות את תוצאות של העובדות\ המעשים שנעשו בעבר. לא ניתן לשנות דברים פיזיים שקרו בעבר, ולכן התקנות יכולות להיות רק במועד עתידי, אך עדיין יכולה להיות שאלת של תחילת תוקף של משהו שכבר היה, האם התוצאות המשפטיות שלו יכולות להשתנות- למשל אם דבר שהיה אסור בעבר, האם התקנות הופכות אותו למותר, וההפך.   
דוגמא אקטואלית לא בקשר של תקנות בנות פועל תחיקתי אלא בנוגע חוק של הכנסת וזה ביטול העבירה של מרמה והפרת אמונים. בחוק העונשין נקבע עקרון כללי, שאם מבטלים עבירה, הביטול חל גם לגבי מעשים שנעשו לפני הביטול. זו דוגמא לכך שהתחולה היא תחולה רטרואקטיבית במובן הזה שמעשים שבזמן שעשו אותם היו עבירה פלילית, וחוק העונשין קובע כי אם החברה החליטה שמעשה מסוים הוא לא בשדה הפלילי וביטלו את העבירה, יש פה אלמנט לא הוגן של הענשת אנשים על דבר שהיום החברה רואה את זה כהתנהגות לא פלילית במהותה, ולכן ביטול של עבירה יחול הביטול גם לגבי מעשים שכבר נעשו, כמו שחרור אדם שיושב בבית סוהר בגין העבירה שבוטלה.

היכן יכולה להיות הוראה אחרת? האם בחוק המסמיך בלבד או גם בתקנות עצמן? השאלה היא איפה צריכה להיות ההוראה האחרת שקבועה בס' 17 לפקודת הפרשנות. האם ההוראה האחרת חייבת להיות בחוק המסמיך, כלומר האם רק בחוק המסמיך שמכוחו נקבעו התקנות ונאמר כי תחולת תוקפן איננו ביום פרסומן אלא במועד מאוחר יותר, רק אז ניתן לחרוג מההסדר הקבוע בס' 17, או שהתקנות עצמן יכולות לקבוע שהן יחולו מהמועד האחר שנקבע- מאוחר או מוקדם.   
הס' כשלעצמו איננו ברור, אם הוא רק אומר אם אין הוראה אחרת, אך נשאלת השאלה איפה צריכה להיות ההוראה האחרת- האם מכוח החוק שהותקנו התקנות או שהתקנות עצמן יכולות לקבוע מועד אחר לתחילתן?

**תחילת תוקף- סוגים**

תחילת תוקף זה בעצם תחולה בזמן, כשבפסיקה נקבעו ארבעה סוגים\ קטגוריות של תחולה בזמן:

1. תחולה אקטיבית- סוג אחד של התחולה מבוסס על ס' 17 ומכונה תחולה אקטיבית. הכוונה לשינוי התוצאות של מצבים או פעולות שיעשו מרגע קבלת ההחלטה, או כמדובר בתקנה מרגע מהפרסום שלה, כלומר הפרסום ברשומות הוא זה שמקנה לה את התוקף (שזה יחול גם על החלטות אינדיבידואליות שגם להן יש פרסום שהולם אותן). התחולה הבסיסית וברירת המחדל כפי שנקבע בס' 17 של פקודת הפרשנות היא תחולה אקטיבית, כלומר כזו המשנה את התוצאות המשפטיות של מעשה מסוים (לפעמים מחדל) או של מצב מסוים גם אם הוא התחיל לפני קבלת ההחלטה, מהרגע שהן מותקנות ומתפרסמות התקנות. בעצם כל ארבעת הקטגוריות מדברות על המועד שבו ההתנהגות או המצב היו ביחס לשינוי התוצאות המשפטיות שלהם. כלומר תחולה אקטיבית אומרת כי מה שנעשה מהשנייה שמפרסמים את התקנות, אז התקנות חלות עליו. זה לכאורה חל גם על מצבים שהתחילו לפני שהתקנה התקבלה ופורסמה, אך שינוי התוצאות המשפטיות זה רק מרגע פרסום התקנות.

דוגמא: הטלת מס על 3 דירות ומעלה, תחולה אקטיבית כוללת מהשנייה שמתפרסם ברשומות, מי שמשכיר שלוש דירות צריך לשלם מס מהרגע שנכנס החוק. על המעבר הוא לא צריך לשלם, אלא רק מהרגע שהתקבל החוק, התחולה היא אקטיבית לא רק לגבי אנשים שמהיום שפורסם התחילו להשכיר שלוש דירות, אלא גם על מי שהשכיר בעבר ולפני הפרסום, אך תשלום המס מתחיל מהרגע שחוקק החוק ופורסם.

1. תחולה רטרואקטיבית- שינוי התוצאות של מעשים או של מצבים שהתקיימו במועד שקודם לרגע שבו התקינו ופרסמו את התקנה או ההחלטה. רטרואקטיבי יכול להיות גם מקל ולא רק מחמיר, למשל במשפט הפלילי, נורמה מקלה כמו ביטול עבירה והעונש, חלה רטרואקטיבית, על מעשים שנעשו בזמן חקיקת החוק. אם החוק מקל את העבירה, המעשים האלה לפני החקיקה הופכים להיות חוקיים או שניתן להטיל עליהם עונש מקל יותר. זו התחולה הרטרואקטיבית במובן החזק.

דוגמא: אם היו מחוקקים את החוק של מס על שלוש דירות, וקובעים כי גם מי שהשכיר שלוש דירות בשנה הקודמת, גם על זה דמי השכירות הקודמים לפרסום החוק הוא יצטרך לשלם מס.

1. תחולה רטרוספקטיבית- יש סוג של תחולה אקטיבית המכונה תחולה רטרוספקטיבית, היא לא תחולה רטרואקטיבית אלא רטרוספקטיבית. תחולה רטרוספקטיבית שהיא סוג של תחולה אקטיבית, היא שינוי התוצאות מרגע קבלת ההחלטה של מצב שהתחיל להתקיים לפני מועד קבלת ההחלטה. זה מכונה רטרוספקטיבי משום שמצד אחד זוהי תחולה אקטיבית כי היא לא משנה את התוצאות של תקופת ההשכרה שקדמה להתקנת התקנות, אבל היא דומה לתחולה לרטרואקטיבית כי היא מתייחסת למצב שהיה קיים. מבחינה מעשית, אנשים לא יכולים מרגע חקיקת החוק, מהרגע להרגע לפעול על מנת שהחוק לא יכול עליהם, ולכן הרבה פעמים האפקט מבחינת הציבור הוא של תחולה רטרוספקטיבית, למרות שמבחינה תיאורטית זה דומה לאקטיבית. זה בפועל רטרוספקטיבי, כי אם בפועל לא נותנים לתקופת מעבר, זה אולי משנה מכאן והלאה אבל משנה את התוצאות משפטיות של מעשים שנעשו בעבר ולא ניתן לשנותם מהשנייה שמתפרסם החוק.

ההתייחסות: מועד ההתנהגות או המצב שההחלטה המנהלית משנה את תוצאותיהם המשפטיות

1. תחולה אקטיבית- שינוי התוצאות מרגע ההחלטה (או פרסומה)
2. תחולה רטרואקטיבית- שינוי התוצאות ממועד הקודם לרגע ההחלטה.
3. תחולה רטרוספקטיבית- סוג של תחולה אקטיבית, שינוי התוצאות מרגע קבלת ההחלטה של מצב שהתחיל להתקיים לפני מועד קבלת ההחלטה.
4. תחולה פרוספקטיבית- תחולה ממועד שלאחר מועד ההחלטה.

לדוגמא: במס שלוש דירות, אם הוא היה מוחל מהשנייה שהכנסת חוקקה את החוק, גם על אנשים שכבר השכירו את הדירות שלהם (ולא על שכר הדירה שקיבלו), על השקל הראשון התקבל ביום הראשון אחרי חקיקת החוק. זה סוג של אקטיבי מבחינה טכנית אך בפועל דומה לרטרואקטיבי כי זה לא אפשרי ועד קשה מאוד לסיים את המצב שהתחיל בעבר כדי להימנע מהתוצאות המשפטיות החדשות.

1. תחולה פרוספקטיבית- תחולה ממועד שלאחר מועד התקנת התקנה או פרסום ההחלטה. הרעיון בתחולה פרוספקטיבית זה לאפשר לאנשים להיערך לנורמה החדשה. הרבה פעמים תחולה היא פרוספקטיבית בכדי להימנע מבעיות שקשורות לתחולה רטרוספקטיבית.

לדוגמא: זוהי דוגמא לכך שבית המשפט קבע כי התחולה חייבת להיות פרוספקטיבית ולא אקטיבית. שינו תוך כדי שסטודנטים מתכוננים לבחינות לשכה, חודש לפני מועד הבחינה שינו את מבנה הבחינה. הם שינו את זה אקטיבית, כך שלא יחייבו מי שהוציא רישיון לפני כן להיבחן מחדש במבחן, וקבעו כי מי שיבחן מכאן והלאה אז זה יחול עליו. בית המשפט קבע כי זה שהתחולה אקטיבית היא פוגעת באלו העומדים לגשת למבחן במועד הקרוב, ולהודיע חודש לפני המבחן על שינוי שיטת הבחינה זה דבר שאולי טכנית מוחל מכאן והאלה, אך מאחר שהסטודנטים הסתמכו על שיטת המבחן הקודמת, בית המשפט לא הסתפק בכך שהשינוי הוא אקטיבי לכאורה כי הוא בעצם רטרוספקטיבי ומשפיע על מצב קיים, וחייב את הלשכה לבחון את הסטודנטים האלו לפני המבחן הקודם.

**רציונליים**

קיימת חזקה נגד תחולה רטרואקטיבית, נקודת המוצא לפי המשפט הישראלי היום היא שכל עוד אין חוק החרגה וחוק מפורש שקובע תחולה רטרואקטיבית, אסור להחיל רטרואקטיבית וכן החזקה הזאת תופסת גם על תחולה רטרוספקטיבית. יש לחזקה הזו מספר הצדקות:

1. שלטון החוק- שלטון החוק משמעותו כי אנשים פועלים לפי החוק הקיים, ואם בזמן שאני פעלתי חל חוק מסוים, ואחר כך מקבלים החלטה אחרת אבל שהיא מאוחרת וכזו המשנה את החוקיות של מה שנעשה בתקופה שחל חוק אחר, במהות יש כאן בעיה מבחינת שלטון החוק.
2. וודאות- לרבות עקב אי פרסום בתקופה שקדמה לקביעת הנורמה. אם נפעל בשיטה שבה ניתן לשנות רטרואקטיבית את הכללים אז אף פעם לא נדע מהם הכללים. אני מניחה שעל פי החוק אני אומרה לפעול, אך אם השיטה תהיה כי השלטון באופן רגיל מחיל נורמות חדשות רטרואקטיבית, אז לא תהיה שום משמעות לוודאות.   
   דרך אגב השיקול הזה חל באופן ברור בנושא הפרסום. שהרי אמרנו כי חובה לפרסם תקנות בנות פועל תחיקתי וגם כאלה שלא, אך ברור שלגבי תקופת העבר התקנות האלה לא התפרסמו, ולכן יוצא שגם מחילים חוק שלא היה קיים, והחוק הזה מטבע הדברים אם הוא לא היה קיים אז לא היה מפורסם, ולכן כל הרציונל הפשוט של הפרסום לא מתקיים לגבי תקופת העבר.
3. הסתמכות (כבוד האדם)- לרבות עקב אי פרסום בתקופה שקדמה לקביעת הנורמה. רציונל של הסתמכות הקשור לכבוד האדם וכך דיברנו גם בקשר לחובת הפרסום. ברור כי אם המדינה והרשות יכולה לשנות חופשי ודואגת לשנות את החקיקה באופן רטרואקטיבי, אזי אין שום אפשרות להסתמך על המצב המשפטי הקיים, שהסתמכות היא חלק מכבוד האדם של הרציונליות.
4. הכוונת התנהגות- לרבות עקב אי פרסום בתקופה שקדמה לקביעת הנורמה. נרצה שחקיקה תכוון את ההתנהגות, תיצור תמריצים להתנהגות מסוימת ותרתיע מהתנהגות אחרת. ולכן בשיטה שחקיקה רטרואקטיבית ולעיתים רטרוספקטיבית הן לא בגדר חריג, אז מטרה מאוד מרכזית של חקיקה שקיימת כמעט בכל תחום משפטי והיא הכוונת התנהגות, כל הרעיון של חקיקה שמכוונת להתנהגות הולכת לאיבוד.
5. מניעת הפליה (שוויון אריסטוטלי)- חל גם על נורמות מיטיבות. רציונליים שונים שרואים בפסיקה ומה שמייחד אותם זה שם חלים גם על נורמות מיטביות. הרי ניתן לטעון שאם יש נורמה מיטיבה אין בזה שום רע שאדם אדם לא ציפה וקיבל דבר מקל. לפעמים אין בזה שום רע, אך המשמעות היא לפעמים שיש סוג של הפליה. נניח ביטול עבירות של הפרת אמונים, אותם אנשים בעבר רצו לרמות אך לא עשו את זה כי החוק אסור לעשות, אם יבטלו את העבירה של הפרת אמונים, אז יוצא שמפלים לטובה את אותם אנשים שצפצפו על החוק הקיים, אז הם ייהנו שלא יעמידו אותם לדין, בעוד שאנשים שלא צפצפו על החוק וכיבדו אותו, הם יצאו מזה מופלים.
6. מניעת נורמות פרסונליות- חל גם על נורמות מיטיבות. הרבה פעמים, כמו בפס"ד תנועה לאיכות השלטון, הרבה פעמים יש חשש כי תחולה רטרואקטיבית לא רק שהיא מפלה, אלא שבפועל היא מיועדת להשיג מטרה פרסונלית, כלומר כולם פעלו בהתאם לנורמה מסוימת, ואז השלטון באופן רטרואקטיבי פוטר אותו מהאחריות.

כך שפעמים לא רק תחולה רטרואקטיבית ופרספקטיבית, אלא גם נורמות מיטביות שגם אם בשורה הסופית רואים אותן כמוצדקות, הן מעוררות בעיות מסוימות.

**האם תחולה רטרואקטיבית מחייבת הסמכה בחוק?**

אם רשות מנהלית מעוניינת להחיל תקנה חדשה באופן רטרואקטיבי, בהנחה שיש לה סיבות ענייניות לכך, האם היא יכולה לעשות את זה גם אם אין הסמכה בחוק?

מאחר שרטרואקטיביות במהותה פוגעת בכבוד האדם מאחר והיא פוגעת ביכולת של אנשים לפעול כתבונתם, לכאורה אמורה להידרש הסמכה בחוק לתחולה רטרואקטיבית, מקלה ובמיוחד כשמדובר בתחולה שמחמירה.   
בכל זאת בעבר, במשך עשרות שנים (וגם היום הפסיקה לא ברורה) לא דרשו הסמכה בחוק להתקנת תקנות או לקבלת החלטות בתחולה רטרואקטיבית, וההגבלה היחידה הייתה סבירות. החוק איננו חייב להסמיך תקנות בתחולה רטרואקטיבית, ובלבד שהרטרואקטיביות היא בנסיבות העניין סבירה. כלומר אם הרשות הייתה מראה שיש טעם סביר להחלה רטרואקטיבית כולל משך תקופת הרטרואקטיביות, גם היא לא יכלה להראות שהחוק שמכוחו היא מתקינה את התקנות הוא מסמיך אותה במפורש להתקין בתחולה רטרואקטיבית, אז כל עוד נימוקיה היו במסגרת הסבירות במשך עשרות שנים זה נחשב כחוקי.   
הייתה במיוחד פסיקה שהתפתחה לגבי הטלת מס- שהרשויות אמרו שהן לא רוצות שאנשים יסתמכו ויעשו מניפולציות על מסים, ולכן זה סביר להטיל מס בצורה רטרואקטיבית, בית המשפט אישר, אבל רק לאותה שנת מס. וזאת משום שאדם זכאי לכך כשנגמרת שנת המס הוא סגר את התחייבויותיו ולא יבואו אחרי כמה שנים, יקבעו תקנה חדשה ויפתחו את הכל. בית המשפט אמר שזה סביר כל עוד זה משנה את חיוב המס באותה שנת המס. בית המשפט אפילו הכיר במצב שבו הטילו מס חדש לגבי אותה שנת המס (מס חדש שחל על פעולות שקדמו לו), ובית המשפט הכיר בזה שאפילו החוק שמכוחו הטילו את המס התקבל אחרי שנת המס. מצד שני גישת הסבירות בית המשפט לא השאיר אותה עמומה ולגבי מסים הגבול היה לשנת המס.

חזקה נגד תחולה רטרואקטיבית- חוקיות?

* בהינתן פגיעה בכבוד האדם- לכאורה נדרשת הסמכה בחוק לתחולה רטרואקטיבית מחמירה או הפוגעת בשוויון.
* בעבר לא נדרשה, כשהמגבלה היחידה הייתה סבירות.
* הטלת מס לגבי שנת המס שבה בוצעה הפעולה או נוצר המס הממוסים, גם אם התקנה הרטרואקטיבית התקבלה לאחר תחילת שנת המס.
* כיום אי בהירות

כיום יש בפסיקה חוסר בהירות- מצד אחד יש פסיקה שאומרת כי רטרואקטיביות אסורה אלא אם כן החוק מתיר אותה, ומהצד השני יש פסיקה אחרת שמשאירה את ההיבט הזה בצריך עיון ולא הכריעה בכך.

התחשבות בהסתמכות:

* חיוב תחולה פרוספקטיבית
* פסילה של תחולה אקטיבית, ובמיוחד תחולה רטרוספקטיבית.

פס"ד זילבר- תחילת שינוי התנאים לסבסוד מעונות היום  
החובה לקבוע הוראת מעבר לביטול סובסידיה מושרשת בהלכה פסוקה והרציונל מאחוריה נוגע להסתמכות והגינות. הפסיקה הכירה בקיומה העקרוני של חובת השלטון לקבוע הוראות מעבר ואף העניקה, במקרים מסוימים, מעמד חוקתי לזכות ולהוראת מעבר. הזכות תקום לאזרח רק כשהסבסוד שנלקח ממנו מהווה חלק מ"ליבת החיים" שלו ומשפחתו.

**תחילת תוקף- סבירות**

מבחן הסבירות כן גרם והביא את בית המשפט לפסול תחולה אקטיבית שבמהותה היא רטרוספקטיבית ולחייב את הרשות להחיל את התקנות החדשות בצורה פרוספקטיבית, כלומר לקבוע תקופת מעבר, וזה בגלל הערך של ההסתמכות.

פס"ד זילבר נ' שר האוצר  
דוגמא לכך הוא פס"ד בעניין זילבר- הייתה סובסידיה מסוימת על מעונות היום, הורים על סמך תנאים מסוימים היו זכאים לסבסוד מעונות היום. הממשלה החדשה החליטה לשנות את הכללים ורק כששני ההורים עובדים לפרנסתם זה יהיה תנאי שהם יהיו זכאים לבקש סובסידיה, זה פגע בעיקר במגזר החרדי שהגברים לומדים בישיבות ולכן אין שני הורים עובדים. קבעו לדין החדש תחולה מיידית ובית המשפט פסל את זה.   
בית המשפט פסל את התחולה המיידית וקבע כי מכוח סבירות, הסתמכות והגינות לא תמיד צריך לקבוע הוראת מעבר אלא רק באמת שמדובר באינטרס מאוד חשוב שכמו שבית המשפט קרא כחלק מליבת החיים של האזרח. לכן בית המשפט קבע אי אפשר לקבוע תחולה מהיום למחר כשהורים הסתמכו על שכר לימוד מסוים ומהרגע להרגע להודיע להם כי הם צריכים לשלם סכום גדול יותר. כלומר אפשר לבטל את הסבסוד אבל מהשנה הבאה. לא תמיד כל אחד יכול לטעון כי הוא הסתמך על סובסידיה ולא ניתן לשנותה, אלא בעניינים שהם באמת חלק מליבת החיים של האדם והמשפחה, ולא בכל נושא כלכלי אנשים יכולים לדרוש מהממשלה שהחלטותיה עם השלכות מקרו יחולו אותן רק בתחולה אקטיבית. מדובר רק במשהו מאוד משמעותי בחיים שאנשים מסתמכים עליו ואז אין להסתפק בתחולה אקטיבית אלא היא צריכה להיות פרוספקטיבית וכזו המאפשרת לאנשים להיערך לקראת תחילתה של הנורמה החדשה.   
היה ויכוח בין הרוב למיעוט בקשר לסעד שיינתן- האם להכתיב לרשות משנה הבאה או לקבוע תקופה סבירה שהרשות תגדיר מה היא.

התנועה למען איכות השלטון נ' מועצת מקרקעי ישראל

בפס"ד היה מדובר בהכשרה הרטרואקטיבית של הקמת מתקן סולארי בחוות השקמים, ונקבע כי החלה רטרואקטיבית היא בלתי חוקית.   
נקודת המוצא של פס"ד שעל מנת שהחזקה הפרשנית של הרטרואקטיביות תיסתר, ככל הרשות נזקקת גם להסמכה בחוק וגם להפעיל שיקול דעת ראוי ונימוקים עניינים המאוזנים באופן סביר לחרוג מהחזקה.   
בפועל לא הייתה הסמכה בחוק, אך בית המשפט קובע: בעניינמחייבנו לא ראיתי לקבוע מסמרות בשאלת הסמכות שאיננה נקייה מספקות". היא אמרה כי בעיקרון יש צורך בהסמכה בחוק אך לא הכריעה בנסיבות העניין במקרה הזה כי בכל מקרה שיקול הדעת היה לקוי. בראש ובראשונה כי לא היה צידוק למה באופן רטרואקטיבי מה שהיה אסור וחברות אחר כיבדו ולא הקימו מתקנים סולאריים, וחוות השקמים כן הקימו, אז באופן רטרואקטיבי הכשירו את המעשים הקודמים שלהם ושל מתקנים סולאריים שכבר הוקמו. רצו להכשיר את המתקן הספציפי שהקימה חוות השקמים, כשהחלטות המועצה מנוסחות באופן כללי ושינו את כלל המדיניות באופן רטרואקטיביות. לכאורה ניתן לטעון כי זו רטרואקטיביות מקלה, חוות השקמים הנית וזה איננו פוגע באף אחד אחר. היא נהנית בזה שהיא הקימה בעבר ועכשיו מכשירים את זה, אך לא פוגעים באף אחד אחר.

בית המשפט מסכים עקרונית ונקבע כי בית המשפט יטה שלא לפסול החלטה רטרואקטיבית אם היא מטיבה. 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.

לסיכום

ארבעה סוגים של תחולה: אקטיבי, רטרואקטיבי, רטרוספקטיבי, פרוספקטיבי. ברירת המחדל היא נגד רטרואקטיבי ואף רטרוספקטיבי שדומה בפועל לרטרואקטיבי, ברירת המחדל היא אקטיביות אלך זה בנסיבות שאין הצדקה לאפשר הסתמכות והוראת מעבר על מנת להיערך למצב המשפטי הקיים.

בהערת אגב, דווקא פס"ד לשכת יועצי השקעות שמוכר במשפט החוקתי כחוק הראשון שנפסל בשל פגיעה בזכויות אדם, הוא נפסל בגין שאלת התחולה. בפס"ד הייתה החלה של חקיקה חדשה בלי תקופות מעבר (שהחילו רגולציה על אנשים שעסקו בפרקטיקה בהרבה מאוד שנים ופתאום הם היו צריכים להיבחן מחדש). בית המשפט אמר כי גם מישהו עובד במספר מצומצם של שנים שזה עדיין טרי זה סביר לבקש ממנו לעבור את הבחינה איך אין זה סביר במצב הפוך, ואז צריך להחיל את החוק עם הוראת מעבר.

1. **מועד הפעלת החלטת הרשות**

אנחנו עוסקות בפרק זה בס' הזמן בהחלטות מנהליות. עד כה התמקדנו בתחולת נורמות מנהליות בזמן- אקטיבי, רטרואקטיבי, פרוספקטיבי. עם זאת, יש היבט נוסף של הזמן והוא מוסדר בס' 11 של חוק הפרשנות.

היבט אחר של רכיב הזמן בהחלטות מנהליות מוסדר בס' 11 לחוק הפרשנות- הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראוי ולחזור לעשותו ממזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות.

מה קורה כשבחוק כן נקבע הזמן?

יש הרבה חוקים ותקנות שקובעים כי פעולות מסוימות של הרשות המנהלית היא צריכה לבצע אותם תוך זמן קונקרטי. אם מדובר באזרח (כי הרבה פעמים אזרח אמור להגיש בקשה או ערר, תוך זמן ספציפי מסוים כפי שנקבע בחוק), אם מדובר באזרח בדרך כלל מקפידים איתו על הזמן, ואם הוא מאחר זה עשוי להוביל לדחיית עתירתו בשל שיהוי. עם זאת, עם רשויות הרבה פחות מקפידים וגם אם בחוק נקבע כי הרשות צריכה לבצע פעולה מסוימת תוך זמן קונקרטי, בדרך כלל בית המשפט לא קובע שאין לרשות סמכות לפעול באיחור, אלא הוא משתמש בשתי תורות שכן מאפשרות לרשות לפעול באיחור עם שיקול דעת מסוים של בית המשפט במקרים קיצוניים:

1. הוראות מנחות- לפיה הוראות לא מתייחסות לאזרח, אלא מתייחסות לרשות מנהלית המגבילות בזמן אלה הן הוראות מנחות כפי שהן מנחות את הרשות לקבל החלטה תוך הזמן שנקבע בחוק ובתקנה, ואם 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, והבקשה איננה מגובלת בזמן כפי שנקבע בחוק.
2. מישור הסעד- 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.

מה קורה כשבחוק אין זמן מוגדר?

ס' 11 הוא ס' לא מוגדר, כלומר הוא עוסק בסיטואציה שהחוק כמו שקורה במקרים רבים מסמיך רשות לבצע דבר אך לא קובע זמן ספציפי לעשות, ולכן נאמר שהיא צריכה לעשות זאת במהירות הראויה. מהירות ראויה זה לא מונח ברור ולכן כשיש פנים לכאן או לכאן יש את חזקת התקינות ולא יפסלו את הפעולה של הרשות, אך יכולים להיות מקרים לא סבירים בעליל שרשות חייבת לעשות משהו והיא לא עושה אותו תוך תקופה מאוד ארוכה. דוגמא קיצונית ביותר שניתן למצוא היא פס"ד ארגון אמון הציבור.

פס"ד ארגון אמון הציבור חברה לתועלת הציבור בע"מ נ' שר הפנים

פס"ד שניתן לפני שנה וחצי. בשנת 2002 חוקקו את חוק חובת המכרזים, המחייב את שר הפנים להתקין תקנות תוך 90 ימים על חובת מכרזים בעסקאות של תאגידים מקומיים המצויים בבעלותן של מועצות מקומות. אין אפשרות להחיל את התיקון בלי שיש תקנות, התיקון מחייב תקנות וכל מה שנאמר בתיקון- היכולת המשפטית להפעיל אותו תלוי בכך שיתקנו תקנות. נקבעה חובה להתקין תקנות, ובמקרה הזה לא סתם נקבעה חובה שיש להפעיל אותה במהירות הראויה אלא נקבע תוך 90 יום. שר הפנים שחשב שלא מתקבל על הדעת שבינתיים לא תהיה חובת מכרז, עד שיותקנו תקנות אז בדרך של היקש יחולו בשינויים המחייבים את דיני המכרזים החלים על רשויות מקומיות עצמן (בזמן של ה90 יום). התקנות לא הותקנו לא 90 יום, אלא לא הותקנו במשך 18 ימים- עיכוב של בערך פי 72 במועד שנקבע בחוק.

הכרוניקה המתוארת לעיל מגוללת פרשה 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

אין חולק בעתירה שלפנינו, כי המחוקק הטיל פה **סמכות חובה** על המשיב 1 להציע נוסח של תקנות לאחר היוועצות במשיב 2 כדי להביא (על פי **החוק המתקן** – בתוך 90 ימים, כאמור) – לצורך התקנתן של **התקנות** ולהחלת **התיקון לחוק**. לשון **החוק**, שלפיה: "שר הפנים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, **יקבע** בתקנות..." – אינה משתמעת לשני פנים, ומלמדת כי אין בידי המשיב 1 הרשות ושיקול הדעת לבחור **האם ומתי** יותקנו **התקנות**.

ודוק, אף לולא מסגרת הזמנים הקצובה והברורה לקיום הוראות **התיקון לחוק**, שגזר המחוקק – 90 ימים למן חקיקתו – ניכר כי השיהוי המינהלי בהפעלת סמכותו של המשיב 1 הוא מכביד ביותר בנסיבות ונעדר הצדקה ממשית, ועומד בניגוד למה שמורה [סעיף 11](http://www.nevo.co.il/law/4667/11) ל[**חוק הפרשנות**](http://www.nevo.co.il/law/4667)**, התשמ"א-1981** (אף אם לא נקבע זמן קצוב לעשיה):

בשלב מסוים ועדת הכנסת שמוסמכת לאשר את התקנות, התקנות טעונות את אישורה, שינתה אותן והכניסה בטיוטה תיקונים, שהיועץ המשפטי לממשלה סבר שהם לא חוקיים, הוציא חוות דעת מחייבת ומנע משר הפנים לחתום על התקנות.

בית המשפט: גם אם בית המשפט היה עובד כהרגלו וטוען כי הזמן הקצוב זה רק הוראה מנחה ולא מחייבת, גם אם לא היה כתוב 90 יום בוודאי ש18 שנים נראה יותר מידי ולכן אף ללא קשר ל90 ימים, נניח שבית המשפט היה יוצא מנקודת הנחה שזה לא מחייב, גם לפי ס' 11, 18 שנים זו לא מהירות ראויה.

לכן בית המשפט נתן סעד נדיר וחייב את שר הפנים בהתייעצות עם שר האוצר כפי שנקבע בחוק, להתקין תקנות של חובת מכרז של תאגידים מקומיים.

המשפט המנהלי הכללי והרבה פעמים המשפט המנהלי הספציפי קובע מועדים נוקשים, אך כאן המשפט המנהלי נכשל והוא לא הצליח לגרום להפעלת סמכויות במהירות ראויה ואף שהחוק קובע תקופת זמן קונקרטית. יש כאן תרומה של בתי המשפט- כי גם שיש מועד שנקבע בחוק, בית המשפט לא התייחס אליו כמועד קשיח אלא כהמלצה ובמקרה הטוב מתייחס כנורמה מחייבת אך לא נותנים עליה סעד של אכיפה. בשורה התחתונה אם לא אוכפים חובה בפועל מגיעים למסקנה שהנורמה לא מחייבת, כפי שקרה בפס"ד.

**שיקול הדעת המנהלי**

בדרך כלל המשפט המנהלי הכללי לא מכתיב לא לרשויות הנבחרות ולא לרשויות המקצועיות את תוכן ההחלטות שלהן, אלא מתמקד בסמכות לקבל החלטות ובהליכים. להכתיב תוכן בחוק או בפסיקה של כל החלטה והחלטה, וכל מקרה ומקרה, זה לא אפשרי, יש הרי אינספור סיטואציות אפשריות ולא ניתן לחשוב על כל סיטואציה מראש שיכולה לקרות בעולם ולהתאים לה החלטה קונקרטית וזה גם איננו רצוי. נרצה שיהיו רשויות נבחרות שמייצגות את דעת הציבור, נרצה רשויות מקצועיות שמחליטות על פי הידע והניסיון המקצועי שלהם וכי לא נותן כל דבר בעולם לנסח כחוק בכנסת.

* בדרך כלל המשפט המנהלי הכללי אינו מכתיב לרשויות הנבחרות ולרשויות המקצועיות את תוכן ההחלטות, אלא מתמקד בסמכות ובהליכים.
* הכתבת תוכן כל החלטה אינה אפשרית ואינה רצויה
* עם זאת, המשפט המנהלי הכללי אינו מאפשר לרשויות לקבל

לרשויות יש שיקול דעת במסגרת הסמכות, וכל עוד הן פועלות במסגרת הסמכות וההליכים הם חוקיים, הרשויות מחליטות במסגרת סמכותן מה תהיה החלטה. יחד עם זאת, שיקול הדעת איננו מוחלט, המשפט המנהלי לא נאפשר לרשות לקבל כל החלטה שהיא במסגרת הסמכות, אלא המשפט המנהלי מגביל במידה מסוימת גם את השיקולים וגם את התכנים של ההחלטות.

לדוגמא- לכולם יש אינטואיציה שמתן רישיון בתמורה לכסף זה איננו סביר. בוחן בטסט לא יכול לקבל שוחד בתמורה למעבר בטסט. ברור כי אם תלמיד נהיגה נותן לטסטר כסף, אומנם יש לו שיקול דעת לטסטר, אך זה לא יכול להיות שהסמכות היא מוחלט ושיקול דעת מוחלט.   
המשפט המנהלי כן מגביל במידה מסוימת לפי כללים ועקרונות שנדון בהם את שיקול הדעת, כי זה לא יכול להיות ששיקול הדעת הוא מוחלט וכל יכול.

* **מהו שיקול הדעת המנהלי?**

יש סמכויות שבהן לכאורה אין שיקול דעת, שהכנסת קובעת שאם מתקיימים תנאים מסוימים חובה לקבל החלטה מסוימת, אבל ברוב המקרים החוקים נותנים לרשות המוסכמת אפשרות לבחור בחלופות החלטה שונות לפי המדיניות שלה ולפי שיקולים מקצועיים, אך יכולים להיות מקרים שאין שיקול דעת לכאורה. המילה לכאורה היא משום שלפי השופט זמיר תמיד יש שיקול דעת, גם אם הסמכות היא סמכות קובע שנקבעו לה תנאים מסוימים, עדיין יש את שיקול הדעת בקביעת העובדות להפעלת התנאים. כלומר בפרקטיקה גם בשאלות עובדתיות יש שיקול דעת, וזה לפחות במקרי גבול שבהם עולה השאלה האם העובדות מתקיימות, השאלה הזאת היא שאלה שיש בה שיקול דעת. לכן זמיר חושב שתמיד יש שיקול דעת בכל סמכות, גם אם היא סמכות חובה.   
בנדור חושב שהוא שגה כי זה לא נכון להציג שאלות עובדתיות כשיקול דעת, בדרך כלל גם אם יכולות להיות לאנשים דעות שונות בקשר לעובדות, אין זה אומר כי יש להם והם מפעילים בחירה בעניין הזה. מדובר בעניין תיאורטי כי הרוב המכריע של הסמכויות מנוסחות ככאלו המצריכות שיקול דעת ולא כסמכות חובה. המילה הכי נפוצה בחקיקה הישראלית היא רשאי- רשאי שכן, רשאי שלא, רשאי בתנאים מסוימים, ברגע שכתוב כי גורם מסוים רשאי לעשות משהו או כל גורם אחר, זה אומר שיש לו שיקול דעת. המילה שיקול דעת לא מופיעה הרבה בחקיקה, אבל כמעט כל או לכל הפחות חלק גדול מהסמכויות, גם מי שלא תומך בניתוח של זמיר, הן סמכויות של שיקול דעת.

מהו שיקול דעת במשפט המנהלי?

יש כל מיני תחומים שלהם הגדרות שונות לשיקול דעת, אפילו במובן המילולי והיומיומי אנחנו נגדיר שיקול דעת כמצב של התבלטות, כפעולה במישור התודעתי. אבל העיקר במשפט המנהלי למרות שיש בו התייחסות למישור התודעתי של חשיבה והתלבטות, כשמדברים על שיקול דעת, המשפט המנהלי מתכוון למצב אובייקטיבי שבו הסמכות (לפחות לפני שמגבילים את שיקול הדעת) מאפשרת לרשות המוסמכת לבחור בין חלופות שונות. סמכות שבשיקול דעת זה לא קשור למצב נפשי של עובד הציבור בהפעלת שיקול דעת, אלא זה מצב אובייקטיבי שבו הסמכות כפי שהם מנוסחת בחוק (לפני שנחיל כללים המגבילים את הבחירה) הסמכות עצמה כוללת את האפשרות לבחור בין חלופות שונות.

לחילופין סמכות חובה היא סמכות שיש רק חלופת החלטה אחת שהחוק מחייב לבחור אותה אם מתקיימים נתונים עובדתיים אחרים, בכל מצב אחר אנו נדבר על מצב שהרשות יכולה במסגרת הגדרת הסמכות שלה לקבל חלופות שונות להחלטה, לפחות שתי חלופות. יש לפעמים החלטות בינאריות שאין אינספור אופציות והן סמכויות חובה- נניח במבחן עובר נכשל, לתת רישיון או לא לתת רישיון. ומנגד יש סמכויות אחרות שלהן בחירה אינסופית של חלופות, למשל הסמכות להתקין תקנות יש בחירה אינסופית לרבות במסגרת הסמכות לגבי ההסדרים שיקבעו בסמכויות. ובשורה התחתונה: שיקול דעת הוא המצב שהסמכות מאפשרת לרשות לקבל יותר מחלופה אחת.

האינטרסים (השיקולים) המשוקללים- רשימה נפרדת לכל סמכות

התפיסה המשפטית של המשפט המנהלי הכללי היא שכל אחת החלופות ההחלטה האלה של הסמכות, מייצגת משקל יחסי של שיקולים או אינטרסים שעומדים מאחוריה, שהרשות לוקחת בחשבון. כל חלופת החלטה משקפת משקל יחסי של שיקול\ אינטרס שהרשות המנהלית נתנה וההחלטה שהתקבלה היא ביטוי של המשקל היחסי וזה מביא לחלופה שהתקבלה. בפרקטיקה ברוב הגדול של המקרים כשהרשות מקבלת החלטה היא לא חושבת באחוזים, היא שוקלת כל מיני שיקולים ואז יוצאת לה החלטה שבאופן כללי מייצגת את סדר העדיפויות שלה וההחלטה בדרך כלל תהיה לטובת אינטרס מסוים על אחר. ההחלטה בעיקר תשקף אינטרס מסוים ותיתן משקל פחות יותר לאינטרסים אחרים, אך זה לא בטוח שההחלטה תשקף רק אינטרס אחד אלא תקדם בעיקר אינטרס אחר על השני.

פה ושם יש סמכויות מנהליות שממש עובדות עם האינטרסים באחוזים, מחייבים את הרשות להגדיר באחוזים מה המשקל שהיא נותנת וההחלטה משקפת באופן מדויק את האחוזים. עם זאת יש מקרים כמו דיני המכרזים, שם יש רשימה של אינטרסים שהרשות צריכה לקחת בחשבון כשהיא מחליטה למי לתת את המכרז- כמו איכות, ניסיון ומומחיות, מתן עדיפות לתוצרת הארץ, עידוד פריפריה וכו. הרשות צריכה לקבוע באחוזים כמה משקל באחוזים היא נותנת לכל שיקול. השיקולים ידועים מראש כשלמשל השיקול היחידי שהרשות צריכה לתת לו משקל זה השיקול הכספי (למשל 60%). הדוגמא הזאת מראה איך החלטה משקפת את משקל השיקולים יכולה לבוא במציאות עצמה ולא רק בתיאוריה. ברוב המקרים הרשות לא חושבת בצורה כזאת מדויקת, ואין אחוזים מדויקים למשקל של כל שיקול בהחלטה, אך עדיין בתיאוריה כל חלופת החלטה מייצגת משקל או שקלול יחסי גם אם לא ניתן להגיד אותו באחוזים, של שיקולים שהרשות אמורה לקחת בחשבון.

מה מבחינה משפטית הם מקורות השיקולים?

האם כל אינטרס שמתחשק לעובד הציבור לקדם, הוא יכול לתת לו משקל ולקבל על פיו החלטות? התשובה העקרונית היא לא, האינטרסים בגדול הם צמודים לכל סמכות וסמכות. לכל כל סמכות בדרך כלל יש רשימה של אינטרסים שהרשות המוסמכת, כשהיא מקבלת החלטות, היא אמורה לשקלל האם ההחלטה שהתקבלה מייצגת את השקלול הראוי באינטרסים?

1. לשון החוק המסמיך- יש הרבה מאוד חוקים (דוגמא קיצונים שם יש רשימה מלאה לחוק חובת המכרזים ששם יש את כל השיקולים שמותר לשקול), שכתוב בהם במפורש כי אלה השיקולים שהרשות יכולה לשקלל בעת שיקול הדעת, בדרך כלל זה לא המצב אך רוב החוקים לפחות באופן חלקי מציינים לא את כל השיקולים, אלא חלק מהשיקולים או לפחות שיקול אחד שאמור להישקל כאשר מקבלים החלטות ומפעילים שיקול דעת מכוח אותו החוק.
2. תכלית החוק המסמיך- מה אם יש בחוק בשיקולים או שיש אך לא ברור האם עולים שיקולים נוספים? הרבה מאוד פעמים שיקולים נלמדים מהתכלית או מההקשר של החוק. יכול להיות מצב שבחוק מסוים שיקול א' מותר ואפילו חובה להפעיל לסמכות א' אך אותו שיקול בדיוק אסור להפעילו בסמכות ב' מבלי שהחוק מציין את זה במפורש, אך התכליות של החוקים הוא שונה ולומדים במשתמע מה רלוונטי ומה לא. גם אם החוק לא מתייחס לשיקולים באופן קונקרטי צריך להסתכל על התכלית וההקשר הכללי של החוק ולא רק להסתכל האם השיקול הוא טוב.

דוגמא- סמכויות צנזורה, יש שתי סמכויות מרכזיות, אחת היא צנזורה על ידי הצנזור הראשי שהוא קצין צה"ל (על פי חקיקת חירום). והשנייה היא הסמכות של צנזורה אזרחית להגנה על רגשות הציבור (כמו בסרטים, אך לא בתיאטראות). לצורך הקרנת סרט בקולנוע ניתן להפעיל צנזורה. גם תקנות ההגנה לשעת חירום וגם הפקודה המנדטורית על הקולנוע, לא כותבים בצורה מפורשת מהם השיקולים. אך זה שהצנזורה לפי שעות ההגנה לשעת חירום מעוגנת בתקנות ההגנה, והרשות המוסמכת הוא קצין בכיר בצה"ל, אז מסיקים שהמטרה של הצנזורה היא ביטחונית, ולכן הצנזור הצבאי לא יכול לפסול למשל סרט פורנוגרפי מכיוון שהוא פורנוגרפי. גם אם לא רשום שהשיקול הוא ביטחוני, אך ברור לפי ההקשר של חקיקה שעוסקת בענייני ביטחון והגנה לשעת חירום, שהאינטרס שיישקל הוא אינטרס שקשור לביטחון, בעוד ששיקולים שקשורים לרגשות הציבור, פורנוגרפיה זה לא שיקול רלוונטי לסמכות של הצנזור הצבאי.  
לעומת זאת סמכות הצנזורה על הסרטים שם השיקול הוא רגשות הציבור ולא שיקול ביטחוני. הסמכות היא של ועדה אזרחית, העובדים הם עובדי המדינה, מומחי אומניות ששם המטרה זה הגנה על רגשות הציבור ולא שיקול ביטחוני. בצנזורה כזאת הועדה לא יכולה להתייחס לביטחון המדינה, זה שיקול שהוא זר לסמכות, בניגוד לשיקולים של רגשות הציבור.

1. עקרונות כללים של השיטה- יש מקרים של שיקולים שגם אם לשון החוק לא אומרת למשל חופש הביטוי, וגם תכלית החוק לא מסתכלת על חופש הביטוי, אבל כשמדובר בעקרון יסוד של השיטה שיש לו מעמד חוקתי, ככל שהוא נוגע לעניין גם הוא נכנס למסגרת השיקולים והאינטרסים.

כשהרשות עצמה רוצה לבדוק איזה אינטרסים היא צריכה להתייחס- זה בדרך כלל יהיה בלשון החוק גם אם לא רשימה מלאה (שהיום כמעט כל חוק שהכנסת מחוקקת נכתב במפורש מה מטרת החקיקה), ההקשר, התכלית, מדוע ניתנה הסמכות, ולבסוף עקרונות כללים שחלקם מעוגנים בחוקי היסוד או כאלו שלא מעוגנים אך הם עקרונות כללים הרלוונטים לכל המשפט הישראלי. גם בהקשר של שיקולים רלוונטיים שהרשות אמורה לשקלל אותם כאשר היא מחליטה מה תהיה חלופת ההחלטה שהיא בוחרת.

**כללי שיקול הדעת המנהלי**

בקצרה

שיקול דעת משמעותו מתן משקל יחסי לאינטרסים שונים שממנו יוצאת חלופת ההחלטה שהרשות מקבלת. על פי שיטת המשפט הישראלית, יש ארבעה סוגים של שיקול דעת מנהלי של המשפט הכללי המנהלי:

1. חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטים- זה לא תמיד אפשרי אך מדובר בסוג של כלל לפיו יש רשימה של שיקולים רלוונטיים (חוק, תכלית, עקרונות יסוד) שרשות חייבת להתחשב בהם כשהיא מפעילה את שיקול הדעת שהחוק העניק לה. ובקצרה היא חייבת לתת משקל ולהתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים.
2. איסור להתחשב בשיקולים זרים- זה לאו דווקא שיקול לא מוסרי, אלא שיקול שהוא זר לסמכות המסוימת- למשל שיקול של רגשות הציבור לא רלוונטי להגנה על ביטחון המדינה. שיקול זר זה נשמע מילת גנאי, והרבה פעמים זה פועל של שיקולים שיש בהם פגם מוסרי, אך גם הרבה פעמים זה שיקול זר במובן שהוא לא נמצא ברשימת השיקולים הרלוונטים לסמכות מסוימת ולאו דווקא שיקול שלכל דבר ועניין הוא פסול, בלתי תקין ולא מוסרי.
3. סבירות ומידתיות- הכלל השלישי הוא כלל שנוי במחלוקת והוא סבירות ומידתיות. הרעיון הוא שחובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטים, איסור להתחשב בשיקולים זרים, אך גם אם הרשות נתנה משקל יחסי לכל השיקולים הרלוונטים, לא שכחה שום שיקול ולא התחשבה בשום שיקול זר, עדיין במשפט המנהלי הכללי הקיים יש בו רגולציה מסוימת המצמצמת את סכום האופציות שניתן להרשות לקבל, באמצעות סבירות ומידתיות המגבילות את המשקל היחסי שניתן לתת לשיקולים מסוימים שלעצמם הם שיקולים רלוונטיים ולא זרים. אך במסגרת כללי הסבירות והמידתיות, לפי המשפט המנהלי הקיים לא מספיק שהרשות תתייחס לכל השיקולים הרלוונטים ושיקולים זרים, אלא היא מוגבלת במשקל היחסי (מופרך נמוך או גבוה) שהיא נותנת לשיקול רלוונטי אך לא זר.
4. שיוויון מנהלי\ עקביות- גם אם החלטה מבוססת על כל השיקולים הרלוונטים, לא מבוססת על שום שיקול זר והיא גם סבירה וגם מידתית, היא צריכה להיות עקבית להחלטות אחרות שהרשות קובעת. לרשות יש שיקול דעת והיא יכולה לקבל החלטה אחרת, אך הרעיון הוא שאם יש מקרים שהם לגמרי זהים, אז שלא יקרה מצב שהיא דוחה או מקבלת החלטה שהיא שונה מהחלטות אחרות.

נקודת המוצא שיש סמכות של הרשות, לה יש שיקול דעת ולא ולבית המשפט, אך אם זה מגיע לבית משפט אז תפקידו הוא לבדוק ששיקול הדעת מופעל במסגרת המגבלות האלה. ובהרחבה:

1. **חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטים**

בית המשפט והרשות בעצמה בודקת מה השיקולים הרלוונטים על פי החוק והיא אמורה להתחשב בכולם. אך השאלה מה זה אומר להתחשב בכלל השיקולים הרלוונטים? מהי התחשבות? יש שני מובנים לשאלה:

1. חובה לשקול (במובן התודעתי) ולבדוק את מכלול השיקולים- הרשות צריכה לחשוב על שיקולים והיא אמורה להתחשב בכל השיקולים הרלוונטים. קיימת הסכמה כללית כי החובה להתחשב כוללת את ההיבט התודעתי של חשיבה על שיקולים. כדי שהיא תחשוב על שיקול מסוים, הרשות צריכה לעשות בדיקה עובדתית ולבדוק כיצד מיישמים את השיקול הזה בפועל. למשל החלטה של פסיכיאטר מחוזי לאשפז בכפייה חולה, לא מספיק לומר את המילה חולה נפש אלא הפסיכיאטר צריך לאבחן את המטופל ולבדוק האם לפי הכללים יש לו מחלה נפשית. אם רשות חייבת להתחשב בכל השיקולים הרלוונטים אז היא צריכה להיות מודעת ולחשוב עליהם, לחפש חומר עליו. אם היא חשבה שהשיקול לא רלוונטי וסתם התעצלה והוא לא היה בתודעה שלה, אז היא לא קיימה לפי כל הגישות את חובתה להתחשב בשיקול הרלוונטי, מאחר וההנחה היא שאי אפשר להתחשב במשהו אם לא חשבו עליו לפני. קודם כל צריך לחשוב גם בתודעה ולעשות פעולות ומקצועיות מצד הרשות כדי שנוכל להגיד שעמדו בפניה הנתונים העובדתיים הקשורים לאותו השיקול.
2. חובה לבחור חלופת החלטה המגלמת שקלול של מכלול השיקולים הרלוונטים (דורנר בויכסלבאום)- עכשיו נשאלת השאלה האם מספיק לדעת על השיקול או שבתוכן ההחלטה המתקבלת הרשות צריכה לבטא את השיקול הזה? האם להתחשב ולתת משקל זה אומר רק לחשוב, או שזה אומר לקבל החלטה שעל פי תוכנה האובייקטיבי ראינו כי האינטרס נכנס לתוך תוכן ההחלטה. ההבחנה הזאת מאוד ברורה על רקע ההשתלשלות החוקית בפס"ד ויכסלבאום. משום שבפס"ד ויכסלבאום הרשות חשבה על שיקול אך לא נתנה לו ביטוי בתוכן ההחלטה.

פס"ד ויכסלבאום

הייתה משפחה של חלל צהל שעתרה נגד כללים של הסדרת בתי הקברות הצבאיים, שעל פיהם לא כותבים על הקברים שמות של האחים והאחיות של החלל. המשפחה עתרה כנגד הכללים הללו. בשלב הראשון, בבג"צ במקור העתירה נדחתה ברוב קולות מאחר ולא ניתן להגיד שזה בלתי סביר באופן קיצוני.   
בפתח הדיון, חמשת השופטים פנו אל נציגי מחלקת הבג"צים כי זה נושא רגיש ולכן צריך לבדוק האם שר הביטחון באמת רוצה את זה ככה. השופטים רמזו כי יש את אינטרס האחידות, אבל אחרי חקיקת חוקי היסוד שיקול של אוטונומיה, כבוד האדם, עיקרון יסוד של השיטה במדינת ישראל הוא שלא הכל אחיד אלא יש לאפשר לאנשים גם בחירה הנגזרת מהזכות לכבוד האדם, ולכן שר הביטחון צריך לבחון את זה ולא לקבוע כלל נוקשה, אלא לאפשר מרחב בחירה מסוים.   
שר הביטחון לפי החוק היה צריך להתייעץ עם המועצה של משפחות השכולות. לאחר התייעצות הוחלט להשאיר את ההחלטה כפי שהיא. כלומר ניתן להבין כי שר הביטחון חשב על העקרון של אוטונומיה ובחירה. מראש היה ברור כי השר העלה על דעתו את הרעיון שיש שיקול של אוטונומיה, ואפילו בית המשפט פנה אליו בחזרה כדי שהוא ישקול אותו. שר הביטחון שקל, חשב והתלבט עם גוף נבחר ובסוף הוחלט להשאיר כפי שהוא. ברור כי במובן הראשון של לשקול את כל השיקולים הרלוונטים, הדרישה הוגשה כי ניתן להגיד ששר הביטחון שקל.   
אך חלק מהשופטים אמרו כי לא מספיק לשקול במובן של לחשוב, אלא אם אינטרס מסוים הוא שיקול רלוונטי לסמכות, הוא צריך לבוא לידי ביטוי בתוכן ההחלטה. איך הוא בא לידי ביטוי ועד כמה הוא בא לידי ביטוי זה המקום של שיקול הדעת, אך הוא לא יכול לא לבוא לידי ביטוי בכלל. אם משאירים את הכללים אחידים לגמרי, ולא נתן למשפחה את האפשרות להחליט אחרת אז בעצם המשקל היחסי הוא ששר הביטחון נתן 100% לשיקול האחידות בכל פרט ופרט במצבה, ומנגד נתן 0% משקל לאוטונומיה. כך האם שאומרים כי יש חובה להתחשב במכלול השיקולים, אז החובה להתחשב היא רק במובן הראשון של לחשוב או גם לתת משקל ולהביא לידי ביטוי את השיקול בהחלטה המתקבלת. לפי הגישה בפס"ד של השופטת דורנר התשובה היא במובן השני, שהשיקול חייב לבוא לידי ביטוי בהחלטה (ולא מהו המשקל שניתן). דורנר אומרת כי בעקרון ההחלטה של שר הביטחון לא חוקית, שהרי מה המטרה של הכלל שלפיו יש להתחשב בכל השיקולים הרלוונטים?   
זה לא לעשות רגולציה למחשבה של השר, מאחר ולא אכפת למחוקק מה עבר בראש של השר. אלא שאם נצא מנקודת הנחה שיש למשל שני שיקולים רלוונטיים, אם אלה שיקולים רלוונטיים אז המטרה היא שתהיה אוטונומיה ואחידות (ולא אוטונומיה מלאה מול אחידות מלאה). אם שני אלה שיקולים רלוונטיים אז מה המטרה של החובה להתחשב, שהרי לא מתקבל על הדעת שכל המשמעות של הדרישה היא כדי להסדיר את המחשבות של השר. המהות והמטרה של החובה להתחשב היא כדי שההחלטה שתתקבל תבטא איזון בין שני השיקולים- ולא שזה יהיה רק לשיקול אחד, ובמהות המטרה היא שההחלטה תקדם את האינטרסים האלה. הכוונה היא באינטרסים שניתן לראות לא רק בתוך תודעה של אדם (כמו שיקולים), שכן אם יש ערך של כובד האדם נרצה שיהיה ביטוי לכבוד האדם. לא מספיק שהרשות תחשוב על השיקולים אלא שתביא אותם לידי ביטוי. ולכן ככל שזה אפשרי לא להסתפק בדרישה הראשונה (שהיא בוודאי הכרחית) של חשיבה ושקילה, מודעות ובדיקה, אם יש אינטרס מסוים והרשות נועדה לקדם, אז צריך לקבל את אותה ההחלטה שמקדמת את מכלול השיקולים הרלוונטים.

ובשורה התחתונה- לפי החובה להתחשב במכלול השיקולים לא מספיק שהרשות תחשוב אלא היא צריכה לקיים בדיקה מסוימת על מנת להבין מהן העובדות במקרה הרלוונטי, ולאחר מכן היא יכולה לקבל את ההחלטה.

המובן השני הוא שנוי במחלוקת ולכאורה בית המשפט העליון אימץ אותו בדיון הנוסף של פס"ד ויכסלבאום. עם זאת בפרקטיקה יש פסקי דין שהולכים בעקבות הגישה הזאת ויש הרבה שלא. היום בכתיבה המשפטית, השופטת ברק ארז הביעה הסתייגות מהגישה הזאת ואינה מיישמת אותה, אלא רואה בהיבט השני כרכיב של מבחן שלוש של סבירות. על פי הגישה הזאת, ככלל שהדבר אפשרי לא מספיק שהרשות תהיה מודעת ותבדוק את כל השיקולים, אלא יש צורך שכשהרשות בוחרת חלופת החלטה זאת תהיה חלופה כזו המשקפת מתן משקל כלשהו לכל אחד מהשיקולים הרלוונטים. הרציונל נובע מהחובה להתייחס לכל השיקולים הרלוונטים, זה יישום האינטרס בפועל.

**קשיים**

לפי המובן השני- ככל שהדבר אפשרי אם השיקול הוא רלוונטי, הרשות לא יכולה להפעיל שיקול דעת שלא להתחשב בו בכלל, הואיל ואם הוא שיקול רלוונטי אז היא צריכה לקדם אותו במידת האפשר במסגרת החלטתה. עם זאת לא תמיד זה אפשרי ויש מקרים שבהם החובה במובן השני אינה חלה- גם לשיטתה של השופטת דורנר. יש מקרים וזה גם מצוין בפס"ד שבהם לא ניתן ליישם את הגישה הזאת.

1. מספר מצומצם של חלופות החלטה, שאף אחת מהן אינה מגלמת את מכלול השיקולים הרלוונטים- מקרה אחד הוא כשהחוק הרלוונטי מאפשרים לרשות לבחור בין מספר מצומצם של חלופות שאף אחת מהן לא מייצגת ואינה מגשימה באופן מעשי את כל השיקולים הרלוונטיים. יש הרבה מאוד סמכויות מעולם המשפט שהן סמכויות של- עובר, נכשל, ביטול רישיון או השארה, אין אמצע. יש הרבה שיקולים רלוונטיים ואף אחת מהחלופות לא מקדמת את שני השיקולים האלה יחד. ומכאן, עקרון של משפט מנהלי הוא מה שבלתי אפשרי אז הוא בלתי אפשרי, אף פעם לא מפרשים את המשפט כדבר בלתי אפשרי להגשמה. יש סיטואציות לא נדירות של מספר מצומצם של חלופות של החוק במסגרת הסמכות, ואף אחת מהחלופות לא מגלמת את כלל השיקולים.

לדוגמא: הלכת דרעי פנחסי- יש ס' בחוק יסוד הממשלה שמדבר על העברה מתפקיד של שרים, ובית המשפט מחיל עליו את אותה ההלכה שמדברת על מינוי שרים. בית המשפט קובע כי בהדחת שר בנסיבות שכנגד השר מוגש כתב אישום כנגד עבירה חמורה, יש שני שיקולים. שיקול אחד הוא השיקול הפוליטי, תפקוד במשרד הממשלתי, ושיקול שכנגד בית המשפט קורא לו אמון הציבור. לפי החוק הקיים אין קטגוריית ביניים כמו צמצום סמכויותיו של השר לפרק זמן- יש שתי אפשרויות או שהוא שר או שמפטרים אותו. אם מפטרים אותו, זה אומר כי נותנים משקל של 100% לשיקול של אמון הציבור ומשקל של 0% לשיקול הפוליטי. אם לא מפטרים אותו זה אומר שבית המשפט נותן 0% לאמון הציבור ו100% לשיקול הפוליטי. אי אפשר לומר לגבי אף אחת החלופות שהיא נותנת משקל לשני השיקולים, ולכן בסיטואציה כזאת שצריך לפטר או לא לפטר, אז לא ניתן לקיים את הדרישה שהרשות תבחן בחלופה המגשימה הלכה למעשה את כל אחת מהחלופות.   
מנגד לזה יש מקרים כמו ויכלאום שזה מקרה מובהק שלרשות יש אינספור אפשרויות, כמו בהתקנת תקנות שם יש אינספור אפשרויות לדברים שניתן לכתוב בתקנה. ולכן במקרים כאלה, מעשית אין בעיה ליישם את הכלל הדורש כבר במישור החובה לשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים וליישם אותם בתוכן ההחלטה. אך מה שלא אפשרי, לא דורשים גם לפי התפיסה הזאת של פס"ד ויכסלבאום.

1. שיקולים רלוונטיים שאינם שיקולי חובה- מקרה שני הוא שיש שיקול שמותר לרשות לשקול, לחשוב עליו והיא אפילו מחויבת לחשוב עליו אך היא לא חייבת ליישם אותו. יכול להיות שיש שיקול שמותר לרשות לשקול אך היא לא חייבת ליישם אותו בהחלטה.

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.

בהערת אגב, עד כאן דיברנו על כלל שלשיטת ברק ארז לא מדובר בכלל חשוב מאחר והוא נכנס לסבירות.

1. **איסור להתחשב בשיקולים זרים**

הכלל המשלים למכלול השיקולים הרלוונטים הוא האיסור להתחשב בשיקולים זרים.

אם שיקול הוא זר לסמכות, אסור לרשות להתחשב בו. שיקול זר זה לא בהכרח שיקול אנטי-מוסרי, אלא זר לסמכות המסוימת כפי שהיא מתפרשת. לא תמיד רואים את זה על פני השיקול, כי זה יכול להיות שיקול רלוונטי לסמכות אחת, ושיקול זר לסמכות אחרת. אומנם יש גם שיקולים זרים שהם תמיד רלוונטיים בהפעלת הסמכות כמו שוחד, זכויות חוקתיות. שיקול רלוונטי או זר זה תלוי בפרשנות הספציפית של הסמכות.

דוגמא לכך הוא פס"ד רסקין: יש חוק של הכנסת המכונה חוק איסור הונאה בכשרות, לפיו מצהירים על אוכל שהוא כשר כשהוא לא קיבל תעודת כשרות. בחוק יש ס' שקובע כי במתן תעודת הכשר, המועצה הדתית (הרבנות המקומית) תתחשב בשיקולים של כשרות המוזן בלבד. רבנות ירושלים (שנחשבת מחמירה) טענה כי הלכתית אם במקום שבו מגישים את האוכל מתקיימות פעילויות בלתי צנועות (במקרה הזה פעילות של עותרת שהייתה רקדנית בטן), האוכל אינו כשר. הרעיון היה שכל שיקולים שאינם בכשרות המזון הם שיקולים זרים, והם טענו שהריקוד הוא שיקול בכשרות המזון. כשפנו אל החוק ובדקו את דברי המחוקק, ראו כי כוונת הכנסת הייתה בדיוק למקרה הזה- שיקולים שקשורים רק לעצם הכנת האוכל, הגשתו בשבת, ולא ההתנהלות הכוללת של המקום ללא קשר למה ההלכה אומרת, ולכן השיקול הוא זר לפי פרשנות החוק. שיקול שנוגע לאוכל עמו- בושל בשבת ולא כשר. זו הוכחה ששיקול זר לא חייב להיות שיקול זר בהיבט המוסרי והמילולי, אלא שיקול שלצורך הפעלת הסמכות המסוימת הוא שיקול זר.

פס"ד ועדת השופטים:

שיקולים רלוונטיים:

1. מצוינות וקידום התחום
2. חופש הביטוי

האם שיקולים חיצוניים הם שיקולים רלוונטיים או שיקולים זרים?

שיקולים חיצוניים:

* מעשים פליליים חמורים
* מעשים והתבטאויות המפורטים בס' 7א לחוק יסוד הכנסת-
* התבטאויות קשות ומבזות החוצות את סף הסיבולת של החברה
* קריאה לחרם

פסק דין 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. כפי שמועמד לפרס הורשע במעשים פליליים חמורים, או מעשים והתבטאויות המפורטים בחוק יסוד הכנסת, ומה שהתעורר באופן ספציפי קריאה 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.

סעדים- איסור שיקולים זרים

אם חלופת ההחלטה נראית אפשרית שאפילו בית המשפט חושב שהיא החלטה סבירה, אבל הוכיחו שיקול זר, כלומר שהרשות בפועל קיבלה את ההחלטה על יסוד שיקול זר בסמכות שבה מדובר, אז ההחלטה תיפסל גם אם לגוף העניין ההחלטה לא נוראית.   
הרציונל זה לשמור על כך שלרשות יש שיקול דעת, ויכול להיות שהרשות המוסמכת ללא השיקול הזר הייתה בוחרת חלופה אחר, אך כשהרשות בוחרת היא צריכה לבחור על פי שיקול רלוונטי ולא זר.

* גם אם חלופת ההחלטה שנבחרה על ידי הרשות המוסמכת מצויה במתחם הסבירות, ואף נראית ראויה בעיני בית המשפט, ההחלטה תיפסל אם הוכחו שיקולים זרים.
* הטעם- יתכן שהרשות המוסמכת הייתה בוחרת חלופה אחרת אם לא הייתה מתחשבת בשיקולים זרים.
* חריג: אם יש רק חלופת החלטה חוקית אחת.
* באותה רוח (הרוב בפסק דין ועדת השופטים)- גם אם נשקל שיקול זר ויש רק שתי חלופות החלטה, בית המשפט ייטה לא לחייב את הרשות לבחור בחלופות ההחלטה השנייה, אלא יאפשר לה לשקול את ההחלטה מחדש מבלי להתחשב בשיקול הזר.

החריג לכך הוא שיכולים להיות מקרים שמראש יש חלופת החלטה אחת שניתן לבחור, אז בית המשפט יבטל או יאשר את מה שהיא בחרה.   
למשל בהלכת דרעי פנחסי, אם ראש הממשלה החליט לפטר את השר לא מטעם שיקול אמון הציבור, אלא כי מישהו שילם לו שוחד- אולי זו עבירה פלילית אך בכל זאת הוא צריך לפטר אותו, ולכן בית המשפט יאשר את ההחלטה, גם אם היא התקבלה על בסיס שיקול זר. זהו מקרה שהיו לו רק 2 אופציות, לפטר או לא לפטר, שכל אחת מהן ביטאה משקל מוחלט אחר בין השיקול הפוליטי לשיקול הערכי (100% מול 0% לכאן או לכאן).

באותה רוח של הרוב בפסק דין ועדת השופטים, במקרה שיש חלופת החלטה אחת, בית המשפט לא יפסול את ההחלטה גם אם היו שיקולים זרים, ואם הייתה חלופה אחרת בית המשפט ייתן סעד של החלופה האחרת. מצד שני אם יש כמה חלופות, יש לאצול את ההחלטה לרשות אחרת כדי שהיא תוכל לקבל את ההחלטה מבלי להתחשב בשיקול הרלוונטי. כלומר אם יש רק חלופה חוקית אחת בית המשפט לא יחזיר לרשות, אך בפס"ד ועדת השופטים נקבע כי בית המשפט ייטה לא לחייב את הרשות לבחור בחלופת ההחלטה השנייה, אלא יאפשר לה לשקול את ההחלטה מחדש מבלי להתחשב בשיקול הזר, וזה בתנאי שיש שתי חלופות החלטה חוקיות.

1. **סבירות ומידתיות**

לפי מבחן הסבירות והמידתיות מגבילים את המשקל היחסי של השיקולים השונים. גם אם הרשות התייחסה לכל השיקולים הרלוונטים ולא התחשבה בשום שיקול זר, אבל ההחלטה שהיא קיבלה היא תוצר של מתן משקל יחסי בלתי סביר או לחילופין מתן משקל בניגוד לכללי המידתיות לזכות כזו או אחרת, אז ההחלטה עשויה להיחשב כפסולה על פי מבחן מספר שלוש של סבירות ומידתיות. שהמכנה המשותף שהם אינם נוגעים לשיקולים שהרשות מתחשבת אלא לאיזון של המשקל היחסי שהרשות נותנת.

סבירות ומידתיות- מכנה משותף

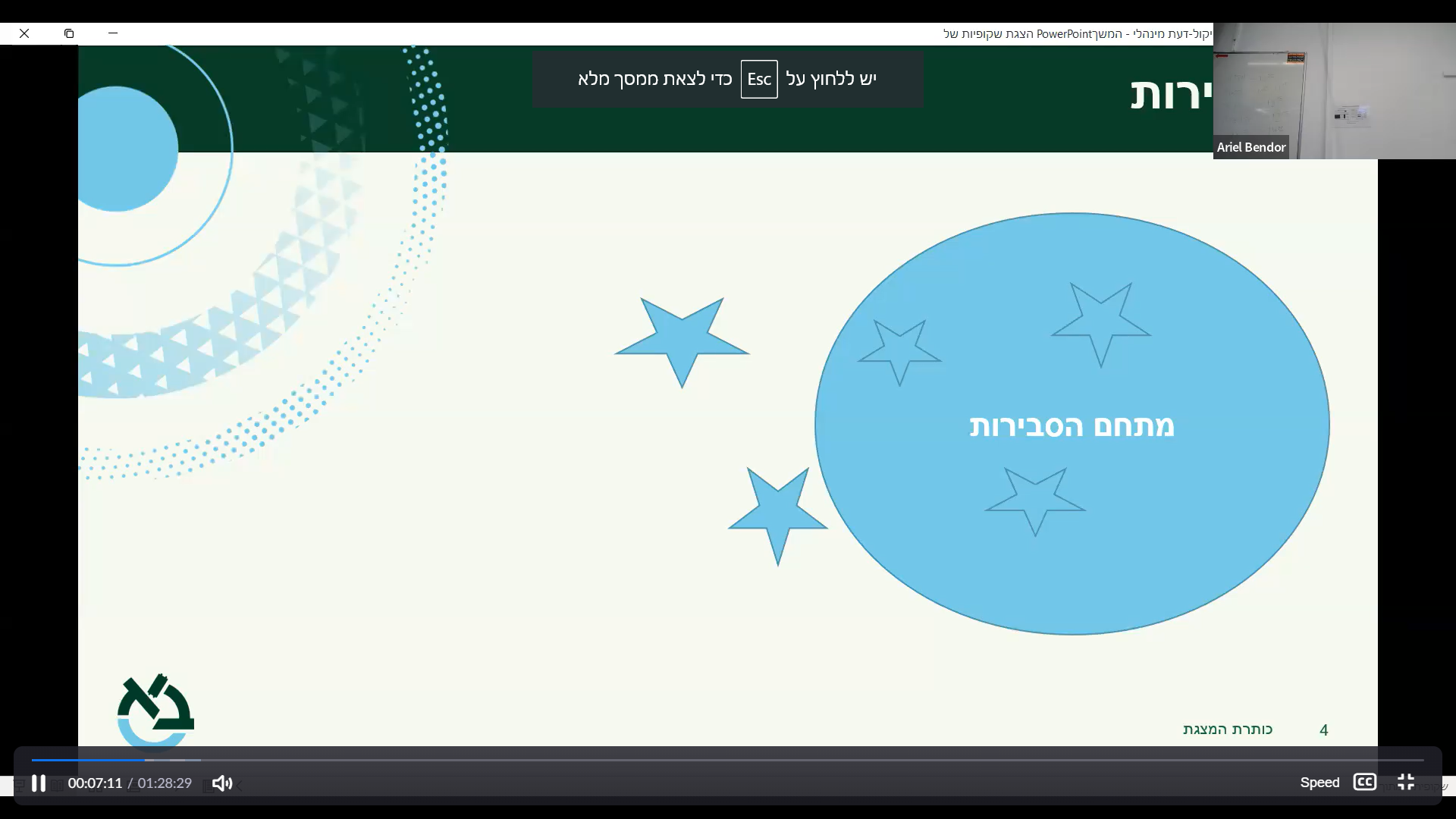
1. שיקלול ומשקל יחסי- המכנה המשותף בין הסבירות למידתיות היא ששני המבחנים מתייחסים לסיטואציה שנשקלו כלל השיקולים הרלוונטים ולא נשקל שום שיקול זר. הן דרישת הסבירות והן דרישת המידתיות עוסקות באיזון ובשקלול של האינטרסים על ידי הרשות. המשקל היחסי כפי שבא לידי ביטוי בתוכן ההחלטה שהרשות נתנה לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים. שניהם עוסקים בהיבט של האיזון אך המבחן הוא לא האם שוקלים את השיקול, אלא בהינתן ששקלו האם המשקל היחסי הוא מידתי במסגרת כלל הסבירות וכלל המידתיות. האם המשקל היחסי הוא סביר\ מידתי כפי שמתבטא בהחלטה של הרשות. שתי הדרישות האלו עוסקות באותו נושא כללי- המשקל הכללי\ השקלול בין השיקולים הרלוונטים על ידי הרשות (בהנחה שנשקלו כל השיקולים הרלוונטים ולא נשקלו שיקולים זרים).

למשל כמו בפס"ד ויכסלבאום שם ההחלטה של שר הביטחון הייתה כי תהיה אחידות מלאה בגופן, לכן במקרה כזה הוא לכאורה שקל את שני השיקולים, אך האיזון בין השיקולים והמתן המשקל המאוד קטן לאלמנט של אוטונומיה הוא לא מידתי ולא עומד במתחם הסבירות.   
לפי תפיסה שמייצגת שופטת ברק ארז, גם משקל 0 זה לא בהכרח פוסל את ההחלטה בגין אי התחשבות בשיקול, מכיוון שהרשות הייתה מודעת לשיקול והחליטה לתת לו משקל 0. אך בשלב של בדיקת הסבירות אם היא נתנה משקל 0 אז יש סיכוי יותר גדול שהמשפטנים שבודקים את סבירות ההחלטה יגיעו למסקנה שההחלטה היא החלטה בלתי סבירה ההופך אותה ללא חוקית.

1. מתחם של בחירה- כעיקרון גם סבירות וגם מידתיות מבוססות על מתחם של בחירה, והן בדרך כלל לא מכתיבות לרשות חלופת החלטה מסוימת. גם אם מתחם הסבירות ומספר ההחלטות שנחשבות סבירות הן לא בלתי סופיות, אם יש יותר מבחירה אחת שנחשבת סבירה ולא רק אחת. אותו דבר נכון בדרך כלל למידתיות, גם במידתיות ברוב המקרים אין רק החלטה אחת /נחשבת מידתית, אלא גם במסגרת המידתיות (שאמורה לצמצם את שיקול הדעת של הרשות) יש בדרך כלל יותר מהחלטה אחת שנחשבת מידתית במתחם המידתיות. אין רק החלטה אחת שמחייבים את הרשות לבחור בה, כך שמבחני המידתיות והסבירות מצמצמים את הבחירה אך לא מבטלים אותה.

**שרטוט לדוגמא**

בשרטוט ניתן לראות שיש חמש חלופות המקיימות את דרישת השיקולים הרלוונטים והזרים. הרעיון של כלל הסבירות הוא שעשויות להיות חלופות שהאיזון היחסי שלהן בין האינטרסים הרלוונטים הוא במסגרת המותר (מתחם של סבירות ולאו דווקא הראויות), ושאר החלופות הן אלו שמשקל היחסי יוצא מתוך המותר של מתחם הסבירות.



נורמה בלתי קביעה- יתרונות וחסרונות

יש בסבירות הרבה בעיות והוא כלל משפטי בעייתי, אך למרבה הפלא אנחנו חיות עם הסבירות יותר בשלום במשפט הפרטי מאשר המשפט הציבורי- מנהלי, כמו עוולת הרשלנות שכולה מבוססת על האדם הסביר. אך במשפט המנהלי השימוש בסבירות מעלה קושי רב יותר בשל הרגישות והמתח עם הפרדת הרשויות.

חייבים להודות שהסבירות בהיותה נורמה בלתי קביעה היא מהווה בסיס לביקורת שיפוטית ולא להנחיית הרשות. נורמה בלתי קביעה זה כאשר לא ניתן לדעת על פי קריטריונים ממשיים האם היא מתקיימת או לא מתקיימת. הסבירות היא לחלוטין בלתי קביעה, לא ניתן לקבוע באופן אובייקטיבי האם היא מתקיימת או לא מתקיימת, יתר על כן, בפרקטיקה יותר משהיא כלל משפטי הממלא את הפונקציה של הנחיית הרשות היא בסיס לביקורת שיפוטית.   
לדוגמא לא ניתן לדמיין מצב שבו הרשות פונה ליועצת המשפטית, בהתייעצות על החלטה מסוימת, והיועצת תענה כי אל לה לקבל החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני. אף רשות לא תגיד לעצמה שהיא מקבלת החלטות בלתי סבירות באופן קיצוני, וכעת היועצת המשפטית שאומרת שיש לקבל החלטות במתחם הסבירות תדע לדעת איזו החלטה לקבל. זה לא אומר הרבה לאזרח או לרשות. ברור שאם יש פס"ד ספציפי שמחיל את זה בצורה קונקרטית- למשל העמדה לדין בגין עבירה של שוחד, ההחלטה לא לפטר אותו היא בלתי סבירה. ברוב המקרים שתתעורר הלכת הסבירות, זה עילה לביקורת שיפוטית אבל אין פה כלל לפיו האזרח יוכל לדעת מה זכויותיו וחובותיו.

כלומר הבלתי קביעות של הסבירות משתקפת בכך שמלבד תקדימים ספציפיים, קשה להצביע על איזשהו כלל שניתן להגיד מראש האם החלטה היא סבירה או לא, ולהנחות מראש את הרשויות. ולכן יותר מכלל משפטי שהציפייה היא לעמוד בו מלכתחילה מביאה לביקורת שיפוטית.

היתרונות:

1. אפשרות להגיע לתוצאות ראויות במקרים אינדיבידואליים- הלכת הסבירות נותנת גמישות המאפשרת להגיע לתוצאה ראויה, מאוזנת ובמקרים אינדיבידואליים. זה נותן גמישות ושליטה של בית המשפט בהיקף הביקורת השיפוטית. בשונה לתדמית הציבורית הלכת הסבירות דווקא משמשת את בית המשפט כדי לדחות עתירות. רק מעט מאוד עתירות מידי שנה מתקבלות על סמך קביעת בית המשפט שההחלטה שהרשות קיבלה הייתה מחוץ למתחם הסבירות ובלתי סבירה באופן קיצוני. התוצאה המעשית שהיינו מצפות לה היא שבית המשפט יחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו, אך זה דווקא מהווה כלי לדחיית העתירות ושמירה על שיקול הדעת של השלטון.
2. תמריץ לקבלת החלטות ראויות- הלכת הסבירות מהווה תמריץ לקבלת החלטות ראויות מצד השלטון. מאחר והשלטון לא יודע בדיוק מה עומד במתחם הסבירות ולא יודע כיצד בית המשפט יכריע, הוא יתאמץ לקבוע החלטה ראויה שלא תיפסל בהמשך. אם השלטון למשל היה יודע שפוסלים החלטה רק בשל שיקולים זרים שקשה מאוד להוכיח, או ההחלטה שקשה להוכיח ששקלו את כלל השיקולים הרלוונטים, אז הוא לא היה מתאמץ להגיע להחלטה שהוא מדמיין שבית המשפט יאשר אותה. בעולם שקשה לקבוע איזה החלטה מקבלים בכל מקרה ומקרה, הלכת הסבירות מהווה תמריץ כללי לרשות לקבל החלטה שהיא יודעת שבית המשפט לא יפסול אותה מחמת הסבירות. בכל זאת יש אינטואיציה והרשות שיודעת שיבחנו את ההחלטה שהיא קיבלה לגופה אז מראש שירתיע אותה מקבלת החלטות בעייתיות.
3. תחליף להוכחת שיקולים זרים\ אי התחשבות בשיקולים רלוונטיים- לרוב קשה להוכיח שיקולים זרים או אי התחשבות בשיקול רלוונטי מהסיבה שהרשויות יכולות להסוות את זה, או שהחלטה נותנת משקל כל כך זעום או ההפך לשיקול מסוים, כך שמבחינה טכנית הרשות התחשבה טכנית בכל השיקולים אך זה לא נעשה בתום לב, ואז לבית המשפט יש סמכות במקרים חריגים לבטל את ההחלטה על בסיס סבירות. דווקא בית המשפט רואה בזה גמישות המאפשרת לו לדחות את התביעה.

אך יש גם חסרונות:

1. אי וודאות- קשה לומר מראש ואם אין תקדים ספציפי לגבי החלטה מסוימת, קשה לדעת מה יקבע בית המשפט.
2. סובייקטיביות של בית המשפט- אלמנט ברור של סובייקטיביות בית המשפט ולפני כן יועצים משפטיים. לא קיימות נורמות משפטיות כלליות וברורות שעל פיהם מתקבלת ההחלטה. אם אין תקדים ספציפי בדיוק לגבי החלטה מסוימת שנקבע לגבי היעדר סבירות (כמו שר שהורשע בשוחד), בית המשפט מכניס אלמנט סובייקטיבי דרך הסבירות.
3. השתלטות הסבירות- יש קושי מרכזי שפחות מדברים עליו מחוץ לעולם המשפט, שדווקא מושך לפחות התערבות של בית המשפט. הסבירות כבר לא כלל שיורי, אלא השתלטות על המשפט המנהלי. בית המשפט זה לא הגורם המרכזי ויש גם תפקיד של המשפט בהכוונת התנהגות ובקביעת נורמות ראויות. דווקא מכיוון שנוח לבית המשפט להשתמש בסבירות לאו דווקא כדי לקבל עתירות אלא לדחות, זה שהסבירות השתלטה על המשפט המנהלי והיא החליפה כלים אחרים של משפט מנהלי בכלל ושיקול דעת בפרט. ראינו דוגמא בחובה להתחשב לכלל השיקולים הרלוונטים, השופטת ברק ארז אמרה כי לא צריך להגזים ולדרוש כל שיקול רלוונטי שיבוא לידי בהחלטה, כי יש להכניס את הדרישה הזאת לסבירות. נראה כיצד הלכת הסבירות גם מתפשטת מעבר לשיקול הדעת המנהלי שעניין הסבירות לא היה אמור לחול בהם.

"הלכה למעשה, השאלה אם החלטה נתונה היא סבירה נתונה להכרעתו הבלעדית של היושב בדין ברגע מתן ההכרעה השיפוטית וזאת מבלי שקיימים כל קני מידה מקדמיים שעל פיהן מתקבל הכרה כזו."

תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה

את החיסרון בדבר התפשטות הלכת הסבירות ניתן לראות בדעת מיעוט של השופט גרוניס בפרשת אמונה. על סמך הלכת הסבירות, אמונה הגישו עתירה כנגד מינויו של חיים רמון לתפקיד משנה לראש הממשלה על בסיס הרשעתו בגין מעשה מגונה. עם זאת העתירה נדחתה. גרוניס היה לצד שופטי הרוב בתוצאה, אך כמיעוט בנימוק. לדעתו, הלכת הסבירות "עברה שינוי והתפתחה לממדים קרובים לאלה של נורמת על.. תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר." אם בעבר הראיה הייתה פסילה או לא- היום זה בעיניים של מתחם ושל חריגה קיצונית.

דוגמאות

* התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטים- לפי שיטתה של השופטת ברק ארז ושופטים אחרים שלא רואים את זה ככלל קיצוני שאין בו שם מתחם, אלא אם החלטה שלא מגשימה את כל השיקולים אינה נפסלת אלא ממשיכה למבחן המידתיות, ורק אז במקרים קיצוניים על פי אמות מידה בלתי קביעות פוסלים.
* סמכות עזר\ היעזרות באחרים- פס"ד של השופטת חיות בהבחנה בין סמכות עזר להיעזרות באחרים, שם אמרה כי אם נעזרים בצורה סבירה זה בסדר. פעם היה מבחן שאם היו מפעילים שיקול דעת התוצאה הייתה בינארית, זה כבר לא כלל שאפשר לומר האם מתקיים או לא, אלא זה תלוי כמה. יכולים להגיע למסקנה כי מדובר בסמכות עזר ולאפשר את האצילה.
* זכות הטיעון- טיעון סביר, במתחם הסבירות. אם יש פנים לכאן ולכאן אז מתחם הסבירות, רק מה שהוא בלתי הוגן באופן בלתי סביר. אך לא כך צמחה זכות הטיעון, ובית המשפט לא קבע כללים איך אמורה להתקיים זכות הטיעון אלא איך היא אמורה להתקיים בתוך מתחם הסבירות, כל עוד אין חריגה קיצונית מההגינות בית המשפט לא מתערב.
* איסור על ניגוד עניינים- מה ההבחנה בין ניגוד עניינים מותר לניגוד עניינים אסור? שוב יש פס"ד שמכניסים את מתחם הסבירות.

הרבה פעמים זה נותן לבית המשפט כלים להכשיר את ההחלטה על מנת לא לכבול את הרשות בכללים ברורים שעשויים להביא ליותר עתירות להתקבל. עם זאת זה לא תמיד כך כי אם היו כללים ברורים הרשות הייתה יודעת מה לעשות. ההנחה שלא משנה כמה הכלל המשפטי ברור תמיד מגיעים לבית המשפט, אך זו הנחה שגויה שכן ככל שהכלל המשפטי יותר ברור הרשות תוכל לפתור את זה אצלה ופחות עתירות יוגשו, ומהצד השני ככל שהכלל יותר עמום, ושני הצדדים מניחים שיש סיכוי שבית המשפט יעתרו לעתירה כי לא יודעין מה הכלל אז יעתרו יותר לבית המשפט.

הסבירות במידה רבה התשלטה על המשפט המנהלי, לא רק בשיקול הדעת אלא גם בכללים האחרים- כמו בטלות יחסית שנראה בהמשך, שם הסעד שניתן הוא כל כולו בשיקול הדעת של בית המשפט.

פס"ד עמותת פורום המזרח התיכון

פס"ד עמותת פורום המזרח התיכון נוגע ליחס בין עילת הסבירות לזכויות חוקתיות.

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. סמכותו של ראש העירייה המעוגנת בהוראת חוק העזר העירוני תחומה בגבולותיו של המבחן החוקתי. המבחן החוקתי אינו מאוד ברור- ביטוי שפוגע ברגשות מותר לפסול אותו רק אם הוא חוצה את סף הסבילות של החברה, מרעיד את אמות הסיפים שלה. אמות המידה הן בעצמן מופשטות ובית המשפט צריך לחדד את אמות המידה כי אנחנו בנושא חוקתי ולא מנהלי רגיל, בנושא חוקתי של ליבת חופש הביטוי ולא החלטה מנהלית קלאסית, וגם שמדברים על זכויות האדם יש מידה של עמימות. זאת כבר לא סמכות מנהלית רגילה אלא נושא חוקתי מובהק. השופט סולברג זה שבמקרה כזה של עניין חוקתי לבית המשפט אין סמכות רגילה, נושא כזה הוא בגדר אחריותו ולכן הוא חייב להתערב. יכול להיות שזה עומד במתחם הסבירות סביר אך זאת לא השאלה, השאלה היא שאלה של פגיעה בזכות חוקתית, 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.

ממשיך השופט שטיין שקובע כי דוקטרינת הסבירות קובעת הלכה למעשה כי החלטה מנהלית אשר נראית בלתי סבירה במידה קיצונית, היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, גם אם לא רואים את זה. דוקטרינה זו אינה יכולה לשמש בסיס לביטול זכויות המוקנות לאזרחים.  
זה לא מבטל את הסבירות, אך הוא אומר שסבירות זה רק משהו שבטוח היה כאן משהו אחר לא בסדר- היו שיקולים זרים או הפליה. זו הדוקטרינה הכללית שהוא מפרש אותה בצורה מסוימת. אך כשיש זכויות אדם זה לא מתחם וזה לא דוקטרינה הסבירות הרלוונטית רק באותן נסיבות שבטוחים שיש חשד לשיקול זר אך לא ניתן להוכיח. הוא אומר כי דוקטרינת הסבירות של מתחם סבירות רחב אינה יכולה לשמש בסיס לביטול זכויות המוקנות לאזרחים.

גם השופט סולברג הוא מאוד זהיר ואינו מוכן להשתמש במתחם הסבירות כשמדברים על זכויות אדם. כשיש פגיעה בזכות אדם זה כרב בגדר הסמכות של בית המשפט וההחלטה של ראש העיר פוגעת באופן בלתי ראוי בזכויות אדם.

כיום עדיין יש רוב מסוים בקרב שופטי בית המשפט העליון שתומך בשיטתו של קרא- לפי גישת הסבירות הקלאסית כי הסבירות חלה על הכל. חרף אמירות שונות שתכליתן לכרסם בדוקטרינת הסבירות, רגליה של עילת הסבירות נטועות עמוק בקרקע המשפט המינהלי. אבל (שמגדיר את העמימות) מתחם הסבירות הוא לא בגדר מידה אחת שמתאימה לכל. אם זה פוגע בזכויות מתחם יותר מצומצם וכך ההפך, אך זה תלוי בהחלטה ומצומצמת- למשל לרשויות פוליטית ניתן פחות מתחם סבירות אל מול גורמי מקצוע. הוא מסנגר את לוקחים את הסבירות בהתאם להחלטה ונסיבותיה ואי אפשר לצפות מה קורה בהחלטה אחרת. הוא מציין את היתרון של מתחם הסבירות, אך באותו הזמן גם את החיסרון לפיו מצמצמים מאוד את הסבירות.

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**

בסוף שנות ה80 הייתה תודעה שהלכת הסבירות היא לא ברורה, והאם ניתן למצוא טריק לכך שזה יהיה יותר ברור- כלומר גם שקלו את כל השיקולים הרלוונטים, לא שקלו שיקולים זרים בלי שהמשפט יאמר משהו יותר משמעותי. על רקע זה ניסו ופיתחו את תורת המידתיות שמוכרת לנו מחוקי היסוד בזכויות האדם (אך במקור היא התפתחה במשפט המנהלי). בית המשפט החיל את רעיון המידתיות (חודש וחצי לפני חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם). בהערת אגב, המילה מידתיות הומצאה על ידי השופט חיים כהן.

המידתיות שדווקא בשונה ממה שאפשר לחשוב זה לא היקש ושאילה מזכויות האדם אלא התחילה להתפתח תחילה במשפט המנהלי. המידתיות נועדה להתמודד עם אי הבהירות או חוסר הקביעות של הלכת הסבירות, והיא לא נועדה על מנת לענות האם נשקלו כל השיקולים הרלוונטים אלא לעסוק באיזון בין השיקולים תוך מידה רבה יותר של וודאות, אובייקטיביות, הנחיית הרשויות.

המטרה: באופן כללי המידתיות עוסקת בסוג המקרה שהיא נועדה להסדיר במקור ואז החילו אותה על מצבים אחרים. מצבים שבהם יש שני שיקולים רלוונטיים- מהצד האחד במצבים שיש יותר משני שיקולים רלוונטיים- מהצד האחד אינטרס ציבורי של הכלל ומהצד השני אינטרס וזכות של אדם פרטי. כלומר למרות שמבחינה רטורית הפסיקה משתמשת במידתיות להקשרים מגוונים, המידתיות בנויה לצורך איזון בין תכלית ציבורית והאמצעים לקידומה, לבין זכות ואינטרס פרטי מוגן. קשה להשתמש במידתיות מעבר לרטוריקה לשימוש התקשורתי למידתיות כאמצעי מתון, אך במובן המשפטי אין הרבה משמעות לשימוש במידתיות לאיזון שני אינטרסים ציבוריים או פרטיים, אלא היא בנויה על פי תנאיה במבחני המשנה שלה בין איזון בין תכלית ציבורית או זכות א לכל הפחות אינטרס מוגן של אדם פרטי.

המידתיות אומרת שהשיקול הציבורי שהרשות מבקשת לקדם הוא צריך להיות שיקול ענייני, צריך לקדם תכלית ראויה (שיקול רלוונטי לסמכות הנדונה) בדומה לפסקת ההגבלה, וכי יש לקיים שלושה מבחני משנה. בהינתן שיקול ציבורי רלוונטי לסמכות הנתונה, וגם שיקול פרטי רלוונטי לסמכות נתונה- בין אם מדובר בזכות חוקתית או אינטרס פרטי אחר שהמשפט המנהלי מגן עליו, המידתיות כוללת ומורכבת משלושה מבחני משנה:

1. ההתאמה\ רציונליות- האמצעי שפוגע בזכות או באינטרס אמור להגשים התכלית הציבורית הראויה. לפי התפיסה המקובלת אין צורך בהוכחה מדעית שהאמצעי הנדון יוביל להגשת התכלית, אין גם צורך בכך שהתכלית תוגשם במלואה אלא מתספקים שעל פי השכל הישר האמצעי יוכל להיות אפקטיבי לקידומה של התכלית.   
   ניתן היה לחשוב אחרת ולדרוש דרישות יותר מחמירות, אך לפי הפסיקה הקיימת כשבודקים התאמה או קשר רציונלי מסתפקים בשכל ישר, והוכחות מסוימת שלאו דווקא מדעיות מוחלטות, שהאמצעי הוא אפקטיבי לצורך קידומה של התכלית.
2. מבחן הפגיעה הפחותה\ מבחן הצורך- משמעותו שאין אמצעי אפקטיבי לקידום התכלית הראויה ולקידום המטרה הציבורית הרלוונטית שפוגע פחות בזכות או באינטרס הפרטי, כפי שפוגע האמצעי שהרשות בחרה. גם כאן מבחינה מעשית, רק במקרים יוצאים מהכלל מבחן הפגיעה הפחותה יש בו הגבלה משמעותית כי אמצעי חלופי שאם קיים, אז האמצעי שהרשות שבחרה בו עשוי להיפסל, הוא רק אמצעי אפקטיבי לפחות באותה מידה ושהעלות שלו לא יותר יקרה. בחיים אין הרבה מקרים שהעלויות שוות, והיעילות שווה. בפרקטיקה כאשר יש פער קטן בין העלויות ובאפקטיביות, עדיין בית המשפט יכול לפסול החלטה לפי המבחן הזה, אך בפועל הערך של המבחן הזה כפי שבית המשפט מחיל אותו (שכן אין הרבה מקרים שהיעילות והעלויות שוות). אולי מזכירים אותו אך אין הרבה מקרים שיש הגבלה משמעותית על שיקול הדעת, וזאת כי יש הבדלים בעלות ובאפקטיביות והרשות רוצה אמצעי שעלותו פחותה ואפקטיביות רבה יותר, על פי אמצעים אחרים שאולי יותר יקרים והאפקטיביות שלהם מועטה יחסית.
3. מידתיות במובן הצר\ יחסיות- יחסיות משמעותה היא שמתקיימת מידה ראויה, יחס ראוי בין התועלת הצומחת להפעלת האמצעי לבין הנזק שהיא גורמת. יוצאים מהנחה שהאמצעי אפקטיבי, רציונלי, שאין אמצעי אחר שעלותו זהה או נמוכה יותר, עדיין במצבים שיש פער בין התועלת לבין הנזק, שיקול הדעת בקבלת ההחלטה עשויים להיפסל לאור מבחן המידתיות במובן הצר.   
   בעיקרון זה דומה למתחם הסבירות- מבחינת המשקל היחסי של השיקולים השונים- האם ניתן משקל מוגזם להשגת התכלית לעומת הזכות. למשל התכלית לא כל כך חשובה, או שהאפקטיביות קיימת אבל לא מאוד גבוהה, לעומת פגיעה משמעותית בזכות. לא מתקיימת מידה ראויה בין התועלת הצומחת מהפעלת האמצעי לבין הנזק שהיא גורמת- לפגיעה בזכות. בעיקרון זה דומה לסבירות עם החולשות שלה- ברור שכאן יש מתחם רחב ולא כל פעם שהשופטים יחשבו שעדיף היה לא לקבל את ההחלטה על מנת לא לגרום לפגיעה בזכות, אז הם יפסלו את ההחלטה אלא רק אם יש פער שהופך את ההחלטה לחורגת ממתחם הסבירות, למתחם במידתיות במובן הצר.  
   בית המשפט לפעמים ולא באופן שיטתי משתמש במחני העזר למידתיות במובן הצר, שבכל זאת נועדו להפוך אותה ליותר קונקרטית, קביעה, מובנה באופן שאינו תלוי באינטואיציה ובשיקול הדעת של השופטים. השימוש בהם לא מאוד התפתחו והוא יכל להיות יותר רחב, בית המשפט לא מרבה להשתמש בהם ולא פיתח אותם. הכותב המרכזי על המידתיות היה אהרן ברק, אבל הקליטה בפסיקה היא חלקית.

היחסיות מבחני עזר

מבחן היחסיות חוזר למתחם הסבירות- 1 ו2 נראים ברורים, בית המשפט והרשות יודעים מה לבדוק, אבל אז היו הצעות שמוצעות בפסיקה למבחני יחסיות חלופיים, אך לא מיישמים אותם בצורה עקבית. גם המבחן השלישי הדומה לסבירות- מבחן היחסיות, ולכן נעדיף להשתמש במבחני עזר שנותנים לו קונקרטיזציה, ולא מבחן שרק אומר כי הנזק יותר גדול מהתועלת. יש במבחני האלה עמימות מסוימת אך הם נותנים כיוון יותר ברור.

1. מבחני איזון עקרוניים- מבחן הוודאות הקרובה- מבחן שמיישמים אותו לפעמים. במקום לומר הנזק יותר גדול או התועלת יותר גדולה, לבחון מבחן שהוא כשלעצמו קצת עמום אך יש לו נקודת התייחסות. בית המשפט בהקשר מסוים קובע מבחן שהוא יותר קביע גם אם לא תמיד ניתן ללמוד ממנו מראש מה שתהיה התוצאה, אך הוא עדיין יותר ספציפי. המבחן הקלאסי של מבחן איזון עקרוני הוא מבחן הוודאות הקרובה שהשתמשו בו בפרשת קול העם- ניתן לשלול חופש ביטוי רק כשיש הסתברות קרובה לוודאית שתהיה פגיעה ברגשות הציבור. רק כשיש פגיעה רצינית וההסתברות לכך היא ודאות הקרובה, רק אז ניתן לפגוע בזכות על פני האינטרס הציבורי. יש גם מבחן האפשרות הסבירה, מבחן מעבר לסף הסיבולת של החברה וכו.   
   זה אולי לא ברור מה רף הסיבולת אבל זה מכוון יותר מהנזק מול התועלת. בית המשפט אומר שבאיזון בין אינטרס ציבורי לזכות חל מבחן איזון עקרוני כזה- וודאות קרובה, אפשרות סבירה וכו. לא תמיד מפעילים את זה, היה פוטנציאל לפיתוח אך משתמשים באותם מבחנים עקרוניים שהשתמשו בהם בעבר, ולכן בית המשפט גם בתוך המידתיות נוח לו להישאר במתחם הסבירות ושיקול הדעת למיניהם.   
   הרעיון של מבחני איזון עקרוניים הוא רעיון ראוי אך מאז קול העם לא פיתחו מבחני איזון נוספים ובית המשפט לא מרבה להשתמש בהם.
2. מבחן ההשפעה התוספתית- מבחן המבוסס על השוואה בין שתי חלופות. מה ההבדל בין מידתיות במובן הצר לבין היישום באמצעות מבחן ההשפעה התוספתית? המבחן הכללי והבסיסי שהוא מאוד עמום, מידתיות במובן צר בודקים החלטה קונקרטית ואת החלופה שהרשות בחרה בה, והאם הערך שלה להגשמת הערך הציבורי יותר קטנה\גדולה מגיעה שההחלטה גורמת לה. בודקים את ההחלטה לבד כאילו שהיא יחידה בעולם. מבחן ההשפעה התוספתית מבוסס על בחינה של לפחות חלופה אחת נוספת, כלומר במקור הרשות עצמה צריכה לעשות את זה, אך אם מגיעים לבית המשפט- בית המשפט בודק את ההחלטה שהתקבלה אל מול חלופה אחרת (כדי שהוא יעשה את זה העותרים יצטרכו להביא בצורה רצינית חלופה אחרת ומשכנעת). אם העותרים אומרים שההחלטה לא מידתית ומסבירים למה היא מאוד פוגענית והתועלת שלה היא תועלת מוגבלת, אם בית המשפט לא יעשה את זה בשבילם אז לא ניתן להשתמש במבחן ההשפעה התוספתית. אבל כלל שהעותרים אומרים שיש חלופה אחרת שגם אם מבחינת הפגיעה הפחותה, אז החלופה האחרת היא פחות אפקטיבית או שהעלות שלה היא יותר גבוהה, אך יש חלופה נוספת ואז ניתן להשוות בין החלופות.   
   איך משווים? משווים בין התוספת השולית של קידום התכלית לבין התוספת השולית של הפגיעה בזכות או באינטרס לגבי חלופה אחת ולגבי חלופה שנייה. כלומר אם יש חלופת החלטה שמשיגה את התכלית כמעט באותה מידה אך לא גורמת בכלל לנזק, אז בית המשפט יעדיף אותה. נכון שלפי הפגיעה הפחותה אי אפשר לפסול כי החלופה שהם מציעים היא קצת פחות יעילה, אך אם היא קצת פחות יעילה והיא לא פוגעת בזכות, בית המשפט יבחר את החלופה האחרת.   
   ניתן לעשות את זה בהרבה מאוד החלטות אך זה תלוי בראש ובראשונה שהעותרים יהיו רציניים, לא יגידו רק שזאת החלטה פוגענית ויבקשו לבטל אותה, אלא הם צריכים להביא חלופה משכנעת. היה והעותרים מביאים חלופה בית המשפט יכול לבחון אותה בדרך כזאת. כמובן שהדוגמא שמובאת היא דוגמא קיצונית, ואם יש הבדל קטן למשל של 20% ולא הבדל מהותי וגדול, בית המשפט ימנע מלהתערב כי יש מתחם של סבירות.

דוגמא: תוואי גדר ההפרדה- יכול להיות מצב שבו הרשות בחרה תוואי מסוים שהוא התוואי הטוב ביותר מבחינה ביטחונית אך הוא ממוקם בצורה כזאת שהוא פוגע פגיעה קשה בזכויות\ אינטרסים של תושבי האזור. נניח הוא מפריד בינם לבין השדות שהם מעבדים באופן שהם לא יכולים להגיע אליהם. יכול להיות מצב, שיש תוואי אחר שהוא מגן בצורה יותר פחותה בביטחון, אך באופן זעיר, והוא לא פוגע בכלל באינטרסים של התושבים. החלופה היא שהתוואי הוא כזה שהוא לא מאה אחוז ביטחון- אלא 99% טוב כמו התוואי הראשון אך הוא אינו מפריד בין השדות לבין התושבים. בנסיבות כאלה בית המשפט שמווה בין החלופות ומשווה בין ההשפעה התוספתית של כל אחת מהן. למשל לתוואי שניתן על ידי משרד הביטחון נותנים 100% הגנה ולזכות 0%, ואז החלופה האחרת נותנים לביטחון 99% לזכות 100%. בנסיבות כאלה שיש הפרש קיצוני, ולכן אותה עתירה התקבלה.

בית המשפט פירש בנוקשות רבה את שני מבחני המשנה הראשונים- שהם מבחנים יותר ברורים. דווקא אותם הוא פירש בצורה יותר נוקשה ומצומצמת, כדי להגיע לאזור הנוחות שלו שזה המבחן השלישי הדומה לסבירות. וגם כשהיו ניסיונות לתת מבחנים יותר רציונליים, בית המשפט נמנע למפתח אותם כנראה משום שבית המשפט מעדיף להפעיל שיקול דעת רחב בדבר מידת המעורבות הראויה של הרשות השופטת בהחלטות מנהליות ולא נוטה לצמצם את הביקורת השיפוטית. השיח של בית המשפט תערב ולא פוסק לפי הדין, הוא מראש מקטלג את העבודה השיפוטית למקום הלא נכון. פחות נאמר שבית המשפט מתערב במשפט הפלילי כשהוא שולח נאשם לכלא, או מבטל חוזה בחוזים. אך כלל שבית המשפט משתמש יותר במונחים בלתי קביעים, ובמיוחד שהוא מתעסק בנושאים שנוגעים בהפרדת הרשויות ולא כמו בדיני נזיקין או חוזים שזה אדם וחברו, מעורר יותר את השיח של התערבות והיעדר סמכות מצד בית המשפט.

**יישום מבחני המידתיות ופס"ד בן עטייה**

1. התאמה\ הקשר הרציונלי- פס"ד בן עטיה מראה החלה אלגנטית ומשכנעת מעבר למתחם הסבירות. בית המשפט מנסה להראות קריטריונים שהוא בודק אותם ולא מדבר במונחים כללים מאפשרים לו לשים את שיקול לדעתו במקום של הרשות, אלא הוא מציין קריטריונים.   
   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.
2. מבחן הפגיעה הפחותה- במבחן הפגיעה הפחותה ביישום פס"ד- כאשר התכלית היא שמירה על טוהר בחינות הבגרות כנגד חשש של העתקות, האמצעי הפוגע פחות שיש בו כדי להשיג את המטרה המבוקשת הוא הגברת הפיקוח (וכן הגברת הפיקוח וההסברה). יש דרכים שונות להשיג את המטרה של שמירה על טוהר המידות בבחינות הפנימיות. ניתן להשיג את המטרה הזאת על ידי פיקוח- העסקת משגיחים נוספים וכן האלה. אם יש בעיית העתקה מטפלים בהעתקה לא על ידי ביטול הבחינה הפנימית אלא על ידי מניעת העתקה באמצעות השגחה. חלק מהרעיון של מבחן הפגיעה הפחותה זה השגת האמצעי שפוגע פחות, ואפשר להשיג את המטרה באמצעי שלא פוגע בכלל- למשל הגברת השמירה פוגע פחות מאשר בכלל לא יהיו בחינות פנימיות.
3. מידתיות במובן הצר\ היחסיות- מבחן שלא מאוד שונה מהסבירות זה המבחן של מידתיות במובן הצר. בודקים את התועלת לעומת הנזק, ואז בית המשפט אומר שלא מתקיימת מידה ראויה בין התועלת הצומחת מהפעלת האמצעי לבין הנזק שהיא גורמת. למשל נזק לכל תלמידי בית הספר המבקשים לגשת לבחינות בגרות פנימיות- פגיעה במורים ללא הוכחה כי מישהו מהם כשל בעניין ונזק לשמו הטוב של בית הספר. גם אם היה מתקיים מבחן התאמה, האמצעי שבחרו פוגע יותר מאשר התועלת הצומחת ותועלת מפקפקת כלל שהיא קיימת.
4. **שוויון מנהלי- עקביות**

ברכיב זה מדובר על עקרון השוויון של המשפט המנהלי שזה בעצם עקביות. שני מקרים שהם לגמרי זהים, ובהפעלת שיקול הדעת הרשות הגיעה לשתי תוצאות שונות, אזי יש פגיעה בשוויון המנהלי ובעקביות. אותה רשות בלי שיש הבחנה כעיקרון לא יכולה להחליט באופן לבלתי עקבי בשני עניינים שהם זהים במהותם. זה מתייחס למצב ששלושת הקריטריונים לעיל מתקיימים אך הרביעי לא.

שוויון במשפט חוקתי ובמשפט מנהלי

שוויון הוא עיקרון בסיסי, ואפילו בסיסי ביותר. ניתן אפילו להגיד כי דמוקרטיה היא שווין בסיסי ופורמלי של הקצאת כוח שווה בין כל אזרחי המדינה. מצד אחד שוויון זה עקרון מאוד בסיסי בכל תחומי המשפט ובוודאי במשפט החוקתי והמנהלי, ויחד עם זאת הוא בגדר אחד מהעקרונות המשפטיים העמומים ביותר. על רקע זה יש תועלת רבה בהבחנה של שני מושגים שונים לשוויון:

1. שוויון כנגזרת של כבוד האדם- שוויון משתמשים בו במשפט החוקתי, שוויון שלא מבוסס על הרלוונטיות לצורך קבלת החלטה, אלא השאלה האם הקריטריון שהרשות השתמשה בו הוא קריטריון שהשימוש בו פוגע בכבוד האדם, במיוחד שהוא מניח סטיגמה של נחיתות גם כשהיא רלוונטית לנושא.
2. שוויון מנהלי אריסטוטלי- עקביות- זהו מובן אחר לגמרי של שוויון למרות שמשתמשים באותו ביטוי. האמת היא שאין קונצנזוס מוחלט סביב ההבחנה הזאת.   
   אפילו השופטת חיות הטילה ספק בהבחנה בין שוויון מנהלי לחוקתי משום שמעבר להיבט הרגשי, החברתי והפסיכולוגי של הפליה על רקע חוקתי והפליה על רקע מנהלי, שתיהן נחשבות כפוגעניות. אך לדעת בנדור מבחינה אנליטית כן יש הבדל.

שוויון חוקתי

במובן החוקתי זה זכות לכך שאדם לא ייפגע עבר השתייכות לקטגוריות קבוצתיות מסוימות בעלות אופי זהותי (דת, גזע, מין, עדה, נטייה מינית, גיל) ואפילו דעות פוליטיות והשתייכות למפלגה. דברים שהם חלק מזהותו של אדם.  
שיוויון במופע החוקתי עשוי להיפגע גם כשההשתייכות הקבוצתית רלוונטית. לדוגמא בבג"צ אליס מילר- שם כל השופטים היו מוכנים לקבל את ההבחנה כי יש עדיפות לקבל שירות גברים על פני נשים, משום ששירות נשים הוא יותר יקר באופן יחסי (כי הן משרתות פחות שנים). אבל עדיין מאחר שאישה באשר היא אישה לא יכולה להיות טייסת, במיוחד בהינתן במשמעות המהותית של תפקיד הטיס בחברה הישראלית, זה פגיעה בשוויון. גם אם קטגוריה מסוימת היא רלוונטית אך התחשבות בה פוגעת בכבוד האדם, אין יכולת להתחשב בה.

שוויון היא זכות יחסית- ניתן לפגוע בשוויון החוקתי אם מתקיימים התנאים של פסקת ההגבלה- הסמכות לפגוע בזכות מפורשת בחוק, התכלית לפגיעה בה היא ראויה, עומדת בערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית, ועומדת בשלושת מבחני המשנה של המידתיות.

שוויון מנהלי

מאחר ואנחנו לא עוסקות בקורס במשפט חוקתי, אנו נתרכז בשוויון כשוויון מנהלי. השוויון המנהלי שהוא מכונה גם כשוויון אריסטוטלי, הוא זה שיוויון מיוחס לאריסטו.

שוויון לשיטתו של אריסטו:

1. התייחסות שווה למקרים שווים- שאין ביניהם הבדל רלוונטי. למקרים שווים חובה להתייחס באופן שווה. אם כל אחד מהמקרים האלה מתקבלת החלטה שונה, זו פגיעה בשוויון המנהלי. כמובן שאין בחיים, שני מקרים שהם שווים באופן מוחלט. ברור כי בחיים כל שני מקרים שנבחר, הם אינם שווים במלואם. לכן היישום לא כל כך פשוט, אך מדובר בשוויון מבחינת השיקולים הרלוונטים- שני מקרים שווים שאין ביניהם הבדל רלוונטי לסמכות שבה מדובר, יש להתייחס אליהם באופן שווה. אם אין הבדל רלוונטי לסמכות שבה מדובר יש להתייחס אליהם באופן שווה, וכי התייחסות שונה לשני מקרים שווים היא בגדר הפרה של השוויון האריסטוטלי.
2. התייחסות שונה למקרים שונים- היבט השני שהוא גם ביחס לשוויון- אם יש שני מקרים שיש הבדל רלוונטי ומתייחסים אליהם בצורה שווה, גם זה פגיעה בשוויון המנהלי. אם יש שני מקרים שהם שונים באופן מהותי ורלוונטי לנושא הנדון, מקבלים בדיוק את אותה החלטה, שוב תתעורר פגיעה בשוויון המנהלי האריסטוטלי.
3. השוני בהתייחסות בפרופורציה לשוני בין המקרים- השוני בהתייחסות לשני מקרים שונים זה מזה, צריך להיות לפרופורציה למידת השונות שלהם. כלומר לא מספיק ששני מקרים שונים זה מזה מתייחסים באופן שונה, אלא השוני בהתייחסות צריך להיות בפרופורציה למידת השוני ביניהם. אם יש שני מקרים ויש שוני מאוד קטן, והרשות מתייחסת אליהם בצורה שונה מאוד- גם זו פגיעה בשוויון. וגם ההפך הוא נכון- אם יש שני מקרים שמאוד שונים זה מזה והרשות תקבל לגבי כל אחד מהם החלטה שונה אך רק טיפונת שונה זה עדיין פגיעה בשוויון המנהלי.

דוגמא מתחום המיסוי: שני אנשים שאין ביניהם שום הבדל רלוונטי למעט ההכנסה והשאלה היא לצורך מיסוי.

* התייחסות שווה למקרים שווים- שני אנשים שמרוויחים 10,000 צריך למסות 2,000 אם אין הבדל. אם ממסים אחד ב1,000 שקל והשני ב2,000 זה הפרה לצורך להתייחס באופן שווה למקרים שווים.
* התייחסות שונה למקרים שונים- אם יש שני אנשים שאחד מרוויח 10,000 והשני 20,000 וממסים את שניהם ב2,000 זה אפליה. אם ממסים את אותו המס על שני אנשים שאחד מרוויח פחות, זו הפליה לא פחות מהדוגמא הראשונה שניהם מרוויחים אותו דבר ומטילים מס שונה.
* מידה פרופורציונלית- על ה10,000 מטילים מס של 1,000 שקל וה20,000 ממסים 1,001- לכאורה שני מקרים שונים התייחסות שונה ולכן זה בסדר. אף השוני בין המקרים הוא גדול- ההכנסה הראשונה קטנה מאוד מההכנסה השנייה, אך השוני בהתייחסות הוא זעום ולא פרופורציונלי למידת השוני בין המקרים.

דוגמא: פס"ד רמ"י

רמ"י רצו להקים בית חולים בירושלים אך לא קיבלו רישיון. הם הגישו עתירה כנגד ההחלטה הזאת.

השופט לוין כתב את פס"ד ועבר על כלל המבחנים של שיקול הדעת המנהלי על ההחלטה לדחות את הבקשה לרישיון להקמת בית חולים: 1. התייחסו למכלול השיקולים הרלוונטים 2. לא שקלו שיקולים זרים, 3. ההחלטה במתחם הסבירות. ולכן השופטים רצו לדחות את העתירה.

אך אז נודע לרמי והיא רצה ישר לבית המשפט, על כך שכן ניתן רישיון להקמת בית חולים בחיפה. המדינה טענה שיש הבדלים רלוונטיים בין רמי לחורב. אך בית המשפט קבע כי אומנם יש הבדל בין חורב לרמי, אך אין הבדל רלוונטי, והוא קיבל את העתירה. זה מראה כי לגבי רמ"י ההחלטה שלא לתת לו את הרישיון עמדה בכל הכללים למעט שוויון. היא התייחסה למכלול השיקולים הרלוונטים, לא התייחסה לשיקול זר, ועמדה במתחם הסבירות. יש שיקול דעת לתת ולא לתת, ולכן לכאורה זה בדר והיו צריכים לדחות את העתירה, ובית המשפט היה אומר כי זכותו הייתה להחליט בנסיבות העניין האם לתת או לא לתת וזה במתחם הסבירות. אבל אם אין הבדל רלוונטי בין רמי לחורב, אז אם נותנים לאחד צריך לתת גם לשני ולתת החלטה אחידה.

למה לבית המשפט היה ברור לקבל את העתירה ולתת לרמי את הרישיון ולא לפסול לחורב את הרישיון? כי הרי אם רמי לא מקבל וגם חורב לא מקבל זה גם בסדר- התייחסות שווה למקרים שווים. למה בית המשפט לא הלך לכיוון ההפוך של ביטול הרישיון של החורב במקום לתת לרמי רישיון? לפעמים יכול להיות מצב שהסתכמו, אך הסיבה היא יותר פרוצדורלית- בית המשפט לא יכול לבטל והוא לא צד. אם הרשות הייתה מודיעה כי נשקל עוד פעם והוחלט לא לתת גם לחורב אז בית המשפט היה פוסל את הרישיון לחורב. בית המשפט לא יכול לתת סעדים נגד חורב שלא היה בעל דין ולא הוא עתר, ומכיוון שהרשות לא הודיעה כי אם כהה היא לא נותנת לחורב, אז ברגע שבית המשפט אמר שאין הבדל רלוונטי והדבר היחידי שעמד בפניו זה לתת לרמי את הרישיון- אז הוא נתן לרמי במקום לפסול לחורב.

משהו באופן שבו הליך התנהל מצביע על הבחנה בין כללים שונים, ופה ממש השופט כתב את פסק הדין ולא הסתיר את זה.

זה מדגים את הרעיון שעקביות וששוויון אריסטוטלי זה לא וריאציה של סבירות, אלא גם שכל אחת מהחלופות נמצאות במתחם הסבירות ומתחם המידתיות, עדיין הרשות צריכה להיות עקבית. ובמתחם הסבירות היא לא יכולה כל פעם לקבל החלטה אחרת.

שוויון מנהלי= חד שלבי

יש לשים לב כי בשונה מהשוויון החוקתי, השוויון המנהלי הוא חד שלבי:

* בשוויון החוקתי קודם בודקים האם הייתה הבחנה הזאת מהווה פגיעה בשוויון, ואם הייתה הבחנה כזאת אז בשלב השני פונים לפסקת ההגבלה ומבחני המידתיות.
* בשוויון המנהלי אין שני שלבים אלא רק אחד, במסגרתו בודקים בהינתן שתי החלטות האם יש ביניהן יחס שנמצא במסגרת הכללים השונים, ואין כאן שלבים נפרדים.

מגבלות

השוויון המנהלי הוא חשוב ולאורך השנים היו מספר פסקי דין שהתקבלו על בסיס פגיעה בשוויון המנהלי, אך הוא מעורר קשיים:

1. זיהוי הבחנה רלוונטית- לא תמיד ברור ומובן האם ההבחנה היא רלוונטית או לא, מן הסתם מתחם של שיקול דעת להחלטה עצמה.

אך יש גם מקרים לא מעטים שבכלל לא ניתן ליישם שוויון מנהלי:

1. אי ישימות במקרים של מספר חלופות החלטה מצומצם ומספר מקרים רב שביניהם יש הבחנה רלוונטית- לדוגמא בחינות מעבר. יש לפחות מאה ואחת קטגוריות רלוונטיות בין 0-1, ויש הבדל רלוונטי ביכולת ובציון של כל אחד מהנבחנים, יחד עם זאת, החוק מאפשר לרשות המוסמכת לבחור רק בין שתי החלטות- עובר או נכשל. נכשל זה עד 60, ועובר זה מ60 ומעלה. לדוגמא כל מי שיש לו בין 0 ל59 מקבל את אותה החלטה- נכשל, יש ביניהם הבדל מאוד רלוונטי בין 0 ל59, אך הרשות מתייחסת אליהם בדיוק באותה צורה. אותו דבר בכיוון השני- בין 60 ל100, יש הבדל רלוונטי אך הם מקבלים את אותה החלטה- עובר. אבל בין 59-60 יש הבדל מאוד קטן ואפילו שרירותי. למשל דוגמא של עובר ונכשל היא דוגמא למקרים של שתי חלופות החלטה ויש הרבה מקרים שבהם יש הבחנה רלוונטית.
2. קושי עקרוני ליישם- יש קושי עקרוני ליישם באופן דווקני את השוויון האריסטוטלי וזאת מפני שהמשפט המנהלי מבוסס על כך שיש שיקול דעת של הרשויות. ולכן אם רשות פעם אחת מפעילה סמכות ולנצח אין לה יותר שיקול דעת, כי זה יעבור לשופטים איזה החלטה צריך לקבל לאור החלטות קודמות של החלטה. כל המבנה של המשפט המנהלי והמנהל הציבורי כמבוסס על שיקול דעת מעורר קושי עקרוני.
3. קושי מעשי ליישם- מעשית אי אפשר אלא במקרים קיצוניים, לא רק בדוגמא של אי אפשר ליישם באופן מוחלט כמו עם ציונים מספריים לעומת ציוני מעבר, אלא גם במקרים אחרים לא יודעים באופן מתמטי (גם אם יודעים שיש הבדל שהוא הבדל רלוונטי), אנחנו לא יודעות שהתקבלו שתי החלטות שונות לגבי שני מקרים שווים, עם מידת הפרופורציה של השוני בין המקרים. ניתן לעשות את זה רק במקרים קיצוניים.

התוצאה: יישום במקרים קיצוניים בלבד- רק במקרים שמבחינת הרשות השופטת הם מקרים ברורים, מובהקים וחד משמעיים, בעולם של שיקול דעת מגבילים ומבטלים החלטות על רקע פגיעה בשוויון המנהלי.

לדוגמא: הרעיון של אחידות הענישה. הרעיון של אנשים שעשו אותו הדבר בדיוק ואותן נסיבות חיים, יקבלו את אותו העונש. שני אנשים שיש ביניהם הבדל רלוונטי אמורים לקבל עונשים שונים. אך הפרופורציה צריכה להיות בהתאם בין האנשים. לדוגמא גיל- למשל 18 אל מול 17. לכן משתמשים באחידות הענישה במקרים שהם כל כך קיצוניים, בדרך כלל כשמדובר באותה פרשה כמו שותפי לעבירה- שאם אין ביניהם הבדל רלוונטי בין העבר הפלילי והתרומה לאותה העבירה, יינתן אותו עונש, ואם לא ניתן בית המשפט יתערב. מסיבות פרקטיות בית המשפט לא מיישם את עקרון אחידות הענישה, אלא במקרה מובהק.

1. מאפשר שרירותיות במקרים של אילוץ חלוקתי- במקרים של אילוץ חלוקתי מעדיפים שרירותיות. יש סכום כסף נתון לחלוקה, ומאחר שלא ניתן לתת לכולם כי אין מספיק לתת לכולם, צריכה להיות איזושהי שרירותית. עכשיו שרירותיות עדיפה על שיקולים זרים- לפעמים אין בעיה להיות שרירותיים (כמו הגרלה), אך יש בעיה לשקול שיקולים זרים. לכן שרירותיות היא מותרת ואף עדיפה על גבי הבחנות המבוססות על שיקול זר או שאינן מבוססות על שיקול רלוונטי, לפעמים אין ברירה בשוויון המנהלי להכיר בשרירותיות, ובלבד שמדובר באמת בשרירותיות ולא בשיקולים זרים ואו על התבססות על ההבחנה שאינה רלוונטית.

לדוגמא: פסק דין גן אירועים תל מגידו: יש תקציב מסוים ורצו לפצות עסקים שנפגעו מהמלחמה. אך מאחר שהתקציב מוגבל וכן רצו לפצות ולא לחלק באופן שכל אחד מקבל כלום, 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 ולא קיבלו כלום. זה שרירותי אך שרירותיות שנובעת מכך שהתקציב הוא תקציב מוגבל.

**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. נמצא 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- שני אנשים זהים בגלל מקריות השוטר, מפעיל את שיקול הדעת במסגרת מתחם הסבירות, מקבל החלטה אחרת. לכן איסור על כבילת שיקול דעת משמעותו המעשית (במיוחד שכמה אנשים מפעילים) היא פגיעה בשוויון האריסטוטלי.
2. כל פעם שמישהו מקבל בדיוק את אותה ההחלטה ומתחיל לחשוב מחדש- קושי שני זה 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 הנחיות מנהליות?**

הנחיה מנהלית זה השם שנמצא בחקיקה כללית כמו חוק חופש המידע וכו. אך בפרקטיקה יש לזה כל מיני שמות- חוזר מנכל, הוראה, קריטריונים, אמות מידה וכו. כולם מבטאים כללים גמישים שהמנהל הציבורי קובע כדי להדריך את עצמו במילוי תפקידיו, כלומר בהפעלת שיקול דעתו. מבחינה משפטית יש שיקול דעת, וההנחיה המנהלית היא כלל שהמנהל קובע לעצמו, וזה לא דבר שמוכתב על ידי משפטנים (הרשות קובעת לעצמה) קריטריונים ,שעל פיהם היא מדריכה את עצמה בהפעלת שיקול הדעת.

במה זה שונה מחוק או מתקנות?

חלק גדול מעובדי הציבור לא יודע ומתייחס להנחיות מנהליות כאילו זה תקנות או חוק, אבל הנחיות מנהליות זה סוג אחר של נורמה. הנחיות מנהליות נמצאות במקרים שהחוק נותן שיקול דעת לקבל החלטות אינדיבידואליות והרשות מוציאה הנחיות עבור עצמה או עבור רשויות שהיא אצלה להם את הסמכות בדבר אופן הפעלת שיקול הדעת במקרים האינדיבידואלים השונים.

1. סמכות- חוק ותקנות זה רק הרשויות המוסמכות לתקן תקנות כמו- הכנסת או השר, וזה לא רשות שיכולה לקבוע ולחוקק חוק, ובוודאי לא להתקין תקנות. וזאת לעומת הנחיות מנהליות שגם מבחינה הזו שאין צורך שהחוק יקבע סמכות לקביעת הנחיות מנהליות, למעט חוקים שכן קבעו זאת במפורש.
2. מידת המחויבות- חוק מחייב באופן מוחלט, תקנות מחייבות באופן מוחלט. כלומר אם התקנה עצמה נותנת שיקול דעת אז יש שיקול דעת, אך כעיקרון החובה לציית לחוק היא חובה מוחלטת. לעומת זאת בהנחיות אין חובה מוחלטת לציית, כל ששיקול הדעת נשאר, ברירת המחדל היא להפעיל את שיקול הדעת לפי ההנחיות, אך מותר ובנסיבות מיוחדות אפילו חובה לחרוג מהנחיות שיש נסיבות המצדיקות חריגה. כך שאם האזרח מציג בפני הרשות (גם אם היא פועלת לפי ההנחיות) סיבה שבגינה הוא חושב שראוי לחרוג, אז הרשות צריכה לבחון ואף לחרוג מהנחיות. אך חשוב להבין כי מאחר ואין חוק משפט מנהלי כללי מסודר, הרשויות לא מבדילות ומבחינתן אין הבדל בין חוק, תקנה, הנחיות מנהליות. הן לא יודעות שאם הנחיה מנהלית זה לא דומה לחוק או תקנה.

ההנחיות משאירות שיקול דעת והרשות לא יכולה לומר שזה החוק והיא פועלת החוק, אם יש הנחיות היא פועלת על פי ההנחיות אלא אם כן יש נסיבות מיוחדות- או שהרשות עצמה שמה לב לכך, או שהאזרח הוא מפנה אותה. הרשות לא יכולה על הסף לדחות מקרה חריג, כפי שאי אפשר לומר שאם יש שיקול דעת אז לא צריך לקבל החלטה לפי ההנחיות. בחריגה צריכה להיות הצדקה- כלומר מה קרה במקרה הספציפי שמצדיק חריגה מההנחיות המנהליות.

דוגמא- ועד ההורים בביה"ס בארי נ' עיריית חיפה

לפי חוזר המנכ"ל בית הספר אשר ייסגר ובית הספר הינו מספר התלמידים הקטן ביותר. לפי ההנחיה הזאת היה צריך לסגור את בית ספר אלון שמספרו הקטן ביותר ולא את בית ספר בארי. אך סגרו את בית ספר בארי, וזאת בשל נסיבות מיוחדות-העובדה שהוא בית ספר חדש, יש שלוש שכבות בלבד, מספר התלמידים ילך ותקטן, התחזית הינה ביחס לבית ספר אלון היא הפוכה. כאן הייתה סיבה לחרוג, הרשות הציגה את הסיבה הזאת. וההוראה הזאת לא הייתה כתובה בחוק ובתקנה, אך החוק נותן שיקול דעת לפי רצון הרשות המוסמכת. הוציאו הנחיה לפיה מספר התלמידים הקטן ביותר, אך זה לא חוק, כך שאם אין סביה מיוחדת לחרוג אז מספר התלמידים קטן ביותר, ואם יש סיבה מיוחדת עדיין יש שיקול דעת, כאן היו נסיבות לחרוג ולכן בית המשפט מאשר את ההחלטה.

פס"ד הורמן נ' ראש עיריית תל אביב יפו

הגברת הורמן רצתה לפתוח מסעדה צמחונית ודברים שלא צריך לבשל ברחוב דיזינגוף. ברחוב הזה יש בתים, מסעדות, בעלי עסקים, משרדים וכו. ולרשות המקומית יש שיקול דעת לאזן בין כלל הצרכים הללו. במקרה הזה נתנו לה רישיון, אך אחר ששינו את ההנחיה בה נקבע כי לא ניתן להעניק רישיון למסעדות כי זה מפריע לשכנים, רעש, לכלוך וכו, אז ביטלו את ההחלטה. זו בעצם הנחיה מנהלית להפעלת שיקול דעת.

גברת הורמן הגישה עתירה. לטענתה נכון שההנחיה הזאת מוצדקת אך יש כאן נסיבות שצריך לחרוג. בית המשפט הסכים וקיבל את העתירה. לדעתו כאן צריך לחרוג- נכון שאין זכות מוחלטת שאם מישהו מברר אז יקפיאו את ההנחיה בשבילו, אך השיקול העיקרי שהיה לבית המשפט היה שמדובר במסעדה לא מפריעה, אין ריחות, וכי מדובר באנשים צמחוניים, הם לא מפריעים לשכנים, לא משתכרים, ולא על זה שחבו שלא פותחים מקומות כאלה בדיזינגוף.

החוק נותן שיקול דעת לתת או לא לתת על פי שיקולים רלוונטיים, וההנחיה זה בסדר על מנת לתת מדיניות אחידה, אך ההנחיה ראתה לנגד עיניה מקומות שמפריעים לשכנים, ואם יש מקומות שלא מפריעים לאף אחד, אז יש לחרוג מההנחיה. בדרך כלל מדובר על רשות שחורגת ללא הצדקה ואז העתירה נגדה, אך זהו מקרה נדיר שהרשות לא רוצה לחרוג ומחייבים אותה לחרוג.

פס"ד חשב הכללי במשרד האוצר נ' עמותת תיאטרון הגלבוע

אמרנו כי חוק ותקנות מחייבים באופן מוחלט ואין אפשרות לחרוג מהם, אלא ככל שהחוק והתקנות במפורש מאפשרים לחרוג במקרים מסוימים. לא כך הנחיות מנהליות שבמהותן ולפעמים אפילו חובה לחרוג מהן, הן אינן מייתרות את שיקול הדעת אלא אופן שיקול הדעת זה שבמקרים רגילים פועלים לפי ההנחיות, אלא אם כן הרשות יודעת או שהאזרח מביע בפניה נסיבות המצדיקות חריגה מהנחיות, ואז הרשות רשאית ובמקרים מיוחדים אפילו מחויבת לחרוג מהנחיות.

דוגמא לפס"ד שבו בית המשפט לא רק שהרשה לרשות לחרוג אלא אפילו חייב אותה לחרוג הוא פס"ד חשב הכללי במשרד האוצר.

רקע עובדתי: התיאטרון איחר בבקשת תמיכה ביחס למועד שנקבע- נוהל, הנחיה מנהלית להגשת בקשות תמיכה בתיאטראות. נקבע נוהל של הגשת בקשות תמיכה כולל מועד אחרון להגשת הבקשה האחרונה. אחרי שהמנהל ביקש להיפגש עוד פעם ועוד פעם על מנת שיפגשו איתו ויסבירו לו איך למלא את הטפסים ומה לצרף, הוא קיבל הודעה שהוא מוזמן להדרכה שהיה אחרי המועד האחרון שנקבע בנוהל להגשה. הייתה אי הבנה האם זה שנקבעה פגישה מאוחר יותר מהמועד האחרון, המשמעות היא שניתן להגיש באיחור.

בית המשפט: בית המשפט העליון קבע שזה מקרה חריג המצדיק ומחייב את המדינה לחרוג מהנוהל. המקרה מצדיק לחייב חריגה מהנוהל בשל התנהלות המשרד, קביעת ההדרכה לאחר המועד וכו. השופט סולברג ציין בפס"ד כי זה לא פוגע בשוויון המנהלי משום שההזמנה שהוא הוזמן לאותה פגישה זה שיקול רלוונטי שמבחין בינו לבין אחרים. כלומר אם האחרים היו צריכים להגיש במועד מסוים, למה שיתנו לו אפשרות להגיש במועד אחר, התשובה היא שבמקרה שלו יש שיקול רלוונטי שהזמינו אותו לפגישה והוא יכל להבין סובייקטיביות ואובייקטיביות איך להגיש בקשה במערכת הדיווח.  
פה ניתן לראות את הקשר שיש בין הנחיות מנהליות לבין שיוויון מנהלי. אחד הרציונליים המרכזיים של מוסד ההנחיות מנהליות זה שמירה על השוויון המנהלי, מהבחינה הזאת שכולם פועלים על סמך אותו נוהל ולכן הפעולה היא עקבית שמונעים אפשרות שכל אחד יכול לעשות משהו אחר וברגע שיש נוהל מסודר על גבי כולם חלים אותם כללים). השוויון המנהלי משמעותו לקבל החלטה שווה, לקבוע אותו מועד הגשה לכאלה שנסיבותיהן הרלוונטיות שוות. ומאחר שבמקרה הזה, הואיל ולמנהל הזה היו נסיבות לא שוות, לגביו בלבלו כאשר הזמינו אותו לאותה פגישה, ולכן זה לא רק שאין פגיעה שוויון מנהלי אלא הגשמה של השוויון המנהלי- שהרי אם המקרים הם לא שווים, אז החובה היא קבלת החלטה אחרת שמותאמת לנסיבות השונות. בית המשפט חייב לקבל החלטה אחרת שמותאמת לנסיבות השונות של הזמנה לפגישה אחרי המועד שנקבע בנוהל. רואים כאן דוגמא טובה לרעיון השוויון המנהלי והקשר ההדוק שיש בין מוסד ההנחיות המנהליות לשוויון מנהלי וחריגה מהנחיות על מנת לשמור עליו. ההנחיות המנהליות מאפשרות לחרוג מהן דווקא כדי לשמור על השוויון המנהלי. גם השמירה וגם החריגה מהנחיות נעשות על מנת לשמור על העקביות.

יש לציין כי בדעת מיעוט השופט אלרון אמר כי ההנחיה היא לא ברורה, ולכן הוא חשב שזו נסיבה חריגה שיש לחרוג מהנחיות המנהליות. אלרון ניסה להיות אנושי אך באופן לא פרקטי, ולכן שופטי הרוב טענו כי באמת יש הרבה מאוד כללים משפטיים שהם לא ברורים ומשום כך יש לפנות לעורך דין. אם להיות ראליים, חלק גדול מהציבור לא מבין שפה משפטית, ואי אפשר לומר כי אם משהו מנוסח בצורה לא ברורה (כשרוב ההנחיות, תקנות וחוקים כתובים בצורה כזאת), אז יש סיבה לא לפעול לפיו, מבחינה מעשית זה היה גורם לשיבוש. אבל כאן מעבר לזה שההנחיות לא היו ברורות הייתה התנהגות מטעה שהזמינו אותו לפגישת הדרכה אחרי המועד האחרון להגשת הבקשה.

כך שגם אם לא כתוב בנוהל ניתן לחרוג מהנחיה מנהלית וזאת משום שבמהותה של ההנחיה מנהלית ניתן לחרוג ממנה. לא מדובר בחוק ולא מדובר בתקנה מכוח פקודת הפרשנות, אז ניתן לחרוג. כך שגם אם לא כתוב בכל הנחיה מנהלית שניתן לחרוג ממנה, כן ניתן לחרוג מכוח המשפט המנהלי הכללי שהרציונל מאוד מרכזי הוא הרציונל של השוויון המנהלי.

**אינטרס ההסתמכות**

1. **שינוי ותיקון של החלטות מנהליות**

נדון בשינוי, ביטול או תיקון של החלטות מנהליות, שלנושא הזה יש מכנה משותף והוא הגנה משפטית על אינטרס ההסתמכות במשפט המנהלי. כבר דנו בעבר על נושא אחר שקשור לאינטרס ההסתמכות וזה תחולה בזמן, כלומר על האיסור הכללי על חקיקה או החלטות רטרואקטיביות ולפעמים גם על החלטות אקטיביות המשנות מהיום למחר מצב שאנשים לא יכולים להיערך במהירות הנדרשת. במקרה כזה יש הגנה שהמשפט המנהלי מספק לאינטרס ההסתמכות.

השאלה הכללית היא עד כמה קיומה של החלטה מנהלית קודמת- בין אם היא שיפוטית, חקיקתית או ביצועית, משפיע על היכולת או ההיתר מבחינת המשפט המנהלי לקבל החלטה חדשה:

* בין אם זה מבחינת הסמכות לקבל החלטה חדשה
* בין אם מבחינת ההליכים- האם שיש כבר החלטה בנושא מסוים זה משנה ומשפיע על הרכיב שצריך לנקוט בקבלת החלטה חדשה,
* ובין אם זה בשיקול הדעת- אם יש החלטה קודמת בנושא מסוים אז זה משפיע על שיקול הדעת בקבלת החלטה חדשה המשנה\מבטלת\ חורגת מההחלטה הקודמת.

**ההשלכות לעצם קיום החלטה**

לעצם קיומה של החלטה קודמת יש השלכות שלא היו קיימות לפני שמקבלים את ההחלטה הראשונה. בעת שמקבלים את ההחלטה הראשונה יש שיקולים רלוונטיים וכו, קיבלו החלטה ועכשיו מחליטים לשנות אותה, עצם שינוי ההחלטה יוצר שיקולים חדשים שלא היו קיימים שהתקבלה ההחלטה הראשונה שהרשות שוקלת לשנות או לבטל אותה.

1. שוויוניות- מה הבעיה אם החלטה רטרואקטיבית היא מטיבה? משום שיש בעיה עם שוויונית מאחר ואם יש נוהל מסוים והחילו במקרים מסוימים ואז רוצים לשנות אותו ועל אותו מקרה בדיוק מחילים על הסדר אחר, אז מתעוררת השאלה של שוויונית. כמובן שהרשות רשאית לשנות מדיניות כשזו חריגה מוצדקת מהשוויוניות, אך בהיבט של השוויון המנהלי צריך לקחת את זה בחשבון או לפחות להיות מודעים לכך- על כך שאם מחליפים את הנוהל, זה יוצר מצב שבדיוק באותן נסיבות מתעוררת תוצאות אחרות. זה אולי לא שיקול מכריע אך זה בהחלט שיקול רלוונטי שצריך להיות מודעים לקיומו ולתת לו משקל כפי שהמשפט המנהלי מחייב בעת שמקבלים נוהל חדש.
2. הסתמכות- השלכה שנייה המתעוררת כשהרשות לא מקבלת החלטה בפעם הראשונה אלא שוקלת לשנות את ההחלטה שהתקבלה, זה שיקול ההסתמכות. כלומר החלטה קיימת עשויה ליצור הסתמכות, אם זאת ההחלטה הראשונה שהתקבלה, לא היה לפני זה משהו שיצור הסתמכות. לדוגמא אם נתנו למישהו רישיון בהחלטה קודמת, הוא סמך על זה שעומד לרשותו הרישיון. כלומר לפני קבלת החלטה המקורית יש מצב מסוים- ההחלטה שהתקבלה יוצרת הסתמכות מסוימת ולא ישנו אותה, יבטלו אותה או יחרגו ממנה.

למה הסתמכות היא חשובה?

* צורך ציבורי ביכולת להסתמך- מבחינה ציבורית יש חשיבות וערך ביכולת להסתמך, מלבד זכויות הפרט, יש חשיבות בהסתמכות- שיטה שהיא יותר בהירה, וודאית, שיטה שמונעת צעדים שאנשים היו נוקטים מאחר והם לא יכולים להסתמך.
* מניעת החצנת עלויות- במקרים רבים היכולת להסתמך מונעת החצנת עלויות. החצנת עלויות משמעותה כי אדם שהסתמך ואחר כך משנים, יש לזה עלויות. אם משנים דבר לא כי משהו איתו לא היה בסדר אלא מתוך סיבה ציבורית, אז יוצא שכל הציבור נהנה מההחלטה החדשה וכל העלויות נופלות על האדם שהסתמך ומכאן שהוא עלול להיפגע. זה מצב של החצנת עלויות- הרשות נהנת, כל הציבור נהנה ואנשים מסוימים ההנאה של כל הציבור זה לא מתחלק באופן שווה בין כל אזרחי המדינה אלא נופל על אנשים מסוימים. יוצאים מתוך נקודת ההנחה שלא מדובר בסמכות של מישהו שלא רוצים שהוא יסתמך, אלא מסיבה ציבורית הרשות מבטלת את ההחלטה שהוא מסתמך עליה- כל הציבור נהנה מזה אך לא כל הציבור משלם על זה ולכן העלויות נופלות באופן אקראי על אותם אנשים שהסתמכו.
* השתתפות שיוונית בנטל ההוצאות של הפעילות השלטונית- אותו רעיון של מניעת החצנת עלויות. השינוי גורם לנזקים לאנשים מסוימים אם לא מכירים בהסתמכות שלהם, אז רק הם משלמים את העלויות. אם ניתן לרשות לשנות ולבטל ללא הגבלה, העלויות יפלו רק על אנשים מסוימים ומכאן שיש פגיעה בשוויון- כי כל הציבור נהנה במידה שווה אך באופן לא שוויוני לאנשים שונים שנפגעה הסתמכותם.
* זכויות האדם- יש השלכות לעצם קיומה של החלטה כאשר הרשות מבקשת או שוקלת לקבל החלטה חדשה גם בהיבטים של זכויות אדם. דנו בעבר על הפרשנות שרואה בהסתמכות כמבטאת את כבוד האדם. וזאת לא על פי פרשנות מרחיבה או יצירתית, אלא מהות כבוד האדם זה שהאדם יכול להסתמך, מאחר ולאדם יש רצון חופשי וכי אם אין הסתמכות אין יכולת לקבל החלטה רציונלית- מה השלכות של מה שאני עושה וכו.   
  ובהיבטים מסוימים הנושא של קניין חדש- בעידן של היום גם רישיון עשוי להיחשב כקניין, אולי זה לא מקרקעין וחפץ שהוא שלי אך במדינה המודרנית והרגולטורית כשהיא נותנת רישיון הוא שווה כסף. ולכן אם יש רישיון והרשות פוסלת אותו בעקבות מדיניות חדשה, אז זה פוגע במשהו שיש לי, לפחות כמטאפורה. זה לא שיש בית או קרקע אך במהות, בעידן שלנו כל מיני החלטות בירוקרטיות של השלטון זה סוג של קניין. מעניין שיש פסיקה שהכירה בדבר הזה גם לעניין ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

חסרונות\ שיקולי נגד

יש גם שיקולי נגד מדוע לא לתת משקל מוחלט להסתמכות: אם ניתן משקל מוחלט להסתמכות, ההחלטה תתקיים לנצח. ולכן נרצה לראות איזה שיקולי נגד יש כדי לא לתת משקל מוחלט להסתמכות.

1. האינטרס הציבורי שולל סופיות- האינטרס הציבורי שולל סופיות. כמובן כי אם הרשות רוצה לקדם החלטה משיקולים זרים האינטרס הציבורי זה לא לבטל, אך אם נניח שהרשות רוצה לבטל כי יש סיבה הגיונית אז האינטרס הציבורי הוא שתהיה גמישות. גם אם מקבלים את ההחלטה הטובה בנסיבות הללו, לא נרצה להיות תקועים בין אם מדובר בחוק ובתקנות ובין אם מדובר בהחלט אינדיבידואלית כמו רישיון עסק לנצח כי האינטרס הציבורי שאם משתנות הנסיבות באופן רלוונטי, אז צריכה להיות לרשות גמישות. משום כך יש קושי להסתמך באופן מוחלט על ההסתמכות.
2. שיקול המנהל התקין- בפרקטיקה הרבה פעמים רשויות בכירות מאוד מבטיחות כל מיני דברים באופן פזיז, למשל בבחירות מבטיחים כל מיני הבטחות והתחייבויות. בהחלטות מיטביות למיניהן, לרשויות קל ונוח להבטיח אך פחות נוח להן לקיים- מה זה לא הבטחת לקיים. ואז בא המשפט המנהלי לטובת הרשויות ואומרים כי אולי הרשות הבטיחה ונוצרה הסתמכות, אך צריך לשים לב כי אולי מבחינת האזרח היא הסתמכות הגיונית אך אלו החלטות שלא התקבלו ברצינות, שיקול דעת והאינטרס הציבורי הראוי.

**שיקול רלוונטי- סוג החלטה**

עוד גורם שצריך לתת לו משקל שדנים בהסתמכות, קשור לסוג ההחלטה. בסמכות המנהלית הבחנו בין שלושה סוגים של סמכויות\ החלטות- כמו סמכויות בעלות אופי חקיקתי, שיפוטי וביצועיות. וציינו כי ההבחנה הזאת אינה רק הבחנה תיאורטית אלא יש לה גם השלכות מעשיות- היא רלוונטית לצורך כל מיני כללים יותר קונקרטיים במשפט המנהלי. ואחת ההשלכות היא מבחינת הסופיות- כלומר סופיות לעומת יכולת לשנות או לתקן. כל סוג של החלטה בנסיבות מסוימות יכול להיות סופי וניתן לתיקון אך יש השלכה לסוג ההחלטה.

* חקיקה- החלטה בעלת אופי חקיקתי זאת החלטה שנהנית הכי פחות סופיות. המשפט הכי פחות מכיר בהסתמכות על חקיקה וזאת מפני שהרעיון הוא שבמדינה דמוקרטית ניתן לשנות את החוק, והכי פחות נותנים לאזרחים להסתמך על חוק. שהרי אדם צריך לצפות שישנו את החוק, הוא לא יכול להניח כי מבחינה משפטית שיכבדו את הסתמכותו. באופן כללי כשמדובר בחוק, תקנה, הנחיה מנהלית יש להם את הכי הרבה גמישות כי מדובר בנורמה כללית שעוסקת בציבור הבלתי מסוים (כלל הציבור), וניתן לשנות את החוק. יש לציין תחולת הזמן כן נותנת נפקות מסוימת להסתמכות, אך באופן כללי החקיקה נהנית מגמישות.
* שפיטה- הפוך מחקיקה זו סמכות שיפוטית. בניגוד לחקיקה, לפס"ד של בית המשפט או החלטה של רשות מנהלית שם יש את האלמנט הכי חזק של סופיות. כן יש אפשרות לערער על פס"ד, אך כשיש פס"ד סופי וחלוט אז זה לא שאין אף פעם אפשרות לשנות אותו אך הסיכוי לכך מאוד קטן. וצריך לצאת מנקודת הנחה שיכול להיות שפס"ד הוא לא נכון אך יש שחיבות גדולה ביכולת להסתמך על פס"ד. יכול להיות משפט חוזר גם במשפט הפלילי והאזרחי, אבל זה חריג שבחריגים. ופס"ד מהותו כולל החלטות בעלות אופי שיפוטי, וכשהן חלוטות ואי אפשר לערער, זה אמור לסיים את ההתדיינות ורק במקרים חריגים מאוד, אחרי שהכריעו במחלוקת מסוימת ניתן לפתוח את הנושא מחדש.
* ביצוע- החלטות ביצועיות הן איפשהו באמצע, החלטות ביצועיות הן לא גמישות באופן מוחלט אך הן גם לא נוקשות באופן מוחלט, זה תלוי בסוג ההחלטה הקונקרטית. אך לעצם הסיווג כהחלטת ביצועית יש משמעות מעשית.

**תיקון חוק הפרשנות**

לכאורה החוק, המשפט המנהלי כללי פותר את הבעיה ולא צריך פסיקה- סוף כל סוף הואילה הכנסת לפתור את הבעיה וקבעה בחוק הפרשנות:

**סמכות התקנה**

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

ההסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מנהל (כל החלטה שלטונית שאיננה בת פעל תחיקתי)- משמעה גם הסמכה לתקן, לשנותן, להתלותן (להשהות), או לבטלן בדרך שהותקנו בתקנות או ניתנה ההוראה.   
כלומר כל סמכות שנותנים לרשות מנהלית בין אם היא להתקין תקנות או הוראת מנהל, כוללת את הסמכות לתקן, לשנות או לבטל.

לכאורה יש חוק שבדיוק עוסק בנושא של שינוי או ביטול החלטות מנהליות- ס' 15 לחוק הפרשנות. אך האם החוק נותן מענה לשאלה? ניתן לחלק את השאלה לשלושה היבטים:

* היבט הסמכות- מבחינת היבט הסמכות ניתן מענה- הסמכה להתקין תקנות משמעותה הסמכה לתקן, לבטל, לשנות. כלומר כל פעם שחוק או תקנה נותנים סמכות, מפרשים את הסמכות לשנות, לבטל וכו. כלומר אם יש סמכות לתת רישיון, נפרש אותה גם כסמכות לבטל\ להתלות רישיון, וכך למשל סמכות להתקין תקנות כסמכות לבטל את התקנות, סמכות לתת החלטה מנהלית בעלת אופי שיפוטי, סמכות לבטלה וכן הלאה.   
  זה כפוף כמובן לסמכות הספציפית- אם בחוק ספציפי נאמר במפורש כי אין סמכות לשנות, אז זהו הוראה ספציפית שגוברת על ס' 15 לחוק הפרשנות, ובמקרה כזה לא תהיה סמכות לתקן לצד הסמכות לקבוע.
* היבט ההליכים- לכאורה כן כתוב- "בדרך שהותקנו בתקנות או ניתנה ההוראה". כלומר הרשות כשהיא שוקלת לתקן או להתלות הוראה מסוימת, מבחינת הליכים היא נדרשת לעשות את זה באותה הדרך שהתקבלה ההחלטה המקורית. כאן זה כבר מעורר שאלות- חוק הפרשנות בעצמו דורש פרשנות והוא לא מנוסח בצורה טובה. אומנם כתוב כי ההליך הוא בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה, אך מתעוררת השאלה האם הכוונה לדרך בפועל או הדרך שהיו צריכים או אולי גם וגם? נניח שאת החלטה המקורית היה צריך לבצע הליך מסוים למשל הרשות לא נקטה בהליך הזה או הוסיפה איזשהו הליך שאסור היה עליה לנקוט כשהיא קיבלה את ההחלטה המקורית. ולכן כשרוצים לבטל או לשנות את ההחלטה, צריך לעשות את זה באמצעות ההליך הבלתי חוקי שהיא נקטה במקור? השכל הישר אומר כי אם יש דרך לקבלת ההחלטה המקורית לפי כללי המשפט המנהלי אז הביטול בראש ובראשונה צריכים להיות לפי ההליך שהיה צריך וזה לא יכול לפטור את הרשות ממשהו שהיא הייתה צריכה לעשות במקור ועכשיו היא מתקנת. המחשבה שכעת החוק כאילו מחייב אותה לעשות דבר שאסור היה לה לעשות, היא לא הגיונית. שאלה מעניינת היא האם בפועל הרשות שביצעה תהליך שלא הייתה חייבת, והיא התייעצה עם משרד ממשלתי אחר? ולכן אם בהליך המקורי היא קיבלה את ההחלטה על סמך התייעצות עם משרד אחר, נשאלת השאלה האם בשינוי ההחלטה היא גם צריכה להתייעץ עם אותו משרד? אין בפסיקה התייחסות והכרעה בשאלה הזאת, אבל עם זאת יש חשיבות בדרך שבסוף התקבלה ההחלטה המקורית, אז בוודאי בביטול לא פוטר את הרשות ממה שהחוק דרש בהחלטה המקורית, אבל אין תשובה למקרה שהרשות עשתה מעבר למה שהייתה צריכה לפי מה שהחוק המקורי מחייב, כמו למשל התייעצות עם משרד אחר.
* האם מספיק שהיה ההליך שנקבע בחוק המקורי? האם הליך שננקט בפועל או שחובה היה לנקוט בקבלת החלטה האם הוא מספיק? אם כתוב בדרך שהתקבלה ההחלטה המקורית האם זה מספיק או שיש דרישות נוספות מעבר לדרך שנקבעה? הדרך כתובה בחוק אך האם החוק הוא ממצה? הרשות עשתה על פי הדרך שהייתה מחויבת לפיה בחוק, למשל הרשות העניקה רישיון ועשתה כל מה שהיא צריכה וכעת היא רוצה לבטל את הרישיון כשהיא הגיעה למסקנה שהמסמכים היו מזויפים, ולכן האם כל מה שהיא צריכה לעשות זה מה שהיא עשתה בדרך למתן הרישיון? למשל האם מספיק שהיא תעיין במסמכים ותגיע למסקנה שהם מזויפים. במקרה כזה שהרשות רוצה לבטל את הרישיון זו פגיעה בזכות ולכן היא מ מחויבת להעניק את זכות הטיעון. כל המשפט המנהלי הכללי וכללי הצדק הטבעי חלים ולא תופסים את זה כהסדר שלילי, ומכאן שהרשות מחויבת לנקוט בהליך נוסף. אם החלטת הביטול היא החלטה שלגביה יש פגיעה בזכויות, אז לפי כללי הצדק הטבעי חובה להעניק את זכות הטיעון. כל שהחוק לא ממצה ולמשל לא מתייחס לזכות הטיעון. מכאן שעשויות להיות דרישות נוספות מעבר למה שנכתב בחוק. לפעמים בגלל אינטרס ההסתמכות יש כללים נוספים שלא חלים על הליך קבלתה של ההחלטה המקורית וכן חלים על הליך של ביטול, תיקון או התליה.
* היבט שיקול הדעת- הסעיף כלל לא מתייחס לשיקול דעת, שכן הוא מתייחס רק לסמכות ולהליך. ס' 15 במבט ראשון הוא מראה את כל הבעיות אך לא מדבר בכלל בשיקול הדעת. הם מפנים למשפט המנהלי הכללי ואז יש לראות האם יש כללים מיוחדים להפעלת שיקול דעת כשמדובר לא בהחלטה מקורית אלא משנה, מבטלת את ההחלטה המקורית.

**עילות לביטול הרישיון**

הרשות מבחינת ההליך לביטול רישיון, בדרך שניתן הרישיון וכללי הצדק הטבעי, מבחינת שיקול הדעת מאחר שביטולו של הרישיון יש בהם כדי לפגוע באינטרס ההסתמכות צריכה להיות עילה לביטול הרישיון, ויש הבדל בין מתחם הסבירות לבין מתחם שיקול הדעת התלוי בעילה.

* הטעיה- שיקול הדעת הכי רחב הוא במקרה שמישהו הטעה את הרשות. אם מי שקיבל את הרישיון הטענה את הרשות.
* טעות- אך אם הרשות טעתה, כלומר היא לא הייתה אמורה לתת את הרישיון והוא לא היה אמור לקבל את הרישיון וזה לא באשמתו, יש לרשות יכולת לבטל אך בשיקול דעת יותר מצומצם.
* עובדות חדשות- אם התגלו עובדות חדשות שלא היו קיימות לפני כן (שגם זה לא הטעיה). אם המצב בשטח השתנה, בדרך כלל כמעט אין שיקול דעת והמתחם מאוד מצומצם להפעיל מחדש את שיקול הדעת.
* שינוי מדיניות- שינו את המדיניות וכעת הרשות רוצה מכוח המדיניות החדשה לבטל את הרישיון, פה יש מקום להסתמכות ולכן גם לצמצם את שיקול הדעת.
* הפעלה מחדש של שיקול הדעת- שהרשות תגיד כי היא רוצה לבדוק מחדש לא בגלל שהיא טעתה במקור, כלומר לא משום שטעו במקור אלא רוצים לפעיל מחדש את שיקול הדעת בהחלטה הקונקרטית. מתחם מצומצם.

אי חידוש רישיון

כעיקרון רישיון אמור להתחדש אוטומטית בכפוף לתשלום אגרה, ולכן החלטה לא לאפשר חידוש רישיון מקבילה להחלטה לבטל אותו. כלומר אם מבחינת דיני שיקול הדעת יש מניעה מלבטל אז יש גם מניעה מלחדש. יש הרבה מאוד רישיונות שהם לתקופה קצובה אך מתחדשים אוטומטית וצריך לשם אגרה, מלבד שאין שינוי נסיבות מהותי שבמצב כזה הרשות יכולה לבטל את הרישיון תוך כדי.

* אי חידוש ביחס לביטול
* שינוי מדיניות אינו עילה לביטול או לאי חידוש על רישיון חדש- אם מדובר ברישיון חדש, בגלל שינוי מדיניות הרשות לא יכולה לבטל ולא לחדש בעקבות אינטרס ההסתמכות.
* גם אם יש בו צורך ללא אשמת הפרט, הרשות רשאית להחיל את המדיניות החדשה-אם מדובר ברישיון חדש ולא כזה שמתחדש אוטומטית (כמו בקרינסקי נ' משרד לביטחון פנים), אם מדובר ברישיון חדש מבחינה משפטית, אז הרשות יכולה להחיל את המדיניות המעודכנת. במקרה של קרינסקי הגיעו לתוצאה לא מוצדקת כי לא מדובר על רישיון של החזקת אקדח, אלא רישיון לחזק אקדח מסוג מסוים. במקרה הזה האקדח נגנב לגמרי לא באשמתו, אבל לפי החוק האחריות היא עליו גם אם זה לא באשמתו. קרינסקי מבקש רישיון חדש להחזקת אקדח מסוג מסוים ולכן זה מהווה בקשה חדשה. במקרה כזה בית המשפט אפשר לרשות לסרב לבקשה מאחר ומדובר בבקשה חדשה, שכן בינתיים היא אמצה מדיניות אחרת ויותר מצמצמת למתן רישיון לאנשים חדשים להחזקת כלי ירייה.  
  בנדור מבקר את החלטת בית המשפט משום שאדם שקיבל רישיון לאקדח לא מסתמך על הרישיון לאקדח המסוים אלא מעצם הרישיון עצמו, וגם אם מבחינה פורמאלית הרישיון ניתן לחפץ הספציפי ולא לאקדח, הרי שמבחינת אינטרס ההסתמכות זה בדיוק אותו הסתמכות. וברור כי האקדח היה נגנב באשמת בעל הרישיון זה היה שיקול רלוונטי לשלילת הרישיון, אבל במקרה שזה לא אשמתו אין זה הגיוני לבטל את הרישיון לאור אינטרס ההסתמכות. אם אין שום הבדל רלוונטי בין הרישיון לחפץ הספציפי לרישיון הכללי להחזקת אקדח התשובה לא משכנעת שהרי מדובר באותה הסתמכות.

פס"ד דותן

שמגר קבע כי עקרון הסופיות לא תקף באכיפת החוק. בית המשפט קבע כי אין סופיות בהחלטה הקשורה לפתיחת הליכים בקשר לביצוע של עבירה. כלומר הרשות המוסמכת החליטה לא להגיש כתב אישום, הודיעה על זה, ולמרות זאת היא יכולה להתחרט על כך שהיא לא העמידה לדין ומכאן להחליט שהיא כן מעמידה. אי אפשר שגורם תביעתי שהנושא הגיע אליו באמצעות ערעור, כן יכול להגיש כתב אישום גם אם באותו עניין התביעה המשטרתית החליטה לא להגיש כתב אישום.

גם בקשר לפס"ד דותן זה מעורר ספקות, הואיל ואדם שקיבל הודעה רשמית של רשות מוסמכת שסגרו את התיק הוא רשאי להסתמך על כך. וזה לא שבמקרה הזה קרה משהו חדש או התקבל מידע חדש, ולכן כאשר רשות מוסמכת קיבלה החלטה והאזרח הסתמך עליה, צריך עילה חדשה ורלוונטית לפתיחת התיק מחדש. שמגר מודה לכך ולכן הוא ניסה להבחין בין רשות שאוכפת את הדין לכזו שלא. גם ההבחנה הזאת לא משכנעת. מבחינת האזרח ההחלטה התקבלה כהחלטה סופית וגם אם יש אפשרות לשנות אותה, יש קושי לעשות זאת.

1. **הבטחות שלטוניות**

אנו עוסקות בכללים משפטיים שמנסים לאזן בין אינטרס ההסתמכות, שראינו כי הוא מבטא את הזכות לכבוד האדם. שכן, חלק מכבוד האדם זה יכולת להסתמך ולתכנן על סמך המצב המשפטי, ולכן מצד אחד עומדים ערכים של הסתמכות וכבוד האדם ומהצד השני יש אינטרסים של גמישות, כבילת שיקול הדעת והיכולת להתחשב בשינויים במציאות, היכולת לשנות מדיניות לטובת הציבור. זה קשור לחשש מלהקל יותר מידי על הרשויות ליצור הסתמכויות ולקבל החלטות שיצרו הסתמכות בדרכים שלא תואמות את כללי המשפט התקין. על רקע זה המשפט גם מבחין בין סוגים שונים של החלטות, סוגי נורמות מנהליות שונות מבחינת הנכונות העקרונית לאפשר הסתמכות. לדוגמא הנורמה שהכי פחות ניתן להסתמך עליה בעלת אופי כללי בין אם מדובר בהנחיות מנהליות, תקנות וכו. הרצון הוא לאפשר לרשויות לשנות את מדיניותן, במיוחד במדינה דמוקרטית שהממשלה כל כמה זמן מתחלפת. חשוב להבין כי גם בנורמה כללית זה לא אומר שאין בכלל ההגנה על ההסתמכות כי כבר דיברנו שלגבי תקנות במקרים מיוחדים אפילו ברמה של חקיקת הכנסת כן דורשים מתן תקופת מעבר ולא ניתן להסתמך לנצח, אך כן רוצים לחייב את הרשויות לאפשר הסתמכות. מנגד הרמה הכי גבוהה של הסתמכות זה בהחלטות בעלות אופי שיפוטי גם אם הן מתקבלות על ידי המינהל הציבורי. שכן, המהות ההכרעה השיפוטית היא הכרעה בסכסוך- עדיף הקבוע, היציב, החד משמעי על פני אידאל של החלטה נכונה. באמצע יש החלטות מנהליות מסוגים אחרים- דיברנו בהקשר של שינוי וביטוח החלטות רגילות, וכעת נגיע להבטחות, חוזים- החלטות בעלות אופי ביצועי ולכן שום החלטה אינה קבועה או גמישה לחלוטין והחלטות ביצועיות הן איפשהו באמצע.

**הבטחה- נורמה מחייבת במשפט המנהלי**

כעיקרון במשפט הפרטי הבטחה היא חד צדדית, איננה מוכרת כנורמה משפטית מחייבת. במשפט המנהלי, בפס"ד סאי-טקס, בית המשפט העליון דרך המצאה של השופט צבי ברנזון, נקבע כי הבטחה מנהלית היא הבטחה שאינה חוזה שניתנה על ידי רשות מנהלית עשויה להיות נורמה משפטית מחייבת. הוא מסביר את זה דרך חובת ההגינות המיוחדת שיש על רשויות מנהליות אך זו בעצם המצאה לגיטימית שהמשפט המקובל יכול לפתח.

למה להבדיל מהמשפט הפרטי דווקא במשפט המנהלי הכרה בהבטחה חד צדדית (שלא עומדת בתנאי חוזה- הצעה וקיבול), מה יש במשפט המנהלי שמצדיק הכרה בהבטחות חד צדדיות כעשויות לחייב?

הייחוד של המשפט המנהלי המצדיק הכרה בהבטחה מנהלית חד צדדית כנורמה מחייבת, וזאת בשלושה אופנים:

1. נדרשת רמה גבוהה של הגינות וצורך באמון הציבור בשלטון- השופט ברנזון מסביר בפס"ד כי על הרשות השלטונית יש רמה גבוהה במיוחד של הגינות. גם על אנשים פרטיים חלה חובת תום הלב (שחלה לא רק במשא ומתן וביצוע חוזה, אלא חוק החוזים חלק כללי קובע כי החובה הזאת יחולו בשינויים המחויבים גם בהקשרים אחרים). 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. הצורך הציבורי להשפיע על התנהגותם של פרטים על-ידי יצירת תמריצים שיתרמו לקידום מדיניות- 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.

**שיקולי נגד**

עדיין הרעיון של כבילה דווקא של רשויות שלטוניות (מעבר לאנשים פרטיים) בהבטחות שלא הגיעו לרמה של חוזה, זה מעורר קשיים:

1. כבילת שיקול הדעת המנהלי- החלטה ככל שיש לה תוקף היא כובלת את שיקול הדעת. אנחנו יודעות שהמשפט הציבורי גם אם הוא לפעמים מאפשר בצורה כזו או אחרת לכבול את שיקול הדעת, יש קושי בכבילה עצמה. כי רשות ציבורית בכל עת, נתון לה שיקול דעת, כדי שהיא תוכל לפעול בדרך המיטבית מבחינת הציבור. ולכן גם אם היא מבטיחה בהבטחה ויש להבטחה תוקף מחייב, המשמעות היא שגם אם היא תחשוב שלא נכון לפעול באותה צורה (או במשטר דמוקרטי שנבחרי הציבור יתחלפו ויחשבו אחרת), אם ההבטחה היא מחייבת אז היא מחייבת. כפי שחוזה במשפט הפרטי, גם אם אחד הצדדים מתחרט ומגיע למסקנה שלא כדאי לא, אז עדיין הוא מחויב כי זו המשמעות של חוזה. חוזה במשפט הפרטי בוודאי הרעיון הוא שהחוזה כובל את שיקול הדעת, ולפני שמתקשרים בחוזה אנשים יכולים לעשות מה שהם רוצים, אך לא אחריו.
2. חשש לניצול לרעה על ידי קבוצות אינטרסים- בעיה שנייה שיכולה לסייג את ההכרה בהבטחות של רשויות שלטוניות כהבטחות מחייבות, זהו החשש מניצול לרעה על ידי קבוצות אינטרסים שיוציאו משרים, בעלי תפקידים, כל מיני הבטחות והתחייבות וככל שזה יהיה מחייב יש כאן קושי מבחינה ציבורית. מטבע הדברים לפחות החשש הוא שלקבוצות בעלות אינטרסים יש יותר נגישות וכוח לקבל החלטות שהן לאו דווקא לטובת הציבור.
3. חשש למינהל לא תקין- פגיעה במסגרת התקציבית, פגיעה בפיקוח משפטי, פגיעה בהליך הרגיל להתחייבויות (לדוגמא אישום חשב, מכרז)- בעיה שלישית הוא חשש למנהל לא תקין. רשות מתקינה תקנות זה הליך מאוד מסודר, רשות נותנת רישיון זה דבר מאוד מסודר, כך גם בהחלטה שיפוטית, מנהלית, התקשרות בחוזה וכן הלאה. לעומת זאת, הבטחה בהגדרתה במקרים רבים לא ניתנת בצורה מסודרת. ההבטחה יכולה להינתן לא בהכרח במסגרת תקציב, בלי פיקוח משפטי, שרשות מתחייבת בחוזה זה מחייב אישור של החשב, או על ידי מכרז.

הכרה רחבה ובלתי מוגבלת בהבטחות שלטוניות ונורמה משפטית מחייבת זה כר פורה לפגיעה במנהל התקין וכן גם בפגיעה באינטרס הציבור שהמשפט המנהלי אמור להגן עליו.

**הלכת סאי-טקס**

"הבטחה שניתנה על-ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקויים 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."

על רקע זה מגיעה הלכת סאי-טקס, שההלכה עצמה מאוד קצרה (פסקה אחת). יש בהמשך פס"ד שני משפטים שאומרים כי אם על אנשים פרטיים חלה חובת תום הלב אז קל וחומר על הרשויות, מן סוג של היקש. בהמשך עולה כי כשיש צידוק חוקי, אז אפשר שלא לקיים הבטחה אבל זהו פחות או יותר. זאת ההלכה שנקבעה כולל הנימוקים שלה. יש פה סוג של היקש וקל וחומר מחובת תום הלב בחוק החוזים שחלה על אנשים פרטיים במשא ומתן, לחובת ההגינות הציבורית.

עיקור ההלכה ע"י בית המשפט העליון בהמשך

בית המשפט העליון לא מתלהב מההלכה הזאת אך יש לציין כי הוא לא ביטל אותה. בפועל בשונה מסוגים אחרים של נורמות שלטוניות- כמו תקנות ורישיונות, פועלים בהתאם לנורמות, ולכאורה גם הבטחה זו נורמה. אך במקרים שבהם נאכפה הבטחה על ידי בית המשפט לאחר פס"ד סאי-טקס, הם מקרים חריגים. יש מספר מצומצם של פסקי דין שבית המשפט העליון אכף הבטחה מנהלית, וזאת מבלי לבטל את האפשרות העקרונית שהוכרה על ידי בית המשפט העליון.

בית המשפט העליון הביא לעיקור ההלכה באמצעות חלוקתה לשישה תנאים מצטברים. כלומר מהמשפט של השופט ברנזון בפס"ד סאי-טקס, פירשו אותו לתנאים מצטברים. הבטחה מנהלית יכולה לחייב בתנאי שהתנאים האלה התקיימו: כמו כל נורמה היא יכולה להיות פגומה ולא תחייב, אך הכוונה והדגש של ברנזון היה שגם אם ההבטחה פגומה, ולא דרש הסתמכות של הצד השני, ההבטחה עדיין חייבה. גם כשיש הבטחה והצד השני לא עשה משהו בעקבותיה, דווקא ההסתמכות ושינוי מצב לרעה או לא דרש, ועיקר כוונתו הייתה שאם מבטיחים אז צריך לקיים. אך שאר השופטים יתנגדו לקביעה כזאת בדיוק בגלל שיקולי הנגד.   
אז איך עקרון את ההלכה והפכו אותה בפרקטיקה שקיים אבל רק במקרים חריגים? לקחו את המשפט שכתב וחילקו אותו לחלקים שכל חלק זה תנאי, שהוא תנאי המפורש בדווקנות, והתנאים השונים מצטברים: בית המשפט הוביל לכך שעצם ההבטחה היא רק תחילת הדיון, והיא צריכה לעמוד במבחנים.

1. ההבטחה ניתנה כדין= מבחינת הסמכות ומבחינת התוכן- ההבטחה צריכה להיות כדין מבחינת הסמכות, אך לא כתוב בשום חוק שיש סמכות לתת הבטחה. הכוונה היא ככלל הנראה שסמכות לתת הבטחה זה סמכות לקבל את אותה ההחלטה שמובטח לתת אותה. אבל, בפרקטיקה זה לא תמיד מתפרש ולא תמיד מיושם. לא בודקים את תוכן ההבטחה האם זו החלטה שהייתה יכולה להינתן, אלא בודקים האם יש סמכות להבטיח. שכן, אין בשום חוק ניסוח של בעל תפקיד מוסמך להבטיח.   
   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. כוונה חתת הבטחה בעלת תוקף משפטי= מבחן אובייקטיבי, אין הכרח כתוב, אך כלל כתב סממן, הבטחה לאדם או לתאגיד ספציפיים ולא לציבור מסוים- כוונה של מי שנתן את ההבטחה לתת לה תוקף משפטי. כוונה לא באופן סובייקטיבי אלא אובייקטיביות האם ניכר מההבטחה שבה מדובר, הייתה כוונה שהיא תהיה משפטית. אין הכרח בכתב אך הנטייה היא לומר שאם נאמר משהו בעל פה זה לא מעיד על כוונה לתת תוקף משפטי. כמו כן דורשים שההבטחה תינתן לאדם ספציפי, ולא הבטחה לציבור לא רלוונטית. למשל שפוליטיקאי מבטיח בתקופת בחירות לציבור המצביעים שלו לעשות דבר מסוים, אז מפרשים את זה כאין כוונה לתת תוקף משפטי, אלא אם כן זה אדם ספציפי. שוב נדגיש כי אין הכרח בכתב אבל בדרך כלל תהיה בעיה להכיר באמירה בעל פה , במיוחד שלא תמיד ברור מה נאמר.
3. הבנת ההבטחה על ידי המקבלים כבעלת תוקף המשפטי- דרישה נוספת שמי שמקבל או המקבלים יבינו את זה שיש להבטחה 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. ההבטחה ברורה ומפורשת- מפורטת, נטולת סייגים, לא תלויה בסיכומים נוספים- הדרישה הרביעית היא חשובה במיוחד, שכן אמירות כלליות או רחבות שלא ניתן לבצע בדיוק כפי שהן, הן לא מוכרות. הבטחה צריכה להיות מפורשת ומפורטת, צריך להיות בדיוק ברור. מקביל לדרישת המסוימות בחוזה, ההבטחה צריכה להיות מסוימת בדומה לחוזה שצריך להיות מסוים. הבטחה עם סייגים איננה נחשבת הבטחה, והבטחה שמדברת על סיכומים נוספים גם היא לא נחשבת הבטחה. זה לא חל על חוזה, כי הרבה פעמים חוזה עשוי לדבר על סיכומים נוספים ועדיין החוזה הוא מחייב.
5. ההבטחה בת ביצוע- אם אין תקציב ללא קשר לשאלה האם זה חוקי או לא חוקי, חייב תקציב להגשים את ההבטחה. כלומר אם ההבטחה אינה בת ביצוע ולא ניתן ליישם אותה בפועל, אין חובה. 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= שינוי בנסיבות, הבטחה הפוגעת באינטרס הציבורי, שינוי מדיניות- מתחם סבירות לרשות- מדובר בחוזה עם הלכת השתחררות. רשות יכולה להשתחרר מחוזה בעזרת הלכת השתחררות רק כאשר יש צורך ציבורי חיוני שבאמת אין ברירה אחרת. הקריטריונים הם הרבה יותר נוחים מבחינת הרשות כמו שינוי בנסיבות, פגיעה באינטרס הציבורי וכן הלאה ולרשות יש מתחם שיקול רחב. ובית המשפט לא שואל האם זה מוצדק אלא מבחינת הרשות שמסרבת לקיים את ההבטחה בגלל סיבה כזו או אחרת, האם הסיבה היא בגדר צידוק שיכול להיכנס למתחם הסבירות.

משקל ההסתמכות- בית המשפט קבע כי אין הכרח בהסתמכות. אין הכרח שעל סמך ההבטחה מקבל ההבטחה ישנה את מצבו לרעה, אבל שיקול שבית המשפט מתחשב בו זה אם לא הסתמכו אז עוד יותר קל להגיד שאותו אדם לא הבין שההבטחה מחייבת, הוא לא עשה שום דבר כי כנראה שהוא בעצמו לא חשב שההבטחה מחייבת וכו (ללא הסתמכות הפרשנות תיטה להיעדר תחולת התנאים). כלומר למרות שאין הכרח להסתמכות, אם מקבלי ההבטחה לא שינו את מצבם לרעה על יסוד ההבטחה, פוחתת עוצמת מחויבותה של הרשות לקיום ההבטחה. בפועל יש הרבה יותר סיכוי שיתנו משקל להבטחה אם מקבל ההבטחה שינה את מצבו לרעה.

גם בהתקיים התנאים כפי שנקבעו בפס"ד סאי-טקס (ליתר דיוק, כפי שבית המשפט העליון פירש אותן באופן מחמיר), בכל מקרה גם אם מתקיימים 5 התנאים, הרשות המבטיחה מוסמכת לשנות או לבטל החלטה בין אם מפאת שינוי הנסיבות (לאחר מתן ההבטחה), בין אם ההבטחה עצמה הייתה לדעתה של הרשות בניגוד לאינטרס הציבורי, ובין אם הרשות שינתה את מדיניותה (למשל עקב בחירות), כאשר עומד לרשותה מתחם הסבירות. על פני הדברים לא כל שינוי מינורי או פגיעה כלשהי באינטרס הציבורי יכולים להצדיק שינוי בהבטחה. יש צורך לאזן בין האינטרסים גם של אמון הציבור, גם של הסתמכות למי שקיבלו את ההבטחה והאינטרסים של הרשות- ובאיזון הזה נתון לרשות המבטיחה מתחם של סבירות.

המשפט המנהלי הוא מעין דיני תאגידים מהבחינה כזו שזה לא האדם שנתן הבטחה אלא הרשות היא שמשנה הבטחה, לכן אם אדם כיהן כשר, הבטחה שלו, היא כאילו ניתנה על-ידי הרשות. זה לא שאותו אדם הוא זה שמבטיח ומבטל, אלא מבחינה משפטית הרשות עצמה היא זו שמבקשת לבטל/לשנות את ההבטחה. בפרקטיקה זה לא יהיה אותו אדם, אלא יהיו אנשים אחרים, או בעקבות חילופי תפקידים או סיבה אחרת. בשורה התחתונה מבחינה משפטית נראה את הרשות כזו שמנסה להשתחרר מההבטחה, תוך איזון בין האינטרס לקיים את ההבטחה, אמון הציבור מול אינטרס ההסתמכות, ויש לרשות בהקשר הזה מרחב רחב של מתחם סבירות.

גם כאן יש אי בהירות כמו תחומים אחרים של המשפט המנהלי. במסגרת האיזון הרשות תהיה חייבת לשלם לצד השני, זה שקיבל את ההבטחה, כשהרשות מבטלת את ההבטחה לשלם פיצויי השתחררות (קטגוריה שהיא יותר מפותחת כאשר מדובר בהשתחררות מחוזה). אותו עקרון שחל בהשתחררות מחוזה- שהרשות שרוצה להשתחרר מחוזה מחויבת בפיצויי השתחררות, חל גם על ההשתחררות מהבטחה. ככל שנראה, גם לגבי השתחררות מחוזה לא כזה ברור מהם שיעורי פיצויי ההשתחררות, כך גם בהבטחות מנהליות. לפעמים גם החלטה לא לקיים הבטחה תיחשב סבירה רק אם מפצים את הצד השני, מטבע הדברים, כשמדברים על פיצויים זה פיצוי נמוך יותר מפיצויי קיום, אלא סוג של פיצויי הסתמכות, או דרך אומדן מסוים. לפעמים חלק ממאזן הסבירות עשוי להיקבע תוך חיוב הרשות לשלם לצד שכנגד (במיוחד שהוא הסתמך ושינה את מצבו לרעה) פיצויים, שאנחנו לא יכולות לפי הפסיקה הקיימת לדעת מהי הנוסחה המדויקת לחישוב הפיצויים.

התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל

למתווה הגז היה מעמד של הבטחה מנהלית, והייתה הסכמה שההבטחה ממלאת את התנאים להבטחה מנהלית. הייתה שאלה האם ההבטחה היא חוקית, לאור ההסדר שהיה אמור לשריין את ההסכם מפני ביטול.

דעת הרוב של השופט רובינשטיין, בהסכמת שופט המיעוט סולברג, קבעה כי הממשלה יכולה להשתחרר מכך בעתיד, אם יש צידוק. המתווה עצמו קבע במפורש שלא ניתן היה להשתחרר ממנו, ואם יש גורם שרוצה להשתחרר הממשלה מחויבת לפעול כנגד החלטות הפועלות נגד ההסדר.   
אז איך קבעו כי ניתן להשתחרר? מה ההסדר ששני הצדדים הסכימו שדרכו הממשלה יכולה להשתחרר? התשובה היא דין קוגנטי. המשפט המנהלי ביסודו הוא משפט קוגנטי, אין זה בסמכות הרשות לשנות את כללי המשפט הכללים. כשהמשפט מנהלי נותן שיקול דעת לרשות ויכולת להשתחרר מחוזה כשיש לכך צידוק, גם זה קוגנטי. זה לא דיני חוזים או קניין, שהצדדים יכולים להסכים בחוזה על כללים אחרים שיחולו ביניהם. ברירת המחדל שביחסים שבין האדם לחברו הדין הוא פוזטיבי והם יכולים להחליט אחרת. המשפט הציבורי ובענייננו המנהלי, המשפט הוא קוגנטי וזה לא בסמכות הרשות לשנות עבור עצמה או להסכים עם מישהו אחר על שינוי כללי המשפט המנהלי. ולכן אם מטעמים עקרוניים רשות תמיד יש לה שיקול דעת ברמה כזו או אחרת לקבל את ההחלטה הנכונה לטובת הציבור, אז זה מחייב אותה. שיקול הדעת תמיד יישאר לה גם אם היא מתיימרת לשלול את שיקול דעתה. ברור שאם הכנסת מחוקקת חוק שישלול את שיקול הדעת, זה יגבר. אך כל עוד אין חוק שאומר אחרת המשפט המנהלי גובר.

יש בפס"ד נקודה מעניינת- אחת מן ההערות של השופט סולברג, שאם לא היו מקבלים את המתווה כהחלטה, אלא כחוק, אז המתווה היה הרבה יותר נוקשה. נכון שגם חוק הכנסת תמיד יכולה לשנות, והיא לא יכולה להתחייב לא לשנות את החוק, אך ברור שעיגון בחקיקה, זה יותר נוקשה מהבטחה מנהלית.

מכל מקום, כולם הסכימו שלמרות כל מה שנאמר בנוסח מתווה הגז (גם אם נאמר שזו החלטה סופיות שלא ניתן לשנותה), עדיין מכח המשפט המנהלי הכללי הקוגנטי, לרשות (הממשלה) שמור לעתיד, במקרי הצורך, צידוק שיש הצדקה לסטות ממנה- יש שק"ד לבטל את ההבטחה או לסטות ממנה. אך מתעוררת השאלה מדוע הרוב בכל זאת הגיע למסקנה שסעיף הכבילה, אותו ס' הקובע שהממשלה אל תוכל לסטות מההבטחה הזאת, מדוע הוא חסר תוקף?   
הנימוק שניתן על ידי דעת הרוב קבע שהחלטה כזו, החלטה שנקבע בה שלא ניתן לשנותה, היא מתיימרת לכבול באופן מוחלט את שיקול הדעת של הרשות המבטיחה, היא אינה בסמכות. הרשות לא מוסמכת להכניס סעיף כזה בהבטחה שלה. כבילה כזה, שכן אין זה בסמכות.

אז למה לא נבטל רק את הסעיף? שופטי הרוב אמרו שאם יש ס' כזה למה לבטל את כל המתווה? דעת הרוב טענו שזה נובע מכך שהממשלה טענה שבלי סעיף זה, אין מתווה. ולכן ברגע שהם ביטלו את ס' הכבילה, לא נשאר שום דבר מהמתווה.

מה הרציונל מעבר לאמירה הכללית שהרשות אינה מוסמכת לקבוע כבילת שיקול הדעת?

1. הס' שלא מאפשר לסטות מההבטחה- פסקת היציבות צמצמה את מתחם הסבירות לחזור מהתחייבות. כלומר יש לפסקת היציבות השפעה ויש לה משמעות משפטית. אומנם ניתן לחזור מהבטחה, אך פסקה זו מצמצמת את המתחם האפשרות לחזור.
2. שנית, פסקה זו מתיימרת לכבול גם את הכנסת והופכת את הכנסת ככבולה לממשלה. הממשלה הבטיחה אך זה גם בשם הכנסת.
3. ולבסוף, להשתחררות יכולה להיות מחיר כלכלי גדול מאוד שעשויים להידרש ושזה יהפוך את ההשתחררות לבלתי אפשרית.
4. גם אם היה מדובר בחוזה, ולא הסכמה, לא היה ניתן לקבוע פסקה זו מטעמים אלה.

דעת המיעוט הייתה שאיסור כבילת שיקול הדעת זה דבר בלתי אפשרי. אך בוודאי רשויות ציבוריות במידה מסוימת, לטובת הציבור כובלות כל הזמן את שיקול דעתן. לפעמים כבילת שיקול הדעת היא תוצאה אינהרנטית לכל מה שהרשות קובעת. שכן הרשות קובעת החלטות ארוכות טווח שיש להן השפעות לעתיד שדה פקטו כובל את שיקל הדעת. ולכן אומר שהממשלה כן יכולה להשתחרר. לרוב אחרי שמקבלים החלטה, בפרקטיקה ההשתחררות לא תהיה פשוטה וזה הפך לדבר תיאורטי ובלתי אפשרי. ולכן השופט סולברג טוען כי בוודאי שהחלטות ממשלה מהסוג הזה של מתווה מאוד מורכב וכרוך בעסקאות בינלאומיות בסכומי עתק, אבל עדיין ככל שיכול שינוי נסיבות מהותי אז כולם מסכימים, וכל הממשלה, שמבחינה משפטית למרות הס' הזה- גם ממנו ניתן להשתחרר. בנדור מוסיף כי האמת היא שגם מחובת תשלום הפיצויים, ניתן להשתחרר. כל דבר מבחינת המשפט המנהלי ניתן להשתחרר והרשות אינה מוסמכת לקבל החלטות שכובלות ונצחיות.

"הפסיקה והספרות הכירו בכך שיישום דווקני של איסור כבילת שיקול הדעת, 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"

(פסקאות 15, 34 לפס"ד של השופט סולברג)

לפי בנדור, בסופו של דבר, במקרה זה, הצדק המשפטי הוא עם שופט המיעוט, סולברג. ברור כי אם יש החלטת ממשלה מהסוג המדובר, ברור כי גם אם אין פסקת יציבות, זה לא דבר שניתן בקלות להשתחרר. ברור כי אחרי כמה חודשים ספורים ניתן להשתחרר, אך ככל שעובר הזמן ויש השקעה עצומה הרבה יותר קשה להשתחרר. מטבע הדברים, החלטות אלא הן לא כל כך מעשיות להשתחרר מאחר והן משנות מציאות. בכל מקרה גם אם זה קשה, עדיין זה לא בלתי אפשרי להשתחרר. אם ניתן להשתחרר מפסקת היציבות, אז צעד דרמטי של ביטול המתווה בכללותו זה דבר בעייתי. אולי בית המשפט לקח סוג של אחריות, ובסופו של דבר, הממשלה והחברות הגיעו להסדר אחר שלא כולל פסקת יציבות, למרות הטענות שלא ניתן להגיע להסדר אחר בלי פסקת היציבות.  
לפי בנדור, היה נכון אילו היו דוחים את העתירה תוך מתן הערה שהפסקה אינה מונעת השתחררות עתידית. וכי חלק מהבעיה בדעת הרוב היא שזה היה הרוב מדעת הרוב שביטלו את המתווה כולו בגלל הסעיף הזה.

1. **השתק של רשות מנהלית**

השתק=מניעות= estoppel דיני היושר. השתק צמח במשפט הפרטי ואז הייתה שאלה אם להחיל אותו גם במשפט המנהלי, כי לאחר חוק החוזים הוא בוטל במשפט הפרטי. אבל תורת ההשתק היא תורה של המשפט הפרטי ודיני היושר, ולכן נקודת המוצא תהיה מהמשפט הפרטי. שלושה תנאים:

1. צד, מציג לצד אחר מצג עובדתי שאינו נכון (נותן תיאור מוטעה של המציאות), או נותן לצד השני הבטחה, אבל ההבטחה כשלעצמה היא בלתי מחייבת (כי היא ניתנה למשל לא על-פי סמכות, כמו שמנכ"ל הוא יכול להתחייב בשם התאגיד, אך מי שנתן זה לא האורגן המוסמך של החברה).
2. הצד השני שכלפיו נוצר מהמצג המוטעה, הסתמך עליה ושינה את מצבו לרעה בתום לב סובייקטיבי (הוא כן חשב על סמך מה שנאמר לו שהעובדות נכונות או שההבטחה מחייבת).
3. ההסתמכות הייתה סבירה מבחינה אובייקטיבית (אדם סביר בנסיבות העניין יכל להסתמך).

והתוצאה היא מי שהציג את המצג/נתן את ההבטחה, מנועים או מושתקים מלהכחיש- כלומר מנועים לטעון בבית המשפט טענה נכונה שהעובדות הן לא כפי שהם אמרו, או שההתחייבות שניתנה לא מחייבת. השתק משמעותו שמונעים בנסיבות האלו מצד לטעון ולהוכיח בבית המשפט משהו נכון. כלומר צד הציג עובדות בצורה מטעה והצד השני הסתמך על זה (אובייקטיבית וסובייקטיבית), וכאשר מגיעים למשפט, והצד א רוצה להביא את העובדות האמיתיות, וברגע שהוא מתחיל להוכיח ביהמ"ש משתיק אותו. משתיקים ומונעים מצד שגרם להסתמכות של צד אחר, לטעון משפטית/עובדתית טענות כשלעצמן הן נכונות. לכן המקום של זה הוא במשפט הפרטי ודיני היושר, שדיני היושר באו לרכך את המשפט הכללי הנוקשה. כשהחקיקה מגיעה לתוצאה בלתי צודקת, מכוח דיני היושר מרככים את התוצאות הבלתי צודקות שהחקיקה מייצרת.

במשפט הפרטי, חוץ מהקשרים מסוימים (כמו השתק שיפוטי), ההשתק כבר לא חל בישראל. אנחנו מתנהלות לפי חקיקה, בדרך כלל יפעילו את סעיפי תום-הלב ולא של דיני היושר. אז איך זה חל דווקא במשפט המנהלי? ככלל שהשתק חל במשפט המנהלי, וזאת משום שבמשפט המנהלי הכללי, אין חקיקה ולכן אנו ממשיכות להפעיל כללים שנקבעו בפסיקה, גם אם היא ישנה. חלק מהסעיפים של חוק יסוד השפיטה מבוססים על דיני היושר בתקופת המנדט, ובמשפט המנהלי לבית המשפט יש כלים להחיל את תורת ההשתק במשפט המנהלי, ולא במשפט הפרטי.

**השתק והבטחה מנהלית**

במה ההשתק שונה מהבטחה מנהלית?

1. מצד אחד, הבטחה מנהלית דורשת שהבטחה תינתן בסמכות. השתק מבוסס על זה שהבטחה לא ניתנה בסמכות והיה בה איזשהו פגם, כמו מצג לא נכון או הבטחה לא מחייבת.
2. מהצד השני בהבטחה לא צריך הסתמכות, וגם אם הייתה, היא עדיין מחייבת ללא הסתמכות. ההשתק מבוסס על הסתמכות. במובן של השתק במשפט המנהלי, אם אין הסתמכות, לא ניתן לקבוע השתק.

בעקרון באופן תיאורטי ניתן להחיל השתק במשפט המנהלי כי אין חקיקה, ובית המשפט בפסיקתו יכול להתייחס לכך. אך יש בעיה הקיימת במשפט המנהלי שלא קיימת במשפט הפרטי- החשש שהרשות באופן מניפולטיבי תשחרר את עצמה מכללים קוגנטים על מנת לעשות דברים שאסור לה לעשות. המשפט המנהלי הכללי לא נותן סמכות לרשות לעשות משהו (כמו החלטה ללא סמכות, התבססות של שיקולים זרים, קביעת החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני), ואז זה יעודד אותה להשתמש בהשתק על מנת לסטות מכלים קוגנטיים. זה לכאורה עוקף את עקרון הקוגנטיות במשפט המנהלי על ידי זה שהרשות אסור לה לעשות דברים, אך רשות תגרום להסתמכות על מנת לעשות דברים שהיא לא מוסמכת כי לכאורה יפעל עליהם עקרון ההשתק. אולי במשפט הפרטי הטעיה אז הצד שהטעה הוא זה שיישא בתוצאות, אך במשפט המנהלי הרשות זה לא עסק פרטי של השרים או הפקידים. במשפט המנהלי אולי פורמלית ניתן לאמץ את טענת ההשתק אך בדלת האחורית זה יביא לרשות יכולת לעשות דברים שאסור לה לעשות.

**פס"ד עבאדה**

בכל זאת, פס"ד עבאדה קובע שלמרות הבעיה הזו, אין לדחות על הסף טענת השתק הנטענת על-ידי פרט כנגד רשות מנהלית. וזאת משום ש:"*תפיסת הצדק העומדת ביסוד תורת ההשתק הכללית יפה גם 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, ל"ענישה" של אותם פרטים."* (פסקה 9 לפס"ד של השופטת דורנר).   
זה לא רק שפרט פיתח ציפיות אלא הפרט שינה את מצבו לרעה, והוא עשה את זה תוך תום לב ובסבירות. אי אפשר פתאום להגיד לו שלא מכבדים את ההסכם.

פס"ד אומר שדווקא במשפט המנהלי-ציבורי במיוחד, יש שיקולים מיוחדים להחלת ההשתק:

1. ההשתק מבוסס על חובת ההגינות המוגברת המוטלת על רשויות מנהליות- רשות הבטיחה והציגה מצג עובדתי מסוים, וזה לא הוגן אחרי שהיא גרמה להסתמכות שהיא תוכל פשוט להגיד שהיא טעתה ולסגת מהחוזה, וזה כשאנחנו מצפות מרשות ציבורית רמה גבוהה של הגינות.
2. הצורך בשוויון ביחסים שבין הרשויות לבין הפרט- יכול להיות שדווקא את הפרט הרשות כן תוכל להשתיק. אם כמובן היחסים במסגרת דיני חוזים או נזיקין, חל המשפט הפרטי, אך כשמדובר ביחסים בין רשות לפרט, אז כל השיקולים נגד השתק אלו שיקולים הקשורים למגבלות קוגנטיות על רשויות ולכן יכול לקרות מצב שאת הרשות כן משתיקים ואת האדם הפרטי שגרם למצג המטעה כן ישתיקו, ואז יש בעיה של שוויון.
3. המשקל המיוחד שראוי לתת למצגיהן של רשויות מנהליות- מדינת ישראל יוצרת מצג מטעה ואל אדם פרטי, מדינת ישראל ומשרד ממשלתי יוצרים מצג ולכן מן הראוי להתחשב במיוחד במקרה שאדם פרטי מקבל משלטון את ההבטחה, כאן במיוחד סביר שאנשים יסתמכו ויפתחו ציפיות על סמך שהשלטון אומר.
4. העיקרון בדבר פיזור הנזק (ומניעת החצנה) מחייב את פיזור העלויות שנגרמו בעטיו של מצג פגום שעשתה רשות ציבורית על כלל הציבור, במקום על הפרט ששינה את מצבו לרעה- למה שאדם פרטי יישא בכל העלות של המצג המטעה? לפחות שהשרות תפצה את האדם בכסף, שכן שלא יווצר מצב שאדם פרטי שהסתמך גם בתום לב וגם בסבירות על מה שהשלטון אמר להם, לא מספיק. כל הציבור נהנה ואנשים ספציפיים שבמקרה נפלו למלכודת והאמינו בסבירות ובתום לב לרשות, דווקא הם באופן שרירותי יצטרכו לצאת מהוצאות על מנת שכל הציבור יהנה.

פס"ד קובע כי יש לאזן בין עקרון חוקיות המנהל לבין האינטרסים של פרט שהסתמך בתום לב ובסבירות על מצג של רשות מנהלית.

1. סיבה נוספת שלא צוינה- כלל השתק במידה רבה הרבה יותר ברור מהמשפט האזרחי שאמור לשמש תחליף. המשפט הפרטי עובד על בסיס מונח של תום לב, שהוא מונח מאוד לא קביע, לא ברור, הסעדים לא החלטיים ועד היום לא החליטו בצורה ברורה איזה סעדים חלים. דווקא המשפט המנהלי ותנאיו מאוד עמומים, דווקא פה כלל השתק מאוד ברור. הסתמכות סבירה, תום לב, שינוי מצב לרעה וכן הלאה. המשפט המנהלי הכללי שאם לא יחול השתק הוא מאוד עמום ולא ברור בדיוק מהם התנאים. יש פה הזדמנות להשתמש בכלל ברור ובהיר.

בפס"ד עבאדה ביהמ"ש מציין שצריך לראות עד כמה הציבור באמת יפגע אם יכפו על הרשות את המצג כפי שהיא התחייבה, תוך השוואה בין הנזק שנגרם לצד הפרטי שהסתמך, לבין הנזק שיגרם לציבור אם יאכפו את המצג, וכן לבדוק את הנזק שעלול להיגרם לצדדים שלישיים. אבל נאמר שגם אם הכף נוטה לאינטרס הציבורי, הציבור והצדדים השלישיים להם יגרם נזק יותר גדול, זה לא אומר בהכרח שאין הצדקה להשתק, אלא לקבוע במסגרת המשפט המנהלי סעדים אחרים, בית המשפט קורא לזה אכיפה תחליפית. במקרים מסוימים אולי אכיפה עלולה לפגוע יותר בצדדים שלישיים, אך כסף/שווה כסף ניתן לשלם.

לכאורה כך פסק אך בדומה למה שקורה בהיעדר חקיקה, שופטים אחרים, במיוחד מאוחרים, לא אוהבים את הלכת ההשתק (אך לא ביטלו את הלכה ולכן יהיו מקרים שכן יישמו אותה), אך הרבה פעמים לא מיישמים אותה ואף דוחים אותה בדומה לפס"ד בית הרכב.

**בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים**

"...הרשות איננה יכולה, בהתנהגותה או בדבריה, להרחיב את תחומי סמכותה הקבועות 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 מטִבְעה 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 – ותך שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים. מורכבות המקרה שלפנינו רק מחזקת את מסקנתי כי מן הראוי לדון במכלול הטענות ולא לבחור ב'פתרון הקל' של השתק."

רקע עובדתי- היה חוזה בין חברת בית הרכב בין עיריית ירושלים לזכיונות לחניון. על פי החוק הרלוונטי היה צריך שהחוזה יאושר על ידי ראש העירייה, ובפועל ראש העירייה לא אישר אך העירייה אישרה. מבחינת בית הרכב, נחתם חוזה, אך בהיעדר חתימת רשות, לכאורה אין לחוזה תוקף. כל הנושא התעורר לאחר שהסתיימה תקופת החוזה (5 שנים). העירייה מבקשת מהם לשלם על כל הזמן הזה, לא לפי החוזה, אלא כאילו הם פלשו לשטח הזה. הסיטואציה היא של השתק- חברת בית הרכב לא קבעה מי יחתום על החוזה, ומבחינתה העירייה שלחה את אותו פקיד שיחתום, והחברה לא אמורה לבדוק, וכן היא גם ביצעה את החוזה. התקופה נגמרה ורק אז שמו לב לכך שיש הפרה על הסדר שנקבעה בחוק מבחינת האישור של החוזה.

השאלה המשפטית- האם עולה טענת ההשתק?

ביהמ"ש- ובכל זאת קבע בית המשפט העליון בפסק דינה של השופטת נאור, המסגרת היותר מאוזנת זה לא לדחות על הסף את הטענות של החברה מכוח טענת השתקף אלא כלומר, שיש להתחשב בהסתמכות מכוח ס' 31 ועל בסיס עקרון תום הלב. אין ללכת לפתרון הקל של השתק, שקובע במדויק מה צריך לעשות- אם מתקיימים שלושה תנאים, התוצאה היא ברורה. הדרך הנוקשה מונעת מבית המשפט להחליט לגוף העניין מהי התוצאה הצודקת ביותר, תוך מתן משקל מצד אחד לאינטרס ההסתמכות של בית הרכב, ומהצד השני לאכוף את החוק שמדבר על צורת ההתקשרות בחוזים מהסוג הזה. כלומר נתחשב בהסתמכות תוך שקילת כלל השיקולים ועקרון תום-הלב, אך לא נדחה את טענות הרשות דרך עקרון ההשתק שהוא נוקשה.

התוצאה שאליה מגיעה השופטת נאור היא חצי-חצי. חברת הרכב שילמה סכום מסוים על פי החוזה, אך השווי האובייקטיבי של מה שהם קיבלו, היה יותר גבוה ולכן ביהמ"ש המחוזי הכריע כי על בית הרכב לשלם את כל ההפרש. אך בית המשפט העליון הכריע שעל בית-הרכב להחזיר מחצית מההפרש, במסגרת האיזון בין עקרון החוק לבין תום-הלב והעובדה להסתמכות. נוצרה פשרה על פי שיקול דעת בית המשפט בין עקרון החוקיות וכו. המחיר הוא כמובן, לצד זה שחברת בית הרכב היא זו שצריכה לשלם את המחיר של התקלה של עיריית ירושלים, שהכלל הוא לא ברור- יכלו לקבוע כל הסדר אחר. מבחינת ביהמ"ש היה כאן איזון שהוביל לתוצאה אולי צודקת אך יש מחיר ציבורי לכך שבית המשפט בחר בכלל שאינו ברור. וחברת בית הרכב הייתה צריכה לשאת את הפגיעה שגורם כלשהו גרם לה.

על רק זה, בולט מפס"ד זה ומפסיקות אחר, שביהמ"ש מפחד ממנהל לא תקין. לא רוצים שהרשות תכבול את עצמה למצבים לא נכונים. ביהמ"ש חושש מעידוד מנהל לא תקין. אך כן יש פגיעה בגורמים שכן פועלים בתום לב ובסבירות והם אלו שצריכים לשלם את המחיר וזה לא מחולק על פני כל הציבור.

1. **חוזים והסכמים שלטוניים**

**מבוא ובעייתיות**

חוזה מחייב שרשות שלטונית היא צד לו, בין אם מדובר במדינה או ברשות מקומית או גוף אחר שיש לו סמכויות שלטוניות למשל תאגידים סטטוטוריים, הוא תופעה בעייתית מבחינת משפט המנהלי. וזאת משום שכל המשמעות של התחייבות חוזית, אם מכירים בה, היא שהצדדים מרגע שחתמו על ההתחייבות והתקשרו בחוזה, מאבדים את שיקול הדעת וחייבים חובה משפטית, לפעול בהתאם למחויבות שלהם בחוזה/הסכם. אנו יודעות שכלל מאוד בסיסי במשפט המנהלי הוא שרשות מנהלית, בכל רגע שיש לה שיקול דעת, היא חייבת להפעיל אותו ולקבל את ההחלטה המיטבית בנסיבות הנתונות לטובתה ציבור. נורמה שמשמעותה, לפחות לכאורה, שרשות מנהלית מאבדת את יכולת זאת, כלומר קושרת את עצמה משפטית בהחלטה מסוימת, מתחככת בעקרון הבסיס של הפעלת שיקול דעת חופשי ובלתי כבול.

קושי נוסף של מוסד החוזה בהקשר של רשות מנהלית או רשות שלטונית בכלל, הוא באופי הדו-צדדי (ואף יותר), של חוזה. רשויות שלטוניות הן שלטון, וככאלה הן אמורות למשול. הן נותנות הוראות ופקודות, מחויבות מהצד השני לכבד את זכויות האדם, אבל זה לא דבר שעולה בקנה אחד עם התפיסה הבסיסית שלנו של מה שהשלטון אמור לעשות- להתקשר בהסכמים סימטריים עם גורמים אחרים, בדרך כלל פרטיים. על פני הדברים יש סוג של אוקסימורון- דבר והיפוכו במוסד של חוזה מנהלי. בחוזה מנהלי, הרשות בהגדרה היא כובלת את עצמה ושיקול דעתה, היא לא יכולה בכל רגע נתון לקבל אתה החלטה האופטימלית לטובת הציבור. זו לא פעולה חד צדדית של שלטון שנותן הוראות/פקודות/החלטות, אלא פעולה דו צדדית, נורמה המבוססת על הסכמה בין השלטון לגורם אחר, בהרבה מקרים מדובר בגורם פרטי.

בכל זאת, אם אנחנו מדברות על האינטרס הציבורי, יש אינטרס עז בהכרה וביכולת של רשויות להתקשר בהסכמים מחייבים. אם רשויות לא היו יכולות להתקשר בהסכמים מחייבים, הציבור היה נפגע. בין היתר מהבחינה הזו שהמנהל הציבורי היה מתנהל כמו משק סגור והוא היה צריך לספק לעצמו את כל צרכיו, וזה לא דבר כלכלי, יעיל או מעשי. אבל גם מבחינה הזאת שחוזה מטבע הדברים, כל צד ממקסם את המצב שהיה לו לפני ההתקשרות בחוזה. חוזה ממקסם את האינטרסים של הציבור, שכן חוזה זו המצאה המאפשרת מצב של רווח לכל צד- win win. הרשות נותנת משהו אבל בתמורה לדבר שהיא רוצה, ולכן האינטרס הציבורי עצמו הוא למרות החיכוך עם המשפט המנהלי, הוא לאפשר להתקשר וליצור דיני חוזים מנהליים כאלה שיתנו גם ביטוי אפילו אם חלקי, גם לאינטרסים הציבורי המתבטאים באיסור על כבילת שיקול הדעת. מובן שאם רשות מתקשרת, זה לא יהיה הסכם ג'נטלמני שהרשות אם היא רוצה מקיימת את החוזה ואם לא אז לא, אלא יש סטנדרטים מסוימים מכללי המשפט הציבורי שצריך לעמוד בהם המבוססים על חובת הגינות.

יחוד נוסף של החוזים/ההסכמים המחייבים, הוא בכך שאם בהגדרה ההסכם הוא כזה המשפר את המצב של כל אחד מהצדדים. גם הצד השני משפר את מצבו ומקבל הטבה שלא הייתה לו אלמלא החוזה. כאשר רשות מעניקה הטבות (כמו חוזה), היא צריכה להקצות אותם בהתאם לכללי המשפט הציבורי, כולל עקרון השוויון. אדם פרטי בדרך כלל יכול להתקשר אם מי שהוא חפץ בכך, ברשות ציבורית חלים כללי המשפט הציבורי בוודאי שמדובר בהטבות שיש להן משמעות כספית, כי כשרשות מחלקת הטבה זה לא אדם פרטי ומתעוררים כללים של המשפט הציבורי. לכן עצם ההתקשרות יש בה הפעלת שיקול דעת, שחלים עליה כללים, שהכלל החשוב ביותר הוא כלל השוויון. ולכן הסכמים שלטוניים מחייבים, הם נדרשים לאזן מצד אחד בין החופשיות ואי היכולת לכבול את שיקול הדעת המנהלי, הצורך לפעול לטובת הציבור, לבין העובדה וההכרה ביכולת להתקשר בחוזה, היא בעצמה לטובת הציבור. מתוך מתן משקל לכך שהתקשרות בחוזה זו לא פעולה פרטית.

**סוגים של הסכמים שלטוניים**

כאשר למדנו דיני חוזים, סביר להניח שדיברנו על כך שכאשר מתקשרים בחוזה, אחד התנאים הוא שהצדדים מתכוונים להתקשר בנורמה משפטית מחייבת. לא מספיק שיש הסכם, המכונה למשל הסכם "ג'נטלמני", שני גורמים מתקשרים בהסכמה אלא שהם אמורים להתכוון ולהסכים שההסכמה תהיה מחייבת ומשפטית, ולא הסכמה גגנטלמנית כלומר הסכמה שלא מתיימרת להיות הסכם משפטי. אלא צריך לומר שבמשפט הפרטי כשיש הסכם, יש חזקה שההסכם משפטי אלא אם כן יש אינדיקציה מפורשת שלמרות ההסכם, הוא אינו נורמה משפטית אלא רק במישור הבינאישי. במסגרת הסכמים שלטוניים, השאלה האם יש כוונה להתקשר, היא שאלה פחות טריוויאלית.

כוונה להתקשר בחוזה\ בהסכם משפטי: פסק דין אלחג' נ' אבו עקל

הבחנה בין חוזים להפעלת סמכות שלטונית לחוזים מסחריים

פס"ד אלחג'  
יש סוגים של הסכמים, במיוחד הסכמים בשדה הפוליטי כמו שהיה בפס"ד אלחג', שההנחה היא שהצדדים לא התכוונו שההסכם יהיה מחייב, נורמה משפטית מחייבת. יש אף גישה שאומרת שסוגים מסוימים של הסכמים, גם אם יכתבו שההסכם הוא הסכם משפטי, הוא יהיה בעצם בלתי חוקי. לדוגמא- הסכמים קואליציוניים. לא נכון לומר שהצדדים, המפלגות, בהכרח מתכוונות שלא יהיה תוקף מחייב. נכון לומר שאין להם תוקף מחייב משפטית, בלי קשר לכוונת הצדדים. זה לא שההסכם הוא בלתי חוקי, אלא מה שעשוי להיות בלתי חוקי זה לא ההסכם אלא מתן התוקף המשפטי להסכם. כלומר יש הסכם שמותר להתקשר בו שאינו מחייב משפטית- ג'נטלמני, אבל מתן תוקף משפטי והחלת דיני החוזים זה הדבר הבלתי חוקי.   
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. אלא שבפרקטיקה כן ניתן להאמין שבתחום הציבורי הצדדים כן רוצים שאלו יהיו הסכמים מחייבים, ובהקשרים מסוימים יש אי חוקיות בעצם ההנחה שמדובר בהסכם משפטי מחייב.

שני הסוגים:

בעבר, עד תחילת שנות ה-60, בפס"ד מילר, ביהמ"ש ביקש להבחין בין שני סוגים של הסכמים עם הרשויות שהמשפט המנהלי חל עליהם. הוא ביקש להבחין בין שני סוגים של הסכמים\ חוזים:

1. חוזים להפעלת סמכות שלטונית- חוזים הנוגעים למשל מתן רישיונות, חוזים הנוגעים רגולציה.
2. חוזים מסחריים רגילים- חוזים שעל פני הדברים לא עוסקים בהפעלת סמכות שלטונית. חוזה שאינו שונה במהות מגוף פרטי אחר שכל הזמן מתקשר בחוזה. גם המדינה מוכרת/קונה מוצרים כמו שהמשפט הפרטי נוהג.

לפי גישה זו, ששררה עד פס"ד מילר, אין תוקף לחוזה הנוגע להפעלת סמכות שלטונית, משום שחוזה כזה מגביל את שיקול הדעת, בעוד כאשר מדובר בחוזה בעל אופן מסחרי, אין בעיה כי שם האלמנט הדומיננטי הוא הפרטי ולא הציבורי. ואין סיבה שמדינת ישראל קונה דבר לצרכיה, יחולו עליה כללים השונים מאלה שחלים על גורמים פרטיים, משום שהיא לא מגבילה או כובלת בחוזים האלה שיקול דעת שלטוני, אלא פועלת כגורם פרטי. אם הרשות לא פועלת כרשות ואין בה ייחוד מסוים, אז נחיל עליה את דיני החוזים הרגילים.

למרות שיש דבר בגישה הזו, בסופו של דבר הגיעו למסקנה בתחילת שנות ה60, באותו פס"ד מילר שאין טעם בהבחנה הזו.

פס"ד מילר  
בפס"ד מילר סטו מההבחנה הזאת וקבעו כי היא לא נכונה לא ברמה התיאורטית ולא ברמה הפרקטית. וזאת משום שכל מה שרשות עושה, היא לא עושה כעניין מסחרי, כמו אדם פרטי, אלא כל מה שרשות עושה זה במסגרת הפעלת סמכות שלטונית שלה, בדומה לעקרון חוקיות המנהל. דוגמא: הקושי הוא חוזה למכירה או לקניה של מסכות גז. הרשות התחייבה למכור ואז היא ראתה שהיא זקוקה ולכן היא השתחררה מהחוזה. אז ניתן להגיד שזה עניין שלטונית של הגנה על אזרחים ועל הביטחון אבל מצד שני זה יש אלמנט מסחרי של קניה ומכירה של החפץ, מסכות גז. בית המשפט הגיע למסקנה כי מבחינה תיאורטית ומבחינה יישומית, ההבחנה הזאת בלתי אפשרית. כי גם כשמדובר בסמכות שלטונית, טובת הציבור כן יאפשר להתקשר בחוזה. הפסיקה קבעה כי אין דבר כזה מסחרי טהור. הרשות היא אינה חברה למטרות רווח, וגם החוזים זה אמצעי להפעלת הסמכויות של הרשות.  
פה ושם ניתן משקל לשיקולים תקציביים לצורך הקביעה האם החלטת רשות להשתחרר מחוזה היא חוקית או לא. ביהמ"ש מאוד מגביל שהעילה היחידה להשתחררותם היא עילה תקציבית. כשהרשות הגיעה למסקנה שאין לה כסף והתעוררו צרכים אחרים. מה עומד ביסוד של הגישה המצמצמת של בית המשפט של השתחררות מטעמים תקציביים? בית המשפט אומר כי אדם רגיל לא יכול לטעון שאין לו באמת כסף והוא רוצה להעביר לדבר אחר, לעומת זאת רק אם הנימוק להשתחררות הוא שינוי מדיניות דרמטי, אז ביהמ"ש יכול לנקוט בגישה יותר מתירנית.

**אי בהירות ושאלות לדיון**

אין לנו חוק חוזים מנהליים, כמו בהרבה דברים מנהליים, ולכן כאשר אנו נתקלות בהסכם, למרות שהפסיקה פיתחה את הדינים החלים, הרבה פעמים מתעוררות שאלות לא פשוטות.

1. איזה דין מחילים? האם מחילים את דיני חוזים, משפט מנהלי או דואליות נורמטיבית? האם מחילים את דיני החוזים בו נוסיף כללים של המשפט המנהלי המתווספים, או כפי שהשופט זמיר טען שבכלל חל המשפט המנהלי, שבהכול אמור להיות מוכרע לפי המשפט המנהלי, ובשאלות שיש בהן לקונה נעשה היקש מדיני החוזים. דוגמא: לפי חוק החוזים, חוזה לא חוקי הוא בטל אך יש את ס' 31 אשר קובע נסיבות מסוימות שבהן יש לחייב צד לבצע את החוזה למרות זאת. לעומת זאת, במשפט המנהלי יש תרופות שונות במשפט המנהלי במצב בו רשות מנהלית מקבלת החלטה לא חוקית. הדעה המקובלת היא שבעקרון חלים דיני החוזים עם דואליות נורמטיבית עם כללים מסוימים אשר מקורם מהמשפט המנהלי והם ייחודיים לחוזים המנהליים, בדומה להלכת ההשתחררות.
2. סוגי הסכמים- גם אם הפסיקה אומרת שעל הסכם מחייב שהמדינה התקשרה בו, חלים דיני החוזים עם דואליות נורמטיבית של כללים שמקורם במשפט המנהלי, אבל יש סוגים מסוימים של הסכמים שעלולים להיות הסכמים מחייבים (כמו הסדרי טיעון), אשר בפועל לא מוסדרים בכלל על ידי חוק החוזים, אלא לפי המשפט הציבורי.   
   דוגמא: הסדרי טיעון ופס"ד ארביב, שם השופט ברק קובע כי על הסדרי טיעון, לא חלים עליהם דיני החוזים, אלא רק המשפט הציבורי.   
   דוגמא אחרת: הסכמים פוליטיים. לא חלים עליהם דיני החוזים אלא חלים עליהם המשפט הציבורי, כי ההסכם הוא אינו מחייב מבחינת חוק החוזים. אך מה אומר המשפט הציבורי? מעט מאוד ואם בכלל. חוסר הבהירות נובע מכך שההבחנות הקיימות בפסיקה לא מעוגנות בכלל חקיקה.
3. מה תוכן הדין? ביהמ"ש אומר שדיני החוזים לא חלים על הסכמים מסוימים ולא חלה הדואליות הנורמטיבית, אלא רק המשפט הציבורי, אבל במשפט הציבורי יש לקונות רבות.
4. מהם הסעדים? הסעדים הם אינם ברורים.
5. 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**

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. גם אם לא מתקיימת עילת ביטול, במקרים מסוימים, רשות שלטונית יכולה באופן חד צדדי לשחרר את עצמה מהמחויבות החוזית. במקרים כאלה היא צריכה לאזן בין הצורך וחובת השלטון לנהוג באופן הוגן, לבין טובת הציבור שזה האינטרס שבגללו היא מבקשת לשחרר את עצמה מהחוזה.

* 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.

שיקול נוסף שהפסיקה לא מזכירה אותו, אבל הוא יכול להסביר מדוע בפרקטיקה רשויות במקרים חריגים משתחררת מחוזה בערבות אינטרסים ציבוריים חיוניים, הוא השיקול של השלכת הרוחב של השתחררות מבחינת נכונות להתקשר עם רשויות והמחיר החוזי שיקבע. ההשערה של בנדור היא שרשויות אינן מרבות להשתחרר, ושמקרי השתחררות מופיעים בפסיקה במקרים נדירים, משום שהרשויות לוקחות בחשבון גם אם עדיף היה להשתחרר את השלכת הרוחב. שכן, אם רשות תשתחרר מחוזים, גורמים היו מהססים להתקשר עם המדינה, ובכל מקרה זה מקבל ביטוי במחיר חוזי- יכול להיות שכבר עכשיו יש ביטוי במחיר החוזי של התקשרות עם מדינת ישראל מול שני גורמים פרטיים. כלומר זה יכול להשפיע על גופים אחרים שלא ירצו להתקשר בחוזה איתה או שיקבע מחיר יותר גבוהה להתקשרות בחוזה.

העילות להשתחררות

מהן עילות ההשתחררות?

על-פי פס"ד מילר, אינטרס חיוני. זה מונח שלא אומר הרבה ולכן אנחנו צריכות לראות מהפסיקה שהצטברה בתחום, איך המשפט מתייחס לעילות שונות. בכל מקרה, אנחנו מצפות שיהיה מדובר באינטרס בעל עוצמה. שכן, אם רשות תבקש להשתחרר יש סיכוי לא קטן שבית המשפט יפסול את ההחלטה, ולכן צריכה להיות סיבה משמעותית/אינטרס בעל עוצמה.

1. שינוי משמעותי של הנסיבות- לעומת הנסיבות שהרשות צפתה.
2. שינוי מדיניות- שהרשות באופן מהותי שינתה את מדיניותה.
3. משך החוזה- אם החוזה הוא לתקופה מאוד ארוכה, כמו חוזה יחס שהוא חוזה לתקופה ארוכה ובלתי מוגבלת.
4. חוזה יחס
5. אי-חוקיות ההסכם- לדעת בנדור לא היו צריכים להתייחס כזה לעילה להשתחררות, כי אם ההסכם בלתי חוקי אין צורך בתפיסתו כעילה השתחררות, אבל בית המשפט כן תופס את זה כעילה להשתחררות לרבות היבט השוויוניות (פס"ד חברת החשמל).
6. שיקול כלכלי- לא נפסל על הסף אך ביהמ"ש מתייחס בחשדנות, וזה קשור לכך שמחזירים את התפיסה שרואה ברשות כגורם מסחרי.

שיקול הדעת בהשתחררות: שיקול הדעת הוא שיקול דעת מנהלי ולכן הוא צריך להתבסס על שיקולים עניינים, ללא שיקולים זרים, בתוך מתחם הסבירות, תוך עקביות.

פיצויי השתחררות: היבט נוסף הוא הפיצויים. בפס"ד מילר ובית המשפט חזר על כך בפס"ד אחרים, נאמר שבמקרים של השתחררות, הרשות עדיין יכולה להיות מחויבת לשלם לצד השני פיצויים. כמובן שלא יהיה מדובר על פיצוי צפייה, כי הם שווים לאכיפת החוזה. אז מתעוררת השאלה אילו כן? פס"ד של השופט אנגלרד כשופט בית המשפט העליון קבע שיהיה מדובר בפיצויי הסתמכות. אך רוב פסקי הדין לא מדברים על פיצויים הסתמכות או נוסחה מדויקת לחישוב, ואף ביהמ"ש לא יודע או יכול לחשב בצורה מדויקת, אלא מדברים על אומדן כללי של ביהמ"ש. דבר אחד ברור הוא שלא מדובר בהרבה כסף ואלו לא פיצויי ציפייה, אך האם אלו פיצויי הסתמכות? יכול להיות שכן ויכול להיות שלא, בודקים מה יהיה הוגן שהרשות תשלם לצד האחר.   
לא תמיד ברור אם יש זכות לפיצויים. במקרים של הפרת חוזה, יש נוסחאות די ברורות שעל פיהם מחשבים את הפיצויים וכן דיני ראיות המוכיחים את הנזקים. בחוזים מנהליים יש אי בהירות לגבי מתן הפיצויים. גם עצם מתן הפיצויים היא שאלה הנתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, ולא רק שיעור הפיצויים. ולכן לא ניתן להצביע על איזה כלל ברור מתי יהיו פיצויים. אבל העיקרון הוא שבמקרה של השתחררות, הרשות עשויה להיות מחויבת בפיצויים דרך פיצויי הסתמכות, וגם אין אומדן קבוע, אין כלים ראייתיים לחישוב מדויק.

**דיני המכרזים**

יש לדינים אלה חשיבות מעשית. כל רשות מנהלית או אחרת בעלת אופן ציבורי וכן רשויות דו-מהותיות מחויבות בחובת המכרז. חלק משמעותי מחוזים במדינת ישראל הם חוזים שחלה עליהם חובת המכרזים.

* מרכז הליך מאורגן תחרותי לבחירת המתקשר
* מחליף משא ומתן
* חלק נכבד מהחוזים בישראל- חוזים של מדינה, רשויות מקומיות וגופים אחרין הכפופים לחובת המכרז (חברות ממשלתיות, תאגדים סטטוטוריים, מועצות דתיות, קופות חולים, ומוסדות להשכלה גבוהה)
* חובת המכרז נקבעה בעבר בפסיקה, הוחלפה בחקיקה, בעיקר חוק חובת המכרזים
* עיקרי הדינים קבועים בתקנות.

מכרז הוא הליך מאורגן תחרותי לבחירת המתקשר. בעוד שאדם פרטי לא חייב לקיים מכרז, אלא לנהל משא ומתן חופשי עם מי שהוא רוצה. או ההפך- בעוד אדם פרטי יכול לנהל משא ומתן ולבחור עם מי הוא רוצה להתקשר עמו בחוזה, לא כן רשות ציבורית.

המכרז הוא כלי שבעצם מחליף את המשא ומתן לפי ס' 12 לחוק החוזים, במקום חוק החוזים חל חוק המכרזים.

אחד הדברים החיוביים במסגרת הסמכות של בית המשפט לפתח את המשפט המנהלי, הוא פיתוח דיני המכרזים. וחובת המכרז נקבעה בפסיקה ואז עוגנה בחקיקת הכנסת שהחליפה את דיני המכרזים של החקיקה. פה ושם יש לקונות, אבל יחסית נדירות, לפעמים יש רשות ציבורית שלא נכנסת לדיני המכרזים שבחוק, ואז עדיין אולי יחולו דיני המכרזים כפי שפותחו בפסיקה, אך ברוב המקרים לא פועלים על פי המשפט המנהלי הכללי אלא לפי החקיקה (חוק חובת המכרזים ותקנות שנקבעות).

אך בעיה בתפקוד הכנסת היא שעיקר הכללים קבועים בתקנות, והחוק כמעט לא אומר דבר. בגדול חוקים אמורים לקבוע את ההסדר הכללי, והתקנות משלימות וקובעות את ההסדר המשני. אך בפועל החוק אומר ב-9 סעיפים שדיני המכרזים יקבעו בתקנות. התקנות יכולות לקבוע תניות פטור, את הליך המכרז, היבטים עקרוניים בהליכים, מי מחליט, מה השיקולים ועוד. עיקר דיני המכרזים קבועים בתקנות, ולא רק ההסדרים הביצועיים הטכניים אלא גם ההסדר המהותיים, שלכאורה היו אמורים להיות בחוק. זו תופעה חריגה, אך כמובן שיש בכך גם יתרונות- בתקנות יש גמישות וניתן לשנות אבל לפעמים משתמשים בהן לרעה. כך למשל ניתן להוסיף בקלות תקנות פטור נוספות לקיימות. יש בתקנות גם את העניין שהרשות היא הרגולטור של עצמה. שהיא משנה את התקנות שאמורות לפקח עליה, וזה לא נקבע על ידי גוף חיצוני. חשוב להבין כי חוק חובת המכרזים כמעט ולא אומר שום דבר, אלא שהוא מתפקד כמעין חוק הסמכה כללית הקובע כי חובת המכרז תקבע בתקנות. לכן יש מספר רב של תקנות הנוגעות למכרז- למשל חוק חובת המכרזים של מערכת הביטחון וכו. הן לא רק תקנות ביצוע של תפקיד טכני, אלא הדברים המהותיים ביותר נקבעו בתקנות.  
ובקצרה: יש הרבה רשויות שכפופות לדינים אלה, גם כאלה שאינן כפופות למשפט המנהלי, כמו גופים דו מהותיים. מי שכפוף לדיני מכרזים, כל עוד אין לו פטור, לא יכול להתקשר בחוזה דרך משא ומתן, אלא רק דרך מכרז. על חלק משמעותי של החוזים בישראל חלים דיני המכרזים.

**מטרות חובת המכרזים**

לחובת המכרזים יש מטרות שונות- יש מטרות ערכיות של שוויון ושל טוהר המידות, ולצידן המטרה הכלכלית, המסחרית- בחירת ההצעה הטובה ביותר.

1. שוויון וטוהר המידות
2. בחירת ההצעה הטובה ביותר לרבות שיקולים של עידוד נשים, העדפת תוצרת הארץ, העדפת אזורי עדיפות לאומית.

* התנגשות בין מטרות
* ההצעה הטובה ביותר- הגישה הכלכלית למשפט היא לא רק במובן של כסף, אלא גם מטרות אחרות שהן אינן כספיות, אלא מטרות בעלות משמעות תועלתית. ולכן במסגרת ההצעה הטובה ביותר, יכולים להילקח שיקולים המצויים בחוק חובת המכרזים, או עולים כל מיני שיקולים אחרים כמו עידוד נשים, העדפת תוצרת הארץ, העדפת אזורי עדיפות לאומית, טיב המקצועי של ההצעה, כמובן שהעלות שלה ועוד.
* שוויון- הרעיון במכרז הוא שזו הדרך השוויונית האולטימטיבית להיקשר בחוזה. חוזה של המדינה הוא סוג של הטבה, שהרי אך אחד לא מתקשר בחוזה אם הוא חשוב שלא ירוויח מזה. לכן כל צד נותן דבר השווה פחות ממה שהם מקבלים, ואם לא מתקיים הצד לשני הצדדים לחוזה, כנראה שלא יתקיים חוזה. כשהמדינה מתקשרת עם גורם כלשהו בחוזה, היא נותנת הטבה ומכאן ששיטת המכרזים נועדה לחלק את ההטבה באופן שוויוני, ללא הפליה או שיקולים זרים וכל הכללים הבאים לקדם מטרה זו.
* טוהר המידות- גם שיקולים של טוהר המידות ניתן לראותם כסוג של שוויון או מטרה בפני עצמה, ברגע שיש תחרות לפי כללים, גם כאלה המפורטים לפי חוק חובת המכרזים, וגם כאלה המפורטים מראש בתוך המכרז עצמו (שאז זה עשוי להיות פגם במכרז "כמכרז תפור"), אך מכרז המתנהל בצורה תקינה ופיקוח משפטי הדוק, מטרתו לשמור על טוהר המידות, ולא לאפשר לעובדים בכירים ככל שיהיו, למכור לפי שיקול דעתם והאינטרסים שלהם למי הם מתקשרים.

לגבי הערך השני של תועלת, יש אינטואיציה שזה נכון, הדרך הכי טובה למקסם את התועלת של המדינה, הרשות וכל גוף שמבצע מכרז- היא על ידי עריכת תחרות שכל אחד ממי שניגש למכרז יש את האינטרס לתת הצעה הכי טובה שהוא מסוגל, כי הוא יודע שאם הוא לא ייתן את ההצעה הכי טובה שהוא יכול לתת, מישהו אחר יכול לתת הצעה יותר טובה. לכן יש אינטואיציה שעל פני הדברים נראית משכנעת, שמכרז בסופו של דבר נותן למדינה ולשלטון את ההצעות והחוזים הטובים ביותר. בפרקטיקה זה לא בהכרח נכון, משום שאומנם הרבה מאוד גופים גדולים גם במגזר הפרטי המשתמשים במכרז, הם עורכים מכרזים אבל על פי כללים אחרים ולא על פי הכללים של התקנות. במכרז בשוק הפרטי לא נמנעים מעריכת משא ומתן- אלא עריכת מכרז, בחירת כמה הצעות הטובות ביותר ואיתן מבצעים משא ומתן. לעומת זאת, במכרזים של השלטון אין בהם אלמנט של משא ומתן. ולכן ניתן להסיק שכנראה מכרז הציבורי שאין בו משא ומתן ומקבלים את ההצעה הטובה ביותר כפי שהיא ואסור לגעת בה, מציעים כנראה לא נותנים את ההצעה הטובה ביותר. הם נותנים הצעות טובות אבל לא בהכרח הטובות ביותר שיכלו להציע.

מה קורה בהתנגשות? יש מקרים בהם יש התנגשות בין המטרות בכך שהצעה מסוימת, שהיא לגוף העניין הטובה ביותר, אבל חורגת מתנאי המכרז. לדוגמא תנאי המכרז כוללים גם הגשה של ערבות בנקאית לפי כללים מסוימים. במכרז הציבורי, אם גוף נותן ערבות לא לפי הכללים הנדרשים, גם אם הוא הצעה הטובה ביותר, פוסלים את ההצעה ולא דנים בה. אפילו בפסיקה נקבע באופן דווקני שגם וכאשר הוציאו ערבות גדולה מדי, זה פוסל את ההצעה, וכי רואים במגיש אדם רשלן.  
הכלל הוא שהצעה שלא עומדת בתנאי המכרז, לא בודקים האם היא ההצעה הכי טובה, אלא אם יש התנגשות, שוויון וטוהר המידות גוברים. שכן יוצאים מנקודת הנחה שאם גופים אחרים שלא הגישו הצעה, היו יודעים שניתן לחרוג, הם היו מגישים גם הם ופוגעים בכללים של המכרז. לא בטוח שזה שיקול של ההצעה הטובה ביותר אלא של טוהר המידות- כי אם הוא היה יודע שאפשר להגיש יותר מאוחר, גם הוא היה מגיש מאוחר וכן הלאה. לדעת בנדור, לא בטוח ששיטת המכרזים תמיד נותנת את החוזה הכי טוב מבחינת הרשות הציבורית שעורכת את המכרז, ומכל מקום באותם מקרים שיש התנגשות וחריגה קלה מכללי המכרז, יעדיפו את השוויון וטוהר המידות, שהמשמעות היא שהחוזה הנבחר הוא אינו החוזה האופטימלי שהיה ניתן להשיג.

**סוגי מכרזים**

באופן כללי ניתן להצביע על 3 סוגי מכרזים:

1. מכרז פומבי- המכרז הרגיל והוא הרוב של המכרזים, הוא המכרז המועדף. המכרז הפומבי הוא בגדר ברירת המחדל, שכן אם אין סיבה לחרוג והתקנות אינן מאפשרות, הוא מכרז פומבי. אפילו אם מותר וטכנית זה נכנס לגדר אפשרות שאפשר לערוך מכרז סגור או מעין מכרז, ובנסיבות אפשר לערוך מכרז פומבי, אז נערוך מכרז פומבי. גוף ציבורי יעדיף לבצע התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל, גם מקום שמותר לו לבצע התקשרויות של בדרך זו. מכרז כזה הוא שמפרסים תנאים, את מי שזה מעניין פונה ומקבל את מסמכי המכרז. מי שמעוניין מגיש הצעות עד תאריך מסוים. הוועדה ממיינת את ההצעות. מי שלא עומדת, פוסלים ואז בוחרים את ההצעה הטובה ביותר על פי הקריטריונים שנקבעו.
2. מכרז סגור- המדינה או גוף אחר שחייב בחובת המכרזים נוקט בתחומים שבהם יש גורמים פוטנציאליים רבים. יש תחומים שבהם יש הרבה גורמים הנמצאים במשק, שבמצב כזה אם היה נערך מכרז פומבי החשש הוא שאף אחד לא יגיש כי הם יודעים שהסיכוי שלהם להיבחר הוא מאוד קטן. נניח שיש 100 ענפים שיכולים להגיש הצעה, החשש הוא שכל גוף לא יגיש בגלל הכמות הגדולה הזו, ואז במקרים מסוימים יש אפשרות למכרז סגור. יששני שלבים:
3. הגשת מועמדות לרשימת הגורמים הפוטנציאלים- מגיש מועמדות, קובעים שהוא כשיר ואז מכניסים אותו לרשימה סגורה של מועמדים רלוונטיים.
4. כל פעם שיש מכרז באתו התחום, לפי סדר אקראי, פונים לכמות מסוימת של מציעים- בוחרים למשל כמות של חמישה מציעים, ובניהם עורכים מכרז.

במקרה מהסוג הזה המדינה בוחרת פול של מציעים העומדים בדרישות, ובשלב השני כל פעם לפי סדר אקראי היא פונה ל5. ואז כאשר גוף יודע שיש לו סיכוי גדול יותר לזכות, סביר להניח שהוא יגיש הצעה, למשל אם מישהו יודע שיש לו סיכוי סטטיסטי של 20% להיבחר, הוא יגיש מועמדות. מכרז סגור משמעותו שהוא סגור לרשימה של מציעים וכל פעם פונים לגורמים אחרים מתוך הפול האקראי שהמדינה הכינה בשלב הראשון.

1. מעין מכרז- עדיין בעל ממד תחרותי. מעין מכרז נועד לסוגים של שירותים שאין אפשרות לקבוע מראש את התנאים, אלא חייבים לנהל מעין משא ומתן מראש גם לקביעת התנאים עצמם. מעין מכרז זו מעין הזמנה להגיש הצעות, למשל מדינת ישראל רוצה לרכוש מטוסים. אין אדם במשרד הביטחון שיעצב מטוס, לפיו מציעים יציעו מטוס, ואי אפשר עכשיו אפילו לקבוע איזה סוג מטוס. זה לא דבר שניתן לקבוע בצורה נוקשה עם תנאים קבועים, אבל נותנים תנאים מאוד כוללים, ולכן לא ניתן לעשות מכרז רגיל, ומה שנוצר זה לא בדיוק מכרז אך זה כן מתנהל בצורה תחרותית, גם אם לא תחרות מוגדרת כמו המכרז הפומבי והסגור. באותם מקרים שהתקנות מאפשרות לזה, יתנהל מעין מכרז. כמובן לא פונים באופן שרירותי לאיזו חברה, אבל מזמינים את מי שמעוניין. יש אלמנט תחרותי אבל בלי התחרות הקשה, מאחר ואי אפשר להימנע מכל משא ומתן. יש מורכבות שלא מאפשרת ולכן קוראים לזה מעין מכרז.

יש בתקנות קטגוריות מסוימות מתי נעשה מכרז סגור ומתי מעין מכרז, אך עדיין יש את הס' שנכנס לתקנות שקובע כי יש העדפה לביצוע מכרז פומבי, שהוא השוויוני ביותר ושומר על טוהר המידות, גם אם לא יפיק את ההצעה הטובה ביותר.

**פטור מחובת המכרזים**

בהערת אגב, העילה הקלאסית לפטור מוחלט ממכרז הוא בשל ספק יחיד. אם יש רק אחד, למה שיפרסמו מכרז? במקרים של ספק יחיד, מתייתרת המטרה של עשיית מכרז, שכן כל מהות המכרז היא התחרות. לכן אם יש רק ספק אחד, הוגשה רק הצעה אחת לא מכריחים את הרשות לבטל את המכרז ולעשות מכרז חדש. ואם הוגשה הצעה אחת זו עילה לרשות לבטל את המכרז ופטור לקיים את המכרז מחדש כדי להבטיח את התחרות. אך אם מראש יודעים שיש רק ספק יחיד, אפשר לקבל פטור.

חוק חובת המכרזים לא קובע את דיני המכרזים אלא מסמיך את התקנות, שהן קובעות את דיני המכרזים.

חוק חובת המכרזים (ס' 4)

ס' 4 מסמיך את שר האוצר לקבוע בתקנות את הפטור ממכרז, מכרז סגור, מעין מכרז, משא ומתן, צורת המכרזים, אופן פרסומם של המכרזים, אמות המידה לבחינת ההצעות המתאימות (שזה לא עניין טכני בכלל), לגבי גופים שהם לא המדינה אז יקבעו הוראות מיוחדות, דרכי עריכת מכרז וכו.

**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.

"מרב היתרונות למי שערך את המכרז" מרב היתרונות זה לאו דווקא כסף אלא קבלת העסקה גם מבחינת האיכות וגם מההיבטים הכספיים הטובים ביותר.

תקנות ניתן לקבוע או כתקנות כלליות החלות בכל מקרה לכל מכרז, או לסוגים מסוימים של עסקאות, או תקנות המותאמות לסוגי גופים המתקשרים. תקנות כפופות להתחייבות של המדינה באמנה בינלאומית. יש אמנות בינלאומיות הפוטרות מעסקאות בינלאומיות שונות מדיני המכרזים וקובעות סייגים ולכן גם אם נושא מסוים לכאורה צריך לערוך מכרז לפי התקנות, אך ישראל חתומה באמנה מסוימת לפי לא עורכים מכרז כמשמעותם בתקנות, אז התקנות יחולו ככל שהן לא סותרות התחייבות של המדינה מאמנה בינלאומית.

לתקנות חובת המכרזים (ס' 3)

יש מאות תקנות פטור- חלקן כלליות וחלקן ספציפיות.

לדוגמא:

* התקשרות שוויה אינו עולה על 50,000 ₪- עד חמישים אלף שקלים חדשים שעריכת המכרז על כל כלליו ודקדוקם מתקרב לסכום הזה ולא כדי לעשות מכרז. אבל במידת האפשר כדי לשמור על השוויון וטוהר המידות, ב12 החודשים הרצופים מותר להתקשר עם גורם אחד לפי הפטור הזה בסכום כולל שלא עולה על 100,000 שקלים חדשים. וזה בשביל שלא יעשו חוזה של 50,000 שקל ויגיעו למאות מיליונים.
* התקשרות הנדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש- מבטא את רציונל הצורך, וגם קשור לעקרון המידתיות "בהיקף ולתקופה המזעריים הנדרשים". רק דבר שהוא מאוד דחוף ובהיקף מזערי למניעת נזק של ממש, לפעמים אין מנוס מהתקשרות זריזה בלי מכרז.
* פגיעה מהותית בביטחון המדינה- גם כאן רעיון הצורך, יש מקרים שבהם עריכת מכרז הוא בלתי אפשרי ואו אפשרי תיאורטית אך הוא יהיה מזיק, ולכן יש פטור.
* חריג שיורי- התקיימות של נסיבות המצדיקות עשייתה ללא מכרז.
* התקשרות עם ספק יחיד- אם מבחינה משפטית או פרקטית יש גורם אחד רלוונטי. אבל כמובן שזה כפוף לאיסור על שיקולים זרים אחרת היה אפשר לתפור כל מכרז בצורה כזאת שיש רק ספק אחד שעונה על תנאי המכרז.

"התקשרות משרד בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אינה טעונה מכרז, אם היא אחת מאלה:

1. התקשרות ששווייה אינו עולה על 50,000 שקלים חדשים; ואולם בכל תקופה רצופה של שנים עשר חודשים לא יתקשר המשרד עם מתקשר מסוים, בלא מכרז, לפי פסקה זו בהתקשרויות בסכום כולל העולה על 100,000 שקלים חדשים...
2. התקשרות הנדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש, אשר יש להתחיל בביצועה בתוך שני ימי עבודה או פחות, בהיקף ולתקופה המזעריים הנדרשים בנסיבות כאמור, אם ועדת הפטור המשרדית אשרה זאת;
3. התקשרות בעיסקה אשר עריכת מכרז לגביה עלולה לפגוע פגיעה מהותית בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בכלכלתה, בבטחון הציבור, או בסוד מסחרי או מקצועי של המשרד;

....

(28) התקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז...

(29) התקשרות עם מי שלפי זכויות מכוח דין או בהתאם למצב הדברים בפועל הוא היחיד המסוגל לבצע את נושא ההתקשרות (בתקנות אלה – ספק יחיד), לאחר בחינת קיומם של ספקים לפי תקנה 3א(א);"

יש עוד מאות תקנות פטור. הרוב אינן מבוססות בהכרח על שיקולים זרים או חוסר טוהר מידות, אבל מישהו בנושא מאוד קונקרטי פשוט חשב שזה לא נכון שיהיה מכרז, אך זה לא נכנס לאותן קטגוריות שהיו בתקנה. ואז הוא פונה לשר ומבקש להתקין תקנת פטור ייעודית.

חשוב להדגיש כי יש ועדת מכרזים הנותנת את הפטור, וזה לא שמי שרוצה לערוך את המכרז יכול להסתכל בתקנות ולפי דעתו להחליט שחל פטור, אלא וועדת המכרזים הרלוונטית היא זו המאפשרת את הבקשה לפטור והיא לא יכולה לאשר בקשה שלא נכנסת לאחת הקטגוריות המופיעות במסגרת התקנות.

בתקנות חובת המכרזים מצד אחד יש סעיפים מאוד עקרוניים, ומצד שני בתקנות שעוסקות בחובת המכרזים ביחד יש הרבה מאוד פטורים ולא בהכרח בחקיקה ראויה, כי פטור ראוי לתת לא לפי פטור ספציפי התפור לסוג של מקרה או חוזה אלא לפטור כללי, אך במציאות יש הרבה מאוד תקנות פטור.

**שלבי המכרז**

מהם שלבי המכרז?

1. קביעת תנאים כולל תנאי סף- הרשות קובעת תנאים, מכרז זה דבר מאוד מפורט כולל תנאי סף (מי בכלל רשאי לגשת למכרז- ההשכלה שלו, ניסיון, רישיון וכו)
2. פרסום וקבלת הצעות- פרסום התנאים כולל החוזה הסופי שחותמים עליו. מקבלים הצעות שתמיד יש נקודת זמן ספציפית שעד אליה ניתן להגיש.
3. בדיקת עמידה בתנאי סף
4. שיקולים בהכרעה במכרז- חלק מהתנאים שצריכים להתפרסם הם השיקולים לקבלת ההצעה.
5. ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה/היקרה ביותר, לפי ענין, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו ולאחר שנתנה לבעל ההצעה הזולה/היקרה ביותר, לפי הענין, הזדמנות להביא את טענותיו בפניה- אם לא מפרסמים שום אמות מידה אלא רק מחיר, אז חל ההסדר הראשון, אלא במצב בו לוועדת המכרזים יש שיקולים מיוחדים לסטות מכך. כך למשל בנסיבות מסוימות הוועדה יכולה לבחור את ההצעה הקצת יותר יקרה, אבל אז היא תצטרך לספק את זכות הטיעון של אותו מציע שהצעתו שההצעה שלו המשתלמת ביותר אך לא התקבלה.
6. נכללו במסמכי המכרז פרטים לענין אמות המידה שלפיהם תיבחר ההצעה הזוכה, תבחר ועדת המכרזים את ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז בהתאם לאמות המידה כאמור, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות המיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו- לגבי המכרזים השיקול הכספי הוא לא היחיד, אלא הרבה פעמים יש שיקולים נוספים שהרשות צריכה לציין אותם בתוך המכרז. אמות מידה כמו ניסיון, ניסיון כללי או של הרשות עצמה עם אותו גורם, במקרה כזה היא מציינת את המשקל היחסי של כל שיקול. ואז זה כבר לא עניין של מחיר בלבד אלא עושים שקלול של השיקולים השונים ומי שמקבל את הכי הרבה נקודות אמור לזכות, אלא אם כן הוועדה בטעמים מסוימים יכולה לחרוג מהעיקרון הזה (אבל רק בנסיבות מיוחדות).

**אמות המידה**

מהן אמות המידה? לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז הן אלה, כולן או חלקן:

1. המחיר המוצע או המבוקש, לפי הענין- לרוב מחיר אך הוא לא חייב להיות אמת המידה היחידה.
2. איכות הטובין או המקרקעין, העבודה או השירות המוצעים, או נתונים מיוחדים שלהם, והתאמתם לעורך המכרז
3. אמינותו של המציע, כישוריו, ניסיונו, מומחיותו ותחומי התמתחותו- גם אם מבקשים שירותים הקשורים נניח לשירותי רפואה, שיסופקו על ידי רופאים, אך אם יש כאלה שהם לא רק רופאים כללים אלא מומחים, כולם עומדים בכללי הסף אבל נותנים ניקוד לאלה שיציעו רופאים מומחים רלוונטיים בתוך ההכשרה שלהם.
4. המלצות אודות המציע, אם נדרשו לפי תנאי המכרז, ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות- אם לרשות עצמה יש ניסיון עם מציע מסוים היא יכולה להתחשב בזה, אך חובה לציין את זה בתחילת המכרז. במכרזים בשונה מהחלטות מנהליות אחרות יש הרבה מאוד שקיפות והרשות מחויבות לציין את השיקולים והמשקל שהיא תיתן לכל אחד מהם.
5. דרישות מיוחדות של עורך המכרז
6. התנהלותו של המציע בנוגע לשמירת זכויות עובדים- זה לא היה במקור ולפני כמה שנים הוסיפו את זה. בראש ובראשונה מחייבים את המציעים לצרף פרטים, וגם אם כאלו המציעים הצעה מאוד קוסמת על בסיס זה שהם לא משלמים שכר מינימום. כלומר בין אם זה מפורט בהצעה או בין אם ניתן להסיק את זה, לא נקבל הצעה שעל פניה היא מאוד כלכלית, במידה ומפרים את זכויות העובדים לשכר מינימום, תנאים סוציאליים וכו. לפני זה הפסיקה קבעה שזה רלוונטי ובעקבות הפסיקה תיקנו את התקנות וקבעו את זה במפורש.

ועדת המכרזים תכלול במסמכי המכרז את פירוט כל אמות המידה, מבחני המשנה, את המשקל היחסי באחוזים שיינתן לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז ואופן שקלולם.

**רגולציה**

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. הבעיה שהחוק הזה מטיל נטל נוסף לרשויות הרגולטוריות ולכן בהמשך השנים 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.

**התפתחות ענף הרגולציה**

ענף הרגולציה שהולך ומתפתח במשפט המנהלי, קם על רקע התפתחות חברתית ולא ממשלתית, יותר התפתחות של מדיניות שהשלטון עושה פחות ופחות, והוא יותר מפקח באמצעות אסדרה על פעילות חוץ שלטונית, בעצם על 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, 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- 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 היא 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. רגולטור 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 שהם לא יפסידו 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 קטנים עלול להיות כבד הרבה יותר. מדבור על עול בעייתי הפוגע בתחרות, חופש העיסוק וכן הלאה.

**רגולציה וביקורת שיפוטית**

התזה הבסיסית היא שהביקורת השיפוטית על סמכויות רגולציה, צריכה להיות מופעלת מתוך מדיניות שונה והפוכה מהמדיניות המנחה את הביקורת השיפוטית על סמכויות רגילות של המנהל הציבורי. הביקורת השיפוטית מטרתה להגביל בהליכים ושיקול דעת את הרשויות המוסמכות אל מול הציבור מתוך הנחה שהפעלת סמכות שלטונית, יש בה כדי לפגוע אפילו אם זה במידה מוצדקת בזכויות ואינטרסים של יחידים. ביהמ"ש מפקח על כך שהשלטון יפעיל את סמכויותיו באופן תקין.

* הפרקטיקה- ביקורת שיפוטית רגילה
* גישת ד"ר יובל רויטמן- ביקורת שיפוטית מתמרצת: מאחר שמטרת הרגולציה היא להבטיח את זכויות הפרט אלא מול תאגידים רבי עוצמה, על הביקורת השיפוטית לתמרץ את הפעלת הכוח השלטוני ולא לרסנו.
* גישה אחרת:לנוכח איחוד הסמכויות אצל הרשויות המאסדרות והיותן בלתי נבחרות ובהתחשב בעלויות האסדרה- צורך בביקורת שיפוטית קפדנית יותר מהרגילה, על בסיס סטנדרטים קפדניים יותר.

כאשר מדברים על ביקורת שיפוטית על רגולציה, לפי רויטמן, מאחר והרגולציה עצמה מטרתה להגן על הציבור, ולכן הביקורת השיפוטית צריכה לקחת בחשבון שהרגולציה עצמה היא אמצעי של הבטחת זכויות הפרט מול תאגידים רבי עוצמה. בביקורת שיפוטית רגילה היא פרט מול השלטון, שיש תאגיד רב עוצמה המכונה מדינת ישראל או גוף ציבורי גדול אחר, הביקורת השיפוטית מגנה על הפרט מול מדינת ישראל. אך בתחום הרגולציה, הרגולטור עצמו הוא גוף של השלטון ומטרתו להגן על הפרט, לא מול השלטון, אלא אל מול תאגידי רבי עוצמה אחרים שהרגולטור מפקח עליהם. לכן לשיטתו של רויטמן, הביקורת השיפוטית על סמכויות רגולציה, צריכה לצאת מנקודת מבט שונה, והיא תמרוץ הרגולציה ולא הגבלתה, כי הרגולטור הוא שותף של בית המשפט לזכויות הפרט.   
בנדור לא כל כך מסכים. משום שזה היבט בעל משקל מסוים, אך מהצד השני, סמכויות רגולציה רבות מאוד מתאפיינות באיחוד סמכויות שלא קיים ברשויות אחרות- הרגולטורים הם גם מחוקקים, גם מבצעים, גם חוקרים וגם שופטים. הסמכויות האלה והיקף הסמכות של הרגולטורים אין להן מקבילות בסמכויות של רשויות אחרות שאינן רגולטוריות. יתר על כן, העוצמה באיחוד הסמכויות של הרגולטור שניתנות להם למרות שהרשויות האלה אינן נבחרות ולא מדובר בנבחרי ציבור, וכן שלאסדרה יש גם עלויות שבסופו של דבר מושתות על הציבור. אסדרה אמורה להגן על הציבור אבל יש לה לא פעם גם עלויות שפוגעות בציבור, וזה לא חד סיטרי שהגנה מגנה על הציבור, ויש עלויות שמשלם אותן הציבור ולא הרגולטור עצמו. 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 מתומרצת, אלא דווקא מדיניות הפוכה.

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

1. עקרון חוקיות המנהל

העקרון בסיסי ביותר במשפט המנהלי הוא עקרון חוקיות המנהל. רשות אינה מוסמכת לפעול, אלא לפי חוק המסמיך אותה. לשיטתו העיקרון חל גם על הרגולציה, אך כשמדובר ברשויות שמטרתן להגן על הזכויות ולא לפגוע בהן, בנסיבות שבהן הרשות המנהלית המאסדרת פועלת לקידום אינטרס ציבורי לגיטימי, צריך לפרש בהרחבה את החקיקה המסמיכה, על שנדרש לצורך פיקוח יעיל. האקטיביזם השיפוטי לא צריך להיות לטובת המפוקח, אלא לטובת הרגולטור תוך פרשנות מרחבה ככל הניתן של החקיקה המרחיבה.   
ובין היתר יש לפרש הוראת חוק המקנה סמכות לרשות מאסדרת כמקנה לה גם סמכות משמעת לקיים פיקוח בקשר לאותה סמכות. גם אם החוק לא מדבר על סמכויות פיקוח במפורש, סמכויות פיקוח בדרך כלל רואים רשות כשיש לה תפקיד מסוים כך יש לה סמכות לפקח.

הוא מסתמך על פס"ד המפקד הלאומי, המדבר על עקרון החוקיות בהקשר של חוק היסוד כבוד האדם וחירותו. נקבע בפסקת ההגבלה, שפגיעה בזכות צריכה להיקבע בהסמכה מפורשת ומפורטת בחוק. המפקד הלאומי דיבר על כך שהשאלה עד כמה היא צריכה להיות מפורשת ומפורטת זה תלוי בהקשר. מהו ההקשר? אם הסמכות פוגעת פגיעה קשה בזכות חשובה, ביהמ"ש ידרוש שיהיה חוק מאוד מפורט ולא הסמכה כללית של הרשות לטפל בנושא מסוים. לעומת זאת, אם יש פגיעה כלשהי בזכות שהיא בדרג העליון, אז הסמכות תיקבע בחוק גם אם בדרך משתמעת.   
רויטמן בעצם מקיש מעקרון זה. ואומר כי מאחר ורגולציה גם אם טכנית היא פוגעת בזכויות המפוקחים, בכל זאת צריך הסמכה בחוק, אך נפרש את החוק בצורה הכי רחבה שאפשר ברוח הגמישות שבית המשפט יצר באותו פס"ד. תוך הבחנה בין נסיבות שהאכיפה נעשית מול פרט (שהרגולטור אוכף מול אנשים פרטיים ולא רק תאגידים) לבין אכיפה הנעשית מול בעלת עוצמה. יש סמכות ברשות להגנת הצרכן, יש אותם כללים על חנויות קטנות ועל רשתות גדולות, אז בעצם משתמע מדבריו שהחוק עצמו אם מפקחים על חנות מכולת, נפרש בצורה מצמצמת, וברשת גדולה נפרש פרשנות רחבה. כמובן שיש קושי בלפרש חוק לפי זהות הגורם שמטילים, אבל הגישה הכללית היא ברורה. ככל שרגולטור, מטרתו לשמור על זכויות הפרט מול תאגידים גדולים, אז ברוח המפקד הלאומי, יש לפרש פרשנות רחבה יותר לסמכויות.

שיקול נוסף שהוא מדבר עליו- "השפעתם של גופים עסקיים פרטיים בעלי עוצמה רבה על הליכי החקיקה וחקיקת-המשנה צריכה אף היא להוות 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 רחבה." מראש יש השפעה לגורמים רבי העוצמה על ביצוע החוק, ומכל מקום יפרשו את החוק בצורה מצמצמת יהיה קשה לשנות אותו כי יביאו לוביסטים שימנעו שינויי חקיקה, ולכן מראש צריך לפרש בצורה מרחיבה ולא מצמצמת כפי שמקובל לפרש סמכות של רשות לפגוע בזכות. ככל שמדובר בסמכות של רשות שלטונית משמעותית אז הנטייה היא לפרש את הסמכות בצורה מצמצמת ולא מרחיבה.

ביקורת

לפי בנדור יש מקום לביקורות שונות. חשיבות עקרון החוקיות, יש חשיבות לעקרון החוקיות במדינה דמוקרטית. חוקיות נדרשת כמובן כשיש פגיעות בזכויות, שזכויות יש גם לתאגידים, ולא רק גורמים פרטיים. המשמעות של החוקיות קשורה לתפיסה דמוקרטית, שבסופו של דבר כשיש חקיקה, היא צריכה להיות הכרעה של הרשויות הנבחרות. ויש קושי בכך שעקרון החוקיות משמעותו תצומצם גם בעצם תוך צמצום ההשפעה של הסמכויות המחוקקות על ידי פרשנות מרחיבה לא בהתאם לתכלית החקיקה.

1. הלכת מיכלין- דין רצוי בתחום הרגולציה

דיברנו על הלכת מיכלין הקובעת שאסור לרשות מוסמכת לקבל הוראות מרשות אחרת, גם אם היא היררכית במעמד גבוה יותר. וראינו שיש ביקורת רבה על ההלכה, וביהמ"ש לא שינה אותה אך הוא קשוב לביקורת ולכן הוא מצא כל מיני דרכים לצמצם אותה. רויטמן אומר שכל מה שקשור לרגולציה, צריך לחזור להלכת מיכלין. 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. 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

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

נושא נוסף עליו מדבר רויטמן הוא התשתית העובדתית. ככלל, אחד התנאים החשובים שנוגעים להליכי המנהל, הוא שרשות המקבלת החלטה, צריכה להתבסס על תשתית עובדתית רצינית לפי שהיא מקבלת החלטה, לא ניתן לקבל החלטה אינטואיטיבית ובלתי מבוססת. רויטמן אומר שכאשר מדובר על רשויות הפועלות מול האזרח, כדי לפעול באמת צריך תשתית עובדתית מאוד מגובשת אבל כאשר מדובר ברגולטור שמטרתו להגן על זכויות האדם, הוא מציע להקל בדרישה של תשתית עובדתית על הרגולטור.   
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, ולכן הוא צריך לעשות ניסוי- להפעיל את אמצעי הפיקוח לתקופה מסוימת ותראה מה התוצאה. לרשות רגילה לא ניתן 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.

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 בכל שהרגולטור יפעל בלי תשתית עובדתית, 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.

נעבור לפס"ד זליגמן.

**זליגמן- הנסגת דעת בפירוש נהלים של המאסדרים**

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 בפרמיה 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- כפי שבית המשפט מפרש חוק ותקנה ונותן משקל לגוף המומחה, או שהאם בית המשפט רק יבדוק שהפרשנות של הרגולטור אפשרי בכללי הביקורת השיפוטית הרגילים. 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 כפי 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 שלרגולטורים 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- בית המשפט, 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- האומרים שהרגולטור עצמו, אך מי זה? האם זה מי שעומד בראש, שהוא בדרך כלל לא למד משפטים. 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 יודע מה שואלים אותו. לא שואלים אותו בצורה מעורפלת מה הפרשנות, שכן הוא ישאל למה אתם שואלים. אז זה לא רק פרשנות בעייתי כשלעצמו, נורמה שניתנת כפרשנות מחייבת על פי רשות מנהלית, אלא שהפרשנות עצמה תקבע את תוצאת ההליך, וזה בדיוק מה שקרה בזליגמן. הרגולטור ישאל באיזה עניין שואלים. הוא יפרש לפי המקרה ובעצם יקבע מראש את התוצאה. אם הפרשנות של הרגולטור נדחית, התביעה מתקבלת. אז מעשית שהרגולטור 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 התוצאות השונות והוא לא עובד כמו בית משפט. לא רק שעל פי המקובל במשפט הישראלי, לא רק שהוא הפרשן המוסמך, אלא הליך שהוא צפוי לקיים בתוך הפרשנות הוא לא מקיים 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 אחר 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 פרשנותה מאסדר. 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, כדי שיוכלו לפרש. אם הרגולטור יודע שהוא הפרשן, אז הוא מראש מאחר והוא יודע את התוצאות, אז מראש הוא יפרש בצורה שתראה לו מתאימה בהקשר נדון, ולכן מראש לא יקבע הנחיות ברורות. בחוקים אולי זה נכון שיהיה ממד של עמימות אך התפקיד של הנחיות רגולטורים זה להיות כמה שיותר ברורות, הכוונה היא לקבוע פרטים ברורים כדי שלהנחות 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 סמכות שפיטה? לרשות המאסדרת יש סמכויות חקיקה, ביצוע, אכיפה ושפיטה.
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, אז נפרש את זה לצד אחד לחוזה? 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 היה משהו וקיבל 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 כשיש כבר קביעה, והרגולטור יש חשש שהוא 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.
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 של רשות מנהלית ביחס לחוק המסמיך אותה, שיש לה משקל מיוחד אך עדיין היא לא הפרשנות הקובעת, לבין הפרשנות של המאסדר ביחס להנחיות שהוא הוציא. ההקבלה הזאת אינה במקומה כי זאת לא השאלה.

1. ראשית המאסדר המפרש את ההנחיות שלו, נהנה מיתרון מובהק לצורך פרשנותן, כי הוא זה שיצר את הנורמה. לא כן רשות מנהלית שמפעילה חוק, לא היא קבעה את התקנות. וכך למשל התקנות, שהרבה פעמים לא מופעלת 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 שהן מוציאות, 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, איננה 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 מומחיות והסתמכות בקשר להנחיות הספציפיות שבהן מדובר.

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 התקנות 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 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 אנחנו פעמים 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.

**הפרה של הכללים המהותיים**

מה הדין שיש בהפרה של הכללים המהותיים? בשום תחום משפטי התוצאות, הסעדים וכללי השפיטה לא משקפים באופן מוחלט את הכללים המהותיים. שום תחום משפטי לא יכול להחזיר את המצב לקדמותו אם הפרו את הדין. שום תחום משפטי לא יודע להחזיר את המצב שהיה אמור להיות אילו היו פועלים לפי הכללים המהותיים.   
למשל דיני עונשין לא מונעים את העבירה, אלא מנסים לאזן את המצב המוסרי על ידי הענשה, אך זה לא גורם לכך שהעבירה לא תקרה. גם בדיני חוזים שנאמר שחוזה שאסור היה מראש להתקשר בו הוא בטל, אז לכאורה כן מחזירים את המצב אילו היו מחזיקים את המצב מראש, אבל אז בא ס' 31 ואומר שיכול להיות מקרה שלמרות שהוא בטל, הוא לא באמת בטל. גם אכיפת חוזה היא לא זכות מוחלטת ויש מקרים שהאכיפה היא בלתי אפשרית, ראויה או צודקת. אז מראש היה צריך לקיים את החוזה, אך משתדלים לאכוף עם הסייגים.

בסופו של דבר כך גם במשפט המנהלי, אפילו יותר מתחומים אחרים לאחר שהייתה הפרה, אפשרות, וגם רצון להחזיר את המצב למצב שהיה אמור להיות אם לא הייתה הפרה. הסיבה בכל תחומי המשפט לכך שהמשפט לא מצליח או רוצה כעניין של מדיניות, או לא יכול להחזיר את המצב לקדמותו, אז התרופות יהיו כאלה שלאחר מיצויין המצב יהיה כמו המצב שהיה אמור להיות- לבטל את הפרת החוק, היא שהרבה פעמים עצם ההפרה והליך השפיטה, מעוררים אינטרסים חדשים שלא היו רלוונטיים לצורך הכללים המהותיים המקוריים. אם הם קבעו לפעול בצורה מסוימת או אסרו לפעול, אחרי שהפרו אותם התעוררו אינטרסים חדשים שלא היו רלוונטיים שקבעו את הכלל המהותי. למשל אי יכולת להחזיר את המצב לקדמותו, אינטרסים של צדדים שלישיים שפתאום התעוררו, יכולת הוכחה. ולכן בכל תחומי המשפט ובוודאי המשפט המנהלי, אין חפיפה בין מה שהיה אמור להיות לבין מה שהמשפט בהליך השיפוטי יכול לתת אחרי שהכללים הופרו. בהנחה שאכן העותרים מוכיחים שהרשות קיבלה דבר שמראש היה אסור לה לקבל.

בעוד שבתחומי משפט אחרים בדרך כלל החקיקה מפרטת גם את ההיבט של התוצאות ושל הסעדים, ושל כללי השפיטה, החקיקה מסדירה לא רק את מראש אלא גם בדיעבד- מה התוצאות של הפרה. המשפט המנהלי כשם הכללים המהותיים אינם קבועים בחקיקה אלא בספקיה, כך גם הכללים העוסקים בתוצאות, סעדים, חלק גדול מהכללים הנוגעים לשפיטה, גם הם לא כתובים בחוקים ובתקנות אלא יצר הפסיקה של המשפט המקובל.

**תוצאות ההפרה- הגישה המסורתית**

מהו תוקפה של החלטה שמראש הרשות לא הייתה יכולה לקבל בכלל או לפחות בהליך שהיא קיבלה את אותה החלטה, והיא הפרה את החוק?

הגישה המסורתית שחלה עשרות שנים עד ראשית שנות ה90, הגישה הקלאסית שאינה מקובלת, אבל עדיין הייתה בדעת המיעוט של השופט לוין בגיספן- קושרת בין סיווג של הפגם לתוצאה. כלומר אם הפגם, אי החוקיות במה שקרה שהוביל להחלטת הרשות, או מהות החלטת הרשות משמעותם שהרשות פעלה ללא סמכות או חריגה מסמכות, אז החלטה הייתה בטלה, כאילו לא הייתה החלטה.  
לעומת זאת אם היה פגם אך הוא לא היה מסווג כחריגה מסמכות- רשות פעלת בניגוד לדין ולחוק אך לא פעלה בסמכות, אז ההחלטה שלה נחשבה נפסדת- ניתנת לביטול. בית המשפט יכול לבטל את ההחלטה אך היא לא בטלה לבד. בית המשפט בודק את הפגם ומחליט האם בנסיבות העניין מן הראוי לבטל את ההחלטה.

מה ההבדלים בין בטלות לבין נפסדות?

1. צורת התקיפה- כאשר מדובר על החלטה בטלה, שבעצם משפטית הייתה נחשבת לא קיימת, אז אפשר היה להעלות את הטענה שאם הייתה מתקבלת, טענת חוסר סמכות התוצאה שהיא שההחלטה לא קיימת. היה ניתן להגיש עתירה בבג"צ וגם בתקיפה עקיפה. כל מקרה שבו קיומה של החלטה זה יסוד רלוונטי מבחינה משפטית, אם ההחלטה היא בטלה אז בעצם אין החלטה. נניח אם מאשימים אדם בעבירה פלילית של בריחה משמורת חוקית, והוא הצליח להוכיח שמי שתפס אותו פעל ללא סמכות, היו מזכים אותו. הוא היה אומר כי מאשימים אותו בבריחה ממעצר, וכדי שהיה מעצר צריכה להיות החלטת מעצר. אבל אם בית המשפט הגיע למסקנה שההחלטה התקבלה ללא סמכות, היו מזכים אותו. זו דוגמא לתקיפה עקיפה. אם ההחלטה הייתה בלי סמכות או חריגה מסמכות, היא הייתה בטלה לעניין סוג התקיפה. אם הפגם אך לא חריגה סמכות, ההחלטה קיימת כל עוד בית המשפט לא ביטל אותה ולכן לא ניתן לתקוף בצורה עקיפה אלא רק ישירה. כלל של בטלות מביא לבטלות ואז ניתן גם לעלות בתקיפה עקיפה, ופגם של נפסדות רק בתקיפה ישירה. אם פגם של סמכות או שקול לחריגה מסמכות, ההחלטה בטלה או ניתנת לבטול אז נפקות אחת לתקיפה ישירה או עקיפה.
2. שיקול דעת שיפוטי- אם ההחלטה בטלה אז היא בטלה ולכן לבית המשפט אין שיקול דעת לבטל אותה. אם ההחלטה אומנם פגומה אך לא בפגם של סמכות, אלא גם שלא מסווגים אותו כפגם של סמכות. לבית המשפט יש שיקול דעת אם לבטל אותה או לא לבטל.
3. בטלות רטרואקטיבית\ אקטיבית\ פרוספקטיבית- החלטה שהיא בטלה, אף פעם לא הייתה החלטה כזו, ובסוף בית המשפט צריך להחליט שהיא בטלה, אז הפסיקה הזאת הייתה בעצם רטרואקטיבית, כי היא מעולם לא הייתה תקפה. ברור שעד לא מגיעים לבית המשפט אין חותמת שזה בטל. אך אם ההחלטה רק נפסדת, ניתנת לביטול, אז ביטול נכנס מהיום שבית המשפט ביטל אותה, אלא יכולה לומר שהוא מבטל אותה בתאריך עתידי ולאו דווקא פרוספקטיבי.

קשיים

הגישה המסורתית, בית המשפט בהדרגה נפטר ממנה והיא בהחלט עוררה קשיים.

1. אין הכרח חומרה רבה יותר בפגם של סמכות באשר פגמים אחרים- קודם כל אין בהכרח חומרה רבה יותר בפגם של סמכות מאשר פגמים אחרים. רשות פעלה במסגרת סמכותה ועשתה דבר נורא, למשל קבלת שוחד. זה יותר חמור מאשר פגם באצילה. פגם טכני באצילה הוא חמור יותר מפגם מקבלת שוחד.
2. קשה להבחין בין פגם של סמכות לפגמים אחרים- אם ניתן לומר שרשות מוסמכת לשלול רישיון, בלי לתת את זכות הטיעון, במצב של ניגוד עניינים, מבחן הסמכות הוא לא כזה ברור. ולכן ניסו לפתח וזה נרמז בפס"ד של שלמה לוין, סמכות במובן של הפונקציה, אך מהו בדיוק התפקיד הרבה פעמים קשה להגדיר וזה לא פותר את הבעיה.
3. תוצאה נוקשה ואינה מתחשבת במורכבות השיקולים- ההבדל בין בטלות לנפסדות הוא הבדל כלל ונוקשה והוא לא משקך את מורכבות השיקולים, לפעמים נרמה פגיעה בצדדים שלישיים וכו. לפעמים יכולים להיות שיקולים מורכבים ונוקשים ולא יתחשבו בשיקולים יותר רחבים, יש בזה משהו נוקשה.
4. בטלות ונפסדות אינן מצבי טבע- זה לא שמדובר בהחלטה אז אנחנו רואות בהחלטה כאיזה תכונה שלה, אם היא בטלה או נפסדת. זה קטגוריות משפטיות, זה לא מצבי טבע אלא בסוף כלל שבית המשפט קובע אותו במסגרת המשפט המקובל ואפילו אל משהו שהכנסת קבעה. זה דבר גס שמעורר שאלות של סיווג, מביא לתוצאות לא צודקות במקרה שהביטול פוגע בצדדים שלישיים וזה פוגע בציבור. וגם בפגם חמור החלטה הייתה ממשיכה לעמוד בתוקף כל עוד לא הגיעו לבית משפט מסומך וביקשו לבטל אותה.

**התפתחות הלכת התוצאה (בטלות) היחסית**

על רקע זה בהדרגה בית המשפט פיתח את הבטלות היחסית, תוצאה יחסית וזה היה בהדרגה:

פס"ד דרעי

אסיר שוועדת השחרורים החליטה לשחרר אותו אחרי שני שליש. לפי החוק שנוסח אז, אם אדם בזמן תקופת השחרור, בשליש מבצע עוד עבירה, מתבטל השחרור מהשליש וניתן להחזירו לכלא. באותה תקופה, החוק נוסח באופן כזה שהוועדה שהיא המוסמכת לבטל את השליש, הייתה מוסמכת לקבל את החלטת הביטול רק בתקופת השליש. תפסו את דרעי יומיים לפני שנגרמה תקופת השליש. מאוד מיהרו להביא אותו לוועדת השחרורים, והוועדה קבעה להחזיר אותו והיא לא נתנה לו את זכות הטיעון.

הוגשה עתירה שברגע שלא ניתנה זכות הטיעון לוועדה אין סמכות. העתירה נדחתה, שני שופטים דחו את ההחלטה מטעם של צורך כי לא היה ניתן לתת את זכות הטיעון מאחר ואם היו נותנים לא היה אפשר להפעיל את הסמכות. שופט אחר הגיע לתוצאה אחרת בשל ראשית הבטלות היחסית כהן. בדיון שאלו את השופטים, עורך הדין של העותר שנניח כן היו נותנים לו לטעון, מה הוא היה טוען. הוא ענה שלא הייתה לא שום טענה. ואז בית המשפט אמר כי אם לא נגרם שום נזק שהוא, ושלא הייתה שום תוצאה להפרה, אז לא נגרם שום נזק. ואז אמר השופט כהן בדעת יחיד בנימוק אחר שלא על צורך אלא בטלות יחסית- כי לא הייתה שום השלכה, תוצאה ועוול כתוצאה מההפרה.

שפירא נ' מדינת ישראל

התיאוריה התפתחה יותר מאוחר בפס"ד שפירא נ' מדינת ישראל. שם כתב השופט אהרן ברק: מושג הבטלות היא מושג משפטי ולא טבעי, ולכן הוא מעולם מושג יחסי וגמיש. פלוני הלך לבית המשפט ובית המשפט אמר שזה בטל אז הנורמה בטלה, מישהו אחר לא הלך לבית משפט אז לגביו בפועל הנורמה קיימת. ההחלטה חייבת להתייחס למהות הזכות, לסעד הנדרש, להליך ולצדדים. וכל עוד לא נדרש הסעד היא לא בטלה. החלטה לא בטלה מאליה, צריך את בית המשפט המוסמך בהליך הנכון, בזמן הנכון, שלא עברה תקופת ההתיישנות והשיהוי, וצד רלוונטי מעלה את הטענה. אז הוא אומר בטלות מטבעה לא ניתן להגיד שזה דבר מוחלט אלא יש לה את האלמנט היחסי במובן הזה.

גיספן

הגענו להתפתחות נוספת המשקפת את המצב היום.

מעבר לזה שבטלות מעצם טבעה לא ניתן להגיד שהוא בטל אלא בהליך ובצד הנכון באמת קבע את זה. גיספן אמר על משהו אחר- לא משנה איזה פגם, לא חריגה מסמכות או כן חריגה מסמכות, בכל מקרה וסיבותיו הפרטניים, יש להתאים את הסעד שינתן לנסיבות הרלוונטיות. בנסיבות מסוימות הפגם עשוי להצדיק סעד של בבטלות מוחלטת, ובנסיבות דומות מתן סעד אחר, והכל כדי להגיע לתוצאה שתשיג צדק יחסי בין הגורמים המושפעים מההחלטה- העותר, הציבור, המדינה, צדדים שלישיים. בעוד שהווריאציה של שפירא אמרה שאין במשפט בטלות במובן שהטלפון הזה קיים או לא קיים, בטלות זה דבר שהוא תוצאה משפטית ולכן בטלות היא תמיד יחסית כי תמיד צריך להיות צד נכון והליך נכון. הלכת התוצאה היחסית המודרנית בגיספן אומרת משהו יותר מרחיק לכת- לבית המשפט יש שיקול דעת בהתאם למכלול הנסיבות, ולא משנה אם היא כן בסמכות או הוקנתה, יש לבית המשפט סמכות לקבוע מה התוצאה- בטלות, תוקף וכו. כלומר גם אם הליך הוא נכון והעתירה היא נכונה, אז ההחלטה אם בטלה או לא בטלה זה תלוי באיזון שבית המשפט עושה בנסיבות העניין.

לפחות היה ניתן להבין מגיספן שהוא אומר שאם לא בטלות מלאה אז חלקית, ואם לא אז יינתן צו או סעד אחר, כי עולה שאם לא סעד של בטלות מוחלטת אז נסיבות אחרות יוביל למתן סעד אחר. האמת שלפעמים לא נותנים סעד בכלל- בית המשפט אומר שבמקרה מסוים שההחלטה ניתנה בלי סמכות, בנסיבות העניין הוא מסכים עם העותר אך הוא לא נותן שום סעד, כי בנסיבות העניין זה לא צודק אם מתחשבים בכל האינטרסים. זה לא שהבטלות היחסית אומרת שלפעמים בטלות, תקף, החלטה מתבטלת במועד עתידי, אלא בטלות יחסית המודרנית אומרת שלבית המשפט יש שיקול דעת אחרי שהוא אמר שההחלטה בלתי חוקית, יש לו שיקול דעת לא רק איזה סעד לתת או איזה תוצאה יהיה בפגם, אלא האם בכלל לתת סעד כלשהו.

* שיקול דעת במתן אפשרות לתקיפה עקיפה- נקודה שנייה של הלכת הבטלות היחסית, לבית המשפט יש שיקול דעת במתן אפשרות לתקיפה עקיפה. שהתפיסה המודרנית ממש לא אותה תקיפה עקיפה, שהיא פוגעת באמון הציבור ודין עצמי, אך זה לא תלוי בשאלה האם ההחלטה היא בלי או עם סמכות, אם יש פגם משפטי אז בית המשפט לפי מדיניות שהוא וקבע שלא בהכרח תלוי בחומרת הפגם, יכול להרשות או לא להרשות תקיפה עדיפה.
* שיקול דעת במועד בטלות- יש גם שיקול דעת במועד הבטלות, הוא יכול להחליט שההיא תיחשב בבטלה בעוד חצי שנה, ממתן פסק הדין וכו.
* התראת בטלות- בית המשפט מלפני כמה שנים פיתח במסגרת רעיון התוצאה היחסית, רעיון של התראת בטלות- עכשיו ההחלטה לא בסדר, לא חוקית, אבל בינתיים תעמוד בתוקף? אם עוד פעם תקבלו אותה החלטה בית המשפט מזהיר שהוא יבטל אותה. בית המשפט על פי שיקול דעתו אומר שכרגע הוא לא יבטל אבל הוא מזהיר שלא ימשיכו לקבל החלטות כאלה, ואז הוא יבטל בעתיד.

ההחלטה הזאת שאומרת שאחרי שהעותר שכנע את בית המשפט שההחלטה שפוגעת בו, או בציבור היא בלתי חוקית, והוא רוצה ליהנות מהצלחתו, אז המדינה טוענת שגם אם לא הייתה סמכות זו תוצאה יחסית ולא צריך לתת שום דבר- זה יפגע בהסתמכות, צדדים שלישיים, בציבור. זאת ההלכה שטוענים את זה הרבה וזה לא נדיר, ובית המשפט לא נותן סעד בכלל לפי שיקול דעתו. בית המשפט עניין הסעד יש לו שיקול דעת.

חסרונות

יש לכך מספר חסרונות:

1. אי הבחנה בין יחסיות כחריג- אי ביטול החלטה גם אם היא בלתי חוקית, הלכת התוצאה היחסית אינה אומרת שככל החלטה בלתי חוקית היא בטלה, אלא במקרה של החלטה בלתי חוקית לבית המשפט יש שיקול דעת מה לעשות. בעוד שכן ניתן להצדיק גישה ברוח ס' 31 לחוק החוזים, או ברוח ס' 3- שבעקרון יש אכיפה אך במקרים חריגים לא. אפשר לומר באמת שלפעמים התקבלה החלטה אסורה, אבל כעת אם נבטל אותה יהיו נזקים יותר חמורים. אך זה לא ההלכה- היא לא אומרת שמבטלים למעט בנסיבות חריגות, אלא אחרת שיש הפרה לבית המשפט יש שיקול דעת האם לתת סעד ואיזה.
2. פגיעה בשלטון החוק- אם הגישה איננה שכלל אם פעלו באופן בלתי חוקי צריך לבטל, אלא שבית המשפט שיקול מה שהתוצאה הראויה, התוצאה היא היחלשות של שלטון החוק.
3. זילות הכללים המהותיים- הרשות יכולה לדעת שהיא לא בהכרח עושה משהו שהוא אסור ולא יהיה לזה תוקף.
4. תמריץ להפרת החוק.
5. אי וודאות- 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.